



João António Pinto Monteiro

Esforços e Sacrifícios Exigíveis no Cumprimento Contratual

Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Direito Civil,
orientada pelo Senhor Prof. Doutor João Calvão da Silva
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto/2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

João António Pinto Monteiro

Esforços e Sacrifícios Exigíveis no
Cumprimento Contratual

2015

Resumo

Esta dissertação parte de um corte funcional da obrigação enquanto vínculo pelo qual se transmitem utilidades entre as pessoas que integram a relação específica. Conduta apta a disponibilizar utilidades ao *accipiens*, a prestação, enquanto objecto da obrigação, decompõe-se na prática de um conjunto de actos tendentes à produção do resultado a que está colimada. Estes actos têm como condição necessária um conjunto de esforços de certa intensidade e/ou de sacrifícios. Enquanto o *esforço* constitui um dispêndio de energia, que resulta do emprego de qualidades e de competências do próprio devedor, todo o *sacrifício* implica uma renúncia a algo próprio, que corresponde a um bem de que se abre mão, com ou sem valor patrimonial: é um prejuízo patrimonial que se suporta, uma compressão do exercício de um direito próprio que se tolera. Implica uma perda de vantagens, seja qual for a sua natureza.

Distinguindo entre modelos de diligência – enquanto critérios definidores de uma intensidade mínima dos esforços do devedor –, assim como entre o carácter pessoal e patrimonial que os sacrifícios podem assumir, o trabalho pretende determinar até que ponto vão os esforços e sacrifícios que o credor pode exigir do devedor, no sentido do cumprimento de obrigações contratuais. A fixação daqueles limites assume uma importância fundamental, dado o papel essencial dos elementos que são limitados na materialização da prestação devedora, acabando por circunscrever, para todos os efeitos, o próprio comportamento que o credor pode exigir.

O primeiro capítulo descreve o padrão bom pai de família como regra; a forma como as obrigações contratuais, uma vez interpretado o negócio de forma objectiva e global, estabelece muito frequentemente um critério de diligência diverso; e o modo como este critério se refere ao dever de prestar,

não se estendendo aos deveres acessórios, nomeadamente no quadro dos impedimentos correspondentes aos casos fortuitos e de força maior.

O segundo capítulo trata do sacrifício patrimonial, isto é, do sacrifício que respeite a prejuízos de natureza patrimonial que o devedor tem de suportar para poder cumprir. O problema é simples, na sua colocação, ainda que não na sua resolução: a realização da prestação representa um sacrifício patrimonial (possivelmente) colossal, de que o devedor não se apercebera, ou cuja possibilidade de ocorrência o devedor não havia tomado em consideração, ou que lhe foi imposto pelo declaratório, ao aproveitar uma sua inferioridade. A análise incidirá sobretudo sobre as figuras que corrigem estas situações de forma geral: a usura, a alteração das circunstâncias e erro-vício, com especial atenção prestada ao erro sobre a base do negócio.

O terceiro capítulo aborda o sacrifício pessoal, que corresponde àquele que atinja bens de natureza não patrimonial, mormente direitos de personalidade do devedor. Nestes casos o cumprimento implica uma restrição destes direitos subjectivos do devedor. No quadro deste capítulo há ainda um caso especial em que o sacrifício em causa não é imposto ao devedor, mas aos seus credores, titulares activos de diferentes relações creditórias que têm o mesmo devedor em comum. Este sacrifício não tem de ser excessivo (nem o deve ser, sob pena de estar sujeito à aplicação do artigo 793.º) e é tratado no mesmo capítulo que os sacrifícios pessoais – embora de forma específica – por ambas as situações corresponderem a colisões de direitos.

Esta é uma matéria fundamental do direito das obrigações, destituída de tratamento sistemático e autónomo na nossa doutrina. Por este motivo, o carácter pessoal do discurso é incontornável, como o é a vasta bibliografia em que se ampara.

Abstract

This dissertation takes a finalistic view of performance as the bond by which utilities are transmitted between the persons who are privy to a specific contract. As conduct able to make utilities available to the creditor, performance – the object of the notion of “obligation” –, is decomposed into a number of activities that intend to produce a result. These activities require a set of efforts and/or sacrifices as their necessary condition. Whereas an *effort* corresponds to an expenditure of energy, stemming from the employment of qualities and competences of the debtor himself, every sacrifice requires his renunciation to something that constitutes a good he must let go of, regardless of whether or not it might be monetized; this means we will analyse monetary damages which need to be tolerated, just as much as the compression of the use of a personal right which must be shouldered. It requires a loss of utilities, regardless of nature.

By distinguishing between models of diligence – as criteria by which the minimum intensity of debtor’s efforts is defined –, as well as between the personal or monetary character which sacrifices may assume, the dissertation intends to determine how far must debtor’s efforts and sacrifices go, so as to fulfill his contractual obligations. Sketching those limits is of fundamental importance, given the essential role efforts and sacrifices play in rendering performance possible; and, for all purposes, it winds up limiting what performance creditor may expect and demand.

Chapter one describes the *bonus pater familias* standard of diligence as the rule; the way by which contractual obligations determine a different criterion, once the contract has been interpreted globally and objectively; and the way in which this criterion is limited to performance itself, and does not encompass duties of good faith that are included in the contractual

relationship, namely those related to impediments to performance, such as force majeure.

Chapter two describes monetary sacrifice, that is to say, monetary loss which debtor must shoulder in order to perform. The problem is a simple one, as to its phrasing, albeit not as to the solution; performing requires a (possibly) colossal monetary loss, of which debtor was unaware, or whose possible occurrence he had not considered, or which he was imposed upon him by the other party, who took advantage of an inferiority situation of his. Analysis will be chiefly concerned with general remedies: usury, unexpected circumstances, and mistake.

Chapter three analyzes personal sacrifice, which pertains to non-monetary goods, mainly personal rights of debtor. In these cases performance requires a limitation to these rights. In this chapter we will also study a particular situation in which sacrifice is not imposed on debtor, but on his creditors, whose separate rights have that same debtor as their common denominator. This sacrifice needs not be excessive (nor should it be, lest it be subjected to article 793 of the Portuguese Civil Code) and will be scrutinized in the same chapter as personal sacrifice – even if in a more specific manner – since both cases entail collisions of rights.

This is a fundamental topic in the law of obligations that has been deprived of systematic and autonomous analysis in our academia. For that reason, the personal nature of the discourse is unavoidable, as is the vast bibliography upon which it rests.

Palavras-chave:

Direito contratual; prestação; esforços; sacrifícios; diligência; colisão de direitos; erro-vício; alteração das circunstâncias; usura; caso fortuito e de força maior

Keywords:

Contract law; performance; efforts; sacrifice; diligence; collision of rights; mistake; unexpected circumstances; frustration; force majeure

Siglas e Abreviaturas

A.: Autor

AAF DL: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

Ac.: Acórdão

AcP: Archiv für die Civilistische Praxis

ADC: Anuario de Derecho Civil

AHDE: Anuario de Historia de Derecho Español

AJ: Actualidade Jurídica

AJCL: American Journal of Comparative Law

Al., als.: alínea, alíneas

ALL ER: All England Law Reports

ALR: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten

AnnDComp: Annuario di Diritto Comparato

Anot.: Anotação

APD: Archives de Philosophie de Droit

AT: Allgemeiner Teil

Bd.: Band

BFD: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão)

BGHZ: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in
Zivilsachen

BMJ: Boletim do Ministério da Justiça

BverfG: Bundesverfassungsgericht

BVerfGE: Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Cal. L. Rev. – California Law Review

Cap., caps.: Capítulo, capítulos

C: Codex

CC: Código Civil

CCes: Código Civil Espanhol

CCGr: Código Civil Grego

CCit: Código Civil Italiano

CCLou: Código Civil do Louisiana

CCP: Código dos Contratos Públicos

CDP: Cadernos de Direito Privado

Cfr.: Confrontar

CI: Contratto e Impresa

CISG: Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Cit., cits.: Citado, citados

CJ: Coletânea de Jurisprudência

CJ-STJ: Coletânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de
Justiça)

Col.: Colaboração

Coment: Comentário

CPC: Código de Processo Civil

CRP: Constituição da República Portuguesa

CSuiOb: Código Suíço das Obrigações

CVM: Código dos Valores Mobiliários
D.: Digesto
Dec.-Lei: Decreto-Lei
DJ: Direito e Justiça
DJZ: Deutschen Juristen-Zeitung
DR: Diário da República
ed., eds.: Edição ou editor, editores
Ed.: Editora
ED: Enciclopedia del Diritto
EDC: Estudos de Direito do Consumidor
EDP: Europa e Diritto Privato
EG: Enciclopedia Giuridica Treccani
EH: Estudos em Homenagem
EJCL: European Journal of Contract Law
EJPL: European Journal of Private Law
EM: Estudos em Memória
EUA: Estados Unidos da América
fasc.: fascículo
fol., fols.: folha, folhas
Foro It.: Il Foro Italiano
FS: Festschrift
GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Giur. It.: Giurisprudenza Italiana
Giust. Civ.: Giustizia Civile
Id.: Idem
INCOTERMS: International Commercial Terms
JA: Juristische Arbeitsblätter

JCP: Juris-classeur périodique. La Semaine Juridique (Édition Générale)

JOCE: Jornal Oficial das Comunidades Europeias

JuS: Juristische Schulung

JURA: Juristische Ausbildung

JZ: Juristen Zeitung

LDC: Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto

LDT: *Lex Duodecim Tabularum* (Lei das Doze Tábuas)

Lei n.º 67/2003, de 8 de abril e pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio)

Lex Medicinæ: Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde

LH: Leis de Hammurabi

loc. cit.: local citado

LU: Leis de Ur-Nammu

MKBGB: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

MP: Ministério Público

n.: notas

n.º: número

NDI: Nuovo Digesto Italiano

NGcivcom.: La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

NLcivcom.: La Nuova Leggi Civile Commentata

NssDI: Novissimo Digesto Italiano

op. cit.: obra citada

op. loc. cit.: obra e local citados

OGH: Oberste Gerichtshof (Supremo Tribunal austríaco)

Ord. Afon.: Ordenações Afonsinas

Ord. Fil.: Ordenações Filipinas

Ord. Man.: Ordenações Manuelinas

p., pp.: página, páginas

p. ex: por exemplo

par.: parágrafo

PECL: Principles of European Contract Law

PGR: Procuradoria Geral da República

Proc.: Processo

prt: parte

R.: Réu

RBCD: Revista Brasileira de Direito Comparado

RCb: Tribunal da Relação de Coimbra

RCDP: Revista Critica del Diritto Privato

RDC: Revista di Diritto Civile

RDComm.: Revista del Diritto Commerciale e del Diritto delle Obligatione

RDE: Revista de Direito e Economia

RDES: Revista de Direito e Estudos Sociais

reimp.: reimpressão

REv: Tribunal da Relação de Évora

RFDUL: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RGZ: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RIDC: Revue Internationale de Droit Comparé

RLJ: Revista de Legislação e de Jurisprudência

RLx: Tribunal da Relação de Lisboa

ROA: Revista da Ordem dos Advogados

RPt: Tribunal da Relação do Porto

s., ss.: seguinte, seguintes

sd.: sem data

sep.: separata

SI: Scientia Iuridica

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

supl.: Suplemento

t.: tomo

tb.: também

tít.: título

TEDH: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

trad.: tradução

UCC: Uniform Commercial Code

UE: União Europeia

v.: ver

vol., vols.: volume, volumes

ZHR: Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Konkursrecht

Introdução

Der Vertrag ist gefährlich und soll gefährlich sein.

GERHARD KEGEL¹

Saying “I promise to . . .” normally binds one to do the thing promised, but it does not bind unconditionally or absolutely. It does not bind unconditionally because the binding force of promise depends on the conditions under which the promise is made (...). It does not bind absolutely because, while a promise binds one against reconsidering one’s intention simply on grounds of one’s own convenience, it does not bind one to do the thing promised whatever the cost to oneself and others.

THOMAS SCANLON²

¹ *Empfiehl es sich, den Einfluß Grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge Gesetzlich zu Regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe,*

² *Promises and Practices, in “Philosophy & Public Affairs”, vol. 19, n.º 3, 1990, p. 214.*

I – *Com que se compromete o devedor quando promete realizar um comportamento? Até onde terá de se esforçar, e que sacrifícios terá de suportar?*

Sempre que duas pessoas celebram um negócio jurídico bilateral emitem declarações de vontade que reflectem uma intenção de satisfação de certos interesses, que ficam com eles. Esses interesses assentam numa certa percepção da realidade contemporânea e/ou numa previsão da realidade num momento ou período futuro.

Frequentemente o contrato é, ele próprio, bilateral: cada um dos contraentes promete cumprir uma obrigação, que é a razão de ser da outra. Estabelece-se um enquadramento, *uma economia*: com base naquelas percepções e/ou previsões, cada um dos contraentes aquilatou a obrigação da outra parte como sendo merecedora da sua própria prestação.

Esta sua obrigação tem por objecto a prestação, que corresponde a um comportamento – o objecto imediato –, que pode incidir sobre uma coisa – o objecto mediato –, este último no caso das prestações de entrega de coisa e prestações pecuniárias. E aquele comportamento não se realiza sem a aplicação de uma força motriz: os *esforços*.³

Os esforços constituem actividades enérgicas, dispêndios (geralmente) conscientes de energia.⁴ Em princípio, estas produções enérgicas manifestam-se pela prática de actos – que afectam o meio e que podem ser exteriormente apreendidos –, para cuja materialização contribuem.

No quadro do cumprimento, o devedor expende esforços em dois sentidos: por um lado, com o intuito de actuar no sentido de fazer aquilo a que se vinculou; e, por outro lado, com o fito de evitar que se consumam

³ Excepto nas prestações de *non facere* e de *pati*, que, como veremos, implicam exclusivamente sacrifícios do devedor.

⁴ Quase no sentido que o conceito de “trabalho” tem para a Física (não necessariamente o mesmo, desde logo porque o conceito de trabalho para a Física é mais amplo e prescinde de qualquer consciência do dispêndio de energia – coisas desprovidas de *animus* podem “trabalhar”), quanto ao seu objecto.

impedimentos a essa actuação. Por sua vez, estes impedimentos podem resultar de um comportamento seu, ou ter qualquer outra origem – por exemplo, um comportamento de terceiro, uma força da natureza, um *fait du prince*.

Àquele comportamento e a estes esforços estão também associados *sacrifícios* (desde logo, os custos de oportunidade relativos a aplicar os esforços naquele, e não noutra, sentido): utilidades que o devedor deixa de poder obter, ou de que tem de abrir mão, para poder cumprir.

O *esforço* é o resultado da utilização das aptidões de um indivíduo, aptidões que o devedor continuará a manter depois de aplicado o esforço. Mas um *sacrifício* implica abdicar de algo próprio: um direito real sobre uma coisa; um *quantum* de pecúnia; um certo exercício de um direito de personalidade. Há uma renúncia à satisfação de interesses próprios, que empobrece o conjunto das relações jurídicas de que o devedor é titular; são utilidades de que se abre mão, tenham ou não valor patrimonial. Implica um prejuízo, seja qual for a sua natureza. Há um impacto negativo na esfera jurídica do devedor. *Há um tolerar*.

Aqueles esforços que se aplicam, e estes sacrifícios que se suportam, *não são irrestritos*. Não só a natureza e as condições do próprio devedor os limitam, como, mais importante, o próprio sistema jurídico também o faz. O devedor, quando promete um comportamento, não se compromete com todos os esforços e sacrifícios imagináveis, necessários ao cumprimento. Não tem de matar; não tem de arriscar a sua própria vida; não tem de se rebaixar à escravatura; e, em certas situações, nem sequer terá de suportar enormes sacrifícios patrimoniais no quadro de um negócio que concluiu *sponte sua*.

Contratar é prever: e, nas palavras de MARTIN HENSSLER, sempre que se prevê, “*künftige Entwicklungen können zudem die wohlkalkulierten Entscheidungen von einst als Fehler erweisen, vielleicht aber auch die Fehler*

von einst als unerwarteten Glücksfall".⁵ Trata-se de um axioma da actividade humana: cada vez que actuamos com base naquilo que julgamos *ser* – ou *vir a ser* – podemos “ganhar ou perder”, “acertar ou errar”, conhecer a “fortuna” ou o “infortúnio”.

Só que o Direito sabe que, por mais esforços e meios que o Homem aplique naquela previsão, não é seu o dom da presciência;⁶ e, por isso, *estabelece condições e limites àqueles ganhos e perdas, àquela sorte, àqueles azares e àqueles erros*. Aquela pessoa que muito reflectiu mas cujas contas saíram furadas por um *erro seu* ou por um acontecimento *inesperado* que despedaçou a economia do contrato – em ambos os casos e em certos termos o Direito liberta a pessoa do liame que se tornou garrote. Como também liberta o ingénuo *impulsivo* que muito perde em benefício de quem *explorou* a sua inferioridade. Ou aquele devedor que tem de *sacrificar* bens da sua *personalidade* para cumprir. Até ao devedor que não pode cumprir integralmente um dever, por causa de outros que com ele *conflituam*, devido a uma situação que não lhe é imputável; até a este, dizíamos, o Direito concede lenitivos.

Frequentemente o Direito fá-lo porque o *quantum* destes sacrifícios vai *para lá* do que o devedor deve ter de suportar: a sua medida é *excessiva*. Mas isto não significa que o dever se tenha tornado *inexigível*. Não há coincidência entre inexigibilidade e excessividade.

II – *Na verdade, os esforços e sacrifícios excessivos não são necessariamente inexigíveis, como os que são inexigíveis também não são sempre excessivos.*

⁵ *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994, p. 3.

⁶ Tendo já sido abandonada, por grande parte da doutrina, a concepção de que o ser humano age racionalmente, ponderando todos os factores de toda a natureza.

A *inexigibilidade* refere-se à excepcional supressão da faculdade que o credor de uma obrigação civil tem de recorrer aos tribunais para que lhe sejam concedidas as utilidades ínsitas à prestação que o devedor não realizou.

A *obrigação deixa de ser exigível* sempre que o credor deixe de poder aceder aos instrumentos ou meios que o sistema jurídico coloca à sua disposição, para conseguir o acesso às utilidades da prestação-resultado, que o devedor recalcitrante lhe veda. Para o artigo 817.º é justamente isto que define o carácter exigível de uma obrigação: a possibilidade de actuar judicialmente face ao não cumprimento, ou pedindo em juízo este cumprimento, ou requerendo logo a execução do património do devedor.^{7 8 9}

⁷ Cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. 2, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 88 e 89.

O conceito de exigibilidade assume em algumas situações uma conformação mais restrita, coincidindo com o conceito de vencimento, este por seu turno geminado frequentemente com o de prazo. Neste quadro, a exigibilidade emerge associada ao momento em que a obrigação deve ser cumprida e às expressões germânicas *Fälligkeit* (literalmente “exigibilidade”) e *Erfüllbarkeit* (“pagabilidade”). Havendo prazo estipulado ou resultante da lei (cfr. os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 1148.º, e o n.º 2 do artigo 1211.º), diz-se que ele corre a favor do devedor (artigo 779.º), o que significa que o credor pode exigir o cumprimento apenas se já tiver decorrido o prazo, ao passo que o devedor pode renunciar ao benefício que lhe é concedido e cumprir a todo o tempo – podendo mesmo impor esse cumprimento ao credor, que corre o risco de entrar em mora se recusar a prestação que lhe é regularmente oferecida. Caso não haja prazo, a obrigação diz-se pura e aplicam-se as regras do artigo 777.º, que permitem que em princípio a obrigação possa ser exigida e paga a todo o tempo. No fundo, o princípio é o de que, havendo prazo a favor do devedor, o credor não pode actuar judicialmente a obrigação que ainda está por vencer.

Este, porém, não é o único requisito necessário para a sua exigibilidade. E isto por um motivo muito simples, que brota directamente do conceito de determinação da prestação: não se pode exigir o cumprimento quando não se sabe o que se pode exigir. E isto constitui um obstáculo também para o devedor, que pode ter interesse em extinguir a obrigação no imediato e vê-se privado da possibilidade de o fazer. Como se sabe, o princípio da pontualidade no cumprimento das obrigações não determina apenas que estas devam ser cumpridas a tempo e horas – o sentido comum de “pontualidade” –, mas, antes, que a obrigação seja cumprida em toda a sua extensão, *integralmente*; em suma, exactamente nos termos acordados, *ponto por ponto*. Ora, se credor e devedor não sabem quais são estes termos, como poderia aquele exigir o cumprimento pontual pelo devedor? A este respeito, na verdade, digamo-lo com MANFRED WOLF (*in* Soergel (ed.), “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, Band 2/1, Schuldrecht, I/1 (§§241-432), Stuttgart, 1986, comentário ao §315, p. 1073) “*a determinação da prestação é importante [ist von Bedeutung] porque as partes, que se ligam por contrato, devem poder saber a que é que elas se ligam [worauf sie sich einlassen]. Mas a determinação da*

III – Diferentemente, a expressão “*excessividade*” pode assumir um de três sentidos, *nenhum deles coincidente com o de inexigibilidade*.

Um desses sentidos remete para uma ordem de grandeza, semelhante a “*enorme*” ou “*colossal*”; ao passo que a exigibilidade remete fundamentalmente para a *qualidade* daquilo que pode ser judicialmente exigido.

Por um lado, *um sacrifício pode ser inexigível sem ser excessivo*: a compressão *pouco acentuada* do exercício de certos direitos de personalidade pode corresponder a um *sacrifício pessoal inexigível*, devido à importância central do *bem jurídico*, objecto do direito subjectivo. Por outro lado, *os esforços podem ser exigíveis, pese embora a sua excessividade*: o devedor que prometeu despender os esforços necessários a realizar uma prestação não deixa de ter de os aplicar por, afinal, estes serem de extraordinária intensidade.

Um outro sentido de excessividade guinda-se à *impossibilidade*: esforços para lá do que o devedor é capaz (subjectiva); um esforço que está

prestação é também necessária para a execução dos direitos [für die Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche] (...)”.

⁸ É justamente por a realização da prestação não poder ser reclamada judicialmente que as obrigações naturais (cujo regime se encontra previsto nos artigos 402.º a 404.º) não são consideradas obrigações exigíveis e, por esta razão, não podem ser compensadas. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação*, Almedina, Coimbra, 2003 pp. 113 e 115. Nem se converte numa obrigação natural, em que, apesar da inexigibilidade do cumprimento, o credor pode reter o que lhe for entregue (nos termos do n.º 1 do artigo 403.º), porque tal cumprimento é considerado um “*dever de justiça*” (artigo 402.º).

⁹ Este mesmo preceito refere que o recurso à via judicial deve ser feito “*nos termos declarados neste código e nas leis de processo*”. Quanto aos primeiros destes termos, o Código Civil contém-nos nas disposições a jusante do artigo 817.º. Embora estas regulem matéria relativa à execução para a entrega de coisa certa e para a prestação de facto fungível ou de facto negativo, a verdade é que são lacónicos no que toca às obrigações pecuniárias, nomeadamente quanto às características de que estas se devem revestir para poderem ser executadas.

“em excesso” do que alguém é capaz de aplicar (objectiva). Relacionado com este segundo sentido de excessividade está o conceito de “*aptidão*”, a que VAZ SERRA faz referência,¹⁰ que demarca a medida máxima dos esforços de que o devedor concreto é capaz.

Ora, *extinguindo-se* o dever de prestar por força da *impossibilidade*, é por esta razão que o devedor deixa de ter de cumprir e não devido à *inexigibilidade*.

Um último sentido faria coincidir – mas só aparentemente – a excessividade com a *inexigibilidade*. Poderíamos pensar que é este o sentido que insufla a expressão “*excessivamente onerosa para o devedor*”, presente no n.º 1 do artigo 566.º.

No entanto, não é assim. No caso daquele preceito, “*será naturalmente a requerimento do devedor que a obrigação de restauração natural se converterá em obrigação pecuniária*”,¹¹ o que significa que, *mesmo que a reconstituição natural seja excessiva, o credor continua a poder exigi-la*; é o devedor que tem o ónus de pedir a sua conversão, caso assim pretenda.¹²

Em suma, qualquer que seja o conceito por que se tome a “*excessividade*”, esta e a “*inexigibilidade*” não mantêm entre si uma relação de sinonímia.

¹⁰ *A Culpa do Devedor ou Culpa do Agente*, in BMJ, n.º 68, 1957 p. 50.

¹¹ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 582.

¹² O mesmo se diga da cláusula penal quando a pena é “*manifestamente excessiva*”, nos termos do n.º 1 do artigo 812.º, a qual “*pode*” ser reduzida pelo tribunal – e, segundo a opinião dominante, a *requerimento*, também aqui, do *devedor* (por todos, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990 (2.ª reimp. 2014), pp. 734 ss).

Articuladas as questões que justificam este trabalho e sucintamente precisados os conceitos de que aquelas dependem, resta-nos adiantar o percurso que vamos seguir para lhes responder.

IV – Em primeiro lugar, desenvolveremos o conceito de *esforços* enquanto grandeza imaterial a que se reporta a diligência, que deles estabelece uma medida de intensidade. Esta medida é função de duas forças centrípetas: o sentido que a noção de diligência assume no caso concreto e a conformação da prestação devida e dos actos em que esta se decompõe.

Por um lado, a prestação devida delimita a intensidade dos esforços que o devedor tem de aplicar porque a sua realização carece da prática de certos actos concretos, prática essa que requer a aplicação de esforços com certo valor mínimo de tensão.

A prestação a que nos referimos não é mera conduta, mas, antes, *prestação-resultado*, cuja realização implica a concessão de certas utilidades ao credor. Tal desiderato só poderá ser alcançado se a caminhada do devedor no sentido do cumprimento do dever de prestar – pela prática de um conjunto de actos aptos a esse resultado – for acautelada, paralela e concomitantemente, pela prática de outros actos, tendentes a evitar a consumação de impedimentos à prática daqueles.

Por outro lado, o critério de diligência fixa uma bitola com que a intensidade dos esforços do devedor *tem de se conformar*. A colocação desta fasquia varia consoante o sentido que os sujeitos tenham atribuído ao conceito de diligência. Atentaremos nos principais: o *normativo*, que fixa a medida dos esforços a aplicar no sentido do cumprimento em função de um critério legal ou convencional, que comumente corresponderá ao *bonus pater familias*; e o sentido *normativo-objectivo*, um critério sobretudo convencional que impõe

esforços de intensidade concordante com o necessário para realizar o *objecto* (a prestação) da obrigação.

Como no cumprimento de obrigações de fonte contratual o sentido da diligência depende do comportamento declarativo das partes, apreciaremos as especificidades decorrentes da sua articulação no quadro do negócio bilateral, em associação com os indícios que retiramos de certas qualidades da prestação, como a sua modalidade, complexidade, duração e indeterminação.

Dados estes passos, procuraremos saber que consequências tem o *desfasamento* entre a intensidade de esforços necessária para cumprir – *normativa-objectiva* – e a intensidade de esforços decorrente de um critério – *normativo* – menos exigente.

Se o devedor não cumpre, apesar de os seus esforços se conformarem com este critério normativo, continuará vinculado e será responsável pelos danos do inadimplemento temporário? Continuará vinculado, mas não será responsável por esses danos? Extinguir-se-á a obrigação por não ser possível cumprir, não obstante a aplicação de esforços em consonância com o critério normativo? Ou haverá cumprimento, tendo o devedor direito à contraprestação (se for o caso)? E se o desfasamento for entre a tensão que o critério de diligência requer e a intensidade máxima dos esforços de que o devedor é capaz?

Veremos, ainda, se o critério de diligência aplicável ao dever de prestar se alarga necessariamente ao dever de afastar impedimentos ao cumprimento, o que nos conduzirá a uma breve análise de alguns destes impedimentos, *maxime* o caso fortuito e de força maior.

E terminaremos com uma conclusão sobre a relação indirecta que o conceito de *inexigibilidade* tem com os esforços, mediada pela inexigibilidade de certos sacrifícios, que aqueles esforços impliquem em concreto.

V – No segundo capítulo, procuraremos traçar os *limites dos sacrifícios patrimoniais*, que respeitam a prejuízos relativos a bens de natureza patrimonial, que o devedor tem de suportar para poder cumprir.

É generoso o *quantum* de regras *aequum ab iniquo separantes*,¹³ ocupadas em impedir que o devedor tenha de tolerar sacrifícios patrimoniais *para lá* do que a comunidade de Direito tem por *justificável*. Embora vastas em número, elas são simultaneamente esparsas no âmbito, circunscrito a certas obrigações (cfr. o n.º 1 do artigo 566.^{o14}), estipulações (o artigo 812.^o) ou contratos típicos (cfr. o n.º 2 do artigo 1083.^o, por exemplo). Outras, em muito menor número, são omnipresentes, mas fugidias, assentes em conceitos indeterminados (como o artigo 334.^o e o n.º 2 do artigo 762.^o), que a tudo se podem aplicar, mas que só a casos extremos – mesmo em matéria de iniquidades – efectivamente se aplicam, enquanto válvulas de escape do sistema, voláteis correctivos de injustiças.

As regras de que nos ocuparemos estão entre estes dois pólos e mantêm pontos de contacto. Desafiantes na sua indeterminação – mas determináveis de uma forma que a simples boa fé não consegue ser (nem deveria ter de ser)¹⁵ –, aplicáveis a todos os negócios jurídicos e contíguas nos seus âmbitos, delas é possível desentranhar um conteúdo científico importante e preciso sobre a relevância autónoma da *lesão* patrimonial em que se traduz este sacrifício.

¹³ ULPIANO, D. 1, 1, 1, 1: (“*que separam o équo do iníquo*”). O Sábio referia-se aos juristas – enquanto sacerdotes da Justiça –, a quem atribuía, entre outras, a tarefa que aportámos para estas regras de equidade.

¹⁴ Pertencem ao Código Civil em vigor as normas citadas sem referência à sua origem.

¹⁵ Como durante tanto tempo teve de ser, na Alemanha (§ 242 BGB), até ao seu desenvolvimento e precisão normativa operada pela *Schuldrechtsmodernisierung*.

Se realçamos aqui a lesão é porque começaremos por tratar da *laesio*, tal qual ela perdura no nosso ordenamento jurídico – e noutros, que nos são próximos. O enquadramento histórico desta matéria é fundamental: desde o *Corpus Iuris Civilis* e a venda de *fundi* por menos de metade do seu valor, passando pela escolástica e o reforço aristotélico da justiça comutativa, pela contaminação da matéria com um elemento subjectivo explícito nas Ordenações e pelo seu completo desaparecimento no Código de Seabra, até chegarmos ao seu renascimento, enquanto usura, no artigo 282.º – assim elucidaremos (esperamos) a teleologia e o mecanismo de funcionamento do artigo 282.º, na sua actual redacção.

Salientando alguns pontos de contacto, relativos à estatuição, entre a usura e a alteração das circunstâncias, avançaremos para esta, analisando as suas origens históricas na filosofia clássica, o seu transplante e refinamento jurídico enquanto *clausula rebus sic stantibus*, a cargo dos glosadores e dos comentadores, os primeiros objectivismos e consagrações normativas explícitas, até chegarmos à divisão deste rio de caudal imenso numa panóplia de afluentes jurídicos com resultados e abordagens dogmáticas quase tão diversas quanto são numerosas. Entre estas faremos ressaltar o actual quadro sistemático do BGB, com o § 311 e os n.ºs 2 e 3 do § 275, e sua articulação, bem como, claro, o enquadramento da matéria no instituto da *alteração das circunstâncias*, sobretudo no que respeita aos requisitos do n.º 1 do artigo 437.º, requisitos estes que o nosso legislador estendeu a certa modalidade de *erro-vício*, pela proximidade de ambas as figuras, estribada na importância específica de certas representações factuais e jurídicas.

Estas representações são aquelas que constituem a *base do negócio*, sendo em homenagem a esta que a modalidade de erro-vício em questão recebeu o epíteto “erro sobre a base do negócio”. Este erro integra-se entre os erros sobre os motivos, que distinguiremos dos restantes – erro sobre o objecto e erro sobre a pessoa do declaratório –, analisando os requisitos gerais e

especiais destas várias modalidades, após uma breve exposição histórica que traçará a evolução do tratamento da matéria. Devido à frequente identificação, pela nossa doutrina e jurisprudência, do erro sobre a base do negócio com a alteração das circunstâncias, tentaremos delimitar, justificando com a clareza que nos for possível, o âmbito de cada uma daquelas figuras delimitadoras do sacrifício patrimonial.

Concluiremos, apresentando os vários motivos por que o devedor não terá de mergulhar num lago profundo, ou de o drenar, para recuperar o anel, no exemplo de HECK¹⁶ (ou o relógio ou o xelim, nos exemplos, respectivamente, de TRIMARCHI¹⁷ e de MAULE¹⁸), que prometera entregar.

VI – Analisaremos, de seguida, a outra modalidade de sacrifício: o *sacrifício pessoal*, que corresponde àquele que atinge o aproveitamento de bens de natureza não patrimonial, respeitantes à *personalidade* do devedor. Nestes casos, o cumprimento implica uma compressão ou exclusão de certos exercícios daqueles bens do devedor.

Os sacrifícios aqui em causa correspondem aos exercícios de direitos subjectivos próprios de que o devedor tem de prescindir por constituírem impedimentos ao cumprimento, isto é, por serem incompatíveis com o exercício do direito do credor.

Por este motivo, começaremos por enquadrar a matéria na própria função e estrutura do *direito subjectivo*, que nos mostrará a origem da sua natureza colidente: a própria natureza humana, impulsionada pela captação de utilidades a partir de bens exíguos. Como é função do Direito compatibilizar muitas destas colisões, veremos os termos gerais que orientam essa tarefa,

¹⁶ Cfr. PHILIPP HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Mohr (Siebeck), Tubinga, 1929, p. 89.

¹⁷ Cfr. PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 7.^a ed., Giuffrè, Milão, 1986, pp. 341 e 342.

¹⁸ Moss v. Smith, (1850) 9 C.B. 94, p. 103.

apreciando os requisitos para a existência de uma *colisão*, e separando as *colisões aparentes* – superadas *a priori* pela circunscrição normativa dos limites intrínsecos e extrínsecos dos direitos – das *colisões efectivas*. Como as primeiras são solucionadas sem necessidade de considerar o exercício que se efectuou de cada um dos direitos colidentes, bem como das circunstâncias concretas em que os exercícios tiveram lugar, será das colisões efectivas que curaremos com maior cuidado, sobretudo quanto à interpretação do artigo 335.º, aos elementos circunstanciais a mobilizar e aos critérios a empregar na avaliação do peso relativo de cada um dos exercícios; tudo isto para depois podermos articular os exercícios, a forma como prevalecem, são postergados ou se equivalem.

Munidos destes conhecimentos, avançaremos para os termos da ponderação da colisão entre o exercício de um direito de crédito e o exercício de um direito de personalidade. Veremos a forma como estas colisões podem ser aparentes, na medida em que a própria *lei*, a *ordem pública* ou os *bons costumes* favoreçam a prevalência daquele exercício daquele direito de personalidade, bem como os termos em que, sendo efectivas, os exercícios – creditório e personalístico – podem ser concatenados à luz do artigo 335.º, com o cuidado especial pelo n.º 2 do artigo 81.º, quanto ao direito de personalidade.

Para além deste sacrifício, o capítulo tratará ainda de um caso especial, em que o sacrifício em causa não é imposto ao devedor – e até é sobretudo patrimonial, e não pessoal –, mas aos seus credores, titulares activos de diferentes relações creditórias que têm o mesmo devedor em comum. Este sacrifício é tratado no mesmo capítulo que os sacrifícios pessoais – embora de forma específica –, por identidade do *locus* normativo que ambas as situações encontram na colisão de direitos.

A particularidade desta colisão está no facto de opor os exercícios dos direitos subjectivos dos vários credores com o mesmo devedor – sendo, numa outra perspectiva dogmática do mesmo problema, uma *colisão de deveres* –, em que este devedor não pode cumprir integralmente as suas obrigações perante todos os respectivos credores, em simultâneo, por exiguidade do objecto. O devedor pode cumprir algumas na integralidade; mas, para cumprir todas, não o pode fazer pontualmente. Levanta-se o problema do que tem o devedor de fazer numa situação destas, ao que responderemos com o apoio de um caso concreto, referido amiúde, que opôs uma distribuidora de energia eléctrica, privada da possibilidade de fornecer integralmente todos os seus clientes, a um destes clientes, que sofreu prejuízos com a solução adoptada pela distribuidora: o rateio proporcional da minguada de tensão eléctrica.

Em vez deste cumprimento igualitário das obrigações, ou do arbítrio do devedor, proporemos, antes, a aplicação das regras da *colisão de direitos*, de forma a permitir o cumprimento integral prioritário de certas obrigações, em homenagem ao interesse creditório que lhes subjaz, cuja não satisfação causaria enormes prejuízos e perdas de lucros (vistos estes lucros e aqueles prejuízos enquanto grandezas, não só financeiras, mas também sociais).

VII – Terminaremos a nossa dissertação com algumas páginas conclusivas, nas quais evitaremos remeter-nos a uma recapitulação de argumentos e considerações já expendidos, para que possam ser antes dedicadas a uma reapreciação, já depois de muito caminho trilhado, da *causa* que une o *todo*.

VIII – Sem mais delongas, apliquemos nós próprios os esforços que a formulação das perguntas iniciais prometeu, no sentido do oferecimento de humildes respostas.

É por este elemento, os esforços – e o conceito de *diligência*, com o qual se encontra inevitavelmente emparelhado –, que principiamos a nossa empresa, crivada de trabalhos. Nós próprios, assoberbados pela bem-conhecida complexidade do tema, nos identificamos com aquele devedor que, tomado pela dificuldade extraordinária de que a sua prestação se reveste, procura em institutos seculares do Direito Civil o lenitivo que agora solicitamos do nosso credor; isto, embora saibamos não serem já de pouca monta os esforços e sacrifícios que deste pedimos no estudo paciente das singelas páginas que se seguem!

§1: Os esforços exigíveis do devedor

Cum per promissa et pacta regulariter libertas nostra constringatur, nobisque aliquod onus conciliet dum necessario jam est praestandum, quod antea in nostro erat arbitrio positum, facere an omittere vellemus; nulla prior ratio est, quare quis de ejusmodi onere deinceps sustinendo recte conqueri nequeat, quam quia in illud ultro consensit, suoque sibi arbitrio accessivit, quod repudiare penes ipsum erat.

SAMUEL PUFENDORF¹⁹

A nostro avviso, un “comportamento” del debitore è sempre in obligatione, e la sua presenza costituisce anzi l’elemento individuatore del rapporto obbligatorio rispetto ad altre situazioni giuridiche; mentre, d’altro canto, un “risultato” (...) è sempre necessario, indicando la direzione della prestazione verso il soddisfacimento di un interesse del creditore.

MICHELE GIORGIANNI²⁰

¹⁹ *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Apud Andream ab Hoogenhuysen, Amesterdão, 1688, Libri III, Caput VI, §1. (Tradução livre – uma tradução estritamente apegada à letra e gramáticas latinas não produziria aqui um resultado perfeitamente inteligível na nossa língua: “Uma vez que a nossa liberdade é regularmente cerceada por promessas e acordos, ao assumirmos a realização de certa conduta que agora necessariamente deve ser prestada, a qual antes residia no nosso mero arbítrio, de optar por fazer ou por omitir; não há razão mais própria por que depois não possamos legitimamente queixar-nos de termos de realizar tal conduta, que o facto de havermos consentido pela nossa própria vontade precisamente naquilo que antes poderíamos ter repudiado”).

²⁰ *L’Inadempimento*, 3.^a ed., Giuffrè, Milão, 1975, p. 227.

Capítulo I – Diligência e esforços

Sumário: 1 – Conceito e objecto da diligência: os esforços; 2 – A dupla localização do critério de diligência: a prestação; 2.1. – A prestação enquanto resultado: cortes estrutural e funcional; 2.2. – A conformação da prestação pelo resultado; os deveres acessórios *debitoris*; 2.2.1. – O resultado na conformação do dever de prestar; 2.2.2. – A prestação-resultado e os deveres acessórios a cargo do devedor; 2.3. – A prestação-resultado na obrigação de meios; 3 – A dupla localização do critério de diligência: o sentido normativo; 3.1. – O *bonus pater familias* como regra; 3.2. – Critério de diligência e obrigações contratuais; 3.2.1. – Derrogabilidade do critério do *bonus pater familias*; 3.2.2. – Interpretação contratual; 3.3. – Interpretação contratual e diligência exigível: algumas situações típicas; 4 – Critério de diligência e impedimentos ao cumprimento; 5 – A inexigibilidade de esforços do devedor por inexigibilidade dos sacrifícios resultantes; sequência

1 – Conceito e objecto da diligência: os esforços

I – O conceito de diligência desempenha um papel central no cumprimento de qualquer obrigação, em conjugação com o de prestação, em virtude da relação que mantém com a noção de esforços. Enquanto toda a prestação consubstancia uma determinada ou determinável conduta, a diligência reporta-se a esforços despendidos no sentido da realização dessa conduta, dos quais forma uma medida de intensidade.

Mencionámos já que os esforços constituem actividades enérgicas, dispêndios (geralmente) conscientes de energia, que ganham corpo sempre que são canalizados para a prática de actos, que afectam o meio e que podem ser exteriormente apreendidos. Há, no entanto, esforços que correspondem a energias despendidas interiormente, de índole puramente intelectual ou

emocional, que não podem ser captadas de fora quando não conduzem à prática de um acto que os manifeste.^{21 22}

Esforços e comportamento não coincidem,²³ embora a verificação de certo grau de intensidade daqueles seja habitualmente condição necessária da realização deste.²⁴ Por este motivo, e ao contrário do comportamento, os esforços, *em si mesmos*, não são objecto de qualquer dever jurídico.²⁵

²¹ Num exemplo extremo, imagine-se uma pessoa com uma perturbação obsessivo-compulsiva, que tem de cumprir um dever e que diariamente passa numerosas horas, ao longo de semanas, a ruminar incessantemente sobre a necessidade de cumprir os deveres assumidos, sem que, no entanto, determine e execute os actos necessários para tal. Sem dúvida que este sujeito terá realizado um esforço emocional, físico e intelectual, vagamente relacionado com o cumprimento. Mas nada nesse esforço se manifestou na prática de actos orientados no sentido desse adimplemento.

²² Como os esforços constituem dispêndios de energia, que nem sempre se manifestam necessariamente em actos apreensíveis, o devedor pode ter dificuldades em fazer prova deles (caso tenha o ónus de o fazer, como sucede amiúde na responsabilidade contratual) sempre que não tenham sido materializados em actos, tendentes ao cumprimento, que os indiquem.

²³ Quando se fala de um “comportamento diligente” está a usar-se uma hipálage: não é o comportamento que é diligente, mas os esforços que estão subentendidos na expressão, e que foram vertidos no fenómeno de realização da conduta.

²⁴ Sempre, sendo comportamentos positivos; nunca, tratando-se de um comportamento negativo (um não fazer).

²⁵ Por isso, *quando falamos da exigibilidade dos esforços, e dos limites desta, fazêmo-lo através do recurso a uma figura de estilo*. Não são os esforços que são exigíveis. A exigibilidade reporta-se aos actos (ou, mais precisamente, à obrigação, cujo objecto – a prestação – se decompõe na prática de um conjunto de actos, como veremos) em que os esforços com certa intensidade se concretizam. De todo o modo, empregaremos a expressão “*esforços exigíveis*”, por comodidade, ao referir os actos para cuja prática é necessária a aplicação de uma medida de esforços ainda dentro do *quantum* de intensidade fixado legal ou convencionalmente. Não praticar aqueles actos por falta de aplicação dos esforços necessários para o efeito é que é uma falha sancionada pelo ordenamento jurídico.

Poder-se-ia opor a existência de um “dever de diligência”, cujo objecto corresponderia aos actos tornados possíveis pelos esforços de que aquela é medida. *Rejeitamos este entendimento*. A diligência não corresponde aos actos que ela torna possível praticar (cfr. STEFANO RODOTÀ, *Diligenza (Diritto Civile)*, in “Enciclopedia del Diritto,” vol. 12, Giuffrè, Milão, 1964, pp. 539 a 546 (p. 543): “(...) *se si considera la prestazione nel suo significato più esatto e comprensivo di comportamento personale del debitore, rispetto al quale il risultato si pone sempre come normale conseguenza, vien meno la possibilità di costruire una obbligazione in cui la prestazione si esaurisca tutta nella diligenza (a parte l'improprietà della identificazione di una regola di comportamento con il comportamento stesso)*”). São os actos – correspondam estes, ou não, ao cumprimento – que neles têm pressuposta a aplicação de certa intensidade de um conjunto de esforços que tornam possíveis o agir humano, em geral, e os actos apontados a certo comportamento devido, em particular.

A diligência é só isto: um modelo que fixa a intensidade mínima dos esforços a empregar no sentido da realização de um comportamento. Se houver correspondência entre o grau de diligência de que o acto concreto necessita para a sua efectivação e aquele que o sujeito efectivamente aplicou na sua prática, o acto é realizado; se esta correspondência faltar porque a medida da tensão global dos esforços efectivamente aplicados com vista à prática daquele acto não corresponde ao que este exige, o acto não é praticado. Pode conseguir-se praticar outro acto, que até pode nem ser muito diferente daquele que se quis praticar; mas não corresponderá pontualmente a este.

Repudia-se a noção de “dever de diligência”, que seria “*um dever jurídico como qualquer outro, residindo a sua especialidade no carácter indeterminado do respectivo conteúdo,*” (ANA PRATA, *Responsabilidade Civil: Duas ou Três Dúvidas sobre Ela*, in “Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 351) a que corresponderia a obrigação de meios.

Primeiro, porque *um dever de diligência não seria um dever em sentido próprio*: um dever tem um objecto, que é um comportamento; e este comportamento pode ser exigido a um sujeito por outro. Em regra, um comportamento só é realizado se o seu devedor aplicar um conjunto de esforços no seu sentido (“em regra” porque nas prestações de facto negativo está em causa um sacrifício, e não propriamente esforços. Além disso, mesmo aqueles que têm nos esforços uma condição necessária da sua realização, carecem também de sacrifícios, conceito que melhor explicitaremos *infra* ponto 5). Consoante os actos implicados por este cumprimento, assim variará o grau de intensidade desses esforços. Mas isto não significa que o credor tenha o direito a exigir a aplicação daquela tensão de esforços; ele só tem direito a exigir um comportamento. Não há simultaneamente um direito a exigir um comportamento e um direito a exigir a diligência implicada pela realização daquele comportamento.

Aceitar um “dever de diligência” no sentido técnico-jurídico seria admitir um dever sem objecto, uma vez que os esforços não constituem necessariamente comportamentos, embora sejam condição da prática destes. Mesmo os deveres acessórios decorrentes da boa fé têm um objecto, que é determinado em função do conteúdo do dever de prestação e das circunstâncias em que ele se encontra imerso. E esse objecto – esse comportamento devido – carece da aplicação de um certo grau de diligência para que o dever acessório possa ser cumprido. Esse grau pode ou não corresponder ao critério estabelecido. Mas essa correspondência é irrelevante. Cumprimento só há quando se aplica, pelo menos, o grau de diligência necessário ao cumprimento. Responsabilidade há quando, não havendo cumprimento, não se praticaram actos resultantes de uma diligência com um grau de tensão correspondente, no mínimo, ao do critério estabelecido.

O cirurgião que promete realizar uma intervenção cirúrgica complexa está a prometer um comportamento, e não apenas esforços, independentemente de o grau de diligência aplicável ao caso corresponder ao paradigma do bom pai de família ou a todos os esforços necessários a realizar aquela cirurgia.

Segundo, porque o devedor pode não ter de aplicar a diligência necessária ao cumprimento do seu dever, mas antes uma tensão de diligência que corresponda a um grau inferior.

Neste caso, se o devedor pratica actos tendentes à realização do comportamento devido, que, apesar de não corresponderem ao comportamento devido, resultam, no entanto, da aplicação de um grau de tensão da diligência em consonância com o critério inferior estabelecido (seja por força da lei, seja pelos sujeitos); esse devedor, dizíamos, não deixa de faltar ao

II – A função que a diligência desempenha na sua relação com os esforços é a de um critério de delimitação do *quantum* mínimo da intensidade destes, que todo o devedor tem de aplicar no cumprimento das suas obrigações. Mas como determinar este critério em concreto? Até que ponto o ordenamento jurídico exige que o devedor se esforce?

O grau de intensidade dos esforços é passível de tantas soluções quantas as que o legislador e os contraentes entendam fixar, mas, dogmaticamente, estas reduzem-se sobretudo a duas categorias: *uma primeira*, nos termos da qual o devedor só tem de aplicar uma certa medida abstracta de esforços no sentido do cumprimento, independentemente de bastar para atingir esta finalidade; e *uma segunda*, que impõe ao devedor a aplicação de esforços com a intensidade necessária à realização da prestação debitória.

cumprimento do seu dever. Não vai é ser responsável por essa falta, o que é um problema diverso.

Do mesmo modo, se o comportamento pode ser realizado com a aplicação de uma tensão da diligência de grau inferior ao do critério estabelecido, o dever não deixa de ser cumprido, pese embora a aplicação de uma diligência inferior à estabelecida. Por estes motivos, o devedor não cumpre quando aplica uma determinada tensão da diligência; *o devedor cumpre quando realiza o comportamento devido*.

Terceiro, se houvesse um “dever de diligência”, o seu cumprimento satisfaria um interesse de quem o pode exigir. Que interesse é que o credor teria no cumprimento de um “dever de diligência” que não fosse enquanto meio de cumprir um dever de prestar, este sim, um verdadeiro dever? E que conduta poderia ele demandar do devedor? Mais ainda: que interesse tem o credor no cumprimento de um dever de diligência se o grau da tensão das qualidades nele implicado não corresponder ao suficiente para realizar a prestação debitória? Na verdade, só o cumprimento satisfaz o interesse do devedor. O “cumprimento” de um “dever” de diligência só serviria a quem tem de cumprir o dever de prestar; não adimplindo este, o seu devedor eximir-se-ia de qualquer responsabilidade por “cumprir” aquele.

Quarto, e por último, o incumprimento de um dever de prestar ou de um dever acessório permite ao seu credor exigí-lo judicialmente ou pedir uma indemnização. O “incumprimento” de um “dever de diligência” não pode ser curado judicialmente, nem dá direito a indemnização, sendo certo que “[t]hings without all remedy / Should be without regard” (WILLIAM SHAKESPEARE, *Macbeth*, in ID., “Complete Works of William Shakespeare”, HarperCollins, Glasgow, 1994, p. 1064).

A primeira das soluções corresponde ao *sentido normativo de diligência*, definida como “o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever”.²⁶ Trata-se, portanto, de um critério jurídico – fixado pela lei ou pelos sujeitos da relação – do grau de esforço que tem em vista o cumprimento.²⁷ Não se esquece que o esforço é exigível com uma finalidade: o cumprimento; mas admite-se que este possa não ser alcançado, sem que o comportamento do devedor seja reprovável; desde que, claro, o devedor demonstre que o seu comportamento foi “diligente”, para o que precisa de provar a prática de actos reveladores de esforços com aquela intensidade mínima, orientados no sentido do cumprimento.

A segunda solução une este sentido normativo a um outro, dito *objectivo*, que o complementa. Isoladamente, a diligência objectiva constitui “o grau de esforço necessário para atingir certo fim, independentemente de saber se este é ou não devido e sem referência a nenhuma pessoa concreta”.²⁸ Por si só este sentido pouco nos diria, pois que exclui quaisquer considerações jurídicas. Não se preocupa com a medida do esforço que se requer ao devedor

²⁶ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1968, p. 76.

²⁷ MANUEL GOMES DA SILVA (em *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. 1, Lisboa, 1944, p. 181) fala-nos ainda de outros dois sentidos: a diligência em sentido *material* (que corresponderia à aceção normativa) e a diligência em sentido *moral* (que oscilaria entre o sentido psicológico e o sentido normativo).

²⁸ PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos*, *op. cit.*, po. 76 e 77. Afasta-se, portanto, o conceito de diligência em sentido subjectivo ou psicológico, que é “a tensão da vontade para o cumprimento do dever” (PESSOA JORGE, *op. cit.*, p. 76). Uma pessoa teria sido mais ou menos diligente – mais ou menos esforçada –, portanto, consoante a medida em que se aplicaria na realização da prestação devida. Este sentido de pouco serve ao nosso estudo, uma vez que, embora tendo presente o cumprimento da obrigação como finalidade, é mudo no que toca ao *quantum* de diligência, imprescindível para a produzir. Como afirma BADOSA COLL (*La Diligencia y la Culpa del Deudor en la Obligacion Civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 40), “[l]a diligencia subjetiva nos indica que el deudor quiso realizar la actividad en la forma prescrita, pero calla sobre los actos concretos que ha desarrollado y, por tanto, sobre si tal postura favorable se tradujo en una conducta materialmente apta para la realización o identificación o, por el contrario, en un comportamiento inadecuado para tales fines”. Para este Autor, a diligência em sentido psicológico poderia ou não implicar a sua concretização em dado comportamento.

que aplique no sentido da realização de certa prestação; atém-se apenas ao grau de esforço que é necessário aplicar para essa realização, em abstracto, e independentemente de qualquer valoração jurídica. É um critério puramente técnico e, enquanto tal, *só nos interessa se o transpusermos para o ordenamento jurídico, “juridificando-o”* através do conceito de exigibilidade a que se reporta o sentido normativo da diligência. Ou seja, *temos de conceber um sentido normativo-objectivo*, nos termos do qual *a diligência é o grau de intensidade de esforços simultaneamente exigível do devedor e necessário para determinar e executar a conduta* que representa o cumprimento de um dever.

III – A tensão de esforços não varia em função do devedor, mas apenas em função do critério de diligência e da prestação. Os mesmos esforços podem ser inexecutáveis para um devedor, que por isso não os consegue levar a cabo, mas já não para outro.²⁹ Isto sugere que a intensidade máxima dos esforços de que cada um é capaz é função de um outro elemento – ou, melhor dito, elementos –, em que têm origem e de cuja conformação depende aquele limite individual.

Estes elementos são as várias qualidades e competências – ou só “aptidões” –, que, em maior ou menor medida, todas as pessoas possuem. É consoante a concreta medida das aptidões do devedor que este vai poder aplicar esforços mais ou menos intensos.

²⁹ Quando, em linguagem corrente, uma pessoa afirma ter realizado um comportamento “sem esforço”, está a empregar a expressão num sentido subjectivo, irrelevante para o Direito: a pessoa não sentiu dificuldades em aplicar os esforços necessário ao cumprimento. Se outra pessoa, ao empenhar-se na realização do mesmo comportamento, o efectua “em esforço”, está apenas a indicar ter sentido dificuldades na aplicação dos esforços necessários para cumprir. E se não consegue realizar a conduta devida por esta exigir um “esforço excessivo”, frequentemente significa não lhe ser possível aplicar os esforços necessários por não dispor das aptidões na intensidade indispensável à produção daqueles esforços.

Que aptidões são estas? Desde logo estão em causa qualidades psicológicas, de conteúdo ético-volitivo, de que são exemplo o cuidado, o zelo e a solícitude. Sem estas qualidades não há prestação que possa ser realizada: há pessoas com maior propensão para o cuidado e para o zelo, e outras que tendem mais para a indolência e para o descuido; mas sem um *modicum* destas aptidões não há comportamento próprio que possa ser realizado. Não há dúvida de que todo o comportamento – positivo ou negativo – carece da aplicação de um mínimo conteúdo volitivo que permita a sua deliberação; de uma determinada tensão da vontade, portanto. O conjunto destas qualidades psicológicas compõe o temperamento do devedor, o seu carácter, cuja configuração é o produto, tanto de factores biológicos, como de condicionantes ambientais.

As qualidades psicológicas estão sujeitas a evoluir, em qualquer sentido, ao longo da vida do sujeito, de forma mais ou menos pronunciada, dependendo do estágio da vida em que este se encontra. O facto de as qualidades volitivas de uma pessoa corresponderem a uma medida habitual, não significa que esta “tensão” seja sempre a mesma, em todas as situações, podendo oscilar num sentido ou noutro, dependendo do comportamento devido, das circunstâncias em que ele é realizado, ou do funcionamento de uma álea biológico-ambiental concreta presente num dado momento (o que é mais pronunciado em pessoas com determinadas perturbações fisiológicas).

IV – Os esforços, objecto da diligência, não são apenas de natureza psicológica. Da existência de uma vontade de realizar um determinado comportamento *não decorre necessariamente*, nem esta realização, nem a conformação com a tensão normativa dos esforços do devedor. *As qualidades psicológicas são condição necessária, mas não a única condição necessária.* Não bastam o cuidado, o zelo e a solícitude.

Por exemplo, de que serviriam ao jovem médico medidas extraordinárias daqueles esmero, cautela e solicitude no sentido de curar um paciente que necessita de ser sujeito a uma cirurgia de extrema complexidade, se ele não possui os conhecimentos, ou mesmo a extremamente desenvolvida aptidão intelectual e estabilidade emocional, ou até a destreza de mãos, necessários àquela intervenção? Ou ao jovem advogado que aceita ser mandatário judicial num pleito que se revela demasiado complexo para os seus ainda parcos conhecimentos? E de que serve ao pianista a vontade férrea de tocar uma sonata se recentemente tiver começado a sentir na falta da destreza habitual das suas mãos os primeiros sintomas de uma doença do sistema nervoso central, ainda por diagnosticar?³⁰

Sempre que aludimos à diligência do devedor estamos a referir, não só esforços de natureza psicológica, como aquele cuidado e aquele zelo, mas também esforços com origem em qualidades e competências (*entre estas competências contam-se os conhecimentos e a experiência adquiridos por aplicação daquelas qualidades*) de diferentes índoles, v.g. intelectual, física e emocional. Enfim, remetemos para todas as aptidões do devedor sem as quais não podem ser aplicados os esforços requeridos no sentido do cumprimento: sem esforços intelectuais, emocionais e físicos, entre outros, nunca seria possível ao devedor encetar esforços *no sentido do cumprimento*, porque, *sem tais esforços suplementares, não é possível haver cumprimento*.

Por estes motivos, a diligência exigível do devedor não se pode referir apenas a esforços de natureza ética: *é mais do que uma mera “tensão da vontade”*, ou função do temperamento do devedor. Os esforços a encetar no

³⁰ Ou, em sentido inverso, suponhamos um cirurgião experimentado, ou com capacidades e qualidades individuais acima da média, que realiza certa intervenção cirúrgica em estado de embriaguez, ou sob o efeito de calmantes, ou, em geral, de forma displicente, mas que, ainda assim, consegue praticar os mesmos actos, exactamente do mesmo modo, que um cirurgião de aptidões médias a empregar um esforço e zelo, também médios. Por que haveria de ser dito que o primeiro, mas não o segundo, agiu sem aplicar a medida da diligência exigível? Os esforços aplicados são da mesma medida e, conseqüentemente, igualmente aptos à prática dos mesmos actos concretos, tendentes ao cumprimento.

sentido do cumprimento não são apenas volitivos; são também indispensáveis esforços de outra índole, como os físicos e intelectuais, sejam os esforços deste último tipo referentes à apreensão e processamento de novos dados, sejam, antes, de aplicação de conhecimentos já existentes.³¹

De resto, associar a diligência à culpa como deficiência da vontade, sem espaço para elementos de natureza que não ético-psíquica, destoaria do entendimento pacífico da culpa – conceito a que se reporta o de diligência – enquanto *deficiência da conduta*, para o qual relevam outras capacidades e competências individuais do sujeito.³²

V – A dependência dos esforços relativamente às aptidões do devedor permite-nos distinguir entre diligência *potencial* e diligência *efectiva*. Para ter êxito o devedor tem de pôr em prática as suas aptidões para produzir esforços com certa intensidade mínima, que, por sua vez, se materializem na prática de actos colimados ao cumprimento. Recordando FERNANDO PESSOA, “[o] êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se o não fizerem ali?”³³

³¹ Por este motivo é de rejeitar a posição aventada por PESSOA JORGE, que considera a própria inteligência como objecto sobre o qual se exerce o “*esforço de vontade*”, concedendo a esse elemento intelectual uma relevância limitadíssima, enquanto “*momento*” “*em que o agente é chamado a descobrir qual o comportamento adequado para atingir o fim que lhe é proposto*” (*Ensaio sobre os Pressupostos*, *op. cit.*, pp. 98 e 99). Este entendimento não explica situações em que, pese embora um total desleixo do devedor, este cumpre a obrigação – ou, no mínimo, consegue na mesma despende os esforços que lhe eram exigíveis – em virtude de capacidades e conhecimentos extraordinários, que compensam aquela deficiência de temperamento. Quem perfilha a acepção normativa da diligência – como, de resto, faz o próprio PESSOA JORGE –, a qual estabelece uma bitola de esforços a aplicar no sentido do cumprimento de um dever, não pode deixar de admitir que o conceito de diligência abarca igualmente outros tipos de esforços sem os quais aquele cumprimento simplesmente não poderá ter lugar.

³² Sobre a culpa como deficiência da conduta e a preferência por este critério, cfr. RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 216 a 222.

³³ *Livro do Desassossego*, por Bernardo Soares, vol. 1, Ática, Lisboa, 1982, p. 85.

Neste sentido, a *diligência potencial* equivale à tensão máxima dos esforços que o devedor é capaz de produzir; corresponde, portanto, às aptidões do indivíduo. Por seu turno, a *diligência efectiva* é o emprego *in vivo* daquelas aptidões, que resulta na produção de esforços de intensidade equivalente ao mínimo estabelecido pelo critério de diligência. Esta diligência efectiva actua aquela diligência potencial.

A distinção é dogmaticamente útil para compreender duas situações diferentes, factual e juridicamente. A censurabilidade do comportamento ilícito do devedor (o incumprimento) pode reportar-se ao facto de ter assumido uma obrigação para a qual não dispunha das aptidões necessárias para produzir esforços correspondentes ao grau normativo de intensidade; se não puder ser substituído por quem possa – e aplique – esforços com aquela intensidade, haverá *impossibilidade originária e objectiva que lhe é imputável*.³⁴ Em alternativa, o comportamento do devedor pode ser censurável no plano da diligência efectiva, por o devedor não ter aplicado a tensão exigível das suas qualidades pessoais, embora o pudesse (e, claro, devesse) ter feito – *impossibilidade superveniente e absoluta, imputável ao devedor*.

À diligência potencial está ligada uma avaliação que o devedor faz da sua adequação; é ele que presta e que se encontra em melhores condições de poder aquilatar as suas próprias aptidões. Porém, como as aptidões têm de ser confrontadas com a tensão que delas será exigível, e esta é também função da prestação debitória, àquela avaliação junta-se uma outra: a avaliação daquilo que o cumprimento requer, ou, mais precisamente, dos actos, materiais ou jurídicos, por ele implicados; actos que, como veremos, podem estar delineados de forma mais ou menos precisa, e que estão sujeitos às circunstâncias envolventes.³⁵

³⁴ Como melhor veremos, *infra* ponto 5.

³⁵ Cfr. *infra* ponto 2.2.

VI – O conjunto dos esforços de variada espécie é *móvel*, no que respeita à sua composição qualitativa e quantitativa: a medida da diligência efectiva impõe que os esforços, considerados globalmente, atinjam uma certa tensão mínima, mas não impõe diferentes graus parciais em função da natureza do esforços (uma intensidade X de zelo, uma intensidade Y de esforço físico, uma intensidade Z de esforço intelectual, etc.). Por outras palavras, a diligência funciona como uma directriz: estabelece um resultado a atingir – uma certa intensidade total do conjunto dos esforços aplicados pelo devedor –; e não como um regulamento, pois não exige uma combinação específica dos vários tipos de esforços. A forma como os esforços de diferente feição se combinam, e a respectiva intensidade, são, por isso mesmo, flexíveis e multiformes.³⁶

De igual modo, mais do que uma combinação possível de diferentes tensões das diferentes aptidões que compõem a diligência potencial permite a

³⁶ Apesar de móvel, esta característica do conceito de diligência não é irrestrita; suponhamos que se trata de uma prestação que implica esforços exclusivamente físicos; estes não podem ser compensados por outros tipos de esforços. Há uma *limitação qualitativa*, relativa à natureza dos esforços.

Ou imaginemos que um cirurgião deve aplicar uma diligência com um valor global de 6 (estes valores são utilizados apenas para exemplificar a mobilidade que caracteriza o sistema multi-elementar do conceito de diligência e a necessidade de o resultado coincidir com o necessário à realização da prestação; e não constituem, de forma alguma, uma exortação a que os vários estratos do sistema jurídico aspirem à quantificação de aquilo que não é mensurável com a precisão das ciências exactas), numa escala de 0 a 10; tal significa que o devedor pode aplicar um cuidado inferior àquele valor médio (imagine-se, com um valor de 3), por se encontrar ligeiramente embriagado, sedado ou distraído em conversa com os colegas, na medida em que as suas capacidades e conhecimentos extraordinários (imagine-se, com um valor de 10) compensem aquela deficiência parcial em termos que permitam alcançar o valor global mínimo de diligência (o tal 6). Ao invés, um jovem cirurgião de capacidades e conhecimentos inferiores à média (3) terá de se aplicar a fundo (9) para conseguir praticar com sucesso os mesmos actos indispensáveis à realização bem-sucedida (isto é, de acordo com as *leges artis*) da intervenção cirúrgica. Ainda assim, todo e qualquer cirurgião carece de um mínimo de esforços intelectuais, físicos, etc., na realização de qualquer intervenção cirúrgica. Há uma *limitação quantitativa*, que respeita à intensidade mínima de certa, ou certas, espécies de esforços.

realização dos vários actos devidos. A diligência potencial é um conjunto de aptidões aplicadas que também funciona em sistema móvel: deficiências da tensão de uma destas qualidades podem ser compensadas por uma tensão mais elevada de outras. O que interessa é que da aplicação daquelas aptidões, cada uma no seu grau de tensão, resulte uma tensão global de grau correspondente ao mínimo requerido.

Para além do *quantum* global de intensidade imposto pela diligência, existe uma outra limitação à flexibilidade das combinações quantitativas e qualitativas dos esforços e aptidões: o resultado não pode ser uma qualquer amálgama indiscriminada e aleatória daqueles elementos, mas antes um arranjo que seja adequado a um determinado escopo: cumprir.

VII – É cada vez mais evidente o motivo por que se deve situar o conceito de diligência no âmago do cumprimento: o que é devido é a prestação, mas a compreensão que tivermos do conceito de diligência pode determinar que aquela prestação possa ficar por consumir, sem que o comportamento do devedor seja sindicável, se esta realização implicar esforços que vão para além do que o Direito considera ser-lhe exigível.

Se o comportamento do devedor não satisfaz o interesse do credor, mas aquele foi diligente nos termos normativamente exigidos, quem deve suportar os prejuízos decorrentes deste incumprimento? O titular do direito violado, que exigiu o adimplemento de uma obrigação, que o devedor incumpriu? Ou este devedor, que faltou ao cumprimento, mas que aplicou os esforços que lhe eram juridicamente requeridos? Quem deve, em suma, arcar com os prejuízos resultantes de a intensidade dos esforços que integram a diligência exigível do devedor não estar ao nível necessário à realização da prestação?

Como já explicitámos, *a tensão de esforços a aplicar não varia em função do devedor, mas apenas em função da altura a que colocamos a fasquia mínima daquela tensão, e dos actos em que a prestação debitória se decompõe.*

Os esforços do devedor são o veículo de produção de resultados das suas aptidões individuais no quadro da realização da prestação debitória. Correspondem a um gasto energético do corpo e da mente que torna possível a manifestação destas aptidões. Um esforço pode ser qualificado de prudente ou imprudente, zeloso ou displicente, mas só depois de comparado com a prudência e zelo que o critério de diligência aplicável requer, em função da prestação debitória.

O conteúdo da diligência é, portanto, fixado em função de dois pólos, que se entrelaçam e para que agora nos viramos: o sentido que dela concretamente releve e a prestação debitória, que o orienta para a sua materialização em certos actos, em função do que é devido. Começemos pela prestação.

2 – A dupla localização do critério de diligência: a prestação

2.1. – A prestação enquanto resultado: cortes estrutural e funcional

I – Toda a obrigação tem por objecto uma prestação; esta centralidade decorre explicitamente da própria lei (cfr. o artigo 397.º). A realização da prestação é a razão mediata por que se cria um vínculo entre as pessoas do credor e do devedor, e a razão por que este vínculo se mantém *enquanto a função da prestação não for cumprida*. É esta função da prestação que, acima

de tudo, a coloca no cerne da relação creditória, e que passamos a enunciar: a prestação proporciona ao seu *accipiens* o acesso a certas utilidades.

Ora, o credor não tem acesso directo a estas utilidades; carece da cooperação do devedor. O que o credor pode exigir é, portanto, a conduta em que as utilidades estão contidas. Dito de outro modo: o que o credor pode exigir é a prestação-conduta para obter aquilo que verdadeiramente lhe interessa: as utilidades, isto é, a prestação-resultado. A prestação-conduta confere estrutura e consistência jurídica à obrigação para que esta cumpra a sua função de produzir um resultado: a concessão de utilidades passíveis de satisfazer algo exterior àquela estrutura, mas imprescindível à sua existência: *o interesse do credor*.

O interesse é, “(...) *secondo l’accezione tradizionale, la relazione tra un soggetto ed un bene (materiale-immateriale)*”.³⁷ Diríamos, antes, que em vez da relação entre um bem e o sujeito legitimado a aproveitá-lo, *o interesse é a razão por que o titular de um direito o exerce para estabelecer aquela relazione de aproveitamento com o bem*.³⁸ É porque o proprietário de uma coisa quer aproveitar as vantagens que esta proporcione que aquele exerce o respectivo direito; é porque uma pessoa quer aproveitar uma dimensão do seu ser que exerce um seu direito da forma adequada ao efeito pretendido; *e é porque o credor de uma obrigação com prestação pecuniária quer aproveitar as utilidades que o dinheiro proporciona – é este o seu interesse – que exerce o seu direito perante o devedor*.

Embora *trans tiberim* em relação à obrigação, o interesse do credor é princípio e fim da obrigação: é *princípio*, porque é o interesse na satisfação de certas utilidades que constitui o fundamento genético da obrigação, o objectivo a que ela está colimada; e é *fim* porque, uma vez atingido, a

³⁷ GIOVANNI DI GIANDOMENICO, *Il Contratto e l’Allea*, CEDAM, Pádua, 1987, p. 91.

³⁸ Se o interesse fosse uma relação não se falaria na sua “satisfação”. As relações não se satisfazem; o que é satisfeito é o motivo que está por detrás desta relação, a animá-la.

obrigação extingue-se, *mesmo que a prestação-resultado não tenha sido realizada*.³⁹ É que uma vez alcançado o fito para que havia sido constituída, ela deixa de ter razão para continuar a existir, esvaziada de alma e espírito. O interesse foi o *animus* que criou a obrigação e manteve a sua existência; desaparecido aquele, extingue-se esta.

Nas palavras lapidares de ANTUNES VARELA, “[a] obrigação não constitui um fim em si mesma. Ela é apenas um meio, um instrumento técnico-jurídico criado por lei ou predisposto pelas partes, para a satisfação de certo interesse”.⁴⁰ Ou, como bem ensina JOÃO CALVÃO DA SILVA, também no mesmo sentido: “[ao] credor interessa a prestação como meio para atingir o resultado por si desejado, como meio para satisfação do seu interesse.”⁴¹

A satisfação do interesse do credor *é a razão de ser da obrigação, cuja função é a de conceder utilidades tendentes à satisfação do interesse do credor*. É o interesse do credor que, em última análise, justifica que o devedor tenha de aplicar esforços para realizar a prestação.

Portanto, e reforçando: enquanto conduta, a prestação delimita o *quid* que o credor pode exigir do devedor; enquanto resultado, a prestação cumpre a *função de conceder utilidades* ao credor *que possam satisfazer o seu interesse*.

Isto significa que a prestação deve ser entendida como uma concessão de utilidades a uma pessoa através de um comportamento de outra. Ou, nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em termos mais amplos por se referir à própria obrigação, “*uma relação específica entre duas partes, pela qual uma delas (o devedor) deve conceder uma vantagem à outra*”,⁴²

³⁹ Ou que tenha sido realizada por um terceiro, nos termos do artigo 767.º.

⁴⁰ *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 158.

⁴¹ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 86 e 87.

⁴² *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.ª ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2012, p. 330.

aglomerando numa só fórmula os cortes estrutural e funcional, ao mesmo tempo que deposita o acento tónico neste último.⁴³

II – Pouco haverá de Copérnico nestas ideias. O mérito da distinção entre a prestação como conduta (“*Leistungshandlung*”) e a prestação enquanto resultado (“*Leistungserfolg*”) pertence a FRANZ WIEACKER.⁴⁴ Para o ilustre Jurista a *Leistungserfolg* corresponderia à prossecução do interesse do credor na prestação,⁴⁵ o qual parece ser entendido num sentido restritivo, qualificado, o que é extraível de expressões como “*Geschäftszweck*” e “*objektiven Geschäftszweck*”.⁴⁶ O sentido específico da prestação concreta do confronto com o estrato normativo do sistema jurídico.

Aceitando esta terminologia, embora rapidamente modificando o sentido que o seu *Präger* lhes havia atribuído, VOLKER BEUTHIEN entende ser preferível a qualificação da prestação enquanto resultado (*Leistungserfolg*).⁴⁷

Entre nós, o anteprojecto de VAZ SERRA incluía um artigo (o 493.º), nos termos do qual a extinção da obrigação se verifica quando “*o fim da relação de dívida não pode já ser atingido (...) ou quando o fim é obtido por outra via mediante um acontecimento não conexo com a relação de dívida*”.⁴⁸ Apesar de esta norma ter sido excisada na segunda revisão ministerial, não deixa de haver alguma doutrina a entender que a sua ideia subjaz à norma do

⁴³ Para empregar uma terminologia cara a ORLANDO DE CARVALHO (*Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 90 ss.), usada pelo saudoso Mestre com o mesmo significado a propósito da definição de direito subjectivo, e a que voltaremos *infra* capítulo 3, ponto 2.1..

⁴⁴ No conhecido trabalho de há meio-século, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht*, in Rolf Dietz / Heinz Hübner (eds.), “Festschrift für Hans Carl Nipperdey”, vol. 1, Verlag C.H. Beck, Munique e Berlin, 1965, pp. 783 ss.).

⁴⁵ *Leistungshandlung*, *op. cit.*, p. 784.

⁴⁶ *Leistungshandlung*, *op. cit.*, pp. 806 e 810.

⁴⁷ Cfr. *Zweckerreichnung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1969, p. 63.

⁴⁸ *Impossibilidade Superveniente por Causa Não Imputável*, in BMJ, p. 135.

n.º 2 do artigo 398.º,⁴⁹ bem como uma *communis opinio* no sentido de um conceito alargado de prestação, que abrangeria o seu resultado.⁵⁰

Desta posição maioritária afasta-se JOÃO BAPTISTA MACHADO,⁵¹ cuja resistência notória encontra o seu bordão nos conceitos de “impossibilidade da prestação”, por oposição a uma “impossibilidade do cumprimento”,⁵² a qual manteria possível a realização da prestação-conduta sem que tal equivalesse a cumprimento. Um conceito como o de “programa da obrigação” mais não é que a realização da prestação debitória enquanto apta a transferir utilidades.

III – O papel preponderante da disponibilização de utilidades no quadro funcional da obrigação justifica-se, portanto, pela sua aptidão para satisfazer certos interesses do credor, ligados à obtenção daquelas utilidades. A conformação concreta destes interesses⁵³ é individual⁵⁴ (quanto à origem), e a sua satisfação nem sempre é socialmente útil, ou mesmo desejável. Eles (os

⁴⁹ Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Obrigações*, p. 9, numa posição seguida por NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 514, nota 610.

⁵⁰ De que são representativos JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, p. 51 (bem como *Direito das Obrigações*, vol. 2, p. 373 ss.); FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Obrigações*, p. 9; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, vol. II, pp. 76 e 77; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, *op. cit.*, pp. 63 ss. e 71 ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, p. 126; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, pp. 31, 100 e 119 ss.; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento*, p. 188 ss.; MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de Prestação*, pp. 47 ss.; e JORGE MORAIS CARVALHO, *Transmissão da Propriedade*, p. 25.

⁵¹ No conhecidíssimo trabalho *Risco Contratual e Mora do Credor* (in RLJ, n.º 37711, ano 116, 1985), cuja tese parece ser seguida por MANUEL CARNEIRO DA FRADA, uma vez que a posição defendida por este Autor em *Contrato e Deveres de Protecção* (Coimbra, 1994, p. 87, nota 165) parece ser posteriormente contraditada pela sua aproximação ao entendimento do saudoso Jurista em *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 669, nota 727.

⁵² Parafrazeando BAPTISTA MACHADO (*Risco Contratual*, *op. cit.*, p. 169).

⁵³ Sabemos não haver coincidência entre o conceito de interesse e o de preferência, se entendido este último no sentido que lhe é atribuído pela Economia. Cfr. AMARTYA SEN, *Behaviour and the Concept of Preference*, in “Economica”, vol. 40, n.º 159, Agosto de 1973, pp. 241 ss..

⁵⁴ E os acordos colectivos?

interesses) dependem de estímulos (necessidades, desejos, caprichos, etc.; uns, cúpidos e rasteiros; outros, nobres e altruístas), pois são estes que levam a pessoa a formar uma vontade de aproveitamento de um bem.⁵⁵ Os estímulos são umas vezes mais, outras vezes menos (ou mesmo nada)⁵⁶, conscientes.

Actuar com o intuito de satisfazer interesses é um aspecto fundamental da condição humana. Trata-se de uma realidade simplesmente inescapável; mais do que sociológica ou antropológica, esta é uma realidade biológica que o ser humano partilha com grande parte das restantes formas de vida do reino filogenético a que pertence, estejam estas cientes ou não desta sua condição: todos temos preferências que queremos satisfazer e que nos levam a actuar.⁵⁷ O que distingue o ser humano é uma possível liberdade de escolha na determinação destas preferências – pelo menos na maioria dos casos –, no entanto contrariada pelos muitos que defendem a sua determinação exterior a um processo de *voluntas*, substituído pelo funcionamento estocástico de leis físicas e químicas.⁵⁸

⁵⁵ E os interesses das pessoas colectivas? São formados pelos interesses das pessoas singulares; são para lá vertidos pelas pessoas singulares.

⁵⁶ Já ALFRED TENNYSON (*English Poetry. From Tennyson to Whitman*, vol. III, P. F. Collier & Son, Nova Iorque, 1969, p. 1058) indagava: “*Do we move ourselves, or are we moved by an unseen hand / at a game (...)?*”.

⁵⁷ O que não implica uma adesão às correntes da psicologia egoísta ou hedonista.

⁵⁸ A medida desta liberdade – e mesmo a sua própria existência –, bem como a sua relevância para o Direito (tanto Penal, como Civil) são solo fértil de discussões que, embora milenares na filosofia, tanto ocidental, como oriental, e apesar de terem vindo a permear a Economia já há algum tempo, só há cerca de uma década para cá têm vindo a ser discutidas no âmbito jurídico com alguma seriedade. Embora ainda relativamente pouco interessantes à doutrina pátria, obras gerais da nossa família jurídica começaram já a tomar o peso às potencialmente profundas implicações que as descobertas neurológicas têm para o Direito, se este não pretender continuar refém de ideais autistas, cada vez menos ajustados aos conhecimentos actuais. Cfr., por exemplo, MANFRED WOLF / JÖRG NEUNER (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10.^a ed., Beck, Munique, 2012, p. 94): “*Die Annahme, dass Rechtssubjekte grundsätzlich über die Fähigkeit verfügen, Gründe abzuwägen und dieser Abwägung gemäß zu handeln, also auch anders handeln könnten als sie tatsächlich tun, gehört von alters her zu den philosophischen Grundthemen und wird in letzter Zeit vor dem Hintergrund moderner Erkenntnisse der Neurophysiologie wieder dezidiert bestritten. Die Willensfreiheit ist hiernach eine reine (nachträgliche) Illusion, weil die „Entscheidungen“ im Gehirn bereits getroffen sind bevor sich der „Entscheidende“ dieser überhaupt bewusst*

São numerosas as diferentes espécies de situações em que o titular de um direito obtém aquelas utilidades directamente, através de um comportamento próprio que produz efeitos sem a mediação de outrem;⁵⁹ noutros casos, porém, só as logra (ou prefere) alcançar através da cooperação de uma outra pessoa, que tem de realizar um comportamento – justamente, a prestação-conduta.

IV – O interesse do credor não corresponde a umas utilidades quaisquer, mas antes a certos benefícios que o credor espera retirar da prestação-conduta. Pode suceder que estas utilidades específicas não coincidam com aquelas que a prestação-conduta contém e é passível de transmitir ou disponibilizar. Recorrendo ao absurdo, a entrega de um

*wird. Der einzelne Akteur geht zwar regelmäßig von selbstbestimmten Entscheidungen aus, doch handelt es sich hierbei um Selbsttäuschungen, da sein Verhalten jeweils auf neuronalen Prozessen im Sinne einer kausalen Verursachung beruht. Diese Negation der Willensfreiheit führt zu einem Paradigmenwechsel, der die Fundamente der geltenden Privatrechtsordnung radikal in Zweifel zieht. Während im Strafrecht die Abkehr vom Schuldgedanken hin zur „Défense Sociale“ im Vordergrund stünde, wären im Privatrecht nicht nur das Verschuldensprinzip bei Schadensersatzansprüchen sowie das grundsätzliche Erfordernis der Zurechenbarkeit von Vertrauenstatbeständen betroffen, sondern vor allem auch das Prinzip der Privatautonomie. Weder der schuld- oder sachenrechtliche Vertrag noch die Eheschließung und auch nicht die letztwillige Verfügung könnten auf einen freien Willen zurückgeführt und mit diesem legitimiert werden”. Cfr., ainda, e em termos mais amplos, os importantes trabalhos de GERHARD ROTH, *Aus Sicht des Gehirns*, 2.^a ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009; WOLF SINGER, *Der Beobachter im Gehirn*, 2.^a ed., 2009, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009; CHRISTIAN GEYER (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der Neuesten Experimente*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004; JOSHUA GREENE / JONATHAN COHEN, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in “Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences”, vol. 359, n.º 1451, 2004, pp. 1775 ss; ADOLF LAUFS, *Der Aktuelle Streit um das Alte Problem der Willensfreiheit. Eine Kritische Bestandsaufnahme aus Juristischer Sicht*, in “Medizinrecht”, vol. 29, n.º 1, pp. 1 a 7; ERNST-JOACHIM LAMPE (ed.), *Willensfreiheit und Rechtliche Ordnung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008; e, entre nós, por exemplo, JOÃO LOBO ANTUNES, *As Neurociências e o Direito*, in Fernando Alves Correia / Jónatas E. M. Machado / João Carlos Loureiro (eds.), “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 85 ss..*

⁵⁹ Desde logo no caso dos direitos de personalidade, como melhor veremos no capítulo III, ponto 2.1.

automóvel não é apta a actualizar o credor sobre as notícias do dia, do mesmo modo que a entrega de um jornal não é apta a transportá-lo.

Cada comportamento é adequado a criar ou a transferir determinadas utilidades, a que atribuiremos o epíteto “*objectivas*”, “*típicas*” ou “*naturais*”, por serem aquelas que se encontram habitualmente contidas numa prestação-conduta com certa conformação concreta.

Já as utilidades que o credor espera receber, e que satisfariam o seu interesse específico, apelidá-las-emos de “*subjectivas*”. Estas utilidades subjectivas coincidirão comumente com as objectivas. E, quando não coincidam, podem ser as utilidades subjectivas aquelas que o devedor se vinculou a conceder, no lugar das utilidades típicas da prestação-conduta (assumindo o risco de elas não coincidirem com o interesse), se tal dever fluir de convenção ou da própria lei.

Pese embora esta ressalva, quando as utilidades típicas da prestação-conduta não coincidam com o interesse do credor, e as utilidades subjectivas deste não hajam sido estipuladas (nem determinadas pela lei), é de sustentar o entendimento de que a obrigação se possa extinguir mesmo que a realização pontual da prestação-conduta, nos termos devidos, não satisfaça o concreto interesse do credor. Por outras palavras: a realização da prestação-conduta que produza a prestação-resultado-*objectivo* é suficiente para cumprir, mesmo que a prestação-resultado-*subjectivo* (o interesse do credor) não haja sido materializada pelo devedor.

Reiteramos que o interesse do credor não faz parte da obrigação; embora constitua o motivo último por que esta existe, o interesse é-lhe exterior. O interesse do credor protegido (desde que digno dessa protecção, nos termos do n.º 2 do artigo 398.º) é o de lhe serem concedidas as utilidades que a prestação, que ele quer que seja realizada, está apetrechada para lhe proporcionar; e não à concessão de utilidades que correspondam, ponto por ponto, às que o credor esperava poder aproveitar.

Se o devedor tem de entregar ao credor o jornal do dia a determinada hora, e cumprir, concede ao credor a utilidade primária “manter-se actualizado”, que ele pode ou não aproveitar.⁶⁰ Agora imagine-se que o interesse do credor, supersticioso, reside no facto de crer que a entrega diária daquele jornal, àquela hora, lhe proporciona a utilidade “trazer sorte para o resto do dia”. Deverá ter-se a obrigação por incumprida se o credor for atropelado ao sair de casa para ir trabalhar? Claro que não. As utilidades ínsitas ao comportamento foram postas à disposição do credor. O devedor não tem o dever de as fazer corresponder àquelas que o credor esperava aproveitar. De resto, o aproveitamento constitui um facto controlável apenas pelo credor, ao qual o devedor é, em princípio, alheio. O risco daquela falta de coincidência corre – e é desejável que corra – por conta do credor: se é ele que aproveita *os commoda*, é justo que seja também ele a suportar os *incommoda*. Evidentemente, reiteramos, havendo convenção pela qual o devedor garante a aptidão das utilidades da prestação devedora para satisfazer o interesse do credor, a solução será diferente.

Este raciocínio parece-nos sair reforçado pelo efeito de evitar soluções absurdas e contraditórias a nível sistemático.

Atentemos num exemplo respeitante ao regime do erro-vício. Suponhamos que **A** adquire um prédio rústico a **B** porque acredita que no seu subsolo jaz petróleo. Ou, dito de outra forma: **A** adquire o terreno de **B** porque representa que a transmissão do direito de propriedade sobre ele coloca à sua disposição utilidades capazes de satisfazer o seu interesse, que, neste caso, se reduz exclusivamente à aquisição de um jazigo de petróleo para exploração comercial. Ao aperceber-se de que o subsolo do prédio rústico de **B** é desprovido daquele líquido, **A** pretende anular o negócio, por inadequação da coisa vendida para satisfazer o seu interesse na aquisição.

⁶⁰ E, possivelmente, outras utilidades, secundárias, como “acender a lareira” (com o papel em que as notícias foram escritas).

Como sabemos – e melhor veremos –, a declaração de vontade só será anulável nos termos do artigo 247.º, por remissão do artigo 251.º. Não se preenchendo a hipótese daquele preceito, o risco de a prestação não ser apta a disponibilizar ao credor o acesso às utilidades esperadas corre por conta do declarante-errante.

Ora, *impedir o comprador-credor de anular a sua declaração de vontade para depois concluir que o vendedor-devedor não cumpre por falta de aptidão da prestação para satisfazer o interesse do credor não faria qualquer sentido, torpedeando o regime do erro-vício.*

Esta conclusão sai ainda mais reforçada nos casos em que o erro é sobre os motivos, nos termos do artigo 252.º: em regra, o negócio só é anulável se houver acordo sobre a essencialidade do elemento sobre que incide o erro (n.º 1), exigindo assim convenção sobre a adequação da prestação-resultado para satisfazer o interesse do credor.

V – Extractando: o dever de prestar tem como objecto a realização de um comportamento apto a transferir certas utilidades.

Se o devedor realizar o comportamento, mas sem que este esteja em condições de transmitir as utilidades que lhe correspondem, não se pode afirmar que tenha cumprido o dever de prestar – *e daí os deveres acessórios, que abordaremos de seguida.* Já se o credor aproveitar as utilidades ínsitas àquela prestação por obra de outro facto que não a realização da prestação devedora, também não haverá cumprimento da obrigação.⁶¹ No quadro

⁶¹ O que aqui temos é um outro facto, diverso da realização da prestação-conduta, que concede ao credor as utilidades da prestação-resultado; por isso, o devedor deixa de poder cumprir a obrigação, mesmo que ainda lhe fosse viável realizar aquela prestação. Esta afirmação tem impacto no sentido da solução a adoptar numa cornucópia multiforme de situações controvertidas. A título meramente ilustrativo, recorramos a quadros factuais frequentemente aproveitados pela doutrina nacional: *quid iuris*, se o navio, que o devedor se vinculou a desencilhar, se liberta por acção das marés? E se o credor, que o devedor prometeu operar, se cura naturalmente?

BAPTISTA MACHADO ofereceu uma resposta cabal e desenvolvida, que começa com a análise do conceito de prestação enquanto “programa obrigacional”, no sentido da satisfação do interesse do credor, o que, segundo o Mestre, *o legislador não ignora (Risco Contratual, op. cit., p. 263)*. O Autor refere que a prestação é “*um resultado a proporcionar ao credor pela conduta do devedor*”, pelo que haverá impossibilidade de cumprimento “*se uma qualquer circunstância obsta à produção de tal resultado*” (*op. cit., p. 265*). Prosseguindo, refere haver prestações “finalizadas” (de fim infungível) e prestações “temporalizadas” (de prazo absolutamente fixo), em que a produção do resultado pelo devedor depende também de circunstâncias que lhe são alheias. Quase imediatamente BAPTISTA MACHADO generaliza a regra do artigo 1227.º (acompanhando-o, cfr. RIBEIRO DE FARIA, *Obrigações*, II, p. 306; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. 2, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010 p. 129) para falar de uma “*impossibilidade de implementar o projecto obrigacional*”, ou, mais sincopadamente, “*impossibilidade de cumprimento*”, que seria preferível a “*impossibilidade da prestação*” (BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 269 e 270), olvidando as cautelas apregoadas por GIORGIANNI a propósito da generalização (a que ele próprio procede, embora de forma comedida) dos artigos 1672.º e 2228.º, que cumprem no *Codice Civil* função semelhante à do nosso artigo 1227.º (*L'Inadempimento, op. cit.*, p. 278: “*Si tratta di norme da cui non è lecito trarre, ovviamente, principi generali troppo rigidi*”).

BAPTISTA MACHADO esforça-se também, com grande profundidade, em afastar a aplicação do n.º 2 do artigo 795.º porque “*só contempla directamente nas suas hipóteses os casos de impossibilidade da prestação*”, o que é uma asserção extremamente importante que não nos parece generosamente desenvolvida, sobretudo à luz do que o Autor afirmara algumas páginas antes (*op. cit.*, p. 263) acerca do facto de o legislador ciente do conceito de prestação enquanto “programa obrigacional”. De todo o modo, continua, o n.º 2 do artigo 795.º fala em “*causa imputável ao credor*”, pelo que não lhe parece aplicável às situações que tomámos como ilustrações, em que não há qualquer imputabilidade ao credor (*op. cit.*, p. 279). Imediatamente o insigne Autor (*op. cit.*, p. 280) conclui que é de aplicar o artigo 1227.º. Rejeita também o n.º 1 do artigo 795.º (contra este repúdio, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 74 a 79, e p. 85; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento, op. cit.*, pp. 62 a 66, esp. p. 64, nota 126: “*Tratando-se de impossibilidade da prestação, objectivamente entendida como resultado – impossibilidade que impede que a realização da prestação, subjectivamente entendida como acção de prestar, possa valer como cumprimento, porque não conduz ao resultado devido no contexto do programa obrigacional (...) por causa não imputável ao credor (...) é de aplicar o art. 795.º, n.º 1, nos termos do qual o credor fica desobrigado da contraprestação*” (embora aceitando depois a solução de BAPTISTA MACHADO quanto à distribuição do risco comum no caso específico da “obrigação finalizada”, ou “*Zweckschuld*”) ; desenvolvidamente, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 87 ss.; e PEDRO MÚRIAS / MARIA DE LURDES PEREIRA, *Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação, in “Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem*”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 1003) e assevera que os artigos 790.º e seguintes se referem à prestação-conduta e não ao resultado (*op. cit.*, p. 283). “*O que quer dizer que o importante não é a prestação ser ou não ser ainda possível, mas o facto de o valor dela ter sido sacrificado à vinculação obrigacional que a prendia – e de ter sido sacrificado, portanto, no interesse do credor*” (*op. cit.*, p. 302). Atribuindo este vício de raciocínio à doutrina alemã, BAPTISTA MACHADO considera que nos casos em que “*(...) o valor da prestação é sacrificado,*

no interesse do credor, à vinculação obrigacional, e que o impedimento que obsta à aceitação ou cooperação por parte do credor, a existir, também obstará à utilização da prestação por parte dele e, como tal, se situa na esfera do “risco de utilização”, que recai sobre o mesmo credor”, para concluir que “(...) a prestação assim sacrificada deverá em regra considerar-se como feita – e desaproveitada pelo credor”. (op. cit., p. 303). Ademais, estando em causa “obrigações programadas”, isto é, “(...) aquelas em que se promete uma cooperação num programa concreto ou pré-ordenado a uma concreta conformação de uma realidade extrajurídica (...)”, o devedor “(...) não promete um resultado, pelo menos um resultado final e autónomo, mas uma cooperação ou obra a inserir num processo concreto de realização de determinado resultado” (op. cit., p. 308).

Em nosso entendimento, haverá, antes, *impossibilidade da prestação em ambas as situações* (no mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, vol. 2, op. cit., p. 78: “Embora por caminhos diferentes, todas as situações examinadas conduzem ao mesmo resultado prático a impossibilidade da prestação”; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, op. cit., pp. 62 a 66, esp. p. 64, nota 126; e MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de Prestação*, op. cit., pp. 87 ss.).

No primeiro exemplo, o devedor já não pode realizar o comportamento prometido, isto é, a prestação-conduta “rebocar *aquele navio daquele local*”, e, conseqüentemente, as utilidades (a prestação-resultado) que ela era passível de proporcionar ao credor – desencalhá-lo – já não podem ser disponibilizadas. O credor obteve na mesma o efeito que desejava; só que este não proveio de facto do devedor, mas antes de um acontecimento natural, exterior ao âmbito da actuação deste. Como o devedor já não se encontra em condições de outorgar a utilidade “desencalhar *aquele navio*” – já não pode realizar a prestação-resultado – porque nada há a desencalhar, a prestação é impossível.

No exemplo credor-paciente, a intervenção cirúrgica tornou-se inútil: em concreto, o comportamento já não é capaz de transmitir as utilidades “curar o paciente da patologia X”, que lhe são típicas. Ao perder a aptidão para realizar a prestação-resultado, que constitui a razão do seu ser obrigacional, o cumprimento do dever de prestar tornou-se impossível, uma vez que, como vimos, este existe para conceder utilidades ao credor. Pelo que, à semelhança do caso anterior, também aqui é impossível cumprir o dever de prestar, *embora ainda pudesse realizar a prestação-conduta* (praticando os actos correspondentes à intervenção).

Estas são situações em que o *interesse do credor se satisfaz por via diversa do cumprimento*. Melhor seria dizer: situações em que o credor recebe as utilidades que a prestação lhe deveria proporcionar, por via diversa do cumprimento. Diferentemente, quando a *obrigação seja de entrega* esta via diversa pode, ela própria, *constituir cumprimento*, uma vez que as utilidades a conceder inerem ao objecto mediato (coisa a entregar) e não ao objecto imediato (o comportamento de entrega). O objecto imediato é mero instrumento – de levar até ao credor a coisa que é fonte das vantagens – para alcançar um resultado: fazer chegar a coisa ao credor, em termos que este possa aproveitá-la).

Diferentes dos exemplos vistos são os seguintes: *quid iuris* se o navio se afundar? Ou se o paciente se afogar num acidente ocorrido no alto-mar?

Nestes casos, para além de a prestação-resultado ser impossível, também o é a própria prestação-conduta: o próprio comportamento devido – rebocar o navio a partir das rochas onde encalhara, operar – não pode ser realizado. Afinal, o devedor vinculou-se a rebocar *aquele navio*, substrato que deixou de existir, e não um navio qualquer.

Estas são situações de frustração do interesse do credor. Melhor seria dizer: situações em que o credor deixa de poder receber as utilidades que a prestação lhe deveria proporcionar – *situações em que a prestação-resultado e a prestação-conduta são ambas impossíveis*.

Imaginemos agora que o devedor se vinculou a entregar uma cópia da primeira edição de um livro de um poeta célebre, vendida com reserva de propriedade, e o credor entretanto recebe uma cópia exactamente idêntica por ocasião do seu aniversário. Objectivamente, a prestação continua apta a conceder utilidades ao credor (*prestação-resultado-objectivo continua a ser possível*); este pode é já ter deixado de ter interesse em aproveitá-las (por que já as recebeu por outra via). *A prestação-resultado-subjectivo tornou-se impossível, mas o devedor continua a poder realizar a prestação-conduta (entrega da coisa) e a prestação-resultado-objectivo (conceder ao credor as utilidades típicas atinentes a esta entrega)*. Ou seja: continua a poder cumprir, dada a desnecessidade (já vista em texto) da coincidência (não convencional) entre as utilidades ínsitas à prestação (utilidades objectivas) e aquelas que o credor espera obter (utilidades subjectivas).

Portanto, é necessário que exista uma *relação de exclusão mútua*, em termos objectivos, entre as utilidades que o credor obtém por outra via que não o cumprimento e as utilidades ínsitas à prestação debitória (enquanto *prestação-resultado-objectivo*). Por exemplo, se a prestação corresponde a uma intervenção cirúrgica para debelar uma doença de que, entretanto, o paciente se cura naturalmente, a *prestação-conduta* deixa de poder conceder quaisquer utilidades ao credor. *A produção daquele resultado esvazia objectivamente a prestação-resultado de quaisquer utilidades, isto é, elimina a sua natureza de resultado, independentemente de qualquer coincidência com o interesse do credor*. Se é verdade que é possível conceber situações em que a conduta – cirurgia – continue a ser realizável, não é menos verdade que ela foi esvaziada das utilidades que a justificam; a prestação teria como resultado definidor a cura de uma patologia específica do credor, o que já não é possível causar porque nada há para curar (já no exemplo do livro, a produção daquele resultado esvazia *subjectivamente* – para o credor – a prestação-resultado de quaisquer utilidades, mas não objectivamente, pelo que não releva).

O exposto reforça a ideia de que aquilo a que o devedor está vinculado é à realização da prestação-resultado: o devedor deixa de poder cumprir sempre que a prestação-resultado se torne impossível, embora a prestação-conduta possa continuar a ser realizada.

Porém, naqueles casos em que a prestação-resultado é impossível, *o que dizer se, entretanto, o devedor houvesse já praticado uma série de actos no sentido do cumprimento?* O rebocador rejeitou um outro serviço, planeou os actos necessários ao cumprimento, executou alguns deles e, inclusivamente, realizou uma série de despesas, tudo para poder rebocar *aquele* navio, que se afundou ou libertou naturalmente dos rochedos em que encalhara. *Quid iuris?*

Em resposta a problemas desta estirpe, BAPTISTA MACHADO debruça-se sobre o regime da distribuição do risco, considerando que este deve ser suportado pelo credor, sempre que se reporte à *“participação que [lhe] cabe na concreta implementação do plano negocial”*, não obstante a admissão imediata que é muito pertinente – *“(muito embora ele não se ache propriamente constituído numa obrigação correspondente perante o credor)”* –, para na oração seguinte concluir que estamos perante um risco que não procede de esfera neutra; logo, recai sobre o credor (*op. cit.*, p. 271). Continuando, o ilustre Jurista desenvolve o risco do credor como *“risco de utilização”* (*op. cit.*, p. 274), o qual *“[se traduz] em a prestação não servir para o fim a que este a destinava, ou em não poder ele utilizá-la para esse ou outro fim, por se ter malogrado o seu plano de aplicação da mesma”*. Quando o *“plano se frustrar ou*

venha a falhar por contingências relacionadas com o uso da prestação pelo credor, ou com a esfera de vida ou com a empresa deste (...) temos um “risco de utilização” (ou de cooperação), que é risco do credor”. (op. cit., p. 274). “Diríamos que este esquema da repartição do risco está já “em projecto” no contrato, como solução naturalmente condizente com a vontade hipotética das partes e com os ditames da boa fé, para valer, se as mesmas partes não dispuserem diversamente”. (op. cit., p. 275, nota 20). A “frustração do fim da prestação ou realização desse fim por outra via que não pelo cumprimento (...) representa um risco comum (...) a ser repartido segundo o critério do artigo 1227.^o”. (op. cit., pp. 276 e 277). A posição assumida por BAPTISTA MACHADO em face do risco parece ser tributária da – ou pelo menos ter ligações com a – *Auswirkungs-Theorie* (cfr. INGO KOLLER, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen. Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der Materiellen Leistungserschwerung, Zweckstörung sowie Schadensersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen*, Beck, Munique, 1979, pp. 62 ss.), para a qual se teria em conta a origem – isto é, o âmbito pessoal ou organizacional de onde procede o risco –, critério que BAPTISTA MACHADO parece ter reformulado de modo a que o risco se referisse antes à pessoa cuja contribuição seria afectada no âmbito do “programa obrigacional”. Por isso, o credor suportaria o risco relativo a um comportamento dele, indispensável para levar este programa a bom porto: a aceitação e a cooperação.

Ora, quanto à aceitação, parece-nos que é certo que *o credor assumo o risco do aproveitamento da prestação, mas só na medida em que esta seja oferecida*: se o credor não chegar a tempo da partida do cruzeiro porque o avião (que o levaria ao local da partida do navio) ficou parado durante várias horas antes da descolagem, com ele lá dentro, em virtude de um nevão repentino e inesperado, neste caso, dizíamos, o credor corre o risco de ter de realizar a contraprestação (se ainda não o tiver feito) sem aproveitar as utilidades que a prestação lhe teria proporcionado (neste sentido, HELMUT KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Beck, Munique, 1971 p. 30, distinguindo entre a situação em que o devedor se dirige ao credor de mãos vazias, caso em que este se exonera da contraprestação, e a situação em que o mesmo devedor se prontifica a cumprir, mas não tem de o fazer por factores relacionados com a esfera do credor, que não fica exonerado do cumprimento da sua prestação).

É que, apesar de ser uma evidência jurídica que as obrigações contratuais se extinguem naturalmente quando o devedor (ou, podendo, quem o substitua) cumpre pontualmente, em regra, porém, não basta ao devedor oferecer a realização da prestação-resultado: é necessário que o credor a receba, isto é, que aceite o comportamento e as utilidades, que lhe estão a ser oferecidos. A aceitação é o comportamento do credor que confirma a pontualidade do cumprimento, e que assim desvincula o devedor e permite ao credor aproveitar as utilidades que a prestação é passível de proporcionar. Deste modo, a obrigação preenche o destino para que tende – o cumprimento –, extinguindo-se; e o devedor deixa de o ser.

Contudo, *é possível haver cumprimento sem que seja necessária a aceitação* da prestação, por parte do credor. Nestes casos, *a obrigação tem-se por cumprida apesar de a prestação-resultado continuar a ser realizável*, pois esta (que o devedor se disponibilizara para efectuar) *já não tem ser realizada* – embora ainda pudesse ser aproveitada pelo credor. Quem explora um hotel cumpre quando disponibiliza ao hóspede um quarto para os dias acordados, mesmo que este não chegue efectivamente a hospedar-se no estabelecimento; o proprietário de uma camioneta fretada pelo credor por um dado período de tempo cumpre quando a disponibiliza para o efeito, mesmo que o credor nunca a venha a utilizar; e se uma pianista célebre se

desloca para tocar, em privado, para uma pessoa que acaba por não comparecer, a devedora não tem de prestar, embora tenha de se disponibilizar para o fazer. *Em todos estes exemplos o devedor prontifica-se a realizar a prestação, nos termos acordados, sem que o credor a aceite e aproveite.*

Em todas estas situações tratamos de obrigações em que o elemento temporal é crucial para o seu aproveitamento (na expressão de BAPTISTA MACHADO, *Risco Contratual, op. cit.*, p. 268: obrigações “temporalizadas”). Se da interpretação da declaração de vontade do devedor se concluir ter este prometido realizar a prestação-resultado – isto é, colocar à disposição do credor as utilidades ínsitas ao comportamento devido – em determinado momento, ou durante um dado período, *e só nesse momento ou durante esse período*, então o credor só a pode aceitar e aproveitar nesse contexto temporal e não noutra. O credor suporta as consequências de não aceitar a realização da prestação (*e, conseqüentemente, de não a aproveitar*) naquele momento ou momentos.

Portanto, o aproveitamento das utilidades ínsitas à realização da prestação devedora está sujeito a termo absolutamente fixo: o credor é titular de um direito subjectivo e, simultaneamente, assume o encargo de comparecer, num determinado local, numa determinada data, para poder usufruir das vantagens que o comportamento do devedor lhe proporcionará. Caso não o faça, o devedor não deixa de ter de disponibilizar-se para cumprir na data e local prometidos; *as utilidades da prestação é que não vão poder ser concedidas ao credor*. São desperdiçadas. Também não há uma condição: o negócio entre ambos, fonte da obrigação, produz os seus efeitos independentemente de o credor comparecer nos termos acordados; como referimos, *o devedor não pode deslocar-se ao local combinado e hora aprazada “de mãos vazias”*. O que há é *um direito subjectivo, complementado por um ónus*: o credor tem o poder de exigir um comportamento do devedor, nos termos acordados; só que para aproveitar as vantagens que esse comportamento é passível de proporcionar, aquele credor tem de suportar um encargo, consubstanciado na sua aceitação. Se o devedor não cumprir sujeita-se a uma sanção (incumpra um dever) independentemente de o credor suportar aquele encargo; já se o credor não realizar o comportamento em que o ónus se consubstancia, simplesmente não aproveita as vantagens que, de outro modo, perceberia.

Extractando: em princípio, o credor *não tem o dever de aceitar a prestação*, mas *apenas o ónus* de o fazer, porque tal resulta, quer de convenção com o devedor, quer da própria natureza da prestação devedora. Daí a afirmação de ANTUNES VARELA, para quem “*o hóspede que marcou lugar no hotel tem o direito, mas não o dever, de ocupar o quarto; o turista que se inscreveu no cruzeiro tem o direito, mas não a obrigação de participar nele; o próprio carregador que fretou o barco ou a camioneta tem o direito, mas não o dever jurídico de os utilizar*” (*Das Obrigações em Geral*, vol. 2, 7.^a ed. (reimp.), Almedina, Coimbra, 1997, p. 162. É justamente com estas palavras com que ANTUNES VARELA fundava o seu entendimento de que “*não é inteiramente exacto*” que o credor seja obrigado a aceitar a prestação).

Para além do ónus de aceitar a prestação, há ainda outros casos em que o devedor não pode pôr as utilidades à disposição do credor sem que este pratique certos actos, diversos da mera aceitação. Estes actos são de cooperação (por exemplo, o credor, ou alguém em vez dele, tem de se encontrar no seu imóvel, na data combinada, para abrir a porta ao devedor que prometeu fazer-lhe obras em casa). Portanto, há *aceitação* se a prestação puder ser realizada sem qualquer outra intervenção do credor que não seja disponibilizar-se para a receber. Há necessidade de *cooperação* do credor sempre que o devedor não possa realizar a prestação sem que aquele realize um comportamento, para além do correspondente à aceitação.

Em suma: em todas estas situações não há um dever, que impenda sobre o credor, de aceitar a prestação que o devedor coloca à sua disposição, ou de cooperar no sentido da sua realização; mas, se o credor não aceitar receber a prestação oferecida nos termos devidos, ou não cooperar devidamente, no quadro da execução do “programa obrigacional”, esta obrigação extingue-se como se aquele houvesse aceitado e cooperado. O credor deixa, portanto, de o ser. E deixa, por isso, de ter acesso às utilidades que a realização daquela prestação era passível de oferecer.

Diferentemente destas situações em que a não aceitação ou cooperação do credor extingue a obrigação, são os casos de mora que o artigo 813.º prevê: ao devedor continua vinculado, mas o credor incorre em mora sempre que não aceite a prestação “*que lhe é oferecida nos termos legais*”, a não ser que o faça com “*motivo justificado*”. Este motivo justificado não pode ser o facto de o devedor entregar coisa diversa da devida, ou apenas parte do devido, ou coisa de qualidade inferior à escolhida; em todos estes casos a prestação não estaria a ser oferecida “*nos termos legais*” (desde logo por violação da regra de alcance geral do n.º 1 do artigo 762.º, mas também por contravenção do n.º 1 do artigo 763.º, quanto ao segundo caso, e do n.º 1 do artigo 543.º, no tocante ao terceiro caso), pelo que o credor poderia sempre recusar-se a receber a prestação. Que motivos justificados serão então estes, que permitem ao credor recusar-se a aceitar a prestação oferecida nos termos legais? Estes “motivos” correspondem principalmente a casos fortuitos e de força maior (neste sentido, cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Mora do Credor*, in BMJ, 1955, n.º esp., pp. 434 e 435; e F. A. CUNHA DE SÁ, *Direito ao Cumprimento e Direito a Cumprir*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano 20, 1973, pp. 149 a 259 (p. 219)) – que estão para lá do conceito de culpa –, bem outras situações em que a realização do comportamento de aceitação, por parte do credor, colidiria com o concreto exercício de um direito seu, ou cumprimento de outro dever, prevalecente – por exemplo, o credor não se pode deslocar a Coimbra (local combinado para o cumprimento) para poder aceitar a prestação oferecida porque se encontra no Porto com um filho seu, gravemente doente. Ou seja, os “motivos” são as *causas objectivas* (cfr. VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 463) por que um devedor pode, em regra, eximir-se temporariamente ao cumprimento de um dever sem por isso ser sancionado pelo ordenamento jurídico. Caso o credor não aceite a prestação, ou não coopere na sua realização, sem que tal recusa se baseie em “motivos justificados”, incorrerá em mora; ou seja, a sua omissão será sancionada. E é-o de variadas formas, incluindo (nos termos do artigo 816.º) o ressarcimento pelas “*maiores despesas que [o devedor] seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto*”.

Reiteramos: o credor corre o risco do aproveitamento da prestação, *mas, para tal, é necessário que haja algo para aproveitar*. Por este motivo, se o credor não chegar ao cais a tempo da partida do cruzeiro, mas este tiver sido cancelado por uma intempérie, o credor não pode aproveitar as utilidades da prestação, mas pode exigir a restituição do que já houver pago, nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa (n.º 1 do artigo 795.º).

Ademais, e invertendo agora os termos do problema relativamente ao barco que encalha e se liberta naturalmente, quid iuris se o caso fortuito e de força maior causasse prejuízos ao armador do navio encalhado por o rebocador não poder realizar a prestação – ou não poder realizá-la atempadamente –, e, por isso, o navio se tenha deteriorado? Ou, em alternativa, em vez de se ter deteriorado, o navio veio a necessitar que o rebocador realizasse outras operações, para além do reboque, que se traduziram em despesas acrescidas para o armador-credor. *Terá também este credor direito a que os seus prejuízos sejam reparados?*

É que *em ambos os casos temos prejuízos* (numas situações, incidentes sobre a esfera jurídica do devedor; noutras, sobre a do credor). E, se o rebocador tem direito ao pagamento das despesas que já haja feito, então também o credor deverá poder invocar despesas feitas com a (o ónus de) aceitação da prestação, ou com a cooperação necessária ao cumprimento da obrigação, a que o artigo 813.º se refere.

Quanto aos prejuízos referentes àqueles actos do devedor, praticados no *iter* do cumprimento, na sua preparação (deveres secundários da prestação) – cumprimento aquele que entretanto se impossibilitou –, é importante notar, logo à partida: *primeiro*, que a questão da sua eliminação só se coloca na medida em que o devedor não tenha direito à contraprestação, uma vez que esta, a ser devida, já constituiria o corresponsivo dessas despesas; *segundo*, que só serão sequer consideradas as despesas que o devedor haja realizado *antes* de tomar conhecimento, ou de lhe ser cognoscível, de que o navio do credor se desencalhou naturalmente (caso contrário teríamos em mãos uma possível situação de abuso do direito); e, *terceiro*, que se trate de um contrato bilateral (se fosse unilateral não faria sentido o devedor exigir o reembolso de despesas – o menos – quando nem sequer há contraprestação a exigir – o mais).

As despesas do devedor representam um sacrifício (*in casu*, parcialmente decorrente da aplicação de esforços, na medida em que estes carecem de meios como um navio rebocador e combustível), que o devedor suporta para poder oferecer a prestação, na expectativa de uma retribuição – a contraprestação –, que o justifica. Este sacrifício é tolerado no quadro da preparação para o cumprimento do dever primário de prestação (rebocar o navio do credor); ou seja, o sacrifício está associado ao cumprimento de um dever secundário de prestação (deslocar-se ao local onde se encontra o navio, com os meios necessários para o rebocar).

Habitualmente, entre a emissão da declaração negocial, que constitui a obrigação, e o seu cumprimento, *medeia um período de tempo*; durante este período de tempo pode ter lugar uma de inúmeras ocorrências passíveis de, por si só, inviabilizar a realização da prestação-resultado – aumentando a probabilidade da sua ocorrência na directa proporção do *quantum* temporal. Nada impede que credor e devedor regulem as consequências da materialização daquele risco; fazendo-o, o problema fica resolvido, na medida em que seja abrangido pela convenção. E, mesmo que não o façam através de uma cláusula expressamente consagrada a tal efeito, idêntico sentido pode ser atribuído à declaração de vontade, com base nas regras da interpretação contratual. Contudo, sucede que, frequentemente, as partes nada estipulam – seja devido aos custos de transacção que tal cláusula comportaria, seja por não considerarem o problema (ou até o consideram, mas sem lhe prestarem a devida atenção) –, nem tal sentido se pode atribuir às declarações de vontade, consideradas no âmbito do contrato. Nestes casos teremos de procurar no sistema jurídico (em que a convenção está enquadrada) a solução: terá o credor de reembolsar, parcial ou totalmente, as despesas que o devedor haja realizado?

O n.º 1 do artigo 795.º oferece uma resposta negativa, estribada na sinalagmaticidade funcional entre os deveres do prestar, que nos parece adequada; *o oposto teria de partir da premissa de que há uma contraprestação pelos deveres secundários da prestação, o que não se nos afigura correcto* (o devedor estaria então sujeito a um risco de despesas e de investimentos inúteis, nas expressões de VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 4.ª ed., Beck, Munique, 1997, pp. 86, 139 e 280). Não há um nexo de corresponsividade entre os actos individuais pertencentes a uma amálgama de comportamentos delimitados pelo devedor no sentido de preparar o cumprimento do dever primário de prestação, de um lado, e o pagamento pelo serviço, do outro lado. *Estaria, portanto, a*

ficcionar-se um sinalagma que não foi convencionado: um pagamento (parcial ou total) para compensar algumas despesas, caso se materialize um risco – que pode ou não ter sido representado – de se tornar impossível a realização da prestação-resultado, independentemente da exequibilidade da prestação-conduta. Ora, *os actos preparatórios do cumprimento não merecem uma contraprestação à medida que vão sendo efectuados*.

O conjunto de actos a praticar é escolhido pelo devedor; a forma como estes são praticados é escolhida pelo devedor; até o *quando* da prática dos actos correspondentes aos deveres secundários é escolhido pelo devedor, mesmo que dentro de certas margens; o credor apenas se interessa pelo *quid* em que aqueles actos eventualmente culminarão – o cumprimento, que lhe concede as utilidades aptas a satisfazê-lo. *É esta prestação-resultado que o credor retribui com a sua contraprestação, e não todos e cada um dos actos intermédios que a tornaram possível*. Este tipo de escalonamento é possível – *convencionalmente*: credor e devedor podem acordar em contraprestações à medida que o devedor vai praticando certos actos no sentido do cumprimento, altura em que o credor realizaria uma contraprestação final; mas, se esse sentido não for atribuível à vontade dos sujeitos, com base nas regras da interpretação, então não vemos por que – nem, razoavelmente, como – deveremos adoptar uma solução diversa. *Além do que tal solução não seria oportuna: o devedor deixaria de ter um poderoso incentivo para actuar de modo eficiente*, isto é, para optar pelo conjunto de actos (no sentido do cumprimento) menos dispendiosos, praticados da forma também menos dispendiosa, e para cumprir o mais rapidamente possível, de modo a reduzir a probabilidade da verificação de um caso fortuito e de força maior; *e eliminaria o incentivo para negociar antecipadamente com o credor este tipo de situações, nos casos em que tal, de outro modo, seria feito*.

Como referimos, BAPTISTA MACHADO fala ainda de prestações finalizadas e temporalizadas (*op. cit.*, p. 268), que, por exemplo, se esgotam numa utilização, ou que só podem ser realizadas durante um determinado período de tempo, ou que só servem para um fim do credor. Figuremos que o devedor se vincula a construir e entregar na oficina do credor, em certa data, um aparelho feito à medida de uma máquina industrial deste, na qual deve ser instalado. No dia apazado para a entrega, a fábrica do credor é pasto de chamas, pelo que o aparelho não pode ser entregue, nem, muito menos, instalado. A prestação-resultado tornou-se impossível e o devedor construiu uma coisa que não tem utilidade – e, portanto, valor – para outra pessoa senão aquela que já não a pode receber (se o aparelho tivesse valor de mercado o devedor não teria direito às despesas; caso contrário, acabaria por ser ressarcido das despesas que efectuou e depois, em acréscimo, ainda poderia receber uma prestação patrimonial pelo fruto – a coisa – que essas despesas proporcionaram).

Não teria este devedor o *incommoda* de precaver justamente esta hipótese, podendo estipular a distribuição igualitária (ou qualquer outra proporção) de tal risco, ou a atribuição do risco a apenas um dos sujeitos, que o outro compensaria? Não tendo havido lugar a esta distribuição convencional do risco, não deverá ser ele suportado pelo sujeito da relação que melhor conheça a probabilidade de ocorrência do evento “barco a rebocar afunda-se depois de encalhar” ou “barco a rebocar liberta-se naturalmente”, bem como das respectivas consequências, dada a sua actividade? E, considerados os factos de ser esta a sua actividade, e aquele mar o local onde a desempenha, não poderia ele segurar-se mais eficientemente que o armador (imaginando que, por exemplo, é a primeira vez que os navios deste armador atravessam aquelas águas)? Como afirma RICHARD POSNER (*Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., Wolters Kluwer, Nova Iorque, 2014, p. 113), em exemplo semelhante: “(...) *let us consider the (...) case where completion of performance by one of the parties is prevented,*

again by circumstances beyond his control, and he wants (...) to be paid for what he has done although it is not what the contract called for him to do. You hire a contractor to build a house, and midway through construction the house burns down. The fact that he was prevented through no fault of his own from performing as contemplated by the contract should not automatically entitle him (...) to be paid as if the burned-down building had been what you contracted for. The issue should be which of us was intended to bear the risk of fire. Like a manufacturer whose goods are destroyed by fire before delivery, the contractor generally is better placed for fire protection than the owner because he controls the premises and is knowledgeable about the fire hazards of buildings under construction. He is probably the cheaper insurer as well, being in a better position to estimate the likelihood and consequences of fire at the various stages of construction” (cfr., ainda, RICHARD POSNER / ANDREW ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, in “Journal of Legal Studies”, vol. 6, 1977, pp. 83 ss. (com vários exemplos); GERHARD WAGNER, *In Defense of the Impossibility Defense*, in “Loyola U. Chi. L. J.”, vol. 27, 1995, pp. 55 ss.; e, para uma perspectiva crítica, ALAN SYKES, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World*, in “Journal of Legal Studies”, vol. 19, 1990, pp. 73 a 90).

Por outras palavras: a repartição do risco deve depender do caso concreto e dos seus elementos, como o conhecimento e controlo do factor a que o risco se reporta, e a habitualidade (ou falta dela) com que o devedor assume obrigações com aquele objecto imediato. A situação concreta determinará quem é preferível que suporte o risco, não só por motivos de eficiência (um profissional pode segurar-se contra o risco e fazer repercutir, de forma menos dispendiosa, o prémio pago pelas múltiplas relações idênticas que enceta), como também de justiça (quem melhor conhece a casa que ardeu, ou a fisiologia do corpo humano – no caso do cirurgião cujo paciente se cura –, é justo que suporte o risco, porque melhor o poderia ter prevenido). É preferível serem critérios destes, dependentes da prestação em causa, dos sujeitos envolvidos, e do conhecimento da circunstância sobre que incidiu o risco, do que optarmos por uma regra néscia do caso concreto, que pouco mais tem como base normativa certa que um preceito avulso de um contrato típico, referente a prestações muito específicas (uma empreitada é uma prestação “finalizada” que envolve despesas elevadas que em nada aproveitam ao devedor). A este propósito parecem-nos também oportunas as palavras de MARIO BESSONE, que acrescenta: “*In linea di principio, circostanze che avrebbero potuto costituire materia di una clausola del contratto sono fonte di rischi che ciascuno può eliminare o si assume, e quindi il danno causato da tali circostanze sembra dover senz’altro gravare su chi avrebbe potuto cautelarsi ed invece non l’abbia fatto, lasciando lacunoso il contenuto del contratto*” (*Adempimento e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, Milão 1969, p. 17).

Ao contrário de BAPTISTA MACHADO, a solução encontrada por ANTUNES VARELA, (*Das Obrigações em Geral*, vol. 2, *op. cit.*, p. 85) é a de “(...) de reconhecer ao devedor da prestação de serviços, que sem culpa sua se tornou impossível, o direito a ser indemnizado, quer das despesas que fez, quer do prejuízo que sofreu”, por aplicação analógica do n.º 1 do artigo 468.º, referente ao direito de reembolso e indemnização do gestor de negócios, em caso de gestão regular. Esta solução havia já sido rejeitada por BEUTHIEN (*Zweckerreichung und Zweckstörung*, *op. cit.*, pp. 97 a 99), que, entre outras críticas formuladas, assinala que a faculdade do gestor de negócios se reporta a despesas que tenha justificadamente tido por necessárias. Diferentemente, o devedor efectua as suas despesas com a contraprestação em vista, e é só a ela que tem direito, independentemente do volume daquelas despesas, que tenha

obrigacional, conduta sem utilidade é forma sem substância, continente sem conteúdo. As duas noções são fundamentais e complementam-se.

2.2. – A conformação da prestação pelo resultado; os deveres acessórios *debitoris*

2.2.1. – O resultado na conformação do dever de prestar

I – A prestação-resultado, enquanto utilidades a conceder pelo devedor, contribui decisivamente para moldar a prestação-conduta; ou melhor, para identificar os actos que devem concretamente ser praticados e a forma como devem sê-lo. Isto porque a prestação-conduta atomiza-se em diversos conjuntos de actos, cada um dos quais é apto a materializar o comportamento devido e respectiva concessão das utilidades que lhe inerem para aproveitamento do credor.

Se referimos vários conjuntos de actos, é porque existem quase sempre várias formas de o devedor realizar a prestação *in concreto*, mesmo nos casos em que esta corresponde a um esquema bem delineado: apesar de a prestação de entrega da coisa vendida se encontrar bem delimitada – simplesmente, o acto da entrega –, ela pode ser realizada de variadas formas (o credor pode, desde logo, entregá-la de avião, de automóvel, a pé, expedi-la por um de numerosos meios, etc.).

O fenómeno é ainda mais evidente quando a prestação debitória se encontra vagamente determinada, de forma menos precisa: haja em vista o administrador, que tem de praticar múltiplos e variegados actos jurídicos e

suportado para cumprir. Caso contrário, um imprevisto aumento de despesas poderia levar ao resultado aberrante de a atribuição patrimonial do credor ao devedor poder acabar por ser de valor superior ao da própria contraprestação, por força da aplicação desta regra.

materiais no interesse do administrado, no quadro de uma boa gestão do património deste.

II – A determinação de um conjunto de actos que, no seu todo, se materializem na realização da prestação debitória constitui, ela própria, um acto de planeamento, sem a qual o cumprimento não pode ter lugar: se o devedor adoptar a prática de actos não conducentes à realização da prestação, nunca aquela prática poderá levar a esta realização. *A execução adequada de um plano desadequado não desemboca no cumprimento.*

O planeamento dos actos a executar não se pode bastar com o figurino abstracto da prestação debitória (a entrega de *uma* coisa vendida, a administração de *um* património, a conservação de *uma* coisa depositada, etc.); é indispensável que leve em conta as circunstâncias concretas.

Por exemplo, se tiver lugar uma greve de transportes que impeça o vendedor de proceder à entrega da coisa no prazo acordado, tendo de a deixar para um momento posterior, ele terá nos entrementes de praticar actos de conservação *que se adequem à coisa concreta*; e uma vez levantada a greve, *também a entrega deve estar de acordo com as qualidades do que foi vendido*, que será diferente consoante se trate de material de construção ou mobiliário antigo.

Portanto, mesmo nos casos em que a concretude do comportamento devido torna imediatamente acessível a percepção, em abstracto, dos actos por ele implicados, *não é possível ignorar o poder directamente jurisdiccional que as circunstâncias que concretamente envolvem a realização do comportamento devido têm através da modelação deste.*

É em relação àquele planeamento e sua execução que vão ser aplicados esforços, cuja intensidade mínima é estabelecida pelo critério da diligência exigível do devedor.

III – As circunstâncias não têm de se reportar apenas ao objecto mediato, como no exemplo exposto; elas respeitam também aos sujeitos da relação jurídica creditória, ao objecto imediato, ou a outros elementos que, embora não gozem de ligação directa aos sujeitos da relação ou ao objecto mediato, determinam a necessidade de, em concreto, praticar certos actos.

Assim, por exemplo, se o credor é uma pessoa idosa de mobilidade reduzida, este elemento factual vai determinar que o devedor, ao realizar a entrega de um móvel, não o deixe à entrada do prédio, mas antes que auxilie o credor no seu transporte até à divisão do domicílio em que aquele o deseja.

Ou, numa outra ilustração, se quando assumiu a obrigação o devedor tinha conhecimento da forte probabilidade da materialização de um facto impeditivo do cumprimento, então, caso este se venha efectivamente a materializar, o comportamento devido terá de integrar a prática de actos que o afastem enquanto obstáculo a cumprir.

Por outro lado, o depósito de um colar de diamantes exige do depositário actos concretos que divergem daqueles que seriam adequados se a coisa depositada fosse antes uma velha bicicleta com pouco valor pecuniário e nenhum valor sentimental.

Por último, se a obrigação deste depositário dever ser cumprida numa cidade com uma elevada taxa de criminalidade, ele deve, por exemplo, optar por a guardar numa área da localidade menos propícia ao crime, guardá-la num cofre, etc.. Tudo actos concretos diversos dos que teria de praticar na ausência daquela circunstância.

Em qualquer dos casos, o dever de prestar é o mesmo; os actos concretos em que este se positiva é que variam em função de elementos, também eles concretos. *E como a diligência devida se reporta aos esforços tendentes à materialização dos actos que o devedor tem de praticar, em*

concreto, acaba também por ver o grau da sua tensão fixado por aqueles elementos.

2.2.2. – A prestação-resultado e os deveres acessórios a cargo do devedor

I – Em linhas anteriores escrevemos que “[s]e o devedor realizar o comportamento, mas sem que este esteja em condições de transmitir as utilidades que lhe correspondem, não se pode afirmar que tenha cumprido o dever de prestar”. Quando o fizemos tínhamos em mente os deveres acessórios e o papel que desempenham no quadro da relação obrigacional, só possível pela descrição do seu objecto enquanto orientado a um resultado de concessão de utilidades.

Os deveres acessórios distinguem-se dos deveres de prestação pelo escopo. “Enquanto [os deveres de prestar] visam a satisfação do credor na prestação, [os deveres acessórios] promovem o interesse do credor na integralidade da própria prestação e, ainda, na intocabilidade dos seus interesses colaterais: património e esferas física e moral”.⁶²

A geometria linear da relação obrigacional simples – o credor com o direito a exigir o cumprimento do dever de prestar; o devedor com o dever (passe a redundância) de o cumprir – é consabidamente incapaz de descrever a imaginativa realidade em que se encontra imergida aquela relação, os seus elementos e as múltiplas circunstâncias que orbitam em torno dela, bem como os múltiplos valores e interesses que lhe subjazem. Por exemplo, um técnico

⁶² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 511. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Atântida, Coimbra, 1970, pp. 377 ss.; JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra 1989, pp. 300 ss., e pp. 384 ss.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, pp. 55 ss, e pp. 143 ss.

informático, contratado para actualizar os sistemas de uma sociedade comercial, não pode, para além de realizar esse comportamento, deixar de actuar com lealdade, não revelando segredos profissionais desta, a que tenha tido acesso no cumprimento da sua obrigação, com o que a prejudicaria no património e na esfera moral.⁶³ Tudo isto, *ainda que credor e devedor nada tenham acordado quanto a esta matéria específica*.

E o mesmo se diga do gerente de um supermercado, que manda limpar a fundo os corredores, antes da hora de abertura: deve ter o cuidado de sinalizar a área recentemente limpa antes da entrada dos clientes, de forma a garantir a sua segurança e a evitar danos nas esferas jurídicas destes. Ou ainda o banco que conclui contratos de permuta de taxas de juro com os seus clientes – inscícios em matéria financeira –, sem os informar adequadamente acerca do modo de funcionamento destes instrumentos financeiros, bem como dos riscos que acarretam.

Os deveres acessórios carregam para a relação obrigacional uma perspectiva mais abrangente e generosa na sua concretude e coincidência com o pulsar da realidade, comparada com a da relação simples, mais limitada e factualmente alheada.

E fazem-no, *seja mantendo a integridade dos deveres de prestar (acautelando a prestação)*, seja reforçando e materializando o cumprimento daqueles deveres em moldes conducentes à satisfação do interesse do credor

⁶³ Embora a doutrina e jurisprudência dominantes sejam a favor de certos direitos de personalidade de que beneficiam as pessoas colectivas, como os direitos à imagem e à reputação, há no entanto quem rejeite esta qualificação, entendendo que todos os direitos de personalidade estão indissolúvelmente ligados à dignidade humana, e são, por isso, inseparáveis das pessoas singulares, só por analogia, caso a caso, podendo aplicar-se às pessoas colectivas o regime jurídico dos direitos de personalidade. Neste sentido, por exemplo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos*, in ROA, ano 68, 1, 2008, pp. 97 ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 123; e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Dano Societários e Governação das Sociedades (Corporate Governance)*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º especial 02, Dezembro 2012, pp. 31 ss., e p. 44.

(evitando, por exemplo, cumprimentos formais, como o do cantor que aproveita o facto de a obrigação ser pura para oferecer o seu cumprimento de madrugada), seja tomando em conta interesses circundantes e colaterais (evitar causar prejuízos colaterais ao credor, tanto patrimoniais, como pessoais ou morais). *São fundamentalmente estes os interesses que os deveres acessórios de conduta visam satisfazer.*

Em todos eles se nota uma teleologia radicada num entendimento da prestação enquanto um comportamento que inclui muito mais que um puro e simples conjunto de actos a praticar, sem atenção ao interesse que está na origem da obrigação e ao resultado tendente à sua satisfação. *É porque a prestação é também resultado a alcançar que se impõem deveres, cujo objecto corresponde a actos que, apesar de não respeitarem à preparação e execução da prestação-conduta, são no entanto indispensáveis à concessão das utilidades em termos que sejam passíveis de satisfazer o interesse do credor.*

É por esse motivo que, como vimos em jeito de ilustração, o vendedor terá de praticar actos de conservação adequados às qualidades concretas da coisa vendida, caso uma greve de transportes o impeça de a entregar imediatamente; como *também a própria entrega deve estar de acordo com as qualidades do que foi vendido*, que será diferente consoante se trate de material de construção ou mobiliário antigo. Trata-se de deveres acessórios. As partes podem nada ter convencionado quanto a esta matéria; podem nem sequer ter representado a eventualidade de uma greve. Mas o devedor tem de cumprir aqueles deveres, em acréscimo ao dever de prestar.

II – Os deveres acessórios são estruturalmente alheios ao dever de prestar: o comportamento que o devedor pode exigir é diferente consoante a modalidade em causa. A prestação que é objecto de um dever acessório não coincide com as prestações que caracterizam o tipo de negócio de onde brotam (deveres primários da prestação), nem tão-pouco se identificam com os actos

que se destinam a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação-conduta. É que estes últimos – os deveres secundários de prestação⁶⁴ – são ainda “*comuns deveres de prestar, que seguem o regime da prestação principal ou, mais latamente, dos deveres de prestar*”, ao passo que os deveres acessórios “*visam a concretização dos valores básicos do ordenamento, dando-lhes firmeza na periferia do sistema e em cada caso concreto. Subordinam-se a esses valores e não ao específico interesse do credor*”.⁶⁵

Se os deveres acessórios não se connexionam com o dever de prestar que alguém haja assumido, e, por isso, não resultam de um comportamento declarativo, então qual é a sua fonte? De onde promana o dever do técnico informático de manter o silêncio quanto aos segredos de que tomou conhecimento? E o dever do banco de informar o cliente sobre os riscos atinentes à conclusão de um contrato de *swap* de taxa de juro? Ou o do cantor de não explorar a falta de prazo da obrigação para oferecer o cumprimento quando as utilidades ínsitas à prestação não são susceptíveis de poder ser aproveitadas pelo credor?

Ou, mais amplamente: *se os deveres acessórios não provêm do acordo entre credor e devedor, fonte do dever de prestar, qual a base normativa em que assentam os deveres acessórios?*

Os deveres acessórios têm origem legal imperativa, seja com base em regras específicas (como as do CVM, relativas aos exigentes deveres de informação a que aquele banco estaria sujeito, no exemplo *supra*), seja escorados na norma geral do n.º 2 do artigo 762.º, a válvula de escape do sistema, que impõe ao devedor o respeito pelas regras da *boa fé* no cumprimento – seja sujeitando o técnico informático a um dever de lealdade, que, no caso, corresponderia a um comportamento negativo relativo a certos

⁶⁴ Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, vol. 1, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 497.

factos; *seja impondo ao devedor comportamentos pelos quais este afasta a possibilidade de materialização de uma ameaça à integridade da prestação devida.*

Não é por os deveres acessórios terem origem legal que eles se devem confundir com os deveres do tráfico, e que o seu incumprimento dá azo a responsabilidade extracontratual.⁶⁶ É que os deveres acessórios têm origem na lei e reflectem preocupações que ultrapassam o dever de prestar, mas fazem parte da relação obrigacional (dada a sua complexidade), integrando o seu conteúdo.

III – O facto de os deveres de prestar e os deveres acessórios fazerem parte da mesma relação creditória não significa que ambos os tipos de deveres estejam sujeitos ao mesmo regime. Os deveres acessórios de conduta, com fonte e escopo diverso dos de prestar, “têm (...) regime próprio, claramente diferenciado do dos deveres de prestar, primários e secundários”.⁶⁷

⁶⁶ Em sentido contrário, no tocante aos deveres de protecção, HANS-JOACHIM MERTENS (*Deliktsrecht und Sonderprivatrecht. Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes vom Vermögensinteressen*, in AcP, 178, 1978, pp. 261 e 262), CHRISTIAN VON BAR (*Verkehrspflichten*, pp. 220 ss. e 312 ss.; e *Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?*, in JuS, 1982, p. 645), ERNST VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, in Festschrift 100. DJT, 1960, pp. 56 a 58), HANS STOLL (*Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen*, in FS Flume, p. 752) e DIETER MEDICUS (*Vertragliche und Deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln*, in FS Eduard Kern, 1968, pp. 327 ss.), embora o aditamento do n.º 2 ao § 241 BGB, por efeito da *Schuldrechtssmodernisierung*, tenha essencialmente resolvido a questão.

Tem-se entendido que a violação desses deveres desencadeia a responsabilidade contratual (neste sentido, por todos, CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., pp. 337 ss.), embora haja quem entenda tratar-se, antes, de responsabilidade extracontratual e, até, de uma “terceira via” da responsabilidade (entre nós, neste sentido, por todos, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 19 ss., pp. 31 ss., e pp. 85 ss.; assim como, do mesmo Autor, a sua dissertação de doutoramento sobre *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 99 ss., pp. 221 ss., pp. 341 ss.).

⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.ª ed., op. cit., p. 498.

Por um lado, os deveres acessórios integram a relação obrigacional e o seu incumprimento gera responsabilidade contratual. Por outro lado, o regime que lhes é aplicável é diferente, desde logo ao nível da forma como são determinados: com base na interpretação e integração da lei (artigos 9.º e 10.º CC, respectivamente), enquanto os deveres de prestar são delineados através da mediação das regras da interpretação (artigos 236.º a 238.º CC) e integração da declaração negocial (artigo 239.º CC).

Não surpreende, por isso, que o objecto de um dever acessório seja concretamente modelado pelos elementos e circunstâncias que enformam a relação obrigacional no seu conjunto; afinal, todos eles influem no modo como o devedor vai conceder as utilidades da conduta ao credor. Embora o dever acessório não integre o dever de prestar, este influencia o *se* e o *como* aquele se vai traduzir, em concreto, num comportamento que pode ser imposto, tanto ao devedor, como ao próprio credor, *o que influencia, conseqüentemente, a própria conformação do sistema móvel de esforços a aplicar para materializar os comportamentos devidos e o resultado para que tendem.*

Os esforços não respeitam apenas à realização do comportamento devido, *mas antes à realização do comportamento devido de modo a conceder as utilidades inerentes em termos passíveis de satisfazer o interesse do credor.*

A diferença é que, quanto à medida da intensidade destes esforços, não fazendo eles parte do dever de prestar (embora nada impeça que os sujeitos os regulem, por acordo), a diligência exigível será a do bom pai de família, o critério normativo-regra, ainda que outro haja sido o critério acordado para aquele dever.

2.3. – A prestação-resultado na obrigação de meios

I – Falar em prestação-resultado evoca velhas distinções oitocentistas, nem sempre pacíficas, sobretudo fora do sistema jurídico gaulês.⁶⁸ Referimo-nos, claro está, aos conceitos de obrigação de meios e de obrigação e de resultado,⁶⁹ distinção que não nos sensibiliza particularmente.⁷⁰

⁶⁸ E mesmo dentro das fronteiras deste são inúmeros os detractores, desde há muito, entre os quais se contam alguns dos Autores de maior nomeada. Cfr. CAPITANT, *Les Effets des Obligations*, in “Rev. Trim. Dr. Civ.”, 1932, pp. 724 ss.; ESMEIN, *Le Fondement de la Responsabilité Contractuelle*, in “Rev. Trim. Dr. Civ.”, 1933, pp. 633 e 658; MARTON, *Obligations de Résultat et Obligations de Moyens*, in “Rev. Trim. Dr. Civ.”, 1935, pp. 497 ss. (esp. pp. 517 e 518); BEINEIX, *La Charge de la Preuve*, in “Rev. Critique”, 1938, pp. 660 ss.; RIPERT / BOULANGER, *Traité Élémentaire de Droit Civil de M. Planiol*, II, Paris, 1949, n.º 699; COLIN / CAPITANT / JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, II, Paris, 1948, n.ºs 83, 123 e 131; PALLARD, *L’Exception de Nécessité en Droit Civil*, Paris, 1949, pp. 129 e 172; e RODIERE, *La Responsabilité Civile*, Paris, 1952, n.º 1669, p. 291.

Durante o mesmo período, em Itália, as críticas provieram de Autores como NICOLÒ, *L’Adempimento dell’Obbligo Altrui*, Milão, 1936, p. 62, nota 79; MICHELI, *L’Onere della Prova*, Milão, 1942, p. 378, nota 2; COSATTINI, *La Revoca degli atti Fraudolenti*, Pádua, 1950, p. 81; DENTI, *Studi sul Processo Possessorio*, in “Studi Sc. Giur. e Soc. Pubbl. Dall’Univ. di Pavia”, vol. XXX, 1949, p. 183; e BALBI, *L’Obbligazione di Custodire*, Milão, 1940, pp. 248 ss.. Mais recentemente, cfr. CARINGELLA / DE MARZO, *Le Obbligazioni*, p. 46; e ENRICO MOSCATI, *La Disciplina Generale delle Obbligazioni*, pp. 68 e 69.

⁶⁹ Embora ligada a RENÉ DEMOGUE (*Traité des Obligations en Général*, V, 1925, pp. 536 ss.; e ID., *Traité des Obligations en Général*, VI, 1931, pp. 644 e 645) e a outros autores franceses que o seguiram, é atribuída à doutrina germânica de finais de século XIX, sobretudo a BERNHÖFT e FISCHER. Cfr. a evolução histórica da figura, delineada por JOSEPH FROSSARD, *La Distinction des Obligations de Moyens et des Obligations de Résultat*, 1965, pp. 12 ss..

⁷⁰ Nem, entre nós, por exemplo, a ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Direito das Obrigações*, vol. 1, AAFDL, Lisboa, 2001 (reimp.), pp. 358 e 359), LUÍS MENEZES LEITÃO (*Direito das Obrigações*, vol. 1, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 141 e 142) e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in “Direito da Saúde e Bioética”, 1996, pp. 110 a 112. No mesmo sentido se manifesta alguma jurisprudência, que o Ac. RCB de 5/7/2005 representa, ao considerar todas as obrigações como de resultado, “havendo apenas que saber a natureza do resultado procurado, nas suas muitas graduações (...)”. Já MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral das Obrigações*, pp. 413 a 415) e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA (*Direito das Obrigações*, p. 971) dispõem-se a aceitar a distinção, e sediam a sua utilidade no efeito liberatório da impossibilidade subjectiva na obrigação de

Apesar do limitado alcance prático do espartilho entre obrigações de meios e obrigações de resultado – mesmo entre aqueles que a aceitam –, a matéria reveste-se de potencial relevância no quadro do que nos propusemos fazer no presente capítulo; é que quem admite a existência destas duas modalidades de obrigação utiliza, por vezes, alegadas diferenças ao nível da diligência para apartar uma e outra modalidades. Dizemos “por vezes”, porque *parece-nos haver uma certa confusão quanto ao motivo da heterogeneidade destas obrigações.*

II – Por vezes, a distinção é feita com base na instrumentalidade ou finalidade do interesse satisfeito pelo cumprimento: nas obrigações de resultado o interesse do credor seria final, isto é, corresponderia às utilidades que o credor verdadeiramente desejava perceber, em si mesmas; nas obrigações de meios o interesse seria instrumental porque as utilidades em

meios, por oposição à obrigação de resultado, da qual só a impossibilidade objectiva permitiria ao devedor desvincular-se; no que são seguidos pelo Ac. RCb de 19/4/2005 e o Ac. RPt de 13/12/2007. CARNEIRO DA FRADA (*Contrato e Deveres de Protecção*, pp. 335 a 337) diverge, descobrindo a importância da distinção na matéria do ónus da prova, no que é acompanhado, quanto ao essencial, por PINTO DE OLIVEIRA (*Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: Problemas de Ilicitude e de Culpa*, in “Responsabilidade Civil dos Médicos”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 245). JOÃO ÁLVARO DIAS (*Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica*, p. 39; e ID., *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 225) e RIBEIRO DE FARIA (*Da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em Torno do Direito Alemão*, in RFDUP, ano 1, 2004, pp. 115 a 118) conjugam a relevância da obrigação de meios em matéria de impossibilidade subjectiva, com a sua subtracção à norma do n.º 1 do artigo 799.º (também o Ac. STJ de 5/7/2001, in CJ/STJ, II, 2001, pp. 166 a 170, e o Ac. STJ de 4/3/08 se manifestam a favor da não aplicação da presunção de culpa a certas obrigações de meios – particularmente no domínio da responsabilidade médica –, embora se lhes oponham outros arestos, como o Ac. STJ de 22/5/2003, o Ac. STJ de 18/9/2007, o Ac. STJ de 27/11/2007 o Ac. RCb de 6/5/2008, o Ac. RLx de 23/1/2007, o Ac. RLx de 8/1/2008 e o Ac. RPt de 17/11/2005).

questão seriam apenas um meio possivelmente eficaz na obtenção de outras utilidades, essas sim finais.⁷¹

Esta distinção parece-nos forçada, por todas as obrigações terem por objecto uma prestação-resultado, uma concessão de utilidades. Só há, portanto, “obrigações de resultado”. Mesmo numa obrigação de meios o devedor continua a ter de realizar um comportamento passível de conceder utilidades, que podem ou não coincidir com o interesse do credor.

Conceder as utilidades “instrumentais” ao credor através da realização da prestação-conduta significa realizar a prestação-resultado; significa cumprir, portanto. *Outras utilidades estão para lá da obrigação em causa, não relevando para o seu cumprimento. Apesar de aquelas utilidades*

⁷¹ É o que sucede, por exemplo, em muitos actos médicos. Suponhamos que o credor padece de uma doença grave para a qual a solução recomendada é um determinado procedimento cirúrgico. Este procedimento inclui uma série de actos que devem ser praticados de certa forma, seguindo uma ordem concreta, e temporalmente espaçados de determinado modo. Ficcionemos que as estatísticas indicam que esta cirurgia, assim realizada, tem uma probabilidade de sucesso (isto é, de curar a doença) de 50%. E agora imagine-se que a operação é levada a cabo como devia. Isto significa que o interesse *instrumental* do credor é satisfeito; mas, apesar de a prestação ser realizada o credor não é necessariamente curado – ou seja, o efeito útil, o seu interesse *final* não decorre inevitavelmente da realização da prestação. Tal pode ou não acontecer, dependendo de elementos estranhos a essa prestação. Esses elementos podem ser influenciados (por exemplo, se o credor tomar certas precauções e seguir um plano de tratamento pós-operatório aumentará as probabilidades de sucesso), mas não podem ser dominados pelo credor.

É isto que sucederia nas chamadas obrigações de meios: o efeito útil pretendido pelo credor não coincide com a prestação-resultado; o seu preenchimento depende não só do cumprimento, mas também de elementos aleatórios (por estarem fora do controlo do devedor). Como estão fora do controlo do devedor, este cumpre a obrigação quando realiza o comportamento devido (interesse secundário do credor) independentemente da verificação do efeito útil (interesse primário do credor).

Claro que ele pode assumir a álea da produção do efeito útil, caso em que continuará vinculado perante o credor se realizar a prestação mas esta não produzir o efeito útil. Isto significa que o devedor tem de realizar novamente a prestação (até satisfazer o interesse primário do credor), caso seja possível, ou, se tal já não puder ser feito (por impossibilidade, perda de interesse do credor, etc.), ficará com o dever de indemnizar o credor pelos danos sofridos.

instrumentais interessarem ao credor apenas como meio para um fim, *elas interessam ao Direito em si mesmas*.

É certo haver situações em que as utilidades objectivas que acompanham a realização da prestação-resultado tendem a conceder determinadas utilidades subjectivamente desejadas pelo credor, mas não as concedem necessariamente, dada a dependência de tal fenómeno em relação ao sentido do funcionamento de elementos exteriores à prestação (e ao controlo do devedor), que são aleatórios.⁷² Só que as utilidades objectivas não deixam de ter valor em si mesmas: o de oferecer um certo *quantum* probabilístico de obtenção daqueles outros efeitos.

As utilidades finais a que correspondem o interesse do credor encontram-se, juntamente com este interesse, a jusante da prestação-resultado: apesar de não ter de existir coincidência entre as utilidades objectivas da prestação e outras utilidades, meramente potenciais, que correspondem ao interesse do credor, não deixa de haver a satisfação de um interesse do credor aquando da realização da prestação-resultado, mediante a execução da prestação-conduta. *Falar destas obrigações como sendo “de meios” é insidioso*: por detrás de uma designação aparentemente inofensiva jaz a sugestão de que a prestação que é objecto destas obrigações não tem utilidade em si mesma, o que é incorrecto.

⁷² Também às prestações-conduta – aliás, sobretudo a elas – subjaz um *modicum*, no mínimo, de álea: a sua realização depende de acontecimentos que o devedor não consegue afectar, por estarem fora do seu domínio de actuação. Assim sucede em muitos casos, embora nem sempre evidentes. Por exemplo, quando o devedor promete cantar na festa de aniversário do credor há sempre circunstâncias exteriores à esfera de actuação do devedor que vão determinar a possibilidade de ele realizar a prestação, como a sua saúde: o cantor pode engripar, sem que tal dependa da sua vontade (embora o seu comportamento possa potenciar ou reduzir a probabilidade de adoecer). De igual modo, uma greve de transportes pode impedir que o devedor (ou qualquer outra pessoa em sua substituição) entregue a coisa vendida, sem que ele haja tido qualquer controlo sobre o evento.

Por exemplo, suponhamos que o comportamento devido corresponde a uma intervenção cirúrgica, indicada para a cura de certa patologia, a qual é devida em 70% dos casos em que esta operação é levada a cabo. A actividade concretamente prometida pelo cirurgião – a prestação-conduta – tem como resultado a concessão daquela elevada probabilidade de cura, *não a própria cura em si mesma*; esta pode ser o seu interesse mediato, mas não deixa de se encontrar para lá do seu *interesse imediatamente genético (conceder as utilidades potencialmente terapêuticas da cirurgia)* – *ele próprio já para lá da prestação* – mesmo que meramente instrumental daqueloutro interesse (*em ser curado*).

Em suma, *a prestação-resultado é sempre uma obrigação de resultado por conceder utilidades por si mesma*. A satisfação de um interesse mediato não pode deixar de ser irrelevante para determinar o cumprimento.

Ademais, mesmo o acolhimento dos termos desta distinção nada acrescentaria às matérias a que habitualmente se liga, com generosidade, a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado.

Por um lado, a impossibilidade subjectiva não deixaria de ser irrelevante, em regra, pelo mero facto de a prestação-resultado satisfazer um interesse instrumental. Se a prestação-resultado que o satisfaz não tivesse sido realizada por falta de aptidões do devedor, este não se desvincularia pelo facto de o interesse ser instrumental ou secundário. Tão inadimplente é o cirurgião geral como o cirurgião plástico, se ambos carecerem das aptidões necessárias para cumprir, embora a obrigação do primeiro seja habitualmente considerada de meios, e a do segundo, de resultado.⁷³

⁷³ As intervenções curativas e as estéticas são demasiado parecidas – no que toca aos actos que envolvem, às pessoas que os praticam, etc. – para que numa se diga que nas primeiras o devedor só é responsável nuns termos e nas segundas noutros. Quanto à natureza “de meios” ou “de resultado” destas obrigações, e ao papel das *leges artis* na sua conformação, cfr. FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil Médica: Breves Reflexões em torno dos*

Por outro lado, quanto ao ónus da prova da culpa, também nada acrescenta a instrumentalidade do interesse: aquele pressuposto da responsabilidade civil reporta-se à diligência do devedor, e não ao interesse do credor no cumprimento.

III – Outras vezes, as obrigações são separadas em função do papel da diligência na determinação do que é devido: nas obrigações de resultado a diligência serviria apenas como critério de imputação subjectiva do ilícito ao devedor; nas obrigações de meios a diligência seria também critério da ilicitude, uma vez que ela própria constituiria o *quid* devido.

Dir-se-ia, a este propósito, haver um “dever de diligência”. *Rejeitamos a existência de qualquer “dever de diligência” que não num sentido metafórico ou meramente linguístico*, uma vez que o conceito de “diligência” não corresponde aos actos que ela torna possível praticar. São os actos – correspondam estes, ou não, ao cumprimento – que neles têm pressuposta a aplicação de certa intensidade de um conjunto de esforços (o *quid* que a diligência mede) que tornam possíveis o agir humano, em geral, e os actos apontados a certo comportamento devido, em particular. Sobre este aspecto, e para evitarmos repetir o que já afirmámos e fundamentámos no início deste capítulo, sintetizamos com a elegante conclusão de LUIGI MENGONI: “(...) *non è opportuno trascurare completamente il rilievo che la diligenza non è, essa stessa, un comportamento ma piuttosto un modo di comportarsi, e quindi una misura del contenuto di un concreto dovere di prestazione. È vero che, dal punto di vista tecnico-giuridico, la parola diligenza, in unione coi verbi prestare usare impiegare rispondere, acquista uno speciale significato: non designa semplicemente un’attitudine interiore, una proprietà della spirito*

Respectivos Pressupostos, in CDP, n.º 43, Julho/Setembro 2010, pp. 48 a 71 (pp. 55, 56 e 66 ss.).

*umano, bensì l'estrinsecazione di tale qualità in un "comportamento diligente", e pertanto il termini obbligazione di diligenza equivale a dovere di agire diligentemente in vista di un dato scopo".*⁷⁴

Por força da lei ou de convenção o devedor estaria vinculado a aplicar um determinado grau de diligência no sentido da realização da prestação, diligência aquela que representaria concomitantemente um critério de ilicitude e de culpa.

Sucede que, a entenderem-se as obrigações de meios como categoria autónoma que tem por objecto a prática de actos, no sentido do cumprimento, reveladores da aplicação de esforços de uma certa intensidade mínima, então estaremos a admitir que aquelas são *obrigações com faculdade alternativa a favor do devedor*, em que o que pode ser exigido deste é uma prestação que pode ou não desembocar na satisfação do interesse do credor – embora nos pareça indubitável que a substituição dessa prestação por uma outra que efectivamente satisfaça o interesse do credor não possa deixar de ser considerada cumprimento.⁷⁵

Por exemplo, suponhamos que um médico quer tratar a apendicite de um seu paciente com antibióticos, algo que deixou de ser feito, enquanto

⁷⁴ *Obbligazioni "di Risultato" e Obbligazioni "di Mezzi"*, in "Rivista del Diritto Commerciale", ano 52, 1954, p. 187. Em sentido idêntico, cfr. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1879, p. 263; SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältniss*, Leipzig, 1903, pp. 171 ss.; SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung*, in "Jherings J.", 50, 1906, pp. 195, 212 e 215; BINDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, in "Jherings J.", 78, 1927-1928, pp. 219 e 220; ROSENTHAL, *Custodia und Aktivenlegitimation zur Actio Furti*, in "Ztschr. Sav. St.", 68, 1951, p. 221; RUBINO, *La Fattispecie e gli Effetti Giuridici Preliminari*, Milão, 1939, pp. 210 e 211; BIERMANN, *Custodia und Vis Maior*, in "Ztschr. Sav. St.", 12, 1891, p. 35; SIMONCELLI, *Contr. alla Teoria della Custodia*, in "Scritti Giur.", I, Roma, 1938, p. 453; e KRÜCKMANN, *Custodia*, in "Ztschr. Sav. St.", 64, 1944, p. 5.

⁷⁵ A ser entendida a obrigação de meios no sentido exposto em texto, o devedor deve poder cumprir se oferecer o resultado, com base num *argumento de maioria de razão*: se o pode fazer nas obrigações de resultado, por que não o poderia fazer nas obrigações de meios em que se exigiria a satisfação de um interesse apenas ancilar do interesse final? Isto, claro, desde que a satisfação do interesse final tenha sido causada pelo próprio devedor.

regra, há mais de cem anos.⁷⁶ Para a conformação dos actos cuja prática é devida, nestas situações, contribuem as *leges artis*, que aqui possivelmente indicariam a intervenção cirúrgica.⁷⁷ O médico, mantendo-se constantemente informado acerca dos últimos avanços, e tendo, por isso, lido um estudo finlandês muito recente,⁷⁸ optou antes pela via antibiótica, praticamente votada ao esquecimento desde as primeiras apendectomias. Apesar de não ter aplicado os esforços exigíveis, satisfaz o interesse do credor (seja porque este comportamento diverso conduz sempre ao resultado pretendido pelo credor, seja porque, embora dependendo também de um elemento aleatório, este revelou-se favorável *in casu*). Por que deveria ser responsável, e o seu comportamento ilícito e culposos, em vez de se extinguir a obrigação pelo cumprimento, quando realizou, em vez de actos resultantes daqueles esforços, uma prestação que satisfaz o interesse do credor (utilidades subjectivas, ou prestação-resultado-subjectivo)?

IV – Também pertinente é a *indeterminação, e difícil determinabilidade, de uma prestação que tenha por objecto um “dever de diligência”*, enquanto prática de actos, no sentido do cumprimento, reveladores da aplicação de esforços de uma certa intensidade mínima.

⁷⁶ Recorde-se que já Eduardo VII, denominador comum de um amplo conjunto de pleitos que ficaram conhecidos como “*coronation cases*”, havia cancelado o cortejo da sua coroação, no dealbar do século XX, justamente porque uma apendicite o sujeitara à ressecção do apêndice por intervenção cirúrgica.

⁷⁷ Cfr. WILLIAM SILEN, *Acute Appendicitis and Peritonitis*, in Kasper / Braunwald / Fauci / Hauser / Longo / Jameson (eds.), “Harrison’s Principles of Internal Medicine”, 16.^a ed., McGraw-Hill, Nova Iorque, 2005, pp. 1805 a 1808 (p. 1807): “*The treatment is early operation and appendectomy as soon as the patient can be prepared [com uma única excepção relativa à presença de uma massa alguns dias depois do início dos sintomas]*”.

⁷⁸ Cfr. PAULINA SALMINEN / HANNU PAAJANEN / TERO RAUTIO / PIA NORDSTRÖM / MARKKU AARNIO / TUOMO RANTANEN / RISTO TUOMINEN / SAIJA HURME / JOHANNA VIRTANEN / JUKKA-PEKKA MECKLIN / JUHANI SAND / AIRI JARTTI / IRINA RINTA KIIKKA / JUHA M. GRÖNROOS, *Antibiotic Therapy vs Appendectomy for Treatment of Uncomplicated Acute Appendicitis*, in JAMA, vol. 313, n.º 23, Junho de 2015, pp. 2340 a 2348.

O objecto da relação obrigacional pode consistir numa série de condutas diversas. Os artigos 280.º e 400.º do Código Civil ajudam-nos a delimitar estas condutas de um ponto de vista dogmático, mas simultaneamente com proveito a nível prático. O n.º 1 do artigo 280.º sanciona com a *nulidade* o negócio jurídico cujo objecto seja *indeterminável*. Sempre que um negócio jurídico tenha por objecto a constituição de uma relação jurídica creditória não é propriamente esta que pode ou não ser indeterminável – mas antes o seu objecto, isto é, a prestação. Portanto, é a falta de determinabilidade da prestação debitória – e não propriamente da obrigação em si – que, para efeitos desta norma, torna nulo o negócio jurídico que está na génese da relação de crédito em causa.

Uma prestação é determinável quando é susceptível de ser integralmente determinada. Ainda não é possível saber exactamente qual a conduta devida, mas já sabemos que há um ou vários critérios – convencionais ou legais – que nos *permitirão* alcançar esse conhecimento. Se logo à partida soubéssemos, com plena concretude, o que o devedor tem de fazer, então a prestação seria mais do que meramente determinável – já estaria determinada.⁷⁹

A *determinação* da prestação pode caber a qualquer dos *sujeitos* da relação creditória ou a *terceiros*. Nestes casos, o n.º 1 do artigo 400.º diz-nos que a determinação da prestação deve observar juízos de equidade. A referência a “juízos de equidade” tem o significado de “juízos de razoabilidade”, não significando uma remissão para o mero arbítrio das partes ou do terceiro. Os “juízos de razoabilidade” têm de ser estabelecidos sobre uma base objectiva, o que implica que as partes ou o terceiro devam observar critérios pré-estabelecidos de adequação ao fim da obrigação e à prossecução

⁷⁹ O momento ao qual devemos reportar a aferição do carácter determinado ou determinável da prestação é o da constituição da relação obrigacional. Se esta tiver origem num negócio jurídico, aquele momento confundir-se-á normalmente com o da conclusão do negócio.

do interesse do credor, não podendo determinar arbitrariamente a prestação.⁸⁰ No entanto, este critério pode ser afastado por outros que hajam sido acordados.⁸¹ A determinação da conduta devida pode ainda provir da lei, como sucede quando as partes nada dizem e a prestação preenche uma das hipóteses normativas previstas, por exemplo, no artigo 883.º, respeitante à compra e venda, ou no artigo 1158.º, relativo ao mandato.^{82 83}

⁸⁰ Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, *op. cit.*, p. 822. Sobre o ponto ver igualmente KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Beck, Munique, 1987, pp. 76 ss. (§6), bem como, mais recentemente, por exemplo, GRÜNEBERG, *in* Comentário de PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67.ª ed., Beck, Munique, 2008, pp. 508 ss. (§315).

⁸¹ Há ainda casos, previstos no n.º 2 do artigo 400.º, em que pode ter de ser o *tribunal* a determinar o que é devido, desde que a determinação não possa ser feita (por exemplo, por morte do terceiro a quem a determinação tivesse sido confiada) ou não tenha sido feita no tempo devido. Mais do que uma mera interpretação da declaração negocial (nomeadamente nos termos gerais do artigo 236.º), o que está aqui em causa é uma complementação do conteúdo do contrato através de uma actuação judicial, o que implica que a acção tenha natureza constitutiva (cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 142).

⁸² Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, *cit.*, p. 141, apresentando vários motivos por que os contraentes poderão ser omissos quanto ao modo de determinação da prestação.

⁸³ A título de ilustração, imaginemos que credor e devedor acordaram na entrega de vinte quintais de maçãs verdes da última colheita deste (maçãs essas que não são todas da mesma qualidade), e que será o vizinho de ambos a determinar quais as maçãs verdes que farão parte do carregamento. Neste caso, a obrigação de entrega dos frutos, constituída no momento da conclusão do negócio de compra e venda das maçãs, tem por objecto uma prestação que é *determinável*, embora *não seja determinada*. Isto porque, embora não possamos saber ainda *quais as maçãs* que devem ser entregues, existe um *meio* – um critério – de virmos a sabê-lo: a escolha do vizinho. Deste modo, o devedor *não pode entregar* as maçãs antes de o vizinho fazer a escolha que lhe compete. E o credor *também não pode exigir a entrega* dos frutos pelo mesmo motivo. Isto parece-nos evidente: *nem o devedor sabe ao certo que maçãs há-de entregar, nem o credor sabe que maçãs pode exigir* (quanto a estes e outros aspectos práticos de obrigações da modalidade a que pertence o exemplo apresentado em texto, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, tomo I, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 609 ss.).

Já se, em vez da entrega de vinte quintais de maçãs, estivesse antes em causa a entrega de uma obra pictórica única, ou a venda da casa de morada do devedor, a obrigação teria por objecto algo que é mais do que apenas determinável. Sendo possível saber à partida o que é devido nestes casos, a prestação encontra-se já determinada; pelo que não haveria que esperar pelo funcionamento de um qualquer critério que concretizasse o que deve ser cumprido. Na medida em que já se tenha vencido, o devedor pode cumprir esta obrigação – e impor este

Pode suceder, no entanto, que o devedor se tenha obrigado a entregar algo descrito simplesmente como “*uma coisa móvel*”. Neste caso é evidente que a prestação não só é indeterminada como também é *indeterminável*, pois nem sabemos ao certo que coisa móvel é esta que o devedor ficou de entregar, nem há meio de o virmos a saber por falta de critério que nos permita concretizar a prestação.⁸⁴ Solução diferente teríamos se uma pessoa houvesse concluído um contrato de compra e venda ou de prestação de serviço sem acordar num preço com o vendedor ou prestador do serviço. Aqui estariam pelo menos fixadas algumas notas características daquilo que se deve (moeda com curso legal no país), faltando o conhecimento da quantidade.⁸⁵

Na verdade, a falta de fixação do preço leva a concluir que a prestação é indeterminada uma vez que só quando “*a prestação se encontra completamente*⁸⁶ *determinada no momento da constituição da obrigação*” é que, nas palavras de LUÍS MENEZES LEITÃO, a prestação é determinada, razão por que “*essa determinação terá que ocorrer até ao momento do cumprimento*” nos casos de prestações indeterminadas.⁸⁷ É, portanto, com a determinação que se “*concretiza o conteúdo da prestação*”.⁸⁸ E, como nota GOTTWALD, “*esta determinação da prestação deve ser tão precisa* (“so

cumprimento ao credor. E, nas mesmas condições de vencimento, pode o credor exigí-la e colocar o devedor em mora caso este não cumpra.

⁸⁴ Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Objecto da Obrigação. A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos*, in BMJ, n.º 74, 1958, p. 206.

⁸⁵ Ainda que as partes não tivessem convencionado um critério que permita determinar aquele *quantum* pecuniário, esse critério resultará supletivamente da própria lei, nomeadamente dos já referidos artigos 883.º e 1158.º, solução que os artigos 939.º e 1156.º estendem, respectivamente, a outros contratos onerosos de transmissão de bens ou de prestação de serviços — desde que, evidentemente, não haja *lex specialis* a fixar outro critério para determinar o *quantum* devido.

⁸⁶ Assim também LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, *op. cit.*, p. 80 (“*völlständig*”).

⁸⁷ *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 140 e 141.

⁸⁸ Assim expressamente o Juiz Conselheiro GRÜNEBERG do “Bundesgerichtshof”, mostrando ser essa a posição da jurisprudência alemã: in PALANDT, *BGB*, *op. cit.*, p. 510.

eindeutig”) *que a contraparte fique logo a saber o que deve, sem mais investigações ou avaliações*”.⁸⁹

Nas obrigações de meios o devedor ficaria vinculado a “esforços num certo sentido (realização da prestação)”. É certo que, sabendo a medida da tensão daqueles esforços dispomos de um critério que nos permite saber que actos são devidos: aqueles que aquela intensidade de esforços permite praticar no sentido do cumprimento. Acompanhando aqui com PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, “[se], por outro lado, se dissesse apenas que o devedor fica obrigado “a certo esforço”, cairíamos na total indeterminação. Qual o esforço devido?”.⁹⁰ Será com base nesta indeterminação que devemos conceber toda uma ampla categoria de obrigações?

Ora, um conceito puramente normativo da diligência – como o do *bonus pater familias* ou outro afim – é fluido e passível de ser entendido diferentemente *in concreto*. Todos os direitos de crédito acabariam assim glosados quanto ao seu objecto (ou, pelo menos, quanto aos poderes): não é “um comportamento” que é devido mas a perífrase “actos que a intensidade dos esforços, requerida por um critério abstracto, permita praticar, no sentido da realização desse comportamento”.

V – A um resultado menos aceitável, ainda, parece-nos conduzir a *utilização cumulativa dos dois critérios precedentes*, o que é particularmente evidente na seguinte ilustração.

Suponhamos que um cirurgião realiza uma intervenção cirúrgica, indicada para a cura de certa patologia, a qual é debelada em 70% dos casos em que esta operação é levada a cabo. Trata-se de uma operação

⁸⁹ In “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, §§241-432”, 4.^a ed., Beck, Munique, 2001, p. 1269.

⁹⁰ *Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação*, in “Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 1003.

extremamente complexa, que poucos cirurgiões da especialidade conseguiriam realizar. Apesar de lhe ser exigível um grau de diligência correspondente ao critério do *bonus pater familias*, o cirurgião, confiante nas suas capacidades, derroga a aplicação daquele critério e promete realizar a operação, sem prometer que esta cure o paciente, isto é, sem prometer a efectivação de um efeito que é meramente possível. *Trata-se de uma obrigação de meios ou de resultado?*

Para quem cumule os dois critérios parece-nos que a situação seria dúbia. Por um lado, o cirurgião não promete a cura, isto é, a satisfação do interesse *final*, para o qual a realização da intervenção cirúrgica tende, pelo que não parece ser uma obrigação de resultado. Por outro lado, também não promete apenas uma certa tensão de esforços no sentido de realizar um comportamento devido, pelo que também não nos parece que a obrigação seja de meios, pois o cirurgião promete mais do que uma certa diligência no sentido da realização de um comportamento – promete o próprio comportamento, independentemente dos esforços implicados na sua realização.

Reconfirmando: o cumprimento corresponde sempre a uma prestação-resultado, independentemente de se tratar de uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado. *E que, por isso, todas as obrigações são de resultado: o resultado de disponibilizar utilidades objectivas.*

VI – Parece-nos que o critério de distinção que menos problemas levanta, no plano abstracto, é o do grau de intensidade dos esforços aplicados na prática de actos tendentes ao cumprimento: sempre que os esforços tenham de corresponder ao necessário ao cumprimento do dever de prestar (critério

normativo-objectivo da diligência), a obrigação é de resultado; se o critério for outro, de grau inferior, a obrigação será de meios.⁹¹

A diligência desempenharia um papel principal na desresponsabilização do devedor inadimplente: *obrigações de meios* seriam aquelas em que o devedor inadimplente continuaria a ter de cumprir (desde que a obrigação não se extinguisse), mas não seria responsável pelo incumprimento (temporário ou definitivo) sempre que houvesse aplicado esforços, no sentido do cumprimento, em conformidade com o critério do bom pai de família (ou outro que fosse aplicável, mas inferior em grau ao sentido normativo-objectivo da diligência); nas *obrigações de resultado* a aplicação daqueles esforços não desresponsabilizaria o devedor inadimplente.

De acordo com este critério, nas obrigações de meios o devedor não cumpre mas não é responsável, por ter aplicado os esforços que lhe eram exigíveis no sentido do cumprimento. A prestação-resultado é o objecto da obrigação, e não comportamentos reveladores de esforços exigíveis. O que sucede é que a aplicação destes esforços exclui a culpa, faltando assim um dos pressupostos da responsabilização. Mas o comportamento não deixa de ser ilícito, porque continua a não haver cumprimento.

É incorrecto referir que nas obrigações de meios o devedor está adstrito ao cumprimento de um dever de diligência. Não é verdade. O objecto do dever de prestar continua a ser a prestação debitória, que se decompõe em actos específicos. E a prática destes actos específicos carece da aplicação de um certo grau de tensão da diligência por parte do devedor. Por isso, para que o devedor cumpra o dever de prestar continua a ser esta a medida da tensão da diligência que tem de aplicar: a necessária ao cumprimento – sentido normativo-objectivo da diligência. O que sucede é que o devedor, não tendo

⁹¹ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., pp. 411 a 415; e GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar*, *op. cit.*, pp. 363 a 387. Para ambos, na obrigação de meios a diligência teria limites, na de resultado não: a diligência seria total.

cumprido o dever de prestar (ilicitude), e, conseqüentemente, tendo aplicado um grau de tensão da diligência inferior ao necessário, é eximido de qualquer responsabilidade (por falta de culpa) caso tenha praticado outros actos, tendentes ao cumprimento (embora sem corresponderem ao objecto do dever de prestar), para os quais tenha sido necessária a aplicação de um grau de tensão da diligência pelo menos correspondente ao do critério de diligência (ou outro critério puramente normativo aplicável ao caso).

Portanto, em ambos os casos – meios e resultado – o objecto será o mesmo: a prestação-resultado. O que sucede é que nas *obrigações de meios* é o credor a assumir o risco de certa intensidade normativa de esforços, aplicados pelo devedor no sentido do cumprimento, não corresponder ao necessário para cumprir; na *obrigação de resultado* é o devedor a assumir o risco de não conseguir aplicar a diligência necessária ao planeamento e execução dos actos necessários a cumprir⁹² (critério normativo-objectivo).⁹³

Como afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a distinção “*não deve ser conduzida em termos teóricos e abstratos*”; “[t]udo estaria em interpretar aquilo a que o devedor se obrigou. Se, apenas, se adstringiu a desenvolver os melhores esforços (...), a falta do resultando só lhe pode ser imputada se mostrar que não pôs em ação o cuidado suficiente; se se comprometeu a certo resultado (...), a não-obtenção deste leva à condenação do devedor, salvo se este justificar o sucedido”. A reconstrução deve, portanto, ser efectuada à luz

⁹² O mesmo se diga dos casos em que a distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado depende da assunção de uma garantia, pelo devedor, relativa à aptidão das utilidades do comportamento devido para satisfazer um interesse do credor, que depende de às utilidades próprias da prestação devida acrescer o funcionamento, em sentido favorável, de elementos circunstanciais exteriores à esfera de actuação do devedor, sobre os quais este não exerce controlo. Ou seja: entre a realização da prestação e o seu efeito útil final interpõe-se uma álea que contribuirá para determinar a produção do efeito útil.

⁹³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 481: “(...) está em causa a forma por que as partes tenham distribuído o risco, entre si”.

dos institutos em que ela tenha aplicação, designadamente a impossibilidade e o incumprimento, sendo a grande questão “*tão-só, a de saber qual o grau de esforço exigível e a quem cabe o ónus da prova*”.⁹⁴

Por estes motivos, apreciado o objecto da diligência enquanto a tensão exigível dos esforços – de qualquer natureza –, a aplicar no sentido do cumprimento de um dever, fica-nos uma questão espinhosa, mas incontornável: qual a medida daquela tensão? *Deve ser fixada de acordo com um sentido puramente normativo, ou antes normativo-objectivo?* Ou, dito por outras palavras: até onde terão de ir os esforços do devedor no sentido da realização da prestação-resultado, tal qual a vimos? Trata-se da questão a que vamos responder no ponto seguinte.

3 – A dupla localização do critério de diligência: o sentido normativo

3.1. – O *bonus pater familias* como regra

I – No quadro do actual sistema jurídico-civilístico o modelo geral e abstracto a partir do qual, *em regra*, se fixa o grau de intensidade dos esforços a que o devedor está adstrito, no sentido do cumprimento, encontra-se plasmado no n.º 2 do artigo 487.º, correspondendo ao conceito do bom pai de família (*bonus pater familias*⁹⁵) “*em face das circunstâncias de cada caso*”.

⁹⁴ *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.ª ed., *op. cit.*, pp. 478, 479, e 481.

⁹⁵ A locução “*familias*” corresponde a um substantivo da primeira declinação, no genitivo do singular. A desinência “*as*”, em vez da habitual “*ae*”, justifica-se por se tratar de um arcaísmo, carregado para o latim clássico (que tem sido, desde sempre, a forma de latim normalmente estudada e usada), e com origem nos nomes comuns do género feminino da primeira declinação do grego ático, cujo genitivo do singular termina na desinência “*alfa-sigma*”, equivalente a “*as*” em tonalidade. Outro exemplo desta situação pouco frequente, recorrente na literatura latina comumente estudada, encontra-se no nome “*Archias*”, conhecido por ser

Na falta de outro critério, é esta a diligência normativa, o padrão mínimo com que o titular de um direito pode esperar que o devedor se conforme.

Historicamente o *bonus pater familias* não era necessariamente um progenitor biológico, ou mesmo adoptivo, de pessoas ligadas por laços de proximidade sanguínea; similarmente, o conceito de “*familia*” também não correspondia ao entendimento que dele é hoje feito. A família era uma unidade alargada de indivíduos relacionados biológica e/ou juridicamente (no caso das relações familiares adoptivas), que constituía uma subdivisão do *gens* (clã). Tratava-se de uma forma patriarcal de distribuição de recursos e dos direitos com eles relacionados, em que o *pater* assumia uma posição de chefia. Esta chefia resultava, desde logo, de ser o *pater* o único elemento da família com capacidade para a prática de uma série de actos jurídicos, incluindo a emissão válida de declarações negociais. Dadas as *capiti diminutiones* dos restantes elementos da “família”, era este “pai” que geria os negócios. No fundo, era mais um *Hausvater* que um pai, o que está de acordo com a origem etimológica de “família”, acantonada no substantivo proto-italico “*famn*” (casa) e no adjectivo “*famn-ló*” (doméstico, servil). A família era um conjunto de pessoas com uma ligação biológica, ora próxima, ora ténue, ora inexistente (ou quase), que eram tratadas como elementos da casa do *pater*, ao serviço do qual se encontrariam e de que ele poderia dispor, até certo ponto.

A idade avançada e as particularidades do universo rural romano em que emergiu não impediram o conceito de se ir mantendo nos trabalhos dos juristas, nas normas do legislador e nas decisões das instâncias judiciais. Embora frequentemente considerada a sua substituição, o conceito permanece: afinal, a sua idade transporta consigo toda uma ciência jurídica, também ela milenar, dificilmente descartável quando os benefícios da substituição do

o *cognomen* de um cidadão romano de origem grega, AULUS LICINIUS, defendido da acusação de ter ilegalmente adquirido a cidadania romana por MARCO TÚLIO CÍCERO no célebre discurso *Pro Archia Poeta*, e que podia ser declinado, no genitivo do singular, através, tanto da desinência “ae” (a regra no latim clássico), como da desinência “alfa-sigma” do grego.

bonus pater familias por outro conceito acabam por ser, talvez, sobrevalorizados: o “bom pai de família” é tão flexível e tão habilmente empregue que, devidamente adaptado, se aplica hoje, ao físico nuclear, ao piloto de aviação comercial, ou ao neurocirurgião, como ontem se aplicara ao chefe tribal latino.

Por isso, apesar de frequentemente criticado – por vezes, vilipendiado⁹⁶ –, a referência do critério normativo-regra ao *bonus pater familias* continua a ser habitual noutros ordenamentos jurídicos, como o francês (artigo 1137.º do *Code Civil*⁹⁷), o italiano (artigo 1176.º do *Codice Civile*⁹⁸) e o espanhol (artigo 1104.º do Código Civil⁹⁹). No entanto, não é por falta de opções que o nosso legislador não adaptou outro critério: poderia tê-lo feito, nos termos em que o fizeram os criadores do BGB, de cujo primeiro projecto constava o conceito do “*ordentlich Hausvater*” (mais próxima, na letra, do significado originário da expressão latina), que acabou eliminado para dar lugar à expressão “*in Verkehr erforderlich Sorgfalt*”.¹⁰⁰

⁹⁶ Cfr. GIORGIANNI, *L'Inadempimento*, op. cit., pp. 327 e 328.

⁹⁷ “*L’obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n’ait pour objet que l’utilité de l’une des parties, soit qu’elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d’un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.*”

⁹⁸ “*Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*” (n.º 1); “*Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività professionale esercitata*” (n.º 2).

⁹⁹ “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un bien padre de familia.”

¹⁰⁰ Patente no n.º 2 do § 276 BGB:

“(1) *Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.*

(2) *Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.*

(3) *Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.*“

II – O critério de bom pai de família é composto por três elementos: os dois primeiros são o de “bom” e o de “pai de família”, que são abstractos; o último, “as circunstâncias de cada caso”, densifica os anteriores em função da situação concreta, tornando o “bom pai de família” um critério operativo e adaptável.

Em primeiro lugar, “pai de família” é a pessoa com capacidades e competências não especializadas; a pessoa comum, dotada de senso comum quanto ao funcionamento dos fenómenos correntes da vida, em contraposição com o “perito”, dotado de capacidades e competências fora do comum. É o homem que sabe um pouco de todos os assuntos correntes, sem que saiba tudo sobre qualquer deles.

Em segundo lugar, o adjectivo “bom” gradua as capacidades e competências daquela pessoa não especializada, fixando um *quantum* de intensidade média. Médio no sentido qualitativo, e não num sentido puramente estatístico.¹⁰¹ Não é o “homem comum”, que historicamente surge como um modelo de diligência mínima. Como esclarece a própria *Relazione al Re* do *Codice Civile*, “*la figura del bonus paterfamilias non si resolve nel concetto di “uomo medio” ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. È il modello di cittadino o di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vice; modello per sua natura mutevole secondo i temi, le abitudini, i rapporti economici e il clima politico*”.¹⁰²

Por último, as “circunstâncias” permitem determinar o que é “médio” em função do comportamento devido. Estas circunstâncias correspondem a elementos – sobretudo factuais, mas também jurídicos – que se podem referir

¹⁰¹ Cfr. MICHELE GIORGIANNI, *Buon Padre di Famiglia*, in “Enciclopedia del Diritto”, Giuffrè.

¹⁰² Cfr. o par. 25.

a pessoas (desde logo, tanto do devedor, como do credor), ao objecto do dever, entre outros.

Não choca: se, como vimos, as circunstâncias moldam o próprio comportamento devido, então, por maioria de razão, é natural que também determinem a medida dos esforços a aplicar no sentido da sua realização.

Referimos que a perícia está excluída do conceito de bom pai de família, à partida. Se a prestação tiver por objecto um comportamento de carácter técnico – um projecto arquitectónico, um estudo jurídico, uma intervenção cirúrgica cardiovascular –, é evidente que não pode o homem médio afirmar não lhe ser censurável a falta de aptidões para o cumprimento. Deixamos de ter em conta o homem médio – com qualidades e competências médias – para o transmutarmos no arquitecto médio, jurista médio, ou cirurgião médio, todos eles possuidores de conhecimentos específicos. Caso contrário, nunca poderíamos afirmar que os esforços – objecto da diligência – são tendentes ao cumprimento, uma vez que a prestação é técnica e os esforços, não. E já vimos que a prestação é um dos pólos em função dos quais são determinados os esforços a aplicar.

Não pode escusar-se, nem o *pater familias* que é extremamente bem versado em assuntos não técnicos, nem o perito com capacidades e conhecimentos inferiores à mediania que da sua peritagem é exigível.

Por outras palavras: se o devedor não cumpre porque lhe faltam capacidades intelectuais, ou conhecimentos, por que deverá o credor suportar os danos do incumprimento – mesmo que aquele devedor haja demonstrado ser solícito, zeloso e enérgico de sobremaneira? Ninguém melhor que o devedor para saber aquilo de que é capaz; e, conseqüentemente, ninguém com maior propriedade que ele para suportar o risco da assunção de uma obrigação para cujo cumprimento, afinal, faltam capacidades ou conhecimentos.

Se o devedor duvida das suas capacidades para a realização (ou não realização) de dado comportamento, que se abstenha de assumir deveres – ou de praticar certos actos potencialmente lesivos de direitos alheios – que envolvam esses comportamento. Caso contrário, não há motivo para não sindicá-lo com o *sibi imputet*. “*A inclusão da perícia no modelo de diligência implica uma exigência de que o homem corrija as suas próprias deficiências naturais ou impreparação técnica, ou, que, em último termo, evite praticar actos para os quais não tenha aptidão*”.¹⁰³

Como afirma ANTUNES VARELA, “*o que está em causa no domínio da responsabilidade civil é uma questão elementar de justiça comutativa: não seria justo que a inaptidão, imperícia e incompetência, taras ou reacções anormais de temperamento ou de carácter, em lugar de onerarem o próprio agente, prejudicassem antes a pessoa ou o património de terceiro*”.¹⁰⁴

III – A importância de o devedor respeitar o grau dos esforços implicados nesta diligência ancora-se na censurabilidade com que a sua inobservância colora o comportamento ilícito.

É este juízo de censura, dirigido pelo ordenamento jurídico à pessoa que viola um dever alheio, que constitui a culpa.¹⁰⁵ A justificação para a

¹⁰³ MARIA VICTÓRIA R. F. ROCHA, *A Imputação Objectiva na Responsabilidade Contratual*, in “Revista de Direito e Economia”, ano XV, 1989, p. 52.

¹⁰⁴ *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, p. 532.

¹⁰⁵ Existia já no Código (babilónico) de Hammurabi (que, como é sabido, é o “código” – quanto a uma crítica a esta expressão, cfr. S. J. CLAASSENS, *The So-Called “Mesopotamian Law Codes”: What’s in a Name?*, in “Journal for Semitics”, vol. 19, n.º 2, 2010, pp. 461 a 478 – enquanto pura compilação normativa sem preocupações sistemáticas – mais antigo de que se tem conhecimento, a seguir ao Código (sumério) de Ur-Nammu, do século XXI a.C., cerca de trezentos anos mais antigo, mas do qual pouco subsiste – apesar de este pouco nos mostrar uma sensibilidade jurídica muito avançada, quando comparada com a *lex talionis* que se lhe seguiu muitos séculos depois, ao estabelecer compensações monetárias para muitos dos danos corporais), que, no seu § 53, por exemplo, responsabilizava aquele que, “preguiçando” (verbo “*egûm*” equivalente ao sumério “*egû*”, que também pode significar “descuidar” e “negligenciar”); este último vocábulo no seu sentido corrente e não propriamente com a

censura dirigida ao devedor resulta do facto de este poder e dever ter actuado de forma diferente – lícita. Porquê? Justamente porque um bom pai de família, colocado nas circunstâncias do caso concreto, teria actuado dessa forma. Se um homem sem capacidades especializadas, e com qualidades e competências médias, tivesse agido de forma lícita, também o devedor concreto o poderia ter feito. E, tendo podido fazê-lo, deve ter-se por censurável que não o haja feito.

Portanto, a existência de culpa aquilata-se em função da prática de actos reveladores de uma aplicação de esforços consonante com o modelo normativo.

Um corolário óbvio desta conclusão é o de que quanto maior for o afastamento entre a diligência normativa e a conduta do devedor, mais censurável esta será. Uma pessoa que atropela o vizinho de que não gosta, com o intuito de violar o direito deste à integridade física, deve ser objecto de uma censura mais severa que aquela que atropela o mesmo vizinho porque se descuidou ao mudar a estação de rádio; o devedor que se recusa a cumprir o dever contratual actua de forma mais censurável do que aquele que aplicou todos os esforços de que era capaz, embora com menor intensidade que o grau que lhe era exigível.

No entanto, é sabido que esta distinção – esta graduação da censurabilidade do devedor – não tem no Direito Civil a importância extraordinária que assume noutros ramos, como o do Direito Penal. E ainda, menos, parece, nos casos em que o dever incumprido é obrigacional.

É evidente existir uma moralidade, que flui de qualquer juízo de censura, como o de culpa.¹⁰⁶ Mas não há só moralidade: *a culpa é apreciada*

precisão do sentido jurídico que lhe atribuímos hoje) na reparação do seu dique, havia dado causa a uma inundação que destrísse as culturas dos seus vizinhos.

¹⁰⁶ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 133 (“*No núcleo da responsabilidade jurídica estará assim a ideia de responsabilidade moral*”), que suscita algumas preocupações a ANA PRATA (*Responsabilidade Civil: Duas ou Três Dúvidas sobre*

como deficiência da conduta. Ou seja, estimula-se que se tente cumprir. Há uma ideia pedagógica de incentivo ao aperfeiçoamento – ou, pelo menos, ao incentivo de uma postura de cuidado perante a realização de comportamentos para que a pessoa possa não dispor das aptidões e competências – que inere a este conceito.

A importância da associação da diligência com a culpa relaciona-se com uma ideia de aceitação da justiça da solução legal de desresponsabilização do devedor que aplica uma intensidade de esforços inferior à fixada normativamente.¹⁰⁷

Na verdade, aquilo que está em causa é o estabelecimento de um equilíbrio entre o imobilismo decorrente de uma responsabilização total e a anarquia de uma completa desresponsabilização.

IV – Este padrão permite ao homem médio – com um conjunto de qualidades e competências médias – actuar livremente, com o conforto de saber não poder ser responsabilizado pela inexecução dos seus deveres sempre que haja despendido esforços naquela intensidade média, no sentido do cumprimento.

No fundo, a actuação em conformidade com a diligência exigível no cumprimento de um dever mais não é que uma fasquia de desresponsabilização do titular passivo de uma relação jurídica que não cumpre o dever de prestar. No conhecido dizer de RUDOLF VON JHERING,

Ela, op. cit., p. 350): “[c]ulpa não é juízo de censura algum de ninguém: essa é a tarefa de outras ordens normativas (a da moral, a da religião), que não a do direito”.

¹⁰⁷ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade Subjectiva, Responsabilidade Objectiva e Sistemas Securitários de Danos: Brevíssimas Notas a Propósito das Lesões Causadas pelo Profissional de Saúde*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. 87, 2011, p. 566: “*Em causa parece estar a ideia de assunção de uma esfera de risco devidamente estabilizada a que se alia uma outra de aproveitamento de uma vantagem, fazendo-se apelo a uma ideia de justiça distributiva*”.

“*nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz sondern die Schuld*”.¹⁰⁸

Os danos deste incumprimento onerarão a esfera jurídica do titular activo do direito subjectivo, em vez de serem suportados por quem realizou o comportamento ilícito (o incumprimento).

À primeira vista esta solução poderia parecer chocante: afinal, pode um dever não ser cumprido desde que o devedor tenha praticado actos, tendentes a esse cumprimento, reveladores da aplicação de esforços de um certo grau? Tem o devedor a faculdade de optar entre cumprir ou praticar estes actos?

Frequentemente a resposta será a afirmativa. Na realidade, a existência de um critério-base de imputação subjectiva como o do bom pai de família é a única solução aceitável para que o Direito possa continuar a desempenhar a sua função de sistema de regras que permite a vida em comum.¹⁰⁹ se o titular passivo de uma relação jurídica fosse sempre responsável pela violação de qualquer direito subjectivo, sem mais, aquele sistema de regras estrangularia a vida em sociedade, em vez de a regular de modo a viabilizá-la, dado o feixe interminável e incomensurável de relações jurídicas que se estabelecem entre

¹⁰⁸ *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Verlag von Emil Roth, Gießen, 1867, p. 40.

¹⁰⁹ Quanto à imanência deste risco nas sociedades modernas, cfr. FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 320 ss.; e ID., *A Linha. Algumas Reflexões Sobre a Responsabilidade em um Tempo de Técnica e de Bio-Ética*, in “O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira”, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 1999, p. 402: “[v]ivemos em risco, com os riscos que riscamos (...). Não se trata de mero jogo de palavras. Percebe-se que vivemos em risco. Que hoje os riscos que se nos colocam e desafiam com uma tal premência que o seu desconhecimento ou uma sua menor avaliação só relevariam de incapacidade ou de inépcia analítica. No entanto, também ninguém desconhece que os riscos que existem foram riscados, traçados, por todos nós (...). Se bem que para nós o homem tenha sempre vivido em risco, o certo é que na sociedade contemporânea os riscos aumentaram de forma exponencial (...)”. Cfr., também, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, vol. 2, Principia, Cascais, 2013, pp. 746 e 761 (a culpa “permite traçar uma esfera de assunção de risco que mais não é do que a tradução responsabilizante de uma esfera de responsabilidade positiva que dialecticamente existe ab initio na comunicação entre humanos. (...) sendo aquele risco imanente ao modus vivendi”).

pessoas, sem que estas sequer delas tenham consciência (por exemplo, enquanto sujeitos de obrigações passivas universais).

Uma pessoa, ao actuar, não pode deixar de respeitar os direitos dos outros, de que são titulares passivos, cumprindo os deveres correspondentes. Só que, na realidade, é praticamente impossível, por um lado, ter um conhecimento completo daqueles direitos e destes deveres – que não foram assumidos especificamente pelo titular passivo –, e, por outro lado, dispor das capacidades necessárias para os respeitar a todos na sua integralidade.

Mesmo que aquele conhecimento e estas capacidades se encontrassem reunidos em algumas pessoas, seria extremamente indesejável esperar que estas os aplicassem ininterruptamente, dadas as limitações extraordinárias que daí decorreriam para a sua vida quotidiana, pelo tempo e esforço que tal actuação implicaria. Para além do facto, claro, de que as restantes pessoas, desprovidas daquele conhecimento e capacidades, teriam simplesmente de se abster de actuar, ou de aceitar o risco de a sua actuação os responsabilizar, apesar de nela terem despendido todos os esforços de que eram capazes.

Consequentemente, as pessoas abster-se-iam, em geral, de actuar e, consequentemente, de satisfazer as suas preferências numa convivência pacífica, exercendo direitos e cumprindo deveres, se esses comportamentos pudessem, amiúde, fazê-las incorrer em responsabilidade.

Claro que isto não significa que as pessoas possam, ou devam poder, não cumprir os seus deveres levemente. Entre este pólo da desresponsabilização e o extremo oposto de exigir a todas as pessoas a aplicação da diligência necessária ao cumprimento de todos os inúmeros deveres de que são titulares passivos, há toda uma panóplia de critérios intermédios que permitem estabelecer um equilíbrio entre, por um lado, a liberdade de actuar em termos realistas, e, por outro lado, a reparação dos danos causados por comportamentos ilícitos. O critério escolhido – *in casu*, o do bom pai de família – definirá os termos da distribuição dos danos que a

actuação de um sujeito é passível de causar a outro, ou outros, a qualquer momento.

V – No domínio específico do incumprimento de obrigações em sentido técnico, a ligação entre o n.º 1 do artigo 798.º,¹¹⁰ epigrafado de “*Responsabilidade do devedor*”, e o n.º 2 do artigo 487.º, que estabelece a regra geral da apreciação da culpa com base na “*diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso*”, aparenta ser relativamente simples e isenta de agravos. O legislador parece, muito simplesmente, ter remetido o *quantum* de intensidade dos esforços a aplicar pelo devedor para o mesmo sentido de diligência, quer se trate do cumprimento de obrigações contratuais, quer de obrigações extracontratuais.

A remissão entre estes artigos constitui uma simplificação do problema, sobretudo se a compararmos com o que resulta da concatenação entre os artigos 1176.º (cujo n.º 1 consagra o critério do bom pai de família como regra, à semelhança do nosso n.º 2 do artigo 487.º)¹¹¹ e 1218.º (que estabelece uma regra distinta no caso do incumprimento de uma obrigação

¹¹⁰ No domínio do incumprimento o legislador tanto emprega o conceito de culpa, nuns casos, como o de imputabilidade, noutras situações. Em nosso entendimento esta utilização é indiferenciada, reportando-se, em ambos os casos, à culpa definida pelo n.º 2 do artigo 487.º. Se assim não fosse, e por um lado, haveria um regime diferente para o incumprimento definitivo, em que se exigiria culpa (artigos 798.º), e para a mora do devedor, em que se refere a imputabilidade (“*por causa que lhe seja imputável*”, nos termos do n.º 2 do artigo 804.º), para o que não nos parece haver qualquer justificação. Por outro lado, o n.º 1 do artigo 801.º tornar-se-ia incompreensível, uma vez que a norma se refere à culpa, na epígrafe (“*Impossibilidade culposa*”), para no texto falar antes em “*causa imputável ao devedor*”.

¹¹¹ “*Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*” (n.º 1); “*Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività professionale esercitata*” (n.º 2).

contratual)¹¹² do *Codice Civile*, como da discórdia, *vexata quaestio* aparentemente irresolúvel para a doutrina italiana.¹¹³

¹¹² “*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”.

¹¹³ Embora redutível, em traços gerais, a duas correntes – objectivista e subjectivista – é rico, em número e variedade, o conjunto de soluções propostas; o que não deve surpreender: o problema é tão interessante e relevante, quanto é difícil. Trata-se fundamentalmente da conjugação, no domínio da responsabilidade contratual, de duas normas aparentemente antitéticas quanto ao sentido da diligência exigível do devedor: o n.º 1 do artigo 1176.º, que estabelece um critério puramente normativo, por referência ao vetusto conceito de *bonus pater familias*, e o artigo 1218.º, que, referindo-se especificamente ao incumprimento de obrigações contratuais, fixa um critério normativo-objectivo, que libera o devedor de responsabilidade apenas se o incumprimento se tiver devido a caso fortuito e de força maior. GIUSEPPE OSTI, STEFANO RODOTÀ, MICHELE GIORGIANNI, LUIGI MENGONI, GINO GORLA, FRANCESCO GALGANO, MASSIMO BIANCA, entre outros nomes vultosos, todos eles dedicaram páginas à matéria.

Como referimos, e no que toca às grandes linhas definidoras, são duas as grandes correntes doutrinárias: uma objectivista, tributária de GIUSEPPE OSTI, e que segue a tradição anterior ao actual *Codice Civile*; e uma subjectivista, que tem em MICHELE GIORGIANNI possivelmente a sua principal figura.

A tese de GIUSEPPE OSTI (o único perito em incumprimento presente na elaboração do actual Código de 1942) via no artigo 1218.º a regra geral em matéria de responsabilidade contratual, âmbito que já não seria compreendido pelo artigo 1176.º. A consequência principal desta repartição simples e meridiana é a seguinte: incumprindo-se uma obrigação em sentido técnico, o devedor só se eximiria à responsabilização se o não cumprimento houvesse resultado de caso fortuito e de força maior. Esta tese era (cfr., por exemplo, GINO GORLA, *Sulla c.d. Causalità Giuridica: “Fatto Dannoso e Conseguenze”*, in “Studi in Onore di A. Cicu”, I, Giuffrè, Milão, 1951, pp. 431 ss.; COTTINO, *L’Impossibilità Sopravvenuta della Prestazione e la Responsabilità del Debitore*, Giuffrè, Milão, 1955, pp. 110 ss.; MENGONI, *Obbligazioni ecc.*, pp. 190 ss.), e continua a ser (cfr. GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale*, Jovene, 1979; GALGANO, *La Responsabilità Contrattuale: i Contrasti Giurisprudenziali*, in “Contratto e Impresa”, 1989, pp. 32 ss.; e FRANZONI, *Colpa Presunta e Responsabilità del Debitore*, CEDAM, Pádua, 1988), a tese dominante em Itália.

MICHELE GIORGIANNI (*L’Inadempimento*, 3.ª ed., *op. cit.*, pp. 221 ss.), numa posição que influenciaria juristas vindouros (cfr. GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, CEDAM, Pádua, 1996, p. 111; entre os seguidores da posição de GIORGIANNI destacam-se BIANCA, sobretudo em *Dell’Inadempimento delle Obbligazioni*, e *Negligenza (Diritto Privato)*, in “Noviss. Digesto It.”, Torino, 1965, pp. 192 ss.; e NATOLI, *Adempimento e “Non Collaborazione”*, in “Riv. Giur. Lav.”, 1949-1950, I, p. 35), interpretava o artigo 1218.º no sentido de cingir a sua aplicação à impossibilidade (*op. cit.*, pp. 228 e 229), o que lhe permitia libertar o critério de diligência do *bonus pater familias* (n.º 1 do artigo 1176.º) para assumir o papel principal enquanto critério de diligência em matéria de incumprimento obrigacional (tese inovadora, à qual, na altura, só seria comparável a de BARASSI (*La Teoria Generale delle Obbligazioni*, vol. 3, 2.ª ed., Milão, 1948), o qual

Ainda assim, o tratamento da matéria no nosso sistema jurídico também não é feito sem agravos, nomeadamente quanto à solução a dar aos casos em que há incumprimento apesar da aplicação de esforços com a intensidade requerida, em conformidade com o critério normativo concreto, e a prestação não se tornou impossível: nestes casos, qual é o papel da diligência? Isenta o devedor de responsabilidade? Ou liberta-o de ter de indemnizar o credor pelos danos causados pelo incumprimento e desvincula-o, embora a prestação não se tenha tornado impossível?¹¹⁴

defendia, ainda na vigência do *Codice Civile* anterior, que o conceito de obrigação na responsabilidade contratual seria distinto do tradicional. GIORGIANNI, depois de definir o conceito de prestação, faz a distinção entre algumas categorias, consoante o predominasse o comportamento (v.g. prestações de *facere*) ou a coisa (por exemplo, o dever de prestar no contrato de depósito). Só quanto a estas últimas – em que o dever de prestar se refere exclusivamente a afastar a materialização de impedimentos (conducentes à deterioração da coisa) – é que seria aplicável o artigo 1218.º (*L'Inadempimento*, 3.ª ed., *op. cit.*, p. 230). O Autor alegava ainda que a sua tese se apoiava na história dos precedentes legislativos (MICHELE GIORGIANNI, *Lezioni di Diritto Civile*, Bolonha, 1955-1956, pp. 163 ss.), mas, na verdade, a espécie de argumentação a que recorre é de índole sobretudo sistemática. No sentido da tese subjectivista, minoritária, cfr., ainda, BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I, Giuffrè, Milão, 1953; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, II, 2, p. 235; CANDIAN, *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, Giuffrè, Milão, 1953; BIANCA, *L'Autonomia dell'Interprete: a Proposito del Problema della Responsabilità Contrattuale*, in “Riv. Dir. Civ.”, 1964, I, p. 478; e BESSONE, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, *op. cit.*, p. 395.

¹¹⁴ Decompondo este problema em várias questões pertinentes, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1985, 2011 (2.ª reimp.), pp. 239 e 240, nota 545: “Devemos confessar pairarem sobre nós dúvidas e dificuldades várias quanto à articulação entre o requisito da culpa e a impossibilidade. Terá o devedor que provar sempre a impossibilidade de cumprimento (caso de força maior, por exemplo) para não ser declarado responsável, não interessando a culpa senão para se avaliar se essa impossibilidade é ou não culposa? Neste caso, seria irrelevante o facto de a prestação se revelar extremamente difícil, quiçá excedendo o limite do sacrifício exigível. Ou bastará ao devedor provar que não teve culpa, para o efeito de não ser tido responsável, embora a obrigação não se extinga por não se ter tornado rigorosamente impossível o seu cumprimento? Avaliando-se a culpa pela diligência dum “bonus pater familias”, e tendo o devedor, para efectuar o cumprimento, que desenvolver esforços superiores aos que lhe são exigíveis segundo aquele critério, a falta de cumprimento, em tais circunstâncias, deixaria de ser culposa e, conseqüentemente, de gerar responsabilidade. Relevará, pois a doutrina do “limite do sacrifício”. Ou a questão deverá relevar apenas no quadro da alteração anormal das circunstâncias (art. 437.º)? Finalmente, ter-se-á de ter em

No quadro do nosso ordenamento jurídico, o devedor não tem de provar sempre a impossibilidade de cumprimento (caso de força maior, por exemplo) para não ser declarado responsável.

A importância da culpa e, conseqüentemente, da medida da diligência, para desresponsabilizar o devedor, não se atém à impossibilidade, alastrando a outras modalidades de incumprimento definitivo, bem como ao incumprimento temporário. Entre estas, o legislador previu situações como a conversão de um atraso – culposo ou não – em incumprimento, com base na perda de interesse do credor, entendida num sentido objectivo; bem como um caso em que o credor pode interpelar o devedor para cumprir, concedendo-lhe um prazo adicional, findo o qual (sem que tenha havido cumprimento), a mora se converte em incumprimento definitivo. Este é um problema que se reveste de maior acuidade no sistema jurídico italiano do que no nosso.

Portanto, basta ao devedor provar que não teve culpa, para o efeito de não ser tido responsável. *Mas e quanto à manutenção do vínculo?*

Uma coisa é manter o devedor vinculado em caso de incumprimento; outra, diversa, é responsabilizá-lo pelos danos que o inadimplemento haja causado ao credor.

Como vimos, a diligência respeita à culpa, ao passo que o incumprimento cora com a ilicitude o comportamento do devedor. O incumprimento resulta do facto de o devedor não ter realizado pontualmente a prestação-resultado. Para que a diligência relevasse a este nível seria necessário que ela pudesse integrar o objecto do dever de prestar, isto é, que a própria diligência – mais concretamente, os actos correspondentes à aplicação de esforços conformes com a sua medida – fosse o comportamento devido. Ora, já vimos, a propósito da distinção entre obrigações de meios e obrigações

conta, para o efeito, o facto de se tratar de obrigações de resultado, ou apenas de meios, só a impossibilidade exonerando o devedor, no primeiro caso, enquanto que, tratando-se de obrigação de meios, bastaria ao devedor provar que não teve culpa?”.

de resultado, por que não é este o papel da diligência.¹¹⁵ Destarte, a conformação da actuação do devedor com um padrão da diligência devida que não corresponda ao necessário para cumprir, não evita o incumprimento, e, por isso, a ilicitude; mas permite ao devedor ladear a sua responsabilização pelos danos decorrentes deste ilícito.

Por outras palavras, simplificando: um incumprimento é ilícito, mas pode ou não ser culposo. Não sendo culposo, o devedor não é responsável, mas o seu comportamento continua a ser ilícito: não tem de indemnizar, mas continua a ter de cumprir, enquanto a obrigação não se extinguir, seja pelo cumprimento, seja pela perda de interesse do credor,¹¹⁶ seja pela interpelação cominatória, seja pela própria impossibilidade, ou por qualquer outra causa de extinção das obrigações para além do cumprimento (consignação em depósito, compensação, etc.).

Fica então o devedor vinculado *ad aeternum*, à espera do misericordioso recurso do credor a uma destas vias sacras extintivas? Não!

É que, primeiro, e em concreto, *há impossibilidade de cumprimento sempre que a prestação exija do devedor um esforço que este não está apto a aplicar.*

Parece-nos evidentemente impossível a prestação “tocar piano” ao devedor cujas mãos ficaram paralisadas por doença neurodegenerativa; neste caso o devedor deixou de estar apto a aplicar os esforços exigidos pelo critério normativo, tornando o cumprimento impossível, independentemente de estes

¹¹⁵ Caso contrário – se a diligência integrasse, ela própria, o objecto do dever de prestar –, não poderia deixar de ser tida por evidente a impossibilidade da prestação que exigisse uma intensidade de esforços para cumprir (diligência normativa-objectiva) que fosse superior à tensão dos esforços com que devedor tenha de se conformar (diligência puramente normativa); isto porque, mesmo que devedor pudesse aplicar esforços com uma intensidade superior (quicá coincidente com o necessário ao cumprimento), *não teria de o fazer.*

¹¹⁶ Embora nos possamos questionar se a perda de interesse do credor não torne a prestação impossível: ainda é realizável enquanto prestação-conduta, mas já não enquanto prestação-resultado. A ideia de impossibilidade parece-nos ser reforçada pela exigência de objectividade da perda de interesse.

esforços normativos coincidirem com o necessário ao cumprimento (diligência normativa-objectiva).¹¹⁷

Claro que esta solução implicaria que a impossibilidade fosse *objectiva* (artigo 790.º), ou *subjectiva se a prestação debitória for infungível* (artigo 791.º). E implicaria também que a impossibilidade, vista nestes termos, fosse definitiva. Se a impossibilidade fosse temporária a obrigação não se extinguiria, mas conservar-se-ia até à eliminação do impedimento (imagina-se que as aptidões do devedor estão diminuídas por doença de que este se está a curar: as mãos do pianista estão paralisadas mas este pode – e vai – ser sujeito a intervenção cirúrgica terapêutica).

O que nos leva ao segundo ponto: a aplicação do n.º 2 do artigo 792.º, que evita que o carácter momentâneo da impossibilidade não decaia na definitividade “*enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor*”, o que se coaduna com o entendimento da prestação enquanto produção de um resultado. Se já não é de todo possível conceder ao credor as utilidades inerentes à prestação, deixa de haver motivo para o devedor continuar vinculado.

E se ainda houver a possibilidade de o impedimento ser superado?¹¹⁸ Esta possibilidade teria de ser simultaneamente, por um lado, *tangível*, e não remota – isto é, “[a] impossibilidade temporária deve ser ainda equiparada à impossibilidade definitiva, quando seja muito improvável¹¹⁹ que ela venha a cessar”; e, por outro lado, que “quando a sua eventual cessação não venha a ocorrer em momento em que a prestação já não interesse ao credor”.¹²⁰

¹¹⁷ A imputabilidade desta impossibilidade depende de resultar de caso fortuito e de força maior (por exemplo, o pianista tinha conhecimento da doença e do sentido da sua evolução quando assumiu a obrigação).

¹¹⁸ Ou de coincidência entre os esforços que o devedor tem de aplicar e a prestação-conduta, caso se aceite a diligência como integrando a prestação-resultado.

¹¹⁹ E previsível, tanto o *como*, como o *quando*, acrescentaríamos, ainda que de forma genérica; caso contrário, dificilmente se poderá fazer aquele juízo de probabilidade.

¹²⁰ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. 2, 4.ª ed., p. 45.

É possível que a progressão geométrica da evolução das ciências médicas torne possível que o credor, cujas mãos se encontram paralisadas, volte a tocar; mas se tal inovação não for previsível, deve ter-se por *muito improvável*; e mesmo aquela previsibilidade será irrelevante se a projecção for de que *venha a ocorrer em momento em que a prestação já não interesse ao credor*.¹²¹ (o que significa que o credor não se pode opor, caso queira manter o devedor vinculado por qualquer motivo mesquinho).¹²² Por último, esta equiparação não depende de qualquer comportamento do credor nesse sentido.¹²³

¹²¹ Esta perda de interesse da prestação para o credor deve ser aferida *objectivamente*. Porém, JOÃO BAPTISTA MACHADO acautela (*Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in ID., “Obra Dispersa”, vol. 1, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 125 a 193), acautela que esta objectividade “(...) *não significa de forma alguma que se não atenda ao interesse subjectivo do credor, e designadamente a fins visados pelo credor que, não tendo sido integrados no conteúdo do contrato, representam simples motivos em princípio irrelevantes. O que essa objectividade quer significar é, antes, que a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada objectivamente, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer outra pessoa (designadamente pelo próprio devedor ou pelo juiz), e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor*” (p. 137). Em sentido idêntico, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA (*A Resolução do Contrato no Direito Civil*, in BFD, supl. 22, 1975, pp. 235 a 461) afirma que, no quadro do n.º 2 do artigo 792.º, este critério objectivo significa que “(...) *a gravidade do incumprimento resultará, grosso modo, da projecção do concreto inadimplemento (da sua natureza e da sua extensão) no interesse actual do credor (a nota subjectiva do objectivismo) ou seja, será “aferido” pelas “utilidades concretas que a prestação lhe proporciona ou proporcionaria”*” (pp. 364 e 365).

¹²² Se aceitássemos a diligência como integrando a prestação-resultado, acrescentaríamos que quando a prestação exija um esforço superior ao exigível do credor, definido com base no critério do *bonus pater familias*, é evidente que será muito difícil que venha a ter lugar o cumprimento, a não ser que seja previsível que a realização da prestação devedora venha a exigir uma intensidade de esforço menor, num momento em que a prestação ainda interesse *objectivamente* ao credor.

¹²³ Com base nesta breve exposição, e respondendo sucinta, directa e individualmente às questões formuladas por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*Cláusulas Limitativas e de Exclusão*, *op. cit.*, pp. 239 e 240, nota 545), já expostas, diríamos então o seguinte.

Em primeiro lugar, “[t]erá o devedor que provar sempre a impossibilidade de cumprimento (caso de força maior, por exemplo) para não ser declarado responsável, não interessando a culpa senão para se avaliar se essa impossibilidade é ou não culposa?”

Não, o devedor não tem de provar sempre a impossibilidade de cumprimento para não ser declarado responsável. O devedor que prometeu um comportamento cuja realização carece de esforços de intensidade superior à daqueles que ele tem de aplicar – em conformidade com o

critério aplicável da diligência – não é responsável se os tiver efectivamente aplicado. Acresce que, como referimos, a importância da culpa, para desresponsabilizar o devedor, não se atém à impossibilidade, alastrando a outras modalidades de incumprimento definitivo, bem como ao incumprimento temporário.

Quanto à afirmação segundo a qual, no caso de a culpa relevar apenas para eximir o devedor da responsabilidade, “(...) *seria irrelevante o facto de a prestação se revelar extremamente difícil, quiçá excedendo o limite do sacrificio exigível*”, ela está deslocada, dada a ausência de conexão entre a resposta a esta pergunta e a relevância da extrema *difficultas*. Constituem problemas diferentes: um tem a ver com a aptidão do devedor para cumprir, o que é função dos esforços que este está apto a aplicar; o outro respeita aos sacrificios, que relevam, sim, mas fora desta questão, em termos que melhor veremos.

Em segundo lugar, “*bastará [antes] ao devedor provar que não teve culpa, para o efeito de não ser tido responsável, embora a obrigação não se extinga por não se ter tornado rigorosamente impossível ou seu cumprimento?*”

Sim, basta ao devedor provar que não teve culpa para o efeito de não ser tido responsável, embora a obrigação não se extinga por não se ter tornado rigorosamente impossível o seu cumprimento. Como vimos, uma coisa é manter o devedor vinculado em caso de incumprimento; a outra é responsabilizá-lo pelos danos que o inadimplemento haja causado ao credor. A diligência respeita à culpa; o incumprimento tange na ilicitude. O incumprimento é ilícito, mas pode ou não ser culposo. Não sendo culposo, o devedor não é responsável, mas o seu comportamento continua a ser ilícito: não tem de indemnizar, mas continua a ter de cumprir, enquanto a obrigação não se extinguir, seja pelo cumprimento, seja pela perda de interesse do credor, seja pela resolução, seja pela interpelação cominatória. Isto não significa que o devedor fique vinculado *ad aeternum*, como tivemos oportunidade de concluir.

Em terceiro lugar, “[*a*] *valiando-se a culpa pela diligência dum “bonus pater familias”, e tendo o devedor, para efectuar o cumprimento, que desenvolver esforços superiores aos que lhe são exigíveis segundo aquele critério, a falta de cumprimento, em tais circunstâncias, deixaria de ser culposa e, conseqüentemente, de gerar responsabilidade. Relevará, pois a doutrina do “limite do sacrificio”.*”

A primeira afirmação é verdadeira, como decorre do que fomos expondo, em comentário às questões anteriores. Mas já não concordamos com a segunda afirmação, pois o limite do sacrificio refere-se a problemas de onerosidade do cumprimento e da compressão que este implica do exercício de direitos do próprio devedor; são problemas diferentes, que veremos em maior detalhe.

Em quarto lugar, “[*deverá*] *a questão deverá relevar apenas no quadro da alteração anormal das circunstâncias (art. 437.º)?*”

Quanto aos sacrificios, sim. Neste ponto, os esforços não assumem relevância autónoma: um agravamento dos esforços relevará no quadro da alteração das circunstâncias na medida em que se repercuta num sacrificio enquadrável no n.º 1 do artigo 437.º (cfr. *infra* ponto 5).

Por último “(...) *ter-se-á de ter em conta, para o efeito, o facto de se tratar de obrigações de resultado, ou apenas de meios, só a impossibilidade exonerando o devedor, no primeiro caso, enquanto que, tratando-se de obrigação de meios, bastaria ao devedor provar que não teve culpa?*”

É indiferente: a distinção assenta no grau da diligência exigível, o que se repercute na responsabilização do devedor, mas não na sua exoneração quanto ao dever de prestar.

Já se a impossibilidade for parcial, nos termos do artigo 793.º, o devedor exonera-se quanto ao que não é possível, desde que esta impossibilidade seja definitiva, quer nos termos dos artigos 790.º e 791.º, quer no já apreciado sentido do n.º 2 do artigo 792.º.¹²⁴

Em suma, sempre que da lei ou de estipulação das partes não resulte a fixação de um critério diverso de diligência, o titular do direito violado terá de suportar os danos causados pelo comportamento ilícito, sempre que o devedor haja praticado actos, tendentes ao cumprimento do dever, nos quais esteja implicado um grau de tensão da diligência correspondente, pelo menos, ao daquele critério; e manter-se-á ou não vinculado.

3.2. – Critério de diligência e obrigações contratuais

3.2.1. – Derrogabilidade do critério do *bonus pater familias*

I – Sempre que o dever tenha como fonte um negócio jurídico, a validade das considerações precedentes fica suspensa, *in casu*, em função do resultado da aplicação das regras da interpretação da declaração de vontade.

É certo que o critério puramente normativo geral da diligência que o devedor contratual deve aplicar no cumprimento da obrigação contratual se encontra plasmado no n.º 2 do artigo 487.º, por remissão do n.º 2 do artigo 799.º, correspondendo aquele preceito ao modelo do bom pai de família, como vimos. Contudo, não há qualquer motivo que justifique impedir que o critério

¹²⁴ No entanto, o credor “*que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio*” (n.º 2 do artigo 793.º).

do bom pai de família seja afastado por convenção; nem *de iure condito*, nem, muito menos, *de iure condendo*.

De iure condito, o facto de o n.º 2 do artigo 487.º autolimitar o seu âmbito de aplicação aos casos em que há “*falta de outro critério legal*” não significa que o critério do bom pai de família só possa ser substituído por outro critério se este se encontrar plasmado noutra norma. Pelo contrário, o que significa é que se trata apenas de um critério normativo geral, a afastar por critérios normativos especiais. Daqui nada se pode retirar no sentido de não ser derogável por convenção, nos amplos termos do artigo 405.º.¹²⁵

II – *De iure condendo*, compreende-se o interesse ocasional (pelo menos) do credor no afastamento do critério do bom pai de família: o objecto da obrigação não se encontra perfeitamente delimitado, dependendo de elementos exteriores, circunstanciais, sujeitos à álea. Em sentido contrário, o interesse do devedor será o de não suportar sozinho o risco de o cumprimento poder exigir uma diligência superior à que representou e está disposto a empregar. Neste caso deixa de se justificar a protecção da confiança do credor na aplicação de uma diligência coerente com o necessário para cumprir.

A diligência – ou, mais concretamente, o critério relativo à tensão dos esforços sobre os quais ela incide, e que o devedor tem de aplicar no cumprimento – permite distribuir, entre credor e devedor, o risco da materialização dos prejuízos decorrentes da inexecução.

¹²⁵ De resto, nas obrigações de garantia o devedor responsabiliza-se pelo não cumprimento, mesmo que não lhe seja imputável. Se o pode fazer, como é pacífico que possa, então, por maioria de razão, não se vê por que não possa convencionar aplicar a tensão de diligência que for necessária ao cumprimento, até porque, na grande maioria dos casos (da qual não fazem parte as prestações infungíveis), pode fazer-se substituir por terceiro no cumprimento.

O risco de, afinal, o devedor (ou o terceiro a que este recorreu) não ter, ou, tendo, não empregar, as suas aptidões, deve correr por conta do devedor, sempre que este promete a realização específica de um certo comportamento. O credor confiou que o devedor, ao prometer realizar esse comportamento, tinha (ou, sendo a prestação fungível, iria fazer substituir-se por quem tivesse) as qualidades necessárias a essa materialização. O Direito não pode deixar de censurar – e sancionar – a conduta de alguém que promete realizar um comportamento para o qual não dispõe das aptidões necessárias, nem está disposto a fazer-se substituir por quem as tenha. O devedor é tão responsável pela ausência, ou não emprego, destas aptidões, como pela falta de cumprimento. *Ambos foram prometidos, embora as primeiras de forma implícita, na promessa explícita do segundo.*

Ademais, trata-se de o devedor suportar riscos inerentes à sua esfera de controlo. Quem deve suportar os riscos inerentes a assumir obrigações que acaba por não conseguir cumprir, por mais que se esforce, é o devedor. Este é que conhece (ou, pelo menos, deve conhecer) as suas capacidades melhor que o credor. *Caso contrário, qualquer pessoa assume uma obrigação levemente, que não consegue cumprir, independentemente dos seus esforços, dada a falta de consequências.*

III – Como bem explicita JOÃO CALVÃO DA SILVA, “[o] conceito de prestação, como conduta ou acção de prestar, desnuda bem o objecto imediato da obrigação e explica o aspecto capital de qual seja a razão por que o credor só do devedor pode exigir a prestação a que tem direito. Essa razão reside no carácter pessoal do vínculo, o que faz com que só o devedor deva a prestação e que, portanto, só dele o credor a possa exigir”, e que “[a]ssim subjectivamente entendida a prestação como actividade ou

comportamento pessoal, compreende-se o dever de diligência fixado em função da conduta devida, com que a obrigação tem de ser cumprida (...).¹²⁶

Isto, porque enquanto as obrigações extracontratuais não são convencionadas (são o custo de viver com os riscos do dia-a-dia; a qualquer momento o risco pode consumir-se, por vezes por mera desatenção do lesante), numa obrigação contratual estabelece-se uma relação específica entre pelo menos duas pessoas, no contexto da qual o devedor promete causar um resultado,¹²⁷ sem reservas – relativamente aos esforços – que não decorram do sentido atribuído ao negócio concreto.

O credor tem de poder confiar na declaração do devedor quando este promete realizar um determinado comportamento, apto a conceder-lhe certas utilidades. Não pode partir-se de um princípio invariável de que o devedor promete cumprir desde que tal não implique esforços de intensidade superior aos que o bom pai de família aplicaria. Frequentemente, no quadro das obrigações contratuais, o que se acorda é a diligência adequada ao cumprimento da obrigação *específica e expressamente assumida*.

IV – Portanto, nada impede – nem deve impedir – que credor e devedor possam acordar num padrão de diligência diverso daquele que seria aplicado na ausência de vontade em contrário. A estipulação de um diferente critério de diligência não tem de ser feita explicitamente, ou especificamente, bastando que o consenso quanto a esse padrão diverso resulte da interpretação das declarações de vontade.

Como conclui CALVÃO DA SILVA, “[f]undamental é, pois, examinar a relação obrigacional e ver aquilo a que o devedor se comprometeu e vinculou

¹²⁶ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, op. cit.*, p. 76.

¹²⁷ Isto, claro, para as obrigações contratuais que efectivamente têm por fonte um contrato; não se ignoram as restantes fontes de obrigações contratuais – que, de resto, servem de ponto de partida para frequentes críticas a esta concreta adjectivação do conceito de obrigação em sentido técnico.

e aquilo que o credor pode razoavelmente esperar – *o que exigirá uma análise concreta da situação com cuidadosa ponderação das circunstâncias da relação em causa* –, respondendo o devedor apenas por aquilo a que se obrigou.”¹²⁸ É este exame e respectivos termos que vamos analisar de seguida, tanto em geral, como no caso específico do negócio bilateral.

3.2.2. – Interpretação contratual

I – A interpretação contratual é muito mais do que a simples interpretação de duas ou mais declarações de vontade por si próprias.

O Código Civil, no seu artigo 236.º, aprecia o problema hermenêutico a respeito da declaração negocial,¹²⁹ em pelo menos duas das quais assenta todo o contrato. O problema é que a tarefa de precisar o sentido de uma estipulação contratual vai para além da visão atomista que presidiu à redacção daquele preceito. Determinar o sentido de uma cláusula contratual pode não ser possível através da sua mera cisão em duas declarações, emanadas de dois

¹²⁸ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, *op. cit.*, p. 79, nota 154.

¹²⁹ Sobre a interpretação dos negócios jurídicos, *cfr.*, na doutrina portuguesa, entre muitos, por exemplo, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 3ª tiragem da 2ª ed. (de 1968), Coimbra, Almedina, 1985, em especial pp. 155 ss.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 3ª reimp., Almedina, Coimbra, 1972, pp. 305 ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 443 ss.; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, *op. cit.*, pp. 441 ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. II, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 153 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo I, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 741 ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 177 ss.; HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 507 ss.; PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 205 ss.. *Cfr.* ainda PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª ed. revista e actualizada, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 222 ss..

autores distintos, que são simultaneamente declarante e declaratário. A aplicação meridional da regra-base que o legislador estabeleceu na parte geral do principal diploma jurídico-civilístico português não satisfaz necessariamente o intérprete de uma relação contratual.

A tarefa que se impõe resolver – *que é de efeitos práticos dificilmente iguáláveis no Direito Civil, principalmente na matéria que ora tratamos* – é esta, e é dupla: saber como interpretar declarações negociais em face do artigo 236.º, e saber se, e em que termos, podem essas regras estender-se ao plano contratual.

A declaração negocial, enquanto manifestação de uma intenção formada interiormente, a nível psicológico, é constituída por dois elementos. Um destes elementos é o comportamento declarativo.¹³⁰

Frequentemente o destinatário da declaração negocial não terá uma linha directa de acesso a este conteúdo volitivo, mas apenas acesso indirecto, através do comportamento declarativo. Nestas situações o declaratário não tem meio de saber como a vontade foi formada na mente do declarante, mas tão-só como aquela foi formulada. O declaratário não sabe o que o declarante realmente quis, mas apenas aquilo que este manifestou querer pois esta exteriorização é o único objecto que ele pode apreender.

Podemos dizer, nestes casos, que o declaratário apenas pode confiar naquilo que o declarante lhe mostra querer, e não no que este pensara ter querido. Esta situação torna-se especialmente importante quando não haja coincidência total entre o sentido da vontade real e o da vontade manifestada. Teremos então uma colisão entre a livre auto-vinculação, imanente ao princípio da autonomia privada – sobretudo no seu corolário de liberdade

¹³⁰ Este comportamento pode constituir uma acção ou uma omissão; pode ser explícito ou implícito; em suma, basta-lhe ser apto a transmitir um conteúdo volitivo, sem prejuízo das regras mais solenes dos negócios formais. O outro elemento é o do conteúdo volitivo, uma vontade psicológica de efeitos prático-jurídicos, que está na origem da declaração (vontade de acção, de declaração, e negocial).

contratual (mais relevante para o caso) –, e o respeito pela posição do declaratório, patente no princípio da confiança. A autonomia privada pugna pela defesa de um sentido correspondente ao que haja sido efectivamente querido pelo declarante (por que deve ele vincular-se a um sentido diferente do pretendido?), ao passo que a protecção da confiança reclama pelo sentido que o comportamento declarativo transmitiu ao declaratório (como poderia este saber o que o declarante conjecturara na sua mente, e por que deveria ele sair prejudicado quando o declarante é que não soube transmitir a sua vontade adequadamente?). As regras da interpretação não convidam a um périplo pelo telencéfalo do declarante, muito menos guiado pelo próprio.

Por muito relevante que seja aquele primeiro princípio, o nosso legislador entendeu, no artigo 236.º do Código Civil,¹³¹ que ele, em regra, deve submeter-se à necessidade de proteger o declaratório na determinação do sentido da declaração de vontade. A teleologia desta regra prende-se com a necessidade de garantir a fluidez do comércio jurídico, isto é, da constituição, modificação e extinção negocial de relações jurídicas entre os membros de uma sociedade, os quais obtêm, através delas, efeitos práticos juridicamente tutelados e essenciais à satisfação das suas necessidades (a praticamente todos os níveis – materiais ou não), e sem as quais (relações jurídicas) a vida em comum não seria, de todo, possível.

Acresce que se a autonomia da vontade valesse aqui irrestritamente e o *animus* se sobrepusesse ao sentido da exteriorização deste, o que impediria, perguntar-se-á, qualquer declarante (partindo do princípio de que este estaria a

¹³¹ Como é sabido, a interpretação de declarações negociais é uma matéria que o Código Civil regula nos artigos 236.º a 238.º, fazendo-o de uma forma deliberadamente *prudente*, porque se reconheceu não estar nas possibilidades de uma doutrina da interpretação dos negócios jurídicos “*dar-nos, para além do tipo de sentido negocial que deve ter-se como decisivo para o intérprete, um quadro de regras precisas e seguras acerca dos meios apropriados a pôr em claro esse sentido*”. Isto porque “*a interpretação negocial constitui tarefa cujo êxito está entregue, em medida muito larga, ao senso natural e à experiência do intérprete*” (as palavras transcritas são de RUI DE ALARCÃO, autor do *Anteprojecto para o Novo Código Civil* relativo à *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, in *BMJ*, n.º 84, 1959, pp. 329 ss.).

agir de forma economicamente racional) de afirmar oportunisticamente que o sentido compreendido pelo declaratório (com base no comportamento declarativo) não corresponde ao que ele quis, de facto, transmitir, ainda que tal nem seja verdade? Havendo dificuldade em determinar a veracidade de tal afirmação do declarante, qualquer pessoa poderia fazer-se valer deste expediente para se desvincular de um conteúdo declarativo pouco favorável (originária ou supervenientemente). O resultado seria o congelamento do comércio jurídico, por falta de confiança do declaratório no sentido da declaração negocial.

A solução consagrada no Código Civil constitui, por isso, uma forma de limitar a autonomia privada de modo a garantir que esta não se esboroe sob o seu próprio peso.^{132 133}

¹³² Claro que *há outras situações em que o declaratório conhece a vontade real do declarante*. O n.º 2 do artigo 236º ressalva que, nestes casos, a declaração vale de acordo com a vontade real do declarante. Significa isto, por conseguinte, que a declaração negocial valerá, então, com o sentido com que é efectivamente entendida por ambas as partes, mesmo que este divirja do sentido que é geralmente atribuído à declaração (WERNER FLUME, *El Negocio Jurídico*, trad. castelhana da *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 4.ª ed., Madrid, 1998, pp. 363 ss.).

Assim é porque não se justifica qualquer protecção da confiança do declaratório num conteúdo da declaração negocial eventualmente diferente da vontade real: *falsa demonstratio non nocet* (uma manifestação errada da vontade não prejudica o sentido desta), diz o brocardo latino apropriado – e concorda o n.º 2 do artigo 236º. As preocupações que mencionámos a propósito de possíveis comportamentos oportunistas da parte do declarante, à custa da confiança do declaratório no conteúdo volitivo, tal qual este foi plasmado na declaração, não têm aqui acolhimento, como também não têm, conseqüentemente, quaisquer temores quanto ao comércio jurídico. Não só não há confiança do declaratório a proteger, como também a supremacia do sentido manifestado sobre o sentido interiormente querido levaria aqui ao perigo oposto: poderia ser agora o declaratório, se tal lhe conviesse, a pretender ver reconhecido o conteúdo declarado em vez do conteúdo da vontade psicológica do declarante, apesar de aquele não ter confiado na declaração por saber não corresponder àquilo que o declarante pretendia. E, portanto, poderia ser agora o declaratório a pôr em cheque a fluidez do comércio jurídico através de comportamentos oportunistas.

¹³³ O legislador entendeu que certos negócios, precisamente por estarem subtraídos ao comércio jurídico, constituem também uma excepção, predominando a intenção do declarante sobre a sua manifestação. É o que sucede, por exemplo, com o testamento (cfr. o n.º 1 do artigo 2187.º).

Noutros casos (para além do mais conhecido exemplo dos negócios formais), a natureza *mercantil* do contrato tem implicações em vários planos, designadamente no plano da

II – O artigo 236.º determina que o sentido a atribuir à declaração de vontade seja o compreendido por um declaratório normal – uma pessoa com sagacidade, cuidado, zelo e diligência normais –, colocado na posição do declaratório real. Isto significa que a declaração vale nos termos que possam ser entendidos no caso concreto por uma pessoa normal, destinatária daquele comportamento declarativo.

Consagra-se assim a teoria da impressão do destinatário, para a qual interessa não só aquilo que o declaratório real (colocado nas condições

interpretação (a este respeito, muito especialmente, cfr. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Atlântida Editora, Coimbra 1976, pp. 553 ss., esp. pp. 564 ss., nota 31).

Como se sabe, a lei comercial não se ocupa desta questão. Teremos que recorrer, por isso, aos artigos 236.º a 238.º. O que não significa, todavia, que a *natureza mercantil* não reclame uma particular acentuação do elemento *objectivista*. De todo o modo, o *silêncio* da lei comercial remete-nos para as regras de interpretação da declaração negocial consagradas no Código Civil (não só por força da *subsidiariedade* do direito civil como critério de *integração* das lacunas (cfr. artigo 3.º do Código Comercial e artigo 2.º do Código das Sociedades Comerciais) mas também, e antes de tudo, pelo carácter *fragmentário* do ordenamento comercial, deixando muitas vezes o legislador comercial, “*de caso pensado*”, para os preceitos do direito civil, como direito privado comum, a disciplina de um grande número de aspectos das relações comerciais. Sobre o ponto, VASCO LOBO XAVIER, *Direito Comercial* (Sumários das lições ao 3º ano jurídico), ed. policop., Coimbra, 1977/78, pp. 12 ss. (n.º 9), bem como ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Negócio Jurídico e Contrato de Sociedade Comercial*, in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, vol. I, “Congresso Empresas e Sociedades”, Coimbra Editora, 2007, pp. 91 ss. (esp. pp. 94 ss., nº 3, onde é dada conta da muita doutrina que sufraga actualmente esta posição).

Sublinhamos: a este respeito, é de “*sufragar um critério mais objectivista do que aquele que o art. 236º consagra*” (cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Negócio Jurídico e Contrato de Sociedade Comercial*, in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem”, vol. I, *cit.* (pp. 91 ss.), pp. 102 ss., esp. pp. 103 e 104), sendo certo que há mesmo quem vá *mais longe* e defenda que os critérios interpretativos a ter aqui em conta serão os critérios objectivos da *interpretação da lei* e não os da interpretação da declaração negocial (assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, *Das Sociedades em Geral*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 405 ss., pp. 408 e 410).

Mais uma razão, portanto, para se ser especialmente cauteloso na interpretação das estipulações destes contratos e nos socorrermos de *critérios objectivistas*, isto é, de critérios de *pendor mais acentuadamente objectivista* do que aquele que já decorre do artigo 236.º.

concretas) conhecia em concreto, mas também o que este, enquanto pessoa razoável, normalmente diligente, sagaz e experiente, deveria ter conhecido,¹³⁴ em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratório, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer.¹³⁵ O intérprete deve, portanto, perguntar-se que significado é que este declaratório normal teria apreendido da mensagem do declarante. O sentido da declaração será determinado em função daquilo com que o destinatário contou e daquilo com que ele deveria normalmente ter contado.

Ao apontar para um declaratório normal, a lei recorre, pois, à figura do *bonus pater familias*.¹³⁶ Ora, como sabemos, este conceito coloca-nos perante o *homem médio atentas as circunstâncias do caso*, tendo em conta a *formação*, a *especialização*, o *tipo de conhecimentos*, etc., que é razoável supor que deva ter uma pessoa colocada *naquelas concretas circunstâncias*.

Porém, a declaração negocial não existe num compartimento estanque e asséptico, sendo antes contaminada pelo pulsar aleatório e complexo das interacções humanas que a penetram e que modelam o sentido que dela é retirado. O que queremos dizer é que o destinatário pode, naturalmente, ser influenciado por uma pletera de elementos contextualizadores de um comportamento declarativo, a que estejam concretamente associados.

A lei absteve-se de fixar estes elementos de que o intérprete pode lançar mão, na interpretação do negócio jurídico. A doutrina, não obstante, tem procurado identificar os factores que são susceptíveis de contribuir para a determinação do significado que há-de prevalecer, de entre aqueles que um

¹³⁴ Contanto que o declarante possa razoavelmente contar com esse sentido, nos termos do n.º 1 do artigo 236.º, *in fine*, isto é, desde que esse seja um dos sentidos ainda imputáveis ao declarante: cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, *op. cit.*, pp. 444 ss.

¹³⁵ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, *cit.*, p. 444.

¹³⁶ Cfr., ainda, LUIS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 415.

texto ou uma declaração negocial razoavelmente comporte.¹³⁷ A título indicativo, MANUEL DE ANDRADE mencionava “*os termos do negócio; os interesses que nele estão em jogo (e a consideração de qual seja o seu mais razoável tratamento); a finalidade prosseguida pelo declarante; as negociações prévias*¹³⁸; *as precedentes relações negociais entre as partes; os hábitos do declarante (de linguagem ou outros); os usos da prática, em matéria terminológica, ou de outra natureza que possa interessar, devendo prevalecer sobre os usos gerais ou especiais (próprios de certos meios ou profissões), etc.*”,¹³⁹ bem como a *conduta das partes na execução do negócio concluído*.¹⁴⁰

Em conclusão, a actividade interpretativa tem por finalidade determinar o sentido da declaração negocial. Sempre que a vontade do

¹³⁷ É da maior importância ter bem presente este aspecto. É que, se, por um lado, o intérprete não está, certamente, impedido de se socorrer de diversos elementos auxiliares para procurar descortinar o significado juridicamente relevante das declarações negociais, também, por outro lado, não deve deixar-se levar, *para além da conta*, por caminhos que o façam apartar-se, já não dizemos das próprias regras legais, mas do mínimo de correspondência do produto da sua interpretação com as *regras da linguagem* e o próprio *bom senso e razoabilidade* (cremos ir neste sentido o afirmado por FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, vol. 1, *op. cit.*, p. 201). E se assim é com, carácter geral, mais o será quando o enunciado linguístico interpretando estiver acolhido num texto escrito.

¹³⁸ Muitas vezes a quantidade e complexidade dos elementos sobre os quais o acordo deve incidir implicam negociações prolongadas, por vezes espraçadas pelo tempo. Como instrumento de auxílio, as partes frequentemente redigem minutas, isto é, documentos nos quais são plasmados os aspectos em relação aos quais já chegaram a um consenso, sem que isso signifique não haver ainda outros elementos por acordar.

Esta minuta não é juridicamente irrelevante; ela fornece-nos elementos contextualizantes que podem ser mobilizados para interpretar declarações negociais das pessoas que a redigiram, e serve ainda para efeitos de determinação de responsabilidade pré-contratual, nos termos do artigo 227.º. (cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos*, in RLJ, ano 133, n.ºs 3919 e 3920, 2001, pp. 297 a 303 (p. 300); FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *A Fase Preliminar do Contrato*, in “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977”, vol. 3, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 309 a 368 (pp. 350 a 352)).

¹³⁹ *Teoria Geral*, vol. II, *op. cit.*, p. 313, nota 1. Ver igualmente, por ex., CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, *op. cit.*, pp. 446 e 447.

¹⁴⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, *op. cit.*, p. 755.

declarante não seja conhecida do declaratório, o nosso sistema jurídico defende a preponderância do conteúdo apreendido pelo declaratório, tendo em conta aquilo que ele conhecia, bem como aquilo que deveria ter conhecido através da aplicação de qualidades éticas e intelectuais médias. Estes conhecimentos reportam-se a um entendimento holístico do comportamento declarativo que inclui as circunstâncias em que este se encontra imerso. Interessa não só o que o comportamento declarativo *per se* diz ao declaratório, mas também aquilo que ao ouvido deste este é segredado pelo *contexto* em que aquele se insere.

III – É sabido que o fito da declaração negocial é a produção de certos efeitos práticos, juridicamente tutelados, e que habitualmente estes efeitos são conseguidos no contexto contratual de duas ou mais declarações de vontade. Estas declarações assumem uma direcção oposta mas convergente, pois cada uma das partes quer precisamente aquilo que a outra está disposta a ceder. Nos contratos bilaterais (os mais frequentes) nascem obrigações para ambas as partes, as quais se entretecem sinalagmaticamente. Este sinalagma significa que os deveres primários de prestação a que as partes se obrigam são recíprocos, ao ponto de os deveres de cada uma delas serem a razão de ser dos da outra.¹⁴¹

A esta umbilicalidade material associa-se uma inevitabilidade estrutural: cada declarante é simultaneamente declaratório. O produto resultante – o contrato – constitui um instrumento único em que as declarações de ambas as partes se fundem numa declaração conjunta. A análise destas declarações conjuntas – cláusulas –, nomeadamente na medida em que assumam a forma escrita, torna-se mais difícil se quisermos discernir nelas a paternidade exclusiva de uma das partes. *Frequentemente não é viável que nos*

¹⁴¹ O que, como sabemos, vem depois justificar a solução dada por figuras como a da excepção do não cumprimento do contrato (artigo 428.º).

cinjamos em exclusivo aos termos do artigo 236.º, feito para os casos em que uma declaração de vontade tem dois eixos bem delimitados: por um lado, uma pessoa que tem o exclusivo da sua autoria; e, por outro lado, uma outra que é tão-só sua destinatária passiva.

Concluindo, com OLIVEIRA ASCENSÃO, “*uma coisa é interpretar a proposta (e eventualmente a aceitação) – portanto, interpretar actos unilaterais, outra interpretar o contrato global*”.¹⁴²

IV – O contrato impõe assim desafios às regras interpretativas do Código Civil, pensadas na esteira da abordagem abstracta e sistematizadora da pandectística alemã, no quadro de uma parte geral de um diploma basilar de Direito Civil. Basta pensarmos no seguinte exemplo: **A** apresenta uma proposta a **B**, o qual contrapõe com outros termos e o primeiro aceita. Não podemos verdadeiramente considerar **B**, *in limine*, como declarante e **A** como declaratório justamente porque *aquele pode ter integrado a proposta deste na sua declaração*.

A questão é mais complexa do que uma simples análise de quem propôs e de quem aceitou. Numa cláusula contratual negociada dificilmente encontraremos um declarante para o conteúdo de cuja declaração o declaratório não haja contribuído, e, de forma igualmente improvável, destrincharemos um declaratório “puro”, que nada haja feito para modelar a substância do comportamento declarativo.

O que não significa que não tentemos determinar “*a posição em que [as partes] se encontram perante a declaração alheia*”.¹⁴³ Só que os sentidos que as partes extraíram daquilo que possa ter sido visto enquanto comportamentos declarativos alheios não podem deixar de ser integrados

¹⁴² *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II, *op. cit.*, p. 435.

¹⁴³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II, *cit.*, p. 436.

numa interpretação global do resultado da fusão daqueles comportamentos numa só declaração.

Salvo os casos de dissenso, *esta interpretação global* determinará um sentido comum a ambas as partes, ou seja, *revelar-nos-á o que estas quiseram, não obstante uma deficiente expressão textual*. Visto que é comum, não pode deixar de valer em relação a ambas. E pode ser revelado de forma especialmente esclarecedora no modo como a relação contratual se desenvolve *ao nível da sua execução*, pois estas acções mostrarão – melhor do que uma letra pouco conseguida – o que foi compreendido em comum. *Este elemento, já admitido a propósito da interpretação da declaração negocial depurada de qualquer contexto contratual, ganha agora novo fôlego*.

V – E nos casos, pergunta-se, em que uma compreensão conjunta não é possível, nem das palavras, nem dos actos ou omissões em sede de execução do contrato? Parece-nos aqui acertada a solução de OLIVEIRA ASCENSÃO de que a interpretação se fixará no sentido do razoável por ser teleológica e por ser “*a própria justificação do contrato, mais que a sacralidade das fórmulas, [a dizer] qual o sentido com que o contrato deve definitivamente valer*”.¹⁴⁴ Também este critério *finalístico* nos parece já brotar dos elementos contextuais com que a declaração negocial deve ser interpretada nos termos do artigo 236.º.

Este entendimento parece ser generalizado, seccionando divisões metodológicas tradicionais. Com efeito, nas palavras de VICTOR GOLDBERG, “*(...) I am suggesting that when contract language is context sensitive [e poucas vezes não será, acrescentaríamos nós], the court should use that context in interpreting the contract. The emphasis should not be on what these*

¹⁴⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II, *op. cit.*, p. 436.

parties meant, but on what reasonable people in this situation should have meant”.¹⁴⁵

Ademais, se há pouco vimos que o intérprete pode, e deve, recorrer a elementos supra-textuais para compreender o sentido da declaração negocial, por maioria de razão deverão estes desempenhar um papel fundamental na hermenêutica do contrato. E isto porque a interpretação de cláusulas contratuais é menos cartesiana, na medida em que parte de tentativas de determinação do sentido de cada declaração individual para as amalgamar, de seguida, num conteúdo único e comum para ambas as partes, o qual não pode deixar de estar de acordo com a teleologia do contrato em que aquelas cláusulas se integram.

Em nossa opinião, a *justificação* do contrato – *a sua finalidade* – não deve ser chamada à colação apenas naquelas situações, referidas *supra*, em que o intérprete não consegue extrair um sentido comum a partir dos comportamentos declarativos e da conduta das partes na execução do contrato. *Esta operação teleológica deve ser um dos elementos a considerar, logo ab initio, na determinação daquele sentido comum.* De resto, isto é o que já vimos suceder na interpretação da declaração negocial.

Caso contrário, corremos o risco de desembocar numa situação em que a interpretação da declaração negocial usa todos os elementos em conjunto, ao passo que o negócio jurídico bilateral – pese embora a sua interpretação mais complexa e carecida de uma abordagem adaptável a um comportamento declarativo dificilmente decomponível em várias declarações negociais depuradas – recorre inicialmente apenas a alguns em detrimento de outros. E isto apesar de estes elementos até poderem ser tidos como mais relevantes, em virtude dos desafios especiais da interpretação contratual.

¹⁴⁵ *In Search of Best Efforts: Reinterpreting Bloor v. Falstaff*, in “Saint Louis University Law Journal”, vol. 44, 2000, pp. 1465 a 1485 (p. 1484).

Destarte, *todos* os elementos que sejam relevantes para a interpretação da declaração negocial devem ser mobilizados, em simultâneo, quando se aprecia o sentido de uma determinada cláusula contratual. Dada a posição das partes enquanto co-autoras da estipulação, o sentido desta terá de *poder valer para ambas*, sendo de excluir conteúdos que não possuam esta propriedade.

VI – Sempre que sejam aptos a contribuir para esta tarefa de determinação do sentido *comum* do contrato, *os elementos não textuais deverão desempenhar uma tarefa de importância igual à da letra.*¹⁴⁶ Nos contratos não solenes a importância daqueles elementos pode mesmo sobrepor-se à da letra, na medida em que esta não nos permita determinar o sentido comum.

Tal ideia parece-nos ser reforçado pelo artigo 238.º, relativo à interpretação da declaração negocial no âmbito dos negócios formais. Se nestes se exige expressamente que o sentido do comportamento declarativo tenha um mínimo de correspondência no texto, em homenagem às funções da forma (nomeadamente de publicidade) que seriam coarctadas se o resultado do processo interpretativo pudesse discordar do texto na sua totalidade,^{147 148}

¹⁴⁶ Quanto não fica tantas vezes por dizer?: “*Then you should say what you mean,*” *the March Hare went on. “I do,” Alice hastily replied; “at least—I mean what I say—that’s the same thing, you know.” “Not the same thing a bit!” said the Hatter. “You might just as well say that “I see what I eat” is the same thing as “I eat what I see”!*” (LEWIS CARROLL, *Alice’s Adventures in Wonderland*, Lee and Shepard, Boston, 1869, p. 98).

¹⁴⁷ Não há dúvida de que a restrição legal não impõe uma interpretação meramente literal, uma vez que o preceito mencionado admite que se faça uso dos elementos interpretativos que, perante as circunstâncias do caso, se mostrem adequados. No entanto, é também mister que o sentido que se eleja como *decisivo* encontre no texto da declaração interpretanda alguma expressão, ainda que *imperfeita ou vaga*. A validação do sentido sugerido pelo resultado do trabalho do intérprete, depois de aplicados os critérios gerais de interpretação, fica, pois, dependente, nos negócios formais, da resposta positiva a este *quesito* adicional: poderá julgar-se esse sentido *objectivamente expresso*, seja de que maneira for, na declaração interpretanda (cfr. FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação*, *op. cit.*, p. 218)?

À semelhança do que acontece com a interpretação de textos legais (aliás, é patente a correspondência verbal do n.º 1 do artigo 238.º com o n.º 2 do artigo 9.º, que também afasta a

interpretação da norma legal que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expresso), também na interpretação de negócios jurídicos formais o texto do acordo desempenha, por isso, uma função *negativa* de exclusão daqueles sentidos que não tenham na letra do contrato um qualquer apoio ou uma qualquer correspondência (sobre as funções do elemento gramatical da interpretação de normas legais, cfr., por todos, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 182).

Mas o texto do contrato tem ainda uma outra função, agora *positiva*, que é a de apoiar ou reforçar um determinado sentido da declaração, de entre os possíveis. Se apenas um dos sentidos possíveis tem cabimento no texto do acordo, será com esse mesmo sentido que o contrato deverá valer; se mais do que um significado logra apoio no texto, este desempenha a função de *dar mais forte apoio a, ou sugerir mais fortemente, um dos sentidos possíveis, que será aquele que corresponda ao significado mais natural e directo das expressões utilizadas, e que deverá ser preferido a outros sentidos que só caibam no quadro verbal do contrato de maneira forçada ou contrafeita*. Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito, op e loc. cit.*. Acrescenta o Autor, ainda a propósito da interpretação das leis mas com palavras que se ajustam também, pelas razões apontadas, à interpretação dos negócios formais, que *na falta de outros elementos que induzam à eleição do sentido menos imediato do texto, o intérprete deve optar em princípio por aquele sentido que melhor e mais imediatamente corresponde ao significado natural das expressões verbais utilizadas, e designadamente ao seu significado técnico-jurídico, no suposto (nem sempre exacto) de que o legislador soube exprimir com correcção o seu pensamento*.

¹⁴⁸ Ainda nesta matéria levanta-se outra questão importante: *quid iuris* se a forma for convencional porque, por exemplo, as partes optaram por reduzir o contrato a *escrito*? Quer dizer, mesmo que a lei não *impusesse* qualquer forma, cremos que o facto de se tratar de *forma voluntária* não afasta as regras interpretativas do artigo 238.º.

Na verdade, as razões, designadamente de *segurança jurídica* e de *incentivo à ponderação das partes*, que levam a lei a impor, em certos casos, determinada forma como requisito de validade do negócio, levam-na, coerentemente, a consagrar algumas *especificidades* ou, até, *desvios*, nas regras de interpretação, a fim de evitar que, nas palavras de FERRER CORREIA, “*as vantagens práticas que são perseguidas pela imposição do requisito da forma e justificam mesmo a sua exigência [se tornassem] em grande parte ilusórias*” (*Erro e Interpretação, op. cit.*, p. 216).

Parece-nos que este raciocínio vale igualmente para os casos em que as partes, *por vontade própria*, tenham feito constar de documento as suas declarações negociais, mesmo quando o negócio celebrado não seja obrigatoriamente formal. Nestes casos, entende a lei que não há razões para *impor* a forma como requisito de *validade* do negócio. Mas é óbvio que isso não obsta a que as *partes*, por razões de segurança, de incentivo à ponderação ou outras, *optem* por submeter o negócio a determinada *forma*. Ora, neste caso, *as razões que justificam as regras de interpretação dos negócios formais continuam a fazer todo o sentido*, sob pena de, *de outro modo*, se poderem *frustrar* as razões que levaram as partes a optar pela forma.

Este ponto não tem sido tratado na doutrina, pese embora FERRER CORREIA o haja expressamente suscitado, ainda que deixando-o deliberadamente em aberto (*Erro e Interpretação, op. cit.*, p. 218, nota 2). Mas encontramos em HÖRSTER uma posição igual à nossa: “Quanto aos negócios formais, *seja legal ou seja voluntária a forma adoptada*, determina o n.º 1 do art. 238º que em princípio a declaração negocial não pode valer com um

então nos negócios em que não haja exigência de forma (que constituem a regra, como sabemos, nos termos do artigo 219.º) não haverá, *a contrario sensu*, aquela constrição imposta ao processo interpretativo.

O legislador terá então entendido que as regras do artigo 236.º deveriam ser transpostas para a interpretação do negócio jurídico, nomeadamente do contrato, sem prejuízo das adaptações necessárias em função da natureza declarativamente bilateral deste, e daquelas outras imprescindíveis nos casos em que certas razões normativamente imperativas – a forma, por exemplo – justifiquem que um elemento interpretativo deva assumir algum ascendente (mesmo que pela negativa, enquanto limite aos sentidos admissíveis) sobre os restantes.

Como consequência deste raciocínio, nos contratos importa a utilização de uma grande variedade de elementos, em igualdade de

sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento” (*A Parte Geral, op. cit.*, p. 512, n.º 854 (o sublinhado é nosso).

Refere MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo I, *op. cit.*, p. 767), que a lei estabeleceu, para os negócios formais, *um pequeno subsistema interpretativo*.

Os *critérios interpretativos* estabelecidos pelo art. 238.º para os *negócios formais*. Passamos a analisar agora as especialidades que a interpretação assume nestes negócios.

A lei estabelece, relativamente aos negócios formais, uma limitação no que respeita à mencionada *liberdade* do intérprete de utilização de diversos meios auxiliares com vista à identificação do sentido juridicamente relevante das declarações de vontade. Nos negócios formais, diz-se no art. 238.º, n.º 1, do Código Civil, o sentido apurado pelo intérprete só poderá relevar se tiver um *mínimo de correspondência no texto do documento, ainda que imperfeitamente expresso*. Só assim não acontecerá, acrescenta o n.º 2 do referido preceito, se o sentido relevante corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma se não opuserem a essa validade.

A sujeição dos contratos a forma escrita está, em regra, associada a preocupações de certeza e segurança, em benefício de terceiros mas também, e desde logo, das próprias partes, que têm interesse em que a conclusão do negócio e o seu conteúdo não sejam duvidosos ou equívocos. Ora, como já ensinava FERRER CORREIA, recorde-se, as *vantagens práticas* procuradas com a imposição da forma perder-se-iam, em boa medida, se a interpretação dos negócios formais pudesse desprender-se livremente do texto do contrato, tal como ele surge vertido no documento. Daí que, continua o Autor, seja “*indispensável que a liberdade do intérprete, na procura do sentido «decisivo» da declaração de vontade, encontre no contexto da própria declaração interpretanda rigorosas limitações*” (Cfr., de FERRER CORREIA, o fundamental *Erro e Interpretação, op. cit.*, pp. 214 ss e 216).

circunstâncias, prevalecendo *in casu* aqueles que nos possam indicar o *sentido comum* do comportamento declarativo.

Em suma, a interpretação do contrato é uma “*espécie de super-interpretação*”, em que os elementos objectivos e subjectivos que jazem no artigo 236.º são chamados à colação para construir um sentido que, “*mesmo quando não subjectivamente comum, é o sentido comum objectivo do contrato*”.¹⁴⁹

3.3. – Interpretação contratual e diligência exigível: algumas situações típicas

I – Independentemente do sentido comum objectivo do contrato, a fixar nos termos apresentados, *há situações que mostram maior afinidade com a diligência normativa, e outras com a diligência normativa-objectiva.*

Retomando as considerações¹⁵⁰ de JOÃO CALVÃO DA SILVA como mote, ensina o Mestre que “[em] grande número de obrigações contratuais, o credor quer obter um resultado final e acredita na vontade e capacidade colaborante do devedor para lho proporcionar, dirigindo-se o vínculo obrigacional justamente à realização do mesmo. É o que acontece principalmente e em geral com as obrigações de prestação de coisa e com as obrigações de non facere. Já nas obrigações de facere se concebe que, à diversidade das situações, possam corresponder soluções diversas, a ponderar cuidadosamente – o que, por isso mesmo, dá lugar a numerosas

¹⁴⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II, *op. cit.*, p. 437.

¹⁵⁰ Citadas *supra* ponto 3.2.1., *in fine*.

dúvidas e hesitações –, com a intenção das partes e a economia geral do contrato a desempenhar um papel determinante (...).¹⁵¹

Não podemos deixar de concordar com a orientação geral do raciocínio, que parcialmente vincamos: “[em] grande número de obrigações contratuais o credor quer obter um resultado final e acredita na vontade e capacidade colaborante do devedor para lho proporcionar, dirigindo-se o vínculo obrigacional justamente à realização do mesmo”. E fazêmo-lo porque, nestes casos, e como vimos, entendemos que *nas situações em que o devedor se vincula a realizar um comportamento, não pode deixar de se vincular implicitamente a aplicar a diligência necessária à realização desse comportamento.*

O devedor não promete explicitamente, nem tem de prometer, que possui certas qualidades, e que delas se fará valer. Ele só promete cumprir: realizar uma prestação. Se não é exequível realizar esta prestação sem se estar na posse de – e na disposição de empregar – certas qualidades, então a garantia da existência e intenção de usar estas qualidades – seja pelo próprio devedor, seja por terceiro que este utilize para cumprir – está já subjacente à promessa de cumprimento. *Isto, claro, em princípio, nada impedindo que seja outro o sentido objectivo conjunto das declarações negociais.*

Se assim não fosse, nunca o devedor estaria vinculado a conceder as utilidades da prestação para cuja realização tendem os esforços; nem em caso algum seria responsável por não conceder aquelas utilidades, isto é, por

¹⁵¹ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, op. cit.*, p. 79, nota 154. No mesmo sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 481), para quem, sendo embora de importância primordial a apreciação do caso concreto, “[em] abstrato, poder-se-á dizer que as prestações de abstenção, de entrega de coisa certa (dare) e de suportação (pati) são de resultado, enquanto as de prestação de facto (facere) podem ser de conduta ou meios”. Deve ser notada a assertividade do ilustre Autor quanto a enquadrar as prestações de *non facere*, de *dare* e de *pati* na categoria “de resultado”, comparada com a renitência (“*podem ser (...)*”) em qualificar as prestações de *facere* como de meios.

incumprir uma obrigação, na medida em que este cumprimento exigisse uma diligência superior à do bom pai de família, desde que aplicasse uma diligência em conformidade com este último padrão, ainda que insuficiente para cumprir a obrigação assumida. *O que é o mesmo que dizer que todas as obrigações seriam de meios*, nos termos em que as definimos *supra*.

Ou seja: o comportamento do devedor seria sempre ilícito (por não cumprir, dado que a diligência média do bom pai de família não chegaria para realizar a prestação), mas nunca culposo. Todas as obrigações que impliquem uma diligência superior à do bom pai de família para poderem ser cumpridas ficariam na dependência de o devedor optar por aplicar a diligência necessária – superior à do bom pai de família –, o que muitas vezes não sucederia: ou por arrependimento do devedor, ou por já não lhe convir, ou por um terceiro lhe ter oferecido uma contraprestação mais favorável, ou por um qualquer motivo, ainda que mesquinho.

Ademais, nos casos em que a diligência necessária ao cumprimento fosse inferior à do bom pai de família, o comportamento do devedor que aplica aquela diligência e que, assim, cumpre, estaria a praticar um acto lícito (cumprimento), mas censurável (por aplicar uma diligência inferior à do bom pai de família). O que seria também um rematado absurdo.

II – O exposto é particularmente evidente nas obrigações de prestação de coisa, nas obrigações de prestação pecuniária, nas obrigações de *non facere*, e nas obrigações de *pati*.

Difícilmente se concebe que, por regra, num contrato tão comum como o de compra e venda alguém prometa *tentar pagar o preço*; ou *tentar entregar a coisa vendida*. Ou que num contrato de arrendamento o arrendatário prometa *tentar pagar a renda* e o senhorio *tentar ceder o gozo da coisa*.

Acentuamos: nada impede que as partes o façam; só que dificilmente se atribuirá tal sentido objectivo comum a um contrato em que se amparem obrigações que tenham por objecto estas modalidades de prestação, sem mais.

O mesmo se diga de alguém que promete não fazer algo, suportando prejuízos e limitações de exercício de direitos próprios, implicados por aquela promessa. Se um trabalhador promete não concorrer com o seu empregador uma vez extinta a relação laboral, dificilmente merecerá a protecção do Direito com base no argumento de que apenas havia prometido *tentar não concorrer*.

Já nas obrigações de *facere* “*é concebível que, à diversidade das situações, possam corresponder soluções diversas, a ponderar cuidadosamente – o que, por isso mesmo, dá lugar a numerosas dúvidas e hesitações –, com a intenção das partes e a economia geral do contrato a desempenhar um papel determinante*”.¹⁵²

Continuamos a acompanhar CALVÃO DA SILVA, quando aqui entende ser possível que, em princípio – e ao contrário das restantes modalidades de obrigações –, *certas* obrigações de facto positivo possam implicar a diligência normativa do bom pai de família (ou até outro padrão, correspondente a outro grau de intensidade), em vez da normativa-objectiva, dependendo do tipo de situação em causa, a qual deve, por isso, ser ponderada cuidadosamente, principalmente com base na “*intenção das partes e [na] economia geral do contrato*”.¹⁵³ Ou seja: nas obrigações de facto positivo há situações que podem

¹⁵² *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, *op. cit.*, p. 79, nota 154. Se bem que, por vezes, a própria letra resolve o nosso problema hermenêutico; como afirmam PEDRO MÚRIAS / MARIA DE LURDES PEREIRA, “[d]e qualquer modo, uma prestação descrita com um causativo indica em princípio uma prestação de resultado; antepondo-se-lhe o verbo tentar, temos decerto uma obrigação de meios” (*Obrigações de Meios*, *op. cit.*, p. 1001).

¹⁵³ CALVÃO DA SILVA, *op. e loc. cit.*, Cfr., ainda, CHARLES GOETZ / ROBERT E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in “*Virginia Law Review*”, vol. 67, n.º 6, 1981, pp. 1089 a 1150 (p. 1117) (“*Where courts are compelled to attach a meaning to otherwise ambiguous*

dar lugar “*a numerosas dúvidas e hesitações*”, sendo imprescindível interpretar o negócio concreto.

Pensamos que esta afirmação merece um desenvolvimento suplementar, para apurar os termos em que, nas prestações de facto positivo, se pode entender que, em princípio, o credor não confia, nem numa promessa de “[*obtenção de*] *um resultado final*”, nem “*na vontade e capacidade colaborante do devedor para lho proporcionar*”. Situações em que, portanto, o vínculo obrigacional já não se dirige “*justamente à realização do [resultado]*”.

III – Tendo por base a “*intenção das partes*” e a “*economia geral do contrato*”, parece-nos haver prestações de facto positivo em que, à partida, o credor não confiará – ou não deveria confiar – numa promessa de resultado, por parte do devedor.

Nesta tarefa devem ser tidos em conta elementos como as prestações em si próprias (nomeadamente o *quantum* pecuniário), ou seja, a economia do contrato e o equilíbrio contratual podem ajudar a interpretar se foi prometida uma tentativa ou um resultado.

Desde logo, sempre que a prestação-resultado seja colimada a um outro resultado, principal, cuja consecução não dependa só do próprio devedor: é possível que haja um elemento de risco, que o devedor pode não querer assumir. Ou seja: entre a realização da prestação e o seu efeito útil final interpõem-se elementos circunstanciais exteriores à esfera da actuação do devedor – sobre os quais a prestação não actua – e que determinarão a produção do efeito útil (por exemplo, uma intervenção cirúrgica em que não se possa garantir a produção do efeito útil final). Em suma, há uma álea.

contractual terms, it is sensible to look to the likely intent of the parties or the goal the parties might reasonably be deemed to have sought”).

Só que, aqui, a tentativa não se refere ao binómio prestação-resultado, mas antes à trindade prestação-resultado-subjectivo. Os motivos do credor que estejam especificamente associados a esta prestação-resultado-subjectivo são exteriores à obrigação.

Os deveres cujo critério de diligência faz sentido, tanto jurídico, como económico, que se reportem a uma bitola como a do bom pai de família são aqueles cujas obrigações têm por objecto prestações de enorme complexidade, ou pouco precisas, e cuja realização se protela no tempo, sobretudo na medida em que impliquem avultados investimentos – tanto de confiança, como de natureza patrimonial. Fala-se, a este propósito, de contratos “relacionais”.

Conceito atribuído ao escocês IAN MACNEIL,¹⁵⁴ a sua validade não é pacífica: mesmo entre os mais consagrados Juristas do país em surgiu – os

¹⁵⁴ É extensa a obra que este importante Autor do *common law* dedicou à matéria: IAN MACNEIL, *Whither Contracts?*, in “Journal of Legal Education”, vol. 21, 1969, pp. 403 a 417 (um dos primeiros e mais conhecidos artigos do Autor, numa altura em que os “*relational contracts*” eram ainda “*contracts-in-cooperation*”; a brevidade do texto está associada ao facto de se tratar de um *paper* apresentado a um painel de direito contratual da reunião anual da AALS – Association of American Law Schools); IAN MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in “Southern California Law Review”, vol. 47, 1974, pp. 691 a 816 (trata-se de outro dos principais trabalhos, longo e informativo, sobre as diferenças na aplicação prática de normas legais em função da localização do caso concreto no “*transactional-relational spectrum*”); IAN MACNEIL, *A Primer of Contract Planning*, in “Southern California Law Review”, vol. 48, 1975, pp. 627 a 704; IAN MACNEIL, *Essays on the Nature of Contract*, in “North Carolina Central Law School”, vol. 10, 1979, pp. 159 a 200; IAN MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, in “Northwestern University Law Review”, vol. 72, 1978, pp. 854 ss.; IAN MACNEIL, *Values in Contract: Internal and External*, in “Northwestern University Law Review”, vol. 78, 1983, pp. 340 ss.; IAN MACNEIL, *Reflections on Relational Contract*, in “Journal of Institutional and Theoretical Economics”, vol. 141, 1985, pp. 541 ss.; IAN MACNEIL, *Relational Contract: what We Do and Do Not Know*, in “Wisconsin Law Review”, 1985, pp. 483 ss.; IAN MACNEIL, *Relational Contract Theory: Unanswered Questions*, in “Northwestern University Law Review”, 2000, pp. 431 ss.; e IAN MACNEIL, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in “Northwestern University Law Review”, vol. 94, 2000, pp. 877 a 907. Entretanto numerosos autores contribuíram para o desenvolvimento do tema; entre estes, cfr. MORTEN HVIID, *Relational Contracts, Repeated Interaction and Contract Modification*, in “European Journal of Law and Economics”, vol. 5, 1998, pp. 179 ss..

EUA – o contrato relacional tem tido de suportar os amargos de variadas críticas fortemente acres.¹⁵⁵ Pode inclusivamente questionar-se se ele constitui uma inovação – ou não apenas um pleonasma ilustrador – face ao conceito de relação obrigacional complexa, e dos deveres acessórios nela implicados, há muito por nós conhecido.

Independentemente da posição que se tome na matéria, o desvelar de qualquer contrato relacional revela-nos uma relação com características – complexidade, imprecisão e perduração do comportamento devido – que implicam uma necessária interdependência entre os contraentes e, conseqüentemente, uma não menos indispensável cooperação, e expectativa de cooperação – sobretudo havendo já relações anteriores entre as partes –, mútuas. Uma relação, portanto, em que os deveres acessórios decorrentes da boa fé assumem uma particular intensidade.

No domínio das obrigações que têm por fonte estes contratos “relacionais”, a complexidade e indeterminação atinentes ao objecto da obrigação, acrescidas de uma perduração da relação jurídica por um longo período de tempo, que alavanca aquelas notas de complexidade e de incerteza, pode depreender-se a falta de intenção das partes em sujeitarem-se a um critério severo de diligência, como o normativo-objectivo, em detrimento de um outro mais fluido e adaptável às características deste contrato.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Entre os quais se contam, por exemplo, MELVIN EISENBERG, *Why there Is No Law of Relational Contracts*, in “Northwestern University Law Review, vol. 94, 2000, pp. 805 ss.; MELVIN EISENBERG, *Relational Contracts*, in Jack Beatson / Daniel Friedmann (eds.), “Good Faith and Fault in Contract Law”, Clarendon Press, 1997, pp. 291 a 304; e GOETZ / SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, *op. cit.*, pp. 1089 a 1150.

¹⁵⁶ Cfr. GOETZ / SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, *op. cit.*, p. 1092 (“(...) relational contracts create unique, interdependent relationships, wherein unknown contingencies or the intricacy of the required responses may prevent the specification of precise performance standards. Complexity and uncertainty each play conceptually distinct roles, although they frequently operate in combination. (...) A typical response to this problem of complexity and uncertainty is to define the performance standard in unusually general terms”).

Uma expressão habitual em alguns sistemas do *common law* – especialmente o norte-americano –, a propósito destas relações, é “*best efforts*”, ela própria fluida no entendimento.¹⁵⁷ Parece-nos que, em princípio será mais comum a um critério normativo da diligência, correspondente ao bom pai de família e a este conceito de “*best efforts*” ou de “*best energies*”. Ambos estes conceitos correspondem fundamentalmente ao critério do *bonus pater familias*.¹⁵⁸

IV – Como vimos, as obrigações de entrega de coisa, as obrigações pecuniárias e as obrigações de *non facere* – salvo caso excepcionais, a resultarem da interpretação do negócio – terão por objecto prestações cuja

¹⁵⁷ Cfr. GOLDBERG, *In Search*, *op. cit.*, p. 1475 (“*The context dictates how “best efforts” should have been interpreted*”). No mesmo sentido, GOETZ / SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, *op. cit.*, p. 1111 (“*Perhaps the most poorly understood class of relational contracts is that involving agreements wherein one party explicitly, or even implicitly, undertakes the contractual duty of using its ‘best efforts’ to carry on an activity beneficial to the other. (...) Notwithstanding the frequency with which such terms are observed empirically, the precise legal meaning to be attached to a best efforts requirement is not at all clear, either from a consideration of the case law or from theoretical discussions in standard legal scholarship*”).

¹⁵⁸ Cfr. GOETZ / SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, *op. cit.*, p. 1119: “*The response [to the question of precisely how much diligence is required] is that the obligation is to use a cost-effective amount, to, in lay terms, ‘do the prudent thing, taking into account the interests of both parties’ in a manner similar to that mandated by the negligence standard in tort law*”; p. 1117 (*The ‘optimal-output’ definition of best efforts is, we argue, the single most plausible interpretation of the underlying economic motivations involved*); e pp. 1117 e 1118 (“*Although the optimal-output interpretation may be the single most persuasive meaning for best efforts, one plausible alternative definition merits discussion: best efforts requires the exercise of due diligence and ordinary business prudence. Under this alternative conception, a breach of the best efforts obligation would exist where the distributor’s efforts diverge from the standard of diligent or reasonably prudent business conduct*”).

A referência singular destes Autores (e dos muitos outros que os seguem, sobretudo no Direito Norte-Americano) a considerações de análise económica do Direito é algo sobre que não nos devemos debruçar extensivamente aqui. GOETZ / SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, *op. cit.*, p. 1149: “*The vague concept of best efforts can most sensibly be construed as requiring the level of effort necessary to maximize the joint net product flowing from the contractual relationship. This joint-maximization criterion is a plausible norm for all cooperative contractual relationships where the parties have not specified a precise standard of required performance; it produces the largest possible net product for ultimate division between the parties*”.

realização se submete a um critério normativo-objectivo de diligência.¹⁵⁹ Já quanto às obrigações de *facere* tudo dependerá da situação concreta, mormente no tocante à *intenção das partes e à economia geral do contrato*.

Daí nos parecer que obrigações que tenham por fonte contratos de grande complexidade, em que há incerteza quanto ao objecto, e que se destinam a prolongar-se por um longo período de tempo, nestes casos, dizíamos, *não haverá*, em princípio, confiança do credor, merecedora de protecção, na “*vontade e capacidade colaborante do devedor*” para causar o resultado desejado pelo credor.

Em suma, tratando-se de uma obrigação contratual, a diligência exigível compreende, amiúde, os esforços necessários ao cumprimento do seu

¹⁵⁹ Por estes motivos, poder-se-ia pensar que, em grande parte das obrigações contratuais (não em termos quantitativos, mas qualitativos, por abranger a maioria das modalidades das obrigações quanto ao objecto; como vimos JOÃO CALVÃO DA SILVA prefere a expressão “[e]m grande número de obrigações contratuais” – expressão que não acaba por não ser tão diferente quanto isso) se o devedor não cumpre, o seu comportamento será sempre ilícito. Como não cumpre porque não aplicou a diligência (objectiva) necessária ao cumprimento, o seu comportamento ilícito seria, também, culposo. E isto porque, como vimos, a diligência exigível (portanto, normativa) é a necessária ao cumprimento. Haveria coincidência entre diligência normativa e diligência objectiva.

Verdadeiramente, não há confusão dogmática entre ilicitude e culpa no conceito de diligência. Este continua a reportar-se, única e exclusivamente, à culpa; e a ilicitude reporta-se à não realização do comportamento devido. Comportamento devido e diligência são realidades diversas.

E também não há efectiva confusão prática nas obrigações contratuais. Apesar de o comportamento devido e diligência se encontrarem ligados umbilicalmente, de tal modo que, havendo incumprimento (ilicitude) haverá também falta da aplicação da tensão da diligência necessária ao cumprimento (culpa), e vice-versa, tal conexão aparentemente incindível circunscreve-se ao dever de prestar. Ora, como já vimos *supra*, o conceito de obrigação estende-se para lá do dever de prestar, existindo os deveres acessórios, alguns dos quais referentes à manutenção da integralidade da prestação-resultado. Deveres acessórios esses que, como também já analisámos, estão sujeitos a uma diligência normativa, correspondente ao critério do *bonus pater familias*. Ora, quando o incumprimento do dever de prestar resulta de um facto estranho ao devedor que não lhe seja imputável haverá ilicitude, mas não culpa, como melhor veremos a propósito dos impedimentos ao cumprimento (*infra* 4). Por estas razões não se pode afirmar que o inadimplemento de uma obrigação contratual em que o devedor promete encetar todos os esforços necessários ao cumprimento faça-o incorrer em responsabilidade objectiva, uma vez que o critério de diligência releva na delimitação do âmbito dos casos fortuitos e de força maior.

dever primário. O devedor não pode alegar que tentou aplicá-los, mas que lhe faltaram aptidões para os produzir. Como frisa PEDRO ROMANO MARTINEZ, “apesar [de a] responsabilidade contratual derivada do não cumprimento assentar no pressuposto da culpa, a sua falta só é invocada para resolver casos extremos, em que seria injusto responsabilizar o devedor”,¹⁶⁰ com o que concordariam JOSEPH ESSER e EIKE SCHMIDT, para quem a prestação é predominantemente “*ergebnisorientiert*”.¹⁶¹

Pode suceder, porém, que o devedor tenha sido impedido de aplicar a diligência necessária ao cumprimento daquele dever, porque, por exemplo, foi sequestrado por um terceiro; ou porque inesperadamente ocorreu uma tempestade violenta; ou porque foi aprovado um diploma legal que proíbe o comportamento devido; ou porque a coisa que ele deveria ter entregado foi destruída por um incêndio ou inundação; ou porque adoeceu com gravidade; ou porque foi impedido de entrar na propriedade do credor, onde a obrigação deveria ser cumprida, etc.

Por isso, mesmo nos casos em que o devedor se dispõe a aplicar os esforços necessários à prática dos actos em que a prestação se decompõe, podem aqueles ser inexecutáveis devido à pré-existência, ou surgimento posterior, de impedimentos que inviabilizem a sua intenção.

Deve o afastamento destes impedimentos contar-se entre os actos que o devedor deve praticar no quadro do dever de prestar? É a análise que de seguida nos propomos fazer.

¹⁶⁰ *Cumprimento Defeituoso – Em Especial, na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 282.

¹⁶¹ *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, tomo 1, 8.^a ed., 1995, p. 103.

4 – Critério de diligência e impedimentos ao cumprimento

I – Ao assumir uma obrigação o devedor submete-se regularmente a uma medida normativa-objectiva de diligência: a aplicação de esforços na intensidade necessária à realização da prestação em que consiste o dever de prestar. Estes esforços são, portanto, condição necessária ao cumprimento, visto que sem a sua aplicação o devedor não vai poder causar o resultado – não vai poder realizar a prestação-resultado.

Embora necessários, aqueles esforços não são condição suficiente do cumprimento. Factos incompatíveis com a realização da prestação podem inviabilizar a aplicação daqueles esforços, e, conseqüentemente, o cumprimento. Estes factos são os *impedimentos*. Deve o seu afastamento ser contado entre os actos que o devedor tem de praticar no quadro do dever de prestar?

II – Alguns destes impedimentos correspondem a factos do próprio devedor e a sua remoção deve contar-se entre os actos que o devedor tem de praticar para poder realizar a prestação debitória. O devedor não pode prometer cumprir uma obrigação sem que tal implique necessariamente uma simultânea promessa implícita de abstenção da prática de actos que sejam incompatíveis com o cumprimento. Seria desprovido de qualquer validade lógica que o devedor pudesse prometer causar um resultado (**X**) sob reserva de poder fazer exactamente o oposto (**não-X**).¹⁶² Se assim fosse, o devedor nunca

¹⁶² Será necessária uma contradecaração neste sentido.

teria verdadeiramente de fazer o prometido, e, por isso, nunca poderia ser responsável por fazer exactamente o oposto daquilo que prometeu.

A prestação debitória é um comportamento do próprio devedor (ou de alguém que o substitua, sendo possível); por isso é que se afirma, a seu propósito, que o acesso do credor à prestação que satisfaz o seu interesse *depende da cooperação do devedor*. Implicitamente, não se pode deixar de entender que o devedor promete não impedir o cumprimento através de facto próprio – o que é evidente: *caso contrário, o devedor nunca teria de cumprir, e a obrigação deixaria de ser o vínculo que é, e que deve ser*. Por exemplo, o devedor que promete cantar numa sala de espectáculos promete implicitamente que não vai vincular-se a realizar outra prestação que seja incompatível com aquela.

O afastamento dos impedimentos resultantes de factos do próprio devedor faz tão parte do seu dever de prestar como a conduta que visam impedir, tal é a relação de necessidade entre esses comportamentos e a referência de ambos à esfera de actuação do próprio devedor. Portanto, também quanto a estes impedimentos – que estão ao alcance do devedor, dentro da sua esfera de controlo, como o exercício de direitos próprios que seja incompatível com o cumprimento –, o devedor tem de aplicar esforços correspondentes à medida de diligência que regula o *quantum* de intensidade destes esforços no quadro do cumprimento do dever de prestar.

III – Há outros impedimentos que respeitam a factos a que o devedor não deu causa, que não pode controlar, por dizerem respeito a terceiros, ou a elementos jurídicos ou naturais. Suponhamos a inundação, ocorrida numa área onde são extremamente comuns, que tenha destruído todo o género, de onde o devedor teria escolhido o objecto da obrigação de entrega; ou com o furto da coisa depositada, valiosa, quando o devedor a guardou numa casa sem trancas,

numa vizinhança onde diariamente têm lugar numerosos furtos.¹⁶³ Não deveria o devedor ter tido uma certa medida de cuidado, que não teve, e que teria afastado o impedimento? É certo que sim; mas até que ponto?

É que não podemos exigir que o devedor, tanto ao assumir a obrigação, como a cumpri-la, haja tido em consideração *todos* os elementos impeditivos do cumprimento. Há invariavelmente impedimentos que respeitam a factos *alheios* ao devedor, cuja remoção não integra o dever de prestar. Caso contrário, sempre que alguém promettesse realizar um determinado comportamento estaria a prometer igualmente, de forma implícita, realizar todos os esforços necessários à remoção de *todos e quaisquer impedimentos àquele cumprimento, incluindo acontecimentos imprevisíveis e inevitáveis*, sobre os quais o devedor não tem qualquer controlo. Suponhamos que o devedor não deu o recital de piano que havia prometido porque, ao sair de casa, foi raptado por terceiro, que o sequestrou durante semanas; teria ele de ter aplicado todos os esforços indispensáveis à não verificação do rapto?

Evidentemente, nada impede que seja acordado que o devedor assuma o risco da verificação de todos estes impedimentos, mas, *em regra, isto é, salvo convenção ou norma legal em contrário*, não é expectável que o devedor prometa a não consumação de todos e quaisquer impedimentos sempre que promete aplicar uma diligência normativa-objectiva no sentido de realizar um comportamento. O devedor promete um comportamento para o qual são necessários certos esforços, os quais necessitam da presença, no devedor, de certas aptidões para serem produzidos; ele assume o risco de não ter estas aptidões, ou de não as conseguir ou de ser-lhe inconveniente aplicar na produção dos esforços necessários; *mas isto não implica que prometa o afastamento do que é inafastável*.

¹⁶³ Já no Código de Hammurabi se censurava semelhante diligência a um depositário (LH 125: “a house owner who is negligent (“*bel bitim sa iguma*”) and allows the deposited property to be stolen”). Cfr. DAVID P. WRIGHT, *Inventing God’s Law. How the Covenant Code of the Bible Used and Revised the Laws of Hammurabi*”, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 42, p. 218, etc..

É de todo impossível a alguém aplicar tal tensão de diligência: os factos estranhos ao devedor e ao credor, aptos a inviabilizar irremediavelmente o cumprimento, formam uma cornucópia inabarcável pela mente humana. E mesmo que uma pessoa dispusesse de capacidades e conhecimentos inimagináveis, necessários à apreensão de toda aquela infinidade de situações, este esforço aplicado de previsão, através da obtenção e processamento de quantidades irrealistas de informação, entravaria, ele próprio de forma irremediável, com os seus custos de transacção, o comércio jurídico.

Em suma: não se aceita entender que o devedor, ao prometer aplicar todos os esforços no sentido da realização da prestação-resultado, esteja também a prometer necessariamente que terceiros, ou a própria Natureza, não o conseguirão impedir de cumprir, “venha o que vier”. Pode fazê-lo, mas, mais uma vez, a assunção de semelhante *garantia* deve resultar da interpretação das declarações negociais, ou da própria lei.¹⁶⁴ É, não no dever de prestar, mas *entre os deveres acessórios, mais precisamente aqueles que se destinam a manter a integridade da prestação, que contamos a prática de actos que acautelem factos impeditivos do cumprimento, não causados pelo devedor.*

IV – Uma vez mostrado que o comportamento pelo qual o devedor evita que um evento supervenientemente previsível impeça irremediavelmente o cumprimento, caso a possibilidade da sua verificação se venha a materializar, não faz parte do objecto da obrigação, torna-se, então, compreensível que possamos operar uma separação entre a diligência necessária ao cumprimento (caso seja este o critério aplicável da diligência),

¹⁶⁴ A este respeito, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, *op. cit.*, pp. 265 ss.

de um lado, e o critério puramente normativo, aplicável a impedimentos não atribuíveis ao devedor, do outro lado.

Sediando a eliminação de impedimentos ao cumprimento, não causados pelo devedor, entre os deveres acessórios, o critério da diligência será o puramente normativo, que em regra é o do *bonus pater familias*, *independentemente daquele que haja sido fixado para o dever de prestar*. Isto porque, como vimos, embora não possam deixar de se encontrar integrados na relação obrigacional, dada a sua importância na promoção “[do] interesse do credor na integralidade da própria prestação”, que há pouco referimos,¹⁶⁵ os deveres acessórios não podem deixar de provir da lei, e não de acordo; como tal, estão sujeitos ao critério preceituado pelo n.º 2 do artigo 487.º.¹⁶⁶ É no quadro dos impedimentos para lá do exigível por este critério que se fala na figura do “caso fortuito e de força maior”.¹⁶⁷

V – O sistema jurídico nacional nunca foi avesso a recorrer ao conceito de caso fortuito e de força maior.¹⁶⁸ Já o artigo 705.º do Código de Seabra¹⁶⁹

¹⁶⁵ E que se trata de um dever que corresponde ao princípio da primazia da materialidade subjacente, uma concretização do princípio da boa fé.

¹⁶⁶ *Supra* 2.2..

¹⁶⁷ Aglomeramos ambos os conceitos – “caso fortuito” e “força maior” – num só, dado cada um deles se referir a uma das características de que cumulativamente se devem revestir aqueles impedimentos que o devedor não tem de afastar.

¹⁶⁸ Como também não o são outros sistemas jurídicos, incluindo os mais recentes projectos supranacionais, como o DCFR, cujo artigo III-3:104 prevê justamente (nos seus n.ºs 1 e 2) a força maior: “*A debtor’s non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor’s control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment and its consequences* [n.º 1]”; e “*Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impedimento into account at the time when the obligation was incurred* [n.º 2]”. Para uma análise do preceito, em conjunto com as normas equivalentes de outros instrumentos supranacionais, cfr. MARTIN SCHMIDT-KESSEL, *Remedies for Breach of Contract in European Private Law – Principles of European Contract Law, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference*, in Reiner Schulze (ed.), “New Features in Contract Law”, Sellier, 2007, pp. 183 a 196 (pp. 185 e 186); e, para o seu enquadramento entre as restantes regras do DCFR, relativas ao inadimplemento, e

lhe concedera protagonismo, ao preceituar que o “*contrahente que falta ao cumprimento do contrato torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contrahente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contrahente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído*”.¹⁷⁰

As regras correspondentes do Código Civil de 1966 preferiram uma expressão negativa e mais abrangente – “*causa não imputável ao devedor*” –, que compreende, tanto o facto imputável ao credor, como o caso fortuito e de força maior, que o diploma mais antigo enunciava explicitamente.¹⁷¹

Embora apresentados pelo legislador do século XIX como distintos, desde há muito que a *communis opinio* da doutrina nacional tem sido favorável à identificação entre o conceito de “força maior” e o de “caso fortuito”,¹⁷² o que nos parece acertado – desde logo, pela inutilidade prática,

comparação com as que lhe correspondem no nosso sistema jurídico, cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS, *Incumprimento Contratual. O Código Civil Português e o DCFR – Notas Comparadas*, in “Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida”, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 239 a 266.

¹⁶⁹ Sobre a vida e méritos do Jurista que organizou o Projecto do Código Civil de 1867, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Visconde de Seabra e o Código Civil*, Coimbra, 1953 (sep. BFD, vol. 28, pp. 277 a 301), pp. 7 a 19.

¹⁷⁰ Muito semelhante ao actual artigo 1218.º do *Codice Civile* (“*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”), que já tivemos oportunidade de apreciar com alguma brevidade.

¹⁷¹ Conceitualmente, a abordagem do actual diploma é mais abrangente, incluindo na sua extensão, de forma mais evidente, a impossibilidade imputável a terceiro. Neste sentido, por exemplo, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. 2, 4.ª ed., p. 42. Cfr., também, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos*, *op. cit.*, p. 119. Além disso, e mais importante, a estrutura conceptual do actual Código abre portas à aplicação do critério do n.º 2 do artigo 487.º, o que o artigo 705.º do Código de Seabra não fazia, aceitando apenas a prova de o incumprimento ter sido causado pelo caso fortuito ou de força maior como forma de eximir à responsabilidade correspondente.

¹⁷² Cfr. JAIME DE GOUVEIA (*Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, 1932), p. 473; GUILHERME MOREIRA (*Instituições de Direito Civil, II – Das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, 1925), p. 122; PAULO CUNHA (*Direito das Obrigações, II – O Objecto*, apontamentos das Lições proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, no ano de 1938-39, pelos alunos Margarida Pimentel Saraiva e Orlando Courrégé, Lisboa), p. 285; MANUEL GOMES DA SILVA

em geral, da cisão –, pese embora uma certa tendência para a manutenção da distinção em alguns sistemas jurídicos extramuros.¹⁷³

O actual Código Civil continuou a utilizar estas expressões, e, embora, por um lado, o faça com maior parcimónia,¹⁷⁴ por outro lado, contudo, recorre concomitantemente a outras fórmulas que exprimem um significado idêntico.¹⁷⁵ Há, porém, situações em que o principal diploma do Direito Civil usa “caso fortuito” e “força maior” num sentido particular.^{176 177}

No âmbito das obrigações contratuais o caso fortuito e de força maior constitui um “acontecimento que cria uma impossibilidade de cumprir não atribuível nem à vontade do devedor, nem à do credor”.^{178 179}

(*O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. 1, Lisboa, 1944), p. 276; e MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., Coimbra, 1966), p. 422.

¹⁷³ COLIN / CAPITANT (Cfr. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, com a colaboração de J. de la Morandière, II, 8.^a ed., Librairie Dalloz, Paris, 1935, p. 73) fazem corresponder o caso fortuito à impossibilidade relativa (a prestação que não é realizável pelo devedor, com as suas qualidades, mas que podia ser feita por terceiro, em sua substituição) e a força maior à impossibilidade absoluta. Para EXNER, a força maior era estranha à empresa do devedor e dotada de certa notoriedade; e SALEILLES considerava a força maior o acontecimento estranho, sem ligação com o emprego de utensílios e de maquinismos do estabelecimento; já JOSSEMAND (*Les Transports*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1926, pp. 536 ss.) não aceita o requisito da notoriedade e entende que o carácter exterior da força maior é eminentemente jurídico, pois consiste na falta de ligação do evento com o organismo ou a esfera de acção em que se manifestou.

¹⁷⁴ Cfr. os artigos 321.º, 505.º, 509.º (n.º 2), 1093.º (n.º 1, h), e n.º 2, a)), 1099.º (n.º 2) para “força maior”; e os artigos 616.º (n.º 2), 1462.º (n.º 2) e 1509.º (n.º 1) para “caso fortuito”.

¹⁷⁵ “Causas imprevisíveis ou fortuitas” (n.º 1 do artigo 1069.º), “acidentais” (artigo 1454.º e n.º 4 do artigo 1940.º) ou “casuais” (n.º 1 do artigo 938.º e artigo 1136.º); para além de ocasionais enumerações exemplificativas (n.º 1 do artigo 1069.º e artigo 1455.º).

¹⁷⁶ É o caso do artigo 505.º (“força maior estranha ao funcionamento do veículo”) e do artigo 509.º, em que força maior é definida como “toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa”.

¹⁷⁷ De todo o modo, tanto a fórmula do artigo 705.º do Código de Seabra, como a actual expressão “causa não imputável ao devedor”, fazem depender a responsabilidade do devedor da existência de culpa, mesmo que o vetusto preceito não lhe faça referência explícita (pelo menos, não à culpa no sentido técnico-jurídico). Cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. 2, op. cit., p. 53.

¹⁷⁸ PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos*, op. cit., p. 120. Em termos mais amplos, o caso fortuito traduz-se no “facto que impede o cumprimento do dever e não se reconduz nem à vontade do suporte deste, nem à vontade do ofendido”.

O caso fortuito e de força maior é composto por dois elementos: um elemento objectivo, que respeita à forma como o acontecimento se relaciona com a prestação devida; e um elemento subjectivo, que depende da existência ou ausência de uma ligação entre o facto e o devedor.

VI – Da própria expressão “força maior” é possível depreender que a relação entre o facto impeditivo e o comportamento devido é de inviabilização deste por aquele.

O caso fortuito e de força maior constitui um *impedimento inafastável ao cumprimento*; uma vez ocorrido, nada há que o devedor possa fazer em tempo útil – não só o devedor concreto, como qualquer terceiro que o pudesse substituir no cumprimento.¹⁸⁰ Sublinhamos: o caso fortuito e de força maior até pode ser superável enquanto impedimento ao cumprimento; *não pode é ser superável em tempo útil* – pelo que é necessário ter em conta a prestação devida e respectivas circunstâncias.

Para PESSOA JORGE, ao delimitarmos o conceito de caso fortuito e de força maior é fundamental atendermos às “*consequências [do facto] sobre a omissão do comportamento devido*” e não tanto ao facto em si, pois “*não interessa averiguar apenas se o facto em si é invencível para o devedor ou agente, mas sim se este podia ou não ter evitado o incumprimento do dever, que tal facto provocou*”.¹⁸¹

Por outras palavras: o aspecto fundamental do elemento objectivo do caso fortuito e de força maior não é que o próprio facto, em si, seja

¹⁷⁹ É, portanto, um “*acontecimento imprevisível, irresistível ou inevitável e exterior*” (*in casu*, ao devedor), como nos dá a conhecer JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 738.

¹⁸⁰ Se o devedor se puder fazer substituir, mas tal implicar um sacrifício patrimonial excessivo, poderá não ter de o fazer. Dizemos “poderá” porque depende de o devedor querer fazer-se valer dos complexos normativos que o sistema coloca à sua disposição nestas situações, e que melhor estudaremos no capítulo seguinte.

¹⁸¹ *Ensaio sobre os Pressupostos*, *op. cit.*, p. 121.

irremovível pelo devedor, ou por outra pessoa no lugar dele (a ser possível tal substituição) – a sua invencibilidade em absoluto. O que é essencial é que o acontecimento seja insuperável enquanto escolho ao cumprimento do dever – *a sua invencibilidade em relação a este adimplemento*. Não é por o devedor nada poder fazer para evitar uma inundação resultante de uma monção que se pode defender com base na força maior; é, antes, porque ele nada pôde fazer para evitar, em tempo útil, que aquela inundação o impedisse de cumprir (por exemplo, por não ter havido tempo para conseguir retirar a coisa, de que ele era depositário, do edifício em que ela se encontrava, e que acabou submerso pelas águas).

VII – Não basta que o facto seja intransponível para que possamos falar de caso fortuito e de força maior. *Como poderia o devedor afastar aquilo que não previu, nem lhe era exigível que previsse?*

A este propósito a expressão “caso fortuito” é elucidativa: *o facto também tem de ser imprevisível*; a sua ocorrência tem de ser surpreendente.

Ser imprevisível não significa que não fosse de todo possível tomar conhecimento da ocorrência do facto. Um facto não se torna previsível porque algumas pessoas o previram *in concreto*, seja pela sua diligência extraordinária, seja pelo acaso das circunstâncias. O cancelamento de um cortejo de coroação por doença grave do futuro monarca não se torna previsível porque os seus familiares próximos já conheciam a decisão, ou porque alguns hotéis, operadores económicos que são profissionais do ramo particularmente calejados, tomaram em consideração a probabilidade de tal acontecer.

Ser previsível também não significa que a futura verificação do facto tenha de ser certa. O mundo da previsão é o das probabilidades. “Previsibilidade” implica um facto passível de ser objecto de previsão; e um facto que é certo só pode ser passível de um juízo de certeza, não de previsão.

Só um facto cuja verificação seja incerta pode ser considerado previsível. *Apesar disso, o conceito de previsibilidade não pode deixar de abranger também factos cuja verificação é certa, por argumento de maioria de razão:* se um evento previsível não pode ser considerado caso fortuito e de força maior, então também não o pode ser um facto que não só era previsível, como até era certo quanto à sua verificação.

VIII – E a que momento se deve reportar o juízo de previsibilidade do caso fortuito ou de força maior?

Uma hipótese seria o momento em que o devedor assumiu a obrigação. Se o caso fortuito e de força maior que inviabiliza o cumprimento – suponhamos, uma intempérie – *pudesse e devesse ter sido previsto* quando o devedor assumiu a obrigação, então o devedor tinha o dever de saber estar a prometer uma prestação que provavelmente não poderia vir a realizar. *Tal comportamento não pode deixar de ser tido por censurável, por temerário;* e pode ser interpretado como se ele próprio, o devedor, *estivesse a assumir o risco* de não poder cumprir a obrigação em virtude de um facto invencível, de cuja provável verificação ele deveria ter estado ciente (obrigação de garantia). Evitar esse impedimento potencial passa a fazer parte do dever de prestar, com a consequente sujeição ao critério normativo-objectivo de diligência (a ser este o aplicável em concreto).¹⁸² Se, *interpretada* a declaração de vontade pela qual

¹⁸² A propósito das obrigações temerárias, PESSOA JORGE (*Ensaio sobre os Pressupostos*, *op. cit.*, p. 125) é da opinião que “(...) *nem pode dizer-se que, sendo previsível a impossibilitação no momento do contrato, o devedor fique responsável por ter assumido uma obrigação temerária. Tudo depende das circunstâncias*”.

Pelo contrário, grande parte da doutrina estrangeira da época (sobretudo francesa: cfr., por exemplo, RADOUANT, *Du Cas Fortuit et de la Force Majeure*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1920, p. 179; HENRI MAZEAUD / LÉON MAZEAUD, *Traité*, II, p. 451; e MORCOS, *Les Causes Légales d’Exonération de la Responsabilité Civil*, pp. 214 ss.) defendia que, tratando-se de um facto inevitável, mas que podia e devia ter sido previsto pelo devedor aquando da assunção da obrigação, este não se poderia eximir à responsabilidade com base no caso fortuito ou de força maior, justamente porque não deveria ter assumido temerariamente o

o devedor promete realizar uma prestação, concluirmos que o devedor *assumiu o risco* da verificação de um facto potencialmente impeditivo do cumprimento, facto esse que era *previsível* aquando da assunção da obrigação, então aquele comportamento de remoção deste facto *passa a integrar o próprio dever de prestar*.¹⁸³

No entanto, imaginemos que o mesmo facto – uma violentíssima tempestade – era previsível no momento em que o devedor, um armador, assumiu a obrigação de fazer a entrega de determinadas coisas antes de certa data; e que a sua ocorrência deixou de ser previsível antes de o devedor se lançar ao mar para proceder ao transporte, porque, por exemplo, os serviços meteorológicos davam agora como praticamente certo que a tempestade iria alterar o seu trajecto. Se, contra todas as mais recentes previsões, a tempestade acabar por efectivamente se materializar com o devedor em alto-mar, causando o naufrágio do navio, e impedindo o devedor de cumprir, deverá este

compromisso, quando era previsível que viesse a não poder cumprir, com o que concordamos. Aliás, nem é desejável um entendimento oposto. O devedor assumiu uma obrigação em função do comportamento devido, da diligência necessária ao seu cumprimento, e de impedimentos que, sendo estranhos à sua vontade, eram previsíveis.

Quanto a estes últimos impedimentos potenciais é de admitir que o devedor assumisse o risco da sua verificação, por dever saber ter de contar com – e conseqüentemente, dever ter de se preparar para – a possibilidade da sua verificação; mas o mesmo já não se pode afirmar no que toca os restantes impedimentos, que não eram previsíveis naquele momento, independentemente de um (ou alguns) destes vir a tornar-se previsível em momento posterior. Se o devedor pudesse e devesse ter sabido da certeza da verificação do impedimento – ou, mesmo que não pudesse e devesse ter sabido, houvesse tido conhecimento efectivo da certeza da verificação do facto (seja porque este já se estava a verificar, seja porque já teriam ocorrido outros factos de que ele inevitavelmente decorreria; isto é, que ele fosse notório) –, sem que fosse possível, em tempo útil, evitar a situação de incumprimento; neste caso, dizíamos, a impossibilidade continuaria a ser imputável, embora esta imputabilidade fosse originária.

¹⁸³ Cfr., a este propósito, PESSOA JORGE (*Ensaio sobre os Pressupostos*, *op. cit.*, pp. 125 e 126): “*Tudo depende das circunstâncias: se há a certeza da impossibilidade, o contrato é nulo, podendo uma das partes ser responsável se actuou com culpa in contrahendo; se não há a certeza mas a impossibilitação é previsível, pode ser que as partes tenham querido condicionar a eficácia do negócio à não ocorrência do facto impossibilitante, ou que tenham atribuído ao contrato carácter aleatório (cfr. por exemplo os arts. 880.º e 881.º do Cód. Civ.), ou que o devedor tenha querido assumir o risco, etc.*”. As circunstâncias de que o ilustre Jurista aqui fala são elementos de variada natureza, a que podemos – e devemos – recorrer no desempenho da tarefa interpretativa.

poder invocar a ocorrência de um caso fortuito e de força maior? *Parece-nos que não*. Já veremos porquê.

Suponhamos, agora, o oposto: que, no momento em que o armador assumiu a obrigação de entrega, a tormenta era imprevisível: as previsões meteorológicas não deixavam antever quaisquer dificuldades para o período entre a assunção da obrigação e a data até à qual a entrega deveria ser efectuada. Porém, imediatamente antes de o devedor se dispor a cumprir, as previsões foram radicalmente alteradas, no sentido de indicar a forte probabilidade de tempestade. Se o devedor se lançar ao mar e a tempestade acabar por efectivamente se materializar, causando o naufrágio do navio, e impedindo o devedor de cumprir, deverá este poder invocar a ocorrência de um caso fortuito e de força maior? *Parece-nos que não*.

Entende PESSOA JORGE que a “*imprevisibilidade reporta-se, sim, ao momento em que o devedor ou agente estava ainda em condições de evitar o incumprimento: a imprevisibilidade é ancilar da inevitabilidade*.”¹⁸⁴ Este momento em que o devedor “*estava ainda em condições de evitar o incumprimento*” corresponde ao momento em que o devedor se dispõe a cumprir, podendo ainda fazê-lo.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Ensaio sobre os Pressupostos, op. cit.*, p. 125. Parece haver alguma confusão nesta afirmação: por um lado, o Autor fala em “*devedor ou agente*”; por outro lado, refere-se a este estar ainda “*em condições de evitar o incumprimento*”, o que respeita apenas ao devedor.

¹⁸⁵ E se o facto, estranho à vontade do devedor e originariamente (no momento da constituição da obrigação) imprevisível, for supervenientemente previsível? O que dizer da intensidade dos esforços a aplicar para o afastar, agora que se tornou previsível?

Poderíamos afirmar que, uma vez previsível, será então exigível ao devedor que tenha em conta a possibilidade de verificação do facto inafastável e impeditivo do cumprimento, e que realize os actos necessários a evitar que o facto, caso venha a verificar-se, impeça efectivamente o cumprimento. Tudo se passando, portanto, como se o facto tivesse sido previsível logo aquando do momento em que o devedor assumiu a obrigação.

Poderíamos mesmo acrescentar que estes actos que visam evitar o impedimento previsível, e que se tornam determináveis, dada a sua previsibilidade, passam a fazer parte do objecto da obrigação. Como tal, o critério de diligência aplicável deveria ser o mesmo que aplicamos ao cumprimento: o da diligência normativa-objectiva.

Porém, esta conclusão é de rejeitar. Sim, é verdade que quando um facto se torna previsível e a sua verificação potencial é impeditiva do cumprimento é exigível do devedor a realização de actos que afastem aquele impedimento ao cumprimento, no caso de o facto se materializar (o

Há, no entanto, que exceptuar os casos em que o devedor tenha *assumido o risco*. E isso é o que nos parece suceder na primeira hipótese colocada no texto, uma vez que ele contratou quando se previa forte tempestade. A ser assim, torna-se *irrelevante* que, posteriormente, as previsões sejam outras quanto à tempestade.

Retomando o exemplo, se no momento em que o devedor se dispõe a cumprir há forte probabilidade de uma tempestade de tal intensidade que a entrega é irrealizável, então, se este obstáculo inamovível se materializar em termos de impedir a entrega, o comportamento do devedor é censurável por ter oferecido o cumprimento numa altura em que a sua impossibilidade era previsível. Deveria, por isso, ter esperado para oferecer o cumprimento num outro momento, em que não fosse previsível a ocorrência de impedimentos.

Pode suceder, claro, que o devedor haja esperado tanto para cumprir que já não tenha outra alternativa (por falta de tempo) que não a de oferecer o

depositário, ao saber da forte probabilidade de ocorrência de uma inundação na zona da cidade onde guardou a coisa depositada, deve precaver-se, retirando-a de lá).

Só que esta situação não é idêntica a outras em que o facto é previsível logo quando o devedor assume a obrigação. Neste caso o devedor sabe com o que contar; e factos imprevisíveis que mais tarde se tornam previsíveis não contam entre as representações do devedor aquando da emissão da declaração de vontade.

A prestação deve ser determinada, ou determinável, no momento em que a obrigação é constituída; não num momento posterior em que um facto passou de imprevisível a previsível. Aceitar que o objecto fosse alterado num momento posterior porque um facto se tornou previsível seria alterá-lo sem haver acordo entre credor e devedor.

Em suma: quando se torna previsível um facto que, a verificar-se, impede irremediavelmente o cumprimento, os actos que devem ser praticados com o intuito de afastar aquela possível ocorrência não integram o objecto da obrigação. Consequentemente, o critério de diligência aplicável não deve ser o mesmo que aplicamos ao cumprimento.

De resto, basta pensar num exemplo como o seguinte: suponhamos que o devedor é um conceituado cirurgião de uma especialidade e que, no decurso de uma intervenção cirúrgica, se apercebeu de uma complicação extremamente rara, altamente improvável e de que não tinha tomado conhecimento efectivo. Como essa complicação requeria conhecimentos de uma especialidade diferente, que não pôde chegar em tempo útil, o devedor não conseguiu efectuar a intervenção cirúrgica; isto é, não pôde cumprir. Deverá ser responsabilizado se, na posse dos conhecimentos necessários a resolver a complicação, relativos à outra especialidade, tivesse conseguido fazê-lo em tempo útil? Se o critério de diligência aplicável fosse o normativo-objectivo, o incumprimento do devedor seria culposos por não ter aplicado a diligência necessária, solução que nos parece um absurdo passível de entravar o comércio jurídico.

cumprimento, procedendo ao transporte das coisas, num momento em que é previsível a verificação a tempestade. Suponhamos que a data até à qual a entrega deveria ser efectuada correspondia a um termo absolutamente fixo; e que a tempestade violenta, embora imprevisível aquando da assunção da obrigação, era agora um facto previsível; e, ainda, que o devedor, como esperou até à última hora para realizar a prestação, já não podia esperar que a tempestade passasse (e não era possível fazer a entrega de outra forma que não por via marítima). Sendo este momento, em que o devedor se dispôs a cumprir, *o último momento em que ele ainda podia efectuar a entrega antes do prazo acordado* (ou seja, o último momento em que o devedor “*estava ainda em condições de evitar o incumprimento*”), então o devedor já não poderá invocar o caso fortuito ou de força maior, uma vez que este era previsível quando o comportamento foi oferecido.

Esta solução compreende-se: uma vez que a obrigação está sujeita a termo absolutamente fixo (seja pela natureza da prestação devida, seja por convenção entre credor e devedor), deve ser ao devedor que cabe suportar o risco de optar por cumprir, não num momento inicial, em que não se previa qualquer caso fortuito e de força maior, mas antes num momento posterior, em que tal facto já possa ser previsível, com a consequência, neste último caso, de já não poder invocar o caso fortuito e de força maior, se este efectivamente acabasse por se materializar.¹⁸⁶

IX – Se a previsibilidade de um facto depende do *quão provável* é a sua verificação, qual o *quantum* probabilístico a partir do qual o devemos ter por *previsível*? E com base em que critério determinaremos o ponto a partir do qual um impedimento se deve ter por *irremovível*?

¹⁸⁶ A não ser que a tempestade fosse previsível em todos os momentos em que a prestação podia ser oferecida pelo devedor; neste caso não poderia haver momento algum em que o devedor pudesse oferecer o cumprimento sem a forte probabilidade de ser impedido por um facto daqueles.

O ponto a partir do qual não é exigível maior intensidade de esforços ao devedor no sentido da previsão e remoção de impedimentos exteriores é função do critério de diligência a aplicar. Uma vez que ao dever de remover estes impedimentos ao cumprimento é aplicável, enquanto dever acessório, o critério puramente normativo da diligência, independentemente do critério aplicável ao dever de prestar, é a bitola do *bonus pater familias* que, em regra, deveremos ter presente.

É evidente que o Direito não nos fornece uma resposta contendo um valor preciso, ou uma fórmula que o permita obter. Em vez disso, e tendo em conta que é do conceito de culpa que continuamos a tratar, *deverá ser tido como previsível e afastável o facto que o devedor poderia e deveria ter previsto e afastado, na medida em que uma pessoa normal, aplicando esforços de intensidade média, em face das circunstâncias, o teria feito* (uma vez colocado na posição do devedor concreto).

A noção de imprevisibilidade também deve incluir os casos em que o facto, apesar de não ser previsível com base naquele critério, foi, no entanto, previsto pelo devedor em tempo útil, ou que este tomou, mesmo, conhecimento da certeza da sua verificação. Não pode deixar de ser tido como censurável o incumprimento por um devedor em virtude de um facto de que haja tomado efectivo conhecimento em tempo útil, embora fosse imprevisível para o homem médio.

Portanto, um impedimento é previsível sempre que um bom pai de família, colocado na posição do devedor concreto – com os conhecimentos deste –, se houvesse apercebido da possibilidade de verificação de um facto; e o esforço a aplicar na supressão do impedimento deve ser aquele que o *bonus pater familias*, mais uma vez, teria aplicado nesse sentido. Tudo o que nos permite afirmar, com GUILHERME MOREIRA, que “[o] conceito de inevitabilidade, que se torna necessário para determinar o caso fortuito, é portanto relativo, e parece-nos que podemos dizer, em relação ao

cumprimento das obrigações, que o caso fortuito se dá, logo que não há culpa. O caso fortuito significará assim a exclusão da culpa...e começará onde a culpa acaba. Estabelecidos os critérios para a determinação da culpa, delimitado o domínio desta, implicitamente se fixa o conceito do caso fortuito. Este tem portanto, em relação à culpa, carácter negativo”.^{187 188}

X – Fogo, inundação, doença: na medida em que não resultem de um comportamento do próprio devedor, todos estes acontecimentos constituem factos alheios à sua esfera de controlo.

No entanto, se previsíveis e afastáveis – de acordo com o critério do bom pai de família –, não deve o devedor poder invocá-los. Uma doença súbita do devedor é também um facto alheio à sua vontade, a não ser que a tenha ele próprio provocado. E, mesmo que não a tenha provocado, ela tem de ser imprevisível (imagine-se que o devedor sofre de uma doença cujos sintomas – impeditivos do cumprimento – ele sabe manifestarem-se regularmente) e inafastável (suponhamos que poderia ser curada – ou os sintomas eliminados –, tomando certos medicamentos que o devedor se recusa a tomar pela mera inconveniência de alguns dos seus efeitos secundários). Nestes casos o comportamento do devedor seria censurável, com base no critério do bom pai de família.

¹⁸⁷ *Instituições de Direito Civil – II, op. cit.*, p. 121. Não podemos perfilhar o parecer de PESSOA JORGE, que, em oposição a GUILHERME MOREIRA, considera que a posição deste resulta “(...) da assinalada confusão de planos entre a omissão do comportamento devido, quando este é definido em termos de diligência, e a culpa, concebida como ausência desta”, para depois ser ele próprio a cair nesse vício, ao confundir deveres da prestação com deveres acessórios. De resto, concordamos com a necessidade de impedir a confusão de planos.

¹⁸⁸ Cfr. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos, op. cit.*, p. 126. Como se vê, o conceito de caso fortuito e de força maior é um conceito normativo, e não naturalístico. Não é uma ideia de insuperabilidade de um facto que releva, por si só, mas antes a sua invencibilidade em relação ao cumprimento, por referência aos esforços e aptidões de um bom pai de família. E também não é uma noção estatística de probabilidades que enforma o requisito da previsibilidade, mas antes o critério do bom pai de família, em face das circunstâncias.

Se o devedor adoecer repentinamente, sem que nada indicasse a possibilidade de tal ocorrência em concreto, então o facto que o impede de cumprir é imprevisível e não lhe é atribuível, pois embora se trate de um facto que lhe diga respeito – a maleita afecta o corpo do devedor –, não resulta da sua vontade.¹⁸⁹ Se o devedor ficar repentinamente acamado porque sofre de uma doença crónica, cujos sintomas se manifestam regularmente, então o facto que o impede de cumprir continua a não lhe ser atribuível, mas pode ser previsível, dependendo dos elementos factuais do caso concreto.¹⁹⁰

Por último, se o devedor adoecer gravemente porque se contaminou de propósito, ou deixou contaminar, com um patógeno, então o facto que o impede de cumprir é-lhe atribuível.¹⁹¹ O caso fortuito e de força maior não pode ser voluntário – não pode ter sido causado –, ou seja, não pode resultar de um facto atribuível ao devedor.

¹⁸⁹ Cfr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil, II, op. cit.*, p. 121. Em vez do conceito de vontade, PAULO CUNHA (*Direito das Obrigações, II, op. cit.*, pp. 282 e 253) prefere antes o de “mundo moral”.

¹⁹⁰ Já se a doença crónica lhe for atribuível a configuração do problema torna-se mais duvidosa.

¹⁹¹ É necessário que se tenha contaminado com a finalidade de não cumprir? Não nos parece: necessário será que o facto “deixar-se contaminar” fosse enquanto impedimento ao cumprimento. Sendo-o, o incumprimento dele resultante será imputável ao devedor.

5 – A inexigibilidade de esforços do devedor por inexigibilidade dos sacrifícios resultantes; sequência

I – O devedor que promete a realização de uma prestação-resultado pode vincular-se – como frequentemente sucederá, sobretudo quanto a certas modalidades de prestação – a aplicar esforços com a intensidade necessária ao cumprimento desse dever de prestar: critério normativo-objectivo da diligência. Isso não implica, porém, e em princípio, que se comprometa a aplicar esforços com essa mesma intensidade no sentido do cumprimento do dever acessório (de manutenção da integridade da prestação) de remoção de impedimentos ao cumprimento, que sejam alheios à sua esfera de controlo. Enquanto dever acessório, é à diligência puramente normativa – correspondente, em regra, ao critério do bom pai de família – que se reporta a medida dos esforços exigíveis do devedor.

E quanto aos esforços para lá desta medida de intensidade que pode ser requerida do devedor? Poderemos considerá-los inexigíveis?

Verdadeiramente, não há esforços que sejam inexigíveis devido à sua intensidade; ou melhor, é sempre exigível a realização da prestação-resultado, e dos correspondentes actos em que esta se decompõe, independentemente de estes carecerem da aplicação de esforços de intensidade superior àquela com que o devedor tem de se conformar (corresponda esta ao critério do bom pai de família, ou a qualquer outro padrão legal ou convencional que imponha uma intensidade de esforços inferior à normativa-objectiva).

Não cumprindo, a conduta do devedor não deixa de ser ilícita, por violação de um dever de prestar, cujo objecto a diligência não integra; só que, se os seus esforços se tiverem conformado com a medida da diligência exigível, aquela conduta não será culposa. Esta ausência de culpa furta-o à obrigação de indemnizar o credor (a não ser nos casos de responsabilidade objectiva, como o que o n.º 1 do artigo 800.º prevê), mas não o desvincula.

O facto de a prestação não poder ser realizada através da aplicação da intensidade mínima dos esforços com que o devedor tem de se conformar também não torna a prestação impossível, pelo mesmo motivo: a medida da diligência não integra o objecto da prestação, a qual ainda pode ser realizada se o devedor aplicar esforços de intensidade superior.

II – Pode suceder, porém, que o devedor não seja capaz de aplicar aquela intensidade de esforços que lhe permitiria cumprir, por falta de aptidões; por exemplo, o cirurgião que, sobrestimando a tensão máxima dos esforços que as suas aptidões são capazes de produzir, se vincula a realizar uma intervenção cirúrgica que requer esforços de intensidade superior àquele valor máximo. É impossível ao devedor aplicar esforços para lá da sua diligência potencial, esta intensidade máxima de esforços que ele é capaz de produzir: nem concentrando todas as suas aptidões na prática dos actos necessários ao cumprimento o devedor seria capaz de os praticar. *Teremos então uma impossibilidade, mas não inexigibilidade.*

Cingindo-se à pessoa do devedor, a impossibilidade será subjectiva. Se a prestação for fungível, a impossibilidade subjectiva é irrelevante: o devedor terá de se fazer substituir por terceiro no cumprimento.¹⁹² Se a prestação for infungível, a obrigação extingue-se, uma vez que ninguém se pode substituir ao devedor para cumprir.¹⁹³ *Extinguindo-se a obrigação, torna-se evidentemente irrelevante a questão da sua exigibilidade.*

¹⁹² Podendo ser imputável ao credor o incumprimento definitivo resultante do facto de não se ter feito substituir quando podia e devia. Se tal substituição for extremamente onerosa, a impossibilidade é relativa, relevando no quadro do sacrifício patrimonial, a ver no capítulo seguinte.

¹⁹³ Trata-se de situações em que o credor aceita suportar o risco associado aos limites das aptidões do devedor (quando a infungibilidade é convencional ou natural), ou elas são-lhe impostas (quando a infungibilidade é legal), e em que, por isso, não merece protecção qualquer confiança do credor numa promessa implícita do devedor de aplicar a diligência

Neste último caso teremos de avaliar se a impossibilidade é imputável ao devedor. É-lhe censurável o facto de ter assumido uma obrigação para cujo cumprimento não dispunha das aptidões necessárias? A resposta depende de o devedor estar – ou dever estar – ciente da sua inaptidão.

Sempre que alguém assume uma obrigação deve apreciar o comportamento devido que constitui o seu objecto, bem como ter em atenção a sua maleabilidade em função das circunstâncias – tanto o quadro que destas existia no momento da constituição da obrigação, como a sua evolução posterior –, pelo menos *até certo ponto*. Todos estes factores contribuirão para determinar a prestação devida, ou, mais concretamente, os conjuntos de actos em que esta se decompõe, e, conseqüentemente, a intensidade dos esforços necessários ao cumprimento. Há censurabilidade na promessa de cumprimento de obrigações para as quais não se dispõe de capacidades, sempre que tal falta de aptidões fosse cognoscível ou afastável (por exemplo, porque a falta de aptidões resulta de uma doença que o devedor poderia curar com medicamentos, que ele recusa tomar por lhe causarem alguns efeitos secundários inconvenientes). Só que, mesmo essa cognoscibilidade e afastabilidade, dependem não só da atenção, cuidado e zelo do sujeito, como também de uma capacidade de discernimento que se estriba, desde logo, nas suas aptidões intelectuais. O que é o mesmo que afirmar que esta avaliação, por sua vez, depende ela própria, também, do *quantum* das aptidões do devedor.

Que critério aplicar? Parece-nos dever ser o puramente normativo: a falta de aptidões do devedor é um impedimento ao cumprimento, que, embora habitualmente não possa ser afastado, pode, pelo menos, ser conhecido – evitando a assunção de obrigações para as quais se não dispõe do *quantum* mínimo de aptidões –, e cujo desconhecimento é reprovável sempre que o devedor pudesse e devesse ter conhecimento das suas limitações, porque delas

necessária ao cumprimento – quando não lhe seja viável fazê-lo –, ou a fazer-se substituir por quem o faça, uma vez que esta última opção não é possível.

teria tido conhecimento o bom pai de família.¹⁹⁴ *Este juízo preexiste a qualquer dever de prestar e respectiva diligência exigível.*

Se for censurável, o negócio jurídico é nulo por impossibilidade originária da prestação, por facto imputável ao devedor. Se não for censurável, o negócio jurídico continua a ser nulo por impossibilidade originária da prestação, embora a falta de imputabilidade pareça eximir o devedor da aplicação do artigo 227.º.

III – Já se a falha não ocorrer no plano da diligência potencial, mas antes ao nível da diligência efectiva (esforços no sentido do planeamento e execução dos actos necessários ao cumprimento), o não cumprimento resulta de o devedor não ter aplicado os esforços em consonância com o critério de diligência, embora dispusesse das aptidões para o fazer.

O facto de não ter podido aplicar esforços com a intensidade exigível torna o incumprimento culposo, a não ser que se tenha devido a impedimento que não lhe seja imputável, *com base num critério puramente normativo.*

Também pode ter sucedido que a prestação tenha passado a exigir esforços com maior intensidade, ultrapassando aquilo de que o devedor é capaz, isto é, indo para lá das suas aptidões. Ela torna-se, assim, impossível.

Suponhamos que o mesmo cirurgião não sobrestimou as suas capacidades e competências, mas antes da data acordada para a intervenção cirúrgica sofreu um acidente vascular que o deixou diminuído. O devedor não pode realizar a obrigação, uma vez que o seu objecto requer a aplicação de esforços que aquele foi, mas já não é, não é capaz de produzir. Há uma situação de impossibilidade absoluta. Ou ficcionemos agora, num outro exemplo, que um cirurgião assumiu a obrigação de realizar uma intervenção

¹⁹⁴ E o sujeito com aptidões inferiores às do *bonus pater familias*? Como vimos, a culpa deve ser entendida como deficiência da conduta: o devedor deve conformar-se com o critério ou, não o podendo fazer, abster-se de arriscar a prática do acto.

cirúrgica para a qual dispunha das qualidades necessárias. No entanto, a evolução do quadro clínico do paciente tornou a intervenção muito mais complexa, requerendo aptidões intelectuais e psicológicas muito superiores, para lá da tensão das qualidades daquele cirurgião concreto.^{195 196}

Se a prestação for fungível, e, conseqüentemente, a impossibilidade for subjectiva, o devedor tem de fazer-se substituir por quem possa aplicar os esforços com a intensidade necessária ao cumprimento. Se a prestação for infungível, a prestação será objectivamente impossível.

Se o agravamento que tornou a prestação impossível para o devedor for imputável, ele será responsável perante o credor; caso contrário, a impossibilidade será não imputável, sem que lhe seja exigível indemnizar o credor.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Se um facto – causado pelo devedor ou não – alterar as suas aptidões e conhecimentos, a impossibilidade será ou não imputável, consoante resulte de comportamento culposo seu.

¹⁹⁶ O agravamento tem de ultrapassar sempre a diligência do bom pai de família? Ou basta que o agravamento concite a inaptidão do devedor para cumprir, independentemente de atingir ou ultrapassar aquela bitola? Depende do que tiver sido convencionado; porém, se tiver sido estipulado um critério normativo-objectivo, ou aplicando-se o critério do bom pai de família por falta daquele acordo, então a impossibilidade superveniente será imputável ao cirurgião, por não conseguir conformar os seus esforços com a medida de diligência aplicável.

¹⁹⁷ Havendo várias possíveis combinações de actos concretos através das quais a prestação devedora pode ser realizada, se, no plano da diligência necessária para praticar estes actos, a impossibilidade respeitar a um acto, ou actos, de uma ou algumas das combinações possíveis – mas não todas –, então a impossibilidade não pode relevar, na medida em que a prestação pode ainda ser realizada através de pelo menos uma combinação de actos materiais ou jurídicos e, conseqüentemente, através de uma combinação possível de qualidades do devedor, ou de terceiro no lugar do devedor.

Por exemplo, se o devedor tiver prometido entregar uma coisa, certa e determinada, ao credor, no domicílio deste, aquela prestação densifica-se numa série de actos precisos. Imaginemos que uma greve de transportes terrestres impede o devedor de proceder ao transporte da coisa por veículo de circulação terrestre. A impossibilidade de proceder à entrega por este meio não impede que o devedor a faça por via aérea ou marítima (desde que isso não acarrete onerosidade excessiva, o que, no entanto, constitui um problema próprio de sacrifício patrimonial). Ou imaginemos que não há greve, mas antes manifestações e motins violentos, que impedem a circulação, com segurança, pelas vias terrestres. Neste caso, o devedor poderia ele próprio proceder à entrega, ou fazer-se substituir por terceiro. No entanto, esta situação poderia implicar um sacrifício inexigível – uma aplicação excessiva de zelo e cuidado, que põe em causa o aproveitamento de bens de natureza não patrimonial (neste caso referentes à personalidade). Porém, também aqui, o devedor dispunha da opção por um de outros

Em síntese, diremos que os esforços, *no sentido do cumprimento*, são sempre exigíveis, *mesmo para lá da medida de diligência requerida por lei ou convenção*, caso esta diligência seja inferior à normativa-objectiva, isto é, à diligência necessária para cumprir. *O devedor continua a ter de cumprir*. Só quando os esforços ultrapassarem a diligência potencial ou efectiva do devedor é que deixam de poder ser exigidos, *porque nada há para exigir: a obrigação extinguiu-se por impossibilidade* (caso esta seja absoluta, objectiva e definitiva¹⁹⁸).

IV – Há porém casos em que a concreta medida da intensidade dos esforços é *indirectamente inexigível*, porque o devedor, embora sujeito à diligência normativa-objectiva, e embora consiga aplicar esforços em conformidade com esse critério, *não o pode fazer sem suportar um sacrificio pessoal ou patrimonial, para lá do que o Direito tem por aceitável*. Em alguns destes casos, *aí sim, os esforços são inexigíveis porque se verteriam na prática de actos que pressupõem sacrificios que o credor não pode exigir*.

Em situações semelhantes a esta não são os *esforços* em si que não podem ser exigidos (isto é, a medida da diligência de que aqueles dependem, ou, mais precisamente, a prestação devida e suas circunstâncias, das quais depende o grau de diligência), mas antes o *sacrificio* que a aplicação daqueles esforços impõe ao devedor. Falar em *esforços excessivos mais não é, portanto, do que uma metonímia para referir a inexigibilidade dos sacrificios subjacentes*.

conjuntos de actos aptos a desembocar no cumprimento; ou seja, também aqui o devedor poderia proceder à entrega por outra via que não a terrestre.

¹⁹⁸ O decréscimo de aptidões do devedor, bem como o acréscimo de esforços requeridos pelo critério de diligência face à conformação da prestação debitória, podem ser temporários, caso em que temporária será também a impossibilidade.

V – Logo na introdução deste estudo expusemos a diferença fundamental entre esforços e sacrifícios:

Um *esforço* é um dispêndio de energia, que resulta do emprego de aptidões do próprio devedor, aptidões que o devedor continuará a manter. *Há um fazer.*

Um *sacrifício* implica abdicar de algo próprio – um direito real sobre uma coisa; um *quantum* de pecúnia; um certo exercício de um direito de personalidade – o que empobrece o conjunto das relações jurídicas de que o devedor é titular. São vantagens de que se abre mão, ou que deixam de poder ser obtidas, tenham ou não valor patrimonial. Implica um prejuízo, seja qual for a sua natureza. Há um impacto negativo na esfera jurídica do devedor. *Há um tolerar.*

Consoante o que é tolerado, os sacrifícios podem ser patrimoniais ou pessoais.

Será *patrimonial* o sacrifício que respeite a prejuízos de natureza patrimonial que o devedor tem de suportar para poder cumprir.

Será *pessoal* sempre que atinja bens de natureza não patrimonial do devedor, *maxime* o exercício dos direitos de personalidade de que são objecto. Nestes casos o cumprimento implica uma restrição destes direitos subjectivos.

Há ainda um caso especial que abordaremos, em que o sacrifício em causa não é imposto ao devedor, *mas aos seus credores*, titulares activos de diferentes relações creditórias que têm aquele devedor em comum. Este sacrifício não tem de ser de medida excessiva¹⁹⁹ (nem o deve ser, como veremos, sob pena de estar sujeito à aplicação do artigo 793.º) e é tratado no

¹⁹⁹ Também vimos, na introdução, que quando falamos em sacrifício inexigível fazemo-lo independentemente da sua excessividade; esta não é condição necessária daquela, embora seja habitual a sua coabitação.

mesmo capítulo que os sacrifícios pessoais – embora com respeito pelas suas especificidades – por ambas as situações clamarem pela aplicação do mesmo instituto.

Acentuando: esforços inexigíveis são aqueles cuja intensidade ultrapassa a da medida de diligência exigível. Os actos em que eles se vertem não têm, portanto, de ser praticados pelo devedor. Só que *não é por causa dos esforços que eles não têm de ser realizados, mas por causa dos sacrifícios que requer a prática do acto para a qual os esforços são aplicados.*

VI – Se o *quantum* mínimo da intensidade dos esforços, requeridos pela diligência normativa-objectiva, implicar que o devedor tolere um sacrifício juridicamente intolerável, então não é possível reduzir a intensidade do sacrifício – de modo a que este deixe de ser intolerável –, *ceteris paribus*, sem diminuir também a intensidade dos esforços a aplicar. O problema é que esta diminuição de intensidade dos esforços necessários ao cumprimento fará com que a intensidade desça a um nível inferior àquele mínimo necessário à prática dos actos sem os quais não há cumprimento; ou seja, a eliminação da inexigibilidade dos sacrifícios levaria ao incumprimento. O que significa que o sacrifício inexigível, quando resultante da intensidade dos esforços a aplicar pelo devedor, constitui um impedimento legal ao cumprimento.

Um sacrifício é um impedimento que resulta de um facto do próprio devedor: a prática de actos no sentido do cumprimento. Fará parte do dever de prestar suportá-lo, com as respectivas consequências, ao nível do critério de diligência? Não. Este impedimento distingue-se dos outros que também são atribuíveis ao devedor, pois não é removível sem gerar uma medida inexigível de sacrifício. Há uma *colisão* entre normas que impõem limites aos sacrifícios (algumas delas imperativas, no caso dos sacrifícios pessoais) e a vontade das

partes, vazada na conformação do dever de prestar. Se estas normas não tiverem sido derogadas – se o puderem ser –, o devedor não tem de prestar.

A intensidade mínima dos esforços a aplicar no cumprimento de um dever é fixada pelo conteúdo assumido, em concreto, e pela medida de diligência.

A intensidade máxima do sacrifício a suportar pelo devedor é fixada por um complexo de normas, dependendo o regime concreto da natureza patrimonial ou pessoal do sacrifício em causa.

VII – Os conceitos de esforço e de sacrifício não se encontram necessariamente ligados: *o sacrifício pode decorrer dos esforços que é necessário aplicar para cumprir; como também pode decorrer de diversos outros elementos*, em cuja conformação os esforços não influem (pelo contrário, estes são por eles moldados).

Não faria sentido, por isso, delimitar o *quantum* do sacrifício nos mesmos termos em que ele é fixada para os esforços. Mesmo nos casos em que o sacrifício decorre dos esforços, continuaria sem haver razão para essa extensão; são conceitos com uma compreensão distinta.

A medida dos sacrifícios que o devedor tem de suportar pode depender de mais do que um elemento: pode depender do devedor, do credor, do objecto imediato do dever, do objecto mediato, ou de quaisquer outras circunstâncias relevantes, que modelam a prestação.

Por vezes os sacrifícios dependem directamente destes elementos; noutros casos resultam do facto de a conformação destes afectar a intensidade dos esforços requeridos, o que se repercute, por sua vez, no *quantum* do sacrifício. Como já vimos, nestes casos em que o sacrifício, pessoal ou patrimonial, depende da intensidade dos esforços a aplicar, um aumento ou

diminuição destes pode repercutir-se de forma directamente proporcional no sacrifício a suportar.

Numa obrigação de *facere* o sacrifício patrimonial pode decorrer de elementos como o objecto imediato, quando, por exemplo, este se torna muito mais valioso porque o comportamento devido foi alterado, de tal modo que os esforços necessários para o realizar são agora muito superiores e requerem aptidões intelectuais, ou físicas, etc., extraordinárias. *Não são os esforços que se tornaram mais valiosos, mas antes a prestação em que eles são vertidos.* Tanto assim é que, se o devedor não puder – ou não quiser – aplicar estes esforços de intensidade agravada, terá de se fazer substituir por um terceiro (caso o possa fazer), o que implicará uma despesa superior àquela que teria tido se os esforços não tivessem sofrido um agravamento. O devedor passa a ter de realizar uma prestação mais valiosa, o que pode desequilibrar profundamente a economia do negócio jurídico.

Em alternativa, uma alteração nos actos a praticar no sentido do cumprimento, ao implicar um agravamento dos esforços, *pode exigir agora a aquisição de meios dispendiosos* (por exemplo, equipamento de submersão para ir buscar o anel que caiu ao fundo de um lago), desnecessários antes daquele agravamento.

As obrigações de prestação de facto positivo são também solo fértil de sacrifícios pessoais, por o objecto imediato requerer uma compressão dos direitos de personalidade do devedor: imaginemos que o organizador de um recital de piano quer alterar a data do espectáculo para a noite de Sexta-feira, e que o pianista, judeu ortodoxo, se recusa a prestar por tal o impedir de observar o Sábado; ou que o seu filho adoeceu gravemente e o pianista pretende passar a noite com ele.

Já nas obrigações de entrega de coisa, os sacrifícios são sobretudo patrimoniais e estão associados principalmente ao objecto mediato: que, por

exemplo, se tornou muito mais valioso do que aquilo que o devedor recebe em troca (ou esta contraprestação é que se tornou muito menos valiosa), subvertendo o equilíbrio contratual que as partes haviam estabelecido. Neste caso o sacrifício nada deve ao comportamento devido (o objecto imediato) – a entrega –, que não varia.

Nada impede que também possa estar em causa um acréscimo de sacrifícios – patrimoniais ou pessoais – decorrentes da própria entrega, enquanto comportamento de *facere*, nos termos que vimos para este.

Mesmo numa obrigação pecuniária as partes podem ter colocado o acento tónico no comportamento da entrega de *pecunia*, de tal modo que deste *facere* decorrem sacrifícios pessoais ou patrimoniais. A título de ilustração, imaginemos que o pagamento deveria ser efectuado em dinheiro, sujeito a termo absolutamente fixo, e num determinado local, o domicílio do credor. Sucede que, devido a um terramoto, este domicílio ficou isolado, e os esforços no sentido da entrega só podem ser aplicados com recurso a meios extremamente dispendiosos: por exemplo, o aluguer de um helicóptero.

Quanto às prestações de *non facere* e de *pati*, não está em causa uma actividade, mas antes uma inactividade: *o devedor tem de não realizar um determinado comportamento*. A diligência não pode encontrar ponto de referência na prestação debitória, dado que esta constitui um nada fazer, o qual não implica esforço; não implica um dispêndio de energia, antes uma apatia. *Falar em esforços seria inútil; falamos, antes, em sacrifícios*.

Por exemplo, após abandonar o seu posto de trabalho, o devedor vinculou-se a não exercer actividade idêntica no país inteiro durante trinta anos. O que o devedor prometeu foi um concreto não exercício de um direito próprio – ao trabalho e à iniciativa económica. Há uma renúncia, uma abdicação, quanto a certos comportamentos que o Direito autoriza o devedor a realizar.

Esta renúncia a um concreto exercício de um direito subjectivo de que o devedor é titular activo implica um *sacrifício* ao nível da sua personalidade: um sacrifício pessoal.²⁰⁰ É esta renúncia que pode ser inexigível.

Trata-se, portanto, de um problema de constrição de um direito próprio, cujo exercício colidiria com o exercício do direito de crédito. É a inexigibilidade desta renúncia que justifica (enquanto causa de exclusão da ilicitude, como veremos) o não cumprimento por parte do devedor – ou não cumprir em termos de ter de tolerar tal medida de sacrifício –, e não qualquer medida colossal de “diligência” que o cumprimento do dever de omissão implicasse.

VIII – A eventualidade – conhecida, cognoscível, imprevisível – de os esforços exigíveis implicarem sacrifícios volumosos e inesperados – ou não – é algo que qualquer devedor deve ter de suportar, *pelo menos até certo ponto*: do mesmo modo que o devedor beneficiaria se a tensão da diligência necessária passasse a ser menor, e também os sacrifícios correspondentes, então igualmente deverá ter de arcar com os sacrifícios correspondentes a o grau daquela tensão transitar no sentido oposto.

Que ponto é aquele? Desde logo, depende de o sacrifício poder ser pessoal ou patrimonial. Vamos por isso derramar (ténue) luz, sobre cada uma destas modalidades de sacrifício, nos capítulos que se seguem.

²⁰⁰ Dependendo do direito em causa, pode haver *também* um sacrifício patrimonial, associado ao valor patrimonial que o exercício daquele direito poderia ter em matéria de lucros cessantes, ao repercutir-se o não exercício do direito próprio na esfera patrimonial do devedor.

§2: Os sacrifícios exigíveis do devedor

[An] exception to the doctrine that individuals are the best judges of their own interest, is when an individual attempts to decide irrevocably now what will be best for his interest at some future and distant times. The presumption in favour of individual judgment is only legitimate, where the judgment is grounded on actual, and especially on present, personal experience; not where it is formed antecedently to experience, and not suffered to be reversed even after experience has condemned it. When persons have bound themselves by a contract, not simply to do some one thing, but to continue doing something (...) for a prolonged period, without any power of revoking the engagement (...) [any] presumption which can be grounded on their having voluntarily entered into the contract (...) is commonly next to null.

JOHN STUART MILL²⁰¹

A man may be said to have lost a shilling when he had dropped it in deep water, though it might be possible by some very expensive contrivance to recover it.

MAULE J.²⁰²

²⁰¹ *Principles of Political Economy with Some of their Application to Social Philosophy*, 7.^a ed., Longmans, Green, Reader & Dyer, Londres, 1871, livro 5, capítulo 11, §10.

²⁰² *Moss v. Smith*, (1850) 9 C.B. 94, p. 103.

Capítulo II – O sacrifício patrimonial

Sumário: 1 – Enquadramento; 2 – A usura; 2.1. – Raízes históricas; 2.2.–Alteridade geográfica dos fundamentos, similitude dos resultados; 2.3. – O regime pátrio actual; 2.3.1. – Situação de inferioridade; 2.3.2. – Exploração da situação de inferioridade; 2.3.3. – Concessão de benefícios excessivos ou injustificados; 2.3.4.– Sanção: semelhanças com a alteração das circunstâncias e remissão; 3 – Alteração das circunstâncias; 3.1. – Noção; 3.2. – Enquadramento espacial e temporal; 3.3. – Condições de relevância: os requisitos do n.º 1 do artigo 437.º; 3.3.1. – Representações que constituam a base do negócio; 3.3.2. – Anormalidade da alteração; 3.3.3. – Os riscos próprios do contrato; 3.3.4. – A boa fé; 3.4. – Sanção: exigibilidade; modificação e resolução do negócio jurídico; 4 – Erro-vício; 4.1. – Enquadramento espacial e temporal; 4.2. – Noção; condições gerais de relevância do erro; 4.3. – Condições especiais de relevância do erro; 4.3.1. – Erro sobre o objecto e erro sobre o declaratório; 4.3.2. – Erro sobre os motivos; 4.4. – Tensões entre o erro sobre a base do negócio e a alteração das circunstâncias; 4.4.1. – Delimitação dos respectivos âmbitos de aplicação; 4.4.2. – Sanção; 4.5. – Erro incidental: base normativa

1 – Enquadramento

I – O famoso exemplo do anel, apresentado por PHILIPP HECK,²⁰³ deve ser enquadrado enquanto um problema de sacrifício patrimonial, e não de esforço: o devedor até terá a diligência necessária para realizar a prestação; o que sucede é que tal cumprimento lhe exige que tolere um sacrifício

²⁰³ Que GUENTER TREITEL (*Frustration and Force Majeure*, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2014, p. 259, nota 25) parece atribuir, erradamente, a KARL LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, Band 1 (Allgemeiner Teil), 14.^a ed., Beck, Munique, 1987, p. 99). No entanto, é possível que, dadas as semelhanças, o próprio HECK se haja baseado na conhecida afirmação de MAULE J., que deixámos em destaque à cabeça deste capítulo, e que o precede cronologicamente.

patrimonial para lá do que o sistema jurídico tem por tolerável. Ou seja, o devedor estará disponível para recuperar o ânulo do fundo do lago – mas isso implica um sacrifício para lá do que razoavelmente o sistema jurídico lhe exige.

Não se pode afirmar que este sacrifício seja computável entre os esforços imanentes ao conceito de diligência. Desde logo, porque, se o fizéssemos, e a contraprestação fosse alterada para acompanhar este agravamento (ou, não havendo contraprestação, ela passasse a existir, no sentido de mitigar o sacrifício), o sacrifício patrimonial do devedor seria eliminado e este deixaria de ter incentivos para não querer realizar a prestação devedora; *o que nos conduziria a retirar a conclusão absurda de que o devedor teria ou não diligência consoante o valor da contraprestação.*

II – *Por um lado, um aumento dos esforços necessários ao cumprimento pode não corresponder a um aumento dos sacrifícios patrimoniais:* a título ilustrativo, o agravamento da tensão dos esforços necessários ao cumprimento, no plano das qualidades emocionais e físicas, não tem valor patrimonial; não torna a prestação patrimonialmente mais onerosa.²⁰⁴

Por outro lado, um aumento da onerosidade pode não ser acompanhado de um aumento dos esforços necessários: se uma alteração das circunstâncias tornar o objecto mediato de uma obrigação de entrega muito mais valioso do que aquilo que o devedor recebe em troca, aumenta o *sacrifício* patrimonial a cargo do devedor, sem que o mesmo suceda com o *esforço* a ele associado, uma vez que o comportamento devido (o objecto imediato da obrigação) – a entrega – não varia.

²⁰⁴ Por exemplo, os esforços tornam-se fisicamente mais exigentes do devedor; ou o devedor tem de abdicar de ver um recital do filho para poder cumprir.

III – A excessividade (enquanto enormidade) do sacrifício patrimonial também não acompanha o conceito de inexigibilidade, da qual *não é condição, nem necessária, nem suficiente, da obrigação*: da mesma forma que existem situações em que há obrigações inexigíveis sem qualquer sacrifício patrimonial – excessivo ou não – concomitante (pensemos nas situações de sacrifício pessoal que veremos no capítulo seguinte), assim também há outros casos em que o sacrifício patrimonial excessivo pode ter de ser suportado pelo devedor, caso este sacrifício não surja acompanhado de outros elementos.²⁰⁵

Acrescentaríamos mesmo: *não está em causa uma questão de mera existência de uma pura laesio enormis*, em que, determinado um *quantum* a partir da qual o sacrifício seria juridicamente inaceitável, não poderia a obrigação ser exigida pelo seu credor. Ou, por outras palavras: *abstraindo de situações específicas de âmbito limitado, a excessividade do sacrifício patrimonial não releva em termos da exigibilidade da obrigação correspondente*.

Quando muito, *e continuando no plano das regras gerais*, a excessividade do sacrifício patrimonial *pode contribuir* para um quadro jurídico em que o sistema *permite ao devedor desvincular-se, ou suscitar a alteração do conteúdo do negócio*; mas, mesmo aqui, a excessividade não é condição necessária (basta pensar no erro-vício incidental, como veremos), nem suficiente (quando a excessividade releva, enquanto pressuposto necessário, *não é por si só*, mas em conjunto com a verificação simultânea de outros elementos).

Se uma pessoa vende uma quinta a outra por um décimo do seu valor de mercado, este facto, *por si só*, é irrelevante – *ou será mesmo?*²⁰⁶ –, pese

²⁰⁵ Ao contrário do que sucede nos casos em que o sacrifício é pessoal, como veremos.

²⁰⁶ Num caso francês, com idade já avançada, um credor cedeu por 1.500 francos um crédito que valia 60.000 francos, o que levou o tribunal a afirmar que ninguém, no seu perfeito juízo, faria tal coisa. No entanto, sentiu-se a necessidade de mostrar que, de facto, o cedente se

embora o sacrifício colossal que o cumprimento contratual impõe ao vendedor, que receberá algo que vale 10% do direito de propriedade que transmite.

Assim é porque o Direito *não concede ao devedor uma pura e simples faculdade de voltar atrás, de se libertar – sem quaisquer requisitos adicionais – de uma obrigação que simplesmente passou a ser, ou sempre lhe foi, calamitosamente desvantajosa.*

Como afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “[o] Direito não procura uma igualdade negocial absoluta como regra: basta ver que admite a figura dos negócios gratuitos”.²⁰⁷

IV – *Quando a excessividade releva, em conjunto com outros pressupostos, ela não pode ser relativa, ou seja, não importa a situação em que o cumprimento deixará o património do devedor, que pode ficar na penúria.*

A *falta de meios económicos* não é liberatória,²⁰⁸ nem constitui verdadeiramente um problema de sacrifício porque considera principalmente a situação em que o devedor ficará se tiver de cumprir, independentemente de outros elementos – desde logo, da equivalência prestacional, nos contratos sinalagmáticos. A manutenção da relação obrigacional seria função da

encontrava numa situação de inferioridade (emocional), tendo um perito relatado que ele se teria encontrado num estado de depressão. Cfr. *Ac. Courd’Appel, Douai*, in “Jurisprudence de la Cour d’Appel de Douai”, 1930, 183.

²⁰⁷ *Da Boa Fé*, vol. 1, *op. cit.*, p. 651.

²⁰⁸ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Anot. Ac. STJ de 7/10/1982*, in RLJ, ano 119, n.ºs 3742 a 3753, 1986-1987, pp. 172 a 179 (p. 177); JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Incumprimento e Responsabilidade Civil*, in ID., “Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)”, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 97 a 120 (p. 106): “(...) o devedor, enquanto tiver bens, [tem] de cumprir toda a prestação devida, ainda que isso signifique cair na miséria (e na dos seus). Não goza, o devedor, do chamado beneficium competentiae ou ne egeant, isto é, da possibilidade de obter a redução da dívida quando o seu integral cumprimento o deixe em miserável situação económica (...)”; e MANFRED LÖWISCH / GEORG CASPERS, *Staudinger*, II, 2009, p. 282.

situação patrimonial do devedor concreto, o que conduziria ao absurdo de um sacrifício patrimonial ser inoportuno quando o seu *quantum* é superior ao do património de um devedor pobre, e oportuno quando é inferior ao património de um devedor rico, com consequências extremamente perniciosas ao nível da segurança jurídica,²⁰⁹ convidativas à fraude.

A excessividade do sacrifício em causa deve ser objectiva – independente da situação patrimonial do devedor – para ser relevante.

De resto, a excessividade subjectiva já é tratada pela lei processual, no que tange às impenhorabilidades – matéria relacionada com a garantia da obrigação, e não com o cumprimento em si.²¹⁰

V – Do exposto retiramos essencialmente que no sacrifício patrimonial *há casos em que a enormidade do seu quantum objectivo não é suficiente para facultar ao devedor a opção pela modificação ou extinção da relação jurídica, e outros casos em que é irrelevante para os mesmos efeitos*. Estas observações iniciais vão moldar o modo como abordamos o problema do *limite do sacrifício patrimonial*.

É que, em termos gerais, o problema é simples, pelo menos na sua colocação, ainda que não na sua resolução: *a realização da prestação representa um sacrifício patrimonial (possivelmente) colossal, de que o devedor não se apercebera, ou cuja possibilidade de ocorrência o devedor não havia tomado em consideração, ou que lhe foi imposto pelo declaratório, ao aproveitar uma sua inferioridade*.

²⁰⁹ Para uma clara exposição sobre a segurança e a certeza jurídica, enquanto exigências do Direito em constante tensão com a Justiça, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 55 a 59.

²¹⁰ Sobre as impenhorabilidades, em geral, cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 236 ss.; RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 517 ss.; FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 203 ss.; e a obra clássica de JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. 3, AAFDL, Lisboa, 2012 (reimp.), pp. 203 ss.

Em todas estas situações há uma linha-mestra em comum: “(...) a ideia de que existe um limite para as vantagens que, por via negocial, se possam obter à custa de outrem, corresponde a um sentimento profundo da alma humana, que não pode deixar de se repercutir na Ciência do Direito”.²¹¹ “O contrato, transformado transitoriamente em arena de egoísmos, tinha de voltar a ser o que sempre fora – a sede da justiça comutativa”,²¹² pois “[v]erdadeira justiça só será a que se recusa a cobrir com o equilíbrio aparente das justificações formais as verdadeiras injustiças dos desequilíbrios reais”.²¹³

2 – A usura

2.1. – Raízes históricas

I – Começamos pela última destas situações, na qual o devedor é sujeito a enorme sacrifício patrimonial porque, quando emitiu a declaração de vontade que o vincula, encontrava-se numa situação de inferioridade, incapaz de se proteger do ascendente de um declaratário que a explorou.²¹⁴

Estes casos são hoje regulados pelo artigo 282.º, um preceito pleno de conceitos indeterminados, de cuja densificação a jurisprudência tradicionalmente se esquiva. Não podendo nós seguir esse mesmo caminho, teremos então de recolher elementos auxiliares nos sistemas jurídicos de

²¹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 475.

²¹² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Aspcctos Comuns aos Vários Contratos*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, vol. VII, 1950, p. 244.

²¹³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto-Questão-de-Direito*, 1967, p. 508.

²¹⁴ Há outras situações em que o devedor não tem esta alternativa, mas o sacrifício patrimonial não é por elas considerado como elemento relevante.

outros tempos e espaços. Desde logo, temos de compreender a *laesio enormis*, na forma como esta era perspectivada no seu gérmen histórico, bem como das alterações que lhe foram sendo feitas e dos elementos que lhe foram adicionados em combinação, ao longo da inexorável marcha do tempo.²¹⁵

O conceito de “*laesio enormis*” corresponde a um sacrifício patrimonial que, por ir para além de certa medida, o Direito entende poder não ter de ser suportado pelo devedor. A *laesio* surge, por isso, enquadrada em regras jurídicas que actuam sobre a discrepância entre o valor das prestações num contrato bilateral, determinando em que termos esta deixa de ser aceitável para o Direito. Tradicionalmente fá-lo através da fixação de uma razão entre os valores de ambas as prestações, para lá da qual a diferença permitiria ao devedor desvincular-se – ou, pelo menos, ficar sujeito a termos para cá do limite do aceitável. *A ideia basilar é a de que em semelhantes casos o desequilíbrio seria tal que o estipulado não seria justo.*

Esta justiça seria a *justiça comutativa*, desentranhada dos trabalhos de ARISTÓTELES, mais concretamente na sua *Ética a Nicómaco*,²¹⁶ em que ela é marcadamente distinguida da justiça distributiva. Enquanto esta se ocuparia da distribuição inicial de bens pelos cidadãos, dependendo o resultado de tal distribuição do regime político vigente, uma vez feita esta distribuição, a justiça comutativa preocupar-se-ia com a manutenção do *statu quo*²¹⁷ desta repartição, de forma a impedir a diminuição *injustificada* da fatia, de que cada

²¹⁵ Aliás, o próprio artigo 282.º foi sujeito a alterações, como veremos.

²¹⁶ Existem numerosas edições deste trabalho; usámos a seguinte edição bilingue: ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics* (trad. inglesa de H. Rackham), 2.ª ed., Harvard University Press, Cambridge (MA), 1934.

²¹⁷ É habitual o recurso à expressão “*status quo*”, em lugar da que deixámos em texto. Tal hábito é incorrecto (a não ser que a generalização do seu emprego a haja sanado). A expressão completa é “*in statu quo res erant ante bellum*” (“*no estado em que as coisas se encontravam antes da guerra*”). E compreende-se: “*statu*”, substantivo masculino, encontra-se no ablativo singular por fazer parte de um complemento circunstancial de lugar; como “*quo*” se refere a “*statu*”, também se encontra no ablativo singular (masculino, embora o neutro também seja “*quo*”) de “*qui, quae, quod*”. Uma vez que “*status*” pertence à quarta declinação (“*status, -us*”), a desinência a empregar no ablativo singular é “*u*”; daí “*statu*”.

cidadão goza, em benefício de outro, nomeadamente dando mais do que aquilo que recebe. A importância das concepções aristotélicas de justiça, mormente de justiça comutativa, haveriam de relevar mais tarde, influenciando decisivamente a evolução do entendimento da *laesio*.

O conceito de *laesio* (já não o de “*laesio enormis*”, que seria cunhado mais tarde) foi estribado em dois textos do *Corpus Iuris Civilis*, que o pensamento jurídico posterior generalizaria. O primeiro destes textos, o mais conhecido e relevante, corresponde a uma norma de que o *Codex* nos dá conta: “*Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*”.²¹⁸

²¹⁸ C. 4, 44, 2 (“*Se tu ou o teu pai – caso sejas menor – venderem a quinta por um preço menor [que o que ela vale], é justo, ou que o comprador te restitua o preço da quinta vendida, mediante a autoridade do juiz intercedente, ou que, se o comprador preferir, que este pague, e tu recebas, um preço justo. Mas o preço deve ser tido como baixo, se nem for paga a metade do preço verdadeiro.*”).

A fórmula do outro texto, mais perifrástica – cuja parte final deve ser acentuada –, pode ser encontrada em C. 4, 44, 8: “*Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex caliditate atque insidia emptoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emptor vilior comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones paulatim venditore de eo, quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda*”

(“*Se por tua vontade o teu filho vender a quinta, devem ser invocados dolo e deslealdade do comprador, ou ser demonstrado medo de morte iminente ou de tortura física iminente, para que a venda não seja ratificada. Na verdade, este é o único meio de mostrares que é inválido o menor preço da quinta vendida, para que deva ser rescindida a venda. É evidente que se tivesses contemplado o conteúdo do contrato de compra e venda, e contemplado que o comprador vai comparar com o que é mais barato e que o vendedor vai vender mais caro, para chegarem a acordo quanto a este contrato; e contemplado que, com dificuldades, depois de muitas discussões entre o vendedor que baixara o preço, e o comprador que aumentara o*

Como o texto indica, trata-se da situação específica de um contrato de compra e venda, que tem por objecto um prédio rústico (“*fundus*”), por um preço que é inferior à metade do “preço justo”.²¹⁹ Concede-se, então, ao vendedor o direito de, pela via judicial (“*auctoritate iudicis intercedente*”), exigir a restituição da coisa vendida, embora o comprador possa opor-se mediante o pagamento da diferença entre o que pagou e o valor real da coisa (ou seja, pagando o “*iustum pretium*”), repondo assim o equilíbrio prestacional.^{220 221}

que oferecera, para que acordem num certo preço; verdadeiramente não compreendeste, nem a boa fé que protege o acordo de compra e venda, nem, por causa deste consenso, qualquer razão de sofrer que o contrato seja extinto, seja imediatamente, seja após discussão sobre o montante do preço: a não ser que seja pago menos de metade do preço que fora justo ao tempo da venda, deve ser cumprida a escolha feita pelo comprador“.

²¹⁹ “*Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*” (numa tradução não literal: “o preço mínimo parece ser a metade do preço verdadeiro”).

²²⁰ Fora casos desta guisa, o *Corpus Iuris Civilis* comprova a liberdade de os devedores fixarem os termos dos seus pactos, nomeadamente quanto às prestações pecuniárias. Assim é com PAULO, D, 19, 2, 22, 3 (“*in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris vendere et ita invicem se circumvenire, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*”; “*tal como na compra e venda é naturalmente permitido outro vender por mais [do que a coisa vale] e assim levar a melhor sobre o outro, o mesmo também é juridicamente permitido nas prestações de serviço*” [sobre o contrato da *locatio-conductio* no direito romano, e o seu desenvolvimento ao longo do tempo, cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15 a 140]), e com ULPIANO, D, 4, 4, 16, 4 (“*Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*”; “*Pomponio diz ser natural permitir aos contraentes levarem a melhor, um sobre o outro, quanto preço da compra e venda*”). O advérbio “*naturaliter*” (“naturalmente”) reforça a certeza deste Autores quanto às suas afirmações.

²²¹ Seria nesta regra do *Codex* que o romanismo posterior descobriria a *laesio enormis* (expressão atribuída ao glosador HUGOLINUS, pertencente à Escola de Bolonha; cfr. HERMANN LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter, I – Die Glossatoren*, 1997, pp. 271 a 278), que acabaria por constituir fundamento para a resolução do contrato. Cfr. ALESSANDRO PICCIRILLO, *Rescissione (Diritto Romano)*, in NssDI, XV, 1968, pp. 573 a 579; WOLFGANG GEORG SCHULTZE, *Die Laesio Enormis in der Deutschen Privatrechtsgeschichte*, 1973, pp. 4 ss.; KLAUS RÜHLE, *Das Wucherverbot. Effektiver Schutz des Verbrauchers vor Überhöhten Preissen?*, 1978, pp. 25 ss.; THEO MAYER-MALY, *Renaissance der Laesio Enormis?*, in FS Larenz 80., 1983, pp. 395 ss.; SEVERINO CAPRIOLI, *Rescissione (Storia)*, in ED, XXXIX, 1988, pp. 933 a 966; CHRISTOPH BECKER, *Die Lehre von der Laesio Enormis in der Sicht der Heutigen Wucherproblematik. Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB*, 1993, pp. 10 ss.; e MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer Privatrechtsimmanenten Begrenzung von Vertraglichen Rechten und Pflichten*, 2010, pp. 45 ss..

A etiologia deste preceito estaria relacionada com a política fiscal de Justiniano, a qual teria criado grandes dificuldades aos pequenos proprietários rurais, levando muitos dos seus elementos a ter de vender as suas pequenas propriedades aos *cives* urbanos endinheirados. As dificuldades daqueles agricultores manifestavam-se numa total falta de poder negocial, aproveitada pelos capitalistas de então para adquirir as propriedades por um preço muito inferior ao seu valor. Devido à variação qualitativa subjacente a estas coisas imóveis, não era possível fixar um valor (mesmo que mínimo) para todas elas, estabelecendo-se antes um critério de relação entre o valor efectivamente pago pela propriedade e o seu valor real: a metade.²²²

Esta política de intervenção do Imperador no sentido de apoiar os fracos e pobres – às custas dos rigores formais –, enquadra-se nos ensinamentos cristãos e estoicos que fundavam uma incorporação jurídica da ética e da *humanitas*; mas a finalidade do preceito é específica – evitar a exploração das dificuldades dos pequenos camponeses, conducentes à venda das suas propriedades em condições muito desfavoráveis. De onde terá provindo, então, o seu alargamento a outros actos jurídicos?

II – Foi a jurisprudência medieval que se preocupou com problemas variados, tais como: porquê limitar esta regra aos casos de exploração dos pequenos proprietários em apuros? Por que não aplicá-la a outros quadros factuais em que alguém aproveita a situação de inferioridade em que outrem se encontra para lhe adquirir uma coisa (por que haveria de ser necessariamente um “*fundus*”, e não outras coisas também?) por menos de metade do seu valor real? Porquê limitar a protecção ao vendedor, nos casos

²²² Parece ser mais razoável a classificação de REINHARD ZIMMERMANN que tem este texto na conta de interpolação justiniana, em lugar da sua atribuição a Diocleciano. Este último, ao ver-se a braços com uma inflação galopante, terá tentado estancá-la através do congelamento dos preços, fixando-os para vários produtos e serviços (quanto a esta, cfr. E. DEMONTÈS, *De la Lésion dans les Contrats entre Majeurs (Étude de Droit Positif et de Législation Comparée, 1924, p. 11).*

em que é a conjuntura em que o comprador se encontra que é aproveitada por aquele para vender uma coisa sua por mais do dobro do seu valor? Porquê a utilização da metade e do dobro do valor real como critérios? E porquê oferecer protecção apenas quando está em causa um contrato de compra e venda?

Muitas outras questões poderíamos aqui formular preliminarmente, num trabalho sisífico de descrição, como o que CHRISTIAN THOMASIVS levaria a cabo muito mais tarde (já no alvor do século XVIII). Provavelmente cessaríamos os esforços taxonómicos com uma exasperada exclamação, semelhante à deste jurista e filósofo teutónico: “*Vides quod capita habeat haec hydra?*”.²²³

No entanto, parece-nos que a metáfora mitológica se centra no problema errado – a multiplicidade de questões a que cada pergunta dá origem. É que cada pergunta pode ser respondida directamente, sem termos de formular novas questões em seu lugar; o problema é que esta resposta tem de ser extraída de uma gama variada de respostas possíveis, todas (ou muitas delas) igualmente válidas, pelo menos em termos puramente lógicos. Mais do que um problema de validade lógica da resposta trata-se principalmente de um problema de índole axiológica: será aceitável pôr em causa o que foi acordado pelas partes quando a promessa beneficiar o declaratório para lá do que se deve ter por aceitável?

Como se trata de um problema axiológico, o sentido das soluções oferecidas pela doutrina medieval variava muito consoante a posição relativa de cada autor perante a ideia de equivalência prestacional.²²⁴ quanto maior fosse a força centrífuga exercida por esta, maior seria também a abertura do

²²³ *De Aequitate Cerebrina Legis Secundae C. De Resc. Vend.*, 2 § 13 (“*Vês quantas cabeças tem esta hidra?*”).

²²⁴ A fidelidade às fontes romanas aquando da sua interpretação e aplicação era outro importante factor determinante da posição de cada autor. Cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *op. cit.*, p. 263.

jurista à extensão daquela regra do *Codex*, e mais relaxados seriam os requisitos relevantes para tal efeito.²²⁵

Precisamente por se tratar, em grande parte, de uma questão axiológica, esta acabou por ser penetrada pelo pensamento e valores cristãos, que enriqueceu a *lesio* com elementos subjectivos como a culpa, o aproveitamento da necessidade e o erro.²²⁶ Por sua vez, *esta doutrina cristã vinha sendo conformada pelas tais preocupações aristotélicas de justiça comutativa*, a que desde muito cedo aderira,²²⁷ e que se tornaram particularmente relevantes depois de terem sido vincadas por SÃO TOMÁS DE AQUINO, no século XIII, para quem a compra e venda de uma coisa por um preço diverso do “justo” era pecado.²²⁸

Mais tarde, o jusnaturalismo transmutaria em jurídico algumas das directrizes deste pensamento filosófico-religioso,²²⁹ ao construir uma teoria geral do contrato também assente na ideia de justiça do preço.²³⁰ Recordem-se, a este propósito, as palavras de HUGO GRÓCIO: “*In contractibus natura aequalitatem imperat, et ita quidem, ut ex inaequalitate jus oriatur minus habenti*”.²³¹

Paralelamente, também os juristas elegantes do *mos gallicus* mantiveram a vetusta referência à *laesio* e ao critério do *Codex*, o que é visível

²²⁵ Mais proveito se retiraria, portanto, da alusão a um par de outras criaturas talássicas igualmente conhecidas: a Cila da liberdade contratual e a Caríbdis da equivalência das prestações, extremos opostos mas igualmente destrutivos da ligação do sistema jurídico à realidade, em que não pode deixar de assentar os pés.

²²⁶ Cfr. CHRISTOPH BECKER, *Die Lehre von der Laesio Enormis*, op. cit., 1993, pp. 66 ss..

²²⁷ Pelo menos desde o século IV, com SANTO AMBRÓSIO.

²²⁸ “(...) *carius vendere aut vilis emere rem quam valeat, est secundum se injustum et illicitum*” (*Summa Theologiae*, Secunda Secundae, Quaest. LXXVII, Art. I) (“*Vender cara uma coisa, ou comprá-la barata, é em si mesmo injusto e ilícito*”).

²²⁹ Cfr. KLAUS LUIG, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius*, in FS Helmut Coing, 1982, pp. 187 ss..

²³⁰ Cfr. THEO MAYER-MALY, *Der Gerechte Preis*, in FS Heinrich Demelius, 1977, p. 146; e ULRICH HÜBNER, *Der Gerechte Preis. Preisfreiheit und Rechtliche Instrumente der Preiskontrolle in der Sozialen Marktwirtschaft*, in, FS Ernst Steindorff 70., 1920, pp. 589 ss..

²³¹ *De Jure Belli et Pacis*, Lib. 11, Cap. XII, 8 (“*Nos contratos impera a equidade, por natureza, e assim mesmo, para que da desigualdade existente tenha origem um direito menor*”).

nos trabalhos de JEAN DOMAT, que praticamente transcreve o preceito justiniano,²³² e de ROBERT-JOSEPH POTHIER.²³³

Uma vez aceite a necessidade de equivalência nas trocas, levantou-se o problema do *quantum* relevante. O critério justiniano da “*dimidia pars veri pretii*” foi frequentemente postergado por vários outros, como o dos dois terços na região de Wurttemberg nos séculos XVI e XVII²³⁴, ou o exótico sete doze-avos do artigo 1674.º do *Code Civil*, este último introduzido por insistência do próprio NAPOLEÃO BONAPARTE.²³⁵ E não esquecer que, paralelamente, o Direito Canónico falava ainda da chamada *laesio enormissima*, aquela que exige uma diferença “*longe dimidium justii pretii excedat*” (“*que largamente exceda a metade do preço justo*”).²³⁶

III – E o que era este “*verdadeiro preço*” (“*verus pretius*”) – para empregar a expressão justinianeia – de que se calcularia a metade (ou outra bitola)?

Inicialmente entendia-se que seria o valor “verdadeiro e justo”; o valor intrínseco e imutável de uma coisa, portanto. Claro que neste critério teríamos de integrar prestações de facto e o valor da própria entrega de uma coisa (que é um factor que acresce ao valor exclusivo da coisa, mesmo que computado no preço de venda desta); e também é evidente que este critério teria de ser moderado pelas inconstâncias espaciais e temporais do valor de uma prestação.

²³² *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*, I, 2.ª ed., 1695, pp. 168 e 169.

²³³ *Traité des Obligations*, I (in “*Oeuvres*”), 1805, § IV, n.ºs 33-34, pp. 26 e 27.

²³⁴ Württembergische Landrechte de 1555 e 1610.

²³⁵ Cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *op. cit.*, p. 264, nota 180.

²³⁶ Tratar-se-ia habitualmente da substituição do critério da metade pelo de um terço. Cfr. WOLFGANG GEORG SCHULTZE, *Die Laesio Enormis in der Deutschen Privatrechtsgeschichte*, *op. cit.*, p. 17

Acresce ainda que o valor de uma prestação varia em função das preferências individuais do declarante; não ter estas preferências em consideração pode causar prejuízo ao declarante (se este prometer prestar por um valor consonante com as suas preferências, que é inferior ao valor “intrínseco” da prestação) ou ao seu contradecorante (caso aquele declarante, agindo em conformidade com as suas preferências, haja prometido prestar por um valor superior ao “intrínseco”). Daí a Economia negar a existência de um modelo objectivo e imutável do valor imanente de uma coisa ou prestação.

No fundo, como afirma THOMAS HOBBS, antecipando o entendimento jurídico hodierno, “[t]he value of all things contracted for, is measured by the Appetite of the Contractors: and therefore the just value, is that which they be contented to give”.²³⁷

Em suma, o preço “verdadeiro”, intrínseco e imutável, constituía um critério irrealista que rapidamente foi criticado dada a alteridade geográfica e temporal da forma como as mesmas coisas eram avaliadas. Surgiu então a seguinte solução: o preço a utilizar como critério, em função do qual se determina o desfasamento do valor efectivamente pago, é determinado pelo conjunto das avaliações subjectivas.

Portanto, para a *laesio* sobreviver era mister abandonar critérios desadequados de avaliação da prestação e operar a sua superação por outro, que oferecesse uma bitola objectivista – aplicável independentemente das preferências subjectivas do caso concreto –, mas que partisse de considerações subjectivistas.

E em que termos se estribaria no subjectivismo? REINHARD ZIMMERMANN descreve-no-lo nos seguintes termos sucintos: “*Admittedly, the price is determined by a subjective estimation. However, a price determined subjectively by all becomes objective to each. It would be sinful (or: contra ius naturale) to deviate from this common estimate in an individual transaction,*

²³⁷ *Leviathan*, Part I, cap. IS (p. 208 da ed. de Macpherson).

for that would imply the exploitation of this particular purchaser (or vendor)”.

²³⁸ Ou seja: cada prestação é avaliada a partir do conjunto das avaliações individuais. Estas avaliações individuais corresponderiam a avaliações subjectivas, que formariam um critério que seria objectivo, na medida em que se imporia à avaliação subjectiva feita no caso controvertido, se esta se afastasse daquela bitola objectiva mais do que determinada razão.

Ora, este critério era, no fundo, um critério puramente objectivo, pois o que vai relevar no caso concreto não é a avaliação do declarante, mas a dele e as de outros declarantes-operadores económicos, agregadas de forma a estabelecer uma avaliação comum. É, portanto, um critério exterior à vontade do declarante. Este critério tanto podia ser este valor de mercado – determinado com base nas preferências dos indivíduos (subjectivas), isto é, aquilo que elas estão dispostas a pagar para receber dada prestação –, como qualquer outro (o custo da prestação, ou o seu valor “intrínseco e imutável”). *Para um critério ser verdadeiramente subjectivo tem de atender às preferências do declarante concreto – à sua própria avaliação.*

IV – O critério do valor de mercado em condições de concorrência não é um critério desprovido de problemas, pois pode exigir uma operação avaliativa de difícil realização, particularmente nos casos em que a prestação é infungível.²³⁹ E pode mesmo dar azo a injustiças: que tem o declaratário a ver com a inépcia ou com a generosidade do declarante?

Uma solução destas obrigaría o declaratário a ter de se informar, ele próprio, acerca do valor de mercado da prestação do declarante de forma a assegurar-se que este não pretende receber em troca menos de metade do valor daquilo que oferece, caso em que correria o risco de ver desfeito o negócio, o

²³⁸ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, op. cit.*, p. 265, nota 189.

²³⁹ Embora não haja outros prestadores poder-se-ia sempre olhar para o que o declarante cobrou antes.

que nem é desejável *de iure condendo*, por motivos de certeza e de promoção da fluidez do comércio jurídico (isto é, não aumento dos custos de transacção). Ademais, não deve o declaratário ser prejudicado devido a um elemento – a vontade do declarante – em cuja formação ele não interveio de forma ilícita (que, portanto, escapa ao seu controlo).

Só que a solução oposta – as prestações são equivalentes na medida em que correspondam à vontade dos declarantes, saudavelmente formada – castra a *laesio*, pois esta deixa de ter qualquer âmbito de aplicação: os próprios proprietários rurais que, no tempo de Justiniano, venderam os seus *fundi* por um valor baixíssimo, face às dificuldades da época, fizeram-no livremente; não foram coagidos, nem representaram erroneamente elementos de facto ou de direito. Não teriam, portanto, qualquer alternativa, se entendêssemos que o *veri pretii* é simplesmente o preço por que venderam o imóvel. Haveria um paradoxo: teriam alternativa se a diferença fosse mais de metade do *verus pretius*, o que nunca aconteceria porque este corresponderia exactamente... ao acordado!

De todo o modo, foi naquele critério – do valor de mercado em condições de concorrência – que se fundou o trabalho de SÃO TOMÁS DE AQUINO, “pai” do direito natural, que tão importante foi no fomento da *laesio*, ao desenvolver as ideias de ARISTÓTELES. Como vimos, a tal ponto chegou o zelo que se passou a considerar *peccatum* qualquer divergência em relação ao preço “justo”.

Esta expansão da relevância da *laesio*, durante a idade média e até ao individualismo, foi muito para lá dos limites do preceito de Justiniano. O benefício excessivo de uma das partes representava um “pecado”, independentemente da natureza da prestação em causa e dos elementos conjunturais em que se prometeu prestar. Perdeu-se o norte, a razão de ser da regra justinianeia, fonte de toda esta expansão desmesurada: *evitar que*

circunstâncias exteriores ao conteúdo contratual pudessem aproveitar ao declaratório em termos tais que este, por força delas, obtivesse um benefício extraordinário que, de outra forma, não teria percebido.

V – A reacção a este alargamento extraordinário da aplicação da equivalência prestacional – para lá da teleologia da regra do *Codex* que a desencadeou – foi radical. À ampliação exagerada da importância da equivalência prestacional correspondeu uma resposta de sentido oposto, ainda mais desmesurada, culminando na nulificação da equivalência prestacional, amesquinhada como paternalista. Não que fosse uma reacção específica à ideia de equivalência das prestações; mas inseria-se num quadro propício à negação dessa equivalência, decorrente, desde logo, da queda da crença na capacidade das pessoas para aquilatar a equivalência prestacional, associada a um recrudescimento da ideia de autonomia privada,²⁴⁰ bem como da ideia – associada à então nascente ciência económica, inicialmente sobremaneira optimista²⁴¹ – de que o mercado tudo corrigiria, se aos seus mecanismos fosse permitido funcionarem livremente. Deixaria de ser necessário corrigir o mercado, como Justiniano havia feito quando protegeu os pequenos proprietários rurais.

O facto de este ambiente hostil à *laesio*²⁴² ter coincido com o período de codificação resultou na sua omissão em muitos destes diplomas, com excepções honrosas como as do *Code Civil* (já referido quanto ao seu critério

²⁴⁰ Cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *op. cit.*, p. 267.

²⁴¹ Tirando, claro, trabalhos como os de MALTHUS, que destoavam.

²⁴² Ao ponto de não haver casos em que a *laesio enormis* tenha constituído a solução durante a totalidade do século XIX. Cfr. JOHN P. DAWSON, *Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law*, in “*Tulane Law Review*”, 368, 1937, p. 368.

idiossincrático dos cinco doze-avos) e do ABGB (§ 934), embora com aplicação muito limitada.²⁴³

O nosso Código Civil de 1867 não constitui uma destas excepções. Nem o legislador, nem a doutrina, mostravam qualquer sensibilidade às preocupações de equivalência prestacional, centrando-se unicamente na vontade. O pensamento de JOSÉ DIAS FERREIRA, vertido nas seguintes linhas, é demonstrador deste facto: *“Não quiz porém o legislador, a título de reprimir cobiças e de prevenir prejuízos, subverter os princípios fundamentaes das convenções humanas, abalar a segurança dos contratos, e tornar incerta e vacillante a propriedade nem a acção de lesão. Reconheceu que o remedio da lesão, em vez de ser obstaculo, era antes incentivo a estes males, porque com mais facilidades fariam seus ajustes os “necessitados” que tivessem em seu favor a liberdade legal de faltar à fé dos contractos, do que os que soubessem que o estipulado havia de ser necessariamente cumprido. Póde lastimar-se a situação do proprietario que larga por preço inferior a propriedade forçado pelas circunstâncias. Mas se a cousa foi comprada por baixo preço, foi porque não valia mais na ocasião da venda, e a justiça não permite que seja rasgado o contracto, salvo vicio no consentimento. (...) Pedia a justiça que se acabasse com a rescisão por lesão”*.²⁴⁴

Apesar da assertividade da negação da *laesio*, a verdade é que esta posição não é radicalmente oposta ao que as Ordenações vinham determinando, em matéria de relevância da lesão. Estas, embora julgando inspirar-se nos *“Sabedores antigos, que compilarom as Leix Imperiaaes”*, determinavam invariavelmente a mesma solução para o caso do *fundus*, vendido por menos de metade do preço, a que a tal “lei imperial” do *Codex* se referia: *“se alguu homem vendeo alguã cousa movel, ou de raiz por preço*

²⁴³ Em França, a *laesio* foi limitada à compra e venda de imóveis (à semelhança das suas origens justinianeias); na Áustria, foi inutilizada pela prática do recurso a cláusulas contratuais gerais de renúncia.

²⁴⁴ *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. III, 1891, pp. 181 e 182.

certo, ainda que o contrauto seja de todo perfeito, e a cousa entregue, e o preço pagado, se for achado que o vendedor foi enganado em a dita venda aalem da meetade do justo preço, pode-a desfazer per bem do dito engano, ainda que o engano nom procedesse do comprador, mas soamente se causasse da simpreza do vendedor”²⁴⁵.

Portanto, as próprias Ordenações requerem que o vendedor haja sido “enganado em a dita venda”; requerem um vício da vontade – um elemento subjectivo – para que a lesão – o elemento objectivo – possa relevar. A “*simpreza do vendedor*” teria de fundar a sua representação errónea em relação ao valor da coisa vendida. Tratava-se, portanto, de um erro quanto ao preço,²⁴⁶ o que nos é confirmado por dois preceitos: “*E póde-se dizer, que nom*

²⁴⁵ Ord. Afon. Livro IV Título XXXXV (o n.º 1 continuava nos seguintes termos: “*E Entende-se o engano da parte do vendedor aalem da meetade do justo preço, honde se a cousa vendida valia per verdadeira e cumunal estimaçom ao tempo do contrauto dez libras, foi vendida algum tanto por menos de cinco libras; e da parte do comprador, se a cousa comprada valia per cumunal e verdadeira estimaçom ao tempo do contrauto dez libras, e foi comprada por alguu tanto mais de quinze libras*”. O texto das restantes ordenações é praticamente idêntico: “*Postoque o contracto da compra e venda de qualquer cousa movel ou de raiz seja de todo perfecto, e a cousa entregue ao comprador, e o preço paguo ao vendedor, se for achado que o vendedor foi enganado na dita venda aalem da metade do justo preço, pode-a desfazer por bem do dito enguano, ainda que o enguano nom procedesse do comprador, mas soamente se causasse de simpreza do vendedor; e poderá isso mesmo o comprador desfazer a dita venda, se foi pola dita maneira enganado aalem da metade do justo preço. E entende-se o vendedor seer enganado aalem da metade do justo preço, se a cousa vendida valia por vedadeira e comum extimaçam ao tempo do contracto dez cruzados, e for vendida por menos de cinco. E da parte do comprador se entende seer enganado, se a cousa comprada ao tempo do contracto valia por verdadeira e geeral extimaçam dez cruzados, e o comprador deu por ella mais de quinze*” (Ord. Man., Livro IV, Título XXX, n.º 1), e “*Posto que o contracto da compra e venda de qualquer cousa movel, ou de raiz seja de todo perfeito, e a cousa entregue ao comprador, e o preço pago ao vendedor se fôr achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, póde desfazer a venda per bem do dito engano, ainda que o engano não procedesse do comprador, mas sómente se causasse da simpleza do vendedor. E poderá isso mesmo o comprador desfazer a compra, se foi pela dita maneira enganado além da metade do justo preço. E entende-se o vendedor ser enganado além da metade do justo preço, se a cousa vendida valia por verdadeira e commum estimação ao tempo do contracto dez cruzados, e foi vendida por menos de cinco. E da parte do comprador se pretende ser enganado, se a cousa comprada ao tempo do contracto valia por verdadeira e geral estimação dez cruzados, e deu por ella mais de quinze*” (Ord. Fil, Livro IV, Título XIII, n.º 1).

²⁴⁶ Que mesmo hoje temos por irrelevante.

seria justa razom pera se desfazer alguã venda, depois que fosse de todo perfeita, por se dizer pola parte do vendedor, que vendera alguã cousa por dez libras, a qual avia já comprada por vinte libras, ou que o comprador, que lha comprou, a vendeo depois por vinte libras; porque poderia o comprador depois da dita compra fazer na cousa alguãs bemfeitorias, por que a dita cousa seria muito melhorada, ou poderia o dito vendedor por sua simpreza seer enganado na primeira compra, que fez”,²⁴⁷ e, mais importante: “Cessa o remedio desta Lei, quando aquelle, que se diz enganado aalem da meetade do justo preço, era ao tempo do contrauto sabedor do justo preço da cousa vendida; e pero que bem soubesse o verdadeiro valor, contentou-se de a dar por menos do que valia, ou a comprou por maior preço do que sabia ser seu justo valor. E deve provar tal sabedoria aquel, que a allegar, ca nom avondaria em tal caio soomente a presunçom do Direito, que presume cada hum saber verdadeiramente a valia das suas cousas; a qual presunçom nom fará cessar soomente o beneficio desta Lei sem outro modo, se nom provasse como aquelle, que se diz enganado, era sabedor do justo preço ao tempo do contrauto”.²⁴⁸

Há, no entanto, um aspecto importante em que as nossas Ordenações coincidem com o C. 4, 44, 2: *a situação de inferioridade*.

É verdade que o preceito justinianeu não requeria qualquer engano, decorrente de uma “*simpreza*” – uma ingenuidade, precipitação, ou inexperiência – do vendedor. Parece que aquele se bastaria com o elemento objectivo da lesão.

²⁴⁷ Ord. Afon., Livro IV, Título XXXV, n.º 5. Cfr. Ord. Man., Livro IV, Título XXX, n.º 3; e Ord. Fil., Livro IV, Título XIII, n.º 2.

²⁴⁸ Ord. Afon., Livro IV, Título XXXV, n.º 9. Cfr. Ord. Man., Livro IV, Título XXX, n.º 6 (com a diferença, *in fine*, da remissão para o “*Dereito Comum*”, caso disponha diferentemente); e Ord. Fil., Livro IV, Título XIII, n.º 9 (idêntico ao preceito manuelino, com a especificidade importante de estabelecer um regime especial para certos profissionais, estabelecendo uma presunção *iuris et de iure* quanto ao conhecimento das “*obras de seus officios*”).

No entanto, *embora presumido, encontra-se também um elemento subjectivo em C. 4, 44, 2*: o de o proprietário do *fundus* só o vender por necessidade. Não há aqui ingenuidade e o vendedor não está em erro quanto ao valor da coisa (ou tal é indiferente); só não tem é alternativa, *dada a situação de inferioridade negocial em que a conjuntura económica o colocou*.

Ambas estas situações de inferioridade – a “simpresza” das Ordenações e a do preceito do *Codex* – são hoje abrangidas pelo nosso artigo 282.º, como teremos oportunidade de comprovar.

Há, no entanto, um claro avanço das Ordenações (devido ao trabalho da doutrina medieval) em relação ao *Corpus Iuris Civilis*, decorrente da extensão do preceito a outros negócios, o que o preceito romano não havia considerado: “*E achamos per direito, que as ditas Leix Imperiaaes nom taõ soamente ham lugar nos contrautos das compras e vendas, mas ainda nos contrautos dos arrendamentos, e afforamentos, e escaimbos, e aveenças, e quaaesquer outros semelhantes, em que se da, ou leixa huã couía por outra*”.²⁴⁹

VI – O pensamento jurídico hodierno voltou a abraçar a equivalência, que o voluntarismo descartara, à semelhança de outras ideias que o individualismo havia repudiado. Ainda assim, e como JAMES GORDLEY nota, resquícios novecentistas levaram os juristas de alguns sistemas a produzir soluções engenhosas (como veremos), chegando a resultados favoráveis à equivalência, sem terem de deixar *abertamente* de prestar vassalagem formal a algumas das limitações herdadas de metodologias jurídicas pretéritas.²⁵⁰

Esta ideia actual de equivalência não é exclusivamente tributária de correntes de pensamento, sobretudo escolásticas, eivadas de alguma

²⁴⁹ Ord. Afon., Livro IV, Título XXXV, n.º 3. Cfr. Ord. Man., Livro IV, Título XXX, n.º 2; e Ord. Fil., Livro IV, Título XIII, n.º 6.

²⁵⁰ *Equality in Exchange*, in “California Law Review”, vol. 69, n.º 6, 1981, pp. 1587 a 1656 (pp. 1636 e 1637).

religiosidade medieval, que representaram apenas um estágio no processo evolutivo. A raiz da relevância da equivalência não está só nos desenvolvimentos aristotélicos e escolásticos em torno da justiça comutativa, mas também – quiçá até fundamentalmente (como catalisador de todos os desenvolvimentos subsequentes e da própria redescoberta e refinamento escolástico dos trabalhos de ARISTÓTELES) – na regra justinianeia (como se vê na referência explícita que o preceito afonsino lhe faz).

É a teleologia desta regra que não podemos deixar de ver como modelo, ainda hoje (*se calhar, sobretudo hoje*, em época de convalescença económica e financeira), enquanto resposta a um problema específico de aproveitamento da situação extraordinariamente árdua em que se encontrava a generalidade de certa classe de pessoas – pequenos proprietários, necessitados de vender os seus *fundi* para obter liquidez que respondesse a um problema financeiro concreto –, para desta situação de inferioridade extrair benefícios extraordinários (acompanhados de simétricos prejuízos extraordinários para esta população rural), mediante a aquisição daqueles terrenos a preços largamente inferiores aos que teriam sido pagos na ausência daquela inferioridade.

Consequentemente, apesar de parecer que a regra justinianeia exige apenas um elemento objectivo de discrepância acentuada entre o preço pago e o preço “justo” da coisa, a verdade é que tal resulta de se presumir a existência de um elemento subjectivo – a difícilíssima situação de um conjunto de pessoas, objecto de aproveitamento –, tão completa que fora a sua generalização. Por esse motivo a regra se cingia aos *fundi*. Extrapolar esta regra para outras situações, generalizando-a, ao mesmo tempo que se esquece a importância do elemento subjectivo, identificado com a teleologia da norma, é ir para lá daquilo que a regra justinianeia queria – combinação de um elemento subjectivo com um elemento objectivo – e, consequentemente, *é desmerecer qualquer pretensão de naquela regra descobrir raízes*.

Em poucas outras ocasiões terá feito mais sentido recordar o siso de RUDOLF VON JHERING, vertido na conhecida máxima, “*durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus – das ist der Wahlspruch, in dem für mich die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt beschlossen liegt*”.²⁵¹

2.2. – Alteridade geográfica dos fundamentos, similitude dos resultados

I – É por esta evolução milenar que a usura é hoje tratada com base num binómio elemento subjectivo-elemento objectivo. Não havia outra forma de a reabilitar que não passasse pelo retorno à teleologia da regra justinianeia – evitar o aproveitamento de situações de dificuldade em que o contradecarante se encontra, e que não lhe são atribuíveis –, abandonando a quimera de uma lesão puramente objectiva, tal qual esta vinha sendo conformada pelo direito natural, num processo de exacerbação do trabalho dos juristas medievais.

Entre os sistemas jurídicos, das diversas famílias, que geralmente assumem maior protagonismo e relevância no estudo e compreensão das soluções do nosso próprio sistema jurídico, todos chegam a um *resultado que reflecte o espírito da solução* do *Codex* – cúmulo de um sacrifício patrimonial muito significativo (elemento objectivo) com uma situação de inferioridade (elemento subjectivo) –, generalizada aos vários negócios. Assim é, ainda que, para tal, tenham de superar obstáculos aparentemente inultrapassáveis.

²⁵¹ *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 1, 2.^a ed. desenvolvida, Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1866, p. 14.

II – É o caso do sistema jurídico francês, particularmente engenhoso na superação de um duplo limite.

Em primeiro lugar, os limites normativos à aplicação da *laesio* (venda de coisa imóvel por menos de cinco doze avos), impostos pelo artigo 1674.º do *Code Civil*, desde há muito têm sido ultrapassados pelo recurso a uma série de ficções, como o recurso a *argumentos histórico-jurídicos* (de modo a abranger os *agents d'affaires* – mandatários –, por o contrato por eles celebrado – mandato – se filiar no contrato romano “*mandatum*”, que era gratuito, pelo que, tendo ele sido gratuito, os tribunais teriam o poder de o rever quanto à justiça patrimonial da prestação que recebem²⁵²), ou a lassidão no preenchimento das hipóteses normativas referentes aos vícios da vontade (umas vezes erro-vício,²⁵³ outras vezes dolo²⁵⁴ e coacção²⁵⁵) e à falta de “*cause*”.²⁵⁶ Noutros casos, a jurisprudência francesa considerou um preço tão baixo que não haveria verdadeiramente uma transmissão onerosa.²⁵⁷

²⁵² Cfr. *Ac. da Cassation* de 12/1/1863, [1863] D.P. I 302. *Ac. da Cassation* de 28/5/1913, [1915] *Recueil Surey, Jurisprudence*, [S. Jur.] I 116; e *Ac. da Cassation* de 8/7/1942, [1942] *Gazette du Palais, Jurisprudence*, [G.P. Jur.] 177.

²⁵³ Cfr. *Ac. da Cassation* de 29/11/1968, [1969] G.P. Jur., 63. O único erro teria sido o de o arrendatário ter acordado no pagamento de um valor muito superior ao da fraca qualidade do imóvel arrendado (o arrendatário havia tomado de arrendamento uma moradia na Côte d’Azur por um mês, pagando uma renda elevada que o tribunal considerou que lhe permitiria presumir que a qualidade da habitação estaria em consonância com o montante pago, o que não sucedeu: a moradia encontrava-se insalubre e em mau estado, com trabalhos de construção civil por perto).

²⁵⁴ Cfr. *Ac. da Cour d’Appel de Paris* de 22/1/1953, [1953] J.C.P. II no. 7435. O tribunal considerou haver dolo no caso de um comprador de arte ingénuo e inexperiente que havia confiado no vendedor e sua reputação, e que acabou por pagar mais do quántuplo do valor de mercado das pinturas adquiridas.

²⁵⁵ Cfr. *Ac. da Cassation* de 27/1/1919, [1920], S. Jur. I, 198. Estava em causa a doação de coisas de valor substancial feita por um idoso paralisado aos seus arrendatários, que recusaram continuar a prestar-lhe auxílio caso as doações não tivessem sido efectuadas.

²⁵⁶ Cfr. *Ac. da Cassation* de 18/4/1953, [1953] D. Jur. 403 (uma mulher havia pago a uma genealogista a troco de informações sobre uma herança; o tribunal considerou que a mulher não havia adquirido coisa alguma porque o genealogista sabia que a informação lhe chegaria ao conhecimento, de todo o modo).

²⁵⁷ Num caso, um octogenário havia vendido uma coisa imóvel avaliada em 21.000 francos a troco do pagamento mensal de 100 francos, acrescido de um quarto e refeições para o resto da sua vida; o tribunal observou que o idoso conhecia os adquirentes há muito pouco tempo e que

Em segundo lugar, e como é possível confirmar pelo exposto, apesar da aparente objectividade do sistema francês nesta matéria (requerendo apenas a lesão de pelo menos sete doze avos), a jurisprudência tem pressuposto – quase presumido – um estado de inferioridade do declarante,²⁵⁸ mostrando uma flexibilidade de que tem sido incapaz noutras matérias (como a alteração das circunstâncias, a ver *infra*). Há, no fundo, uma reacção jurisprudencial contra um aproveitamento escandaloso de alguém que se encontrava numa situação, temporária ou permanente, de fraqueza, ignorância, inexperiência, etc.; enfim, *numa situação de inferioridade – numa situação explorável*.

III – Também o sistema germânico, no § 138 BGB, não se basta com a disparidade, mesmo que extraordinária, entre prestação e contraprestação (n.º 2); é necessário que este elemento objectivo seja complementado por um elemento subjectivo: que aquela discrepância decorra da exploração de pelo menos uma de várias fraquezas do declarante que suporta o sacrifício, e que o preceito enumera.²⁵⁹

O n.º 2 deste § 138 é uma concretização do n.º 1, que proíbe transacções contrárias aos bons costumes (entendidos amplamente, em termos que abarcam o conceito de ordem pública). Com base nesta filiação, os tribunais alemães têm vindo desde há muito a temperar a rigidez através, por um lado, de uma combinação entre os elementos objectivo e subjectivo que assenta numa ideia de *sistema móvel*, chegando ao ponto de presumir o elemento subjectivo em casos de intensidade invulgar do elemento objectivo –

os pagamentos periódicos pouco mais representariam do que o valor dos juros da atribuição patrimonial que o imóvel representava (cfr. *Ac. da Cassation de 26/1/1931*, [1931] G.P. Jur. 441). Noutro caso, tratava-se de menores que haviam transmitido participações sociais por um décimo do rendimento anual que lhes proporcionavam, com o consentimento do seu tutor. Cfr. *Ac. da Cassation de 3/5/1922*, S. Jur. I 310.

²⁵⁸ Cfr. PAUL OSSIPOW, *De la Lésion: Étude de Droit Positif et de Droit Comparé*, Lausanne, 1940, p. 175.

²⁵⁹ A situação de necessidade, a inexperiência, a falta de discernimento são, e a considerável debilidade da vontade do declarante.

a disparidade;²⁶⁰ e, por outro lado, de uma aplicação directa do n.º 1 do mesmo § 138 BGB.²⁶¹

No entanto, é evidente que tem de haver mais do que o elemento objectivo: caso contrário, o n.º 2 seria supérfluo; e quando a desproporção é mais evidente, recorre-se directamente ao n.º 1.

Em última instância, há ainda casos em que o tribunal presume a inferioridade do declarante, deduzindo-a da medida extraordinária do sacrifício patrimonial;²⁶² seja porque necessitava urgentemente de dinheiro quando vendeu uma participação social por uma fracção do seu valor;²⁶³ seja porque adquiriu, a crédito e em más condições, equipamento pelo quádruplo do seu valor, com base num anúncio feito justamente para atrair compradores inexperientes;²⁶⁴ seja porque os termos de um contrato de arrendamento eram

²⁶⁰ Neste sentido, ainda que para o contrato de concessão, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 23.^a ed., Munique, 2000, pp. 366 e 367. As referências fundamentais são aqui WALTER WILBURG, *Entwicklung eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz, 1950, e CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. port. de Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, pp. 127 ss.. Mas ver também KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.^a ed., trad. port. de José Lamego (da 5.^a ed. alemã), Lisboa, 1989, pp. 572 ss. KARL LARENZ / CLAUS-WILHELM CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed., Berlim, 1995, pp. 265, 290, 298 ss. e 306 e 307, e GIORGIO DE NOVA, *Nuovi Contratti*, Torino, 1990, pp. 10 ss.. Entre nós, ver ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. 2, Coimbra, 1984, pp. 1258 ss., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pp. 835 ss.; ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido*, in “Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Teixeira Ribeiro” (sep.), Coimbra, 1979, pp. 80 ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995, pp. 21 ss.; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, 2000, pp. 30 ss. e 96 ss.; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, Lisboa, 1996, pp. 964 ss..

²⁶¹ REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *op. cit.*, pp. 268 e 269. No fundo, seguindo a orientação geral do que já preceituava o § 59 do *Allgemeines Landrecht Prussiano*, de 1794, que presumia, a favor do comprador, a existência de um erro invalidante do contrato, sempre que aquele houvesse prometido pagar um preço superior ao dobro do valor da coisa.

²⁶² Apesar de tal não ser frequente: os tribunais costumam encontrar sempre uma situação de inferioridade subsumível ao n.º 2 do § 138 BGB. Cfr. JAMES GORDLEY, *Equality in Exchange*, in “California Law Review”, vol. 69, n.º 6, 1981, pp. 1587 a 1656 (p. 1648).

²⁶³ Ac. BGH de 8/4/1976, [1976] WM 1027, pp. 1028 e 1029.

²⁶⁴ Ac. BGH de 7/2/1980, [1980] NJW 1155, p. 1156.

tais que só uma pessoa inexperiente os aceitaria.²⁶⁵ No fundo, também aqui encontramos uma reacção jurisprudencial contra a imposição de sacrifícios patrimoniais muito significativos a alguém que é, ou que se encontrava, incapaz de se proteger contra a exploração.

IV – O mesmo tem vindo a suceder no direito norte-americano, há largas décadas, com numerosas decisões judiciais em que o conceito de “*unconscionability*” prescinde da “*procedural unconscionability*”, se a disparidade entre as prestações for gritante.²⁶⁶ Num destes casos, o tribunal explicitamente afirmou que a “*unconscionability*” resultava do facto de “*the goods and services were worth “far less” than the price*”.²⁶⁷

Apesar de a abordagem desta jurisprudência não ser muito dissemelhante da germânica – colocando o acento tónico no elemento objectivo, quando os desequilíbrios são chocantes –, a verdade é que continua a haver a necessidade de exploração de uma situação de inferioridade de outra pessoa, como a embriaguez,²⁶⁸ a doença,²⁶⁹ a debilidade mental,²⁷⁰ a toxicodependência,²⁷¹ uma relação de amizade que foi explorada,²⁷² a urgência

²⁶⁵ Ac. Reichsgericht de 14/10/1921, 103 RGZ 35, pp. 37 e 38.

²⁶⁶ Sentença da N.Y. Ct. App. (“*gross disparity in terms, absent evidence of procedural unconscionability, can support a finding of unconscionability*”); cfr., ainda, Jones v. Star Credit Corporation, 59 Misc. 2d 189, 298 N.Y.S.2d 264 (Sup. Ct. 1969) (venda de uma arca frigorífica de \$300 por \$900, a que acresceram mais de \$300 de tarifas relacionadas com a concessão de crédito); e Frostifresh v. Reynoso, 52 Misc. 2d 26, 274 N.Y.S.2d 757 (Sup. Ct.) (caso semelhante, em que um frigorífico que custara cerca de \$350 ao vendedor foi vendido por \$900, acrescidos de \$250 em tarifas).

²⁶⁷ American Home Improvement, Inc. V. MacIver, 105 N.H. 435, 201 A.2d 886 (1964) (estava em causa o pagamento de \$1750, acrescido de \$800 em tarifas de crédito, pela compra e instalação de janelas, uma porta e a pintura de paredes).

²⁶⁸ Babcock v. Eagle, 58 Mont. 597, 194 P. 137 (1920). Há ainda casos em que o contraente possivelmente não estaria embriagado aquando da conclusão do contrato, mas era alcoólico: cfr. Kukuloki v. Bolda, 2 Ill. 2d 11, 116 N.E.2d 384 (1954).

²⁶⁹ Straus v. Madden, 219 Md. 535, 150 A.2d 230 (1959).

²⁷⁰ Brooke v. Berry, 2 Gill 83 (Md. 1844).

²⁷¹ In re Vought’s Estate, 76 Misc. 2d 755, 351 N.Y.S.2d 816 (Surr. Ct. 1973); Leathers v. Deloach, 140 Tenn. 259, 204 S.W. 633 (1918).

no pagamento de débitos,²⁷³ ou o objecto do acordo era de grande complexidade, como a exploração do subsolo.²⁷⁴

Porém, noutros casos, a situação de inferioridade era de mínima intensidade, como a idade (o vendedor de um terreno que tinha vinte e um anos; o vendedor de uma patente que era septuagenário),²⁷⁵ algum álcool (o contraente prejudicado tinha bebido mas não era evidente quanto);²⁷⁶ e, noutros casos ainda, o contraente sacrificado parece não estar sujeito a qualquer situação de inferioridade, excepto o desconhecimento de um valor.²⁷⁷

O próprio UCC, no § 2-302, permite aos tribunais, seja “*at law*” ou “*in equity*”, que liberem o contraente prejudicado nos casos de vendas “*unconscionable*”, isto é, “iníquas”, “odiosas”, “inaceitáveis”, “impensáveis”. O § 208 do *Second Restatement of Contracts* contém uma regra semelhante, aplicável na generalidade, o que permite aos tribunais norte-americanos manter, eliminar ou limitar a aplicação do resultado no sentido de evitar “*any unconscionable result*”.

²⁷² Sizemore v. Miller, 196 Or. 89, 247 P.2d 224 (1952); Hall v. Perkins, 3 Wend. 626 (N.Y. 1829).

²⁷³ Lampley v. Pertuit, 199 So. 2d 452 (Miss. 1967).

²⁷⁴ West Ky. Coal Co. v. Nourse, 320 S.W.2d 311 (Ky. 1959)

²⁷⁵ Clitherall v. Ogilvie, 1 S.C. Eq. (1 Des.) 250 (1792) (venda por uma pessoa de vinte e um anos); Gasque v. Small, 21 S.C. Eq. (2 Strobb. Eq.), 72 (1847) (compra por uma pessoa de vinte e um anos).

²⁷⁶ Gillette v. Metzgar Register Co., 243 Mich. 48, 219 N.W. 644 (1928).

²⁷⁷ Rupmewski v. Miazga, 299 Pa. 190, 149 A. 193 (1930).

2.3. – O regime pátrio actual

2.3.1. – Situação de inferioridade

I – Também hoje e entre nós a *laesio* não tem relevância jurídica autónoma, mas antes em coexistência com outros elementos, de natureza diversa – todos em conjunto sob a roupagem do conceito de “usura” – ,²⁷⁸ sujeita à alçada geral da hipótese do artigo 282.º. Este preceito constitui um novo começo e, sem dúvida, um desenvolvimento feliz, face à legislação que imediatamente o precedeu, no sentido de facultar “*ao julgador uma apreciação criteriosa da relação contratual através de uma linguagem que o código (de 1867) em regra desconhece, ou mal balbucia num ou noutro preceito isolado*”.²⁷⁹

A redacção actual do artigo 282.º é a que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, que diverge da letra original em alguns pontos,²⁸⁰ com consequências não despiciendas. No entanto, a estrutura e teleologia do preceito mantiveram-se essencialmente intactas: a hipótese do seu n.º 1

²⁷⁸ Sobre as diferenças, cfr. PEDRO EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 11 ss.. Ao contrário da “*laesio*”, o “*usus*” – que se refere ao uso de uma coisa, pelo qual é devida “usura”: um valor pecuniário (cfr. CHOUCRI CARDAHI, *Le Prêt à Intérêt et l’Usure*, in “*Revue Internationale de Droit Comparé*”, 1955, p. 506) – nem seria um conceito com origem no Direito Romano (cfr. UGO BRASIELLO, *Usura (Diritto Romano)*, in “*Novissimo Digesto Italiano*”, XX, 1957, pp. 368 ss.). A conotação pejorativa associada à usura decorreria da improdutividade do dinheiro, considerando SÃO TOMÁS DE AQUINO que o emprego do dinheiro é o seu gasto nas compras e vendas, sendo injusto que alguém se fizesse pagar pelo uso de dinheiro emprestado, a que o Santo chamava usura (cfr. *Summa Theologiae*, op. cit., Secunda Secundae, quaestio 79, artigo 1, Conclusão).

²⁷⁹ ANTUNES VARELA, *Comunicação sobre o Projecto do Código Civil*, in BMJ, n.º 156, pp. 20 e 21.

²⁸⁰ O preâmbulo justifica as alterações introduzidas com base numa “*necessidade de alargar o âmbito do conceito fornecido pelo Código Civil, demasiado restrito para as variadas situações carecidas de tutela jurídica com que a vida real nos confronta*”. Ou, por outras palavras: com o intuito de alargar as margens da aplicação do preceito, raramente manejado pela jurisprudência.

continua a exigir, primeiro, que o declarante se encontre numa *situação de inferioridade*; segundo, *que o declaratório a explore*; e, terceiro, que esta actuação proporcione ao declaratório, ou a um terceiro, “*a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados*”.

Os dois primeiros requisitos são de índole subjectiva; o terceiro – benefícios excessivos ou injustificados – é o elemento objectivo, que corresponde ao sacrificio patrimonial suportado pelo declarante.

II – Seguindo a ordem por que apresentámos os requisitos do n.º 1 do artigo 282.º, comecemos pela *situação de inferioridade* do declarante, conceito indeterminado, que é o denominador comum de um conjunto de elementos que o legislador elenca: “*situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter*”.

É compreensível exigir que o declarante-devedor se encontrasse numa situação de inferioridade quando emitiu a declaração. Se o devedor não estivesse numa situação de inferioridade, ou nunca a declaração teria sido emitida, ou tê-lo-ia sido, mas não haveria problema porque o conteúdo da declaração de vontade haveria sido efectivamente querido, em si mesmo, e não como efeito de uma inferioridade. Por que viria o Direito proteger alguém que não se encontrasse numa situação de necessidade ou de dependência; alguém são de mente, forte de carácter, experiente e assisado – possivelmente mais até do que o próprio declaratório? Para que o declaratório possa explorar a situação em que o declarante se encontra *é primeiro necessário que essa situação seja explorável*; logo, que seja uma situação de inferioridade.

A este propósito, voltamos a vincar que o preceito do *Corpus Iuris Civilis* (C. 4, 44, 2) surgira como resposta ao facto de os declarantes – pequenos proprietários de *fundis* – se encontrarem numa situação de inferioridade decorrente de um contexto económico que os afectava de forma

particularmente acentuada. A diferença é que o estado da ciência do Direito naquela época não permitia que o preceito justinianeu tivesse o refinamento juscientífico de efectivamente exigir a verificação concreta de uma situação de inferioridade, atingindo assim situações – *possíveis, mesmo que residuais* – em que alguém vendesse o seu *fundus* por menos de metade do seu valor por qualquer outra razão que não uma inferioridade conjuntural. A evolução posterior – tanto no sentido da ampliação do preceito, como no sentido da sua aniquilação – esquece a teleologia do preceito: responder a uma situação específica em que *certas pessoas* – proprietárias de *fundi* – se encontravam em *desesperada situação* económica (generalizada) para que nada contribuíssem, que outras pessoas – que não se encontravam na mesma situação de inferioridade – *exploraram em seu proveito* para adquirir os terrenos a preços extraordinariamente baratos.

Fazendo-nos valer da síntese eloquente de VAZ SERRA, “[há] que exigir um elemento subjectivo, que justifique a reacção contra o negócio”.²⁸¹ De resto, e como pudemos concluir, mesmo o sistema jurídico francês – aparentemente objectivo – requer um estado de inferioridade do declarante.

III – A situação de necessidade é uma das situações de inferioridade a que se refere o n.º 1 do artigo 282.º; aliás, é logo a primeira a ser citada, algo que o nosso preceito tem em comum com o § 138 BGB, o artigo 21.º CSuiOb,

²⁸¹ *Mora do Devedor*, in BMJ, n.º 48, 1955, pp. 5 a 317 (p. 136). No mesmo sentido afirma PEDRO EIRÓ (*Do Negócio Usurário*, op. cit., p. 26) que “[as] considerações subjectivas determinantes na formação da vontade negocial tornam praticamente impossível a aplicação duma concepção puramente objectiva da usura. A avaliação puramente objectiva das prestações de modo a determinar a sua equivalência, ou não, conduziria a resultados totalmente desajustados com a realidade negocial. É impossível traduzir fielmente, em termos objectivos, as motivações próprias e subjectivas do declarante e a sua influência em certa declaração negocial”.

e o artigo 1448.º do *Codice Civile*. A posição de destaque está associada à sua frequência e complexidade.²⁸²

Por necessidade entendemos um *perigo que o declarante legitimamente considera ameaçar a satisfação, por si, de um interesse seu de importância incontornável*. Este qualificativo deve ser aquilatado caso a caso, dependendo dos elementos factuais, mas com base num critério abstracto: será incontornável a satisfação de um interesse que levasse um *bonus pater familias* a agir do mesmo modo – emitindo a declaração de vontade – se colocado nas mesmas circunstâncias. Há algumas situações – as que põem em causa as condições mínimas de sustento ou a dignidade da pessoa humana – que facilmente serão identificadas como situações de necessidade; e outros casos que decididamente não merecem a aplicação do artigo 282.º (imaginemos alguém que pretende realizar despesas *ad pompam et ostentationem*); mas a maior parte terá de ser apreciada casuisticamente.

Portanto, terá de estar em causa uma situação de necessidade que se possa ter por anómala, ou “*susceptível de tolher ou diminuir a liberdade negocial*”.^{283 284}

Não é necessário que o interesse em causa seja susceptível de avaliação patrimonial.²⁸⁵ Nada no elemento gramatical depõe nesse sentido; pelo contrário, o elemento gramatical (iluminado pelo preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, que confirma o alargamento da aplicação do artigo 282.º como sua finalidade) e o elemento teleológico do preceito (protecção do declarante face a aproveitamentos da sua inferioridade), depõem no sentido oposto.

²⁸² *Do Negócio Usurário, op. cit.*, p. 28.

²⁸³ Cfr. Ac. da RLx de 23/10/1986.

²⁸⁴ Já nos termos do artigo 1448.º do *Codice Civile* a situação de necessidade reportar-se-ia a um interesse patrimonial, sendo as restantes situações reguladas pelo artigo 1447.º, relativo ao estado de perigo. Cfr. ALBERTO CANDIAN, *Contributo*, p. 45; e GIUSEPPE MIRABELLI, *Rescissione (Diritto Civile)*, in “Novissimo Digesto Italiano”, XV, 1957, p. 581.

²⁸⁵ Neste sentido, cfr. Ac. do STJ de 11/10/1977, in BMJ, n.º 270, pp. 192 ss., em que se afirma que “*a situação de necessidade não abrange apenas os casos de penúria económica; a necessidade pode revestir vários aspectos (...)*”.

A situação de necessidade reporta-se a um perigo relativo à satisfação de um interesse próprio; no entanto, este pode depender de certos elementos circunstanciais relativos a outras pessoas, ou mesmo a animais e coisas. A doença grave de um familiar próximo, de um amigo particularmente caro, de um animal de companhia do qual se depende (por exemplo, um cão treinado para auxiliar invisuais), ou pelo qual se tem uma estima comparável àquela que se tem por familiares e amigos próximos; bem como o potencial perecimento de coisas com extraordinário valor sentimental (por exemplo, cartas de amor ou o diário de um familiar muito caro, já falecido); todos estes casos importam circunstâncias que não respeitam directamente ao declarante, mas que fazem perigar a satisfação de um importantíssimo interesse próprio de índole não patrimonial.²⁸⁶

Escrevemos “perigo que o declarante *considera ameaçar*”, porque não nos parece que se exija que a situação de necessidade seja real. Pode o declarante representar erradamente os elementos factuais com base nos quais emite a declaração de vontade, independentemente da censurabilidade do seu erro; o que interessa é que alguém explore a fantasia do declarante em excessivo ou injustificado proveito próprio ou de terceiro.²⁸⁷ O resultado é o mesmo, independentemente da veracidade das representações do declarante; e, pela mesma razão, é irrelevante que o declarante tenha tido culpa na criação da situação de necessidade.²⁸⁸

²⁸⁶ Embora também possa implicar um interesse patrimonial, no que toca às coisas e aos animais.

²⁸⁷ Neste sentido, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 1979, pp. 123 e 124; e FELIPE GÓMEZ ACEBO SANTOS, *Revisión del Concepto de Lesión: su Estructura Técnica*, in “Revista de Derecho Privado”, ano XXXIV, n.º 390, 1950, p. 503. Mesmo que a situação de necessidade tivesse se ser real, via do erro-vício (na modalidade de erro sobre os motivos) permaneceria aberta ao declarante.

²⁸⁸ Falar em situação de necessidade não é o mesmo que falar em negócio concluído em estado de necessidade, que é um vício da vontade. Não é o mesmo porque pode não haver exploração (o declaratário nem sabe da situação do declarante, nem tem de saber), mas haver negócio em estado de necessidade. (?) Estas distinções não são despiciendas, dada uma certa tendência da jurisprudência nacional de confundir os vícios da vontade com a situação de

Enquanto situação está em causa um conjunto de *circunstâncias dotadas de alguma estabilidade*, ainda que passageira ou excepcional.

IV – *A inexperiência respeita a uma maior ou menor falta de conhecimentos das coisas da vida em geral – inexperiência absoluta*; ou a uma completa ou significativa falta de conhecimentos sobre matérias específicas (certos ramos de negócios, certas áreas do conhecimento), os quais se adquirem através da aplicação de esforços direccionados para o efeito (seja trabalhando naquele ramo de negócios e/ou estudando-o, seja estudando a área do conhecimento em causa) – *inexperiência relativa*.

Evidentemente que o Direito não poderia valorar qualquer falta de conhecimentos, que o declaratório explorasse. Pode estar em causa um ramo de negócios ou uma área de conhecimento em que a aquisição de informação – sobre elementos científicos, técnicos, legais, profissionais, relativos a hábitos sociais, locais ou comerciais, etc. – seja muito custosa (exigindo prolongados esforços e despesas), ou mesmo em que nem sequer seja possível possuir um perfeito conhecimento (mesmo não se tratando de matérias sujeitas a álea). Não basta uma qualquer assimetria informacional – o declaratório dispor de mais conhecimentos que o declarante – para que se possa falar em inexperiência do declarante, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 282.º

Apesar de dificultar a nossa tarefa, *deve requerer-se uma medida mínima de inexperiência* (do mesmo modo que há um *quantum* mínimo no caso da situação de necessidade), para que este elemento subjectivo seja relevante, e não mais do que uma “autoestrada”, aberta a uma invocação

inferioridade em que se encontra o declarante no quadro do negócio usurário. (cfr., por exemplo, Ac. do STJ de 6/4/1983, in BMJ, n.º 326, p. 440).

A coacção moral distingue-se do estado de necessidade com base no facto de naquela existir “*uma conduta cominatória [a ameaça] destinada a extorquir o consentimento, orientada para este fim, o que no estado de necessidade, não existe*” (cfr. PAULO CUNHA, *Teoria Geral*, p. 116).

indiscriminada deste instituto, já por si de apreciável melindre juscientífico. Não basta uma mínima falta de perfeição de conhecimentos (ou uma inferioridade marginal de conhecimentos em relação ao declaratório nos casos – indubitavelmente não despiciendos – em que tal perfeição seja impossível) sobre uma matéria de grande complexidade, que haja sido aproveitada para obter benefícios enormes; o que, de resto, é prática corrente em sectores económicos de cunho especulativo, como o imobiliário e o mercado bolsista.

A assimetria informacional decorrente do facto de o declaratório ter conhecimentos que o declarante não possui – explorando esta deficiência – é frequentemente o produto de uma aquisição de informação que implica custos – esforços e/ou despesas – em que o declaratório poderá ter incorrido (também poderia tê-la adquirido sem esforços nem despesas, por lhe ter sido fornecida gratuitamente, por exemplo). Em princípio, não há motivo por que o declaratório não deva poder tirar partido da assimetria informacional, sempre que o declarante tenha atingido um patamar mínimo de conhecimentos. Parece-nos que este *quantum* mínimo deve corresponder ao suficiente para possibilitar ao declarante a compreensão dos interesses em causa no negócio, algo que não se nos afigura infrequente; sobretudo tratando-se de inexperiência relativa.

V – *Ligeireza* é um elemento subjectivo que não constava da redacção inicial do preceito. Ao contrário da inexperiência, que se reporta a uma falta de conhecimentos, *a ligeireza diz respeito a uma falta de ponderação aquando da emissão da declaração de vontade*. O declarante actua sem a consideração, o cuidado, a atenção ou as precauções próprias da generalidade dos indivíduos.²⁸⁹ O declarante poderia ter adquirido os conhecimentos necessários à apreensão dos elementos necessários à compreensão dos interesses em causa no negócio, se não tivesse actuado precipitadamente: é

²⁸⁹ Cfr. A. LOPES DE ALMEIDA / M. VARGES GOMES, *Os Crimes de Usura*, p. 90.

este o *quantum* de ligeireza relevante. Não basta qualquer desatenção, pelos mesmos motivos vistos a propósito da inexperiência. De resto, ambos os elementos estão relacionados: *ambos dizem respeito, em última análise, à correcta representação dos interesses em causa no negócio jurídico que concluiu*. Primeiro, vemos se houve ligeireza; depois, vemos se houve inexperiência.

A ligeireza pode ser habitual ou não; interessa é que tenha surgido no momento da emissão da declaração de negocial. Para efeitos de aproveitamento por parte do declaratório, é indiferente a existência ou ausência daquela habitualidade.

A ligeireza não se confunde com a incapacidade acidental, exceptuando em casos extremos, em que seja de tal modo acentuada que o declarante não haja conseguido “*entender o sentido [da declaração]*” (n.º 1 do artigo 257.º), e seja ainda notória ou conhecida do declaratório. A ligeireza reduz a capacidade de entendimento, sem a extinguir; diminui o livre exercício da vontade, sem necessariamente o eliminar. “*Quem age com ligeireza muitas vezes não “pode” ver as consequências do seu acto – casos que correspondem a incapacidade acidental. Mas normalmente sucede que o declarante “pode” mas não “quer” ver essas consequências – o acto ruinoso parece-lhe vantajoso em virtude da euforia ou entusiasmo que o faz agir imponderadamente. Entende o sentido da sua declaração mas valora-a erradamente quanto às suas consequências. Já se está fora do campo da incapacidade acidental prevista no artigo 257.º do Código Civil. O declarante entende o sentido da sua declaração; quer o acto que pratica porque lhe parece favorável*”.²⁹⁰

²⁹⁰ PEDRO EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, op. cit., p. 40.

VI – A dependência é uma situação de inferioridade com a particularidade de não se referir exclusivamente ao declarante, em si mesmo e por si só, mas antes à relação existente entre o declarante e o declaratário, no momento em que a declaração negocial foi emitida. Esta relação é de dependência, para efeitos do artigo 282.º, quando as consequências negativas – económicas, afectivas, psicológicas, profissionais, etc. – que, para o declarante, decorreriam das repercussões que sofreria a sua relação com o declaratário por se negar a emitir a declaração de vontade, sejam para ele mais gravosas do que as decorrentes desta emissão.

A dependência não é forçosamente económica, podendo assumir outra guisa, nomeadamente afectiva, psicológica ou profissional. À semelhança do que vimos para o requisito da situação de necessidade, também quanto à dependência não há motivos para que esta haja de ser circunscrita a uma determinada forma de dependência, contanto se cumpra o requisito relativo ao *quantum* mínimo da dependência.²⁹¹

VII – O estado mental foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, e abrange os casos de debilidade mental – acidental ou permanente – resultantes de factores de ordem natural.²⁹² Engloba os interditos ou inabilitados por anomalia psíquica; os indivíduos susceptíveis de serem interditados ou inabilitados por aquela causa; e os indivíduos que, embora tenham capacidade de exercício de direitos, se encontrem dela acidentalmente privados no momento de emitirem a declaração – por embriaguez, consumo de estupefacientes, etc..²⁹³

²⁹¹ O *temor reverencial* não releva no quadro da coacção moral, mas pode ser o desiderato de uma relação de dependência potencialmente relevante para efeitos do preenchimento da hipótese do n.º 1 do artigo 282.º.

²⁹² Cfr. PEDRO EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, op. cit., p. 44.

²⁹³ Poderia pensar-se haver sobreposição entre os conceitos de “estado mental” e de “incapacidade acidental”. Esta sobreposição é apenas parcial, dado que a debilidade mental

Por último, a *fraqueza de carácter* também constitui um aditamento operado pelo Decreto-Lei n.º 262/83, embora haja sérias dúvidas quanto à sua autonomia em relação ao estado mental.²⁹⁴

VIII – *Será esta listagem taxativa?*

O problema colocava-se com maior acuidade antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, que removeu o elemento “*deficiência psíquica*” do elenco das relevantes situações passíveis de serem exploradas, para o substituir pela “*ligeireza*”, “*estado mental*” e “*fraqueza de carácter*”. Estes novos elementos são de tal modo abrangentes que dificilmente encontraremos uma situação de inferioridade meteca em relação ao elenco actual,²⁹⁵ que requeresse uma interpretação extensiva ou aplicação analógica do preceito para nele se poder contar.²⁹⁶

Ainda que assim não fosse, e largo fosse o número de situações para lá das normativamente previstas, parece-nos que o elenco do legislador sempre funcionaria como um elucidário, destinado, não a limitar o juiz quanto às situações de inferioridade que deve tomar em consideração, mas antes no sentido de lhe indicar a que qualidade de situações deve prestar atenção. Nem a teleologia do preceito poderia ficar servida por uma abordagem que considerasse só algumas situações de inferioridade do declarante, em prejuízo de outras que fossem analogamente relevantes.²⁹⁷

pode nem incapacitar o declarante de entender o sentido declaração, nem tolher-lhe o livre exercício da vontade.

²⁹⁴ Cfr. PEDRO EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, *op. cit.*, pp 44 e 45.

²⁹⁵ Cfr. PEDRO EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, *op. cit.*, p. 46.

²⁹⁶ Que, de todo o modo, seriam de admitir. Como afirma JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “[é] admissível uma prudente extensão a outras situações de fraqueza negocial de alguém que sejam análogas a algumas das que ficaram descritas” (*Teoria Geral*, vol. III, p. 363).

²⁹⁷ Cfr., neste sentido, o Ac. da RLx de 23/10/1986, in CJ, 1986, tomo IV.

Uma crítica contundente à actual redacção deste preceito alicerça-se no facto de se estender para lá das “situações”, para passar a também albergar “estados”, “(...) pois não é correcto falar em situação de estado mental e também não pode qualificar-se a ligeireza – que é um mero comportamento ou atitude – como uma situação”.²⁹⁸ Assim, termos como “necessidade”, “inexperiência”, “dependência” e “deficiência psíquica” (este último entretanto eliminado) constituem *situações*, ao passo que “estado mental” e “ligeireza” (aditados pelo Decreto-Lei n.º 262/83), não. Aqueles termos – mas já não estes últimos – *seriam dotados de uma certa estabilidade, mesmo que passageira ou excepcional*, por oposição a casos como os de “ligeireza”, que traduzem um “*mero comportamento ou atitude*”, e que o legislador de 1966 havia considerado e repudiado por corresponderem a “(...) *uma falha esporádica ou acidental na realização momentânea do negócio, mais próxima da área da incapacidade acidental*”.²⁹⁹

É certo que uma sobreposição existente entre o n.º 1 do artigo 282.º e o artigo 257.º poderia ser colmatada através de uma interpretação revogatória daquele preceito, na medida da sobreposição, pela qual “*se tem de sacrificar, em obediência à real vontade do legislador, parte ou totalidade duma norma*” por esta se encontrar com outra “*numa contradição irremovível*”.³⁰⁰ Ainda assim, se o manuseamento do n.º 1 do artigo 282.º já era de difícil manuseamento, pela natureza indeterminada das expressões empregues, a tarefa do jurista aplicador não ficou facilitada – muito pelo contrário – pela largueza da nova redacção, assim minando a finalidade “*de [alargamento do] âmbito do conceito fornecido pelo Código Civil, demasiado restrito para as variadas situações carecidas de tutela jurídica com que a vida real nos confronta*”, que havia presidido ao Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho.

²⁹⁸ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. 1, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 261.

²⁹⁹ ANTUNES VARELA, *in* RLJ, ano 117, n.º 3718, pp. 4 e 5.

³⁰⁰ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Noções Elementares de Direito Civil*, I, 6.ª ed., p. 173.

2.3.2. – Exploração da situação de inferioridade

I – No que toca à exploração da situação de inferioridade do declarante levanta-se a importante questão de saber se esta continua a ter de ser consciente, qualificativo que deixou de constar da letra da norma. Em nosso entendimento, *a resposta é negativa*.

Pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, a expressão “*aproveitando conscientemente*” foi substituída pela locução “*explorando*”.³⁰¹ Os verbos “aproveitar” e “explorar” *têm o mesmo significado de “tirar proveito ou partida”* de uma situação alheia em benefício próprio. *Em ambos os casos, o comportamento pode ser consciente ou inconsciente, devendo exigir-se aquela consciência caso o qualificativo respectivo seja aditado.*

Seria sempre admissível tentar sustentar o entendimento de que qualquer aproveitamento e exploração consubstanciam comportamentos necessariamente conscientes, e que ninguém tira proveito de uma situação por mero acaso. *Só que tal, não só não seria verdade, como também conduziria a resultados inconvenientes.*

Antes do Decreto-Lei n.º 262/83 o legislador falava explicitamente em aproveitamento consciente na redacção anterior deste artigo 282.º, o que só faria sentido se aceitasse haver também aproveitamentos inconscientes, cuja relevância estaria excluída com base num argumento *a contrario sensu*. Entre estes aproveitamentos inconscientes poder-se-ia entender que, quanto a alguns

³⁰¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA consideram (*Código Civil Anotado*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 260 e 261) que o aproveitamento – ou “exploração” –, continua a ter de ser consciente, pese embora a supressão deste advérbio operada por aquele diploma legal. A justificação é a de que explorar é o mesmo que aproveitar conscientemente, pelo que o legislador teria substituído uma expressão (“*aproveitando conscientemente*”) pelo seu sinónimo (“*explorando*”). Não é de sufragar tal entendimento, salvo o devido respeito.

deles, e atendendo às circunstâncias do caso concreto, o declaratório deveria ter tido consciência da exploração, porque com a diligência, o cuidado e zelo médios teria tomado conhecimento da situação de inferioridade em que o declarante se encontrava.

Defender que estes aproveitamentos residiriam fora da hipótese do preceito deixou de ser uma possibilidade a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 262/83, que os incluiu através da eliminação do requisito da consciência do usurário – deixando de qualificar a consciência; o que, de resto e como vimos, se compadece com a finalidade deste diploma legal de “*alargar o âmbito do conceito [de usura] fornecido pelo Código Civil*”.

Esta parece também ser a solução confortada pelos elementos gramatical, teleológico e histórico de interpretação. Os ilustres Autores parecem ver no conceito de “exploração” uma forma necessariamente qualificada de “aproveitamento”, algo que não se estriba noutra base que não o peso da *auctoritas*.

II – Tomando como exemplo alguns dos elementos factuais que estiveram na génese milenar da regra da *laesio* – o *Codex* (4, 44, 2) do *Corpus Iuris Civilis* –, e que agora rememoramos, suponhamos, primeiro, que **A** tem conhecimento das extremas dificuldades – que, de resto, são do conhecimento público – que todos os pequenos proprietários agrícolas têm sentido em manter o seu *fundus*, e tira proveito desse seu conhecimento para extrair de **B** uma declaração pela qual este manifesta a sua vontade de transmitir o direito de propriedade sobre o seu *fundus* por um quinto do seu valor.

Imaginemos agora que **X** extrai de **Y** (também afectado pelas mesmas dificuldades generalizadas) uma declaração de conteúdo semelhante, com a única diferença de que, por ligeireza e desinteresse, não tinha conhecimento de factos – aquelas dificuldades extremas – que eram do conhecimento geral. Deverá a falta de diligência deste, decorrente da sua ignorância indolente,

protegê-lo da aplicação de uma regra, como a da nossa usura, em prejuízo do declarante, em benefício de cuja protecção este preceito foi criado e mantido ao longo dos séculos? Não nos parece.³⁰²

Não está o comprador a aproveitar – a explorar –, em ambos os exemplos, a situação de inferioridade do vendedor?

A própria cognoscibilidade – e não efectiva consciência – da situação de inferioridade do declarante pode resultar do objecto do negócio.³⁰³ Suponhamos uma sociedade comercial que se dedica à investigação bioquímica e subsequente distribuição de medicamentos, a qual distribui um medicamento contra uma forma de hepatite com uma taxa de sucesso única na cura da patologia; e que, aproveitando o monopólio que a patente lhe confere, comercializa o produto a um preço fabulosamente elevado. Não haverá aqui a cognoscibilidade da exploração de uma situação de inferioridade que decorre do próprio objecto – medicamento contra uma doença grave –, uma vez que os seus compradores são exclusivamente pessoas com aquela doença, que não outra têm alternativa que não seja comprá-lo para terem esperança de curar a sua doença? O mesmo se diga de alguém que, num casino, adquire um relógio de ouro, novo, por uma fracção ínfima do seu preço de venda ao público. Não se deverá exigir que devesse saber – das circunstâncias em que o negócio é concluído – estar a aproveitar a situação de inferioridade do jogador, que lho vendeu para imediatamente aplicar o produto no jogo?

*O requisito da mera cognoscibilidade da exploração,*³⁰⁴ em vez da sua efectiva consciência, *é também preferível, de iure condendo:* não deixa de

³⁰² Nem era essa a solução do *Corpus Iuris Civilis*, que exigia apenas a exploração ou aproveitamento da situação do declarante, independentemente de o declaratório dela ter consciência, nem é essa a solução que tem vindo a ser extraída do § 138 BGB.

³⁰³ E assim é, por exemplo, no direito alemão, em que este requisito, que se entende aplicar-se a ambos os n.ºs do § 138 BGB, é considerada, na prática, como uma ficção (cfr. KARL HACKL, *Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit*, in “Betriebsberater”, vol. 21, 1977, p. 1412).

³⁰⁴ Cognoscibilidade, tanto da situação de inferioridade, como da exploração? Compreende-se uma resposta em sentido afirmativo: para haver um aproveitamento da situação de alguém é necessário saber-se que essa pessoa está numa situação que o permite – se não estivesse, o aproveitamento não existiria.

permitir censurar o declaratório quando o seu comportamento é censurável, ao mesmo tempo que confere melhor protecção ao declarante contra situações de exploração pelo declaratório, independentemente de este efectivamente saber da situação de inferioridade ou do carácter extraordinário do benefício recebido.^{305 306}

2.3.3. – Concessão de benefícios excessivos ou injustificados

I – Por último, os benefícios prometidos ou concedidos por força da exploração daquelas situações de inferioridade continuam a ter de ser “*excessivos ou injustificados*”, mas suprimiu-se o advérbio de modo “*manifestamente*”, que os acompanhava.³⁰⁷

“Manifestamente” tem um significado quantitativo: a excessividade do benefício deve “saltar à vista”; não deve haver dúvidas quanto à falta de equivalência – *objectiva* – entre as prestações. Ao suprimir a locução, o legislador flexibilizou o microssistema normativo do n.º 1 do artigo 282.º, assegurando a sua mobilidade e a possibilidade de compensação recíproca entre os elementos subjectivos e o objectivo.

³⁰⁵ E se o beneficiado for terceiro? Será necessária a cognoscibilidade por parte deste?

³⁰⁶ E se ambos – declarante e declaratório – se encontrassem numa situação de inferioridade? Quando se fala em inferioridade consideramo-la em relação ao outro contraente? Parece-nos que sim. Suponhamos que um dos contraentes precisa urgentemente de dinheiro, e que o outro contraente é fraco de carácter; aquele explora a situação concreta de inferioridade deste e obtém um benefício excessivo. Há exploração, pois esta tem como referente a situação de inferioridade concreta do devedor; e quanto à situação “inexperiência” há uma superioridade do contraente endividado (que não é inexperiente) em relação ao outro (que o é). E se ambos fossem inexperientes, mas um ainda mais inexperiente que o outro? Também nos parece haver exploração, pois o contraente explorado encontra-se numa situação de inferioridade, em termos objectivos, e em inferioridade também em relação ao outro contraente, que, por ser um pouco mais experiente, aproveitou a situação daquele.

³⁰⁷ Para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (*Código Civil Anotado, op. cit.*, p. 261) esta é a única alteração de fundo introduzida pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho.

Isto não significa que tenha deixado de ser necessária uma falta de equivalência apreciável entre as prestações: deve continuar a ser requerida uma medida mínima de desequilíbrio prestacional, à semelhança do que vimos para os elementos subjectivos. A fasquia é que baixou, o que permite que uma intensidade elevada dos elementos subjectivos possa— agora — compensar uma desproporção menos intensa.

A tarefa pouco invejável de determinação concreta deste *quantum* mínimo de desequilíbrio deve caber ao jurista decidente, que não pode deixar de a efectuar em vista do caso concreto. Só assim podem ser densificados conceitos indeterminados, matéria em que o artigo 282.º é rico.

De todo o modo, sempre diremos que a velha regra justinianeia deve servir de barómetro. Desde logo porque “*mais do dobro*” ou “*menos de metade*” são expressões particularmente impressivas de desequilíbrio — não surpreende que tenham gozado de relevância normativa no nosso continente durante séculos; e depois, porque a expressão tem tradição histórica entre nós, tendo-se mantido em todas as três Ordenações, como vimos; os juristas da Ordenação Afonsina fazem mesmo referência expressa à autoridade justinianeia do preceito.

II – Este barómetro deve ser apenas um ponto de partida.³⁰⁸ É que o n.º 1 do artigo 282.º basta-se com “*a concessão de benefícios excessivos ou injustificados*”. *Teríamos preferido a conjunção, em vez da disjunção*, de modo a que estes requisitos objectivos fossem cumulativos, em vez de um deles bastar.

³⁰⁸ Contra, considerando que a lesão *ultra dimidium* é “*sempre excessiva*”, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 499. Dada a falta de necessidade de cumular este requisito com a ausência de justificação para o benefício, parecem-nos que uma posição destas é perigosa, salvo o devido respeito, e não contribui para tornar atractivo para a nossa jurisprudência o sistema móvel do n.º 1 do artigo 282.º.

Pode suceder que o benefício seja excessivo, mas que este seja justificado por algumas contrapartidas que não são aferíveis com base numa comparação entre deveres primários da prestação: veja-se, por exemplo, a prática de algumas marcas que abrem estabelecimentos em áreas extremamente dispendiosas – as chamadas *flagship stores* –, sujeitando-se (e sabendo-o antecipadamente) a perder fortunas anualmente com essas lojas por saberem que melhoram a sua imagem.³⁰⁹ Ou pode suceder que alguém pagou um preço extraordinariamente elevado por uma coisa devido ao seu valor sentimental; bastarmo-nos com a excessividade significa existir a possibilidade de serem considerados como usurários negócios desta estirpe.

Ainda que se pudesse pressupor jurisprudencialmente que à excessividade está associada uma falta de justificação, parece-nos preferível permitir que quem percebeu aquele benefício excessivo possa provar que, afinal, ele não o é, oferecendo uma justificação. Utilizar a fasquia do *ultra dimidium* como ponto de partida, em vez de limite rígido, permite mitigar esta falta de exigência de excessividade e de ausência de justificação, em cúmulo. Conferiria também alguma relevância e operatividade à supressão do “manifestamente” a propósito da falta de justificação.

³⁰⁹ Num sentido não muito diverso, cfr. Ac. RLx de 2/10/2003 (TIBÉRIO SILVA), in CJ, XXVIII, 2003, 4, p. 107 (rejeitou a existência de usura no quadro de pagamentos efectuados por lojistas, em centros comerciais, em vista do quadro das contrapartidas que iriam receber).

2.3.4. – Sanção: semelhanças com a alteração das circunstâncias e remissão

I – Nos termos do n.º 1 do artigo 282.º, o negócio usurário é anulável.^{310 311} Pode ser modificado, nos termos do artigo 283.º, idênticos aos do artigo 437.º, relativo à alteração das circunstâncias, que desenvolveremos no quadro deste instituto.

São evidentes as similitudes entre a usura e a alteração das circunstâncias, no que toca à sanção aplicável ao negócio jurídico; com uma diferença: na alteração das circunstâncias o negócio é resolúvel, em vez de anulável, visto que o negócio é concluído validamente, ao contrário do que sucede quando é inquinado por erro-vício ou usura.

Aquelas similitudes resultam da proximidade entre as duas figuras: em ambos os casos tem de haver uma desproporção para lá de um certo limite, seja este a boa fé (artigo 437.º) ou a excessividade do benefício (n.º 1 do artigo 282.º). Dado o potencial serviço do critério *ultra dimidiam* como ponto de referência e de partida na apreciação da excessividade dos benefícios decorrentes da exploração, a usura parece dispor de uma bitola mais concreta, embora a boa fé, enquanto correctivo, seja mais ampla e permita tomar em consideração situações em que, apesar da excessividade, esta seja compensada por outros elementos.

II – Na alteração das circunstâncias não existem os elementos subjectivos – a situação de inferioridade que é explorada. Semelhante

³¹⁰ Quanto a este vício, e seus efeitos gerais, cfr. RUI DE ALARCÃO, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, vol. 1, Atlântida, Coimbra, 1971, pp. 49 a 82.

³¹¹ No quadro do direito alemão a sanção imposta pelo § 138 é a da nulidade. Há, no entanto, situações de excepção (cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlim, 1979).

comportamento odioso é-lhe desconhecido: não há, nem um devedor incapaz de se proteger, nem um credor que explora essa tibieza.

Por isso a alteração das circunstâncias é mais exigente nos requisitos, dado não haver um comportamento censurável do declaratório, de exploração de uma situação de inferioridade do devedor no sentido de dela beneficiar extraordinariamente. O modo como o sacrificio patrimonial é limitado é, portanto, mais prudente: o jurista decidente tem de justificar mais profunda e cautelosamente, perante o princípio de que *pacta sunt servanda*, por que motivo o posterga a favor de considerações de equidade. É este novo microsistema móvel que vamos agora analisar.

3 – Alteração das circunstâncias

3.1. – Noção de alteração das circunstâncias e autonomia em relação ao erro-vício

I – O comportamento declarativo, como vimos a propósito da sua interpretação, assenta numa vontade, a qual exterioriza. Esta, por sua vez, é formada interiormente com base em motivos, que corporizam vantagens que o declarante pretende alcançar sob a tutela do Direito. Estes motivos assentam em representações, que incidem sobre circunstâncias. As representações acerca de circunstâncias são, portanto, o fundamento que justifica a formação daqueles motivos.

Uma vez que os motivos respeitam a circunstâncias, que frequentemente estão sujeitas ao devir, e porque os contornos desta evolução raramente podem ser objecto de perfeito conhecimento por parte do declarante (na apropriada expressão mil quatrocentista de BRIAN CJ, “(...) *for it is*

*common learning that the intent of a man cannot be tried, for the Devil himself knows not the intent of a man*³¹²), estará sempre presente o risco do surgimento de uma divergência entre os factos representados – em que se fundam os motivos – e a realidade, na qual os efeitos jurídicos se produzem.

A alteração das circunstâncias é o instituto pelo qual o sistema jurídico gere a forma como este risco é distribuído, mediante a limitação do sacrifício patrimonial a suportar pelo declarante-devedor, sempre que a boa fé o exija, em virtude de uma alteração anormal de circunstâncias de que dependem necessariamente as utilidades visadas pelo comportamento declarativo.

Diferentemente – mas por vezes confundidos no que toca ao seu alcance –, *o erro-vício* é, como o nome indica, um vício da vontade. Enquanto vício da vontade, caracteriza-se por uma anomalia no processo de formação da vontade; anomalia essa que corresponde a uma representação inexacta ou ignorância de uma ou várias circunstâncias de facto ou de direito determinantes na decisão de efectuar o negócio. A presença desta anomalia faz com que o Direito considere que a vontade não se formou de modo normal e são: há uma divergência entre a vontade efectiva – viciada – e a que se teria formado, caso a representação não houvesse sido deficiente.

Portanto, e numa aproximação inicial, para que se possa falar em erro-vício é imprescindível observarmos o seguinte: primeiro, que a vontade se tenha formado com base em *representações que não correspondem à realidade*; e, segundo, *que sobre essas representações assentem motivos que tenham sido determinantes* para a emissão da declaração de vontade ou para delinear os termos em que ela foi emitida.

³¹² *Apud* CECIL HERBERT STUART FIFOOT, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, Stevens, Londres, 1949, pp. 252 a 254..

II – Apesar de haver muita confusão remanescente, tanto na doutrina, como na jurisprudência, no tocante aos âmbitos de aplicação do erro e da alteração das circunstâncias, *é simples o critério que os distingue: é o do momento do surgimento de uma divergência entre a realidade de uma circunstância e a representação que dela foi feita, pelo declarante, quando efectuou o comportamento declarativo.*

Portanto, o momento relevante é o da divergência entre a representação feita pelo declarante e a vera realidade representada; e a única questão que interessa levantar para saber se há erro sobre a base do negócio ou alteração das circunstâncias é: trata-se de uma divergência *originária* ou *superveniente*?

A alteração das circunstâncias é um problema de pressuposição,³¹³ isto é, *reporta-se a uma representação que se projecta no futuro*: a verificação (ou não verificação) de certas circunstâncias no futuro, ou a manutenção (ou não manutenção) futura de determinadas circunstâncias, existentes aquando da emissão da declaração.

Já *o erro-vício – em todas as suas modalidades – é uma questão de correcção, no presente, de uma representação*: refere-se à verificação (ou não verificação) de certas circunstâncias no momento da emissão da declaração negocial.

A alteração de que o artigo 437.º trata corresponde ao surgimento futuro de uma divergência entre a representação actual (contemporânea da declaração) e a realidade representada. *Esta realidade teria sido representada*

³¹³ WINDSCHEID começou por apresentar a teoria da pressuposição em *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*, para a resumir posteriormente nas *Pandectas (Lehrbuch des Pandektenrechts, 7.ª ed., pp. 275 ss.)* e, finalmente, responder a críticas em *Die Voraussetzung, in AcP, 78, 1892, pp. 161 ss.*

A consequência de a pressuposição não existir seria a faculdade de impedir a eficácia, por via de excepção ou por revogação. Em Portugal a teoria foi aceite, entre outros, por PINTO COELHO, *Das Cláusulas Accessórias dos Negócios Jurídicos, II, Termo. Modo – Pressuposição*, 1910, pp. 170 ss., e, em tempo mais próximo, explicada e analisada quanto às suas repercussões, por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pp. 969 ss..

correctamente aquando da emissão da declaração negocial, para depois ser infirmada por eventos posteriores, ou teria sido representada num momento em que ainda não era possível aferir a sua correcção ou incorrecção.

Em ambos os casos o declarante expõe-se ao risco resultante da incerteza da ocorrência (ou não ocorrência) de eventos futuros. Se esta incerteza não existisse, nunca poderíamos sequer falar de alteração das circunstâncias, dado o requisito de anormalidade exigido pelo artigo 437.º, que subentende uma necessidade de incerteza.³¹⁴ Ademais, aquele risco e esta incerteza são centrais, ao ponto de o n.º 1 desta norma requerer que o erro sobre a base negocial (por remissão legal) e a alteração das circunstâncias “*não esteja[m] coberta[s] pelos riscos próprios do contrato*”.

Vincando: para que haja alteração das circunstâncias *ponto é que a divergência entre a representação e a realidade não existisse aquando da realização do comportamento declarativo.*

Portanto, não se exige que o declarante estivesse certo aquando da emissão da declaração para depois passar a estar errado quando a circunstância por ele representada se alterou. *Basta que não estivesse errado logo à partida.*

Já se aquela divergência entre o que é representado e a realidade existisse no momento em que o declarante emitiu a declaração tratar-se-á sempre de erro.³¹⁵

Sintetizando com o apoio da autoridade de E. ALLAN FARNSWORTH, “*mistake is discovered (...) by comparing what was believed to be the fact alongside of the discovered actual fact*”.³¹⁶

³¹⁴ Cfr. *infra* ponto 3.3.2.

³¹⁵ No erro o declarante ou está certo ou não; na alteração das circunstâncias o declarante *pode* estar certo ou não: ainda não se sabe.

³¹⁶ *Oops! The Waxing of Alleviating Mistakes*, in “Ohio Northern University Law Review”, 30, 2004, p. 173 (citando favoravelmente o Supreme Court of Utah, na decisão Kirchgestner v. Denver & R.G.W.R. Co., 2018 P.2d, p. 691 (Utah 1950)).

III – Contrariamente ao erro-vício, o instituto da alteração das circunstâncias continua a ser controvertido e de aplicação renitente, incerta e – o que é mais preocupante – confusa.

De certa forma, compreendem-se as razões. O erro-vício trata de situações em que o declarante exterioriza uma vontade que está inquinada logo à partida. A alteração das circunstâncias almeja solucionar os casos em que o declarante exterioriza uma vontade assente em pressupostos sãos, mas que deixam de o ser. *Mexe, portanto, com o futuro, com o incerto*, quando o declaratório contava com a produção dos efeitos decorrentes da declaração de vontade em cuja validade confiou legitimamente. A fluidez associada ao devir é reflectida pela indeterminação dos conceitos empregues pelo n.º 1 do artigo 437.º – e, sobretudo, pela boa fé, de onde todos eles, em última instância, brotam (no quadro deste preceito).

Este problema é de tremenda complexidade,³¹⁷ e secciona tempo e espaço: por um lado, nem sempre a alteração das circunstâncias foi aceite; e, por outro lado, ainda hoje continua a haver ordenamentos jurídicos – como o francês, o inglês ou o norte-americano – menos acolhedores da relevância jurídica de elementos como os que, entre nós, encontramos vertidos no n.º 1 do artigo 437.º

A História e as razões para as dissemelhanças geográficas desempenham um papel importante no desvendar dos mistérios.

³¹⁷ Não é sem motivos que autores da craveira de JAMES WHITE e ROBERT SUMMERS (§3–10, 2006. Uniform Commercial Code, St. Paul, MN, West Group) afirmam que “[the] doctrines of impossibility [and] commercial impracticability (...) comprise unclimbed peaks of contract doctrine. Clearly, all of the famous early and mid-twentieth century mountaineers, Corbin, Williston, Farnsworth and many lesser persons have made assaults in this topic but none has succeeded in conquering the very summit”.

3.2. – Enquadramento espacial e temporal

I – Os trabalhos filosóficos latinos concediam relevância aos casos de alterações de circunstâncias.³¹⁸ De entre os estudos que sobreviveram até hoje, o *De Officiis* de CÍCERO parece ter sido o primeiro a reconhecer abertamente a importância das mudanças no contexto circunstancial em que certos contratos eram concluídos, com o Retórico a afirmar, ainda no século I a.C., que “*sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta*”.³¹⁹ Uma das inúmeras manifestações concretas desta afirmação, de que o tempo torna eticamente condenável aquilo que foi aceitável em momento anterior, é o caso do depositante, entretanto ensandecido, que vem pedir ao depositário a devolução de uma espada sua.³²⁰ Esta perspectiva e este exemplo viriam a influenciar a tradição cristã ulterior e, conseqüentemente, o Direito Canónico medieval.

Já no primeiro século da era comum, o trabalho do estóico hispânico SÉNECA deu origem a um conceito que viria a ser de crucial relevância jurídica posterior – a *clausula rebus sic stantibus* –, de que é paradigma a afirmação de que “*omnia esse debent eadem, quae fuerunt quum promitterem, ut promittentis fidem teneas*”.³²¹

Como referimos, e apesar da expressividade de SÉNECA, foi o exemplo do gládio de CÍCERO que impressionou o pensamento cristão nos seus primórdios. Em finais do século IV, SANTO AGOSTINHO abordou-o nas suas

³¹⁸ Já as Leis de Hammurabi (habitualmente referidas generosamente como “Código”) tratavam desta questão.

³¹⁹ *De Officiis*, 3, 95 (“Assim muitas coisas que parecem ser correctas, o tempo torna incorrectas”).

³²⁰ “*Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non redere*” (*De Officiis*, 3, 95. “Se aquele que te entregou uma espada [apesar de um gládio ser uma espada de lâmina curta, a palavra latina “gladius” refere-se a qualquer tipo de espada] de mente sã, a pede de volta já insano, que seja pecado a sua devolução, e que seja um dever a sua não devolução”).

³²¹ *De Beneficiis*, 4, 35, 3 (“devem manter-se todas as circunstâncias que existiam ao tempo da promessa, para que mantenha a confiança do promitente”).

Enarrationes in Psalmos, oferecendo uma solução em consonância com a do Autor latino: o depositário deveria reter a espada em virtude da alteração das faculdades mentais do depositante, até que a sanidade deste regressasse.³²² Esta afirmação acabou por ser transplantada para o Direito Canônico medieval, principalmente por IVO DE CHARTRES, sendo evidente no *Decretum Gratiani* de meados do século XII.

Este último fenómeno é responsável pelo desenvolvimento de uma jurisprudência canônica medieval de índole científica, e parece ter sido o ponto de partida para um debate entre os juristas medievais sobre se – e em que termos – uma alteração das circunstâncias se deveria traduzir também numa alteração ao nível contratual. No contexto desta discussão, JOHANNES TEUTONICUS, autor da *Glossa Ordinaria* ao *Decretum Gratiani*, extraiu das considerações de SANTO AGOSTINHO a conclusão de que todos os contratos estariam sujeitos à condição da manutenção das circunstâncias (em que foram concluídos),³²³ o que, de resto, ia ao encontro da decisão do PAPA INOCÊNCIO III de que o adultério cometido pela esposa libertava o marido da promessa de fidelidade, por a vigência desta estar sujeita à manutenção da licitude do comportamento uxório.³²⁴ Em comentário a esta decisão, TEUTONICUS utilizou

³²² *Enarrationes in Psalmos*, 5, 7: “[s]i cui gladius commendetur, et promittat se redditurum cum ille qui commendavit poposcerit; si forte gladium suum repetat furens, manifestum est tunc non esse reddendum, ne vel se occidat vel alios, donec ei sanitas restitatur” (“se aquele a quem o gládio foi entregue, e que prometa que o restituirá assim que o requeira aquele que lho entregou, é agora evidente que não deve ser restituído, para que não se mate ou a outros, até que a sua sanidade retorne”).

³²³ *Gloss ad C. 22 q. 2 c. 14*: “Ergo semper subintelligitur haec conditio, si res in eodem statu manserit (...) Et est hic arg(umentum) quod propter novum casum datur auxilium (...)” (“Por isso sempre deve ser subentendida esta condição: se a coisa permanecer no mesmo estado (...) E o argumento é o de que é por causa da alteração que é dado auxílio”).

³²⁴ *Decretal Quemadmodum*, 2.24.25: “(...) quia in illo iuramento talis debet conditio subintelligit, si videlicet illa contra regulam desponsationis non venerit” (“porque naquela promessa se deve subentender tal condição, nomeadamente de que não aja contra aquela regra matrimonial”).

a fórmula *si res in eodem*³²⁵ (“*se a coisa for a mesma*”) para esclarecer que promessas como estas (dos cônjuges) têm de ser acompanhadas de muitas condições (“*quod plerumque condiciones intelliguntur in iuramentis ut hec (...)*”). A abordagem jurídica da alteração das circunstâncias assentava aqui na ideia de que *as partes estabeleceriam regras para acontecimentos futuros que não previram no momento da conclusão do contrato*.³²⁶

II – O trabalho de refinamento desta sopa primordial ideológica esteve a cargo dos glosadores e comentadores do Direito Romano, com destaque para ACÚRSIO, BÁRTOLO e BALDO: o primeiro criou a fórmula *rebus sic se habentibus*, que posteriormente o segundo aplicou a dois casos, que o terceiro destes juristas acabaria por alargar a todas as promessas.

No entanto, do exposto decorre que glosadores e comentadores – onde tantas vezes os autores começam a descrever a história jurídica da alteração das circunstâncias – não redescobriram uma noção perdida do Direito Romano (onde ela verdadeiramente não existia), nem a sintetizaram a partir do éter; antes se limitaram a desenvolver conclusões a que a tradição canónica já havia chegado. Na senda desta doutrina, e no século XIV, BÁRTOLO e (sobretudo) BALDO limitaram o princípio romano *pacta sunt servanda* através do funcionamento de uma *condição implícita tácita*, que acompanharia as promessas. Suscita-se então o problema interpretativo de determinar quais as condições implícitas tácitas que devem acompanhar uma dada promessa.

As palavras de BALDO (“(...) *regulam, quod omnis promissio intelligitur rebus sic se habentibus*”)³²⁷ ofereciam já uma resposta, mas esta é

³²⁵ *Apparatus Glossarum*, in Kenneth Pennington (ed.), *Compilationem tertiam*, Gloss ad 3 Comp. 2.15.11 ad v. *subintelligenda condicio*, p. 285.

³²⁶ Cfr. ANDREAS THIER, *Legal History*, in Ewoud Hondius & Hans-Christoph Grigoleit (eds.), “Unexpected Circumstances in European Contract Law”, p. 18.

³²⁷ BALDO DE UBALDIS, *Commentarius ad D. 46.3.38, n. 2*, in Baldo de Ubaldis, “*Commentaria Omnia*”, Veneza, 1599, vol. IV, fol. 39 (“*a regra de que em toda a promessa se deve entender uma condição de que as coisas assim se mantenham*”).

tornada mais evidente com PHILIPPUS DECIUS, já pertencente à última geração dos comentadores (que escreveu na segunda metade do século XV, princípios do século XVI), o qual resolveu o problema hermenêutico através do funcionamento de uma presunção relativa de inclusão de uma dada condição tácita. Ou seja: *a letra do contrato há-de ser compreendida como decorrente do contexto em que aquele foi concluído*, pelo que qualquer alteração a este contexto legitimaria o devedor, em princípio, a não cumprir,³²⁸ tendo o credor o ónus de demonstrar que a condição concretamente alterada não se deveria considerar compreendida no contrato.

No fundo, o esforço científico de glosadores e comentadores no sentido da limitação do funcionamento da regra *pacta sunt servanda*, no caso em que o seu funcionamento irrestrito desembocava em flagrantes injustiças, resulta, paradoxalmente, do predomínio praticamente completo que àquele princípio vinha sendo reconhecido desde finais do século XII. Como os contratos eram para cumprir nos termos em que houvessem sido concluídos, *tornava-se necessário encontrar uma solução que permitisse escapar a esta imposição, sem desvirtuar o princípio*. Ao entender-se que os contratos são, de facto, para cumprir, mas que neles estão incluídas condições que não foram explicitadas, obtia-se o desiderato almejado: fugia-se às injustiças mais gravosas através de uma ficção que permitia manter uma percepção de plena integridade do princípio *pacta sunt servanda* (bem distinta desta doutrina era a análise medieval do erro, o qual se referia apenas a elementos essenciais do próprio contrato – *error in negotio, in corpore, in persona*).³²⁹

³²⁸ PHILIPPUS DECIUS, *Consilia sive Responsa*, consilium 335, n. 4, Veneza, 1570, fol. 364: “*Et est regula communitatis quod verba contractus et statuti intelliguntur rebus sic stantibus ideo ex causa supervenienti contraveniri potest*” (“*E é regra comum que as palavras do contrato e da norma sejam entendidas como dependentes de as circunstâncias se manterem inalteradas; logo, por este motivo, podes não cumprir*”).

³²⁹ Cf. WOLFGANG ERNST, *Irrtum. Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte*, in Reinhard Zimmermann (ed.), „Störungen der Willensbildung bei Vertragschluss“, 2007, pp. 11 a 17.

III – A ficção de que a existência de *clausulae rebus sic stantibus* implícitas não punha em causa a supremacia de que gozava o princípio *pacta sunt servanda* foi sendo desnudada ao longo dos séculos XVI e XVII, durante os quais este princípio se vincou cada vez mais na doutrina contratual. Logo na primeira metade do século XVI ANDREAS ALCIATUS defendeu que a vontade das partes nem sempre abrangia aquelas condições implícitas e que, por isso, *não se poderia presumir uma mudança da vontade sempre que se alterasse uma das circunstâncias contemporâneas do momento da conclusão do contrato*. Esta posição de ALCIATUS revestia-se de maior sofisticação, distinguindo entre negócios unilaterais e bilaterais: nos primeiros era aceitável presumir uma mudança da vontade do declarante se fosse de entender que este teria declarado em consonância com as novas circunstâncias; já nos contratos não se aplicaria tal presunção se tal beneficiasse apenas uma das partes, dada a natureza crucial da existência de duas vontades.³³⁰ A composição de interesses determinada pelo encontro originário de vontades e o vínculo dele resultante prevaleciam sobre o interesse de uma das partes contratuais em libertar-se das suas obrigações na sequência de uma alteração das circunstâncias.

Contudo, ALCIATUS admitia como exceção a esta regra – ou seja, admitia como casos em que o devedor licitamente não cumprisse o que fora convencionado – as *causae inconsideratae*, isto é, alterações que ambas as

³³⁰ ANDREAS ALCIATUS, *Tractatus de Praesumptionibus*, praesumptio 16, n. 5 e 6, in Andreas Alciatus, *Commentarii in aliquot Iuris Civiles et Pontificii Titulos*, vol. 4, col. 684: “*Cum quaeritur an voluntas intelligitur, rebus sic stantibus aut sumus in actu dependente ex voluntate unius, et tunc si res incidat in casum, in quem verisimile sit disponenentem alias dispositurum, censetur mutata voluntas. (...) Aut loquimur in actu descendente ex voluntate duorum et non attenditur ista clausulae rebus sic stantibus, nec licet alteri mutare voluntatem*” (“*Sendo perguntada ou compreendida a vontade, no acto dependente de uma só vontade, de estarmos sujeitos a uma condição rebus sic stantibus, e se depois suceder que o disposto aparentemente verdadeiro seja diferente do que teria sido disposto, que se tenha a vontade por alterada. (...) Ou dizemos no acto, nascido da vontade dos dois, que não se deve atender a esta cláusula rebus sic stantibus, e que não se permite que mudar de vontade*”).

partes presumivelmente não teriam previsto.³³¹ Esta concessão do Autor italiano, fundador do humanismo jurídico francês,³³² constitui um momento de mudança de paradigmas, face à existente compreensão voluntarista do problema da alteração das circunstâncias: em certos casos desiste-se de manter a sacra integralidade do princípio *pacta sunt servanda* através dos habituais epiciclos, para *passar a aceitar-se que o devedor possa não cumprir a obrigação licitamente, ainda que a justificação para tal assente em razões e fundamentos objectivos que extravasam da vontade das partes*, para se acantonarem nos limites da capacidade de previsão das partes. Deixa de tanto interessar o que as partes quiseram, e passa a ser prestada atenção ao quadro de cognoscibilidade contextual desse querer. Perde importância a condição tácita e ganham-na os elementos circunstanciais cognoscíveis. O produto final é uma perspectiva metodologicamente nova, desassombrada e sincera do problema. É uma brecha na armadura do princípio *pacta sunt servanda*, até então praticamente intocável.

Esta nova concepção de ALCIATUS demorou a ganhar tração. Por exemplo, o seu contemporâneo ULRICH ZASIUS preferiu continuar a ver condições tácitas *rebus sic stantibus* em todos os contratos, sediando na vontade (não expressa) das partes a razão por que o devedor pode não cumprir pontualmente em caso de alterações no contexto existente à data da conclusão (“*unde rerum conditione mutata, iam et conventionis status mutatur*”).³³³

IV – É já na primeira metade do século XVII que HUGO GRÓCIO retoma a investida contra as ficções associadas ao princípio da pontualidade.

³³¹ ALCIATUS, *Tractatus*, *op. cit.*, n. 6, col. 684.

³³² Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, p. 356.

³³³ *Consilia*, vol. 1, consilium 12, n. 81, in Ulrich Zasius, *Opera Omnia*, Lyon, 1550, repr. Aalen, 1966, vol. 6, col. 145 (“*uma vez alterado o estado das coisas, é também alterado o estatuto do acordo*”).

O Autor concebia uma doutrina contratual³³⁴ que combinava a promessa (*promissio*) com o acto de transmissão à contraparte (“*[u]t autem promissio jus transferat, acceptatio hic non minus quam in dominii translatione requiritur*”).³³⁵

Para GRÓCIO, o efeito vinculador da vontade das partes só poderia ser postergado em duas situações: ou a vontade interior se encontrava viciada, ou a alteração das circunstâncias contradizia a vontade das partes (“*aut ex casus emergentis repugnantia cum voluntate*”).³³⁶ Poderíamos, por isso, ser levados à conclusão de que o princípio *pacta sunt servanda* continuaria a encontrar aqui um vassalo.

Sucedo que, e por outro lado, GRÓCIO também se rebelou contra o jugo deste princípio; basta atentar na primeira das duas situações referidas no parágrafo imediatamente anterior – o defeito da vontade. Para o Autor, este vício incluiria “falhas da razão”; ou seja, o “*defectus originarius voluntatis*” (“*o defeito originário da vontade*”) poderia ser “*ex cessatione rationis quae sola plene et efficaciter movit voluntatem*” (“*resultante da cessação da razão que, por si só moveu a vontade, eficaz e plenamente*”).³³⁷

O problema está em saber qual o sentido preciso da locução “*ratio*”.

³³⁴ Sobre a qual se debruçam, detalhada e especificamente, MALTE DIESELHORST (*Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Cologne, Böhlau, 1959, mais precisamente *Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte*, vol. VI) e de BRUNO SCHMIDLIN (*Die Beiden Vertragsmodelle des Europäischen Zivilrechts: das Naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das Pandektistische Modell der Vereinigten Willenserklärungen*, in Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel & Jens Peter Meincke (eds.), “Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik”, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 190 a 193).

³³⁵ *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres in quibus Ius Naturae et Gentium item Iuris Publici Praecipua Explicantur*, 2.^a ed., 1631, de Kanter-van Hettinga Tromp, 1939, novamente publicado com base na edição de 1646 por Robert Feenstra, pp. 335 ss. (“*mas para que a promessa transfira o direito, a translação do domínio requer nada menos que esta aceitação*”).

³³⁶ *De Iure*, p. 421 (II, 16, §22) (“*ou o caso emergente está em contradição com a vontade*”).

³³⁷ *De Iure*, p. 421 (II, 16, §22).

Se se tratar da “racionalidade em geral”,³³⁸ então GRÓCIO teria agredido o princípio *pacta sunt servanda*, mediante a abertura a um controlo jurisprudencial do conteúdo dos contratos: seria sempre o tribunal, em caso de litígio, a ditar o que seria racional que as partes tivessem querido *in casu* e a pronunciar se tal foi também o que as partes efectivamente quiseram.

Se “*ratio*” significar, antes, um “motivo razoável”,³³⁹ teria a instância judicial de apreciar o motivo subjacente à promessa controvertida e decidir da sua razoabilidade; faltando esta, haveria uma discrepância entre o motivo que fundou o querer concreto e o motivo que teria fundado um querer razoável, assente em motivos especificados ou claramente implicados. Ou seja: não vale a *clausula rebus sic stantibus*, sem mais; a sua relevância é limitada pelo requisito de correspondência entre a circunstância (“*res*”) alterada e a *ratio*, enquanto “motivo razoável” do declarante.

De todo o modo, *é decisivo salientar que em ambos os casos o tribunal decide com base em elementos alheios à vontade concreta das partes* (num caso o que era racional em geral; no outro, a razoabilidade do motivo, ou motivos, do declarante).

Portanto, o entendimento de GRÓCIO face à alteração das circunstâncias é o de atribuir relevância à expectativa de manutenção das circunstâncias apenas quando estas decorram da *ratio* (nos tais sentidos de “racionalidade” ou de “motivo razoável”).³⁴⁰ Apesar de não haver aqui uma “falha da razão”, a importância da *ratio* evidencia-se através da imposição de um conteúdo contratual (de as partes terem querido fazer depender a promessa da manutenção de um *status*) que as partes poderiam não ter manifestado querer.

³³⁸ Preferido por RUMMEL (*Clausula*, p. 103).

³³⁹ Cfr. ANDREAS THIER, *Legal History*, *op. cit.*, pp. 21 e 22, para quem “motivo razoável” é o entendimento mais provável devido à relação feita por GRÓCIO entre *promisio* e *ratio*: o conteúdo da promessa assenta numa razão particular (implícita ou explícita) à luz da qual a promessa deverá ser apreciada.

³⁴⁰ *De Iure*, p. 422 (II, 16, §25).

Isto não significa que GRÓCIO visse a *ratio* como fonte de uma condição tácita. Pelo contrário. É que, por um lado, o conceito de *ratio* é distinto do de vontade, precedendo-o; e, por outro lado, a condição – tácita ou não – é o produto da vontade. Ou, sucintamente: a *ratio* funda a vontade, e a eficácia do conteúdo desta pode depender de condições. A *ratio* é o *deus ex machina* que permite a GRÓCIO afastar-se dos entendimentos voluntaristas anteriores.

Recordando a segunda situação em que este Autor considerava ser possível quebrar o liame decorrente da vontade das partes: esta teria de ser contraditada (“*repugnantia*”) pelo *casus emergentis*, isto é, pelo surgimento de um novo quadro circunstancial. Esta *repugnantia cum voluntate* revelar-se-ia em duas situações: aquelas em que a vontade seria contrária à lei e aquelas em que o cumprimento da obrigação se tornaria insuportável, de tão gravoso (“*grave atque intolerabile*”).³⁴¹

Para sopesar a intensidade do sacrifício, ou se consideraria a condição humana num sentido absoluto (“*sive absolute spectata conditione humanae naturae*”), ou comparar-se-iam a pessoa e a coisa em causa com o fim do próprio acto (“*sive comparando personam et rem de qua agitur, cum ipso fine actus*”),³⁴² do que GRÓCIO deu três exemplos: a faculdade de o comodante pedir a restituição do objecto de cómodo pode ser exigida pelo comodante antes do termo do contrato, se necessitar dele urgentemente; a cessação de promessa de auxílio militar cessaria se o devedor fosse entretanto atacado; e a não extensão de isenções fiscais a isenções de subsídios extraordinários em caso de “*summa necessitas*”.³⁴³ Também aqui GRÓCIO descarta a ficção de uma condição que decorreria da vontade das partes em prol de critérios que lhe são exteriores.

³⁴¹ *De Iure*, p. 423 (II, 16, §27 n. 1).

³⁴² *De Iure*, p. 423 (II, 16, §27 n. 1).

³⁴³ *De Iure*, p. 423 (II, 16, §27 n. 1).

Em suma, são dois os casos em que este Autor aceita a alteração das circunstâncias: a *clausula rebus sic stantibus*, temperada por um critério objectivo, exterior à vontade do declarante³⁴⁴ – a *ratio*; e a *repugnantia*, a qual abriu importante fenda no princípio *pacta sunt servanda*.³⁴⁵

V – O pensamento de HUGO GRÓCIO disseminou-se pela Europa continental nos séculos XVII e XVIII, tendo sido apurado por autores como HEINRICH VON COCCEJI, que procurou limitar a regra da condição tácita à “*substantia negotii*”, e AUGUSTIN LEYSER, cuja posição inovadora assentava na aceitação da modificação da relação contratual, em vez de oferecer a sua extinção como solução exclusiva.³⁴⁶

Apesar deste alargamento do leque de soluções, LEYSER preocupou-se em evitar aproveitamentos abusivos da *clausula rebus sic stantibus*, de que era defensor, ao restringir a relevância de uma alteração das circunstâncias – enquanto causa da extinção da relação contratual – à *verificação cumulativa de três condições*: que a declaração negocial não tivesse sido emitida se a conformação das circunstâncias, após a alteração, se tivesse verificado logo

³⁴⁴ E que terá bebido das noções aristotélicas de equidade e de justiça comutativa. Cfr. JAMES GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Law*, Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 89 ss..

³⁴⁵ Ao exposto poderia criticar-se o facto de se incluir a alteração das circunstâncias simultaneamente nos casos de contradição entre a vontade e as novas circunstâncias, e naquelas outras situações acima referidos de vício da vontade interna. Parece que estas últimas integrariam apenas as situações que ainda hoje tratamos sob a mesma nomenclatura, o que nos afastaria da alteração das circunstâncias, que pareceria dever sediar-se expressa e exclusivamente nos casos em que novas circunstâncias “repugnam” à vontade contemporânea da conclusão do contrato. Sucede que, no entanto, e como vimos, GRÓCIO incluía entre os vícios da vontade interna aquelas situações em que “falha a *ratio*” de que promana a vontade.

³⁴⁶ Isto porque “*promissio non penitus remittenda, sed temperanda tamen, atque ad presente tempus et conditionem adcommodanda est*” (“a promessa não deve ser completamente abandonada, mas antes reconfigurada, e deve ser adaptada ao tempo e condição presentes”). AUGUSTIN LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Leipzig, 1744, vol. 7, specimen 520, § 5, p. 847.

aquando daquela emissão;³⁴⁷ que a alteração não fosse imputável ao declarante que dela pretende fazer-se valer;³⁴⁸ e que a alteração das circunstâncias não houvesse sido facilmente previsível e afastável pelos contraentes desde o início.³⁴⁹

Começamos a notar aqui laivos do que hoje encontramos no n.º 1 do nosso artigo 437.º, como a relevância das circunstâncias alteradas na emissão da declaração negocial e a imprevisibilidade da alteração das circunstâncias. Esta abordagem, mais objectiva em relação à condição tácita, aqui postergada, coloca o acento tónico na localização própria do risco de uma alteração das circunstâncias.

O avanço operado por LEYSER é representativo de uma tendência europeia³⁵⁰ de circunscrição da *clausula rebus sic stantibus* a alterações de circunstâncias essenciais, que acabou por gotejar para as grandes codificações de finais do século XVIII,³⁵¹ como o Codex Maximilianeus Bavaricus, a ALR e o ABGB. Todos estes diplomas adoptaram as posições de LEYSER, pelo menos em parte, com destaque para o § 378 I 5 ALR,³⁵² nos termos do qual

³⁴⁷ “(...) *ut, si eadem rerum facies, quae nunc est ab initio adfuisset, alter nihil promississet*” (“então, se esse mesmo estado das coisas, agora existente, estivesse presente desde o início, qualquer outro nada teria prometido”). LEYSER, *Meditationes ad Pandectas, op. cit.*, specimen 520, § 3, p. 843.

³⁴⁸ O Autor emprega o conceito de “culpa”, daí a nossa opção pela locução actual “imputabilidade”; a expressão completa é “*Videndum praetera, an mutatio haec sine omni eius, qui recedere a pacto cupit, culpa acciderit*” (numa tradução livre, “Além disso, deve ver-se se a culpa desta alteração recai sobre aquele que quer desvincular-se”). LEYSER, *Meditationes ad Pandectas, op. cit.*, specimen 520, § 3, p. 843.

³⁴⁹ (traduzimos em texto a expressão “*Mutatio rerum, quam paciscetes facile ab initio praevidere cavereque potuerunt*”). LEYSER, *Meditationes ad Pandectas, op. cit.*, specimen 520, § 4, p. 845.

³⁵⁰ Cfr. a exposição detalhada de HELMUT COING, *Europäisches Privatrecht, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500-1800)*, C.H. Beck, Munique, 1985, p. 412.

³⁵¹ Nos termos descritos por BECK-MANNAGETTA, *Die Clausula Rebus sic Stantibus*, pp. 1274 ss..

³⁵² “*Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beyder*

qualquer parte contratual se poderia desvincular desde que a alteração das circunstâncias fosse imprevisível e tornasse impossível,³⁵³ ou a consecução do fim contratual declarado (explícito), ou a do fim natural (implícito) do contrato.³⁵⁴

Do quadrante insular do continente europeu, a decisão do caso *Paradine v. Jane*,³⁵⁵ datada de 1647, vinha regulando a matéria da alteração das circunstâncias desde meados do século XVII, o que fez até à decisão do caso *Taylor v. Caldwell*,³⁵⁶ mais de duzentos anos mais tarde, em 1863, seguido dos conhecidos *coronation cases*,³⁵⁷ já no dealbar do século XX.

Paradine v. Jane nasceu durante a Guerra Civil Inglesa, uma série de conflitos armados e golpes palacianos que envolveu o próprio Carlos I. Durante a primeira destas Guerras, o exército do monarca (que acabaria derrotado), às ordens do Príncipe Rupert, ocupou um vasto terreno pertencente a Paradine, de que Jane era arrendatário. A ocupação durou três anos (até à derrota das forças de Carlos I), na pendência da qual Jane se recusou a pagar renda, por não lhe ser possível gozar do prédio rústico.

Ao decidir a favor de Paradine, o tribunal determinou que o devedor é responsável independentemente de culpa, caso a obrigação provenha de um contrato e neste não se haja estipulado o contrário.³⁵⁸ E concluiu ainda que, do

Theile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Verträge wieder abgehn“.

³⁵³ E só nestes casos de impossibilidade, nos termos do § 377 1 5 ALR (“*Außer dem Fall einer wirklichen Unmöglichkeit, kann wegen veränderter Umstände, die Erfüllung eines Vertrags in der Regel nicht verweigert werden“*).

³⁵⁴ O que não é muito diferente daquilo a que, ainda hoje, acaba por se reduzir a solução que para este problema é preconizada no direito de matriz anglo-saxónica, sobretudo em Inglaterra – a *doctrine of frustration* –, como veremos.

³⁵⁵ *Paradine v. Jane*, [1647] EWHC KB J5.

³⁵⁶ *Taylor v. Caldwell*, [1863] WHBC QB J1.

³⁵⁷ De que *Krell v. Henry* ([1903] 2 KB 740), *Chandler v. Webster* ([1904] 1 KB 403) e *Herne Bay Steamboat v. Hutton* ([1903] 2 KB 740) constituem exemplos habituais nas escolas de Direito.

³⁵⁸ Cerca de duzentos anos mais tarde esta posição encontrava-se viva ainda nos EUA, sendo sintetizada por MORTON J. da seguinte forma, praticamente idêntica à de *Paradine v. Jane*:

mesmo modo que o arrendatário, Jane, poderia ter beneficiado de “*casual profits*”, também teria de suportar “*casual losses*”.³⁵⁹ Uma assunção irrestrita do risco do cumprimento, em que não havia espaço para a ideia de condições tácitas ou de motivos razoáveis enquanto possíveis pontos de referência para uma modificação ou extinção da relação contratual no caso de uma imprevisível alteração das circunstâncias.³⁶⁰

VI – Tudo mudaria na pendência dos séculos XIX e XX, mesmo no *common law*. *Taylor v. Caldwell*, primeiro, e os *coronation cases*, depois, introduziram importantes brechas numa visão sumamente objectivista do cumprimento contratual.³⁶¹ Os factos de *Taylor v. Caldwell* respeitavam ao arrendamento de uma sala de espectáculos (Surrey Gardens), que Taylor (com

“Where the law imposes a duty upon anyone, inevitable accident may excuse the non-performance, for the law will not require of a party what, without any fault of his, he becomes unable to perform. But where the party by his agreement voluntarily assumes or creates a duty or charge upon himself, he shall be bound by his contract, and the nonperformance of it will not be excused by accident or inevitable necessity, for if he desired any such exception, he should have provided for it in his contract.” *Adams v. Nichols*, 19 Pick. [Mass. 1837], p. 276.

³⁵⁹ Esta ideia de que “deve suportar as perdas porque também colheria os ganhos” continuou a ser defendida (cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Impossibilidade Superveniente por Causa Não-Imputável ao Devedor e Desaparecimento do Interesse do Credor*, in *BMJ*, n.º 46, p. 91; e, no quadro do § 446 BGB, cfr. GEORG EISSER, *Desarrollo y Extensión del Concepto de Riesgo en la Compraventa, según el Derecho Aleman*, in “*Revista de Derecho Privado*”, 1955, pp. 527 ss.), embora respeitando só aos riscos que o ordenamento jurídico, de forma mais restrita, entende terem de ser suportados.

³⁶⁰ Sem surpresas, esta decisão é muito criticada pelos próprios juristas ingleses e norteamericanos. No conhecidíssimo *The Death of Contract* (Ohio State University Press, Columbus, 1995 (reimp. de 1974), pp. 49 e 50), GRANT GILMORE critica a “*theory of absolute contractual liability*” que o caso originou, e cuja importância – mínima à época da decisão (“*In its own day Paradine does not seem to have been a particularly celebrated case, nor does its seventeenth century meaning, so far as we can determine it, necessarily have much or anything to do with what came to be its nineteenth century meaning*”), o Autor considera ter sido empolada por um conjunto de coincidências, principalmente a sua inclusão em compilações jurisprudenciais oitocentistas (sobretudo em JOHN WILLIAMS (ed.), *The Reports of the Most Learned Sir Edmund Saunders*, 3.ª ed. londrina, Merriam and Co., 1816), que encontraram grande sucesso entre uma comunidade de juristas que perfilhavam uma ética Puritana.

³⁶¹ Citar Holmes.

o seu sócio Lewis) haviam tomado de arrendamento “*for the purpose of giving a series of four grand concerts and day and night fêtes at the Gardens*”.³⁶² A sala foi consumida por um incêndio não imputável aos arrendatários, que pediram uma indemnização pelos danos sofridos (publicidade e despesas com a preparação dos eventos). Repudiando a regra de *Paradine*, BLACKBURN J concluiu que “*the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor*”,³⁶³ decidindo pela extinção da relação contratual, sem responsabilizar qualquer uma das partes.

Nascia aqui o gérmen daquilo que, poucas décadas mais tarde, os *coronation cases* refinariam sob a guisa de “*frustration doctrine*”, de modo a abranger situações em que não há impossibilidade de prestar, mas em que o fim do contrato (“*contractual purpose*”) – *rectius*, o fim da prestação, que achava no contrato a sua fonte – teria deixado de poder ser atingido.

Também a jurisprudência norte-americana acabaria por chegar a conclusões materialmente semelhantes no início do século XX, embora seguindo o trajecto da “*impracticability*” (frequentemente adjectivada de “*commercial*”), densificada com base na sentença do litígio *Mineral Park Land Co. v. Howard*.³⁶⁴ O devedor prometera retirar, de um terreno do credor, toda a gravilha necessária para um determinado projecto de construção, por um valor, pago à jarda cúbica. No entanto, acabou por extrair apenas metade da quantidade necessária porque a restante se encontrava submersa e só poderia ser extraída a um custo dez ou doze vezes superior ao custo habitual de semelhante operação, o que o tribunal qualificou de “*prohibitive*”,

³⁶² *Taylor v. Caldwell* (BLACKBURN J.), (1863) 3 Best and Smith’s Reports 826, p. 827.

³⁶³ *Id.*, p. 835. O impacto desta decisão sentiu-se do outro lado do Atlântico, do que é um exemplo mais recente *Opera Co. of Boston, Inc. v. Wolf Trap Foundation for Performing Arts*, 817 F.2d 1094 (4.º Cir. Va. 1987), p. 1097.

³⁶⁴ *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 156 P 458 (1916).

acrescentando, significativamente: “*a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable*”.³⁶⁵

O *Code Civil*, de 1804, demonstrava uma relutância idêntica, quanto à aceitação da *clausula rebus sic stantibus*, à que vimos para as primeiras grandes codificações germânicas, o que foi o produto da influência da Escola Histórica e da ideia da vontade contratual.³⁶⁶

O caso do *Canal de Craponne* é, possivelmente, o mais conhecido expoente desta rejeição. Como o epíteto deixa antever, os factos respeitavam a um canal, cuja água o seu proprietário fornecia a um terreno vizinho a troco de um valor que havia sido estipulado cerca de trezentos anos antes, no século XVI. Como a inflação ocorrida ao longo de tão extenso período de tempo tornara a prestação absolutamente irrisória, o proprietário do canal pedia a sua adaptação. Porém, na sua decisão, a *Cour de Cassation* decidiu que “*dans aucun cas, il n’appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants (...)*”.³⁶⁷ Poucos anos mais tarde, ALFRED FUILLÉE sintetizaria estas ideias com mestria nas célebres palavras “*(...) et qui dit contractuel, dit juste*”.³⁶⁸

³⁶⁵ *Id.*, p. 459. Esta expressão foi retirada de um caso inglês – *Moss v. Smith*, *cit.*, p. 13, em que MAULE J. escrevera “[in] matters of business, a thing is said to be impossible when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at an excessive or unreasonable cost”. No entanto, este caso restringia o seu *dictum* a “matters of business” e enquadrava-se numa doutrina (“*constructive total loss*”) originada com base em normas de seguros marítimos, nos termos das quais se considerava totalmente perdido um navio cuja reparação excedesse o seu valor uma vez reparado (*Marine Insurance Act*. Cfr. JONATHAN GILMAN / ROBERT M. MERKIN/ CLAIRE BLANCHARD / MARK TEMPLEMAN, *Arnould Law of Marine Insurance and Average*, 18.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2013, cap. 29.; e GUENTER TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, *op. cit.*, pp. 258 e 259.

³⁶⁶ Citar.

³⁶⁷ *Ac. da Cass. Civ. de 6/3/1876*. Cfr. FRANÇOIS TERRE / YVES LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, 10.^a ed., Dalloz, Paris, 1994, p. 406.

³⁶⁸ *La Science Sociale Contemporaine*, 1.^a ed., Hachette, Paris, 1880, p. 410. No mesmo sentido segue também a igualmente contundente expressão de EMMANUEL GOUNOT (*Le*

O artigo 1134 do *Code Civil* determina que “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”, embora sujeite esta *lex contractus* aos ditames boa fé. Apesar disso, se há matéria obrigacional em que os tribunais franceses têm sido consistentes é esta: não há motivo por que autorizar o juiz a colocar-se acima da lei que as partes hajam dado a si mesmas. Desde que os elementos essenciais do contrato estejam reunidos, não deve ter lugar qualquer revisão sua.^{369 370}

Principe de l'Autonomie de la Volonté en Droit Privé: Contribution à l'Étude Critique de l'Individualisme Juridique, A. Rousseau, Dijon, 1912, p. 76): “*Tout contrat libre est un contrat juste, quel qu'en soit par ailleurs le contenu*”. Claro que, verdadeiramente, não há nada de errado nestas palavras, ainda hoje. A avaliação que as partes de um contrato saudavelmente façam das prestações coenvolvidas é justa; o problema é esta avaliação, e o equilíbrio sinalagmático estabelecido, serem destroçados por eventos posteriores. Ou seja: à partida o conteúdo contratual é sempre justo; mas eventos posteriores podem infirmar essa qualificação num sentido material muito profundo.

³⁶⁹ Convulsões económicas e sociais decorrentes de eventos cataclísmicos, como a Primeira Grande Guerra, impeliram o legislador a regular *pontualmente* a matéria de forma diversa, permitindo a resolução e suspensão de contratos comerciais concluídos antes daquele conflito armado (Lei de 21 de Janeiro de 1918 – Lei Failliot). Outros exemplos incluem a Lei de 6 de Julho de 1926, a Lei de 9 de Junho de 1927, a Lei de 8 de Abril de 1933, e a Lei de 12 de Julho de 1933, em que foi concedida autorização ao juiz para rever os contratos de modo a adequá-los às condições económicas.

³⁷⁰ Pelo contrário, é consabida a generosidade com que a jurisprudência administrativa francesa tem tratado o tema. Como descreve LICÍNIO LOPES (*Empreitada de Obras Públicas: o Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policop., Coimbra, 2012, p. 570), a “*ideia nuclear consiste no princípio (da predominância) do interesse público, legitimando que, em determinadas circunstâncias, a Administração possa adotar as medidas que se mostrem necessárias a salvaguardar o interesse público, mesmo que elas sejam prejudiciais para os co-contratantes. Medidas que classicamente incluem a modificação, a suspensão e a resolução do contrato*”. Cfr., destacando somente uma parte significativa da interminável bibliografia administrativa gaulesa relevante *in casu*, LAURENT VIDAL, *L'Équilibre Financier du Contrat dans la Jurisprudence Administrative*, Bruylant, 2005; ANDRE DE LAUBADERE / FRANCK MODERNE / PIERRE DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, 2.^a ed., LGDJ, 1983; LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, 8.^a ed., LGDJ, 2012; FRANÇOIS LICHERE, *Droit des Contrats Publics*, Dalloz, 2005; CHRISTOPHE GUETTIER, *Droit des Contrats Administratifs*, 3.^a ed., PUF, 2011; JEAN-YVES CHEROT, *Droit Public Économique*, 2.^a ed., Economica, 2007; ALAIN MENEMENIS, *Code des Marchés Publics et autres Contrats Commentés*, 5.^a ed., Dalloz, 2012; LUDIVINE CLOUZOT, *La Théorie de l'Imprévision en droit des Contrats Administratifs : une Improbable Désuétude*, in RFDA, n.º 5, 2010, pp. 937 ss. (introduzindo uma nota particularmente interessante no sentido da possível queda em desuso

Porém, avizinham-se mudanças. O n.º 6 do artigo 8.º da *Loi n.º 2015-177*, de 16 de Fevereiro de 2015, “*relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures*”, determina a seguinte finalidade: “*Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances.*”

Numa breve referência ao direito italiano, diremos que o sistema jurídico transalpino contemporâneo do *Codice Civile* de 1865, *por regra*, também não dava relevo às situações afectadas por alterações supervenientes das circunstâncias, ainda que viessem acompanhadas de *eccessiva onerosità*, ao contrário do que veio a suceder com o *Codice Civile*, de 1942, hoje em vigor, sendo este – o da *eccessiva onerosità* – o quadro em que releva uma *alteração superveniente das circunstâncias*.

Muito à semelhança do que vimos no direito francês, também no sistema jurídico italiano o germen deste novo instituto foi introduzido por legislação especial, de guerra, que provia às dificuldades extraordinárias e sistémicas durante e no pós-Primeira Grande Guerra.³⁷¹ Nem todas

da imprevisão, face à aplicação preferencial do instituto da revisão de preço no estabelecimento do reequilíbrio económico-financeiro do contrato administrativo); JEAN-MARC PEYRICAL, *Les Avenants aux Contrats Publics*, 3.ª ed., Editions Le Moniteur, 2005; GUSTAVE PEISER, *Droit Administratif Général*, 25.ª ed., Dalloz, 2011; RENE CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 15.ª ed., LGDJ/Montchrestien, 2001.

³⁷¹ Cfr. ALDO BOSELLI, *La Risoluzione del Contratto per Eccessiva Onerosità*, *Unione Tipografico*, Turim, 1952, pp. 10 a 12; MOSCO, *Onerosità e Gratuità degli Atti Giuridici*, Milão, 1942, p. 237; e BRACCIANTI, *Degli Effetti della Eccessiva Onerosità Sopravvenuta nei Contratti*, Milão, 1946, p. 46. Assim foi, por exemplo, com o importante Decreto Luogotenenziale de 27 de Maio de 1915, n.º 739, cujo artigo 1.º estabelecia a equiparação da guerra a caso de força maior, não só quando a prestação se tornasse impossível, como também “*quando la renda [se tornasse] eccessivamente onerosa*”, desde que “*l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale*”, que se compreende como requisito de imprevisibilidade da guerra enquanto alteração anormal (quem assumisse uma obrigação depois do decreto de mobilização geral saberia estar a assumi-la em tempo de convulsões militares).

consistiram nos habituais diplomas de revisão administrativa dos preços contratuais, associada a uma faculdade resolutive de que se poderia dispor uma vez ultrapassados certos limites. Alguma desta legislação estabeleceu alterações mais genéricas, nomeadamente no domínio laboral, permitindo a fixação de novas condições de trabalho sempre que se verificasse um “*notevole mutamente dello stato di fatto esistente al momento della stipulazione del contratto*”.³⁷²

Actualmente, o *Codice Civile* regula a matéria em três artigos, agrupados numa secção própria, e que estabelecem duas soluções, consoante esteja em causa um contrato unilateral ou um contrato sinalagmático com prestações reiteradas ou de execução continuada.

O artigo 1467, relativo a estes últimos negócios jurídicos, desempenha a função do nosso artigo 437.º, com algumas particularidades: em primeiro lugar, prevê apenas a resolução, a favor da parte lesada, embora conceda à contraparte a possibilidade de evitá-la, oferecendo a modificação do conteúdo contratual “*equamente*”; em segundo lugar, descreve as alterações como “*straordinari e imprevedibili*”;³⁷³ em terceiro lugar, refere-se explicitamente ao sacrifício patrimonial, a “*onerosità*”, delimitada por uma excessividade de que o conceito de boa fé do nosso artigo 437.º estaria ausente;³⁷⁴ em quarto

³⁷² BOSELLI, *La Risoluzione*, *op. cit.*, p. 11; cfr. a Lei de 3 de Abril de 1926, n.º 563, e o R. D. de 1 de Julho de 1926, n.º 1130. Apesar da importância destes desenvolvimentos na sensibilização do sistema jurídico para o problema, as fontes imediatas do actual regime da onerosidade excessiva são o artigo 22.º do Projecto Ítalo-Francês do Código das Obrigações e o artigo 516.º do Projecto Vivante do Código Comercial (bem como, claro, o artigo 267.º do Projecto Preliminar do Livro das Obrigações, que se transmutou no actual artigo 1467.º do *Codice Civile*).

³⁷³ A concatenação destes conceitos não é livre de problemas – como, de resto, veremos a propósito do n.º 1 do nosso artigo 437.º (embora este só mencione expressamente a “anormalidade da alteração” –, sendo objecto de discussão, uma vez que “*può prevedersi anche ciò che sia fuori dell’ordinario corso degli eventi*” (MARIO BESSONE, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, Milão, 1969, p. 15, nota 24).

³⁷⁴ Como é calculável, também o conceito de “excessividade” não é pacífico, enquanto “*concetto elastico*”. Cfr. BIANCA, *Dell’Inadempimento delle Obbligazioni*, in Scialoja / Bianca (eds.), “*Commentario del Codice Civile*”, Roma, 1967, pp. 135 a 137; COTTINO, *L’Impossibilità Sopravvenuta della Prestazione e la Responsabilità del Debitore. Problemi*

lugar, exclui a faculdade resolutive da parte lesada quando a onerosidade excessiva “*rientra nell’alea normale del contratto*”,³⁷⁵ em quinto lugar, ao mencionar explicitamente a onerosidade excessiva, parece excluir o sacrifício pessoal, o que não acontece entre nós; por último, o artigo 1469 exclui a aplicação dos artigos anteriores ao contratos aleatórios “*per loro natura o per volontà delle parti*”.³⁷⁶

Em territórios germânicos começou a mostrar-se maior abertura à figura da alteração das circunstâncias um pouco mais cedo, em finais do século XIX, sobretudo graças ao ímpeto fornecido pelo trabalho de BERNHARD WINDSCHEID sobre a “*Voraussetzungslehre*” (teoria da pressuposição).³⁷⁷

A doutrina de WINDSCHEID afastava-se de uma ideia de condição implícita para empregar a noção de pressuposição como espartilho da

Generali, Milão, 1955, pp. 125 ss.; e PUNZI, *La Funzione del Giudice nell’Attuale Evoluzione del Diritto Privato*, in “Riv. Dir. Comm.”, 1968, I, p. 19.

Ademais, apesar de o artigo 1467 ter na sua teleologia a eliminação de excessos tidos por intoleráveis – que num contrato sinalagmático resultariam da desproporção entre as prestações, consideradas no âmbito do seu papel na economia contratual –, a verdade é que a letra do preceito se compromete desnecessariamente com a ideia de que, estando em causa um contrato sinalagmático, é necessário que a desproporção *se deva a um acréscimo* na onerosidade da prestação da parte lesada, e não a um *decrécimo* extraordinário do valor da contraprestação. No entanto, não tem sido esta a posição dominante, nem da doutrina, nem da jurisprudência (cfr. RODOLFO SACCO / GIORGIO DE NOVA, *Il Contratto*, tomo 2, UTET, Turim, 1993, pp. 677 a 679; Ac. Cassazione de 7/5/1992, n.º 5443, in GI, 1993, I, 1, p. 1556; Ac. Cassazione de 11/10/1952, n.º 3004, in Sett. Cass. 1952, p. 362; e Ac. Cassazione de 3/4/1959, n.º 984, in GI, 1959, I, 1, p. 1199).

³⁷⁵ Enquanto conceito indeterminado (um de muitos a que este preceito recorre), a doutrina italiana divide-se na determinação daquilo que é “*normale*”, defendendo-se, por exemplo, que a álea deve ser definida com base numa relação entre o custo e o rendimento da prestação (cfr. BETTI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I, Milão, 1953, pp. 191 ss.), a normal oscilação dos preço de mercado (cfr. PINO, *Contratto Aleatorio, Contratto Commutativo e Alea*, in “Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.”, 1962, pp. 1221 ss.), ou a individualização da margem em que se deve conter a basculação dos valores entre as prestações (cfr. BOSELLI, *Rischio, Alea ed Alea Normale del Contratto*, in “Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.”, 1948, pp. 792 ss.).

³⁷⁶ Este problema também é objecto de discussão entre nós.

³⁷⁷ (*Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850; e ID., *Die Voraussetzung*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, vol. 78, 1892, pp. 161 a 202), sobretudo o facto de a teoria da pressuposição acabar por admitir uma limitação à vontade, unilateralmente determinada.

liberdade contratual, a qual “pressuporia” elementos, que o ilustre Jurista distinguia de condições e de motivos, no tocante à *Willenserklärung*. É verdade que em ambos os casos alcançamos o mesmo resultado: uma limitação da liberdade contratual. Só que, diferentemente da *clausula, a pressuposição integra na própria declaração de vontade os motivos do declarante*, permitindo a satisfação do seu interesse.

A posição de WINDSCHEID foi objecto de críticas acérbicas, nomeadamente provindas de OTTO LENEL,³⁷⁸ que, apesar de inviabilizarem a tentativa de inclusão da doutrina da pressuposição no BGB, não lograram desviar a atenção da doutrina alemã relativamente à alteração das circunstâncias. Já o contributo de PAUL OERTMANN é possivelmente mais conhecido, em virtude da introdução do apelativo conceito de “base do negócio” (*Geschäftsgrundlage*), que corresponderia a uma circunstância relevante para ambas as partes, e sem a qual a alteração não relevaria. Para o Autor, *não estaria em causa uma verdadeira interpretação de uma vontade concreta, mas antes de uma complementação da mesma, com base no fim objectivo do negócio.*³⁷⁹ Uma vez que o § 242 BGB determina que o devedor não tem de prestar para lá dos limites da boa fé, ele deve poder desvincular-se sempre que a base do negócio tenha desaparecido, colocando as partes numa situação económica não prevista.³⁸⁰

Adoptada pelo *Reichsgericht*³⁸¹ em 1921, os resultados práticos da doutrina de OERTMANN acompanhavam as dificuldades sentidas no pós-guerra, que intensificaram uma tendência jurisprudencial (que vinha

³⁷⁸ *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerliches Gesetzbuchs)*, in “Archiv für das Civilistische Praxis”, vol. 74, 1889, pp. 213 a 239; e ID., *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in “Archiv für das Civilistische Praxis”, vol. 79, 1892, pp. 49 a 107. Esta troca de ideias é objecto de apurada síntese em ULRICH FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der Begriffsjurisprudenz*, Uittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 210 a 214.

³⁷⁹ Cfr. *Die Geschäftsgrundlage. Ein Neuer Rechtsbegriff*, Deichertische Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1921, p. 124.

³⁸⁰ Cfr. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage, op. cit.*, p. 136.

³⁸¹ Cfr. *RGZ*, 3/2/1922, 103, p. 332.

florescendo desde inícios do século) de tomar em consideração mudanças sociais, em particular as consequências económicas verificadas após a Primeira Grande Guerra, as quais haviam desnivelado profundamente o enquadramento circunstancial de inúmeras relações contratuais.³⁸²

A doutrina da base do negócio foi desenvolvida imediatamente por numerosos autores, dos quais destacaremos apenas alguns. Entre estes, EUGEN LOCHER propunha que se determinasse a base do negócio através do fim deste último, *em termos objectivistas*, correspondendo aquele conceito às circunstâncias sem cuja existência, manutenção ou verificação futura o escopo perseguido pelo negócio, e fixado com base no seu conteúdo, não pode ser extraído do negócio, *mesmo que se realize o sacrifício exigível às partes, de acordo com o conteúdo negocial*.³⁸³ HEINZ RHODE viria, pouco tempo depois, a temperar este objectivismo através da colocação do acento tónico numa interpretação segundo a vontade real das partes (nos termos do § 133 BGB), complementada pela interpretação segundo a boa fé, no caso dos contratos (§ 157 BGB); o que o leva a concluir, em oposição a OERTMANN, que as circunstâncias que compõem a base do negócio se incluem no seu conteúdo.³⁸⁴

³⁸² Sobretudo devido ao fenómeno de hiperinflação. Cfr. FRANK LAUDENKLOS, *Aufwertungsrechtsprechung*, in “Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte I”, 2.^a ed., Berlim, 2005, 345 a 347; e, com maiores desenvolvimentos, JOCHEN EMMERT, *Auf der Suche nach den Grenzen Vertraglicher Leistungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 309 a 416. No plano dogmático é o Movimento do Direito Livre (*Freirechtsschule*), cujos sequazes apoiaram a penetração da teoria de OERTMANN na jurisprudência. Cfr. LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Geschichte des Freirechts*, Uittorio Kostermann, Frankfurt am Main, 1971; e, sobre o Movimento do Direito Livre – que teve em HERMANN ISAY (sobre cuja obra se pode encontrar uma excelente análise na tese de GÜNTHER ROSSMANITH, *Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung*, Duncker und Humblot, Berlim, 1975), HERMANN KANTOROWICZ (de que destacamos o breve escrito, de entre a sua extensa obra, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1907, escrito sob o pseudónimo GNAEUS FLAVIUS) e ERNST FUCHS os seus principais representantes –, em geral, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Escola do Direito Livre*, in “Polis”, vol. 2, 1021 ss.; e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 794 ss..

³⁸³ Cfr. *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 121, 1, 1923, pp. 71 e 72.

³⁸⁴ Cfr. *Die Beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 124, 1925, p. 294.

PAUL KRÜCKMANN, que já antes havia trabalhado o tema da alteração das circunstâncias em termos objectivistas,³⁸⁵ vem agora reavaliar as linhas-mestras do seu pensamento, acabando por tentar reavivar a pressuposição windscheidiana, ao asseverar que ela consubstanciaria uma reserva virtual, ou manifestada expressa ou tacitamente, ou não manifestada mas imanente – caso em que poderia estar em causa uma pressuposição típica, ou uma pressuposição efectivamente conhecida pelo declaratório, ou não conhecida mas cognoscível, ou não cognoscível nem efectivamente conhecida.³⁸⁶ E WALTER FULTNERER, para quem a base do negócio era uma realidade que também poderia ser apelidada de pressuposição ou de condição tácita, via a base do negócio como uma realidade cognoscível através da interpretação contratual, correspondendo aos factos presentes, passados ou futuros que, atendendo à natureza do negócio ou às declarações das partes, constituem a realidade de que nasceu o contrato, e da qual se projecta o fim que as partes perseguem através do contrato.³⁸⁷

A limitação prática da perspectiva oertmanniana da base do negócio – em que também incorrem os seus críticos – reside no facto de, perante uma alteração concreta, o conceito nada dizer ao juiz sobre “*se deve averiguar a situação psicológica real das partes, se deve procurar representações típicas em termos de normalidade, se deve corrigir injustiças comutativas derivadas do desequilíbrio superveniente das prestações, se deve retocar ou suprimir um contrato em nome do processo funcional da prossecução do seu próprio fim ou se, numa integração colectiva, deve estudar as repercussões do contrato*

³⁸⁵ Defendendo que a *clausula rebus sic stantibus* estaria associada à natureza do sinalagma. Cfr. *Clausula Rebus sic Stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, in, “Archiv für die Civilistische Praxis”, 116, 1918, pp. 157 ss..

³⁸⁶ Cfr. PAUL KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als Virtueller Vorbehalt*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 131, 1929, pp. 67 e 68.

³⁸⁷ Cfr. *Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage bei Vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften*, Innsbruck 1931, pp. 95 e 96.

*atingido, no seio do espaço jurídico. A alteração das circunstâncias é isto tudo; a base do negócio a tudo cobre e a nada responde.”*³⁸⁸

Mais tarde, KARL LARENZ, ponderando as várias teses, chegaria à conclusão de que é possível empregar o conceito de base do negócio em dois sentidos : subjectivo e objectivo. O sentido *subjectivo* corresponderia às representações que os declarantes houvessem feito aquando da emissão da declaração negocial, sobre elementos dominantes no processo de motivação. O sentido *objectivo* seria constituído pelo conjunto de circunstâncias sem cuja existência ou manutenção – com ou sem consciência das partes –, o sentido e fim contratuais desapareceriam,³⁸⁹ conduzindo, ou a uma *perturbação na equivalência das prestações* (para além do risco normal do contrato), ou a uma *frustração do escopo contratual* (que se tornaria inalcançável sem que tal fosse imputável, a título de risco, a qualquer uma das partes).

Também este Autor foi severamente criticado, merecendo destaque a oposição de JOSEF ESSER ao corte que é feito na base negocial, apartando dois sentidos distintos do mesmo conceito. Para ESSER, o sentido objectivo tem subjacente um elemento volitivo, dado que a frustração do fim contratual por força das alterações remete para a vontade das partes; e o sentido subjectivo

³⁸⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1044 (sem prejuízo, no entanto, de a base negocial oertmanniana poder vir a ser útil: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias*, in “Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha” (sep.), Lisboa, 1987, p. 65). Este fenómeno é visível na frequência com que as decisões jurisprudenciais, que abraçaram o conceito de base do negócio, o terem feito enquanto suporte linguístico que complementa hermeneuticamente a aplicação de outras regras, de dimensão muito diversa, como a equivalência das prestações ou a pura consideração da equidade. (cfr. RG de 3/2/1922 (in RGZ, 103, 1922, pp. 328 a 334), RG de 6/1/1923 (in RGZ, 106, 1923, pp. 7 a 11), RG de 3/3/1924 (in RGZ, 108, 1924, pp. 105 a 110), BGH de 8/2/1978 (in JuS, 1978, p. 487), BGH de 5/5/1978 (in NJW, 1978, pp. 1481 e 1482) e BGH de 3/7/1981 (in BGHZ, 81, 1981, pp. 135 a 146).

³⁸⁹ Cfr. *Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in NJW, 1952, pp. 361 e 362, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Munique e Berlim, 1963, e *Grundsätzliches zu § 138 BGB*, in JurJb, 7, 1966/1967, pp. 98 a 112.

requer critérios objectivos para determinar, em concreto, as intenções e pressuposições comuns das partes.³⁹⁰

Apesar de o próprio LARENZ ter acabado por dar razão a algumas das críticas que lhe foram dirigidas, o seu trabalho tem o mérito de, acompanhando a recepção sobretudo verbal do conceito oertmanniano de base de negócio pela jurisprudência, se difundir horizontalmente, dada a amplitude da extensão que lhe era atribuída. Só que, em contrapartida, o conceito acabou por se diluir, esvaziando-se dogmaticamente. Como afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “[no] termo, a base do negócio não exprime nem uma doutrina portadora de soluções, nem um espaço problemático claro, para o qual se alinhem saídas várias. Desacompanhada de perifrases, a base do negócio, desde os últimos trinta anos, pouco quer dizer. É uma fórmula dogmática vazia [por falta de conteúdo material ou normativo]”.³⁹¹

Não obstante a crítica quase generalizada à formulação de OERTMANN, eventualmente – e depois de muitas décadas a amparar-se directamente na boa fé e noutras disposições e institutos avulsos – no dealbar do novo século o legislador teutónico da *Schuldrechtsmodernisierung* acabaria por consagrar o conceito de *Geschäftsgrundlage* no § 313 BGB, relativo à alteração das circunstâncias, passando a assumir um papel interventivo naquilo que, no fundo, doutrina e jurisprudência há muito vinham construindo, e continuam a construir.

³⁹⁰ *Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz*, in JZ, 1958, pp. 113 a 116. Numa outra crítica, ARWED BLOMEYER (rec. Larenz, Karl, *Geschäftsgrundlage*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 152, 1952/1953, pp. 276 a 281) mostrava preocupação pela possibilidade de a exaustividade de LARENZ nas duas hipóteses de base objectiva renunciarem a irrelevância de todos os riscos estranhos ao contrato em si.

³⁹¹ Cfr, ainda ERNST TOPITSCH, *Über Leerformeln. Zur Pragmatik des Sprachgebrauches im Philosophie und Politischer Theorie*, in Ernst Topitsch (ed.), “Probleme der Wissenschaftstheorie. Festschrift für Viktor Kraft”, Viena, 1960, p. 234.

VII – A *Modernisierung* introduziu considerável número de alterações e aditamentos ao BGB. O que dissemos do § 313 é apenas um exemplo da finalidade da reforma: efectuar, não um conjunto de modificações legislativas solipsistas, de adopção de novos regimes que fornecessem soluções que se desejam novas e melhores,³⁹² mas, antes, a concatenação dos estratos do sistema jurídico – doutrinal e jurisprudencial, ambos tributários do caso concreto – com o legislativo, no plano de alguns dos mais importantes e difíceis institutos do direito das obrigações.

As alterações constituíram uma reforma profunda do regime da perturbação das prestações, incluindo o da impossibilidade de cumprimento (*Unmöglichkeit der Leistung*). Por um lado, o legislador procurou consolidar o tratamento do problema da impossibilidade originária e da impossibilidade superveniente, sujeitando-as às mesmas soluções; por outro lado, e em sentido oposto, atomizou o conceito de impossibilidade com o acrescentamento das situações de impossibilidade prática ou fáctica (*praktische Unmöglichkeit*) e pessoal ou moral (*persönliche Unmöglichkeit*).

A impossibilidade prática pode ser descortinada no n.º 2 do § 275 BGB, de acordo com o qual o devedor tem a faculdade de se recusar a prestar quando tal exija “*um esforço que esteja em grave desproporção perante o interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da regra da boa fé*”.³⁹³

Quando o preceito refere “*um esforço*”, enquanto tradução literal de “*Anstrengung*” (termo utilizado na parte final desse preceito), está, na realidade, a empregar esse conceito num sentido amplo, diverso do de “*esforços stricto sensu*” – dispêndios de energia provenientes das aptidões individuais –, tal qual o vimos no capítulo anterior, de forma a abarcar os

³⁹² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Modernização no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 102.

³⁹³ Trad. de MENEZES CORDEIRO, *Da Modernização*, *op. cit.*, p. 109.

sacrifícios patrimoniais, correspondentes a prejuízos patrimoniais que o devedor tem de suportar para cumprir. Por outras palavras: o legislador fala em esforços no sentido de “esforços financeiros”.³⁹⁴ ³⁹⁵ De resto, é este o sentido que melhor corresponde ao termo “*Aufwand*” (despesas, gastos), utilizado logo no início do n.º 2 do § 275, que aqui traduzimos por “esforço”.

O n.º 2 do § 275 BGB foi inserido com o intuito de proteger o devedor de ter de suportar sacrifícios patrimoniais de tal forma desproporcionais, face ao interesse do credor no cumprimento, que devem ser tratados como se o caso fosse de impossibilidade fática.³⁹⁶ No entanto, não basta a existência desta desproporção, pois é necessário que o jurista decidente atenda: primeiro, ao *conteúdo do contrato*; segundo, aos ditames da *boa fé*; e, por último, à *contribuição do próprio devedor* para o impedimento da prestação – ou seja, em que medida lhe é imputável a situação de que agora se quer fazer valer.³⁹⁷

O n.º 2 do § 275 BGB não se deve confundir com a chamada “*impossibilidade económica*”, que “*apenas poderia ser integrada no instituto da alteração das circunstâncias*”, regulado presentemente no § 313.³⁹⁸ Este preceito corresponde, em grande parte, ao nosso artigo 437.º, embora com

³⁹⁴ Cfr. BASIL MARKESINIS / HANNES UNBERATH / ANGUS JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 413 (“*Paragraph 275 II BGB was intended to cover what has been coined “practical” impossibility, although it should be pointed out at the outset that the term is misleading. It is not meant to convey that performance is practically difficult to achieve, but rather that it would require a financial effort that cannot reasonably be expected from the debtor*”).

³⁹⁵ De resto, a tradução inglesa do BGB – a cargo do *Langenscheidt Übersetzungsservice*, e patrocinada pelo próprio Ministério alemão da Justiça e da Protecção do Consumidor –, traduz aqui “*Anstrengung*” como “*expense and effort*”, num sentido que nos parece ser o de esclarecer que o que está em causa é um esforço financeiro; o que nos parece confortar a nossa apreciação.

³⁹⁶ A sanção não equivale à da impossibilidade fática, correspondendo antes a uma faculdade, atribuída ao devedor, de este se recusar a cumprir (“*Einrede*”).

³⁹⁷ Já a outra modalidade de impossibilidade – pessoal ou moral – revela-se-nos no n.º 3 do § 275 BGB, o qual estatui que o devedor tem também a faculdade de se recusar a cumprir quando “*deva pessoalmente a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, não possa ser exigível*”. Esta é mais simples na estrutura da operação de cotejo entre os elementos, embora talvez mais melindrosa, por se referir a impedimentos atinentes ao aproveitamento de bens de natureza pessoal.

³⁹⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Modernização*, vol. 1, *op. cit.*, p. 110.

algumas diferenças, mormente quanto ao *papel central que é concedido à distribuição normativa ou convencional do risco*, fruto de uma maturação doutrinária e jurisprudencial destas situações a que o nosso legislador não tinha acesso aquando dos seus trabalhos preparatórios.

O n.º 2 do § 275 BGB e o § 313 BGB resolvem problemas diferentes: o primeiro remedeia a *desproporcionalidade existente entre o interesse do credor e as despesas a efectuar pelo devedor*; o segundo trata da *desproporcionalidade entre os sacrifícios a efectuar pelo devedor e aquilo que a este foi prometido em troca*.³⁹⁹

Para melhor interiorização da diferença, rememoremos o exemplo do anel, que o devedor prometeu entregar, mas que entretanto caiu num lago profundo.⁴⁰⁰

O interesse do credor na prestação não sofre alterações, mas o mesmo não se pode dizer dos sacrifícios patrimoniais⁴⁰¹ que o devedor da entrega passa agora a ter de efectuar e de suportar, cujo *quantum* se torna largamente superior ao que era aquando da emissão da declaração de vontade que o vinculou.

Parece-nos que neste caso se poderia considerar a aplicação, tanto do n.º 2 do § 275 BGB (porquanto haverá agora uma enorme disparidade entre o interesse do credor – que se mantém o mesmo – e os esforços e sacrifícios que a prestação passa a exigir do devedor, cuja intensidade cresce extraordinariamente), como do § 313 BGB (pela pesada desproporção entre o sacrifício patrimonial que a prestação requer do devedor, que sobe extraordinariamente, e a contraprestação que vai receber do credor da entrega – a qual se mantém quantitativamente constante).

³⁹⁹ Cfr. REINER SCHULZE / MARTIN EBERS, *Streitfragen im Neuen Schuldrecht*, in JuS, 2004, p. 266.

⁴⁰⁰ Exemplo utilizado pela Comissão da *Modernisierung*.

⁴⁰¹ Eventualmente até sacrifícios pessoais, caso, por exemplo, a recuperação do anel envolva risco para a sua vida.

*Em casos como este, e para efeitos da aplicação do n.º 2 do § 275 BGB, o valor do sacrifício patrimonial é indiferente para o quantum do interesse do credor. Este é satisfeito da mesma forma, independentemente de aquele sacrifício ser ou não agravado.*⁴⁰²

Os sacrifícios reportam-se ao objecto imediato; o interesse do credor reporta-se ao objecto mediato. Por dependerem de variações respeitantes a elementos diversos é que o agravamento daqueles não bule com a medida do interesse do credor. Este facto possibilita ao devedor o recurso, tanto à impossibilidade económica, como à fáctica.

Imaginemos um contrato de *swap* de taxas de juro entre **C**, que periodicamente paga um valor calculado com base na aplicação de uma taxa fixa a um capital nocional, e **D**, que paga uma taxa variável, calculada sobre o mesmo capital. *Não pode haver impossibilidade prática – n.º 2 do § 275 BGB* – caso a prestação de **C** se torne extremamente dispendiosa, porque o interesse de **D** na prestação fixa de **C**, em cada período, é tão elevado quanto elevado for o sacrifício que tal prestação representa para o seu devedor.

Neste caso os extraordinários sacrifícios a cargo do devedor e o interesse do credor dependem de variações do mesmo elemento.

Consequentemente, não há desproporção: *a subida de um é a subida do outro, na mesma medida.*⁴⁰³ No caso dos *swaps*, os sacrifícios de **C** e o

⁴⁰² E se, no exemplo do anel, houvesse uma (pouco provável) cláusula que actualizasse a contraprestação pecuniária, a entregar ao devedor do anel, se este incorresse em despesas adicionais? Poderia aqui não haver impossibilidade económica, mas continuarmos a ter uma desproporção entre o interesse do credor e as despesas do devedor? A resposta não pode deixar de ser afirmativa; basta pensarmos que o anel continua a valer o mesmo: as despesas do devedor serão muito maiores e em desproporção com o interesse do credor (que se mantém estável).

⁴⁰³ Impossibilidade económica, é possível que sim, desde que a despesa de **C** (por queda abrupta da taxa variável a cargo de **D**) chegue a tal ponto que a desproporção entre o que ele paga e o que recebe assuma contornos excessivos. Mas tal terá de ser avaliado no quadro da alteração das circunstâncias.

interesse de **D** *reportam-se ao mesmo objecto. Pelo que nunca poderia haver impossibilidade fática, só impossibilidade económica – § 313 BGB.*

Portanto, na avaliação do interesse do credor, de um lado, e da medida dos sacrifícios patrimoniais que o devedor tem de suportar para poder cumprir, do outro lado, temos de ter em conta se estes sacrifícios são função daquele interesse. Ou seja: temos de ver *se o interesse do credor decorre directamente daqueles sacrifícios ou de outro elemento.*

Por este motivo, e no nosso entendimento, *é possível conceber obrigações pecuniárias em que um aumento do sacrifício patrimonial do devedor com a prestação não coincide com um aumento do interesse do credor na sua realização.* Suponhamos que uma obrigação pecuniária, com termo absolutamente fixo, cujo objecto mediato são €100, tem de ser cumprida no domicílio do credor. Um terramoto tornou o domicílio inacessível, excepto por helicóptero, o aluguer do qual ascenderia a €10.000. *O sacrifício incide sobre o objecto imediato (a entregar por helicóptero) e o interesse do credor cinge-se ao montante devido (os mesmos €100).*

Não podemos assim concordar com a proposta de redacção do § 275 BGB (profundamente influenciada pelas considerações de CANARIS) do Projecto de Discussão da Comissão para a Modernização do Direito das Obrigações, que excluía as obrigações pecuniárias do âmbito da sua aplicação. A ideia seria a de que o n.º 2 do § 275 BGB não é aplicável aos casos em que a prestação devida é pecuniária, porque o interesse do credor aumenta sempre na medida em que aumenta a despesa do devedor; *o que, como vimos, não é necessariamente verdade.*

Parece-nos ser possível extrair também uma outra conclusão: *o § 313 BGB parece aplicar-se sempre que se aplica o n.º 2 do § 275 BGB; já o inverso não é verdade.*

3.3. – Os requisitos do n.º 1 do artigo 437.º

3.3.1. – Representações que constituem a base do negócio

I – Apesar da tardança do seu reconhecimento normativo no próprio país de origem, a *Geschäftsgrundlage* havia sido exportada com sucesso para outros países, cujas legislações a consagraram. O nosso sistema foi um dos objectos desta transplantação: o conceito de “base do negócio” permeia o preceito que entre nós se ocupa da alteração das circunstâncias, o que é visível na fórmula do n.º 1 do artigo 437.º, segundo o qual a alteração deve incidir sobre “*as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*”.⁴⁰⁴ No entanto, dadas as limitações do conceito, descritas poucas linhas antes, ele nunca poderia regular, por si só, a matéria da alteração das circunstâncias, sendo complementado por outros requisitos.

Como já dissemos, o comportamento declarativo assenta numa vontade, a qual exterioriza. Esta vontade, por sua vez, é formada interiormente com base em motivos, que correspondem a utilidades que o declarante pretende alcançar através da produção de efeitos jurídicos (isto é, sob a tutela do Direito). Estes motivos⁴⁰⁵ assentam em representações, e estas incidem sobre circunstâncias (de facto ou de direito). *As representações acerca de circunstâncias são, portanto, o fundamento que justifica a formação daqueles motivos.*

⁴⁰⁴ Apesar de o artigo 437.º corresponder fundamentalmente a uma norma do CCGr., esta havia sido retirada do sistema jurídico germânico: não do seu estrato normativo, mas do que os estratos doutrinal e jurisprudencial vinham defendendo.

⁴⁰⁵ As vantagens, ou benefícios, a que chamamos “motivos” não necessitam de ter valor patrimonial. Basta uma qualquer utilidade, mesmo que não susceptível de avaliação pecuniária.

Nem todas as representações têm a mesma importância. As que aqui nos interessam são aquelas que incidem sobre as circunstâncias “*em que as partes fundaram a decisão de contratar*”, isto é, sobre as circunstâncias em que assentam os motivos que levaram ambas (ou as várias) partes a contratar. Ou dito, de outra forma, as *representações que constituem a base negocial*.⁴⁰⁶

Os motivos em que as partes hajam estribado a sua vontade não são necessariamente partilhados pelos declarante e contradecarante.^{407 408} Os motivos de cada um podem ser diferentes – opostos, mesmo –, e frequentemente assim serão; o que é *comum é o facto de dependerem da verificação ou não verificação da mesma circunstância ou circunstâncias*. Isto, porque não são os motivos que interessam à base, mas as circunstâncias sobre que eles assentam; ou, melhor dito, *as representações que incidem sobre estas circunstâncias*.

⁴⁰⁶ Como afirma LUÍS CARVALHO FERNANDES (*A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Quid Juris?, Lisboa, 2001 (reimp.), p. 259), “[a] questão de facto – alteração superveniente das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar –, a que a velha teoria da cláusula rebus sic stantibus e a teoria da imprevisão procuraram dar resposta, tem hoje tratamento específico nos art.ºs 437.º a 439.º do C. Civ., cujo regime jurídico, do ponto de vista dogmático, entronca claramente na teoria oertmanniana da base do negócio”.

⁴⁰⁷ Para uma representação integrar a base do negócio não é necessário que o motivo que nela se funda seja bilateral. Um motivo é *unilateral* quando diz respeito ao declarante, mas já não ao declaratário-contradecarante, cuja vontade assenta noutros motivos. Por outras palavras: a existência ou ausência dos motivos que alimentaram a vontade do declarante em nada se repercutem nas utilidades que o declaratário vai retirar da prestação que lhe foi prometida. Trata-se, em suma, de vantagens exclusivas do declarante, que em nada beneficiam, por si, o declaratário. Um motivo é *bilateral* quando respeita simultaneamente ao declarante e ao declaratário.

Poderíamos sempre alegar que tal sujeita o contradecarante à falta de cuidado do declarante nas suas representações. Ou seja: os motivos são partilhados, mas só a pressuposição de um deles é deficiente, o que implicaria a sua unilateralidade, algo que já vimos não fazer sentido.

⁴⁰⁸ Para que os motivos façam parte do negócio devem ser incluídos no respectivo conteúdo. Por outro lado, o que faz parte do conteúdo do negócio não pode ser considerado base negocial: neste sentido, ULRICH HUBER, “*Was Geschäftsgrundlage ist kann nicht Geschäftsinhalt sein*” (*Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage*, in JuS, 1972, p. 65). Quanto à relação entre causa e motivos, ver especificamente FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Causa Objectiva*, p. 424.

Estas representações não têm de ser específicas. Por exemplo, basta haver representação de que a coroação vai ter lugar, ou que não será cancelada; não é necessário haver representação de que, especificamente, a coroação não seja cancelada por o futuro monarca ter tido uma apendicite. Como bem asseverou LORD SANDS, recorrendo a um exemplo hipotético, a leiteira não tem de entregar leite se houver um tigre à solta, sem ser para tal necessária a existência implícita de uma cláusula “*tiger days excepted*”, no contrato de entrega de leite.⁴⁰⁹

As representações específicas (como a de “não estar um tigre à solta no espaço em que a obrigação deve ser cumprida”) são apenas *manifestações multimodo e praticamente incontáveis de uma representação genérica* (que a entrega de leite não coloque a vida da devedora em sério risco – *que não sacrifique o insacrificável*), a qual, essa sim, *ou teve lugar, mesmo que inconscientemente, ou resulta do tipo contratual ou da prestação-resultado que concretamente dele brota.*

II – Uma vez que os motivos respeitam a circunstâncias que frequentemente estão sujeitas ao devir, e uma vez que esta evolução raramente pode ser objecto de perfeito conhecimento do declarante, há sempre um perigo de as representações virem a revelar-se deficientes, o qual decorre da incerteza relativa ao surgimento de uma divergência entre a representação feita, em que se fundam os motivos, e a realidade dos factos.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ No caso escocês *James Scott & Sons Ltd v. Del Sel*, 1922, SC 592, p. 597. Embora concordemos plenamente com a conclusão do jurista decidente, entendemos que o sacrifício que aqui se exigiria da devedora seria de natureza pessoal, a tratar no âmbito da colisão de direitos, nos termos em que o fazemos no capítulo seguinte.

⁴¹⁰ Como tantos economistas consagrados revelam, existe em todos sujeitos uma “*telescopic faculty [which] is defective*” (ARTHUR CECIL PIGOU, *The Economics of Welfare*, 4.^a ed., MacMillan, Londres, 1932, p. 25), uma “*weakness of the imagination*” (F. P. RAMSEY, *A Mathematical Theory of Saving*, in “*The Economic Journal*”, vol. 38, n.º 152, 1928, p. 543), e uma “*conquest of reason by passion*” (ROY HARROD, *Towards a Dynamic Economy*, Macmillan, Londres, 1948, p. 40), que levam KENNETH JOSEPH ARROW (*Individual Choice*

Seguindo o conselho de Sêneca para atalhar caminho – “*longum iter est per praecepta, breve et efficax per exempla*” – , vejamos o exposto num exemplo. Se o declarante quiser tomar de arrendamento uma fracção autónoma de que o declaratário é proprietário numa vila balnear, durante as suas férias da primeira quinzena do mês de Agosto, é evidente que o motivo principal – e, provavelmente, único – em que assenta a vontade do declarante é poder descansar junto à praia. Este motivo assenta numa representação que o declarante fez sobre certas circunstâncias de facto respeitantes às suas férias: que ele as poderá gozar durante aquele período. Se esta representação deixar de aderir à realidade – por exemplo, porque o seu empregador alterou o seu período de férias para Setembro –, a faculdade de gozar do apartamento junto ao mar deixa de proporcionar quaisquer utilidades ao declarante; ou seja, deixa de haver motivo para a vontade que ele havia exteriorizado quando concluiu o negócio. A declaração que ora havia sido emitida, agora nunca o teria sido.

Ora, *por um lado*, é certo que este risco respeita a elementos que fogem ao controlo do declarante – a circunstância de ele poder gozar de férias durante aquele período não depende de si (ou não depende só de si); *mas, por outro lado*, essa incerteza diz respeito a representações de circunstâncias cuja verificação é condição da obtenção de utilidades exclusivas do declarante. Se há incerteza quanto à correcção da representação de dadas circunstâncias, e

under Certainty and Uncertainty, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA), 1984, p. 267) a concluir que “*it is a plausible hypothesis that individuals are unable to recognize that there will be many surprises in the future; in short, as much other evidence tends to confirm, there is a tendency to underestimate uncertainties*”. É que, como afirmam AMOS TVERSKY e DANIEL KAHNEMAN (*Rational Choice and the Framing of Decisions*, in David E. Bell / Howards Raiffa / Amos Tversky (eds.), “Decision Making. Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions”, Cambridge University Press, 1988 p. 167), “[t]he modern theory of decision-making under [expected-utility (rational-actor) theory] risk emerged from a logical analysis of games of chance rather than from a psychological analysis of risk and value. The theory was conceived as a normative model of an idealized decision maker, not as a description of the behavior of real people”.

desta correcção depende a obtenção de utilidades apenas do declarante – juridicamente garantidas pelo negócio integrado pelo comportamento declarativo em que a vontade do declarante é vertida –, está de acordo com a boa fé que a sua incorrecção seja também suportada em exclusivo pelo declarante. *Ubi commoda, ibi incommoda. Se o potencial acerto daquela representação aproveita apenas a ele, então também o seu possível desacerto deverá atingi-lo, em exclusivo, a ele.*

Deste modo, se a incerteza quanto às férias se resolver de forma desfavorável ao declarante (porque, por exemplo, as suas férias foram adiadas) deve ser ele a ter de suportar o prejuízo – e não o declaratário. A existência ou ausência de férias do declarante em nada aproveita ou prejudica o declaratário-contradecarante; em nada se reflecte nas utilidades que lhe foram prometidas (decorrentes do pagamento da renda). Não se verificando a circunstância, o senhorio sempre poderia obter a sua vantagem de qualquer outra pessoa disposta a pagar aquele valor (para férias, trabalho ou qualquer outro fim), porque a não verificação daquela circunstância para aquele arrendatário não prejudica a possibilidade de o senhorio obter na mesma as suas vantagens. Ou seja, a renda que vai cobrar, o valor que vai receber, não dependem de aquele arrendatário ter ou não férias. *Como ele não retira nenhum benefício específico da verificação desta circunstância, não seria consentâneo com a boa fé que tivesse de suportar quaisquer consequências da sua não verificação.*

Ademais, a existência ou ausência de férias do declarante para aquele período em nada depende do comportamento do declaratário. Nada que ele possa fazer aumenta ou diminui a possibilidade de o declarante ter férias durante a primeira quinzena de Agosto; tal facto faz parte da esfera de acção deste último.

Não seria aceitável considerar exigível do senhorio, por não ser de boa fé, que aceitasse condicionar o contrato do exemplo das férias à

*verificação da circunstância “arrendatário ter férias” porque tal constituiria um sacrifício potencial sem qualquer benefício para ele, e um benefício potencial para o arrendatário sem qualquer prejuízo.*⁴¹¹

A não verificação do elemento “ter férias durante aquele período” afecta apenas o declarante, não implicando que outras pessoas não possam aproveitar as mesmas utilidades de que o declarante, afinal, já não pode usufruir. Mas há outros casos em que a correcção acerca de uma representação diz respeito, tanto ao declarante, como ao declaratório-contradecarante, uma vez que a não verificação de certa circunstância prevista mina objectivamente a concessão da utilidade **X** ao declarante (“assistir ao cortejo da coroação”), à qual está indefectivelmente associada a utilidade **Y** do senhorio (“receber uma renda largamente superior ao que de outra forma poderia exigir com sucesso”). Concentremo-nos um pouco melhor neste ponto.

III – As representações que constituem a base negocial referem-se a circunstâncias sobre que assentam utilidades-motivos, tanto do declarante, como do declaratório. Se declarante e contradecarante soubessem que estas utilidades acabariam por não poder ser alcançadas nunca teriam contratado, porque as representações de que elas dependem se tornariam deficientes, e, por isso, não teriam emitido as respectivas declarações de vontade, ou tê-lo-iam feito em termos fundamentalmente diversos.

Um bom exemplo destas situações são os famosos *coronation cases*, relativos ao cortejo de coroação de Eduardo VII.⁴¹² Numerosas pessoas,

⁴¹¹ Acresce, ainda, dever ser o arrendatário a ter o encargo de exteriorizar correctamente uma vontade assente em representações próprias, que incidem sobre circunstâncias sujeitas à mudança, na medida que tal processo dependa, pelo menos em parte, de recolha de informação que deva ser feita por ele, e cuja correcção ou deficiência constitua um risco que ele deve suportar, pois daquela correcção depende especificamente a atribuição de vantagens exclusivas dele.

singularmente interessadas em assistir ao cortejo de coroação, tomaram de arrendamento fracções situadas nas vias por onde passaria o cortejo, facto que os proprietários aproveitaram para exigir o pagamento de rendas de valores extraordinários, largas vezes superiores ao habitual valor de mercado daqueles espaços para aquele período do ano.

Ora, *as representações genéricas sobre a verificação de uma circunstância específica, no futuro, constituem a base negocial*, porque sobre esta representação (de que terá lugar aquele cortejo) assentam exclusivamente motivos – isto é, utilidades –, tanto dos arrendatários (a satisfação de assistir ao cortejo), como dos senhorios (auferir um benefício patrimonial extraordinário, pela cobrança de uma renda muito superior ao que poderia esperar se não fosse esperado o cortejo de coroação).

Ambas as partes emitem as respectivas declarações com o intuito de obter utilidades associadas à mesma representação acerca da verificação futura e incerta da mesma circunstância. Consequentemente, o risco da incorrecção futura das suas representações deve também ser suportado por *ambas*.

Se obrigássemos uma das partes, interessada em desvincular-se, a manter-se vinculada, estaríamos a permitir que a outra parte, interessada na manutenção da relação jurídica, recebesse as vantagens associadas à correcção das representações sem ter de suportar as consequências desfavoráveis

⁴¹² Os *coronation cases* foram decisões judiciais, baptizadas com base no ocorrido em Inglaterra, em 1902, por ocasião da coroação do filho da rainha Victoria, o futuro Eduardo VII. Para melhor assistirem à passagem da procissão real muitos britânicos tomaram de arrendamento, para a data daquela e a preços exorbitantes, apartamentos sítos nas ruas que integravam o trajecto. Sucede que a procissão teve de ser adiada porque Eduardo precisou de ser operado a uma apendicite (intervenção cirúrgica novel e melindrosa à data). Este adiamento frustrou a finalidade que aqueles arrendatários tiveram em mente quando decidiram contratar, e alguns deles recusaram-se a pagar as rendas inflacionadas. No geral, as instâncias judiciais decidiram em sentido favorável aos arrendatários. Foi o que sucedeu no caso mais famoso, *Krell v. Henry*, embora o tribunal tenha apenas determinado que o arrendatário não teria de pagar o que ainda não havia pago, nada dizendo sobre a restituição do que já havia sido pago.

decorrentes da incorrecção das mesmas representações. *Tal comportamento seria incorrecto e desonesto; ou seja, seria de má fé – contrário ao n.º 1 do artigo 437.º.*

IV – É por isso que se diz que não basta que as representações de uma das partes fossem cognoscíveis, ou mesmo efectivamente conhecidas, pela outra parte. Esta nada retira das vantagens associadas a essas representações; o que é o mesmo que dizer que essas representações nada influíram na formação da sua vontade.

Já se as representações fossem partilhadas, então sim, as representações de uma das partes não só teriam sido conhecidas ou cognoscíveis pela outra, *como também teriam sido aceites por ela*, dada a ligação entre elas e os benefícios cuja captação o levou a emitir a sua declaração.

Se esta outra parte não quisesse partilhar o risco da incerteza da incorrecção das representações sobre que aqueles motivos repousam, bastar-lhe-ia tê-lo convencionado, assim redistribuindo o risco.

*Agora o que seria contraditório – desonesto, desleal, e, portanto, de má fé (elemento fundamental do instituto) – era entender que esta outra parte tivesse aceite as vantagens decorrentes da verificação incerta de certas circunstâncias, sem ter aceiteado suportar também as possíveis correspectivas desvantagens da sua potencial não verificação.*⁴¹³

V – Na sequência do exposto, propomos a seguinte definição de *base negocial*: as representações sobre a circunstância, ou as circunstâncias, de cuja correcção dependem necessariamente os efeitos que o único declarante ou

⁴¹³ A não ser, claro, que tal fosse evidente a partir da interpretação da sua declaração de vontade.

cada um dos vários declarantes pretendeu, ou pretende agora, alcançar sob a tutela do Direito, e sem a produção dos quais (efeitos) o único declarante, ou os vários declarantes, não teriam emitido a respectiva declaração negocial, ou tê-lo-iam feito em termos diversos.

Ou, em alternativa, referindo-nos especificamente à *base contratual*: as representações sobre a circunstância, ou as circunstâncias, de cuja correcção dependem necessariamente os interesses que cada uma das partes pretendeu, ou pretende agora, satisfazer, e sem a satisfação dos quais pelo menos uma das partes não teria emitido a respectiva declaração negocial, ou tê-lo-ia feito em termos diversos.

No fundo, o que deixámos escrito abrange os ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE e de LEHMANN. Aquele partia de uma formulação deste, relativa à teoria da base negocial, que era apresentada como a pressuposição deficiente que releva só quando for conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, tivesse aceite tal pretensão ou a devesse ter aceite segundo a boa fé.⁴¹⁴ Compreende-se: é o mesmo que dizer que tal aceitação lhe é exigível por abranger representações sobre as quais assentam motivos da outra parte, os quais foram fundamentais na decisão de emitir a respectiva declaração negocial.

A formulação de MANUEL DE ANDRADE vai mais longe, ao alcançar também os casos em que não se cumpram os requisitos daquela formulação da base negocial, *desde que a boa fé justifique agora aquele resultado*, embora não exigisse a aceitação da cláusula de condicionamento na data do

⁴¹⁴ Se a base do negócio não existia já, na data do contrato, o problema será de erro e não de alteração das circunstâncias. Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e Vinculação Negocial (A Propósito da Aplicação do Bem a Fim Diferente do Declarado)*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 27, nota 36.

negócio.⁴¹⁵ Ou seja: o poder de a boa fé impor a aceitação da cláusula de condicionamento projecta-se para o futuro, característica reflectida pelo próprio conceito de pressuposição.

3.3.2. – Anormalidade da alteração

I – À alteração não basta atingir as representações basilares do processo de tomada da decisão de contratar. Se o evento que suscitou a alteração fosse quotidiano ou corriqueiro, por que não se precaveu o devedor lesado? Por que deverá vir agora o Direito fazer, por ele, o que o próprio não fez, quando podia perfeitamente tê-lo feito; ademais, fazendo-o o Direito em prejuízo de outrem, o credor?⁴¹⁶

A alteração tem, por isso de ser anormal.⁴¹⁷ E anormal é justamente aquela alteração que ocorre raramente: aquela que escapa à regra, que é anómala ou, na expressão de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, aquela que “*produz um sobressalto*”.⁴¹⁸ Em termos puramente conceptuais anormalidade

⁴¹⁵ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 610 e 611, e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e Vinculação Negocial*, *cit.*, pp. 29 e 30.

⁴¹⁶ Interpretadas as declarações de vontade, pode até concluir-se ser este silêncio eloquente, e as partes terem querido que fosse a pessoa concreta do devedor, prejudicado agora pela alteração, a sujeitar-se-lhe. Por que motivo ponderoso viria agora o Direito postergar o que os contraentes quiseram? Não o poderia fazer, neste caso.

⁴¹⁷ A qual JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, in ROA, ano 65, vol. III, 2005, p. 633) tem como “[o] elemento fundamental do art. 437/I”.

⁴¹⁸ *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 339. Mas não é por ocorrer muito esporadicamente que uma alteração é necessariamente imprevisível. Basta imaginar um evento que seja adiado pela erupção de um vulcão que durante muito tempo se teve por inactivo. Tal evento seria sem dúvida anormal, dado nunca sequer ter sido registado, mas não é imprevisível porque, no caso concreto, foi efectivamente previsto com antecedência por geólogos.

não é sinónimo de imprevisibilidade, embora, no quadro normativo da alteração das circunstâncias, conduza aos mesmos resultados.⁴¹⁹

O conceito de imprevisibilidade assenta na ideia de que a alteração não era expectável. O que não quer dizer que não houvesse uma única pessoa a esperar a alteração; mas, antes, que *não é exigível das partes que houvessem previsto a alteração*. A fórmula utilizada na sentença do caso *Krell v Henry*, um dos clássicos *coronation cases*, sustenta esta ideia: “*I think it cannot reasonably be supposed to have been in the contemplation of the contracting parties when the contract was made, that the coronation would not be held on the proclaimed days (...) or along the proclaimed route.*” Houve quem previsse a possibilidade de a coroação de Eduardo VII ser adiada – sobretudo operadores económicos com muita experiência, como os do sector hoteleiro. Houve até seguradoras a oferecer produtos aptos a cobrir esta eventualidade. Só que a probabilidade de tal acontecer era estimada na ordem dos 300 para 1,⁴²⁰ o que demonstra que mesmo os poucos que previram a possibilidade de ocorrência deste evento consideravam a sua efectiva consumação muito improvável. Era, de facto, possível que uma pessoa com particular experiência, ou elevada diligência, ou poderes de observação particularmente apurados, tivesse previsto a possibilidade de a alteração ter lugar. Afinal, Eduardo VII era um homem de meia idade, obeso, e um fumador inveterado, que até já tinha sido vítima de uma tentativa de assassinato. Mas o tribunal entendeu não se poder exigir às partes que tivessem em mente a possibilidade de ocorrência de circunstâncias tão improváveis,⁴²¹ ainda que algumas pessoas

⁴¹⁹ Cfr. CARVALHO FERNANDES (*A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 290) e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (em *Da Alteração das Circunstâncias*, *op. cit.*, p. 322), no sentido desta coincidência entre alteração “anormal” e “imprevisível”.

⁴²⁰ Por instituições como a Lloyds. Cfr. VICTOR P. GOLDBERG, *Excuse Doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle*, in “*Journal of Legal Analysis*”, vol. 2, 1, 2010, p. 363 (estudo que inclui variadas referências ao enquadramento histórico destes *coronation cases*).

⁴²¹ Até porque estas circunstâncias acabaram por se resumir a uma apendicite, que pouco teria a ver com aqueles factos da vida do príncipe.

(especialmente experientes ou cuidadosas) as tenham efectivamente representado.⁴²²

Portanto, não é porque algumas pessoas – nestes casos, sobretudo profissionais do sector hoteleiro e seguradoras – previram a possibilidade de uma alteração ocorrer, que se pode exigir que o declarante, um bom pai de família sem quaisquer conhecimentos particulares na matéria, o houvesse feito também.^{423 424}

⁴²² O mesmo se pode dizer da recessão que se iniciou em 2008: a possibilidade da sua ocorrência foi prevista por vários economistas (pejorativamente apelidados de “Cassandras” pelos seus pares do sector financeiro, em alusão à filha de Príamo, rei de Tróia, que solitariamente previra a desgraça da cidade, sem que ninguém nela acreditasse), mas tal não implica necessariamente que seja razoável entender que as partes contratuais pressupusessem a manutenção de uma situação económica estável. Mas já o facto de terem ocorrido pelo menos duas outras recessões, nas duas décadas que precederam a actual recessão, leva-nos a questionar, tanto a anormalidade da ocorrência da recessão actual, como a sua imprevisibilidade.

Já em inícios dos anos noventa ocorrera uma grave recessão económica, iniciada nos EUA em Outubro de 1987 com a Segunda-feira negra (em que a bolsa de Nova Iorque caiu 22,6%, um valor superior ao de 1929); o que se repetiu com a crise financeira asiática de 1997 e com uma nova recessão no princípio deste milénio (em 2001 e 2002 na União Europeia, e 2002 e 2003 nos EUA), ou seja, poucos anos antes da recessão de 2008. Durante esta última, tanto a Reserva Federal Norte-Americana, como o Banco Central Europeu, já haviam fixado a taxa de juro de referência num valor baixíssimo: 2%. Este valor não é tão baixo como os da taxa de referência para o último par de anos (cerca de 0,25%⁴²²), mas ficou perto; suficientemente perto para pôr em causa a anormalidade da recessão que a seguiu em 2008, ainda na mesma década; e suficientemente perto para constituir um forte “aviso à navegação”, de que não deveria razoavelmente ter sido ignorado na conclusão de um contrato que justamente visa lidar com a flutuação das taxas de juro variáveis.

⁴²³ ADRIANO VAZ SERRA afirma (*Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*, in BMJ, n.º 68, 1957, pp. 293 a 384 (p. 328) que “[a] exigência da imprevisibilidade do evento parece estar bem no que respeita à alteração de circunstâncias devida a causas económicas, como as produzidas pela guerra. Mas pode não se justificar em outros casos, nos quais a boa fé obrigaria a outra parte a aceitar que o contrato ficasse dependente de determinada circunstância. Assim, no exemplo da janela tomada para assistir à passagem de um cortejo, pode ser previsível que ele se não fará e, todavia, parece que o locatário deve ter o direito de resolver o contrato, embora se não tivesse estipulado tal direito: é porque aqui a boa fé impõe esse direito”.

Com o respeito devido ao insigne Autor, discordamos. O exemplo que VAZ SERRA utiliza, decalcado dos *coronation cases* do início do século passado, não necessita de recorrer à fonte da boa fé para ser resolvido, sendo antes solucionado através de uma das dimensões em que este princípio se concretizou, no quadro do n.º 1 do artigo 437.º. O facto de a não realização do cortejo ser previsível para algumas pessoas (mesmo que para as partes) não releva. O que

releva é a imprevisibilidade objectiva da não realização do cortejo (fosse por que motivo fosse); ou seja, que isto fosse imprevisível para o homem médio, na utilização do zelo, sagacidade e cuidado médios, colocado naquela situação.

É evidente que a boa fé permeia essa solução: não age contra os ditames do comportamento leal e honesto quem pretende resolver um contrato com base num acontecimento que não previu nem era previsível para o homem medianamente cuidadoso e diligente. A boa fé é o substrato a partir do qual germinam os requisitos de alteração anormal (ou, neste caso, imprevisível), etc.. Só que, a partir do momento em que a boa fé é refinada em conceitos dogmáticamente mais precisos e judicialmente maleáveis, para quê substituir-se ela à aplicação destes? Claro que estes devem ser aplicados com respeito pelo princípio da boa fé (que tem, assim, uma função limitativa), no qual se sustentam. Mas, dentro desse limite, eles estão perfeitamente aptos a funcionarem por si próprios. Recorrer directamente à boa fé constituiria um retrocesso dogmático, não só desnecessário, como também cientificamente indesejável.

Já se a não realização do cortejo fosse objectivamente previsível não poderia falar-se em alteração das circunstâncias; e também aqui, mais uma vez, não seria necessário recorrer à boa fé, embora ela também validasse essa solução pois não seria comportamento honesto e leal o do contratante que pretendesse resolver o contrato com base num evento cuja verificação poderia e deveria ter previsto.

De resto, foi com base nesta imprevisibilidade – e não na boa fé, a que o *common law* sempre devotou maior hostilidade – que os casos foram resolvidos em Inglaterra.

Como afirma JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*, in “Revista Trimestral de Direito Civil”, ano 7, vol. 25, 2006, p. 104), “[s]eria de facto absurdo fazer depender a sorte do negócio jurídico, e portanto também da outra parte, do poder de previsão do agente concreto ou da circunstância casual de ter ou não havido previsão. Se a ordem jurídica não der relevância ao erro indesculpável (...) acresce ainda uma contradição valorativa, pois o erro afastaria a mera relevância do estado de espírito, enquanto na alteração das circunstâncias bastaria um estado de espírito para provocar um efeito de tanta gravidade. Mas a imprevisibilidade só pode ser objectiva. É independente da análise da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora”.

O facto de ter sido previsto por uma das partes – por exemplo, um hotel, que até se segurou contra aquela eventualidade – pode relevar para outros efeitos, mas a alteração não deixa de ser imprevisível para ele também.

⁴²⁴ A apreciação da normalidade deve ter em conta a alteração, enquanto evento que torna deficiente uma representação de circunstâncias, bem como as circunstâncias em que este evento surge. No exemplo que se segue, é a inundação natural que é normal, já não a que tem origem criminosa.

Suponhamos que **A** celebra com **B** um contrato de compra e venda de dez toneladas de uma madeira rara – sujeita a limites de extracção, por motivos de conservação da espécie botânica –, a troco de €30.000. Depois da celebração do contrato e antes da entrega, há uma inundação de enormes proporções na cidade em que se situa o armazém de **A**, cuja lenha é destruída. **A** ainda pode adquirir a madeira no mercado, mas dada a ainda maior raridade da madeira, tal custar-lhe-ia €150.000. Poderá ele valer-se do artigo 437.º?

A alteração em causa pode ser normal. É certo que, habitualmente, uma inundação destas dimensões é um evento anormal, mas não tem de ser sempre assim. Poderia suceder que

II – Em nossa opinião, e como já mencionámos, estes conceitos de imprevisibilidade e de anormalidade não coincidem, se os considerarmos de um ponto de vista puramente dogmáticos.

Por um lado, é certo que *toda a alteração imprevisível é simultaneamente anormal*. Se não é exigível que o declarante tivesse representado a possibilidade de ocorrência da alteração, esta é necessariamente algo fora do comum, para além do normal; enfim, uma alteração cuja ocorrência é pouco provável. Um evento normal é necessariamente previsível, isto é, a possibilidade da sua verificação deve ser representada pelo declarante.

Contudo, e por outro lado, *nem toda a alteração anormal é também imprevisível*. É possível haver eventos que, apesar de a sua ocorrência ser improvável, deveria ter sido representada pelo declarante. Imaginemos um furacão num país, como o nosso, onde tais eventos não ocorrem, ou ocorrem com extrema raridade. Este evento será, sem dúvida, anormal. Porém, estas ocorrências meteorológicas são actualmente previsíveis com alguma antecedência. Figure-se que, no caso concreto, a iminência altamente provável do furacão já havia sido noticiada; e que, por causa deste furacão, um cortejo é

aquelas inundações fossem correntes naquela área e estação do ano, porque chuvas incessantes causariam invariavelmente o transbordo do rio. Neste caso talvez a alteração não fosse anormal, dada a sua frequência, naquele espaço e durante aquele período. Mas e se a inundação tivesse resultado, não da causa habitual (transbordo de um rio de grande caudal em virtude de monções), mas de um atentado que teria dinamitado parte de uma barragem, que contribuía para controlar o caudal do rio? Aqui já nos parece que a alteração deva ser tida por anormal.

Portanto, na determinação da anormalidade relevaria não só o evento em si – a inundação –, mas também aquilo que esteve na sua génese, ou melhor, a sua causa (a não ser que consideremos estarem em causa dois tipos de inundações diferentes: a “inundação com origem pluvial” e a “inundação com origem criminosa”, o que nos levaria a ter tantos tipos de inundação como causas dela). Isto é, se inundações decorrentes do clima de dada estação do ano são ocorrência habitual, já as que resultam de uma destruição de infraestruturas de controlo das águas seriam raríssimas – ou, como neste exemplo – inusitadas.

cancelado. Não se pode afirmar verdadeiramente que o evento é normal, pese embora a sua previsibilidade.⁴²⁵

III – Apesar destas diferenças, se ao conceito de “anormalidade” fosse atribuído aquele significado amplo, no quadro de um preceito como o n.º 1 do artigo 437.º, indo para lá da compreensão do conceito de “imprevisibilidade”, seria de criticar severamente a opção do legislador. Seguindo o exemplo meteorológico anterior, se for iminente a raríssima – mas largamente publicitada – ocorrência de um furacão, seria desonesto da parte do declarante pretender resolver o negócio com base nesta circunstância, de que ele deveria ter tido conhecimento. A ocorrência de eventos previsíveis que façam cair os motivos em que ele assentou a sua declaração negocial deve ser suportada por ele.

Por outras palavras, a destriça, em abstracto, entre “anormalidade” e “imprevisibilidade” deve ser corrigida, aquando da aplicação do artigo 437.º, através de uma interpretação restritiva do preceito, que constranja a compreensão daquele conceito no sentido da sua coincidência com a compreensão do segundo, de modo a possibilitar a sua aplicação prática em coordenação harmónica com os restantes requisitos do n.º 1 do artigo 437.º,

⁴²⁵ Por isso não podemos concordar com JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”, op. cit., p. 634*), quando assevera que “(...) uma alteração é anormal quando provoque uma alteração extraordinária das circunstâncias. (...) Isto deverá ser relacionado com o que anteriormente dissemos sobre o entendimento possível da imprevisibilidade. Se a imprevisibilidade fosse tomada subjectivamente seria inaceitável. Pode, quando celebro um contrato em Lisboa, ocorrer-me a eventual superveniência dum terremoto arrasador, porque Lisboa se encontra em zona sísmica. O terremoto alteraria os termos da execução do contrato. Mas nem por isso deixa de ser um acontecimento imprevisível. O que interessa é a imprevisibilidade objectiva: não se pode até hoje prever e levar em conta a superveniência dum terremoto. Pode-se por isso acrescentar que a alteração anormal é a alteração extraordinária e imprevisível”. Apesar da correcção do Autor quanto ao seu exemplo, a verdade é que nem sempre uma alteração extraordinária é imprevisível; o que significa que exigir que a alteração seja “extraordinária e imprevisível” é deixar de fora a possibilidade de ter por anormal, para efeitos do n.º 1 do artigo 437.º, uma alteração extraordinária, mas previsível, como a que vimos em texto.

sobretudo a exigência de boa fé, a qual, de resto, é a base a que se referem todos os restantes requisitos deste preceito, e em relação à qual devem sempre ser interpretados.

IV – Esta exigência de anormalidade é compreensível. Se a alteração fosse normal – previsível –, o declarante deveria ter previsto a hipótese da sua ocorrência; não deveria ter sido apanhado desprevenido. Se o foi, *sibi imputet*.

Do mesmo modo que um impedimento previsível ou afastável (de acordo com o critério normativo aplicável) não exclui a imputabilidade do incumprimento, também, por maioria de razão, *o mesmo se deverá concluir quanto a um evento que não inviabiliza o cumprimento, impondo antes um sacrifício*.

Aceita-se, portanto, que o Direito queira proteger o declarante prejudicado por uma alteração incomum, aberrante, surpreendente: ele não desmerece essa protecção. Mas o facto de a alteração ser anormal não basta: *a lei, ou as próprias partes, podem ter decidido que aquele evento, embora anormal, a ter lugar, deverá ver os seus efeitos suportados justamente pelo devedor prejudicado*.

3.3.3. – Os riscos próprios do contrato

I – Se as consequências resultantes da eventualidade, da possibilidade, do perigo – isto é, do risco – da verificação da alteração tivessem sido atribuídos pela lei, ou pelos próprios contraentes, a quem acabou por ser prejudicado por ela, permitir que o n.º 1 do artigo 437.º viesse agora derrogar essa adjudicação legal ou convencional seria conferir-lhe natureza imperativa.

Ora, o que ele – o n.º 1 do artigo 437.º – determina, é justamente o contrário: que “*a exigência das obrigações por ela [parte lesada] assumidas (...) não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”. Logo, submete-se ao determinado, seja pela vontade que as partes verteram no contrato, seja *ex vi legis* (a qual não possa – ou não tenha – sido afastada pelos contraentes).

Se a distribuição do risco decorrer já das normas legais (como é o caso do artigo 796.^{o426}, na medida em que seja aplicável), do próprio tipo contratual ou dos termos do contrato em análise, torna-se desnecessário e inoportuno o recurso à figura da alteração das circunstâncias. Acompanhando aqui ALMEIDA COSTA, “*aos riscos inerentes ao tipo de contrato em questão, devem equiparar-se, como parece óbvio, os riscos concretamente contemplados pelas partes no acordo contratual celebrado*”.⁴²⁷

Em suma, o troço normativo em análise responde à questão, “*deverão as consequências da alteração anormal das circunstâncias ser suportadas pelo declarante concretamente prejudicado?*”, atribuindo natureza supletiva ao regime da alteração das circunstâncias.⁴²⁸

II – Parece-nos existir uma certa confusão, visível mesmo nos escritos de alguns Juristas consagrados,⁴²⁹ entre o requisito da anormalidade da

⁴²⁶ Cfr. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Alteração das Circunstâncias e Risco (Arts. 437.º e 796.º do Código Civil)*, in “Colectânea de Jurisprudência”, Ano VIII, Tomo V, 1983, p. 22.

⁴²⁷ *Direito das Obrigações, cit.*, p. 341.

⁴²⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado, cit.*, p. 325.

⁴²⁹ Assim, salvo o devido respeito, não podemos concordar com LOBO XAVIER (*Alteração das Circunstâncias e Risco, op. cit.*, p. 20), quando afirma que “[p]ara se ajuizar do que deve qualificar-se como normal ou anormal para efeitos da doutrina da queda da “base negocial” (...) o que interessa é ver se o evento ocorrido se inclui ou não dentro daqueles cujo risco as partes costumam tomar em consideração ao concluir contratos do tipo do que está em causa. Ora [discordando aqui de um parecer de Antunes Varela e de Henrique Mesquita], nos contratos de compra e venda, a possibilidade de uma fâisca ou um curto-circuito incendiarem a coisa comprada – ou, de um modo geral, a possibilidade de esta vir a perecer por qualquer outra causa – não é usualmente encarada pelas partes (e particularmente pelo comprador, cuja posição é a que sobretudo interessa aqui), ao determinarem-se a celebrar tais contratos

alteração, por um lado, e o da exterioridade das suas consequências face aos riscos *próprios do contrato*, por outro lado.

A anormalidade respeita ao evento em si. Este pode ser normal ou anormal, independentemente da resposta que o requisito dos riscos dê quanto a quem deve suportar as consequências do evento anormal.

A distribuição dos riscos do contrato concreto depende da interpretação deste e das normas legais que lhe são aplicáveis, independentemente de o evento ser normal ou anormal. No caso concreto, o risco pode caber ao devedor prejudicado pela alteração anormal, mesmo que esta houvesse sido normal.⁴³⁰

Como há muito deixou escrito GINO GORLA, “[la] questione, che comunemente si denomina del rischio e pericolo nelle obbligazioni, si imposta oggi così: quando si verifici l’impossibilità della prestazione per caso

e a convir nos respectivos termos”. Pode concretamente ser ou não encarada pelas partes, sem que tal seja determinado pela qualidade normal ou anormal da alteração.

Também não podemos aderir à posição de GUILHERME DE OLIVEIRA (*Alteração das Circunstâncias, Risco e Abuso do Direito, a Propósito de um Crédito de Tornas*, in “Colectânea de Jurisprudência”, ano XIV, tomo V, 1989, pp. 23 e 24), que parece tomar a nuvem por Juno: “Não me parece que os riscos devam ser considerados todos iguais só porque o dano, para o adquirente, é sempre anormal. (...) É certo que, para o adquirente concreto, a perda da coisa comprada é sempre um evento anormal – ninguém compra à espera de ver o bem perder-se logo a seguir. Mas este sentimento diz respeito ao dano e não ao risco: o que se pode dizer, em rigor, é que o dano é anormal para cada comprador; o risco desse dano ocorrer é normal ou anormal, maior ou menor, e está presente em cada caso, e em qualquer caso, porque é um risco objectivo”. Não nos parece correcto afirmar que o dano é anormal – anormal é o evento que está na sua origem –, como também não é seguro que “ninguém [compre] à espera de ver o bem perder-se logo a seguir”: o contrato pode ser aleatório; a parte prejudicada pode ter assumido o risco da verificação do evento anormal.

Nem tão-pouco podemos seguir JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, *op. cit.*, p. 634), para quem “[a] alteração é anormal quando não estiver coberta pelos riscos próprios do contrato”, embora pouco linhas abaixo conclua que “(...) a alteração anormal é a alteração extraordinária e imprevisível”.

⁴³⁰ Parece-nos claro que a distribuição do risco operada pelo artigo 796.º é independente da normalidade ou anormalidade do evento que causa o perecimento ou deterioração da coisa.

fortuito, chi deve sopportare la relativa perdita patrimoniale?”⁴³¹ E nas palavras de MARTIN HENSSLER, “[das] Risiko kann demzufolge allgemein als die Gefahr einer planwidrigen Entwicklung umschrieben werden”.⁴³²

Como vimos, no quadro da alteração das circunstâncias a resposta resulta das regras gerais, mas também do tipo contratual e respectivas regras; e depende ainda da vontade das partes no negócio concreto – as regras que as partes dão assim mesmas. Há no entanto quem defenda^{433 434} – e quanto a nós com razão – que o facto de as partes estipularem sobre a distribuição de certo risco – isto é, sobre quem vai suportar os prejuízos resultantes de certo evento – não afasta completamente a faculdade que a parte onerada com esse risco tem de se fazer valer da protecção do artigo 437.º; isto, desde que seja contrário à boa fé, que do subsolo jurídico rege este preceito, que a parte a quem cabe o risco tenha de efectivamente suportá-lo, face aos elementos do caso concreto.

⁴³¹ *Del Rischio e Pericolo nelle Obbligazioni*, Cedam, Pádua, 1934, p. 5. Referia-se ao risco, mas nada limita as suas considerações a esta matéria: se é assim quanto à impossibilidade, por maioria de razão deveria ser também quanto ao sacrifício patrimonial (a prestação ainda é possível).

⁴³² *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1994, p. 3.

⁴³³ Cfr. VAZ SERRA, *Resolução ou Modificação do Contrato*, op. cit., p. 381. No mesmo sentido parece caminhar JOÃO BAPTISTA MACHADO (*A Cláusula do Razoável*, in ID., “Obra Dispersa”, vol. 1, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 457 a 621 (p. 479)), quando conclui, “(...) a reserva de recusa com fundamento razoável (...) significa uma recusa do promitente a assumir os riscos de certas vicissitudes que representem uma alteração do status quo, ainda que porventura essa alteração se verifique na sua própria esfera de vida. Portanto, não dá ao credor aquela segurança que ele procura normalmente garantir-se – já que o contratante normal procura pôr-se a coberto de contingências da vida e assegurar-se juridicamente do direito à prestação”.

⁴³⁴ E quem, em minoria, chegue mesmo a defender que “[a] norma do artigo 437.º prevalece sobre as regras do artigo 796.º” (JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração de Circunstâncias (Parecer)*, in CJ, ano 7, tomo 2, 1982, pp. 7 a 17 (p. 16)).

O facto de o negócio em causa ser aleatório⁴³⁵ não inutiliza estas considerações. Nas palavras eloquentes de MANUEL DE ANDRADE, nestes contratos “*não sucede (...) como nos contratos comutativos, saber cada uma das partes que, a surtir efeito o contrato, dá e recebe, e quanto dá e quanto recebe. Nos contratos aleatórios as partes têm em vista uma possibilidade de ganho ou perda, no sentido de possibilidade de só receber ou só dar, ou receber mais ou menos do que se dá. As partes jogam ou especulam com essas duas possibilidades, sendo através delas que se estabelece o equilíbrio ou equivalência que caracteriza os contratos onerosos*”⁴³⁶

Só que, se num negócio aleatório as partes “*jogam ou especulam*” com as possibilidades de ganho ou de perda, com que legitimidade viria agora uma das partes – aquela que perdeu e que esteve sempre ciente desta possibilidade – resolver o negócio aleatório com base em a álea ter funcionado exactamente como seria de esperar, de forma estocasticamente imprevisível? Com poder de síntese, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA afirmam, justamente, que a norma do artigo 437.º determina “*que a exigência da obrigação à parte lesada afecte gravemente os princípios da boa fé contratual e não esteja coberta pelos riscos do negócio, como no caso de se tratar de um negócio por sua natureza aleatório*”.⁴³⁷

É que o *quantum* do prejuízo atribuído à parte por ele lesada tem de recair dentro da álea que assim o distribuiu; e, mesmo que fique dentro dessa álea assumida, a boa fé contratual pode limitar a forma como esse risco deve ser suportado. Ou seja: a parte lesada teria assumido o prejuízo decorrente da materialização de certo evento; mas só o teria aceiteado *até certo ponto*. Que ponto seria este? *Aquele a partir do qual o prejuízo se torna intolerável para a*

⁴³⁵ Embora a álea seja a situação jurídica de incerteza “*quanto a um ganho ou uma perda contratualmente determinados*” (NUNO AURELIANO, *O Risco nos Contratos de Alienação. Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 66 e 67), a bilateralidade dos seus efeitos patrimoniais separa-a do conceito de “risco”.

⁴³⁶ *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 3ª reimp., Almedina, Coimbra, 1972, pp. 57 e 58.

⁴³⁷ *Código Civil Anotado*, vol. I, *cit.*, p. 413 (ênfase nossa).

boa fé, da qual, como sublinhámos, todos os elementos do n.º 1 do artigo 437.º são uma concretização.

Nas palavras de VAZ SERRA, “*o princípio de boa fé, segundo o qual as partes devem comportar-se conforme o que a boa fé determinar, pode conduzir a que se limite o exercício dos direitos, a que as obrigações se reduzam ou se extingam, a que os contratos se rescindam ou modifiquem. (...) Trate-se, porém, de verdadeira base negocial objectiva, trate-se de simples aplicação do princípio da boa fé, afigura-se razoável que se admita a resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, caso a boa fé ou a justiça contratual reclame uma tal solução. Embora os negócios jurídicos sejam, em princípio, meios de livre conformação de relações jurídicas, podem mostrar-se gravemente lesivos da justiça ou da boa fé, quando aplicados em circunstâncias novas, e não parece razoável que tenha de assistir-se, sem recurso, a uma aplicação assim profundamente injusta*”.⁴³⁸

O que acabamos de dizer não obsta, porém, a que as partes possam estipular cláusulas sobre a distribuição do risco, as quais, em princípio, afastarão o recurso ao artigo 437.º.⁴³⁹

⁴³⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Manuel de Andrade, Civilista*, in BFDUC, vol. XXXV, 1959, pp. 31 e 35, nota 42.

⁴³⁹ Questão muito debatida e actual é a de saber se pode recorrer-se ao artigo 437.º num caso em que haja sido celebrado um contrato de permuta de taxas de juro (*interest rate swap*), ou se este, em si mesmo, afasta a aplicação daquela norma por se tratar de uma forma de distribuição do risco acordada entre as partes. Sobre este problema, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, anot. Ac. STJ de 10/10/2013, in RLJ, ano 143, n.º 3986, pp. 348 ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Excepção do Jogo e Apostas*, in RLJ, ano 142, n.º 3979, pp. 238 a 269; PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Apostas e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar*, in RLJ, ano 143, n.º 3987, pp. 391 ss.; e ano 144, n.º 3988, pp. 14 ss.. Sobre o problema em geral dos *swaps*, por todos, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5.ª ed., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina Coimbra, 2014, pp. 867 ss..

3.3.4. – A boa fé

I – Por último, resta-nos aquele que, pela sua importância transversal, poderia ter sido o primeiro requisito a ser analisado: que “a *exigência das obrigações por ela [parte lesada] assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé*”. Esta importância resulta do *papel negativo da boa fé*,⁴⁴⁰ relacionado com a sua articulação com os restantes elementos do n.º 1 do artigo 437.º, que dela emergiram: o de estabelecer-lhes limites, na medida em que os limites que eles próprios estabelecem à aplicação deste preceito contrariem aquele princípio fundamental do Direito Civil.

Como vimos, é a boa fé que determina que a parte lesada não tenha de suportar os prejuízos decorrentes da específica distribuição convencional do risco; é a boa fé que nos auxilia na interpretação do conceito de “alteração anormal”, restringindo-o a “alteração imprevisível”; e é a boa fé que nos auxilia na delimitar o sentido das “*circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*”.

II – Só que para além desta função sobretudo negativa, a *boa fé também desempenha um papel positivo*, abundantemente reconhecido, estabelecendo o requisito de que não seja possível exigir o cumprimento sem

⁴⁴⁰ Papel negativo é também o desempenhado pelo artigo 438.º, que exige que a parte lesada não esteja “*em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou*”. No entanto, e como refere OLIVEIRA ASCENSÃO (*Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, *op. cit.*, pp. 645 a 647), há que procurar a *ratio* do preceito, que é claramente a de vedar ao devedor se a mora for “*causal para que a relação fique desequilibrada com a alteração das circunstâncias*”; outra solução – a exclusão da relevância da alteração das circunstâncias só por haver mora do lesado – “*seria injusta, por ser desproporcionada. A lei estabelece sanções próprias para a mora, que não abrangem na sua teleologia a exclusão da invocação da alteração das circunstâncias*” (p. 646).

que tal implique um sacrifício desmesurado do devedor, para lá do que ela – a boa fé – tem por tolerável.

Embora esta medida não se encontre quantificada com precisão, nem pelo legislador (que a deixou subordinada a um conceito indeterminado), nem pela doutrina, nem pela própria jurisprudência, parece claro que esta entende que, no que toca a sacrifícios patrimoniais, estes terão de corresponder a *prejuízos descomunais*.⁴⁴¹

Estando em causa um contrato bilateral, a alteração das circunstâncias deve romper a sinalgmaticidade estabelecida entre as partes. Gera-se um desequilíbrio – entre as avaliações prestacionais subjectivas⁴⁴² – para lá do

⁴⁴¹ Por exemplo, o Ac. STJ de 6 de Abril de 1978 concedeu a resolução de um contrato-promessa de compra e venda de prédio para reconstrução, entretanto afectado pela superveniência do Decreto-Lei n.º 455/74, que veio proibir as demolições, provocando uma queda do valor do prédio de 5.500 contos para 800 contos. O tribunal entendeu que a alteração, para além de ser anormal, causou prejuízos tais que, manter a parte lesada vinculada ao contrato ofenderia a boa fé.

⁴⁴² O princípio da comutatividade diz-nos que tem de se estabelecer um equilíbrio entre as atribuições patrimoniais. Este equilíbrio não é delimitado com base em critérios objectivos, mas antes subjectivos. Ou seja, não importa se uma das prestações tem um valor superior ao da outra; o que interessa é que seja isso o querido pelas partes. Assim, se **X** se obriga a pagar €50.000 a **Y** por um quadro cujo valor de mercado é de 10.000€, não haverá qualquer anomalia, para o Direito.

Suponhamos o seguinte exemplo. **A** obriga-se a comprar a **B**, e este a vender àquele, uma coisa pelo valor de 1.000€. Isto significa que a coisa vale 1.000€ para **A**. Para **B** pode valer 600€ (o custo da produção, acrescido de uma mais-valia que este considera aceitável). Ora, o facto de este valor de €600 representar muito menos do que o comprador pagou é irrelevante; não deixa de existir comutatividade. Gera-se assim um equilíbrio subjectivo entre a prestação de **A** e a de **B**. Este equilíbrio é específico do contrato entre estes dois operadores económicos. Por exemplo, **C** poderia estar disponível a pagar somente 700€, caso em que o equilíbrio – estando **B** disposto a vender-lhe por esse preço (como estaria, porque para ele a coisa vale €600) – seria diferente.

Uma nota: é irrelevante que **A** estivesse potencialmente disposto a pagar mais – que poderia até ser 2.000€. Desde logo, tal facto seria sempre difícil de determinar por ser interior, psicológico. O que nos interessa é o que ele exterioriza, através do valor que paga. Como afirmava PUBLILIUS SYRUS no séc. I a.C. (embora a atribuição ao autor das *Sententiae* seja apócrifa, não constando sequer – tanto quanto podemos ver – desta obra relectora). uma coisa vale aquilo que o seu comprador pagar por ela.

Ora, este equilíbrio subjectivo, que é específico do contrato entre **A** e **B**, pode ser perturbado por uma alteração anormal das circunstâncias. Quando tal acontece, coloca-se em causa aquele equilíbrio entre a prestação do comprador (de 1.000€) e a do vendedor (de 600€). Por

tolerável, ao ponto de o exercício do direito pelo credor se tornar um comportamento ilícito, por contrário à boa fé. Por este motivo, parece-nos que a perda a suportar pela parte lesada dependerá substancialmente do tipo de contrato em jogo e da interpretação da vontade negocial das partes. Em alguns contratos julgamos ser evidente que a margem de tolerância que as perdas devem ultrapassar para atentarem *gravemente* contra a boa fé tenha de ser maior, visto a razão de existir do contrato ser justamente a de lidar com o risco de consumação das alterações que estão na origem das perdas da parte lesada.

Estamos, portanto, em sintonia com a ideia de que, apesar de haver jurisprudência menos exigente, “fica, de pé, a ideia de que, para haver atentado grave à boa fé, tem de [se] tratar de danos de vulto, considerando, como é natural, o valor do contrato em jogo.”⁴⁴³

exemplo, a coisa agora só já vale 200€. Ou seja, a razão (*rectius*, o equilíbrio) entre prestação de A e a de B deixou de ser de 1.000€ para 600€ (uma diferença de pouco mais de 50%) para passar a ser de 1.000€ para 200€ (uma disparidade de 500%). Neste caso, já poderá estar em causa o equilíbrio que as partes quiseram estabelecer aquando da conclusão do contrato.

Claro que quando elas concluíram o contrato não eram tão ingénuas que julgassem que a passagem do tempo não acarretaria modificações imprevisíveis no ambiente em que o contrato foi concluído; modificações essas capazes de alterar aquele equilíbrio. Nem seriam tão ingénuas que achassem que essas modificações seriam necessariamente mínimas. Mas também não se pode entender exactamente o oposto: isto é, que elas contavam com – e aceitavam – não só a possibilidade de alterações anormais àquele ambiente (ou situação, ou circunstancialismo) contratual, como também que essas alterações desequilibrassem fosse em que termos fosse, mesmo que ao ponto de o desvirtuarem (caso contrário dificilmente poderíamos entender que elas quiseram concluir um negócio comutativo e não um aleatório). Algumas alterações são extraordinárias; estas relevam para aplicar o artigo 437.º. Algumas basculações são expectáveis na economia do contrato; estas não dão o direito ao recurso ao artigo 437.º. Mas aquelas que vão para lá daquilo que é admissível (tendo em conta o tipo contratual, a causa e a vontade das partes), permitem o recurso àquele preceito normativo.

Desvirtuar o princípio da comutatividade coloca em causa a justiça comutativa, implicando um sacrifício patrimonial extraordinário, para lá do que a boa fé do n.º 1 do artigo 437.º entende ser tolerável.

⁴⁴³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. 2, tomo 4, Almedina, Coimbra 2010, p. 324. Porém, em certos contratos é difícil aferir o valor do negócio, o que é evidente no confronto entre, por exemplo, um contrato de *swap* de taxas de juro e um contrato de compra e venda, no qual se pode sempre comparar com maior facilidade o valor da coisa, antes e depois de a alteração ter lugar.

III – Poderá sempre alegar-se haver alterações tão violentas, isto é, que causam modificações estruturais de tal ordem acentuadas e generalizadas, que bulem com a generalidade das variáveis económico-sociais e que devem, por isso, ser objecto de uma categorização autónoma com designação própria: a de *grandes alterações de circunstâncias*.⁴⁴⁴ Exemplo acabado destas grandes alterações seriam as revoluções, como a que ocorreu em Portugal em 1974. Porém, a lei portuguesa não reconhece a estas situações um estatuto autónomo próprio, tratando-as à luz do artigo 437.º, nos termos já apresentados. O mesmo sucede com a jurisprudência, o que é particularmente visível nas decisões judiciais do pós-25 de Abril, que chegaram ao ponto de recusar a aplicação da estatuição do artigo 437.º CC a negócios jurídicos afectados pelo fecho da bolsa, nacionalizações, saneamentos, ocupações, entre outros.⁴⁴⁵

Portanto, a atribuição deste adjectivo aumentativo a uma alteração não implica, no quadro do artigo 437.º, um tratamento diferenciado e favorável à resolução ou modificação do contrato. O facto de uma alteração ser radical e generalizada não é condição suficiente de um qualquer preenchimento *a priori*

⁴⁴⁴ Relacionada com a teoria do risco, que, na Alemanha, acabaria por desembocar numa simplificação caracterizada pelo recurso directo à boa fé ou utilização nominal da base do negócio, GERHARD KEGEL (*Empfiehl es sich den Einfluss Grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge Gesetzlich zu Regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)*), in “Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag”, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1953, p. 200), que retoma a ideia de risco (com antecedentes noutros autores, nomeadamente FRITZ HAUSSMANN – *Die Zumutbarkeit der Leistung bei Veränderung der Vertragsgrundlagen. Zur Lehre von der Clausula Rebus sic Stantibus*, in JW, 1915, pp. 634 a 637 – que via a alteração das circunstâncias como um problema de ultrapassagem da margem exigível de risco, cuja distribuição seria decidida pelo § 242 BGB), que perspectiva como dano casual, não imputável, entende ser relevante a alteração das circunstâncias que resulta de um perigo comunitário, com origem natural ou no Estado, que emergisse como produto de um risco globalmente suportado, que, portanto, extravasava do âmbito das partes. Falar-se-ia, a este propósito, de uma “grande base do negócio” (cfr. KEGEL, *Empfiehl es sich*, op. cit., p. 201), que levaria a uma redistribuição do dano de acordo com juízos de oportunidade e de equidade, em face do circunstancialismo concreto, que poderiam ou não postergar a aplicação de um critério de distribuição igualitária do dano, a aplicar por defeito (cfr. KEGEL, *Empfiehl es sich*, op. cit., p. 204).

⁴⁴⁵ Cfr. as referências jurisprudenciais em ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES, A “Cláusula de Hardship”, cit., pp. 28 ss.

da hipótese desta norma legal; o que poderá haver é maior facilidade de estas alterações preencherem em concreto a hipótese legal, pois tendem a ser anormais, a causar prejuízos de vulto, e a não estarem cobertas pelos riscos próprios do contrato. Mas tal terá de ser apreciado caso a caso, de onde resulta que a parte que se pretende valer daquele preceito legal continua a ter o ónus de provar que a alteração concreta teve as características normativamente requeridas.⁴⁴⁶

IV – Parece-nos que os requisitos do n.º 1 do artigo 437.º são cumulativos⁴⁴⁷ e funcionam em sistema móvel. A mobilidade do sistema não implica a sua fractura: se os requisitos eram cumulativos, não é por

⁴⁴⁶ Ilustrando com um evento recente, possivelmente passível de merecimento do qualificativo “grande”: independentemente de caracterizarmos a recessão iniciada em 2008 como uma grande alteração das circunstâncias (algo que temos por muito discutível: se assim fosse teríamos de a considerar a terceira em Portugal em pouco mais de três décadas, depois das convulsões iniciadas com o 25 de Abril e dos fortes abalos económicos de inícios dos anos oitenta, os quais também suscitaram a intervenção do FMI), será sempre necessário mostrar de que forma é que ela afectou as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; que é anormal; que causou prejuízos intoleráveis, que vão para lá do que a boa fé admite que o lesado suporte; e que não se encontra coberta pelos riscos próprios do negócio porque tanto a lei como o tipo contratual e as partes não oferecem solução própria. Torna-se irrelevante, para todos os efeitos prático-jurídicos, pensarmos nesta alteração das circunstâncias como “grande”.

Ademais, aceitar o contrário seria correr o risco de abrir a caixa de Pandora. Se admitirmos que uma alteração é “grande” e que tal tem relevância jurídica autónoma, nos termos de permitir a resolução ou modificação de qualquer contrato por ela afectado – sem ter de passar pelos vários crivos do artigo 437.º CC –, então correr-se-ia o sério risco de todo o negócio jurídico afectado pela “grande alteração” poder ser resolvido ou modificado. É que, por exemplo, admitir a resolução de um contrato aleatório como o contrato de *swap* de taxas de juro (em que, ainda para mais, as partes autorregulam explicitamente uma das consequências – a flutuação das taxas de juro variáveis – decorrentes de tal alteração) unicamente por ter sido afectado por uma “grande alteração”, sem mais considerações, seria abrir a porta para que, por força do n.º 3 do artigo 8.º, outras relações contratuais também fossem resolvidas, por maioria de razão, sem atender convenientemente aos requisitos do artigo 437.º CC. O jurista decidente passaria de um extremo (a rejeição da alteração das circunstâncias mesmo em caso de revoluções) para o pólo oposto (a aceitação da alteração das circunstâncias mesmo em contratos que têm por escopo a gestão do risco).

⁴⁴⁷ Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 336.

admitirmos a sua mobilidade que deixarão de o ser. Aceita-se é a *gradação concreta* de cada um deles para depois, num cômputo global, apurar se é atingido o resultado qualitativo mínimo que a hipótese normativa requer.

Entranhar na mobilidade do sistema uma ideia de rejeição da cumulatividade dos seus requisitos desvirtuaria a teleologia da norma e criaria uma impossibilidade originária de alcançar o valor qualitativo global sem o qual a hipótese não se preenche. Mobilidade não deve significar contorcionismo fracturante da medula normativa, nem empolamento de legítimas preocupações na aplicação de conceitos indeterminados.

3.4. – Sanção: exigibilidade; modificação e resolução do negócio jurídico

I – O que pode fazer uma alteração anormal de certas representações, quando ela acarreta prejuízos, a jusante do risco atribuído à parte lesada, que tornam colossal o sacrifício patrimonial implicado no cumprimento do seu dever? Extinguir o vínculo obrigacional? Torná-la inexigível? Ou continuará a obrigação a ter de ser cumprida pontualmente?

Ao contrário do que sucede nos casos de impossibilidade – *ad impossibilia nemo tenetur* –, a obrigação não se extingue. Não só não é essa a solução *de iure condito*, como também não deve ser *de iure condendo*. Não só a prestação continua a poder ser efectuada, como o próprio devedor pode continuar a querer realizá-la, *apesar de o cumprimento implicar um sacrifício patrimonial que o próprio ordenamento jurídico considera que ele não tem de suportar*.⁴⁴⁸ Não faria sentido forçar o ordenamento jurídico a sonegar-lhe esta possibilidade, de que o devedor *pode* querer lançar mão.

⁴⁴⁸ Por exemplo, para reforçar – ou, pelo menos, para manter imaculada – a sua reputação num determinado mercado.

II – Pelas mesmas razões, *a obrigação não deixa de ser exigível*, isto é, o seu credor não deixa de poder aceder aos instrumentos que o sistema jurídico coloca à sua disposição, para conseguir o acesso às utilidades da prestação-resultado, que o devedor recalcitrante lhe veda.⁴⁴⁹ Para o artigo 817.º é justamente isto que define o carácter exigível de uma obrigação: a possibilidade de actuar judicialmente face ao não cumprimento de uma obrigação, ou pedindo em juízo este cumprimento, ou requerendo logo a execução do património do devedor.

O credor continua a ter o direito de exigir judicialmente a realização daquele comportamento concreto – bem como que o devedor se sujeite aos enormes sacrifícios associados a este cumprimento. Mas o devedor tem o direito de se opor, exercendo o “*direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade*”, que o n.º 1 do artigo 437.º lhe confere.

III – O facto de a modificação do conteúdo negocial ter por base juízos de equidade não significa actuar no vazio. Apesar de se preocupar menos com os aspectos mais marcadamente formais do *ius strictum* e atender mais a considerações axiológicas que tenham por base o conjunto de valores fundamentais do ordenamento considerado, o modelo de que o jurista decidente se deve munir é composto por vários factores, que ele deve ponderar objectivamente, como a vontade das partes e a eficácia concreta da alteração.⁴⁵⁰ Como já vimos, esta vontade das partes materializa-se em elementos como o objectivo do contrato e as margens de risco que os contratantes nele tenham inserido, bem como o demais clausulado relevante.

⁴⁴⁹ Como vimos na nossa Introdução, para a qual remetemos, nesta parte.

⁴⁵⁰ O tema é desenvolvido em profundidade por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 1197 ss.

A modificação é a solução preferível porque mantém o negócio querido, ao mesmo tempo que elimina a intolerabilidade – *e não mais que esta intolerabilidade* – do sacrifício que, de outra forma, uma das partes teria de suportar. A modificação não visa eliminar o sacrifício; visa apenas reduzir o seu *quantum*, de modo a que este deixe de contender com o princípio da boa fé.⁴⁵¹

Nas palavras sábias de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*deve, em especial, ser sublinhado que a reductio ad aequitatem visa, pela teleologia do artigo 437.º/1, apenas, evitar que a exigência da obrigação assumida contunda gravemente com os princípios da boa fé. Está, pois, fora de questão uma modificação que permite, à parte lesada, realizar os lucros que previra e que, eventualmente, teriam sido computados, se não tivesse havido alteração das circunstâncias. A parte lesada que beneficia do artigo 437.º/1, em termos de modificação, vai, sempre, sofrer algum prejuízo ou, pelo menos, um não-lucro*”.^{452 453}

⁴⁵¹ Não compreendemos, por isso, a argumentação expandida pelo Supremo Tribunal de Justiça, no seu Ac. STJ de 14/10/2013, quando afirma que “*o réu [o banco], ao celebrar tal contrato, não representou certamente a possibilidade de beneficiar de forma tão desproporcionada quando em comparação com as vantagens que poderiam advir para a autora [o cliente], em resultado de uma crise que também não estava nas suas previsões*”. O contrato referido nos autos era um contrato de *swap* de taxas de juro entre um banco e um seu cliente de que constava uma cláusula que previa a possibilidade de a taxa de juro descer abaixo dos 3,95%. No entanto, o Tribunal julgou adequado estabelecer justamente este montante como valor máximo que o cliente deveria suportar, abaixo do qual estaria justificado na sua pretensão de resolução do contrato com base no artigo 437.º.

Se, por um lado, o Tribunal reconhece a existência daquela cláusula (e inclusivamente lhe dirige críticas, pelos benefícios que esta proporciona ao banco), por outro, parece ignorá-la completamente ao indicar que o banco não “*terá representado certamente a possibilidade de beneficiar de forma tão desproporcionada*”, sendo justamente esta “*forma desproporcionada*” a descida abaixo dos tais 3,95%. Em vez de ver nesta cláusula uma previsão contratual da eventualidade de uma descida particularmente acentuada da taxa de juro, o Tribunal vê nela o valor de referência abaixo do qual se torna excessivo o sacrifício exigível do cliente.

⁴⁵² *Tratado, cit.*, p. 333. Isto significa que, no caso de um *swap* de taxas de juro, como o referido na nota anterior, a determinação do prejuízo que a parte lesada terá de suportar, mesmo após a modificação do contrato, considerará elementos como o facto de as partes terem concluído um contrato que tem por objectivo lidar com o risco inerente a flutuações de taxas de juro, o que mostra que as partes acolheram uma margem de risco contratual mais

IV – Porém, o devedor pode preferir resolver o negócio. Desde logo porque, como vimos, a decisão segundo a equidade não se destina a eliminar o sacrifício patrimonial a que a alteração tenha dado origem, mas apenas aquele *quantum* que está para lá do que a boa fé exige. Ora, o resultado pode ser insatisfatório para o devedor: este pode continuar sujeito a um sacrifício patrimonial muito superior ao que esperava, ou deseja, vir a ter de suportar. A resolução permite-lhe circunvir esta situação.

Mas o credor pode opor-se, nos termos do n.º 2 do artigo 437.º, “*declarando aceitar a modificação do contrato*”.

A este propósito, julgamos fazer sentido, pelo menos *de iure condendo*, a imposição de um dever de renegociação, cujo cumprimento, de

elevada. A haver lugar a uma modificação do contrato em virtude de uma alteração das circunstâncias, teríamos de perguntar qual o valor que, embora para lá do tolerável para aplicação dos efeitos de modificação do contrato por força do artigo 437.º ainda seria aceitável devido aos contornos do contrato concluído. Num contrato de *swap* de taxas de juro afectado pela recessão de 2008, sobretudo naqueles em que as partes apuseram cláusulas adicionais para lidar com flutuações da taxa de juro variável para lá de certos valores, parece-nos ser tolerável que a parte lesada suporte as perdas decorrentes da alteração até a um valor que corresponda ao limite do sacrifício que deve ser tido por admissível com base nas regras da boa fé. A título indicativo, realçamos que na determinação deste valor devem também ser tidos em conta elementos como o facto de ter havido na história muito recente uma crise que levou à descida das taxas de juro de referência do Banco Central Europeu até cerca de 2%. Pelo que a parte lesada deve suportar perdas decorrentes de uma descida até, pelo menos, um valor percentual dessa grandeza.

⁴⁵³ No mesmo sentido, DIOGO PEREIRA DUARTE (*Modificação dos Contratos segundo Juízos de Equidade (Contributo para a Interpretação dos artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil)*, in “O Direito”, ano 139, I, 2007, pp. 208 e 209): “*Parece natural a consideração de que a revisão do contrato não pode ter implicada a estratégia de retirar todas as consequências negativas para a parte lesada, fazendo com que elas sejam suportadas pela parte não atingida. É em relação a esta situação de repartição da lesão entre as partes que se exige, verdadeiramente, um critério. A proporção em que o dano deve ser repartido cabe também ao julgador, na sua discricionariedade, determinar. Nessa determinação deverá ter em conta a percepção de que, na falta de outros tópicos que entenda por relevantes, face ao contrato sobre o qual intervém, a orientá-lo sempre terá o princípio da igualdade como primária determinação do sistema jurídico, que deverá respeitar.*”

boa fé, seria necessário para poder aceder à modificação judicial com base na equidade.⁴⁵⁴

Só que, apesar de as partes terem de negociar de acordo com a boa fé, o devedor pode recusar-se a aceitar qualquer proposta que lhe imponha um sacrifício igual ou superior ao que aquela boa fé de todo o modo lhe imporia nos termos do n.º 1 do artigo 437.º. Ou seja: sabendo o devedor que só será eliminada a parcela do seu sacrifício patrimonial que vai para lá do que a boa fé entende que ele terá de suportar, por que motivo aceitaria ele uma proposta que lhe entregasse um *quantum* de sacrifício patrimonial igual ou superior àquele? Isto dificultaria a negociação entre credor e devedor, uma vez que aquele teria de aceitar suportar, ele próprio, uma parcela dos sacrifícios patrimoniais resultantes da alteração (ao prescindir de ganhos em prol de uma equivalente redução dos sacrifícios do devedor), sob pena de o devedor recusar todas as suas ofertas, por não serem superiores à solução judicial, com base na equidade e limitada pela boa fé.

De resto, ao actuar deste modo o devedor estaria a comportar-se de acordo com a boa fé, visto que, em abstracto, não parece que a boa fé na renegociação imponha ao devedor um resultado diverso daquele a que o mesmo princípio chegaria em sede de redução quantitativa de acordo com a

⁴⁵⁴ Sobre o dever de renegociar e a adaptação do contrato, OLIVER HART / J. MOORE, *Incomplete Contracts and Renegotiation*, in “Econometrica”, vol. 56, 1988, pp. 755 ss.; BENJAMIN E. HERMALIN / MICHAEL L. KATZ, *Judicial Modification of Contract between Sophisticated Parties: a More Complete View of Incomplete Contracts and their Breach*, in “Journal of Law, Economics, and Organization”, vol. 9, 1993, pp. 230 ss.; ROBERT A. HILLMAN, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: an Analysis under Modern Contract Law*, in “Duke Law Journal”, vol. 36, 1987, pp. 1 a 33; CHRISTINE JOLLS, *Contracts as Bilateral Commitments: a New Perspective on Contract Modification*, in “Journal of Legal Studies”, vol. 26, 1997, pp. 203 ss.; DIMITRI HOUTCIEFF, *L’Obligation de Rénégocier en cas de Modification Imprévue des Circonstances. Quand la Première Chambre Civile Manie l’Art de la Litote*, in “Revue Lamy, Droit Civil”, n.º 6, 2004, pp. 5 ss.; HUGUES BOUTHINON-DUMAS, *Les Contrats Relationnels et la Théorie de l’Imprévision*, in “Revue Internationale de Droit Économique”, n.º 3, 2001, pp. 339 ss.; PATRICK BOLTON / MATHIAS DEWATRIPONT, *Contract Theory*, The MIT Press, Cambridge (MA), 2005; VICTOIRE LASBORDES, *Les Contrats Déséquilibrés*, tomo II, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2000, pp. 485 ss.; FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento e Rinegoziazione nei Contratti a Lungo Termine*, Jovene, 1996; e GERARDO MARASCO, *La Rinegoziazione del Contratto*, Cedam, 2006.

equidade. Esta conclusão seria empolada pelo facto de a renegociação ter sempre custos – os famigerados custos de transacção –, os quais seriam a fundo perdido, caso a probabilidade de sucesso da renegociação fosse, efectivamente, baixa.⁴⁵⁵

No entanto, verdadeiramente baixa será a probabilidade de determinar, com um grau minimamente aceitável de precisão e certeza, o *quantum* que, no caso concreto, a boa fé do n.º 1 do artigo 437.º imporá como limite ao sacrifício patrimonial do devedor, dadas as flutuações jurisprudenciais nesta matéria, decorrentes da suma indeterminação dos conceitos de boa fé e de equidade, a preencher *in concreto* pelo jurista decidente. Sendo improvável esta determinação, o devedor muito dificilmente disporá de um valor de referência que corresponda aos sacrifícios acrescidos que, entre aqueles que lhe foram imputados pela alteração, o juiz lhe imporá, pós-renegociação, com base na equidade. Pelo que, (re)negociando no escuro, há a forte possibilidade de os contraentes abandonarem aqueles calculismos para, efectivamente de boa fé, readaptarem o contrato às circunstâncias alteradas, em função dos seus interesses, agora actualizados.

Não basta que a renegociação seja desejável, oportuna; é necessário que o dever de renegociação possa ser imposto *de iure condito*, para que possa ser imposto *hoje*. E, no plano do direito constituído, este é um dever acessório que só poderia encontrar guarida na boa fé. Não só no princípio geral da actuação de boa fé no exercício de direitos e cumprimento de deveres consagrado no n.º 2 do artigo 762.º, mas também na boa fé consagrada no n.º 1 do artigo 437.º e molda a aplicação da norma.

Uma das concretizações da boa fé – o dever de cooperação das partes nos casos de alteração das circunstâncias – constituiria o fundamente *de iure*

⁴⁵⁵ Para uma análise aprofundada das reservas à renegociação – da perspectiva da análise económica do Direito – cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 676 a 687.

condito, do dever de as partes renegociarem. Ora, nem todos os contratos estarão sujeitos a um dever de cooperação com esta intensidade, e, conseqüentemente, ao dever de renegociar.

Os contratos em que a integração de um dever de cooperação faz sentido, tanto jurídico, como económico, são aqueles cujas obrigações têm por objecto prestações de enorme complexidade,⁴⁵⁶ ou pouco precisas,⁴⁵⁷ e cuja realização se protela no tempo,⁴⁵⁸ sobretudo na medida em que impliquem

⁴⁵⁶ Sobre a problemática geral dos efeitos e implicações que, no plano jurídico-económico, decorrem da complexidade contratual, cfr., entre uma vasta bibliografia, BERNARD SALANIÉ, *Théorie des Contrats*, 2.^a ed., Economica, Paris, 2012; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 64 ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 281 ss. e 398 ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 73 ss. e 372 ss.; ADRIANO VAZ SERRA, *União de Contratos. Contratos Mistos*, in BMJ, n.º 91, 1959, pp. 11 ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 31 ss. e 469 ss.; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 11 ss.; FRANCISCO M. B. PEREIRA COELHO, *Coligação Negocial e Operações Negociais Complexas: Tendências Fundamentais da Doutrina e Necessidade de uma Reconstrução Unitária*, in “Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito”, 2003, pp. 233 ss.; FRANCISCO M. B. PEREIRA COELHO, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014; BOLTON / DEWATRIPONT, *Contract Theory*, *cit.*; ANNE-SOPHIE LUCAS-PUGET, *Essai sur la Notion D’Objet du Contrat*, LGDJ, 2005; SEBASTIAN PELLE, *La Notion D’Interdépendence Contractuelle. Contribution à l’Étude des Ensembles de Contrats*, Dalloz, 2007; ANDREA MARIA AZZARO, *Contratto e Negozio nel “Frazionamento” del Rapporto Giuridico*, G. Giappichelli Editore, 2009.

⁴⁵⁷ Sobre a incerteza resultante da incompletude do regime contratual e a dificuldade da definição precisa, no seu quadro, de necessidades futuras, cfr. CHRISTOPHE JAMIN (ed.), *Droit et Économie des Contrats*, LGDJ, 2008; e IAN AYRES, *Default Rules for Incomplete Contracts*, in Peter Newman (ed.), “The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law”, vol. 1, Macmillan, 1998, pp. 585 ss..

⁴⁵⁸ Deve ter-se em consideração não só o risco próprio, como a duração da relação contratual a que ele se associa, pois o tempo exponencia a probabilidade da ocorrência de alterações, que imponham sacrifícios a uma das partes que recaiam na esfera dos riscos que é próprio aquela parte suportar. O risco próprio é a equação-base do nível do risco que cada um assume, e o tempo é o seu valor introduzido na variável dessa equação: quanto maior for o *quantum* de tempo, maior é a probabilidade da materialização do risco.

Quanto ao tempo e a alteração das circunstâncias, com especial referência a casos norteamericanos de distribuição de carvão e de urânio, cfr. PAUL J. JOSKOW, *Contract Duration and Relationship-Specific Investments*, in “The American Economic Review”, vol. 77, 1987, pp. 168 ss.; PAUL J. JOSKOW, *Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case*, in “The Journal of Legal Studies”, vol. 6, n.º1, 1977, pp. 119 a 176; cfr.,

avultados investimentos – tanto de confiança, como de natureza patrimonial. Os contratos relacionais, de que já falámos.⁴⁵⁹

Apesar das críticas a que a figura do contrato relacional foi sujeita, qualquer contrato caracterizado pela elevada complexidade, imprecisão e perduração do seu objecto – como amiúde sucede com os contratos relacionais – sinaliza uma acentuada interdependência entre os contraentes e, conseqüentemente, uma igualmente intensa mútua. Uma relação, portanto, em que os deveres acessórios decorrentes da boa fé assumem uma particular intensidade.⁴⁶⁰

No quadro de uma relação com estas características, uma alteração das circunstâncias poderia criar um “*moral hazard*”, conferindo à parte não-lesada um poderoso incentivo para ignorar qualquer cooperação, nesta matéria, com a parte lesada.⁴⁶¹

ainda, quanto à influência do tempo na conformação de um dever de cooperação, ROBERT E. SCOTT, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, in “California Law Review”, vol. 75, n.º 6, 1987, pp. 2005 a 2054; PATRICK REY / BERNARD SALANIÉ, *Long-Term, Short-Term and Renegotiation: on the Value of Commitment in Contracting*, in “Econometria”, vol. 58, 1990, pp. 597 ss.; e DAVID CAMPBELL / DONALD HARRIS, *Flexibility in Long-Term Contractual Relationships: the Role of Co-Operation*, in “Journal of Law and Society”, vol. 20, n.º 2, pp. 215 ss.; e, num plano sobretudo económico, STÉPHANE SAUSSIER / SCOTT E. MASTEN, *Econometrics of Contracts: an Assessment of Developments in the Empirical Literature on Contracting*, in “Revue d’Économie Industrielle”, n.º 92, 2000, pp. 215 ss.

⁴⁵⁹ *Supra* cap. 1, ponto 3.3.

⁴⁶⁰ Para uma análise destes deveres (e do regime da alteração das circunstâncias em geral), no direito europeu dos contratos, cfr. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 47, Julho/Setembro 2014, pp. 3 a 21.

⁴⁶¹ É justamente para prever e regular antecipadamente esta eventualidade que muitos contratos, sobretudo no domínio do comércio internacional, incluem estipulações, as chamadas *hardship clauses*. Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / JÚLIO GOMES, *A “Hardship Clause” e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, in Afonso Vaz / Azeredo Lopes (eds.), “Juris et de Jure. Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pp. 17 a 40; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / JÚLIO GOMES, *Rebus Sic Stantibus: Hardship Clauses in Portuguese Law*, in ERPL, n.º 3, 1998, pp. 319 ss.; MARCEL FONTAINE, *Les Contrats Internationaux à Long Terme*, in “Études Offertes à Roger Houin”, Dalloz, 1985, pp. 263 ss.; MARCEL FONTAINE, *Les Clauses de Hardship, Aménagement Conventionnel de l’Imprévision dans les Contrats Internationaux à Long Terme*, in “Droit et Pratique du Commerce International”, n.º 2, 1976, pp. 7 ss.; UGO DRAETTA, *Les Clauses de Force Majeure et de*

V – A posição, *de iure condito*, do dever de renegociação é confortada pelas soluções que nos chegam da contratação pública, dada a frequência com que são concluídos contratos com as características típicas dos contratos relacionais, o que faz daqueles contratos um laboratório ideal nesta matéria – mesmo tomando em conta as singularidades normativas a que estão sujeitos. Apesar de, como já foi reconhecido, estar em curso uma crescente tendência mundial de contratualização das políticas públicas, ao ponto de dificultar a destrição de um sector de intervenção pública alheio a este fenómeno,⁴⁶² a verdade é que, devido à mutabilidade e flexibilidade do contrato administrativo,⁴⁶³ esta penetração dos esquemas de direito privado nas coutadas do direito público desemboca na reciprocidade. Paradigma deste último fenómeno é precisamente a alteração do contrato público com base numa alteração das circunstâncias, de cujo regime nos podemos munir para concretizar, ou, pelo menos, fortalecer, algumas das soluções do nosso já sobejamente conhecido n.º 1 do artigo 437.º.

Não que não haja especificidades no regime dos contratos públicos, sem tradução no regime privatístico: desde logo, o artigo 302.º CPP atribui à Administração amplos poderes de conformação da relação contratual administrativa, entre os quais se encontra o poder de *alterar unilateralmente o*

Hardship dans les Contrats Internationaux, in “Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal”, 2002, pp. 347 ss.; PIERRE VAN OMMESLAGHE, *Les Clauses de Force Majeure et d’Imprévision (Hardship) dans les Contrats Internationaux*, in “Revue de Droit International et de Droit Comparé”, n.º 7, 1980, pp. 10 ss.; MARCEL FONTAINE / FILIP DE LY, *Droit des Contrats Internationaux: Analyse et Rédaction de Clauses*, 2.ª ed., Bruylant, 2007; EWAN MCKENDRICK, *Contract Law*, 11.ª ed., Palgrave, Londres, 2015, pp. 254 a 257; JACK BEATSON / ANDREW BURROWS / JOHN CARTWRIGHT, *Anson’s Law of Contract*, 29.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 473 ss.; EDWIN PEEL / GUENTER H. TREITEL, *The Law of Contract*, 13.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2011, pp. 920 ss..

⁴⁶² Cfr. LUIGI BOBBIO, *Produzione di Politiche a mezzo di Contratti nella Pubblica Amministrazione Italiana*, in “Stato e Mercato”, n.º 58, 1, 2000, pp. 125 ss..

⁴⁶³ Cfr. PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo* (trad. portuguesa de Maria da Glória Ferreira Pinto), Almedina, Coimbra, 1977, p. 68.

clausulado, quer na sua substância, quer quanto ao modo de cumprimento das obrigações nele estabelecidas, *por motivos de interesse público* (embora com o dever de indemnizar a contraparte dos custos resultantes). Neste sentido, o contraente público pode, através de acto administrativo, introduzir modificações ao contrato administrativo com base em razões de interesse público: quer estas razões estejam associadas a novas necessidades, quer decorram antes de uma nova ponderação das circunstâncias existentes (cfr. o n.º 2 do artigo 311.º CCP, e a al. b) do artigo 312.º CCP).

Porém, quanto à modificação, o artigo 313.º CCP estabelece um limite – independentemente de a alteração ser unilateral ou acordada: “*o contraente privado tem direito a restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato quando, levando-se em conta o modo como o risco foi distribuído entre as partes, o facto invocado como base deste direito provocar uma alteração aos pressupostos com base nos quais o contraente privado determinou o valor das obrigações a que se vinculou, [com] a ressalva de que a entidade adjudicante estivesse ciente de tais pressupostos ou não devesse estar alheia aos mesmos. Esta pré-condição tem de verificar-se para que uma determinada circunstância origine um dever/direito ao restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato*”.⁴⁶⁴

Apesar da diferença evidente associada à referência específica “*ao valor das obrigações a que se vinculou*”⁴⁶⁵, o preceito salienta a

⁴⁶⁴ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas*, *op. cit.*, p. 572. Apesar de o “Memorando de Entendimento com a Troika” exigir a alteração das normas do CCP respeitantes a erros e omissões, “*de acordo com as directivas comunitárias em matéria de contratação pública*”, a verdade é que estas directivas não regulam especificamente os erros e omissões do caderno de encargos, pelo que, para PEDRO COSTA GONÇALVES (*Alterações ao Código dos Contratos Públicos na Sequência do “Memorando de Entendimento com a Troika”*, in “Revista de Contratos Públicos”, n.º 5, 2012, pp. 213 a 238), parece que tal remissão se deve interpretar “*no sentido de reclamar uma compreensão da figura da execução de trabalhos de suprimento à luz das possibilidades da modificação de contratos adjudicados em procedimentos de selecção concorrencial*”.

⁴⁶⁵ Embora as modificações do clausulado e o reequilíbrio que com elas se pretende atingir não tenham necessariamente de se reduzir a uma vertente económico-financeira. Cfr. LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas*, *op. cit.*, pp. 579 ss.; e STUART EMMET / PAUL WRIGHT,

imprevisibilidade, pelo menos para a entidade adjudicante – em vez da anormalidade (que, de todo o modo, já defendíamos dever ser interpretada enquanto imprevisibilidade) –, bem como a *distribuição do risco*, enquanto critério de restabelecimento do equilíbrio financeiro, um termo que pode ajudar a interpretar a expressão privatística “*riscos próprios do contrato*” enquanto distribuição, pelas esferas jurídicas dos contraentes, dos potenciais sacrifícios decorrentes de certos eventos imprevisíveis.

Notem-se, também, os n.ºs 3 e 4 do artigo 376.º CPP, relativos à empreitada de obras públicas, nos termos dos quais “[*só*] pode ser ordenada ao empreiteiro a execução de trabalhos de suprimentos de erros e omissões quando o somatório do preço atribuído a tais trabalhos com o preço de anteriores trabalhos da mesma natureza não exceder 5% do preço contratual”, embora este limite seja “*elevado para 10% quando a execução dos trabalhos não implique uma modificação substancial do contrato e estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente as obras marítimo-portuárias e as obras complexas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis, bem como as obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis*”.⁴⁶⁶

Estes preceitos, com a redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, reforçam a imprevisibilidade como critério de relevância da alteração das circunstâncias, embora esta imprevisibilidade deva

Excellence in Public Sector Procurement: How to Control Costs and Add Value, Cambridge Academic, 2012. Sobre o princípio de coerência associado a esta matéria administrativa, enquanto princípio de enquadramento e compreensão global da relação contratual entre os momentos da sua formação e execução, cfr. DIMITRI HOUTCIEFF, *Le Principe de Cohérence en Matière Contractuelle*, PUAM, 2001.

⁴⁶⁶ Sobre esta matéria, específica dos contratos de empreitada de obras públicas, mas “*generalizável aos diversos contratos administrativos*” (LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas*, *op. cit.*, p. 586), cfr. RUI MEDEIROS, *O Controle de Custas nas Empreitadas de Obras Públicas através do Novo Regime de Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões e de Trabalhos a Mais*, in Pedro Costa Gonçalves (ed.), “Estudos de Contratação Pública – II”, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 417 ss..

ser “especial”, o que é ilustrado com uma série de obras, cuja complexidade e sujeição à aleatoriedade estocástica dos elementos climatéricos as tornam especialmente difíceis de planear com precisão mecânica. Reforçam ainda a ideia-base de que o devedor não deve estar sujeito a todo e qualquer agravamento do sacrifício patrimonial a suportar, mas também não pode arrogar-se o poder de requerer judicialmente a sua eliminação, em caso de modificação do contrato.⁴⁶⁷

Para além destes préstimos, os contratos públicos demonstram a importância da renegociação – *rectius*, a sua inevitabilidade⁴⁶⁸ –, sempre que a complexidade da prestação o justifique.⁴⁶⁹

4 – Erro-vício

4.1. – Enquadramento temporal do erro-vício e suas modalidades

I – O erro-vício não tinha relevância numa Roma Antiga em que a *verbum* predominava sobre a *voluntas*, decorrente de uma presunção absoluta de que a vontade do declarante havia sido correcta e adequadamente vazada no comportamento declarativo.⁴⁷⁰

Porém, a compilação de TRIBONIANO parece deixar entender que tudo dependeria da existência de consenso entre as partes, no caso do contrato. Por

⁴⁶⁷ Já o requisito da não “*modificação substancial do contrato*” parece referir-se aos casos em que “os trabalhos de suprimento não introduzem condições que, se fizessem parte do procedimento de adjudicação original, teriam permitido a selecção de outros concorrentes, ou que alterem o equilíbrio económico do contrato a favor do empreiteiro” (cfr. LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas*, *op. cit.*, p. 574).

⁴⁶⁸ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas*, *op. cit.*, p. 579.

⁴⁶⁹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas*, *op. cit.*, pp. 579 e 582 ss..

⁴⁷⁰ Cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations*, *op. cit.*, p. 587.

exemplo, quanto ao contrato de compra e venda, ULPIANO afirmava que “*consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est*”.⁴⁷¹ Haveria lugar a *error in corpore*, isto é, a um erro que incide sobre um elemento essencial do negócio concluído.^{472 473}

⁴⁷¹ D. 18, 1, 9 “É evidente que [nos contratos de compra e venda] deve haver consenso: caso contrário, a compra é imperfeita se não chegarem a acordo, seja na própria compra, seja no preço, seja em qualquer outra coisa. Por isso, se eu pensar estar a comprar uma quinta de Cornélio, e tu tiveres pensado que me vendias a de Semprônio, a compra é nula, uma vez que discordamos quanto ao seu objecto”.

⁴⁷² Esta regra geral é tratada entre nós enquanto problema de dissenso.

⁴⁷³ Outros erros comparáveis ao *error in corpore*, isto é, ao erro relativo à identidade do objecto, incluem o *error in pretio*, o *error in negotio* e o *error in persona*. Todos eles respeitam a elementos essenciais do contrato de compra e venda (embora, actualmente, no nosso Código Civil, o preço não seja um elemento essencial do contrato de compra e venda, podendo ser determinado pelo jurista decidente).

Para ULPIANO (D. 18, 1, 9), “*si in pretio dissentiant, emptio imperfecta est*” (“se não há acordo quanto ao preço, a compra é imperfeita”). O *pretium* seria, então, essencial à conclusão válida de um contrato de compra e venda; consequentemente, também o *error in pretio* teria de relevar. Não chega sequer a haver contrato. Como afirma POMPÓNIO (D. 19, 2, 52), “*Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur*” (“Se te arrendar a quinta por dez, mas tu julgas estar a tomá-la de arrendamento por cinco, nada se conclui”), embora considere haver casos em que o negócio se poderá concluir validamente se o senhorio estiver de acordo em arrendar o *fundus* por esse preço menor que o arrendatário representara erradamente (cfr. D., 19, 2, 52, e, a propósito deste texto, SVEN ERIK WUNNER, *Contractus, Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im Klassischen Römischen Recht*, Böhlau, Colónia, 1964, pp. 199 ss.; e FRANZ WIEACKER, *Error, Dissens oder Gegenstandslose Leistungsbestimmung*, in “*Melanges Philippe Meylan*”, vol. 1 (Droit Romain), Lausanne, 1963, pp. 398 ss.). *Utile per inutile non vitiatur*.

O *error in negotio* reporta-se à própria estrutura – tipo, se for o caso – do negócio, já mencionado em D. 18, 1, 9 (“(...) *sive in ipsa emptione dissentient*”, isto é, “(...) ou que discordem sobre a própria compra, em si mesma”), e desenvolvido, mediante ilustração, por ULPIANO (D. 12, 1, 18): “*Si ego quasi deponens tibi dederam, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi*” (“Se eu te der uma coisa enquanto depositante, que tu aceites enquanto mutuário, não há, nem depósito, nem mútuo: e o mesmo sucederá se tu me entregares dinheiro enquanto mutuante, por mim ostensivamente aceite enquanto comodato”). Também aqui parece difícil saber se temos erro ou dissenso. Para uma definição moderna do *error in negotio*, cfr. o artigo 1841 CCLou: “*Error as to the nature of the contract*

Mais problemático era o chamado *error in substantia*. Em comentário a SABINO, ULPIANO assevera: “*Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit (...) emptioem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur*”.⁴⁷⁴

Aqui não há *error in corpore*, uma vez que não há qualquer desacordo quanto à identidade do objecto a ser vendido, mas antes sobre as suas qualidades essenciais (“*substantia*”).⁴⁷⁵ Não se troca aquela garrafa de líquido por outra; ambas as partes têm em mente a mesma garrafa de líquido, como

will render it void. The nature of the contract is that which characterizes the obligation which it creates (...)”.

Por último, o *error in persona* diz respeito à identidade do declaratório. Embora não referido em D. 19, 1, 9, parece impedir a formação de um contrato: “*Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulates sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris?*” (CELSE, D. 12, 1, 32); ou, traduzindo, “*Se pedires dinheiro emprestado a mim e a Titius, e eu mandar que te seja enviado [o dinheiro] enquanto meu devedor, estarás obrigado perante mim, quando pensavas ser devedor de Titius?*”.

⁴⁷⁴ D. 18, 1, 9, 2 (“*Assim, é perguntado se não se errando quanto ao próprio objecto, mas que o erro seja antes na substância, por exemplo, ao pensar-se que se vende vinagre em vez de vinho, bronze em vez de ouro, ou chumbo em vez de prata, ou outra coisa semelhante a prata, se, portanto, nestes casos, se tratará de compra e venda. Marcelo escreveu tratar-se de compra e venda porque há consenso quanto ao objecto, ainda que exista erro na substância. Eu concordo quanto ao vinho, pois que a substância [é aqui usada a palavra “οὐσία”, locução grega habitualmente traduzida por “substância” ou “essência”] é praticamente a mesma [relação entre o vinho e o vinagre], só que o vinho se tornou acre; mas se o vinho não se tornou acre, mas já era vinagre desde o início, como certo molho [embamma], parece ter-se trocado uma coisa por outra [possível referência à indução do erro pelo vendedor]. No restante penso ser nula a venda, sempre que se erra na matéria*”).

⁴⁷⁵ Cf. ERNST ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1879, p. 568.

objecto do negócio. O que sucede é que uma das partes representa que aquele líquido é vinho, quando, na realidade, se trata de vinagre.

É curioso que ULPIANO, defensor da relevância deste erro, não se refira à possibilidade de a representação do próprio devedor poder, ela mesma, ser deficiente. Parece que o insigne jurista terá considerado tal facto indiferente.⁴⁷⁶ De todo o modo, é de realçar o processo de raciocínio do Autor, fazendo corresponder o *error in substantia* ao *error in corpore*, dada a idêntica gravidade da deturpação envolvida: é como se continuasse a existir uma divergência entre o que o vendedor declara vender e o comprador declara comprar. O que é vendido seria um *aliud* em relação à *res* que o comprador manifestara querer adquirir.

Diferente, ainda, seria o erro sobre a qualidade, correspondente ao nosso erro-vício, na modalidade de “erro sobre o objecto (mediato)”. Já não é a “*substantia*” (ou “*materia*”, ou “*qualitas*”) que está em causa, mas antes uma qualidade, o que não invalidaria o negócio. Como escreve PAULUS, “*aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet*”.⁴⁷⁷

Nestes casos não se troca a garrafa de líquido que um quer vender, por outra, que o outro quer comprar; comprador e vendedor têm em mente a mesma garrafa de líquido, e a substância do líquido é fundamentalmente aquela que os declarantes têm em mente (e não vinagre, em vez de vinho). Só que uma das partes, o comprador, representa que o vinho foi feito com uvas de

⁴⁷⁶ Cfr. BRUCE W. FRIER, *Roman Law and the Wine Trade: The Problem of the Vinegar Sold as Wine*, in ZSS, 100, 1983, pp. 268 ss.. Na realidade, tanto ULPIANO como JULIANO apresentam exemplos de erro bilateral – mais concretamente, erro partilhado, comum – em D. 18, 1, 14, e D. 18, 1, 41, 1. Não há aqui dissenso: ambos os declarantes identificaram o mesmo objecto, e não cada um o seu; o que acontece é que ambos identificaram incorrectamente o mesmo objecto. Por exemplo, ambos julgavam que o líquido de uma garrafa, a ser vendida, era vinho, quando na verdade era vinagre (se houvesse dissenso, um teria representado a *substantia* “vinho”, e o outro, a *substantia* “vinagre”).

⁴⁷⁷ D. 18, 1, 10 (“*E se, diferentemente, o ouro fosse efectivamente pior que o que o comprador haja estimado: então a compra é, na verdade, válida*”).

certa casta quando, na verdade, foi feito a partir de uvas de uma casta inferior. O que foi representado como vinho é, na realidade, vinho (e não outro líquido qualquer); mas é vinho com uma “deficiência” de qualidade, e não uma sua total “ausência” (como sucederia se em vez de vinho se tratasse de vinagre, *embamma*, *garum*, ou outra “*substantia*”).

Regras edis permitiam ao comprador fazer valer-se da *actio empti*, desde que, evidentemente, a compra e venda fosse válida. Caso contrário, não se poderia fazer valer dessas regras e da *actio empti*.

Ora, nos casos de *error in substantia* não está em causa “líquido que é vinho, mas de qualidade inferior ao representado”, mas antes “líquido que se representou ser vinho, mas que é vinagre”.⁴⁷⁸ O *error in substantia* não seria abarcado por aqueles remédios do erro sobre a qualidade, o que configuraria uma solução incompreensível, dado que a total ausência da qualidade “vinho”, é muito mais gravosa do que a sua presença com uma deficiência; ou seja, fica em muito pior situação aquele que compra vinagre, pensando que é vinho, do

⁴⁷⁸ ULPIANO distinguia entre algo que foi vinho e se tornou vinagre (porque este vinagre é vinho que se alterou por um processo orgânico), daquilo que sempre foi vinagre desde o início, por ter sido preparado enquanto tal.

Também considerava (cfr. D. 18, 1, 14) que não haveria *error in substantia* (mas antes quanto à qualidade da coisa), sempre que parte da coisa fosse da substância representada: por exemplo, se uma pulseira não fosse de ouro, mas de um outro material, banhado em ouro. Neste caso, a qualidade representada “ser de ouro” existiria, apenas não na quantidade imaginada. JULIANO, em sentido contrário, e, em nosso parecer, correctamente, defendia (D. 18, 1, 41, 1) que “[m]ensam argento coopertam mihi ignorantibus pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur” (“tu, imprudente, vendeste-me uma mesa coberta de prata como se fora maciça: a compra é nula, e é exigida a restituição do dinheiro que por este motivo haja sido pago”).

As dificuldades imanentes à severidade da limitação que ULPIANO fixava aos casos de *error in substantia* é também visível no exemplo da escrava que um *cives* adquire, julgando ser do sexo masculino. Neste caso, ULPIANO já aceitaria a nulidade da compra e venda por *error in substantia*. No entanto, o material é o mesmo: tanto uma escrava, como um escravo, pertencem à mesma espécie, evidentemente. A *substantia* seria a mesma. Mas o erro deveria ser visto como um erro de *substantia*, e não de qualidade (dificilmente se poderia defender que a escrava tinha a qualidade de “escravo”, mas de forma deficiente), dadas as diferenças fundamentais entre homem e mulher. Diferentemente seria o caso, também descrito por ULPIANO, da compra de uma escrava que, incorrectamente, se julgava ser virgem. Aqui talvez se pudesse falar numa qualidade deficiente da escrava, enquanto mulher, embora tal conclusão só pudesse ser extraída à luz dos valores da sociedade romana, claro, e já não da nossa.

que aquele que compra vinho de uma qualidade inferior à que representara. Como poderia este ser protegido, mas aquele não? A teoria do *error in substantia* acaba por corrigir a injustiça, libertando o comprador.

II – Diferente de todos estes seria o *error in motive*.⁴⁷⁹ Ao contrário dos *errores* estudados, este respeitaria a elementos que, embora estejam na raiz do negócio jurídico, são-lhe exteriores – não integram o seu conteúdo –, e, por isso, são geralmente irrelevantes. Como afirma ROSCOE POUND, “[t]he reason for denying relief where there is mistake only in the motive is the need of weighing against the individual interests of one who acts on mistaken motive the social interest in the security of transactions. The other party had nothing to do with the mistake and it does not inhere in the declaration of the will. But what is decisive is the economic reason, the security of transactions, which should be upheld in order to maintain the economic order, unless failure of an essential element of the transaction makes a strong case of impairment of the interest in individual free self-assertion. Motives are too shifting, too varying in degree of weight, too complex and too little susceptible of proof to be weighed against the security of transactions”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ E o *error in nomine*, com menor importância dogmática e prática, de que ULPIANO escreve “[p]lane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat” (D. 18, 1, 9, 1, que significa “é claro que se divergirmos quanto ao nome, que corresponde verdadeiramente ao objecto, não há qualquer dúvida de que seja válida a compra e venda: na verdade, o erro sobre o nome nada faz, uma vez que corresponde ao corpo”).

Parece-nos haver casos em que o *error in nomine* pode ser verdadeiramente um *error in motive*, como sucederá se, por exemplo, o comprador de um escravo (para aproveitar o exemplo comum em ULPIANO, nesta matéria) identifica o mesmo escravo que o vendedor, só que julga chamar-se Sempronius, em vez de Titius, nome contra o qual o comprador tem uma superstição.

⁴⁸⁰ *Jurisprudence*, vol. 4, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1959, p. 457. Ou, mais sucintamente, mas no mesmo sentido, REINHARD ZIMMERMANN: “[w]hat has prompted a person to enter into a contract is entirely his own business. As long as the motive remains outside the content of the contract, it is of no concern to the contractual partner, and the consequences of any misconception in that regard must normally be borne by the declarant

Apesar de os juristas romanos não gizarem o problema desta forma – que hodiernamente é comum –, o *Digesto* eloquentemente omite estes erros como causa de invalidação da declaração negocial.⁴⁸¹

III – A venda de vinagre em vez de vinho, a compra de pulseiras douradas e não de ouro maciço, o comprador que diz querer comprar a quinta de Cornélio e o vendedor que lhe promete vender a de Semprônio; todos estes problemas, e outros – muitos dos quais aflorámos à margem do texto –, não eram privativos dos quirites. Actualizadas aquelas ilustrações para acompanhar a mutação da realidade que os enquadra, estas questões foram retomadas, uma e outra vez. Porém, só a partir de finais do século XVIII é que a temática do erro receberia novos impulsos, que a projectaram para a descoberta de respostas diversas, consoante as coordenadas espaço-temporais em consideração.⁴⁸²

Ainda assim, antes desse período, juristas da escola do direito natural haviam já tentado dar um cunho mais racional à doutrina romano do erro, da qual repudiavam a distinção entre as várias modalidades de erro relevantes e irrelevantes, acabando por a redefinir substancialmente. Neste domínio, HUGO GRÓCIO defendeu que “(...) *si promissio fundata sit in preasumptione quadam facti quod non ita se habet, naturaliter nullam ejus esse vim: quia omnino promissor non consensit in promissum, nisi sub quadam conditione, quae re*

himsel” (*The Law of Obligations. Roman Foundations, op. cit.*, p. 597). Cfr. ainda, as considerações de MAKE DIESELHORST (*Zum Irrtum beim Vertragsschluss, in “Symptica Franz Wieacker”*, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, pp. 186 ss.).

⁴⁸¹ Em geral, claro, porque quanto a certos negócios – como o testamento –, que, por se encontrarem subtraídos ao comércio jurídico, concedem prevalência à vontade real do declarante sobre aquilo que ele haja exteriorizado; nestes casos, dizíamos, a solução seria diferente. Cfr. HANS JOSEF WIELING, *Testamentsauslegung im Römischen Recht*, C.H. Beck, Munique, 1972, p. 208 ss..

⁴⁸² Até esse período o trabalho dos juristas havia sido de manutenção fiel das soluções e distinções desenhadas pelos juristas romanos que analisámos. Cfr. PETER HAUPT, *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption*, Verlag Hermann Böhlaus, Weimar, 1941, pp. 2 ss..

ipsa non exstitit".⁴⁸³ Sublinhe-se, aqui, o tempo verbal de *existere*, no pretérito perfeito, indicando a existência de erro quando o facto que é representado, e no qual se fundou a promessa, *nunca existiu* – assinalando uma importante diferença entre o erro e aqueloutro que hoje apelidamos de alteração das circunstâncias.

O contributo mais relevante dos jusnaturalistas nesta área acabaria por ser a sua decomposição do contrato em duas declarações de vontade, coincidentes, cada uma das quais, por sua vez, se decomporia numa vontade interna ("*volitio*") e numa vontade manifestada ("*signum volendi*").⁴⁸⁴

Esta operação dogmática aparentemente simples abriu um leque de possibilidades, até então fora do alcance do jurista, de resolução dos problemas inerentes às várias modalidades de erro, dependendo de a qual daqueles elementos da declaração de vontade – "*volitio*" ou "*signum volendi*" – se atribui maior ênfase. Uma opção pela vontade exteriorizada confere maior certeza e insufla maior segurança no comércio jurídico; foi o que sucedeu com o ABGB e o Codex Maximilianeus. Já a preferência pela vontade interna protegeria o declarante; HUGO GRÓCIO e os seus seguidores eram menos exigentes na aceitação da relevância do erro, chegando a aceitá-la mesmo em caso de culpa do declarante, embora acompanhando-a de uma obrigação de indemnização, numa inovação que viria a ter grande influência futura.⁴⁸⁵ Os problemas dogmáticos decorrentes desta posição (afinal, como explicar que uma declaração negocial que não produz efeitos – devido a um comportamento censurável do declarante – possa ser fonte de uma obrigação de indemnização?) acabariam por encontrar uma primeira resposta na

⁴⁸³ *De Jure Belli ac Pacis*, Lib. II, Cap. XI, VI., *op. cit.* ("Se a promessa é fundada na presunção de certo facto que não se verifica assim, é natural que nula seja a sua força: porque o declarante não consentiu inteiramente na promessa, excepto sob certa condição, que na realidade não existiu").

⁴⁸⁴ Cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations*, *op. cit.*, p. 613.

⁴⁸⁵ Como, de resto, sucede no nosso regime de erro-vício, à excepção do n.º 2 do artigo 252.º, cuja remissão para o n.º 1 do artigo 437.º implica a escusabilidade do erro, devido ao requisito da "imprevisibilidade" da alteração, como veremos.

conhecida doutrina de RUDOLF VON JHERING sobre a *culpa in contrahendo*,⁴⁸⁶ acolhida no BGB.

IV – Conhecido opositor ao BGB – e ao movimento de codificação em geral –, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY foi outro autor de renome a tratar do erro, naquela que é talvez a sua mais conhecida obra.⁴⁸⁷ No erro, como noutras matérias, o seu trabalho foi mais de sistematização do que inovação, extraindo os princípios fundamentais das fontes romanas, a partir dos quais construiu uma doutrina lógica e coerente.⁴⁸⁸

Foi com base neste processo que o ilustre Autor edificou uma “teoria da vontade”,⁴⁸⁹ da qual resultou uma importante e precisa distinção entre o mero *error in motive* – que não afecta a vontade do declarante, mas está relacionado com o processo preliminar de formação de tal vontade – e um erro sobre elementos que fazem parte do conteúdo do acordo, caso em que não existiria correspondência entre a vontade e a declaração, com a consequência de esta ser ineficaz. Por este motivo, o negócio jurídico seria nulo, independentemente de o declarante que incorrera em erro desejar a sua manutenção.⁴⁹⁰

Apesar da reconhecida proeminência que a SAVIGNY tributavam os seus pares, e da aceitação generalizada desta sua teoria da vontade, o BGB

⁴⁸⁶ *Culpa in Contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection Gelangten Verträgen*, 1861, in “Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, vol. 4, pp. 1 ss. (traduzida para português por Paulo Mota Pinto: *Culpa in Contrahendo, ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, Almedina, Coimbra, 2008). Cfr., ainda, ERICH SCHANZE, *Culpa in Contrahendo bei Jhering*, in “Ius Commune”, 7, 1978, pp. 326 ss.; e DIETER MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der Culpa in Contrahendo*, in “Festgabe für Max Kaser”, 1986, pp. 169 ss..

⁴⁸⁷ *System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 3, 1.^a ed., Veit, Berlim, 1840, pp. 325 ss..

⁴⁸⁸ Cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations*, op. cit., p. 614.

⁴⁸⁹ Para um desenvolvimento da teoria de SAVIGNY sobre o erro, cfr. KLAUS LUIG, *Savignys Irrtumslehre*, in “Ius Commune”, vol. 8, 1979, pp. 36 ss..

⁴⁹⁰ Cfr. *System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 3, op. cit., p. 294.

optou por soluções pragmáticas: torções dos princípios dogmáticos savignianos nesta matéria, como a atribuição ao errante da faculdade de optar por invalidar o negócio assente na declaração viciada, o que, ademais, possibilitaria uma concordância entre a solução legal e o princípio da autonomia privada.⁴⁹¹

De resto, os finais do século XIX acabariam por ser também um *fin de siècle* para muitas das velhas categorias justinianeias, como o *error in negotio, corpore, pretio* ou *persona*, embora perdurasse (e continue a perdurar) o *error in substantia*, travestido do muito mais abrangente requisito de *essencialidade do erro*: seja em relação ao elemento sobre que incide o erro (como requer o nosso artigo 247.º e o n.º 2 do § 119 BGB), seja ao próprio erro, solução, esta, por que tantas vezes a doutrina pátria contemporânea tem manifestado a sua preferência.

Pare se chegar a este resultado, na Alemanha, foi crucial a combinação de dois factores, que o acaso articulou.

Em primeiro lugar, a polémica entre SAVIGNY e ERNST ZITELMANN: enquanto aquele havia generalizado o *error in substantia* com base numa ampliação do entendimento de *substantia*, que deixaria de ser necessariamente química ou material, para passar a incluir outras qualidades igualmente importantes – *igualmente essenciais* –, ZITELMANN, pelo contrário, opunha-se, por entender que a solução representava uma distorção das fontes justinianeias,⁴⁹² e constituía verdadeiramente um *error in motive* (que o próprio Corpus Iuris Civilis desconsiderava), e que, por isso, deveria ser

⁴⁹¹ Cfr. HARDER, *in* AcP, vol. 173, 1973, p. 225.

⁴⁹² Cfr. ZITELMANN, *Irrtum*, *op. cit.*, p. 574. E, pelo menos aqui, parece ter razão: SAVIGNY (*System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 3, *op. cit.*, p. 282) baseava parte do seu raciocínio no *error in sexu*, enquanto qualidade dos escravos (D. 18, 1, 11, 1), para abarcar outras situações em que não está propriamente em causa algo com uma “essência” ou *substantia* diversa (um ser humano é um ser humano – mesma *substantia* – independentemente do sexo).

irrelevante⁴⁹³ (para além de que poria em causa a segurança e o comércio jurídico).⁴⁹⁴

Em segundo lugar, a derrota de SAVIGNY na querela sobre a decisão de avançar com o processo de codificação do direito dos povos germânicos, e a posição extremada que os autores do primeiro anteprojecto do BGB adoptaram – seguindo ZITELMANN –⁴⁹⁵, para depois a segunda comissão responder a este extremismo com a adopção da posição polar oposta, consagrando um regime que ainda hoje é acerbicamente criticado.

4.2. – Noção; condições gerais de relevância do erro

I – Como veremos, é igualmente insatisfatória – e não muito diferente – a solução a que o nosso legislador chegou nos casos de erro sobre o objecto ou sobre o declaratório. Fê-lo, no entanto, por motivos históricos diversos, mas não menos quasi-arbitrários e insatisfatórios.

Ao distinguirmos *erro-vício de alteração das circunstâncias*, pudemos apreciar como aquele constitui uma anomalia no processo de formação da vontade, a qual consiste, por sua vez, numa representação inexacta ou ignorância de uma ou várias circunstâncias de facto ou de direito determinantes da decisão de efectuar o negócio. A presença desta anomalia faz com que o Direito considere que a vontade não se formou de modo normal e

⁴⁹³ Cfr. ZITELMANN, *Irrtum*, *op. cit.*, p. 435 ss.. Para uma análise desta posição de ZITELMANN, entre nós, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas*, in ID., *Obra Dispersa*, vol. 1, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 31 a 124 (pp. 42 ss.).

⁴⁹⁴ Problema de que o próprio SAVIGNY estaria ciente (*System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 3, *op. cit.*, p. 277).

⁴⁹⁵ Cfr. ZIMMERMANN, *Law of Obligations, Roman Foundations*, *op. cit.*, p. 617.

são: há uma divergência entre a vontade efectiva – viciada – e a que se teria formado, caso a representação não houvesse sido deficiente.

Portanto, e numa aproximação inicial, para que se possa falar em erro-vício é imprescindível observarmos o seguinte: primeiro, que a vontade se tenha formado com base em *representações que não correspondem à realidade*; e, segundo, *que sobre essas representações assentem motivos que tenham sido determinantes* para a emissão da declaração de vontade ou para delinear os termos em que ela foi emitida.

II – Nem todo o erro releva; e não releva todo da mesma forma. Desde logo, e como está patente no que deixámos escritos, o erro tem de ser *essencial* – ou, pelo menos, *incidental*.

Ser *essencial* significa que o erro incide sobre representações em que assentaram motivos que determinaram a própria decisão de contratar (como as *qualidades* de um objecto, a *identidade* do declaratário). Se **A** comprar um relógio de prata para a sua colecção de relógios de platina, julgando que o objecto é feito deste material e não daquele, o erro é essencial pois **A** nunca teria declarado querer adquiri-lo se tivesse sabido de que material era verdadeiramente feito aquele relógio.

Ser *incidental* significa que o erro incide sobre motivos que determinaram tão-só o conteúdo da declaração de vontade. Se o declarante tivesse sabido do desfasamento entre as suas representações e a realidade teria, ainda assim, emitido a declaração de vontade; só que tê-lo-ia feito noutros termos, ajustados à realidade dos elementos sobre os quais incidiram as suas representações. Se em vez de coleccionar apenas relógios de platina **A** tivesse também uma colecção de relógios com caixas feitas de diversos metais preciosos, teria na mesma decidido comprar o relógio de prata; só que o conteúdo da declaração de vontade teria sido diferente – o preço que estaria

disposto a pagar teria sido inferior –, de modo a reflectir a realidade (prata em vez de platina).

Esta distinção inicial é de grande importância, pois da natureza essencial ou incidental do erro dependerá o modo como o vício relevará. O *erro-vício essencial* é causa de anulabilidade da declaração negocial viciada; o *erro-vício incidental* suscita a modificação do conteúdo da declaração de vontade, apesar de poder desembocar na sua anulabilidade, como melhor veremos no seu local próprio.⁴⁹⁶

III – Para além de essencial ou incidental, o erro-vício deve ser *próprio*. O conceito de propriedade é definido pela negativa: é próprio o erro que incide sobre uma circunstância ou circunstâncias *que não correspondam a elementos legais da validade do negócio*.⁴⁹⁷ Se **A** tiver representado erradamente que o terreno que comprou era apto a plantar um pomar de macieiras o erro é *próprio*. Se o mesmo **A** tiver celebrado o contrato de compra e venda verbalmente por ter julgado que a aquisição de um prédio rústico não está sujeita a requisitos legais de forma, o erro é *impróprio*.

Compreende-se por que não tem relevância autónoma o erro impróprio: ela é consumida pela invalidade decorrente da conclusão de um negócio que não observa os requisitos legais de validade do negócio. O negócio não é anulável por **A** se ter enganado quanto à exigência de forma; o negócio é nulo por não ter respeitado a forma legalmente exigida. **A**

⁴⁹⁶ Ao contrário do erro essencial e incidental, o erro *indiferente* é irrelevante, tal como o próprio nome indicia. A circunstância sobre a qual incide a representação errada não influenciou, nem a decisão de emitir a declaração de vontade, nem os termos desta emissão. Não faria sentido falar em invalidade do negócio (porque o negócio sempre teria sido concluído) ou na modificação dos seus termos (porque estes teriam sido os mesmos ainda que o declarante não tivesse incorrido em erro). A irrelevância desta modalidade de erro é extraível da própria definição de erro-vício.

⁴⁹⁷ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, op. cit., p. 509.

invalidade mais gravosa e convencionalmente inarredável consome a outra. Nem faria sentido alegar a anulabilidade do erro quando o negócio é nulo. E aceita-se: os requisitos legais de validade do negócio servem interesses públicos, indisponíveis (mesmo no caso da forma), e, por isso, não podem ser afastados pelas partes, contrariamente ao que sucede com o regime do erro.

Para além destas condições gerais de relevância que a doutrina e jurisprudência construíram – essencialidade/incidentalidade e propriedade –, levanta-se a questão de saber se o erro-vício também tem de ser escusável, individual e bilateral.

IV – O erro seria *escusável* se não tivesse havido culpa do declarante ao cometê-lo, porque ele, mesmo não conhecendo,⁴⁹⁸ deveria ter conhecido a falta de adesão da sua representação ou representações à realidade. Pese embora a divergência doutrinal gerada pela relevância deste requisito no quadro do Código de Seabra,⁴⁹⁹ *hoje parece pacífica a sua rejeição*. O erro-vício releva independentemente de o declarante dever ter sabido do erro.

Isto *não significa que a culpa do declarante no erro seja juridicamente irrelevante*. Ela não impede que o declarante possa anular o negócio com base em erro-vício essencial e próprio; mas o mesmo declarante terá de indemnizar o declaratário pelo dano da confiança, nos termos do artigo 227.º.

Claro que para tal é necessário que o declaratário tenha confiado na declaração, para o que é necessário que não tivesse conhecido – nem devido conhecer – o erro.⁵⁰⁰ Caso contrário, não haveria qualquer confiança do declaratário a merecer protecção (artigo 570.º). É esta a solução mais

⁴⁹⁸ Se efectivamente tivesse conhecido não se poderia falar em erro, claro.

⁴⁹⁹ Esta questão gozou de alguma notoriedade durante a vigência do Código de Seabra.

⁵⁰⁰ Quando se diz que o declaratário tem de conhecer, ou dever conhecer, o erro, não basta que o declaratário saiba o que o declarante não sabe: é também necessário que esteja ciente que o declarante não sabe aquilo que ele sabe. Se o declaratário confiar num terceiro sentido a sua confiança não merece protecção.

harmonizável com a teoria da declaração, mitigada pela doutrina da aparência eficaz.

Como o artigo 247.º, por remissão dos artigos 251.º e 252.º, só exige (para que o erro seja causa de anulabilidade do negócio) que o declaratório conhecesse ou devesse ter conhecido “*a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro*”, é perfeitamente possível que o declaratório não conhecesse – nem devesse conhecer – o erro, mas única e exclusivamente o seu carácter determinante para a decisão do declarante de emitir a declaração negocial. Caso o legislador tivesse, antes, exigido o conhecimento ou cognoscibilidade do próprio erro, nunca haveria erro-vício relevante que impusesse ao errante, mesmo que culposo, obrigação de indemnizar o dano da confiança, porque nunca haveria confiança a proteger (porque para que o erro fosse relevante seria necessário que o declaratório desconhecesse, *sem culpa*, o próprio erro).

V – Como o legislador não exige que o declaratório conhecesse ou devesse ter conhecido o próprio erro, este *releva mesmo nos casos em que seja unilateral*. Ou seja: basta que o declarante esteja em erro. O declaratório pode ou não estar; é irrelevante. E o mesmo se diga, na prática, quanto ao erro sobre a base do negócio, previsto no n.º 2 do artigo 252.º.

VI – Por último, a *individualidade* (ou singularidade) do erro também não exerce qualquer peso sobre a relevância jurídica do erro-vício. O erro seria individual quando fosse exclusivo do errante: um erro que o declarante cometera, mas que a generalidade das pessoas não teria cometido.

À semelhança da escusabilidade, a discussão da relevância da individualidade fazia algum sentido no tocante ao Código de Seabra,⁵⁰¹ mas

⁵⁰¹ O seu artigo 664.º preceituava que “*o erro comum e geral não produz nulidade*”.

não à luz do Código actual, do qual não parece ser possível retirar este requisito. Nem, aliás, tal parece desejável, *de iure condendo*: é precisamente dos erros que mais amplamente permeiam a comunidade de Direito que o declarante deve ser protegido.

Ademais, *exigir que o erro fosse individual teria o efeito perverso de o converter necessariamente num vício culposo*. Se o erro tivesse de ser idiossincrático isso significa que mais ninguém o cometeria. Logo, o *bonus pater familias* teria conhecido o erro, o que transforma o não conhecimento do erro, por parte do declarante, num comportamento censurável.

4.3. – Condições especiais de relevância do erro

Às condições gerais de relevância do erro-vício acrescem outras, específicas da modalidade de erro em causa. Apesar de todo o erro-vício ser um erro sobre os motivos (determinantes para a emissão da declaração ou para fixar os termos em que esta foi emitida) – ou melhor, sobre as representações em que eles se baseiam –, aqueles motivos podem respeitar, especificamente, ao objecto do negócio ou à pessoa do declaratário.⁵⁰² Só quando o elemento sobre o qual o erro incide não respeitar, nem ao objecto do negócio, nem à pessoa do declaratário, é que falamos em erro sobre os motivos, que constitui assim um *tertium genus* residual.

⁵⁰² Também poderia incidir *sobre a pessoa do declarante* porque este, por exemplo, julga erradamente ter capacidade de exercício para celebrar certo negócio. Só que neste caso o erro-vício será *impróprio* e, portanto, irrelevante.

4.3.1. – Erro sobre o objecto e erro sobre o declaratário

I – O erro sobre o objecto do negócio é especificamente regulado pelo artigo 251.º, que abrange, quer os casos de erro sobre a identidade do declaratário, quer as hipóteses de erro sobre as qualidades.⁵⁰³ Aquele preceito remete para a hipótese do artigo 247.º, que regula o erro-obstáculo e exige que “*o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro*”.

Foi esta a fórmula que o legislador encontrou para proteger a confiança do declaratário: se este sabia que certa circunstância era fundamental para a decisão de o declarante emitir a declaração, a sua confiança nesta não mereceria protecção e, conseqüentemente, o negócio que nela se esteia seria anulável.⁵⁰⁴

Como tantos outros autores, não concordamos com esta solução. *Em regra*, a correcção das representações que o declarante faz de certas circunstâncias depende dele. É ele que se pode esclarecer e, em princípio, é ele que tem de solicitar esclarecimentos do declaratário. Por estes motivos, o declarante é que tem de se assegurar da correcção das suas representações. É por conta dele que deve correr o risco de as suas representações não corresponderem à realidade. *Caso contrário, estimular-se-ia a inércia do declarante*, bastando que este comunique ao declaratário a essencialidade de certos elementos, sem que encete quaisquer esforços de obtenção de informações em relação a eles, *o que passaria para o declaratário o risco de*

⁵⁰³ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, p. 516.

⁵⁰⁴ Sobre a origem histórica deste regime, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles”, vol. 4, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 43 a 139 (pp. 90 ss.).

*esses elementos não corresponderem às representações que deles haja feito o declarante.*⁵⁰⁵

II – É comum a opinião de que se deveria exigir do declaratório o *conhecimento ou cognoscibilidade do próprio erro*.

Ao exigirmos o conhecimento ou cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre que incide o erro, o declaratório suporta o risco da incorrecção das representações do declarante, que fica livre para se desvincular, pelo mero facto de haver veiculado ao importância essencial de certos elementos, objecto de representação, para a decisão de emitir a declaração de vontade. O declaratório, que confiou nas representações feitas pelo declarante, independentemente da sua essencialidade, vê aquela confiança descartada por um regime que favorece, nestes casos, a vontade interna do declarante.

Se **A** e **B** celebrarem um contrato de compra e venda de um prédio rústico pertencente a este último, exclusivamente porque aquele quer lá minar ouro, facto que revela a **B**, o risco de não haver ouro naquele terreno é transferido para **B**. Em vez de obrigarmos **A** a informar-se sobre a existência de jazigos daquele precioso metal na região, estamos, antes, a colocar **B** na seguinte situação: ou ele se informa sobre a existência destes jazigos na área

⁵⁰⁵ Já quando o erro resulta de um facto do declaratório, seja de dolo lícito, seja de dolo ilícito, não há qualquer confiança do declaratório merecedora de protecção, o que afasta (nem que fosse por abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*) a exclusão da anulabilidade do negócio.

O mesmo se diga se o dolo for de terceiro, desde que o declaratório tenha tido, ou deva ter tido, conhecimento do dolo – n.º 2 do artigo 254.º CC –, pois não há qualquer confiança do declaratório merecedora de protecção; poderia ter elucidado o declarante; não o tendo feito, o Direito determina a produção dos mesmos efeitos que teriam lugar se tivesse sido ele próprio o autor do dolo; mais uma vez o artigo 227.º refere-se a um comportamento culposo como sendo de má fé.

(o que eleva os custos de transacção⁵⁰⁶), ou sujeita-se a que o negócio seja anulado, com todos os prejuízos que tal lhe possa causar.⁵⁰⁷

Portanto, o declaratário não pode confiar apenas no que o declarante declara, tendo de complementar a declaração com informações por si obtidas, algo que deveria caber ao declarante, por ser da satisfação de um interesse próprio que se trata. Já se exigíssemos que o declaratário conhecesse ou devesse conhecer o próprio erro este poderia sempre confiar na declaração (ou, mais precisamente, no modo são como se formou a vontade em que ele assenta); poderia confiar que o declarante recolheu informações adequadas a

⁵⁰⁶ Deve ser o declarante a ver se a coisa está de acordo com as suas representações, e não o declaratário a fazê-lo. Tal aumentaria os custos de transacção: o declaratário incorreria em custos de informação que se multiplicariam caso fossem necessárias várias negociações, pois não seriam compensados. É certo que o mesmo se pode dizer do declarante que inspecciona repetidamente vários objectos sem resultados favoráveis; mas é justo que seja ele a suportar este custo: *o motivo é dele*.

⁵⁰⁷ Vejamos o seguinte exemplo para elucidar as nossas críticas ao artigo 247.º: um vendedor (não profissional) venda um relógio que o comprador desejava adquirir por julgar ser de platina. Ora, o vendedor não conhecia nem deveria ter conhecido o erro (que o relógio não é de platina, como o comprador queria); mas sabia, ou deveria ter sabido, que essa qualidade do objecto mediato foi essencial para a decisão de o comprador emitir a sua declaração de vontade. Se permitirmos que o comprador anule o negócio estamos a ser injustos para com o vendedor.

Vejamos: num caso destes o comprador paga um valor inferior ao que pagaria se tivesse a certeza que o relógio é de platina. O vendedor aceita por não estar interessado em assumir o risco de o levar a uma ourivesaria para confirmar a qualidade do metal (pode ter de pagar a despesa para confirmar que afinal o relógio não é valioso). Imagine-se que o valor pago é de €2.000 e o valor do relógio, se for de platina, é de €10.000. Neste caso o vendedor corre o risco de o relógio ser efectivamente de platina, caso em que poderia ter recebido mais €8.000 do que recebeu. O comprador corre o risco de estar a adquirir um relógio de aço que não tem qualquer valor para ele, dado ele não ter interesse em tal peça (apesar de ela ter valor de mercado na mesma).

Se permitirmos ao comprador anular o negócio porque o vendedor conhecia a essencialidade do elemento “caixa em platina”, estamos a eliminar qualquer desvantagem que para ele decorra do risco de estar enganado quanto àquele elemento. Mas se ele estiver correcto não estamos a permitir ao vendedor exigir os €8.000. Ou seja, esta solução beneficiaria o comprador, ao eliminar o risco de este sair a perder *por estar errado quanto à sua representação*, e prejudicaria o vendedor. A confiança deste na declaração (o comprador ou sabe que é de platina ou quer correr o risco de não ser) é prejudicada em benefício de um comprador que assim não tem qualquer incentivo para se assegurar da correcção da sua representação, dado poder sempre anular o negócio desde que se assegure de que o vendedor sabe da essencialidade do elemento sobre o qual incide o erro.

sustentar as representações que faz, nas quais assentam, por sua vez, os motivos – ou então, que este mesmo declarante está disposto a assumir o risco, a álea de estar ou não certo – relativos à aptidão daquele prédio rústico para o desenvolvimento daquela actividade económica (o motivo, o interesse e, portanto, o risco da falta desta aptidão, não deveriam pertencer ao declaratório), *que, mais uma vez, é de um motivo dele, declarante, que se trata*. Já se o declaratório soubesse, ou devesse saber, do próprio erro, não haveria qualquer confiança deste merecedora de protecção.^{508 509}

Ao exigirmos o conhecimento ou cognoscibilidade do próprio erro, o declaratório teria o ónus de se informar relativamente ao que é essencial para o devedor, ou relativamente à conformação que é cognoscível que aquela essencialidade assuma em concreto; mas não terá de suportar os sacrifícios patrimoniais atinentes à recolha de informação, por ele próprio, relativas aos elementos sobre que incidem representações do declarante, que são fundamentais para o declarante. Tudo o que nos parece constituir uma repartição bem mais justa do risco da deficiência das representações do declarante.

Também os interesses do comércio jurídico (celeridade e segurança da contratação) e o princípio da estabilidade dos negócios (*favor negotii*) parecem ficar mais bem servidos por uma solução como esta, com potencial para sustentar o acréscimo de litígios e demandas destinados a conseguir uma

⁵⁰⁸ Claro que se pode sustentar que indagar a essencialidade do elemento sobre que incide o erro é menos exigente (e custoso) para o declaratório do que apreciar a existência ou ausência de erro. Mas o resultado é prejudicial ao declaratório, uma vez que passa a ser por conta dele que corre o risco de a coisa não ter as qualidades que o comprador-declarante representa.

⁵⁰⁹ Claro que pode acordar com **A** que é por conta dele que corre o risco de estar errado quanto às qualidades do terreno, mas tal é difícil suceder na prática – desde logo por poder indiciar que **B** sabe que não há lá ouro (mesmo que este não faça ideia) e que está a tentar explorar a ignorância dele.

desvinculação arbitrária dos negócios realizados, que entretanto se revelarem desfavoráveis, *por uma representação deficiente que o próprio fez.*

4.3.2. – Erro sobre os motivos

I – O erro sobre os motivos⁵¹⁰ diverge do erro sobre o objecto e sobre o declaratório no que toca às condições especiais da sua relevância, estabelecidas pelo artigo 252.º.

Como deixámos escrito, quando aqui nos referimos a motivos tratamos de representações (sobre que repousam os motivos) que não incidam sobre as qualidades ou identidade, tanto do objecto, como do declaratório; *estes respeitam a elementos essenciais da relação jurídica.*

As representações a que o erro se reporta, no quadro do artigo 252.º, tanto podem corresponder às que constituem a base do negócio, como a quaisquer outras que a ela sejam alheios. Estas últimas só relevarão “*se as partes houverem reconhecido, por acordo, a [sua] essencialidade*” (n.º 1 do artigo 252.º); já as representações que constituem a base do negócio relevam na medida em que preencham a hipótese do artigo 437.º (por remissão do n.º 2 do artigo 252.º),⁵¹¹ na qual se destaca “*a exigência [de as] obrigações assumidas [afectar] gravemente os princípios da boa fé*”, uma vez que, como

⁵¹⁰ Correspondente ao erro acerca da causa no contexto dos artigos 659.º e 660.º do Código de Seabra, e ao erro acerca da pessoa de terceiro, previsto no artigo 662.º do mesmo diploma.

⁵¹¹ Com as necessárias. Estas adaptações dizem respeito ao facto de, no caso de erro sobre motivos que consubstanciem a base do negócio, estarmos a falar de erro. Ora, uma alteração é normal ou anormal, mas um erro não (a não ser na medida que fosse ou não feito pela generalidade das pessoas – e isto é mais um argumento contra a individualidade do erro –, o que coincide com a noção de cognoscibilidade). Uma alteração pode ser previsível ou imprevisível, mas estes predicados não assentam bem à noção de erro (porque este já existe quando o declarante faz as suas representações). Portanto, fala-se de o erro ser cognoscível ou não.

vimos, estes princípios influenciam a regulação do sistema móvel criado pelo artigo 437.º.⁵¹²

II – A diferença entre o erro sobre os motivos e as restantes modalidades parece-nos residir no facto de estas últimas incidirem sobre elementos – a identidade e a qualidade, tanto do declaratório, como do objecto da relação – *com os quais todo o declarante e declaratório sabem ter de contar, enquanto elementos essenciais da relação jurídica*. São, portanto, elementos relativamente aos quais se compreende que o legislador seja menos exigente no que toca à relevância de vícios na sua representação, por parte do declarante: é que o declaratório já está – ou deveria estar – *prevenido, à partida, para a importância que essas representações possam ter para a emissão da declaração de vontade*.⁵¹³

⁵¹² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Erro Sobre a Base do Negócio*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 43, Julho/Setembro 2013, pp. 3 a 9) considera que o único requisito inquestionavelmente exigível para que exista erro sobre a base do negócio é a sua essencialidade, definindo erro essencial aquele sem o qual o negócio “*não se [teria] realizado ou [teria sido realizado] noutros termos*” (p. 5). Salvo o respeito que o Autor nos merece, tal posição é insustentável. Deixando de lado a necessidade de o erro sobre a base do negócio dever ser próprio e desculpável, o Jurista parece confundir erro essencial com erro incidental. O § 313 BGB é também contrário a tal ideia.

⁵¹³ FRANCISCO M. B. PEREIRA COELHO (*Causa Objectiva e Motivos Individuais no Negócio Jurídico*, p. 449) entende “*não se justificar o tradicional tratamento diferenciado das hipóteses de erro sobre a pessoa ou o objecto e de erro sobre os motivos*”. Não podemos concordar com esta posição, com o devido respeito. Já vimos por que motivos concordamos com a diferenciação de regimes em função da espécie de erro-vício em causa. Acrescentaremos outra razão: qual seria o regime uniforme a aplicar? Seria equivalente ao actual artigo 251.º? Ou aplicaríamos, antes, o regime do n.º 1 do artigo 252.º? Qualquer destas soluções conduziria a resultados inaceitáveis.

Imaginemos que aplicaríamos o regime do artigo 251.º ao caso do indivíduo que toma de arrendamento um apartamento numa estância balnear por julgar erradamente ter férias marcadas para esse período. Deverá o erro relevar pelo mero facto de a sua essencialidade ter sido revelada ao senhorio (ou dever ter sido apreendida por ele)? Não.

Figuremos agora a aplicação do n.º 1 do artigo 252.º (regra do erro sobre os motivos; o n.º 2 do mesmo preceito é a excepção para o caso específico do erro sobre a base do negócio) ao caso do indivíduo que comprou um relógio de platina, por julgar erradamente ser feito daquele metal, para a sua colecção de relógios que são exclusivamente de platina; tendo comunicado

O mesmo não sucede no erro sobre os motivos: neste caso, a representação pode reportar-se a quaisquer circunstâncias, de entre uma massa difícil de delimitar, e ainda mais difícil de qualificar quanto à sua possível essencialidade para o declarante. Não surpreende, portanto, a severidade com que o legislador trata a matéria.

III – Analisado o motivo para um maior rigor na aceitação da relevância do erro sobre os motivos, o que justifica, dentre desta modalidade, a divergência regulamentar entre os n.ºs 1 e 2 do artigo 252.º CC?

No caso do n.º 1, à semelhança do n.º 2, há incerteza quanto às circunstâncias relevantes para a decisão de emitir a declaração de vontade, e da medida daquela relevância; tal incerteza decorre de dificuldades em fazer a distinção entre o que é importante e o que não é.

*No caso do n.º 2, estão em causa representações com uma importância particular: elas integram a base do negócio; a sua verificação funda vantagens atípicas (que não utilidades-objectivas, portanto), tanto do declarante, como do declaratário. Portanto, é exigível do declaratário que deva contar com aquelas, uma vez que também ele beneficia delas. Claro que isso não significa que, pelo mero facto de ele saber da existência daquelas representações e da sua importância, deva suportar o risco da sua deficiência, por parte do declarante. Por isso é que este preceito remete para o artigo 437.º, onde se faz uma ponderação adequada entre, por um lado, a equidade, e, por outro lado, a protecção da confiança do declaratário e os interesses do comércio jurídico na estabilidade dos *pacta*; uma ponderação toda ela mediada pela boa fé, embora operada, em concreto, por uma série de requisitos que funcionam em sistema móvel.*⁵¹⁴

tudo isto ao vendedor, que nada manifestou quanto ao assunto. Deverá o erro ser irrelevante por não ter havido acordo quanto à essencialidade da qualidade do objecto (mediato)? Não.

⁵¹⁴ Consequentemente, o risco da deficiência das suas representações deve também ser suportado por ambas. Se obrigássemos uma das partes, interessada em desvincular-se, a

Já no caso do n.º 1, temos as representações que compõem uma multidão com cujos elementos individuais não é exigível que o declaratório conte; ou, pelo menos, não é exigível que o declaratório deva suportar o risco da representação errada do declarante, quando se refere a um elemento cuja verificação ou não verificação lhe é indiferente. Se permitíssemos que o declarante se desvinculasse aquando da não verificação daquelas circunstâncias estaríamos a permitir que recebesse as vantagens sem as desvantagens. Estaríamos a obrigar o declaratório a partilhar as consequências desfavoráveis do risco, sem partilhar as vantagens. Seria acolher juridicamente um comportamento incorrecto e desleal, de má fé.

A não ser que haja convenção das partes nesse sentido, o que se compreenderia por tal poder ter como correspectivo a atribuição de um benefício à contraparte. Neste caso haverá uma vantagem, que o declaratório auferir. Neste caso, sim, compreende-se que o declaratório partilhe o risco da deficiência da representação do declarante, por força do acordo.

Uma vez que o erro sobre os motivos respeita a circunstâncias que nem sempre podem ser objecto de conhecimento do declarante, há sempre o risco de estar errada a representação em que se fundam os motivos.

É por isso que, como vimos, no erro sobre os motivos não basta que as representações do declarante fossem cognoscíveis, ou mesmo efectivamente conhecidas, pelo declaratório. Este nada retira das vantagens associadas a essas representações; o que é o mesmo que dizer que essas representações não foram determinantes na formação da sua vontade.

manter-se vinculada, estaríamos a permitir que a outra parte, interessada na manutenção da relação jurídica, recebesse as vantagens associadas à correcção das representações sem ter de suportar as consequências desfavoráveis decorrentes da incorrecção das mesmas representações. Tal comportamento seria incorrecto e desleal; ou seja, seria de má fé.

4.4. – Tensões entre o erro sobre a base do negócio e a alteração das circunstâncias

4.4.1. – Delimitação dos respectivos âmbitos de aplicação

I – Apesar do que vimos sobre a distinção entre erro-vício e alteração das circunstâncias, continua a haver alguma confusão, tanto na doutrina, como na jurisprudência⁵¹⁵, quando o erro pertence à modalidade regulada pelo n.º 2

⁵¹⁵ Um bom exemplo parece-nos ser o Ac. do STJ, de 27/11/2012 (GABRIEL CATARINO), com anotação de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Erro Sobre a Base do Negócio*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 43, Julho/Setembro 2013, pp. 3 a 9, em que concorda com a decisão no geral, mas critica o facto de a ilustre Instância só implicitamente ter verificado que o erro sobre a base do negócio “*incidia sobre o futuro*”, bem como a sanção da anulação do negócio, em vez da sua resolução), em que estavam em causa dois contratos-promessa de compra e venda de lotes de terreno destinados à construção, tendo sido “*provado só ter a autora celebrado tais contratos baseada na convicção de que iniciaria a construção dos imóveis nos lotes prometidos vender no prazo de dezoito meses a partir da celebração dos contratos-promessa*”. Dos contratos-promessa entre **AA – S.A.** e **BB Lda.** constava uma cláusula que estipulava a realização da escritura no prazo máximo de 180 dias a contar da data de aprovação dos projectos, prevendo-se que tal aprovação e conclusão de infraestruturas ocorressem dentro de um ano e meio. A referência a essa previsão de ano e meio correspondia ao prazo que **AA** entendia, face ao planeamento da sua actividade, como essencial para a concretização do negócio, e era do conhecimento de **BB**. Mais de dois anos depois ainda não tinha ocorrido a aprovação dos projectos acabando **AA**, em recurso, por alegar erro sobre a base do negócio e alteração das circunstâncias. O douto acórdão do STJ deu-lhe razão, concluindo pela existência de erro sobre a base do negócio: “*Estimamos, assim, que a vulneração do prazo estipulado para o início da construção nos lotes, acordado no contrato, se constitui como elemento essencial da base do negócio jurídico e que a sua não verificação se constitui como erro relevante e determinante da decisão de contratar por parte da demandante. A frustração desse elemento (essencial e objectivo) constitui-se como factor de destruição do vínculo contratual celebrado entre os contraentes, o que determina a anulabilidade do contrato*”.

Apesar de douta, não podemos deixar de discordar da sentença. Em nossa opinião, seria o n.º 1 do artigo 252.º a regular o caso decidendo, por se tratar de um erro sobre circunstâncias que não constituem a base do negócio. No entanto, parece-nos mais preocupante a confusão feita entre erro e alteração das circunstâncias. É que o STJ fala simultaneamente em erro e na “frustração” decorrente da não aprovação camarária dentro do prazo que **AA** considerava essencial, e que **BB** conhecia. Há aqui uma contradição, pois só se poderia falar em erro (sobre circunstâncias que constituem – ou não – a base do negócio) se a representação que **AA** fez acerca da obtenção da aprovação (no prazo de dezoito meses) estivesse incorrecta logo aquando da conclusão dos contratos-promessa. O que não foi o caso – nem tal o STJ entendeu

do artigo 252.º. Dada a reincidência na fusão daquilo que se deveria manter apartado, e devido às questões mais desafiantes que esta distinção nos apresenta, vamos prestar-lhes alguma atenção.

Começando pelo que tivemos oportunidade de concluir, diremos que o erro – todo o erro – se refere a uma representação deficiente relativa à verificação (ou não verificação) de certas circunstâncias no momento da emissão da declaração negocial.

Por seu turno, a alteração das circunstâncias reporta-se, ou à verificação (ou não verificação) de certas circunstâncias no futuro, ou à manutenção (ou não manutenção) no futuro de determinadas circunstâncias, existentes aquando da emissão da declaração.

II – Autores como CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA oporiam, perante a simplicidade desta distinção, que a afirmação de que a pressuposição se refere ao futuro, por contraposição com o erro sobre o presente ou passado, constituiria uma incoerência por “*considerar que ao erro sobre a base do negócio não se aplica a teoria da base negocial*”.⁵¹⁶

Salvo o devido respeito, não compreendemos onde se pode deslindar qualquer incoerência. Por um lado, o conceito de base do negócio refere-se a representações com determinadas características; por outro lado, é porque a deficiência na representação é *originária*, contemporânea da emissão da declaração de vontade, que se fala em *erro* – já se a divergência entre a representação que se fez de uma circunstância (aquando da emissão da declaração) e a sua realidade for *superveniente*, isto é, não existisse aquando daquela emissão, emergindo apenas num momento posterior, falaríamos de *alteração das circunstâncias*.

–, pois apesar da morosidade habitual de tais processos de aprovação camarária de projectos de construção, poderia ter a edilidade procedido a esta aprovação em menos de ano e meio, no caso concreto.

⁵¹⁶ *Erro Sobre a Base do Negócio, op. cit.*, p. 6, nota 17.

Nada há no conceito de base negocial que exclua a possibilidade de as representações que o compõem já serem deficientes quando a declaração de vontade é emitida.⁵¹⁷ Não existe ponto de contacto que faça com que um conceito bula com o outro; nenhum deles é função do outro.

FERREIRA DE ALMEIDA afirma, ainda, que o que existe nos *coronation cases* e situações semelhantes “*é um erro (atual) sobre a representação futura das circunstâncias básicas do negócio e não propriamente uma alteração delas*”.⁵¹⁸ Novamente, com o devido respeito pelo ilustre Autor, se há incoerência é na própria afirmação que ela reside.

Como pode uma representação ser deficiente *agora* se se refere a circunstâncias *futuras* (“básicas” ou não)? Na opinião do Autor, o erro é actual é porque já existe uma disparidade entre o que se representa hoje (ou foi representado) e o que ainda não aconteceu ou deixou de acontecer. Como é possível tal contradição? Como pode haver um erro actual em relação ao que ainda não aconteceu e pode ou não acontecer? Como posso estar errado *hoje* relativamente à realização *futura* de um cortejo de coroação? O futuro é por natureza incerto, *pelo que não posso estar certo ou errado em relação a ele no presente*. Apenas posso ter expectativas, e fazer representações em função delas.

⁵¹⁷ FERREIRA DE ALMEIDA entende que “[n]ão se exige, claro, a alteração anormal das circunstâncias, porque o equivalente deste requisito se preenche com a existência de erro sobre a base do negócio” (*Erro Sobre a Base do Negócio, op. cit.*, p. 7). Salvo o devido respeito, discordamos. Esta afirmação pressupõe que todo o erro sobre a base do negócio seja anormal. Mas o próprio “erro” (na verdade tratava-se de uma alteração das circunstâncias) sobre a base do negócio, que o acórdão anotado por este Autor considerou existir, teria sido um erro que não se pode qualificar como “anormal” ou “imprevisível”. A própria ilustre Instância qualificou de aleatórias as circunstâncias (aprovação do projecto em dezoito meses) “*de que dependia o desembaraço burocrático do processo de loteamento e autorização de construção por banda de edibilidade*”. Ou seja: sendo conhecido ou, pelo menos, cognoscível (o que não poderia deixar de ser dado estarem “*involucrados na actividade da construção civil e correlativos processos de loteamento e autorização de construção por parte das Câmaras Municipais*”), a enorme morosidade das autarquias na resolução deste tipo de procedimentos, como defender que tal “erro” é “anormal”?

De forma alguma o facto de um erro incidir sobre a base negocial implica necessariamente a sua anormalidade ou imprevisibilidade

⁵¹⁸ *Erro Sobre a Base do Negócio, op. cit.*, p. 6.

Pelos mesmos motivos, também não podemos concordar com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA quando afirmam que “há erro sobre a base do negócio quando a falsa representação incide sobre circunstâncias (pretéritas, presentes ou futuras) em que as partes fundaram a decisão de contratar”.⁵¹⁹

III – A alteração de que o artigo 437.º trata refere-se ao *surgimento futuro* de uma divergência entre a representação actual (contemporânea da declaração) e a realidade que se representa existir ou manter num momento ou período futuro. Esta realidade poderia ter sido representada correctamente aquando da emissão da declaração negocial (por exemplo, um *coronation case* em que o cancelamento do cortejo tenha lugar após a conclusão do contrato), para depois ser infirmada por eventos posteriores, ou poderia ter sido representada num momento em que ainda não era possível aferir a sua correcção ou incorrecção.

Em ambos os casos o declarante expõe-se ao risco resultante da incerteza da ocorrência (ou não ocorrência) de eventos futuros. Se esta incerteza não existisse, nunca poderíamos sequer falar de erro sobre a base do negócio ou de alteração das circunstâncias, dado o requisito de anormalidade exigido pelo artigo 437.º, ao qual subjaz uma noção de incerteza. Ademais, aquele risco e esta incerteza são centrais a estas figuras, ao ponto de o artigo 437.º exigir que o erro sobre a base negocial (por remissão) ou a alteração “*não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”.

Para que haja alteração das circunstâncias, e não erro, *ponto é, reiteramos, que a divergência entre a representação e a realidade não existisse aquando da realização do comportamento declarativo.*

Portanto, não se exige que o declarante estivesse certo aquando da emissão da declaração para depois passar a estar errado quando a circunstância

⁵¹⁹ *Código Civil Anotado*, vol. 1, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 236.

por ele representada se alterou. *Basta que não estivesse errado logo à partida.*⁵²⁰

⁵²⁰ Parece que para FERREIRA DE ALMEIDA acaba por nunca haver alteração das circunstâncias: se na hipótese do artigo 437.º não cabem afinal as *divergências supervenientes* entre, por um lado, a representação que o declarante faz de circunstâncias basilares aquando – ou antes – da emissão da declaração, e, por outro lado, a realidade das circunstâncias representadas, então o que fica por abarcar? Nada. Se o erro a que se refere o n.º 2 do artigo 252.º também consome estas situações, nada sobra para a alteração das circunstâncias. O erro consumiria a alteração das circunstâncias pois esta, afinal, seria sempre um erro sobre a base do negócio. E o artigo 437.º nunca se aplicaria por si só, mas apenas mediante o funcionamento da remissão do n.º 2 do artigo 252.º. Claramente não teria sido isto que o legislador de 1966 havia tido em mente; nem tão-pouco será esta a solução a defender *de iure condendo*.

FERREIRA DE ALMEIDA (*Erro Sobre a Base do Negócio*, *op. cit.*, p. 6) parece rebater tal conclusão com o entendimento de que a alteração das circunstâncias corresponderá ao *erro de previsão*, diferente do *erro sobre a base do negócio*, tal qual ele o define. Para o insigne Autor, o critério de distinção seria a comparabilidade com circunstâncias actuais, o que seria possível num *coronation case* (erro sobre a base do negócio), mas não na realização de um jogo ou na previsão no prospecto de oferta pública (erro de previsão). Existindo essa comparabilidade, o erro seria sobre a base do negócio; caso contrário, teríamos erro de previsão.

Esta distinção parece-nos forçada e desprovida de utilidade (pelo menos tanto quanto conseguimos vislumbrar); e tal é visível logo nos exemplos com que o Autor nos mune: um jogo e a previsão naquele prospecto nunca poderão caber no artigo 437.º por a alteração das circunstâncias se encontrar “*coberta pelos riscos próprios do contrato*” (n.º 1 deste preceito, *in fine*).

Mas, mais importante, tal distinção parece-nos também incorrecta.

Em nossa opinião, os exemplos dados pelo Autor são de alteração das circunstâncias (embora falhem no preenchimento de um dos requisitos), por a divergência entre a realidade e a representação que desta se fez ser superveniente. FERREIRA DE ALMEIDA entende que tais casos poderão não caber no artigo 437.º “*se este for entendido como aplicável diretamente à alteração de uma circunstância existente ao tempo da celebração do contrato por uma circunstância futura, mas não aplicável quando se não verificar uma circunstância prevista que só no futuro pode ocorrer*” (*op. cit.*, p. 7).

Ora, nós não temos este problema por considerarmos que a diferenciação entre uma “*alteração de uma circunstância existente ao tempo da celebração do contrato por uma circunstância futura*” e “*uma circunstância prevista que só no futuro pode ocorrer*” não tem qualquer razão de ser para efeitos da sua consideração como alteração das circunstâncias. Se **A** adquire um terreno de **B** porque está certo de que o Plano Director Municipal vai ser alterado no espaço de um ano de modo a permitir o seu loteamento, e depois tal não se verifica, teremos alteração das circunstâncias, como teríamos se o terreno de **A** já pudesse ser loteado e este tivesse fundado a sua aquisição na representação da manutenção da aptidão daquele terreno para o fim de loteamento – por exemplo, por passar a fazer parte da Reserva Ecológica Nacional. O problema é o mesmo e não se vislumbra qualquer razão para qualificar o primeiro de erro e o segundo de alteração das circunstâncias.

4.4.2. – Sanção

I – O erro sobre os motivos remete para a alteração das circunstâncias. Só para os requisitos, ou também para a sanção? É habitual o entendimento de que a remissão se circunscreve à hipótese normativa. Entendemos, porém, que a remissão também abarca a estatuição, dada a proximidade da substância da factualidade (ainda que não da respectiva temporalidade) entre as situações.

Suponhamos que **A** toma um apartamento de **B** em arrendamento por um fim-de-semana, por um preço que em muito exorbita o valor de mercado daquele, devido a um cortejo de uma coroação que passará pela rua em que o apartamento se situa. Figuremos agora que, no momento em que o contrato é celebrado, o médico e a família do príncipe já sabiam que este tinha uma apendicite e que o cortejo teria de ser cancelado, embora tal ainda não tivesse sido tornado público. Como o desajustamento entre a representação feita pelo declarante (o cortejo terá lugar durante o fim-de-semana para o qual ele arrendou o apartamento) e a realidade (o príncipe está doente e já foi decidido em privado que o cortejo será cancelado) é contemporâneo da emissão da declaração de vontade, estaremos perante uma situação de erro. Já se a declaração de vontade tivesse sido emitida no dia anterior, em que já se sabia que o príncipe estava doente mas não se tinha tomado a decisão de cancelar o cortejo, estaríamos perante uma situação de alteração das circunstâncias, por o desfasamento entre a representação feita pelo declarante e a realidade não existir aquando da emissão da declaração de vontade, surgindo posteriormente a esta.

O argumento de FERREIRA DE ALMEIDA é, portanto, puramente gramatical: se o artigo 437.º fala em “alteração”, então deveríamos estar perante uma mudança que no futuro ocorreu em relação a uma representação actual (contemporâneo da realização do comportamento declarativo). Não é esta a interpretação que se deve fazer daquele termo, nem tal está em consonância com a teleologia do preceito.

Porquê, então, a tese doutrinal de duas soluções tão diferentes (anulabilidade no primeiro caso, resolução ou modificação do negócio no segundo) quando a factualidade que preenche a hipótese legal é tão semelhante? Estes casos são factualmente semelhantes, ainda que não idênticos. A diferença é factualmente mínima, mas as sanções jurídicas são muito diferentes.

II – O problema subjacente ao erro sobre a base do negócio e à alteração das circunstâncias é fundamentalmente o de saber quem deve suportar o prejuízo potencialmente decorrente da eventualidade da não correspondência entre a representação que o declarante faz de uma ou mais circunstâncias e a realidade destas.

O que o declarante representa pode não corresponder logo à partida ao que a circunstância representada realmente é; ou pode haver correspondência naquele momento inicial (da emissão da declaração), mas desaparecer num momento posterior; ou pode haver apenas uma expectativa inicial de correspondência, que será futuramente confirmada ou infirmada.

Independentemente da situação concreta, em todos estes casos temos um problema: o risco da não correspondência entre a realidade e a representação que dela é feita deve correr por conta de quem? Se correr por conta do declarante, este deve ficar vinculado à declaração negocial, nos termos em que foi feita. Se correr por conta do declaratório, deverá ser este a sujeitar-se ao exercício de um poder de extinção ou de modificação da relação jurídica por parte do declarante.

III – Sabemos que a protecção da confiança do declaratório norteia o regime do erro-vício.

Se o declaratório não tem, nem lhe é exigível que tenha, acesso ao conteúdo das representações feitas pelo declarante, à sua validade, e à sua importância na conformação dos motivos determinantes da vontade, então, o único objecto de conhecimento que pode apreender é a declaração de vontade que lhe é comunicada. Não lhe é exigível que ele suporte riscos inerentes a representações que ele desconhece. Ademais, o declarante emite a declaração em seu benefício próprio e não em benefício do declaratório. Por que deve este agora suportar as desvantagens de um facto jurídico que beneficia outrem? Que os *incommoda* não se cindam dos *commoda*.

Ademais, é o declarante quem controla o processo de formação da sua vontade (fora, claro, deveres de informação a cargo do declaratório). Deve ser também ele o responsável pelo vício deste facto próprio. Caso contrário, estimular-se-ia a apatia do declarante, em vez da sua diligência na correcção do processo formativo da sua vontade, por este saber poder sempre ser-lhe possível anular a sua declaração negocial (ou resolver o negócio, para quem aceite esta sanção nos casos do n.º 2 do artigo 252.º).

Já se o declaratório tiver, ou dever ter, acesso à representação feita pelo declarante – o seu conteúdo, a sua correcção e a sua importância na conformação dos motivos determinantes da vontade –, já se deve considerar uma solução diferente. O conhecimento de todos ou alguns daqueles aspectos relativos à declaração pode deixar de justificar a protecção da confiança do declaratório em detrimento da protecção da coincidência entre as vontades efectiva (o que quis) e hipotética (o que teria querido sem o vício) do declarante.

Os requisitos concretos dependem da medida da protecção que o legislador optou por conferir à confiança do declaratório. Em termos mais concretos e já sabidos, tratando-se de um erro sobre o objecto ou sobre o sujeito, sabemos que esta confiança só deixa de ser protegida se o declaratório conhecesse, ou devesse conhecer, a “*essencialidade do elemento sobre que*

incidiu o erro” (em vez do conhecimento ou cognoscibilidade do próprio erro). Tratando-se, antes, de um erro sobre os motivos: ou é necessário o reconhecimento, por acordo, daquela essencialidade; ou, sendo este erro sobre os motivos um erro sobre a base do negócio, serão exigidos, *mutatis mutandis*, os requisitos que no n.º 1 do artigo 437.º se impõem às situações de alteração das circunstâncias.

IV – Deixámos descritas notas que nos parecem essenciais no tocante à teleologia do erro-vício e a forma como aquelas se espelham no direito constituído.

Extractando o exposto em poucas palavras, diremos que o regime do erro-vício distribui o risco de a representação que o declarante faz de certas circunstâncias não coincidir com a realidade; com a severidade do regime a depender da incerteza (da verificação ou não verificação de determinado elemento) atinente à espécie de circunstância em causa.

Nestes termos, parece-nos ser claramente indiferente que a incerteza se refira à *verificação no futuro* de uma circunstância que existe no momento da emissão da declaração de vontade, ou à *verificação no futuro* de uma circunstância que já não existe no momento da emissão da declaração de vontade, mas (ainda) não foi conhecida, nem é cognoscível, pelo declarante. *Em ambos os casos há uma incerteza muito semelhante quanto à existência futura de um determinado quadro factual ou jurídico. Há, portanto, grande similitude quanto à correcção da representação no futuro.* Parece-nos artificial, desnecessário e indesejável – no plano do direito a constituir, dada a teleologia do regime do erro – querer separar estas situações no que tange ao modo como relevam juridicamente, exclusivamente com base num critério (o

da temporalidade), que, embora válido, nem encontra no seu dogmatismo o peso necessário a sobrepor-se à realidade analógica exposta.⁵²¹

4.5. – O erro incidental: base normativa

I – Pode o erro incidental causar a modificação do contrato de acordo com a vontade hipotética do declarante – isto é, o que este teria querido na ausência do erro?

Parece-nos um *imperativo de justiça que assim seja*. Para um exemplo extremado da injustiça da solução oposta, basta supor um caso de dolo incidental, vício da vontade afim do erro: deverá o declarante-vítima continuar vinculado a um negócio nos termos em que foi concluído – por falta de essencialidade, embora com incidentalidade –, assentes na solécia ilícita do declaratório? Escandalizaria que assim fosse.

Há ainda um *argumento de maioria de razão*: se o declarante pode anular a sua declaração de vontade em caso de erro essencial – ou seja, se pode fazer o mais –, por que não poderia mantê-la, alterando apenas o seu conteúdo – isto é, fazer o menos?⁵²² *Minus in maiore inest.*⁵²³

⁵²¹ Compreendemos as razões por que para a doutrina dominante o erro é causa de anulabilidade (por todos, cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 514). Entendemos, no entanto, que as considerações que fazemos em texto sobre a *identidade do risco*, em ambas as situações, justificarão *a mesma medida*, no plano das sanções.

⁵²² Para além de que se estaria a tratar o erro incidental de forma mais severa do que a alteração das circunstâncias, a qual permite a modificação do contrato, uma vez verificados certos requisitos. E parece-nos evidente que não foi intenção do legislador tratar o erro de forma mais severa do que a alteração das circunstâncias, o que é evidente no facto de o erro essencial sobre o objecto ou o sujeito conduzir à anulabilidade do negócio de forma muito menos exigente do que a alteração das circunstâncias conducente à resolução.

⁵²³ Fragmento adaptado da asserção de PAULUS (D. 50, 17, 110) de que “[i]n eo quod plus sit, semper inest et minus” (“Naquele que seja maior, sempre se contém também o menor”). Sobre

II – De tal modo é evidente a necessidade de proteger a vontade hipotética incidental do declarante,⁵²⁴ que muito frequentemente a relevância do erro incidental é justificada pela doutrina e jurisprudência de forma apressada, com base na redução de negócios parcialmente nulos ou anuláveis (artigo 292.º).

Ao contrário do erro essencial, que constitui causa de anulabilidade da declaração de vontade, o erro incidental levaria à alteração dos termos do negócio; mas as declarações de vontade em que ele assenta não deixariam de ser válidas. O que está correcto e se compreende: nos casos de erro incidental a vontade hipotética do declarante teria sido a de emitir a declaração de vontade na mesma, embora noutros termos. Não faria sentido falar na invalidade de um negócio cuja existência teria sido querida.

Só que se a invalidade não é justificável para os casos em que é um erro incidental que vicia a vontade, *então não poderemos recorrer à redução, cuja hipótese parte, precisamente, dessa invalidade* (parcial).

Claro que se pode sempre reformular esta posição, no sentido de abranger agora, também, o erro incidental como causa de anulabilidade do negócio jurídico – o que, já referimos, *não nos parece razoável por não estar de acordo com a vontade hipotética do declarante* –, nomeadamente considerando-o incluído nos “*motivos determinantes da vontade*” a que o artigo 251.º faz referência. Tal possibilitaria uma remissão para o artigo 247.º, que estabelece como sanção a anulabilidade da declaração de vontade, “*desde que o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para*

o alcance da expressão, cfr. RALPH BACKHAUS, *In Maiore Minus Est*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*”, 1983, pp. 136 a 184.

⁵²⁴ Para além do facto de evitar a anulação e novas negociações para conclusão de contrato, contribuindo assim para minorar o efeito dos custos de transacção.

o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”. Claro que esta essencialidade também teria de ser recompreendida, no sentido de se alargar aos casos de incidentalidade, que seriam requalificados de erros essenciais “*parciais*” ou “*relativos*”.⁵²⁵

Mesmo aceitando estes argumentos, continuaríamos a ter de resolver um outro problema. A sanção da anulabilidade imposta pelo artigo 247.º refere-se à “*declaração negocial*”, não à cláusula ou disposição desta que esteja especificamente viciada. A declaração de vontade é anulável *no seu todo*,⁵²⁶ o que, de resto, é a solução habitual nos casos de vício da vontade. Isto significa que, se o negócio for unilateral, a anulabilidade da declaração de vontade causará frequentemente a anulabilidade total do negócio; já se o negócio for bilateral, poderá teoricamente ser reduzido, de forma a continuar a valer “*sem a parte viciada*”, na terminologia do artigo 292.º *in fine*. Claro que, na prática, a natureza sinalagmática do contrato excluirá esta possibilidade, sendo muito fácil à contraparte provar que não o teria concluído sem aquela declaração viciada.

Isto posto, não nos parece possível o recurso à redução.

III – É, antes, *no âmbito da conversão que a solução se alcança*.

⁵²⁵ Pode falar-se em a essencialidade ser relativa ou parcial, mas parece-nos claro que o legislador teve em mente apenas uma essencialidade, a que corresponde à vontade hipotética de não ter emitido qualquer declaração negocial. Caso contrário, o artigo 247.º não teria estabelecido como sanção a anulabilidade da declaração negocial.

⁵²⁶ No caso da incidentalidade a vontade hipotética não se compagina com a anulabilidade da declaração negocial. Se a declaração negocial é anulada o negócio bilateral só se pode manter na medida em que possa ser reduzido a negócio unilateral. Repetimos: não é uma disposição ou parte da declaração de vontade (a parte referente às circunstâncias sobre as quais o erro incidiu) que é anulável, *mas antes a declaração de vontade no seu todo*. Parece-nos que só nos casos em que o negócio bilateral possa ser reduzido a unilateral é que o erro – mesmo que incidental, se se entender que este é admitido pelo artigo 247.º – pode levar à redução.

Primeiro, ou porque o negócio (unilateral) já é totalmente inválido à partida, ou porque a anulabilidade do negócio (bilateral) é parcial, mas a prova feita pela contraparte – de que nunca teria concluído o contrato sem a parte viciada – torna-a total.

E, segundo, por um argumento de maioria de razão, que nos permite lançar mão da conversão logo à partida, sem passar pela redução: se o artigo 293.º (que protege menos o errante) se aplica aos casos de invalidade total, então, *a fortiori*, também se deve poder estender aos casos, menos graves, em que a invalidade é apenas parcial (casos do artigo 292.º) e em que, por isso, se deverá pressupor que o errante, que até ficaria mais bem protegido pela conversão, prescinde dessa protecção adicional.

A conversão permite alcançar o único resultado aceitável *de iure condendo* – a alteração do conteúdo da vontade viciada –, ao transformar o negócio anulado “*num negócio de tipo ou conteúdo diferente*”. Um negócio, portanto, com um conteúdo diferente do que teve (a vontade efectiva), e coincidente com o que teria tido sem a causa da invalidade (a vontade hipotética) – ou seja, *um negócio purgado do erro incidental*. Mas claro que esta solução só será possível “*quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade*”. No casos de erro incidental, isso não deverá constituir problema em todas as situações. De todo o modo, é à parte interessada na validade do negócio (o errante) que caberá o ónus de provar a relação de correspondência entre o fim económico concretamente prosseguido por ambas as partes e a sua vontade hipotética, caso esta tivesse sido manifestada e aceite pela contraparte.

É justo que este ónus caiba a quem tem de emitir a declaração. O declarante é que deve recolher informação cabal sobre as circunstâncias que constituem o esteio da sua vontade. O risco de incorrecções acerca desta informação que o levem a representações deficientes deve ser suportado por

si, não havendo por que fazer perigar a confiança do declaratório no comportamento declarativo.

Em suma: a conversão de um negócio jurídico integrado por uma declaração de vontade viciada por um erro incidental seria uma alternativa que entendemos jusmetodologicamente aceitável, substituindo o tradicional recurso à redução, que nos parece menos fundamentado.

IV – No entanto, a conversão (ou a redução, para quem a continue a defender) seria aplicável apenas aos casos em que o erro incide sobre o objecto ou sobre o sujeito, pois só a esses respeita o artigo 251.º, a partir do qual é feita a remissão para o artigo 247.º. Para o erro incidental que recaia sobre motivos assentes em circunstâncias que não o objecto ou o sujeito, seria necessário encontrar uma outra via que nos conduza à modificação.

Apesar de o legislador tratar este erro sobre os motivos de forma mais severa do que as outras modalidades, não encontramos motivo para excluir, de plano, a modificação do negócio em caso de erro incidental sobre os motivos, se a admitirmos para as outras espécies. A preservação da vontade hipotética justifica-se em todos os casos, por identidade de razão, mesmo que a especialidade das representações sobre que incide o erro sobre os motivos justifique a exigência de condições de relevância mais apertadas.

Quanto ao caso específico do erro sobre a base do negócio (n.º 2 do artigo 252.º), o argumento exposto tem ainda mais força para quem considere que a sanção é a anulabilidade:⁵²⁷ por que se aplicaria a mesma sanção, *independentemente da modalidade de erro em causa*, no caso mais grave da sua essencialidade (a anulabilidade), mas já não quando está em causa a

⁵²⁷ O que a doutrina discute, como vimos *supra* (ponto 4.4.2.).

modificação do contrato decorrente de incidentalidade (conversão do negócio)?

Poderíamos sempre afirmar que também no caso do erro incidental sobre os motivos se percorreria o caminho que trilhámos para as outras modalidades de erro, justificando este trajecto com base num argumento de aplicação analógica do artigo 251.º. Só que não nos parece que tal seja possível: o legislador pretendeu, explicitamente, tratar com maior severidade o erro sobre os motivos, no que toca aos requisitos, ora exigindo acordo que reconheça “*a essencialidade do motivo*” (n.º 1 do artigo 252.º), ora reenviando-nos para a hipótese do artigo 437.º (n.º 2 do artigo 252.º).

Por outras palavras: quanto ao erro incidental sobre os motivos, não faz sentido a severidade decorrente da exclusão da possibilidade de modificar o contrato; mas também não há razão para aceitar que os requisitos jurídicos de que esta possibilidade depende sejam tão permissivos como os que defendemos para o erro sobre o objecto e sobre o sujeito.

V – Por conseguinte, seríamos tentados a aceitar também aqui a conversão do negócio como a solução a aplicar a ambas os casos de erro sobre os motivos.

No entanto, uma análise mais apurada leva-nos a questionar a possibilidade de converter o negócio integrado por uma declaração de vontade, viciada por erro incidental sobre os motivos, quando este erro corresponde ao da hipótese prevista no n.º 2 do artigo 252.º – erro sobre a base do negócio.

O motivo por que levantamos dúvidas é o de tal solução entrar em contradição com pelo menos um dos requisitos do n.º 1 do artigo 437.º, para o

qual somos remetidos: o requisito de “*que a exigência das obrigações [assumidas pela parte lesada] afecte gravemente os princípios da boa fé*”.

Ou seja: só é permitida a modificação que elimine a grave ofensa aos princípios da boa fé, o que não tem de coincidir (e parece-nos que habitualmente não coincidirá) com a solução do artigo 293.º de conversão do negócio num outro de conteúdo diferente, desde que tal tivesse sido querido pelas partes, de acordo com o fim por elas prosseguido no quadro daquele contrato.

Um exemplo, correspondente, na sua traça geral, a outros já recordados noutras ocasiões, colorirá as nossas palavras: suponhamos que **A** toma de arrendamento uma fracção autónoma de um prédio urbano, pertencente (a fracção) a **B**, sito numa rua por que está planeado passar o cortejo da coroação de um novo monarca. Por o príncipe ter contraído uma apendicite, tal coroação já havia sido cancelada aquando da conclusão deste contrato de arrendamento, embora só o médico e família mais próxima do príncipe o soubessem. O valor de mercado de arrendamento do apartamento de **B**, por aquela duração e para aquela altura do ano, é habitualmente de €1.000, mas, dada a extraordinária subida da procura resultante daquele evento, **B** conseguiu arrendar o apartamento a **A** por €10.000. Se **A** soubesse que o cortejo já estava cancelado para aquele período até continuaria a ter querido tomar de arrendamento aquela fracção (embora por outros motivos para cuja satisfação o apartamento também era apto, como passar férias), embora por um valor muito inferior – os tais €1.000 do preço de mercado.

Vejamos, então. Já sabemos que neste caso há erro (e não alteração das circunstâncias), por a representação ser deficiente já aquando da emissão da declaração de vontade (a divergência entre a vontade efectiva e a vontade hipotética é contemporânea, ou anterior, em relação àquela emissão). E este erro é incidental: o conteúdo da vontade hipotética reporta-se ao conteúdo da declaração de vontade e não à sua própria existência. E recai sobre as circunstâncias que constituem a base negocial.

Nesta situação, aplicaríamos o n.º 2 do artigo 252.º, que nos remete para o artigo 437.º. Se considerarmos que a sanção aplicável é a anulabilidade, o negócio poderá ser convertido nos termos já vistos para as outras espécies de erro. Neste caso concreto, tal significaria a redução do valor da renda para €1.000.

Ora, tal entra em contradição com o requisito do n.º 1 do artigo 437.º de “*que a exigência das obrigações [assumidas pela parte lesada] afecte gravemente os princípios da boa fé*”. É que pode não ofender gravemente os princípios da boa fé que A pague uma renda superior ao valor de mercado: por exemplo, €2000. Como já vimos, o n.º 1 do artigo 437.º só requer que o declarante *não suporte* um sacrifício patrimonial de dimensões ciclópicas.⁵²⁸ E havendo modificação, é só esta excessividade do dano que se pretende eliminar.

Ou seja: no erro sobre a base do negócio, *o errante terá de suportar sempre algum desequilíbrio que decorra do vício*; mas só até ao ponto em que esse desequilíbrio se torne ofensivo dos princípios da boa fé, a partir do qual já se consideraria excessivo.

VI – Isto significa que a remissão feita nos casos do erro contido no n.º 2 do artigo 252.º para o artigo 437.º não pode – *pelo menos nas situações em que aquele erro seja incidental* – referir-se exclusivamente aos requisitos deste último preceito, *sob pena de a sanção – anulabilidade e potencial conversão posterior do negócio – violar um dos requisitos exigidos pela hipótese*. Isto porque, repetimos, um dos requisitos do artigo 437.º é de que a exigência das obrigações assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé. Por outras palavras: *preencher-se-ia a hipótese para aplicar uma sanção que contradiz um dos requisitos daquela*. E isto porque a anulabilidade e a consequente redução/conversão levariam à eliminação total de um prejuízo

⁵²⁸ Cfr. *supra* ponto 3.3.4.

que o requisito da boa fé do artigo 437.º requer que seja em parte suportado pelo declarante.

Em suma, *o erro sobre as circunstâncias que constituem a base negocial remete, pelo menos quando incidental, tanto para a hipótese como para a estatuição do artigo 437.º.*

VII – Regressando ao erro incidental sobre o objecto e sobre o declaratório, uma solução alternativa à anulabilidade e conversão, nos termos já vistos, consubstanciar-se-ia na aplicação analógica do n.º 2 do artigo 252.º.

Em princípio nada há que impeça a sua aplicação também aos casos de erro sobre o objecto e sobre a pessoa do declaratório, mesmo que em relação de subsidiariedade ou alternatividade, à solução que explanámos *supra*, por argumento de maioria de razão: se se aplica ao erro sobre os motivos – *mais severo* no reconhecimento da relevância do erro –, também deve poder aplicar-se ao erro sobre o objecto ou sujeito, de requisitos *menos severos*.

De resto, parece-nos que esta solução é preferível, *de iure condendo*, uma vez que a remissão completa para o artigo 437.º permite limitar a relevância do erro incidental a casos em que o benefício é excessivo (e na medida da excessividade), e em que a circunstância sobre a qual incide o erro não respeita a um risco próprio do contrato.

Capítulo III – O sacrificio pessoal

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

PAULUS⁵²⁹

Como pode ser juridicamente possível, para a lei, o sacrificar interesses superiores que ela mesma se empenha em tutelar a todo o custo?

PAULO CUNHA⁵³⁰

⁵²⁹ D., 44, 7, 3 (“A substância das obrigações não consiste em que alguém faça seu o nosso corpo ou a nossa servidão; mas em que alguém nos vincule a ter de dar, ou de fazer, ou de prestar, algo.”).

⁵³⁰ Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica Portuguesa / Acórdão do Tribunal Arbitral de 30/5/1944, in “O Direito”, 77, 1945, pp. 251 e 252.

Capítulo III – O sacrifício pessoal

Sumário: 1 – Sacrifício pessoal e deveres relativos incompatíveis enquanto problemas de colisão de direitos subjectivos; 1.1. – Sacrifício pessoal do devedor enquanto colisão entre direitos de personalidade e direitos de crédito; 1.2. – Deveres incompatíveis enquanto problema de colisão entre direitos de crédito; 2 – A colisão de direitos; 2.1. – Direito subjectivo; 2.2. – Requisitos; 2.3. – Colisão aparente e colisão efectiva; 3 – Critérios de ponderação e compatibilização de colisões efectivas; 3.1. – Critérios principais: o artigo 335.º e os elementos factuais e axiológico-normativos do caso concreto; 3.2. – Critérios subsidiários de ponderação; 3.3. – Compatibilização dos exercícios colidentes de direitos; 4 – Medida do sacrifício pessoal exigível: a colisão entre direitos de crédito e direitos de personalidade; 5 – Medida do sacrifício creditório exigível: a colisão entre direitos de crédito

1 – Sacrifício pessoal e deveres relativos incompatíveis enquanto problemas de colisão de direitos subjectivos

Deixámos escrito que quando um sujeito se vincula à realização de um determinado comportamento aceita, implicitamente, suportar os sacrifícios pessoais e patrimoniais imprescindíveis ao cumprimento.

Este capítulo debruçar-se-á sobre o *limite dos sacrifícios pessoais* que o devedor tem de suportar, e que decorrem de o cumprimento impor a abstenção de concretos exercícios de seus direitos subjectivos, incompatíveis com a realização da prestação. E porque lhes é aplicável o mesmo instituto – a colisão de direitos –, veremos também os sacrifícios que os vários credores do mesmo devedor têm de suportar, por este não poder cumprir integral e simultaneamente todas as suas obrigações.

1.1. – Sacrifício pessoal do devedor enquanto colisão entre direitos de personalidade e direitos de crédito

I – *Em primeiro lugar*, ao vincular-se perante o credor, o devedor estará a abdicar indirectamente *dos concretos exercícios de direitos subjectivos – mais precisamente, direitos de personalidade –*, nos termos em que sejam incompatíveis com o cumprimento. Estará, portanto, a acordar implicitamente na limitação dos modos como um ou mais direitos próprios podem ser exercidos, sendo certo que, muitas vezes, o alcance pleno desta limitação não é determinável à partida, tomando-se completo conhecimento desse alcance apenas no decurso da relação jurídica.

Como já sabemos, do mesmo modo que o objecto da obrigação é conformado pelas circunstâncias em que está inserido, e, conseqüentemente, também os esforços são determinados pelas circunstâncias, o mesmo sucede com os sacrifícios. Pelo que a limitação dos direitos subjectivos pode ser feita implicitamente ao exigir-se ao devedor um comportamento que não tenha expressamente por objecto tal limitação, mas em que ela decorra (ou possa decorrer) dos actos que o devedor tem de praticar – ou deixar de praticar – para poder cumprir pontualmente a obrigação.

Esta limitação não constitui verdadeiramente um esforço inexigível, ou excessivo, imposto ao devedor, pois não é a diligência implicada pelo comportamento objecto da obrigação que está para lá do exigível, ou fora do alcance do devedor. No vetusto exemplo alemão da cantora que não pode participar no espectáculo para que foi contratada por pretender passar a noite

ao lado do seu filho gravemente doente,⁵³¹ a realização da prestação não implica esforços extraordinários, fora do seu alcance. Cantar está efectivamente ao alcance das aptidões da cantora, sem que tal lhe exija mais esforços do que aqueles que teve de empregar noutras ocasiões em que haja realizado idêntica prestação.⁵³²

O dilema da cantora é que, desta vez, a realização da prestação força-a a prescindir de um concreto exercício de um direito de personalidade. *Esta abstenção, resultante de elementos estranhos às operações materiais implicadas no cumprimento – mas necessária para que este possa ter lugar –, é que pode ser inexigível.* O que se exige à devedora é que suporte as consequências da renúncia a certo exercício de um seu direito de personalidade, sem a qual não pode haver cumprimento da obrigação.

Por outras palavras: *o problema não é o devedor estar vinculado a fazer mais do que lhe deve ser exigível, mas antes o comportamento prometido*

⁵³¹ Também introduzido por HECK e utilizado nos trabalhos de preparação da *Schuldrechtsmodernisierung*, e disseminado amiúde pela doutrina alemã: cfr. SONJA MEIER (*Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallbearbeitung*, in JURA, 2002, pp. 119 e 221), EDUARD PICKER (*Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht – Teil 1*, in JZ, 1985 p. 648), ROLAND SCHWARZE (*Das Recht der Leistungsstörungen*, de Gruyter, Berlim, 2008, p. 62), HEIN KÖTZ, (*Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2009, p. 339), REINHARD ZIMMERMANN (*Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero Diretto da M.J. Bonell – Saggi, Conferenze e Seminari, 48, Roma, 2002, p. 16).

⁵³² Também não se trata de um sacrifício patrimonial, por estarem em causa bens que, para o Direito, não são susceptíveis de avaliação pecuniária. Isto em termos jurídicos, pois em termos puramente económicos há uma utilidade “permanecer ao lado do filho doente”, que tem valor monetário – aquele que a cantora estivesse *disposta a pagar* para satisfação desta sua preferência (quanto às limitações deste critério, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Sobre a Alegada “Superação” do Direito pela Análise Económica*, in “O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito”, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 190 e 191) – que será largamente superior ao que o organizador do espectáculo lhe prometera pagar (caso contrário, se o organizador do espectáculo lhe tivesse prometido uma contraprestação de valor superior ao que a cantora atribui àquela utilidade “permanecer ao lado do filho”, esta optaria por cantar, em vez de ficar ao lado do filho, e o problema jurídico relativo a este impedimento seria solucionado convencionalmente). Nestes termos económicos haveria, portanto, uma onerosidade excessiva causada pelo facto de o filho ter adoecido com gravidade.

pressupor concomitantemente deixar de fazer algo de que o devedor não quer – e de que não deve ter de – prescindir.

II – Como o impedimento do devedor não é intransponível, *também não se trata de impossibilidade*. A cantora poderia cantar na mesma; não é ela que está gravemente doente. O que não é possível é coordenar certo exercício de um direito próprio do devedor com o cumprimento da obrigação. E, em certos casos, não é defensável que o devedor seja forçado a abdicar daquele exercício para satisfazer o direito do credor ao cumprimento.

*Esta coordenação é, antes, um problema de colisão de direitos: entre um direito de personalidade e um direito de crédito, em que o titular activo daquele é simultaneamente titular passivo deste, não podendo exercer aquele sem incumprir este.*⁵³³

Revendo o exemplo de HECK noutra situação semelhante, mas agora sem o emoliente da ficção, uma conhecida soprano engravidou depois de se ter vinculado a participar em todos os espectáculos de uma temporada de ópera no Grand-Théâtre de Genève. Os riscos para a saúde de uma grávida, associados ao papel que lhe havia sido atribuído, levaram o Tribunal Federal

⁵³³ Poder-se-ia ver aqui, antes, uma colisão entre dois deveres da cantora: um, perante o credor; outro, perante o filho (enquanto poder-dever integrado nas responsabilidades parentais). Tal solução não se nos afigura, nem aceitável, nem necessária.

Não é aceitável, primeiro, porque o segundo destes “deveres” não o é mas antes um direito cujo exercício está vinculado à realização de uma função, de que é beneficiário o filho; *e, segundo*, porque o âmago deste exemplo reside no facto de a cantora estar preocupada com o filho e querer estar com ele *pessoalmente*. Caso se tratasse apenas de um dever de cuidar da saúde do filho, este poderia ser cumprido por outra pessoa que, *in concreto*, se substituísse à mãe – por exemplo, uma enfermeira, contratada pela cantora, ou pelo seu empregador, para o efeito. *E não é necessário* porque a colisão de deveres pode sempre ser vista da perspectiva do polo activo da relação jurídica, sendo-lhe aplicáveis as regras da colisão de direitos.

Suíço a considerar impossível a prestação, em vista dos riscos que o comportamento debitório comportava para a saúde de uma grávida.⁵³⁴

Embora concordemos com a solução – não exigir à cantora que cumpra –, discordamos da fundamentação da solução helvética. Se facticidade idêntica estivesse no cerne de um pleito a dirimir pelas instâncias nacionais, sublinharíamos não estar em causa qualquer impossibilidade.

É verdade que, estando grávida, a soprano não poderia actuar, do mesmo modo que não o poderia fazer no caso de qualquer outro impedimento físico incompatível com a prestação.

No entanto, também é verdade que, ao contrário de outros impedimentos físicos, este poderia ser afastado: a soprano poderia ter interrompido a gravidez. O impedimento não era, portanto, inevitável – ao contrário do que sucede com os casos fortuitos e de força maior. Não só era evitável, como, *in concreto*, o poderia ter sido.

Se esta hipótese, meramente de exercício, choca, é porque estamos a enquadrá-la na possibilidade teórica de a soprano interromper a gravidez para cumprir. Mas o mesmo facto não suscitaria idêntica reacção se acrescentássemos que, por exemplo, a soprano optou pela interrupção da gravidez porque esta era indesejada; ou porque, nas suas opções de vida, a carreira profissional preponderava sobre quaisquer outras prioridades; ou porque, simplesmente, não desejava ter filhos; ou por qualquer outro motivo próprio, alheio ao vínculo obrigacional que a liga ao organizador do espectáculo.

Por outras palavras: não há qualquer impossibilidade (seja fáctica, porque é exequível a interrupção da gravidez; seja jurídica, porque nada a proibiria de o fazer – dentro de certos limites penais –, se fosse essa a sua opção); o facto – gravidez – não constitui um impedimento irremovível ao cumprimento.

⁵³⁴ Cfr. Ac. Tribunal Fédéral Suisse de 13/1/2000, Proc. N.º 4P.199/1999.

III – Se a soprano pudesse prometer não engravidar, comprimindo expressamente a sua liberdade – mais concretamente, um seu direito de personalidade (ao planeamento familiar) –, então por que não o poderia fazer implicitamente, prometendo realizar um comportamento que só pode ser realizado se ela não engravidar?

Há, por isso, neste caso – e em qualquer outro semelhante –, *uma questão prévia: saber se este direito de personalidade poderia ser comprimido expressamente*, de modo a evitar o resultado colidente com o exercício do direito de crédito (comprometendo-se a não engravidar, ou a interromper a gravidez caso esta aconteça involuntariamente), através de convenção para o efeito.

Se puder ser restringido expressamente, por que não poderia sê-lo implicitamente, podendo fazer algo de que aquela restrição é condição necessária? Mas *se não puder ser restringido expressamente, então, por maioria de razão, também não o pode ser implicitamente* – de forma insidiosa, fraudulenta.

No caso concreto, e (de certo modo) adiantando soluções, aquele acordo exposto, pelo qual a soprano excluiria do seu direito ao planeamento familiar o exercício correspondente à gravidez voluntária, *violaria a ordem pública, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º* – em termos que melhor veremos *infra*. Ora, reiteramos, se uma limitação feita *explicitamente*, àquele direito e com aquela extensão, for contrária à *ordem pública*, não se pode admitir que seja feita implicitamente através da assunção de um vínculo obrigacional que a *implicasse* como condição *sine qua non* do cumprimento.

Portanto, a soprano, ao vincular-se, aceita abster-se do exercício futuro de direitos de personalidade, apenas e só na medida em que esse exercício colida com a prestação, e *exceptuando dessa autolimitação os exercícios cuja abstenção convencional fosse ilícita*.

Sintetizando: ao ter engravidado após a conclusão do contrato, *a cantora poderia sempre optar pela interrupção da gravidez (fazendo-o licitamente), desde que tal fosse uma escolha espontânea; mas não porque a realização de uma prestação incompatível, assumida perante outrem, a isso a força.*

O problema não é que ela escolha não engravidar; mas que outra pessoa tenha o poder de escolher por ela.

IV – Destas considerações resulta uma *primeira espécie de colisões*: aquelas em que há uma limitação *implícita* de um direito de personalidade, que, se feita explicitamente, adrede, por acordo, teria de ser *ilícita* por violar a ordem pública (n.º 1 do artigo 81.º CC); e que, portanto – *por maioria de razão* –, também não poderá ser feita *implicitamente*, na medida em que o comportamento a que o devedor se vinculou venha a bulir com o exercício desses direitos. Caso contrário, admitiríamos que se fizesse implicitamente o que proibimos que se faça explicitamente, *defraudando o resultado normativo*.

1.2. – Deveres incompatíveis enquanto problema de colisão entre direitos de crédito

I – *Em segundo lugar*, ao vincular-se perante o credor à realização de uma prestação, o devedor estará igualmente a prometer não cumprir outras obrigações, na medida em que haja uma relação de incompatibilidade entre o adimplemento destas obrigações e a realização daquela prestação.

Entre a doutrina germânica é conhecido o seguinte exemplo, retirado de jurisprudência do início do século passado, de uma seca especialmente acentuada, devido à qual um distribuidor de açúcar não pôde adquirir sementes de cana de açúcar, de certa marca e qualidade, em quantidades suficientes para cumprir as obrigações que assumiu, optando pelo rateio proporcional da insuficiência entre as várias obrigações.⁵³⁵

E, entre nós, algo de semelhante sucedeu em meados do século passado, agora com o fornecimento de energia eléctrica, num conhecido caso nacional, que opôs a União Eléctrica Portuguesa (U.E.P.) – a qual, devido a uma falha mecânica, teve de diminuir a tensão da energia fornecida aos seus clientes – e o Arsenal de Alfeite, cuja maquinaria não funcionava com energia àquela tensão.⁵³⁶

Verdadeiramente, *não há aqui uma impossibilidade de os devedores – tanto do fornecedor de açúcar, como da U.E.P. – cumprirem integralmente as obrigações, individualmente consideradas. O que há é a impossibilidade de cumprirem integralmente todas as obrigações*, devida a uma falta do objecto mediato, que não lhes é imputável.

Por outras palavras: o devedor pode cumprir *qualquer* das obrigações; não pode é cumprir *todas* as obrigações, na sua integralidade, em simultâneo.

II – Poderia defender-se a possibilidade de o devedor não cumprir algumas das obrigações, para cumprir integralmente as restantes. Quanto a estas, a prestação seria realizada e, quanto às primeiras, a impossibilidade do cumprimento, resultante de caso fortuito e de força maior, não lhe seria imputável.

⁵³⁵ Ac. RG de 3/2/1914, in RGZ, 84, 125 (o *Reichsgericht* acabou por aplicar o § 242 BG, devido à seca do Verão de 1911, permitindo-lhe cumprir as obrigações *pro rata*).

⁵³⁶ Cfr. *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica*, *op. cit.*, pp. 181 a 193, 210 a 224, e 250 a 256.

O problema desta solução seria deixar nas mãos do devedor a *escolha* de quais as obrigações que vai cumprir, sem qualquer objectividade ou justificação.

Em sentido oposto, e como melhor veremos, houve quem pugnasse por que todos os direitos de crédito nestas condições fossem tratados da mesma forma.⁵³⁷ Haveria um *princípio do tratamento igualitário no cumprimento destas obrigações*, uma vez que estava em causa o mesmo objecto e não haveria razão para preferir o cumprimento de umas em relação ao de outras. Todas deveriam ser cumpridas da mesma forma – parcialmente –, rateando proporcionalmente a insuficiência do objecto, e evitando assim a arbitrariedade da escolha do devedor sobre quais cumprir.

Esta tese tem razão num ponto: as utilidades que a prestação é passível de conceder, em abstracto, são as mesmas; a corrente eléctrica distribuída não deixa de ser a mesma, por se destinar à utilização por um hospital ou por um estabelecimento de diversão nocturna.

Porém, e como melhor veremos, *o princípio da igualdade acabaria por tratar situações diferentes de forma igual*, ao centrar-se unicamente na identidade das utilidades.

III – Este problema encontra o seu melhor critério decisório se o tratarmos enquanto colisão entre os vários direitos subjectivos dos credores, todos individualmente “pagáveis”. Mas será mesmo um problema de colisão de *direitos*, ou, antes, de colisão de *deveres*?

Poder-se-ia ver uma colisão de deveres nas situações em que o mesmo devedor assumiu várias obrigações de entrega de coisa genérica perante diferentes credores, e não é possível adquirir quantidade suficiente da *res* que satisfaça integralmente o interesse de todos aqueles devedores.

⁵³⁷ *Infra* ponto 5.

É certo que poderíamos analisar o problema como uma colisão de deveres, mas será preferível – ou, no mínimo, igualmente correcto – vê-lo enquanto questão de colisão de direitos,⁵³⁸ por identidade de razão: por um lado, o ponto de fuga por onde escrutinaremos a relação será o oposto, isto é, o do credor, em vez do do devedor; mas, por outro lado, esta diferença é apenas aparente, dada a simetria de qualquer das perspectivas – credor ou devedor, direito ou dever, activo ou passivo.

Entre estas perspectivas optamos pela do credor – ou melhor, pela do direito que este exerce em colisão com os de outros credores, todos eles incidentes sobre o mesmo objecto mediato e exigíveis à mesma pessoa –, dados os prestimosos elementos de auxílio que do artigo 335.º têm extraído a doutrina e (sobretudo) a jurisprudência, no sentido de facilitar este trabalho de concatenação.^{539 540}

⁵³⁸ Neste mesmo sentido, aplicando o artigo 335.º a uma colisão de deveres, cfr. Ac. STJ de 5/5/2004 (AZEVEDO RAMOS), *in* CJ/Supremo, XII, 2, 2004, pp. 71 a 74.

⁵³⁹ Em oposição ao tratamento enquanto colisão de direitos poderia afirmar-se que a prevalência que o n.º 2 do artigo 335.º concede a um dos exercícios permite que este tenha lugar licitamente, mesmo à custa do exercício anteriormente colidente, agora comprimido. Permite-se, portanto, que uma pessoa exerça um seu direito e que esse exercício impeça o exercício de um direito de outra pessoa. Havendo colisão entre os concretos exercícios de um direito de personalidade e de um direito de crédito (ou de um outro direito de personalidade), cada um dos sujeitos é simultaneamente titular activo de um destes direitos e titular passivo do outro. O empregador que exige que a bailarina compareça em todos os espectáculos de uma temporada é titular activo de um direito de crédito sobre esta, que, por sua vez, ao engravidar, exerce um seu direito de personalidade (ao planeamento familiar), que impõe uma obrigação passiva ao devedor. Os exercícios dos dois direitos prejudicam-se mutuamente no que toca à satisfação dos bens e interesses que lhes são atinentes. O artigo 335.º determina de que forma é que estes exercícios podem ser articulados sem contrariedade relativamente ao ordenamento jurídico – isto é, sem ilicitude.

Ora, *na colisão de direitos de crédito, o exercício de qualquer dos direitos de crédito em causa é, por regra, lícito* (dentro, claro, dos seus limites intrínsecos e extrínsecos, como veremos). É que, aqui, o exercício de cada um destes direitos de crédito não impede directamente o exercício do outro. Não é porque o credor **A** exige que o devedor **X** cumpra, que o credor **B** deixa de poder fazer o mesmo. O credor **A** não é simultaneamente titular activo de um direito de crédito sobre **B** e titular passivo de um direito deste sobre aquele. O que sucede é que *são titulares activos de direitos de crédito, com o mesmo objecto* (ainda que qualitativamente, e não necessariamente quantitativamente), *que têm o mesmo devedor X*.

Dir-se-ia então que nestas colisões entre direitos de crédito a questão da ilicitude se refere à situação de incumprimento a que o devedor se encontra inevitavelmente sujeito por escassez

de objecto. *A satisfação integral de ambos os exercícios dos direitos de crédito não é possível. Mas será que isto impede mesmo que falemos numa colisão de direitos?*

Parece-nos que não. A colisão continua a ser de direitos, embora com *carácter indirecto* (e *não imputável aos credores*, porque o motivo por que se dá a colisão – incapacidade do objecto devido, por exiguidade, para comportar o exercício integral dos direitos de ambas – não resulta de um seu comportamento censurável) porque *a limitação ao direito de cada um deles se dá pela mediação de interposta pessoa – o devedor comum*. Nos casos de colisão que apreciamos os direitos colidem só porque exigem comportamentos concretamente incompatíveis do devedor. Do mesmo modo que na colisão entre um direito de crédito e um direito de personalidade, o exercício de um deles exige do respectivo titular passivo um comportamento que colide com o exercício que este faz do outro direito – e cada um dos titulares activos necessita da cooperação do outro no exercício do seu direito, sendo a cooperação de um com o exercício do direito do outro incompatível com o exercício que o segundo faz de um direito próprio que, por seu turno, carece da cooperação do primeiro –, *também na colisão entre direitos de crédito há uma incompatibilidade no que toca à cooperação que os credores exigem do mesmo titular passivo*. A única diferença é que aqui a incompatibilidade não se refere a cada um deles, mas antes a um devedor comum.

⁵⁴⁰ Mesmo que prefiramos falar em colisão de deveres, a qual não é regulada directamente, não se deverá aplicar a norma da colisão dos direitos a estas situações de colisão de deveres – com todos os refinamentos que a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência têm feito ao longo de séculos –, dadas as semelhanças, em vez de recorrermos à boa fé ou a um “princípio da igualdade no cumprimento das obrigações”? A indeterminação dos ditames daquela boa fé, e a cegueira deste princípio da igualdade quanto aos interesses colidentes levaria – ou, potenciaría seriamente a possibilidade de levar – a composições de dos direitos conflituantes em termos que impediriam o devedor de, por exemplo, cumprir prioritariamente os seus deveres de prestar que têm como credores estruturas vitais, como um hospital.

A aplicação do artigo 335.º às colisões de deveres – ou colisões indirectas de direitos – justificar-se-ia assim, senão de forma directa, pelo menos por analogia; até porque ver o problema sob o prisma de uma colisão de deveres é tão-só apreciá-lo pela via da titularidade passiva dos direitos, em vez da da titularidade activa (ainda quanto a estas colisões, cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Causas Justificativas do Facto Danoso*, in BMJ, n.º 85, 1959, pp. 13 a 112 (pp. 87 ss.)).

E, como deixámos exposto, não nos parece que o facto de não haver ilicitude no exercício simultâneo de dois direitos de crédito constitua óbice suficiente ao manuseamento do artigo 335.º e de toda a doutrina e jurisprudência que o acompanham.

2 – A colisão de direitos

2.1. – Direito subjectivo

I – Em ambas as espécies de colisões que deixámos descritas em breve excuro, vimos que todas têm na sua base exercícios que se sobrepõem. Assim é porque o exercício de um direito subjectivo pode assumir, em abstracto, uma multiplicidade de conformações; mas, em concreto, nem todas são lícitas. A limitação do exercício do direito subjectivo é tão importante quanto a sua existência – esta seria impossível sem aquela, no quadro de um *corpus* unitário e coerente de regras como o jurídico.

A necessidade de uma figura como a do direito subjectivo decorre da própria natureza humana. Como acentuámos no primeiro capítulo, o ser humano realiza comportamentos em função da satisfação de interesses, através da obtenção de utilidades. A conformação concreta destas utilidades é individual quanto à origem, e a sua satisfação nem sempre é socialmente útil, ou mesmo desejável.

A condição de ser vivo numa incessante busca de satisfação de preferências em constante devir não resulta, nem de uma qualquer “permissão normativa”, nem de um princípio de direito natural. Trata-se tão simplesmente de uma realidade inescapável; mais do que sociológica ou antropológica, é uma realidade biológica que o ser humano partilha com grande parte das restantes formas de vida do reino a que pertence, estejam estas cientes ou não desta sua condição: todos temos preferências que queremos satisfazer e que nos levam a actuar.⁵⁴¹

Actuar com o intuito de satisfazer interesses é, portanto, um aspecto fundamental da condição humana. O que distingue o ser humano é a liberdade de escolha na determinação destas preferências – pelo menos em muitos dos

⁵⁴¹ O que não implica uma adesão às correntes da psicologia egoísta ou hedonista.

casos (muitas preferências, instintivas, são irresistíveis) –, em vez da sua predeterminação. Mas como o Homem é também um ser sociável – tanto pela necessidade inata de conviver, como pela satisfação de múltiplas utilidades próprias (segurança, conforto, alimentação, etc.) que essa relação lhe concede – não raro a livre demanda da satisfação dos interesses de uma pessoa colide com idêntica actividade de outra pessoa. Este fenómeno é exacerbado pela escassez de muitos dos recursos aptos à satisfação de preferências.

A limitação da actuação de cada um no sentido da satisfação das suas preferências decorre da existência de – e do inevitável contacto com – outras pessoas em actividade idêntica. Não se podendo contar exclusivamente com a autolimitação do comportamento individual, rapidamente se sentiu a necessidade de uma heterolimitação, imposta por um sistema de regras *exterior* ao indivíduo.

Ao colidirem naquela demanda incessante, as pessoas inevitavelmente terão de coordenar os seus comportamentos, o que podem fazer de numerosas formas. Inicialmente esse relacionamento colidente era solucionado com base na força;⁵⁴² mas à medida que o Homem evoluiu social, económica e tecnologicamente, este critério foi-se tornando desadequado e ineficiente, em face das necessidades. Com a revolução agrícola e o consequente aparecimento das primeiras cidades acentuou-se o elemento social e, conseqüentemente, uma necessidade de segurança e previsibilidade das interacções humanas, que pudesse viabilizar esta nova forma de vida. Para garantir que as relações fossem pacíficas, e que o seu resultado fosse seguro e previsível, o ser humano estabeleceu regras gerais que impunham

⁵⁴² Ideário que, de uma ou outra forma for ressurgindo ao longo da história da filosofia, começando com as defesas de oligarquias amorais por Cálicles e Trasímaco nos diálogos platónicos (existência apócrifa; provavelmente constituiriam personagens criadas por PLATÃO para fazer o contraponto aos ensinamentos socráticos), ainda hoje visível em formas recorrentes de darwinismo social. Para uma sua discussão no quadro do Direito, cfr. JAMES WHITE, *When Words Lose Their Meaning. Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, University of Chicago Press, 1984, pp. 53 a 113.

determinadas soluções, consideradas desejáveis (fosse esta oportunidade baseada em razões religiosas, morais, económicas, ou outras).

As regras não se aplicariam a todas as relações entre pessoas (outras relações, ou não eram reguladas, ou eram-no, só que por outras sistemas de regras),⁵⁴³ mas apenas àquelas que os seus criadores entendessem merecer a sua tutela. Estabeleceram-se, assim, as primeiras relações jurídicas em sentido amplo.

A importância primordial destas regras é revelada pela impossibilidade de todas as pessoas poderem satisfazer plenamente todas as suas preferências: algumas terão de ser sacrificadas para assegurar que outras possam ser satisfeitas. A relação jurídica em sentido amplo determina quais devem prevalecer e em que termos.

Uma vez estabelecida a solução, a pessoa beneficiada pode impô-la através do recurso aos meios coercitivos postos à disposição pelo sistema de regras. A forma como tal recurso se processa foi objecto de evolução milenar até chegarmos à figura do direito subjectivo em sentido amplo, cuja atribuição a um sujeito é nota distintiva da relação jurídica em sentido estrito.

II – É esta a *função* do direito subjectivo, como antes o foi a das *actiones*.⁵⁴⁴ assegurar a satisfação de certas preferências individuais da pessoa,

⁵⁴³ Como sabemos, mesmo hoje nem todos os acordos são juridicamente relevantes; é necessário que as partes o tenham querido sujeitar ao império do Direito. Caso contrário, poderemos ter um negócio de mera obsequiosidade ou um *gentlemen's agreement*, mas não um contrato.

⁵⁴⁴ Sobre a figura da *actio* no Direito Romano, uma injunção específica que habilitava o pretor a tomar medidas concretas, cfr. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, vol. 1 (Parte Geral), 2.^a ed., 2003, p. 20. No entanto, continua a haver sistemas jurídicos, como o hindu e islâmico, que continuam a desconhecer o conceito de direito subjectivo, sem que aqueles deixem de poder desempenhar as suas funções enquanto ordenamentos (cfr. ROLAND MASPÉTIOL, *Ambigüité du Droit Subjectif: Méthaphysique, Technique Juridique ou Sociologie*, in APD, IX, 1964, p. 72).

por referência a bens, em conjugação com as preferências dos restantes, *no quadro de limites pré- e pós-estabelecidos*.

Por outras palavras, a *função* do direito subjectivo é a de delimitar a actividade naturalmente humana de satisfação de preferências para que possa ser efectuada de modo condizente com as prioridades axiológico-normativas da concreta comunidade de Direito em que a pessoa se insere, as quais se concretizam em bens,⁵⁴⁵ aos quais podem ser ligadas preferências individuais, assim como sociais.⁵⁴⁶

E que preferências devem ter prioridade? O Direito existe para oferecer resposta a esta pergunta, pois mais não é do que sistema de regras que possibilita a coexistência pacífica e ordenada dos seres humanos em sociedade. Em qualquer circunscrição geográfica e durante qualquer período de tempo, a resposta a esta questão será – ora mais, ora menos – diferente; e dependerá do húmus axiológico que os sujeitos de Direito hajam formado. Este vector axiológico assenta nos valores privilegiados pelas pessoas da comunidade jurídica, ou seja, das preferências, agora consideradas em conjunto, que se revestem de tal intensidade, e cuja aceitação seja tão generalizada, que se possa erguer um sistema de regras a partir dele no qual aquelas pessoas se revejam, e no qual as suas preferências possam ser satisfeitas com maior facilidade.

⁵⁴⁵ Como refere CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, pp. 516 e 517), “(...) não revestem tal natureza [de bens, enquanto desiderato do fundamento axiológico-normativo], por exemplo, os sentimentos negativos do homem (como o ódio ou o racismo), os ressentimentos manifestamente exagerados em termos de adaptação social, uma hipersensibilidade humana que se deixe atingir por uma crítica normal, a vontade humana dirigida para a prática de actos criminosos ou ilícitos, as obras humanas que constituam falsificação ou contrafacção autoral e as expressões de livre arbítrio que prejudiquem a esfera privada alheia”.

⁵⁴⁶ O que é visível na norma do abuso do direito, sobretudo quando o instituto é tomado em sentido estrito, no sentido de permitir “(...) *igualitária e harmonicamente, a cada um e a todos os homens a preservação e o desenvolvimento das suas personalidades individuais*” (CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, p. 520).

Para além de determinar o sacrifício de algumas preferências, em benefício da satisfação de outras, o sistema jurídico tem também de disponibilizar os mecanismos por que é assegurada a satisfação das preferências prevalentes. Ao direito subjectivo não basta, portanto, ter uma função; a figura carece também de uma *estrutura*, que permita actuá-lo. Esta estrutura *regula o modo como a satisfação dos interesses do próprio pode ser imposta aos outros*, o que implica igualmente a delimitação, por referência ao sistema de regras, dos comportamentos por que aquela satisfação pode ter lugar.

Trata-se de um mecanismo jurídico que assegura a satisfação das preferências da pessoa no quadro de um sistema sancionatório. Este mecanismo, ou estrutura, permite à pessoa cujas preferências têm prioridade exigir a cooperação de outra, ou de outras, no sentido da sua satisfação. Esta cooperação tanto pode ela própria ser orientada no sentido de proporcionar a satisfação de preferências que o sujeito não consegue satisfazer sozinho (relevância positiva), como no sentido de não perturbar as preferências que o sujeito satisfaz directamente (relevância negativa).

Deve esta cooperação ser exigida especificamente? Em alguns casos, sim: é o que sucede com muitos dos direitos de crédito.⁵⁴⁷ Noutros casos a imposição desta cooperação resulta da própria lei, não carecendo de ser exigida *in concreto*: evidentemente, o direito subjectivo de uma pessoa a exigir das restantes que não ponham em causa a sua vida – dada a sua preferência em manter-se viva como condição necessária à obtenção das restantes utilidades – não carece de ser constantemente exercido, especificamente, em relação a todas as pessoas com quem o sujeito se cruza.

⁵⁴⁷ Em alguns casos o cumprimento não tem de ser exigido, como sucede quando a obrigação é acompanhada de termo absolutamente fixo.

III – Entrelaçando sinteticamente os cortes funcional e estrutural (para empregar as expressões caras a ORLANDO DE CARVALHO, que tão bem as desenvolveu) da relação jurídica em sentido estrito, em nossa opinião essenciais a um entendimento abrangente, *definiremos assim o direito subjectivo*: delimitação jurídica⁵⁴⁸ de um círculo de comportamentos

⁵⁴⁸ Preferimos esta expressão à de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 1, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 893) – “*permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*” – porque, por um lado, salienta a natureza sistemática do Direito, de que o estrato normativo é apenas uma faceta, abrindo portas à determinação dos comportamentos permitidos com base em elementos factuais e jurídicos do caso concreto, a ponderar pela jurisprudência; e, por outro lado, a nossa referência específica a um “*círculo de comportamentos permitidos*” acentua o “*corte estrutural*” do direito subjectivo, enquanto poder, forma pela qual o sujeito aproveita o bem em termos de deste extrair utilidades, pois são estas que podem satisfazer os seus interesses. Acresce que a expressão “*delimitação*” parece-nos ter vantagem sobre “*permissão específica*”: dada a multidão de conformações que pode assumir o exercício de certos direitos subjectivos, o Direito estabelece fronteiras a este comportamento, em vez de se considerar habilitado a prevê-lo com qualquer grau de especificidade. De resto, o próprio emprego normativo de expressões como “*personalidade física e moral*” – o direito geral de personalidade – denota uma falta daquela especificidade (não se compadecendo com o desfrutar de “*vantagens precisas*” (p. 889)). Além do que, a própria expressão “*permissão*” parece indicar que os direitos subjectivos são uma realidade unicamente jurídica, desprezando a sua natureza antropológica – justamente a “*verdade antropológica e existencial*” de que MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 1, *op. cit.*, p. 879) fala para criticar o dogma da vontade, e que mantém viva “*a dimensão significativa profunda do direito subjectivo, enquanto bastião da liberdade – ou seja, livre arbítrio – de cada um*”, uma “*liberdade real, de projecção económica, sem a qual todos os indivíduos passarão a viver das graças do poder estabelecido*” (p. 889). De todo o modo, a definição do ilustre Cientista do Direito não deixa de estar de acordo com a moderna *escola jurídico-formal*, para a qual a definição de direito subjectivo deve captar a essência deste, enquanto forma de protecção (passando o acento átono para o *quid* protegido, uma vez que o direito subjectivo seria, ele próprio, norma ou produto de normas): cfr., nomeadamente, EUGEN BUCHER, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck, Tubinga 1965, p. 55; JÜRGEN SCHMIDT, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung – Ein Beitrag zur Theorie des Subjektiven Rechts*, Carl Heymann, Colónia, 1969, p. 13; JOSEF AICHER, *Das Eigentum als Subjektives Recht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des Subjektiven Rechts*, 1975, p. 20; JÜRGEN SCHMIDT, *Nochmals zur “Formalen Struktur” der Subjektiven Recht*, in “*Rechtstheorie / Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*”, 10, 1979, pp. 71 a 79; FUENSALIDA, *Observaciones Críticas en Tema de Derecho Subjectivo*, in *ADC*, 34, 1981, pp. 3 a 39; HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des Bürgerlichen Rechts*, 6.^a ed., 2000, pp. 138 e 139; e HANS BROX / WOLF-DIETRICH WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 34.^a ed., 2010, p. 264. Esta escola é o produto de uma evolução longa, que remonta às objecções a FRIEDRICH-CARL VON SAVIGNY, para quem o direito subjectivo seria um poder de vontade, que poderia recair

sobre a natureza “não-livre” ou sobre outras pessoas. Quanto a estes últimos direitos, que incidem sobre “*fremden Personen*”, o ilustre Autor ressalvava: “*so muss die Herrschaft nicht auf die fremde Person um Ganzen, sondern nur auf seine einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann, als aus der Freiheit des Handelnden angeschieden, und unserm Willen unterworfen gedacht. Ein solches Verhältnis der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir Obligation*” (*System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, 1840, p. 339). Ou seja: tratar-se-ia de direitos que não teriam por objecto a totalidade da pessoa (o que constituiria escravatura), mas antes um acto seu: a obrigação. Apesar da elegância das palavras de SAVIGNY, é interessante notar que a conclusão a que chega não é – na sua traça geral – fundamentalmente diferente da de PAULUS (D. 44, 7, 3), que citámos no início deste capítulo.

Sucedendo a SAVIGNY, GEORG FRIEDRICH PUCHTA (*Cursus der Institutionen*, vol. 1, 10.^a ed., 1893, p. 8) sublinha a “sujeição ao poder das pessoas” enquanto objecto do direito subjectivo – uma nota que protegia o indivíduo de intromissões na sua liberdade. Cfr. LUDWIG RAISER, *Der Stand der Lehre vom Subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, in JZ, 1961, pp. 465 a 473. Mais tarde, BERNARD WINDSCHEID (WINDSCHEID / KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.^a ed., 1906, 1, p. 156) acabaria por tornar o direito subjectivo uma expressão puramente técnica, enquanto poder da vontade concedido pela ordem jurídica.

RUDOLF VON JHERING (*Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 1, 6.^a e 7.^a eds., 1924, p. 332) voltaria a insuflar uma função ao direito subjectivo, ao referir o aproveitamento, e não o dogma da vontade, como cerne da figura (desde logo, recordando a presença de direitos subjectivos em pessoas privadas de vontade). Cfr. GERHARD WAGNER, *Rudolph von Iherings Theorie des Subjektiven Rechts und der Berechtigenden Reflexwirkungen*, in AcP, 193, 1993, pp. 319 a 347.

FERDINAND REGELSBERGER (*Pandekten*, vol. 1, 1893, p. 76) viria posteriormente a acumular os elementos estrutural e funcional numa definição de direito subjectivo enquanto poder jurídico reconhecido pela ordem jurídica de realização de um interesse protegido, no que seria criticado por acolher o dogma de vontade e por identificar direito subjectivo e interesse (esquecendo a existência de direitos sem interesse e de interesse sem direito). Apesar do mero sincretismo verbal de teses repudiadas, a definição de REGELSBERGER haveria de ser objecto de aceitação generalizada (cfr. ENNECERUS / NIPPERDEY, *Derecho Civil* (trad. castelhana), I, 1, p. 291; CESARINI SFORZA, *Diritto Soggettivo*, in “Enciclopedia del Diritto”, XII, 1964, p. 694; LEONARDO COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano. Parte Generale*, 1924, p. 18; HELMUT KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*, 28.^a ed., 2004, p. 284; BERND RÜTHERS / ASTRID STADLER, *Allgemeiner Teil des BGBs*, 13.^a ed., 2003, p. 40; EUGEN KLUNZINGER, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 12.^a ed., 2004, p. 35; CASTRO MENDES, *Teoria Geral*, 1, p. 325; MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2, policop., 1973-1973 p. 26; e CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, 2, 5.^a ed., 2010, p. 581).

Seguiram-se tentativas de superação das dificuldades atinentes à definição do direito subjectivo por referência aos dados do sistema jurídico, surgindo as teorias negativistas, proteccionistas e neo-empíricas; todas elas com a faceta comum do recurso a elementos extra-sistemáticos, no que ao ordenamento jurídico diz respeito. Enquanto o negativismo de LÉON DUGUIT (*Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, 2.^a ed., 1029, pp. 13 e 14; e ID., *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., 1927) via na figura do direito subjectivo uma natureza antissocial, e o protecționismo de AUGUST THON (*Rechtsnorm und Subjektives Recht. Untersuchung zur Allgemeinen Rechtslehre*, 1878, p. 218) colocava em

permitidos, potencialmente aptos a retirar utilidades de um bem, asseguradas pela tutela⁵⁴⁹ do Direito.

Não é possível, nem desejável, esperar que o ordenamento jurídico indique todos os comportamentos permitidos às pessoas na sua busca de interesses. Daí que o ordenamento jurídico só o faça em alguns casos e, quanto aos restantes, se cinja a desenhar, em termos gerais, as fronteiras do que é admitido.

Uma análise superficial do nosso sistema jurídico mostra-nos imediatamente que a forma como este delimita o círculo de comportamentos permitidos depende do *quid* – do *bem* – sobre que estes comportamentos incidem e que medeia a satisfação das preferências individuais.

No caso dos *direitos de personalidade*, aquele *quid* é a própria pessoa do titular. Está em causa uma série de preferências decorrentes da relação da pessoa com várias dimensões da sua condição humana. A própria pessoa é o elemento através do qual se satisfazem interesses.⁵⁵⁰

posição central a possibilidade de recurso à via judicial para protecção de pretensões eventuais de que o direito subjectivo seria fonte, o neo-empirismo, por sua vez, filiava-se na rejeição da própria possibilidade de depuração dogmática de um conceito unitário que abrangesse a paleta de todas as hipóteses, o que levou KARL LARENZ (KARL LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., 2004, p. 243), defensor desta tese, a ter o direito subjectivo como tendo por objecto algo que, para o Direito, compete ou é devido ao seu titular. Há ainda Autores, como DIETER MEDICUS (*Allgemeiner Teil des BGBs. Ein Lehrbuch*, 10.^a ed., 2010, pp. 35 e 36), que recusam efeitos práticos à distinção e poem em causa a sua importância.

⁵⁴⁹ Parece-nos indispensável a referência à tutela do Direito, que faz ressaltar o facto de o Direito não se limitar a “permitir” uma actuação, mas a garanti-la perante outros sujeitos de direito, ainda que não seja necessário cair num protecționismo e identificar esta nota com o elemento que concedia importância às *actiones*.

⁵⁵⁰ A personalidade física e moral da pessoa comporta, nas palavras de CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, p. 516) “*quer os bens ligados à realidade física de cada homem (homo phoenomenon), quer os bens inerentes à sua autonomia e liberdade (homo noumenon), que [com o direito geral de personalidade] protege não apenas o essencial da personalidade de todos os homens (humanitas) mas também a particular individualidade e irrepetibilidade de cada um (individualitas) e que a tutela da personalidade humana exige não apenas a protecção dos seus bens interiores mas também o resguardo e a preservação do espaço vital exterior de cada homem*”.

Claro que esta fruição da pessoa por si própria depende da falta de interferência das outras pessoas nesse aproveitamento, mas esta relação com os outros tem uma importância negativa, de exclusão; a relevância positiva, atinente à obtenção das utilidades, essa, depende da relação do sujeito consigo mesmo. É de dimensões atinentes a si próprio que a pessoa retira as vantagens; aos outros, que mais não são do que potenciais impedimentos, exige-se somente que não perturbem esta fruição.

Outras preferências só podem ser satisfeitas através da cooperação directa de outras pessoas: é o caso dos *direitos de crédito*, em que o acesso às vantagens que a prestação debitória é apta a proporcionar depende do contributo que a outra pessoa dê mediante a sua realização. A relação com os outros tem aqui uma relevância positiva, enquanto ponto de acesso à satisfação de preferências.

Há ainda outros casos em que, por exemplo, este acesso às utilidades é mediado por uma coisa: e aqui encontramos os *direitos reais*, em que dos outros só se pede que não se intrometam.⁵⁵¹ Este fenómeno é particularmente saliente no direito de propriedade, mas pode ser visto, também, em direitos reais de gozo limitados e em direitos reais de garantia.

Não seria desejável tipificar normativamente os bens subjacentes àquele conceito indeterminado de personalidade física e moral. Do subsolo axiológico da comunidade de Direito borbulham regularmente novos bens que o sistema jurídico – por meio de um ou vários dos seus estratos – passa a reconhecer, bens esses que são o desiderato do encadeamento do mundo dos valores comumente partilhados com uma norma abrangente e indeterminada como a do artigo 70.º. Sobre a delimitação do direito geral de personalidade, cfr., também, HEINRICH HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Böhlau, Colónia, 1967, pp. 155 ss.; HEINRICH HUBMAN, *Persönlichkeitsschutz ohne Grenzen?*, in “Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht”, 1974, pp. 85 ss.; KARL WENZEL, *Das Recht der Wort und Bildberichterstattung*, Schmidt, Colónia, 1979, pp. 41 ss.; KARL LARENZ, *Das “Allgemeine Persönlichkeitsrecht” im Recht der Unerlaubten Handlungen*, in NJW, 14/15, 1955, pp. 522 ss.; e GEORGE ROEBER, *Abgrenzungsfragen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, in “Film und Recht”, 6, 1965, p. 104.

⁵⁵¹ Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral*, op. cit., p. 333.

IV – *O bem de que se extraem utilidades permite-nos uma primeira distinção entre conjuntos de direitos subjectivos*: assim, por exemplo, falamos em direitos de crédito, de direitos de personalidade e de direitos reais.⁵⁵² Mas não nos permite proceder a distinções adicionais dentro destas modalidades.

Há casos em que a multitude de actividades aptas a satisfazer preferências se encontra limitada pela lei. Assim, no caso dos direitos reais em geral – dada a taxatividade a que se encontram sujeitos –, e nos direitos reais limitados em particular; embora muito menos no direito de propriedade. No geral, é mais restrito o modo como uma pessoa pode retirar utilidades das coisas. Cada *taxon* corresponde à conformação concreta que une aquelas actividades – isto é, ao *conteúdo do direito*: os *poderes*.

Menos limitado será o conjunto de comportamentos que dependem apenas da relação da própria pessoa consigo mesma. O Direito admite, aqui, maior liberdade de actuação, por vários motivos. Apesar de tudo, podemos ordenar conjuntos de actividades em função da sua relação com determinadas formas de concretização da pessoa: os bens específicos em que a personalidade jurídica é concretizável.

Menos limitada será também a forma como se podem extrair utilidades com base numa promessa de actuação por parte de outra pessoa, dado tal cooperação depender da vontade desta (sem prejuízo do recurso aos meios judiciais). Aqui poderá já não haver bens (como será o caso de uma prestação de *facere* ou de *non facere*), mas apenas preferências, utilidades, interesses; nem haverá *taxa* particulares decorrentes de certos modos pré-fixados de como se podem extrair utilidades de comportamentos e seus objectos.⁵⁵³

⁵⁵² Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1, 4.^a ed., *op. cit.*, 2012, p. 893.

⁵⁵³ Há ainda preferências individuais que não podemos satisfazer, bem como preferências alheias que temos de satisfazer, por nos serem impostas – ora em benefício de outrem (como sucede nos poderes-deveres), ora em benefício geral ou difuso.

Em suma, o ser humano existe para satisfazer preferências, normalmente escolhidas por si e para si, e esta sua natureza justifica a legitimidade visceral do seu comportamento; e não um qualquer princípio supra-sistemático ou norma legal. No entanto, estes princípios e normas carregam aquela actuação para um sistema de regras onde a escolha e actuação daquelas preferências individuais adquirem eficácia, emergindo articuladas, nomeadamente quando entrechocam.

2.2. – Requisitos

I – Tivemos oportunidade de ver que a limitação dos direitos subjectivos colidentes é condição da existência da própria figura, esteio do nosso sistema normativo. Esta sobreposição entre os exercícios que duas pessoas fazem dos respectivos direitos é uma realidade do quotidiano.⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ Apesar disso, e da importância visceral da colisão enquanto evidência da existência e exercício de direitos subjectivos – e contrariamente aos conflitos de leis –, o estudo desta matéria só se desenvolve verdadeiramente a partir de finais do século XVII, com HERT e STRYCK (cfr. ANDREAS MÜLLER, *Die Kollision bei Subjectiven Rechten*, 1971, pp. 6 ss.), e, ainda assim, associada aos conflitos normativos, na medida em que estes conferissem direitos incompatíveis. Dada a atomização política do espaço germânico na época do *usus modernus* e da pandectística mas antiga, não surpreende que esta tenha proporcionado solo fértil para Autores como CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK (*Ausfürliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, vol. 2, 2.^a ed., 1800, pp. 15 a 29), que descreveu a colisão de direitos enquanto o exercício de um privilégio, não aproveitável sem prejuízo de outro, em que deveria prevalecer o mais antigo. O vulto de ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT (*Versuche über Einzelne Theile der Theorie des Rechts*, vol. 2, 2.^a ed., 1817, pp. 242 a 263) também propôs alguns critérios de solução, o mesmo sucedendo com FERDINAND MACKELDEY (*Manuel de Droit Romain Contenant la Théorie des Institutes*, 3.^a ed., 1846, § 201), importante por ter influenciado o nosso Jurista COELHO DA ROCHA (*Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.^a ed., Livraria Clássica, Lisboa, 1917, pp. 26 e 27), apesar da limitadíssima análise por este feita (que se resume à enunciação ordenada de critérios – três critérios, mais precisamente: “(...) na colisão de dos direitos prefere o maior, isto é, o mais favorecido pelas leis (...) se são igualmente favorecidos, aquelle, que tem por fim evitar um damno, deve preferir áquelle que tracta de obter um (...) se os direitos são perfeitamente

Nunca é demais acentuar: são os exercícios que colidem, não os direitos em si.^{555 556} Só os exercícios colidem; ou melhor, só os exercícios

eguaes, deve cada um ceder em parte, quando seja necessario, para que ambos o exercitem [citando MACKELDEY a propósito deste último critério] –, mesclada com outras regras atinentes ao exercício de direitos). Até ao advento do BGB destacaram-se ainda os nomes de L. ARNDTS VON ARNESBERG (*Lehrbuch der Pandekten*, 14.^a ed., 1889, § 92), CARL GEORG WÄCHTER (*Pandekten*, 1, 1880, pp. 487 a 501) e ERNST IMMANUEL BEKKER (*System der Heutigen Pandektenrechts*, 1, 1886, pp. 72 a 76). A intervenção de outros institutos durante a pandectística tardia – e depuração consequentemente levada a cabo – reduziu o interesse no tema, embora Autores como WINDSCHEID e KIPP (*Lehrbuch der Pandekten*, § 121), bem como DERNBURG e BIERMANN (*Pandekten*, § 42), ainda o tratassem. Emancipada dos conflitos de leis, a colisão de direitos foi regulada pelo ALR Prussiano, pelo ABGB de 1811, bem como pelo nosso Código Civil de 1867 (apesar de ANTUNES VARELA – *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil*, in BFD, vol. 48, 1972, pp. 78 a 106 (p. 104) – enumerar as causas de exclusão da ilicitude dos artigos 334.º e seguintes como uma das inovações do actual Código Civil), nos artigos 14.º (“Quem, exercendo o proprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providencia especial, ceder a quem pretende evitar prejuizos”) e 15.º (“*Em concurso de direitos eguaes ou da mesma especie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessario, para que esses direitos produzam o seu effeito, sem maior detrimento de uma que de outra parte*”).

Apesar da expressa consagração legislativa, o génio de GUILHERME MOREIRA (*Instituições de Direito Civil*, 1, pp. 632 e 633) pouca atenção lhe presta, e o mesmo se repete com LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (*Tratado de Direito Civil*, 1, 1929, pp. 451 a 454); por seu turno, MANUEL BORGES CASANOVA (*Conflitos de Qualificações e de Leis Internas (Aplicações à Responsabilidade Civil)*, 1945, pp. 118 a 145) é pouco lisonjeiro acerca relevância daqueles preceitos. E mesmo JOSÉ DIAS FERREIRA (*Código Civil Anotado*, 1, 2.^a ed., 1894, pp. 24 e 25) considera rara e difícil a aplicação do justo princípio daquele artigo 14.º, face à “*sciencia economica*” então dominante.

⁵⁵⁵ Apesar da insistência na hipálage “colisão de direitos”, a precisão que fazemos em texto foi levada a cabo há já quase dois séculos por FRIEDRICH JULIUS STAHL (*Über die Kollision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte*), Würzburg, 1826, pp. 8 e 9. No mesmo sentido, cfr. MARC DESSERTAUX, *Abus de Droit ou Conflit des Droits*, in “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1906, pp. 119 ss. (p. 124); e LOUIS JOSSERAND, *L'Esprit des Droits et Leur Relativité*, Paris 1927, pp. 336 a 338.

De resto, a distinção entre um direito e o seu exercício não é despicienda por outro motivo importante, que embora extravase do âmbito da presente análise, não pode deixar de ser mencionado: o abuso do direito, e a sua função enquanto *limite do próprio direito*, ou *limite ao seu exercício*. Entre aqueles que consideram aquele instituto um limite ao próprio direito, encontram-se, entre outros, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, vol. 1, Lisboa, 1981, pp. 302 ss.; CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, *op. cit.*, pp 513 ss.; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Editora, Coimbra, 2011 (reimp.), pp. 518 ss. e 530 ss.; FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Coimbra, 1997, pp. 454 ss.; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2, Coimbra, 2002, pp. 169 ss.. Em sentido oposto, descrevendo o

fazem os direitos colidir. Todo o direito subjectivo tem uma energia potencial, que só o respectivo exercício activa, pondo-o “em movimento”. No seu estado fundamental, inerte, os direitos subjectivos não colidem entre si: toda a verdadeira colisão reside no domínio da mera possibilidade antes de considerarmos os exercícios daqueles direitos.

Colisão de direitos é o concurso entre exercícios eficazes de certos direitos. Cada um dos exercícios impede a *integralidade e simultaneidade* do outro.⁵⁵⁷

II – Isto significa que o integral exercício concreto de um dos direitos não pode coincidir temporalmente com o integral exercício concreto de outro. É que se um exercício tiver lugar num momento, e o outro exercício – potencialmente sobreponível àquele, ou não – em momento diferente, não poderá haver sobreposição. Do mesmo modo, se dois exercícios ocorrerem no mesmo momento, mas não houver qualquer sobreposição entre eles – ambos podem ter lugar em simultâneo sem se impedirem; não há incompatibilidade entre os exercícios simultâneos –, é evidente que também não haverá colisão.

Não é o direito que tem de poder ser exercido integralmente – quanto a todos os poderes que ele confere ao titular; o exercício que dele está em causa

abuso do direito como um limite ao exercício do direito, cfr. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos*, op. cit., p. 200; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 1, Lisboa, 1978, pp. 354 e 355; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2, Lisboa, 2001, pp. 583 ss.; MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, vol. 2, Barcelona, 1996, pp. 32 ss.; JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, vol. 1, Paris, 1991, pp. 200 e 201; e ANTÓNIO FERRER CORREIA / VASCO LOBO XAVIER, *Efeito Externo das Obrigações; Abuso de Direito; Concorrência Desleal*, in RDE, ano 5, n.º 1, pp. 8 ss. (pp. 15 ss.).

⁵⁵⁶ Embora não sejam só os exercícios a sofrer uma compressão, mas também os direitos que são exercidos, uma vez que aquela compressão importa uma restrição dos poderes de fruição de utilidades que o direito é passível de proporcionar ao seu titular.

⁵⁵⁷ O mesmo entende a nossa jurisprudência: cfr. Ac. RCB de 13/11/2012 (CARLOS MOREIRA).

é que tem de ser possível na sua integralidade e em simultâneo com o outro exercício do outro direito.

A integralidade e a simultaneidade referem-se aos exercícios dos direitos em causa.

Socorrendo-nos de um exemplo, comum na nossa jurisprudência – a emissão de ruídos –,⁵⁵⁸ para expor a *simultaneidade*, figuremos um bar que opera à noite com música muito alta e até às seis horas, período durante o qual descansa o proprietário da fracção situada imediatamente acima.

A pessoa que explora o bar tem direitos de natureza económica – direito ao trabalho, à iniciativa económica, e, possivelmente, o direito de propriedade sobre a fracção em que o estabelecimento se localiza – e o seu vizinho de cima tem o direito ao repouso, extensão do direito à integridade física e moral. Aquele direito à iniciativa económica comporta variadas formas de exercício, tendo o bar optado por o exercer nos termos que descrevemos. Também o repouso pode ter lugar de formas variadas, embora provavelmente menos variegadas que o outro direito, sendo habitualmente nocturno, por ser este o mais saudável, e aquele que mais satisfaz, por motivos relacionados com o ritmo circadiano da maioria dos elementos da nossa espécie.

Não é porque o bar tem o direito à iniciativa económica que o seu vizinho deixa de ter o direito ao repouso nocturno. O exercício que o bar concretamente optou por fazer do seu direito é que impede que o vizinho

⁵⁵⁸ Cfr. Ac. RCB de 15/1/2002 (SILVA FREITAS), in CJ, XXVII, 2002, pp. 5 a 10; Ac. STJ de 28/4/1977, in BMJ, n.º 266, p. 165; Ac. STJ de 4/7/1978, in, BMJ, n.º 279, p. 124; Ac. Rev de 21/7/1977, in CJ, 1955, 5, p. 1225; Ac. RLX de 27/2/1997, in CJ, XXII, I, 1997, pp. 145 ss.; Ac. RCB de 8/7/1997, in CJ, XXII, IV, 1997, pp. 23 ss.; Ac. RPt de 4/7/1989, in CJ, XIV, 4, 1989, pp. 192 ss.; Ac. RPt de 8/3/1999, in BMJ, n.º 485, 1999, p. 485; Ac. Rev de 8/2/2001 (ANA GERALDES), in CJ, XXVI, 2001, pp. 267 a 271; Ac. RPt de 12/12/2002 (JOÃO BERNARDO), in CJ, XXVII, 2002, pp. 192 a 195; Ac. STJ de 21/10/2003 (AFONSO DE MELO), in CJ/Supremo, XI, 2003, pp. 106 a 108; Ac. RGm de 20/10/2003 (MANSO RAINHO), in CJ, XXVIII, 2003, pp. 284 a 286; Ac. STJ de 15/1/2004 (FERREIRA GIRÃO), in CJ/Supremo, XII, 2004, pp. 23 a 26; Ac. RCB de 19/2/2004 (TÁVORA VÍTOR), in CJ, XXIX, 2004, pp. 24 a 27; Ac. STJ de 19/10/2010 (ALVES VELHO); Ac. RGm de 26/4/2012 (AMÍLCAR ANDRADE); Ac. STJ de 2/12/2003 (BETTENCOURT DE FARIA); e Ac. RPt de 8/5/2014 (ARAÚJO BARROS).

consiga fazer integralmente o exercício que escolheu fazer do seu direito ao repouso, *ao mesmo tempo* que tem lugar o exercício que o bar faz do seu direito.

Se o bar não passasse música, ou se fechasse mais cedo, não se poderia falar de uma colisão de direitos, porque o exercício que então este faria do seu direito não impediria que, em simultâneo, o seu vizinho exercesse o seu direito ao repouso, da forma por que optou.

Há, portanto, uma *simultaneidade* dos exercícios, e é nestes casos que o sistema jurídico tem de intervir de modo a determinar se, e em que termos, um destes exercícios de direito subjectivo prevalece, excluindo alguns (desde logo, claro, o exercício colidente concretamente escolhido) ou todos os exercícios do outro direito subjectivo; ou em que termos é que ambos os exercícios têm de ser substituídos por outros que já não colidam.

A colisão entre exercícios de direitos subjectivos deve também impedir que um deles se efectue na sua *integralidade*; não é necessário que esse exercício seja totalmente inviabilizado pelo outro. Retomando o exemplo, o morador pode descansar melhor se o bar baixar ligeiramente o volume do som, mas tal ainda não lhe permite retirar a totalidade das utilidades que o seu exercício lhe deveria proporcionar, sem o conflito.

Se o tribunal decidir que o bar pode estar aberto até à meia-noite com música até determinado volume, tal decisão, por um lado, substituirá o exercício que o bar faz do seu direito, por outro exercício diferente; e, por outro lado, comprimirá o exercício que o vizinho faz do seu próprio direito, na medida em que, embora este passe a retirar mais utilidades daquele exercício, continua sem conseguir extrair a totalidade dessas utilidades.⁵⁵⁹

⁵⁵⁹ O exercício que por este morador é feito não é objecto de substituição por outro, porque o vizinho pode continuar a descansar nos mesmos termos em que o fazia – isto é, às mesmas horas e no mesmo local, só que tal descanso não será tão reparador – não proporcionará tantas vantagens – como se não houvesse qualquer música. Porém, o tribunal entende que esta compressão lhe permite retirar do exercício do seu direito utilidades na medida equivalente às

III – Terá de haver uma colisão actual (autêntica, concreta) ou basta ser potencial?

Expliquemo-nos: para haver colisão entre dois exercícios incompatíveis de direitos subjectivos nem sempre é necessário que tenha havido uma colisão actual, isto é, que ambos os exercícios tenham já ocorrido, tendo a integralidade de um sido já impedido pelo outro, ou tendo-se eles impedido mutuamente.

Mas também não basta a existência de uma colisão potencial *entre dois exercícios que ainda não ocorreram*. Não é por um bar se encontrar a funcionar, pura e simplesmente, que se pode falar em limitação ao direito de repouso do vizinho de cima, quando quem o explora ainda nem actuou de forma potencialmente impeditiva do descanso de uma pessoa.

Há casos em que é possível haver uma colisão num ponto intermédio daqueles dois extremos: neste ponto intermédio temos dois exercícios potencialmente colidentes, em que, em primeiro lugar, um deles já foi actuado (por exemplo, o bar passa música a um volume muito elevado até muito tarde), mas o outro ainda não (o morador encontra-se no estrangeiro, pelo que o seu descanso ainda não foi perturbado pelo ruído); e em que, em segundo lugar, se este último viesse a ser efectuado, nunca o poderia ser integralmente devido àquele *primeiro exercício (ou à sua ameaça), o qual, esse sim, já teve – e continua a ter – lugar*.

É o que sucede com os direitos oponíveis *erga omnes*, em geral, os quais resultam da própria lei, e com os direitos de personalidade, em particular: as colisões entre direitos de personalidade, uns com os outros, ou entre direitos de personalidade e direitos de crédito, são *uma questão de*

que o proprietário do bar extrai do exercício do seu. Claro que o vizinho poderá sempre optar por outro exercício – por exemplo, deitar-se depois de o bar fechar –, do qual possa retirar todas as utilidades, por não haver qualquer sobreposição com o exercício que o bar faz do seu direito próprio.

impedimento, que já ocorreu ou que é potencial, de certo exercício de um determinado direito de personalidade.

Em matéria de direitos de personalidade o impedimento do seu exercício *não tem de ser concreto* porque os direitos de personalidade são tutelados mesmo antes e independentemente de qualquer ofensa, bastando que tenha havido uma ameaça dessa ofensa (n.º 2 do artigo 70.º). Basta, portanto, que se tenha impedido, ou ameaçado impedir, um possível exercício de um direito de personalidade devido ao exercício efectivo de outro direito.

IV – Mas tem o impedimento, ainda que potencial, de poder ser possível (ou viável) *in concreto*?

Suponhamos que o mesmo bar com horário nocturno emite ruído a um nível muito elevado, mas o proprietário da fracção superior (que mora sozinho) é surdo: poderá este invocar uma violação do seu direito ao repouso?

O funcionamento do bar poderá estar a violar os termos da sua licença de funcionamento; poderá estar a impedir que outros moradores exerçam o respectivo direito ao repouso através do descanso nocturno; *mas não estará a impedir ou a ameaçar impedir, nem nunca terá impedido ou ameaçado impedir, aquele morador em concreto, de exercer o seu direito ao repouso.* O motivo é óbvio: não é viável o impedimento do direito ao repouso de alguém, devido à emissão de ruído, quando essa pessoa nem é susceptível de ser afectado pelo poluente sonoro.

Só que, apesar de não ser viável, o impedimento potencial de um direito de personalidade também não tem de o ser. Como referimos, assim é quando o direito a que se reporta o exercício impedido na sua integralidade é um direito oponível *erga omnes*, como sucede com os direitos de personalidade.

Portanto, nos direitos de personalidade há colisão *mesmo que* o titular de um deles não faça, nem possa fazer, o exercício potencialmente colidente.

Senão, vejamos: os motivos por que há uma colisão potencial são o elemento geográfico da proximidade entre o bar e a fracção, bem como a intensidade do ruído que o bar emite. Estes elementos são os mesmos independentemente de outros elementos, nomeadamente aptidões concretas (neste caso, sensoriais) do titular do direito ao descanso. Não interessa que o morador possua as aptidões necessárias para tirar efectivo aproveitamento da utilidade “descanso silencioso”; *o que é importante é que a possibilidade do aproveitamento dessa utilidade lhe haja sido subtraída pelo exercício concreto que o bar faz do seu direito subjectivo.*⁵⁶⁰

A surdez importa para a existência de danos (que neste caso seriam menores, ou inexistentes, no que toca ao facto de o proprietário surdo não poder descansar à noite, se comparado com uma pessoa sem problemas auditivos);⁵⁶¹ *mas não para a determinação de medidas que impeçam que o bar continue a emitir aquele nível de ruído – isto é, para a eliminação da colisão potencial.*⁵⁶²

O mesmo se diria, *mutatis mutandis*, se o proprietário da fracção residencial, embora não sendo surdo, só lá passasse os fins-de-semana: daí não decorre uma permissão ao bar de fazer barulho durante o resto da semana.

Podemos discernir um fenómeno idêntico no exercício de direitos reais: não é pelo facto de uma pessoa ter uma casa em que nunca reside que outra pessoa a pode ocupar. Não interessa que o proprietário não aproveite (e nem possa aproveitar porque, por exemplo, se encontra acamado e nem sequer se pode deslocar a essa moradia) as utilidades que aquele exercício potencial do seu direito subjectivo é passível de lhe proporcionar; *o que interessa é que esta possibilidade lhe haja sido subtraída por outra pessoa,*

⁵⁶⁰ Será também assim à luz das preocupações eficientistas típicas da análise económica do Direito, por referência ao problema das externalidades.

⁵⁶¹ O morador tem de provar a existência de um ilícito, caso seja sua intenção pedir uma indemnização; ilícito, esse que pode ser excluído pela aplicação do artigo 335.º. Terá, claro, de provar também ter sofrido danos por não ter conseguido exercer o seu direito ao repouso.

⁵⁶² A tutela do n.º 2 do artigo 70.º, que é independente da responsabilidade civil.

independentemente de esta se encontrar no exercício de um direito próprio, ou não.

O aproveitamento daquelas vantagens é um poder cuja possibilidade de exercício não pode ser subtraído por um outro exercício concreto, potencialmente ofensivo (ou sua ameaça, no caso dos direitos de personalidade).

Há, portanto, uma *colisão*, apesar de se tratar de uma colisão entre um exercício concreto e um exercício potencial, sempre que este último se refira a um direito oponível *erga omnes*, como o é o de personalidade.

Em suma: ambos os direitos oponíveis *erga omnes* não têm de ser concretamente exercidos para que os vários exercícios legítimos sejam oponíveis aos seus devedores.

V – Diferentemente do que vimos a propósito dos direitos oponíveis *erga omnes*, em particular os direitos de personalidade, o impedimento de um direito de crédito carece de ser concreto, não bastando um potencial impedimento, viável ou não, ou uma sua ameaça.

Na colisão entre direitos de crédito tem de haver lugar a, pelo menos, dois exercícios concretos⁵⁶³ – para que se pudesse afirmar a impossibilidade do exercício integral de um dos direitos por causa do exercício simultâneo do outro.

Figuremos uma pessoa que se vinculou a entregar uma quantidade de certa coisa genérica a outras duas, e que ambas as obrigações são puras, o que significa que só vencem uma vez exigido o cumprimento, nos termos do artigo

⁵⁶³ Mesmo quando há a aposição de um termo absolutamente fixo à obrigação não deixa de existir um exercício concreto do direito de crédito pelo facto de este não carecer de qualquer acto suplementar de interpelação.

777.º. Antes de qualquer delas ser exigida, e por facto não imputável ao devedor, deixou de existir quantidade suficiente daquela coisa genérica no mercado para viabilizar o cumprimento integral de apenas uma das obrigações. Suponhamos, ainda, que só um dos dois credores acaba por exigir o cumprimento da obrigação, e que a outra obrigação prescreve ou o seu cumprimento acaba por só ser exigido muito mais tarde, quando os *stocks* da coisa genérica já foram repostos e o devedor volta a poder cumprir integralmente.

Num caso destes nunca chega a haver uma colisão entre os dois direitos de crédito, pois eles nunca chegam a ser exercidos em simultâneo. A colisão tem de ser concreta, isto é, *não basta que o direito possa ser exercido, sendo necessário que o tenha efectivamente sido*. Caso contrário, estaria o jurista decidente a debruçar-se sobre um problema que não surgiu e que poderá nunca vir a surgir.

E se, sendo exígua a quantidade da coisa genérica, um dos devedores exigisse o cumprimento primeiro que o outro, e este cumprimento tivesse tido lugar antes de o segundo credor exercer o seu direito (havendo ainda exiguidade quando este segundo credor exerceu o seu direito)? Continuará a não haver colisão; uma das obrigações já foi *cumprida* e o direito de crédito *extinguiu-se* ainda antes de o segundo credor exercer o seu.⁵⁶⁴

E agora se, continuando a ser exígua a quantidade da mesma coisa, um dos devedores exigisse o cumprimento primeiro que o outro, mas este cumprimento ainda não houvesse tido lugar antes de o segundo credor exercer o seu direito? *Parece-nos já haver colisão* – o exercício do direito de um colide com o exercício do direito do outro; ou, pelo menos, a satisfação do interesse atinente ao exercício do direito de um colide com a satisfação do interesse atinente ao exercício do direito do outro (é um impedimento ao aproveitamento das utilidades que o exercício daquele é passível de

⁵⁶⁴ O problema que se levanta é o do incumprimento desta segunda obrigação.

proporcionar ao seu titular) –, *embora o facto de um dos credores ter exercido o seu direito primeiro deva ser elemento a considerar na composição que se faça no quadro da colisão* entre o exercício do direito dele e o exercício, posterior, do direito do outro credor.

Finalmente, e se a obrigação não precisar de ser exigida pelo credor por se ter acordado dever ser cumprida em certo prazo e o prazo de uma obrigação for anterior ao da outra? Tudo depende de a obrigação ter sido cumprida antes do segundo prazo, nos termos que vimos no parágrafo anterior. Não faria sentido o devedor deixar de cumprir integralmente a primeira – já exigida – para esperar pelo vencimento do prazo da segunda – ainda não exigível.⁵⁶⁵

A colisão entre direitos de crédito, uns com os outros, é, portanto, *uma questão de impedimento concreto de certo exercício* de um determinado direito de crédito.

VI – Como corolário da exigência de *integralidade* e de *simultaneidade* na colisão, há quem defenda a necessidade da verificação

⁵⁶⁵ E se as obrigações, que têm em comum o mesmo devedor, forem pagáveis (puderem ser cumpridas pelo devedor) antes de serem exigíveis (isto é, antes de os credores poderem exigir aquele cumprimento): poderá haver então um conflito de deveres antes mesmo de haver um conflito de direitos, por o devedor querer cumprir a obrigação pagável num momento em que não o pode fazer integralmente por exiguidade do objecto? O problema é interessante, mas parece-nos que para haver aquele conflito de deveres seria necessário que o devedor não pudesse cumprir integralmente todas as suas obrigações, em simultâneo; ora, esta simultaneidade refere-se ao exercício dos direitos de crédito pelos seus titulares, uma vez que, como vimos, a colisão depende de os direitos respectivos terem sido exercidos de forma mutuamente incompatível. Esta solução é também preferível porque o objecto que é exíguo no momento em que a obrigação já é pagável pode entretanto deixar de o ser (exíguo) quando uma ou ambas as (ou as várias) obrigações forem exigíveis, em momento posterior. Pelo que, mesmo *de iure condendo*, nos pareça ser mais oportuna esta solução de comprimir a faculdade de o devedor “pagar” as obrigações, antes de elas serem exigíveis pelos seus credores, quando o cumprimento integral e simultâneo das obrigações que se pretende cumprir (antes da sua exigibilidade) não for possível.

cumulativa de três requisitos, sem os quais não haveria uma situação de conflito: *primeiro*, a existência de pelo menos dois exercícios, do mesmo direito ou de direitos diferentes; *segundo*, que este direito, ou estes direitos, pertençam a uma pluralidade de titulares; e *terceiro*, que seja impossível exercer um dos direitos devido ao exercício de outro.⁵⁶⁶

Quanto ao primeiro destes requisitos, parece-nos não ser imprescindível, em todos os casos, a existência concomitante de mais do que um direito;⁵⁶⁷ tem é de haver pelo menos dois exercícios diversos.

Frequentemente cada exercício respeitará a um direito subjectivo diferente. No entanto, *o mesmo direito pode ser objecto de dois exercícios que colidem entre si*. Não é o direito subjectivo que colide consigo próprio; são os exercícios que colidem entre si – exercícios que se reportam ao mesmo direito. Cada um dos exercícios representa uma forma de cada um dos respectivos titulares se relacionarem com o bem subjacente ao direito, ou direitos, em causa, extraindo utilidades que satisfazem interesses próprios.

Os exercícios não têm de se referir às mesmas utilidades *in toto*, bastando que haja uma sobreposição parcial. Esta sobreposição impedirá a integralidade do exercício; isto é, o titular de cada um dos exercícios não vai poder captar as utilidades na sua integralidade, algo que teria feito se não tivesse sido o outro exercício, incompatível com o seu.

Portanto, se um mesmo direito tiver dois titulares, e cada um destes o exercer em simultâneo, de modo a impedir o exercício integral do outro, haverá colisão. Suponhamos que duas pessoas alugam um automóvel; enquanto locatários passam a ser contitulares do mesmo direito sobre a mesma

⁵⁶⁶ Cfr. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, pp. 299.

⁵⁶⁷ Em sentido contrário, ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão*, *op. cit.*, p. 292. Quanto aos direitos de personalidade – tanto o geral, como os especiais –, porque são *iura in se ipsum*, cada pessoa é a única e exclusiva titular dos direitos que incidem sobre a sua personalidade, não podendo haver contitularidade activa de direitos de personalidade (cfr. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, p. 355).

coisa. Se um deles quiser levar o automóvel ao cinema na mesma altura em que o outro o quer levar à praia, haverá colisão; não é possível os dois exercícios proporcionarem integralmente as utilidades desejadas em simultâneo.

O segundo requisito prende-se com a pluralidade de titulares: *não haverá colisão se estiverem em causa exercícios efectuados pela mesma pessoa*. O que há, nesses casos, são duas utilidades que uma só pessoa – o titular do direito – não consegue dele extrair em simultâneo, tendo de optar, ou por uma, ou por outra. Ele próprio comporá os seus interesses em função da prioridade relativa que atribui a cada um deles. Ou seja: o próprio titular decidirá que exercício prevalecerá e que exercício será postergado para um outro momento em que possa ter lugar sem causar impedimentos a outros exercícios que o titular tenha por mais importantes.

Por último, *tem de ser impossível exercer um dos direitos* (simultânea e integralmente) *devido ao exercício de outro*. Compreende-se: o motivo por que um dos exercícios não pode ser efectuado na sua integralidade tem de ser o exercício do outro. Caso contrário, o impedimento ao concreto exercício de um dos direitos será algo diverso do exercício de outro direito, o que excluiria a possibilidade de haver colisão.

2.3. – Colisão aparente e colisão efectiva

I – Em traços gerais, vimos quando pode haver colisão de direitos. Segue-se uma apreciação geral dos termos em que a sobreposição de exercícios de direitos subjectivos é solucionada.

Nem sempre esta solução implica uma análise dos elementos factuais participantes na colisão em causa. Os exercícios em questão podem ser compaginados, logo *a priori*, pelos limites intrínsecos e extrínsecos a que estão sujeitos todos os direitos subjectivos, tornando desnecessária qualquer apreciação dos elementos relativos à colisão *decidenda*.

Os limites intrínsecos de um direito subjectivo são determinados, *a contrario sensu*, a partir dos poderes que o direito confere ao seu titular – o conteúdo dos exercícios que podem ter lugar –, assim como pelo bem sobre que eles são exercidos. *Todos os poderes que um direito não confira ao seu titular, ou que se reportem a outro bem que não o tutelado, encontram-se para lá dos limites intrínsecos do seu direito.*⁵⁶⁸

Os limites extrínsecos são as limitações de conteúdo que os vários direitos subjectivos impõem reciprocamente: os poderes que, apesar de se

⁵⁶⁸ Desde logo, no que toca aos limites intrínsecos de um direito, parte-se do princípio de que estes dimanam de normas diferentes, e que, portanto, aqueles limites (o objecto e o conteúdo) derivam “*da estrutura para si gizada pela norma que o consagra*” (ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Da Distinção entre Limites Extrínsecos do Direito e Limites Extrínsecos do Seu Exercício*, in “Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes”, vol. 1, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 442). O que se afigura uma premissa incorrecta. Basta recordar a tutela geral da personalidade jurídica, prevista no n.º 1 do artigo 70.º, de onde se desentranham – e continuarão a desentranhar – direitos diferentes (sabemos que a muitos estão associadas normas constitucionais, mas não é através da sua aplicação directa – excepcional, de resto – que elas penetram no ordenamento jurídico-civilístico, mas antes por aquela tutela geral e por outras normas específicas). O que giza, por via exclusivamente normativa, os tais limites intrínsecos destes direitos multiformes, decorrentes do n.º 1 do artigo 70.º? Ademais, o objecto e conteúdo de um direito de crédito não resultam só de normas legais, mas também de declarações de vontade, embora estas estejam sujeitas aos limites da lei, que aqui as determinam sobretudo pela negativa. As colisões entre os direitos de crédito dificilmente poderão ser resolvidas exclusivamente (ou até principalmente) com base num critério normativo.

encontrarem dentro dos limites intrínsecos de um direito, são normativamente afastados por serem incompatíveis com os poderes que outros direitos conferem aos respectivos titulares. *A própria lei compõe os interesses em conflito, derogando uns – e os poderes que os garantiam – a favor de outros.*^{569 570}

Os limites intrínsecos permitem responder à pergunta: o que pode o titular activo exigir de outrem mediante o exercício deste direito? Já os limites extrínsecos respondem à questão: o que pode o titular activo exigir de outrem ao exercer o seu direito se o conteúdo e objecto do seu direito se sobrepuser ao conteúdo e objecto de outros direitos?

Por outras palavras, ainda: *os limites intrínsecos são solipsistas*; não têm em consideração o conteúdo e objecto de outros direitos. *Já os limites extrínsecos são gregários*: partem do resultado da delimitação intrínseca e efectuam uma compressão adicional do direito em causa com base no conteúdo e objecto de outros direitos, se tal compressão se justificar e na medida em que se justifique.

Esta compressão responde, portanto, a uma necessidade de articulação de direitos subjectivos, *antes e independentemente de qualquer exercício concreto*, para estabelecer onde cada um começa e acaba em face do outro ou outros. O processo evita as referidas sobreposições entre os vários direitos, mas, em contrapartida, implica que deles se exclua, logo à partida, a possibilidade de o titular empreender certos exercícios – possíveis à luz dos limites intrínsecos – que minariam esta compatibilidade.

⁵⁶⁹ Cfr. *Ac. REv de 10/5/1984, in BMJ, n.º 339, p. 477*: “[o] critério indicado no art. 335.º do Código Civil não é de observar quando a lei forneça a solução concreta de um conflito de interesses (...)”.

⁵⁷⁰ A compressão exterior que sobre um direito exercem outros direitos – os limites extrínsecos – não pode ser *sempre*, ao contrário do que refere ELSA VAZ DE SEQUEIRA – “*a expressão da limitação recíproca do campo de incidência dos diferentes preceitos concessivos de direitos subjectivos, operada pela interpenetração das respectivas normativas*” (*Dos Pressupostos da Colisão, op. cit., p. 296*). Como compaginar, então, dois direitos de personalidade extraídos da mesma norma (por exemplo, do artigo 70.º)?

II – Se um dos dois exercícios colidentes *extravasar* dos seus limites internos, a colisão é resolvida, logo à partida, a favor do outro titular, uma vez que este foi o único a fazer um exercício legítimo do seu direito.

Se a colisão entre os dois concretos exercícios de direitos subjectivos pode ser subsumida à hipótese de uma norma legal, então também aqui será a contenda solucionada *a priori*.⁵⁷¹

Em ambos estes casos a colisão de direitos diz-se aparente.^{572 573} É aparente toda a colisão de direitos subjectivos cujos limites, intrínsecos e extrínsecos, ofereçam uma solução ao conflito entre dois exercícios deles. Nestes casos seria despicienda a aplicação do artigo 335.º, uma vez que a sobreposição encontrar-se-ia resolvida, logo à partida, pela aplicação específica de outras normas, especiais, do sistema. Mesmo em casos em que não há uma norma específica que exclua certas formas de exercício de um direito subjectivo, *existem normas genéricas que o fazem, como o artigo 334.º CC, relativo ao abuso do direito.*⁵⁷⁴

⁵⁷¹ Parece que é à colisão aparente que já COELHO DA ROCHA (*Instituições*, 8.ª ed., *op. cit.*, pp. 26 e 27) se referia, enquanto critério primário de resolução de conflitos de direitos: “(...) *na colisão de dos direitos prefere o maior, isto é, o mais favorecido pelas leis*”.

⁵⁷² As colisões aparentes são frequentes entre direitos reais. O próprio direito de propriedade é, desde logo, expressamente delimitado pela lei (artigo 1305.º), em termos genéricos, no que toca aos exercícios que dele se podem fazer, remetendo para outras normas que estabeleçam proibições concretas. As relações de vizinhança conhecem também um regime explícito que torna aparentes colisões entre exercícios relativos a direitos reais sobre prédios contíguos ou muito próximos.

⁵⁷³ Também há colisão aparente entre os credores de uma pessoa que entre si concorrem na execução do património desta, quando o património seja insuficiente para satisfazer integralmente todos os créditos. O conflito está já resolvido, à partida, por regras de prevalência e de rateio.

⁵⁷⁴ Para ELSA VAZ DE SEQUEIRA (*Da Distinção entre Limites*, *op. cit.*, p. 445), que representa uma excepção na doutrina nacional pelo tratamento frontal e generoso desta matéria tão injustificadamente descurada entre nós, os limites extrínsecos não se encontram pré-definidos de modo puramente abstracto, como o fariam os seguidores de ideais positivistas hoje ultrapassados, sem qualquer consideração pelos elementos factuais do potencial conflito. Pelo contrário, os limites extrínsecos de um direito seriam antes definidos com base numa

Diferentemente, *será efectiva toda a colisão de direitos que não encontre solução própria na hipótese das normas aplicáveis*. Nestes casos, a contenda terá de ser resolvida pelo critério normativo do artigo 335.º, auxiliado pelos critérios que a doutrina e a jurisprudência têm depurado ao longo de séculos.

Reiteramos: sempre que houver normas jurídicas, aplicáveis ao caso concreto, que delimitam o conteúdo dos direitos em causa, isto é, os exercícios que deles podem ter lugar, nunca haverá verdadeira colisão de direitos. *A colisão será, tão-só, aparente*. É que um dos exercícios em contenda está já excluído, à partida, pela lei. *Não pode haver verdadeira colisão entre o simultâneo exercício, integral e permitido pela lei, de um direito, e outro exercício, integral mas proibido pela lei, de outro direito*.

Não há, por isso, qualquer necessidade de – nem permissão para – lançar mão do artigo 335.º para uma apreciação *em concreto* do conflito sempre que outras normas hajam já solucionado a questão *a priori*.

O nosso ordenamento jurídico oferece, assim, duas abordagens diversas de resolução destas questões, ao ter optado por associar um critério geral – consagrado no artigo 335.º, correspondente aos artigos 14.º e 15.º do Código de Seabra – a soluções normativas específicas.⁵⁷⁵

metodologia interpretativa tributária das posições de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES (cfr. *Questão-de-Facto*, *op. cit.*, pp. 251 ss.; *Metodologia*, pp. 155 ss.; e, sucintamente, *A Unidade do Sistema Jurídico: o Seu Problema e o Seu Sentido*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Teixeira Ribeiro”, vol. 2, Coimbra, 1979, pp. 73 ss.); ou seja, de modo fluido – antinomia da estagnante petrificação positivista de completude quimérica –, através de um confronto analógico entre os elementos do caso concreto e os casos que cabem no âmbito da norma em que se baseia o direito subjectivo.

Os limites extrínsecos do direito subjectivo seriam, então, dinâmicos, *dependentes dos direitos concretamente exercidos (e não do exercício concreto que destes tenha sido feito)*, bem como dos elementos do caso concreto.

⁵⁷⁵ Vários critérios específicos para uma miríade de colisões de direitos têm o condão de oferecer um critério adequado à colisão (também ela) específica, decorrente de uma ponderação dos possíveis interesses em causa. Claro que, associada a esta precisão, surge uma desvantagem de monta: é impossível – e, ainda que fosse possível, indesejável – que o

O artigo 335.º aplica-se apenas aos casos em que a colisão de direitos é efectiva, por os exercícios em colisão não serem solucionados pelo estrato normativo do sistema jurídico. Torna-se necessária a *intermediação do jurista decidente, com a aplicação dos critérios jurisprudenciais e doutriniais a auxiliar os critérios normativos daquele preceito.*

III – A distinção entre colisão aparente e efectiva tem uma importância que ultrapassa meras preocupações de primor dogmático.

O risco de tratar como aparente uma colisão que, na verdade, é efectiva, significa negar ao caso *decidendo* o emprego de dois elementos fundamentais.

Primeiro, as circunstâncias em que os exercícios incompatíveis têm lugar, exercícios estes que devem ser apreciados com o auxílio de uma cornucópia de elementos, no sentido de nos permitir descobrir *qual dos exercícios é que, em concreto, deve ser considerado superior.*

Segundo, a aplicação do artigo 335.º, bem como dos critérios que a doutrina e a jurisprudência vêm sedimentando ao longo de gerações, que permitem ordenar e hierarquizar os exercícios em função daqueles seus elementos concretos, bem como das circunstâncias em que eles tiveram lugar.

A falta de consideração destes aspectos, decorrente do tratamento erróneo de colisões efectivas como aparentes,⁵⁷⁶ desagua frequentemente em resultados iníquos no desemaranhar de incompatibilidades.

legislador tivesse previsto todas as hipóteses de colisão, para depois as cristalizar em soluções feitas para durar para todo o sempre; o que constituiria uma segunda desvantagem.

Um único critério geral tem a vantagem de ser maleável e de abarcar todo o tipo de colisões que a realidade possa oferecer e inventar. A desvantagem está na perda de especificidade e na incerteza, indesejável sobretudo em algumas situações de conflito de direitos, em que a experiência jurídica demonstrou preferência reiterada por uma ou algumas soluções concretas.

⁵⁷⁶ Assim determinados os limites extrínsecos dos direitos em causa, ELSA VAZ DE SEQUEIRA (*Dos Pressupostos da Colisão, op. cit.*, pp. 299 a 305) defende que dificilmente poderia haver colisões efectivas, uma vez que os exercícios potencialmente colidentes teriam sido já excluídos, ou comprimidos, num momento anterior, através daquele trabalho de limitação

O exposto é visível numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça,⁵⁷⁷ cuja factualidade se referia ao ruído elevado que um bar emitia, e à forma

extrínseca, com consideração pelas particularidades do caso concreto. Só em casos extremamente específicos (em que os exercícios incidem sobre o mesmo objecto e este é exíguo) é que haveria colisão efectiva. Não seria possível haver colisões efectivas entre direitos de personalidade e direitos de crédito, fosse entre direitos ambos pertencentes a uma só destas espécies, fosse entre direitos em que cada um pertence a uma espécie diferente.

Apesar do interesse da posição da Autora, não podemos deixar de vincar a nossa discordância relativamente a ela, e, em geral, quanto à crítica que a ilustre Autora dirige à aplicação que do artigo 335.º tem sido feita pela jurisprudência – justamente o estrato do sistema jurídico que mais respeito tem tributado ao conflito de direitos.

As conclusões do raciocínio doutrinal de ELSA VAZ DE SEQUEIRA, pese embora um semblante de solidez metodonomológica com aparência de preocupação com o caso concreto, são, em nossa modesta opinião, incoerentes e contraditórias com os pressupostos em que se estribam, os quais, por seu turno, não nos parecem imunes a algumas críticas.

Isto, apesar de a Autora defender que a compressão recíproca que os vários direitos exercem uns com os outros não seja definida abstractamente, mas pelo recurso aos elementos do caso decidendo. *É que o modo como um direito é exercido é um destes elementos do caso decidendo que tem de ser tomado em conta.* Mas só pode ser tomado em conta se deixarmos de entender que o exercício é irrelevante por levarmos a cabo todo o trabalho de articulação de direitos potencialmente colidentes ainda antes e independentemente do exercício.

Há uma evidente contradição nos termos do raciocínio jurídico da Autora: a fixação dos limites exteriores depende dos elementos do caso concreto; um destes elementos – que, aliás, nos parece fundamental – é o modo concreto como os direitos são exercidos; mas aquela fixação dos limites extrínsecos dos direitos tem lugar antes e independentemente da forma como estes são exercidos; logo, os limites extrínsecos nunca podem ser determinados em função dos elementos do caso concreto.

O processo que ELSA VAZ DE SEQUEIRA delineou acaba por implodir. E é por esse motivo – por ignorar o exercício concreto que dos direitos é feito – que as críticas falham o alvo e se alcançam conclusões incompletas e injustificáveis.

Aliás, o mesmo raciocínio poderia levar-nos, inclusivamente, ao absurdo de concluir que, no fundo, nos podemos bastar com os limites intrínsecos, uma vez que, se, como a Autora afirma, “[a] ordem jurídica é um todo unitário e não uma amálgama de regras individuais e isoladas” (*Da Distinção entre Limites*, op. cit., p. 443), então é claro que a fixação dos limites intrínsecos de um direito subjectivo – o seu conteúdo e objecto – já têm em consideração o facto de a regra de onde eles promanam não vigorar sozinha, ou amalgamada indistintamente com outras regras, mas antes ser parte de um todo que funciona em unidade, e que, por isso, tem em consideração a sua relação com as restantes partes componentes. E, claro, nesta relação seriam tomados em conta os elementos do caso concreto.

⁵⁷⁷ Ac. STJ de 6/5/1998, in BMJ, n.º 480, 1998, pp. 413 ss.; substancialmente idêntico a este, para a questão em texto, é também o Ac. RLx de 20/2/1992 (in CJ, 1992, 1, p. 162), que decidiu pela prevalência do direito à iniciativa económica e ao trabalho sobre o direito à

como este se repercutia negativamente no exercício integral do direito ao repouso dos moradores de uma fracção vizinha. Este exercício não era impedido frequentemente porque *os moradores davam àquela residência uma utilização muito esporádica*.

Aplicando o artigo 335.º – só possível por a colisão ter sido tratada como efectiva –, a douda instância considerou que o bar poderia continuar a emitir o ruído. Não porque este não afectasse os vizinhos, quando estes efectivamente davam uso à sua fracção habitacional; mas antes *porque eles muito raramente o faziam*. E foi esse exercício infrequente que, em concreto, os moradores faziam do seu direito ao repouso naquela unidade, que levou a ilustre instância judicial a fazer prevalecer o exercício do direito oposto.^{578 579}

O tratamento desta colisão – e de outras semelhantes – como aparente não é compatível com um trabalho de composição jurídica da subtilidade da douda sentença. O problema seria antes resolvido sem tomar em consideração elementos factuais do caso concreto. Apenas consideraríamos os direitos em causa, os exercícios respectivos, e afirmaríamos, como ELSA VAZ DE SEQUEIRA, que “*o conteúdo real destes direitos [(de propriedade e ao exercício de actividade comercial)] não comporta o poder de ofender aquele [(ao repouso)]*”.⁵⁸⁰ Portanto, havendo ruído suficientemente elevado para

saúde, num caso em que uma oficina de reparação mecânica emitia ruídos e cheiros da combustível *esporadicamente*.

⁵⁷⁸ Outra decisão (Ac. RCB de 7/7/2004 (CARDOSO ALBUQUERQUE), in CJ, XXIX, 2004, pp. 38 a 40), ainda, levar-nos-ia a questionar como justifica o raciocínio de ELSA VAZ DE SEQUEIRA que uma vacaria não deva fechar se os moradores que dela se queixam residem naquele domicílio durante muito pouco tempo por ano? E como justificaria que a solução pudesse ser fechar a mesma vacaria se lá residissem a maior parte do tempo?

⁵⁷⁹ Também admitindo “(...) claramente a possibilidade de ocorrência de colisões entre direitos de personalidade”, cfr. FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 87.

⁵⁸⁰ *Da Distinção entre Limites*, op. cit., p. 460 (“observando as circunstâncias do caso, o Supremo não deveria ter entendido que o exercício dos direitos à integridade física, à saúde, ao repouso e ao sono gozava de prevalência relativamente ao exercício dos direitos de propriedade e ao exercício de uma actividade comercial, nos termos do n.º 2 do artigo 335.º do Código Civil, mas sim que o conteúdo real destes direitos não comporta o poder de ofender aqueles”).

ofender o exercício que os moradores faziam do seu direito ao repouso, aquele exercício “ruidoso” que o bar fazia do seu direito teria de ser excluído. O facto de os moradores apenas poderem exercer ocasionalmente o seu direito ao repouso naquela moradia ficaria *trans tiberim*.

Logo, a solução que, no mesmo caso, a Autora teria tomado, teria sido necessariamente a oposta, e teria sido inadvertidamente perversa, justamente por *sacrificar desmesuradamente um exercício de um direito, que é preterido amiúde, para benefício mínimo de outro, que frequentemente prevalece*.

Ou, por outras palavras: a prevalência do direito ao repouso, considerando o exercício dele concretamente feito pelos respectivos titulares, teria causado enorme prejuízo ao titular passivo concreto; já a prevalência dos direitos de propriedade e à iniciativa económica teria causado prejuízo diminuto aos titulares do direito à saúde, dado o mesmo motivo (a forma muito espaçada como o exerciam). Mas, mesmo assim, tratar esta colisão como aparente levaria a decidir erradamente. *Tudo isto por não se tomar verdadeiramente em consideração as particularidades dos exercícios em causa*.

Pelo contrário, o correcto tratamento de colisões semelhantes a esta como efectivas abre portas à aplicação de *critérios jurídicos* que permitem uma melhor compaginação daqueles exercícios no quadro da sua factualidade casuística. Estes critérios – que não são elementos do caso vertente, ainda que os termos da sua aplicação concreta dependam da igualmente concreta conformação do caso – *não podem ser considerados num raciocínio de colisão a montante do exercício que concretamente se faça de um direito*. Esta pecha no raciocínio de ELSA VAZ DE SEQUEIRA⁵⁸¹ infirma a sua identificação

⁵⁸¹ A ser coerente com o seu raciocínio, a Autora não pode incluir no seu edifício dogmático a aplicação daqueles critérios que só são aplicáveis aos casos de efectiva colisão de direitos. É que, caso contrário, a Autora estaria a aplicar à colisão “aparente” de direitos regras privativas das situações de verdadeira colisão. *Basta notar, a este propósito, que critérios como “os lucros do exercício” e “os danos pelo não-exercício” implicam, pela própria definição, uma consideração do exercício que concretamente é feito de um direito*.

de verdadeiras colisões de direitos como sendo “aparentes” e desmerecedoras do recurso ao artigo 335.º.⁵⁸²

Partir do princípio de que é possível levar a bom porto um trabalho de fixação dos limites extrínsecos dos direitos exercidos – por referência a nenhuns, ou a apenas alguns, elementos do caso concreto – *sem considerar o concreto exercício do direito e elementos concretos a ele associados*, constitui um exercício intelectual que se nos afigura inútil e pernicioso, manietando o tribunal a critérios puramente dogmáticos, que não só em nada aproveitam à matéria, como a destrutam.

IV – Os direitos de personalidade são todos da mesma espécie, por serem direitos que visam a protecção dos modos de ser da pessoa humana; esses modos de ser correspondem a uma série de bens jurídicos, que aqueles direitos protegem. Por isso, apesar de pertencerem à mesma espécie, os direitos de personalidade não são todos iguais, por protegerem diferentes bens. E nem todos os bens jurídicos têm a mesma importância relativa, o que em alguns casos é mais notório que noutros.

Havendo uma colisão entre os exercícios de direitos de personalidade protectores de diferentes bens jurídicos, poderíamos ser levados a pensar que o mais natural deveria ser a prevalência do exercício do direito de personalidade que protege o bem jurídico superior, solucionando-se o problema com base nos limites externos dos exercícios em causa. Mas não é assim. Esta *ponderação* deve ser feita com base em *critérios concretos* – que não esquecem aqueles bens –, apreciados com o auxílio de uma cornucópia de

⁵⁸² A não ser que ELSA VAZ DE SEQUEIRA considere que o seu raciocínio também comporta aquela computação; mas, nesse caso, estaria a Autora a fazer o que diz não fazer. No fundo, estaria então a fundir implicitamente um direito com o exercício que concretamente se faça dele – uma fusão que rejeita (por a separação entre o direito e o seu exercício concreto ser um dos pressupostos basilares do raciocínio).

elementos, no sentido de nos permitir determinar *qual dos exercícios é que, em concreto, deve ser considerado superior*.

É que, como vimos, a colisão não é verdadeiramente entre os direitos de personalidade em causa – e, conseqüentemente, entre os respectivos bens jurídicos –, *mas, antes, entre os exercícios concretos que os titulares fizeram desses direitos*; e esses exercícios são feitos no quadro de uma série de *elementos factuais/situacionais* que não podem deixar de ser tomados em conta no trabalho de *compatibilização*.

Neste sentido, o próprio legislador se refere à prevalência do direito – *rectius, exercício do direito* – que “*deva considerar-se superior*” (n.º 2 do artigo 335.º, *in fine*) e não o que seja superior em abstracto. Não basta ao jurista decidente apreciar uma putativa lista hierárquica de bens jurídicos num vácuo factual, alheio à problemática concreta do caso a decidir – *que lhe indicasse qual é o direito superior*, de entre aqueles cujos exercícios concretos se impedem mutuamente. É necessário, repete-se, que ele aprecie os *concretos* exercícios dos direitos em causa, bem como o *contexto* em que esse exercício teve lugar – tudo em função de elementos e critérios *concretos* –, para determinar *qual deve ser considerado superior*.

Em suma, pode suceder que o concreto exercício de um direito de personalidade protector de um dado bem jurídico superior deva ceder perante o concreto exercício de um direito de personalidade que protege um bem jurídico inferior. Tudo depende dos elementos factuais que contextualizam a colisão efectiva e do critério normativo aplicável. O que, assumimos, *não é tarefa simples, nem trabalho que se preste a automatismos*.

É pelas dificuldades associadas a esta tarefa de compatibilização de exercícios conflituantes que a colisão de direitos se trata de um problema de grande complexidade, caracterizado pela escassez de respostas pré-feitas, independentemente dos direitos em causa, e pela abundância de critérios

disponíveis, associados ao critério normativo do artigo 335.º, pelos quais continuaremos o nosso estudo.

3. – Critérios de ponderação e compatibilização de colisões efectivas

3.1. – Critérios principais: o artigo 335.º e os elementos factuais e axiológico-normativos do caso concreto

I – O principal critério normativo juscivilístico aplicável às colisões efectivas consta do artigo 335.º, nos termos do qual, sendo iguais os direitos colidentes, os exercícios de ambos deverão produzir efeitos em medida também igual (n.º 1); sendo desiguais, ou de espécie diversa, um deles deve ser tido por superior, e, por isso, deve prevalecer sobre o outro (n.º 2).

Elucidando o que são direitos iguais e direitos da mesma espécie, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO declara que “[d]ireitos iguais são os que derivem das mesmas normas – p. ex., ambos são direitos à vida, à saúde ou de propriedade; da mesma espécie serão os provenientes de normas que contemplem o mesmo tipo de bens – p. ex., ambos são direitos de personalidade ou reais. A igualdade referida é-o em termos qualitativos⁵⁸³: não é perturbada pelo facto, possível nos direitos patrimoniais, de haver desigualdade quantitativa (...)”⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Em sentido contrário, considerando a igualdade como conceito qualitativo e quantitativo, cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, 1, *op. cit.*, p. 453.

⁵⁸⁴ *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.ª ed., p. 419. O Autor parece preferir (p. 419, nota 1383) a expressão “género” em substituição de “espécie”, usada pelo legislador, porque, “*em rigor, se a espécie for a mesma, os direitos são iguais*”. Só entendemos o alcance desta crítica se o insigne Jurista se estiver a referir à organização dos seres vivos que a Biologia faz no quadro da taxonomia (com as categorias “domínio”, “reino”, “filo/divisão”, “classe”, “ordem”,

Mesmo que partíssemos de uma análise exclusivamente gramatical do preceito, não poderíamos estar de acordo com esta fórmula – com o devido respeito –, em virtude do critério por que se apura a igualdade (“*os que derivem das mesmas normas*”).⁵⁸⁵

Por um lado, *é pacífica a existência de direitos de personalidade que resultam da mesma norma* – a tutela geral da personalidade jurídica do n.º 1 do artigo 70.º – e que, no entanto, ninguém duvida serem diferentes. Por outro lado, *há direitos de personalidade que permitem um aproveitamento de utilidades providas do mesmo bem, mas que derivam de normas diferentes*, o que sucede com o direito ao nome, regulado pelos artigos 72.º a 74.º, do qual emergem direitos específicos, concretizações daquele, como o pseudónimo, ou a protecção dos escritos (artigos 75.º a 78.º).

Parece-nos que, a interpretar esta “igualdade” do n.º 1 do artigo 335.º enquanto uma qualidade do direito subjectivo – como o nosso ilustre Mestre faz –, esta não pode deixar de se referir então à sua função e estrutura específicas: qual é o *bem* cujo aproveitamento o Direito autoriza, e em que termos se configura esta permissão – isto é, o *conteúdo* do direito –, o que é independente de os direitos que os protegem promanarem da mesma norma ou de normas diferentes. Falaríamos assim no direito à *vida*, no direito à *saúde*, no direito ao *repouso*, no direito ao *trabalho*, no direito à *iniciativa económica*

“família”, “género” e “espécie”, por ordem decrescente de extensão). A “espécie” seria, nesse caso, a última categoria (embora, na verdade, exista a subcategoria “subespécie”). No entanto, não só tal crítica seria importar para o Direito um sentido de “espécie”, literal (e que está longe de ser o único sentido linguístico atribuível ao vocábulo) que nada tem de jurídico (evidentemente o legislador não utiliza o termo numa referência a seres vivos; está a referir-se a construções conceptuais do homem: “direitos subjectivos”), como não colheria, mesmo sem aquela crítica: dentro de cada espécie há indivíduos, que partilham muito em comum, mas que são todos únicos pela genética e vivências (a genética só não chega para individualizar os sujeitos, dado existirem pessoas com exactamente os mesmos genes – ou quase, devido ao fenómeno da epigenética); estes sujeitos individuais são “desiguais”, embora pertençam à mesma “espécie”. Portanto, “*se a espécie for a mesma*”, não se poderá, ainda assim, afirmar, com o Autor, que os “*direitos [sejam] iguais*”.

⁵⁸⁵ Quanto à espécie, concordamos com a fórmula citada, se se devesse apreciar a colisão de uma perspectiva simplesmente estática.

e no direito de *propriedade*, porque são diversos os bens jurídicos e as suas formas específicas de aproveitamento.

II – Sucede que um entendimento destes – puramente estático – seria contrário, não só à aplicação que a jurisprudência faz do preceito, mas também ao modo como a generalidade da doutrina descreve o processo de resolução de problemas de colisão efectiva, enquanto reportada ao caso concreto. Seria também oposto ao entendimento e aplicação que são feitos do princípio constitucional da igualdade (artigo 13.º CRP), de que este preceito do Código Civil constitui um afloramento.^{586 587}

Como deixámos escrito, o n.º 2 do artigo 335.º, *in fine*, refere-se à prevalência do direito que “*deva considerar-se*” superior, e não daquele que seja superior em abstracto. Não basta apreciar uma putativa lista hierárquica de bens jurídicos num vácuo factual, alheio à problemática concreta do caso a decidir – *que indicasse qual é o direito superior*, de entre aqueles cujos exercícios concretos se impedem mutuamente. É necessário, voltamos a salientar, que se apreciem os *concretos* exercícios dos direitos em causa, bem como o *contexto* em que esse exercício teve lugar – tudo em função de elementos e critérios concretos –, para determinar *qual deve ser considerado superior*.

É por este motivo que tivemos a oportunidade de analisar jurisprudência que confere prevalência a certos exercícios de direitos que delimitam o aproveitamento de bens jurídicos que são, à partida – em

⁵⁸⁶ Na falta, no BGB, de um preceito como o nosso artigo 335.º, o sistema jurídico germânico recorre justamente ao princípio da igualdade do artigo 3.º GG para solucionar problemas de colisão de direitos (cfr. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, *op. cit.*, pp. 159 e 161). O próprio BVerfG decide atendendo à conjuntura (BVerfG de 24/5/1977, *in BVerfGE*, 44, 353).

⁵⁸⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 264 a 318; e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1270 a 1275.

abstracto, portanto –, inferiores aos direitos cujos exercícios são postergados.⁵⁸⁸ Mesmo tratando-se de direitos desiguais ou de espécie diferente, aquele que abstractamente seja superior poderá, em concreto, ser tratado como igual ao direito abstractamente inferior; ou, mesmo, ter de ceder perante este. Tudo depende do exercício; e, ao contrário dos direitos inertes, os exercícios que deles se fazem arrastam-nos para a realidade do caso concreto, com toda uma caótica e imprevisível variabilidade factual que o direito subjectivo, estático, nunca pôde compreender. E se assim é quando o direito exercido é, à partida, inferior ao que é derogado, então, *por maioria de razão*, também assim deverá ser quando o bem jurídico e conteúdo são os mesmos, mas os exercícios concretos (bem como as circunstâncias em que estes têm lugar) diferem.

E que não se diga que tal entendimento desatende ao elemento gramatical do artigo 335.º. Este preceitua que se trate de forma igual o que é igual, e de forma diferente o que é diferente; mas é o jurista decidente que, quanto aos exercícios colidentes, preenche os conceitos de “igual” e “diferente”, em intermediação com o caso concreto.

Os conceitos de “igual” e “diferente”, quando qualificadores dos direitos – *scilicet*, dos seus concretos exercícios – colidentes, referem-se ao

⁵⁸⁸ Explicitamente neste sentido, CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, pp. 544 e 547): “(...) nos casos de conflito de um direito de personalidade que tenha como objecto uma diferente espécie de bem de personalidade ou de conflito de um direito de personalidade com outro direito de personalidade (v. g., um direito real ou um direito de crédito), apesar da então óbvia diversidade dos contrapostos interesses concretos juridicamente protegidos, podem, algumas vezes, na multiplicidade da vida real, igualar-se os pesos jurídicos totais das já referidas ponderações (...) respeitantes a cada um dos diferentes conjuntos de todas as circunstâncias factuais relativas à génese e ao exercício de cada direito conflituante (...); “Tudo o que dará primazia, nuns casos, aos direitos de personalidade ou, noutros casos, aos com eles conflituantes direitos de outro tipo”. Igualmente explícito é o Ac. RLx de 20/2/09, in CJ, 1, 1992, p. 160: “(...) os direitos de diferente natureza em conflito (por exemplo os direitos de personalidade e direitos patrimoniais) não implicam sempre e necessariamente a prevalência de uns sobre outros; tudo depende da relatividade concreta dos interesses e dos factos provados”.

peso relativo dos mesmos. *Em função da igualdade ou diferença destes pesos, os n.ºs 1 e 2 estabelecem estatuições que indicam o sentido da compaginação dos exercícios.*

III – Porém, o que dizer da referência à “espécie” dos direitos, que é feita em ambos os números do artigo 335.º? Não se poderá afirmar que tal referência se opõe explicitamente ao nosso entendimento? É que se a “igualdade” não se reportasse ao bem e conteúdo do direito exercido, ou a qualquer outro elemento qualitativo abstracto, depurado do caso concreto, então porquê falar também na “espécie” do direito? A espécie pareceria ser, assim, um elemento puramente qualitativo do direito exercido, sem relação com o peso relativo dos exercícios concretamente colidentes.

Estas questões não contendem com um entendimento da “igualdade” e da “desigualdade” enquanto peso relativo dos exercícios concretamente colidentes. Vejamos porquê.

Se considerarmos que o preceito do artigo 335.º se aplica aos exercícios dos direitos, serão possíveis quatro combinações entre os elementos “igualdade dos direitos” e “pertença à mesma espécie”: os exercícios podem ter o mesmo peso relativo e os direitos exercidos serem da mesma espécie; os exercícios podem ter o mesmo peso relativo e os direitos exercidos serem de espécie diferente; os exercícios podem ter diferente peso relativo e os direitos exercidos serem da mesma espécie; e, finalmente, os exercícios podem ter diferente peso relativo e os direitos exercidos serem de espécie diferente.

*Nenhuma destas combinações constitui um absurdo lógico, e, na realidade, todas são possíveis.*⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ Ainda assim, entre estas combinações possíveis (de “igualdade/desigualdade” com “mesma/diferente espécie”) há uma que o legislador não terá considerado convenientemente;

Já se perspectivarmos o artigo 335.º como referindo-se à “igualdade” e “diferença” dos bens a que se reportam os direitos, veremos que só três destas combinações são admissíveis: direitos iguais e da mesma espécie; direitos desiguais e da mesma espécie; direitos desiguais e pertencentes a espécies diferentes.

A quarta combinação – direitos iguais e de espécie diferente – não poderia existir no sistema jurídico. Seria um absurdo lógico-jurídico. Se a igualdade se refere aos bens jurídicos protegidos, os quais são agrupados em espécies (direitos de personalidade, direitos de crédito, direitos reais, etc.), em função de critérios que não comportam sobreposição – ou seja, um bem jurídico pertence exclusivamente a uma espécie –, então, dois direitos iguais – protectores do mesmo bem jurídico – têm de pertencer sempre à mesma espécie.

Por outras palavras: *o legislador ter-se-ia deliberadamente lançado no absurdo.*⁵⁹⁰ E o mesmo já teria feito o legislador do Código Civil de 1867

isto, apesar de se tratar de uma das mais comuns: direitos desiguais (diverso peso relativo dos exercícios), mas pertencentes à mesma espécie.

O problema de direito positivo (artigo 335.º) é o seguinte: a hipótese do n.º 1 compreende “direitos iguais ou da mesma espécie”; e a do n.º 2 refere-se a direitos “desiguais ou de espécie diferente”. O que fazer quando os direitos forem *desiguais* (n.º 2 do artigo 335.º), mas da *mesma espécie* (n.º 1 do mesmo preceito)? Qual das normas deverá ser aplicada?

Parece-nos que o legislador se equivocou quando, no n.º 1, recorreu à partícula disjuntiva “ou” em vez da conjunção “e”. Mesmo referindo-se uma colisão de direitos ao exercício que deles concretamente façam os seus titulares activos, e respectivos pesos relativos, a única forma de desemaranhar este nó Górdio seria, ou a de interpretar a “espécie” como um dos elementos a ter em consideração aquando da aquilatação do peso relativos dos direitos concretamente colidentes, isto é, da sua igualdade/desigualdade; ou, recorrendo a uma interpretação correctiva do n.º 1 do artigo 335.º, interpretando a disjunção como conjunção (ou ignorando a oração “ou da mesma espécie”).

⁵⁹⁰ E seria ainda mais difícil a interpretação daquelas situações em que somos confrontados com direitos desiguais (diverso peso relativo dos exercícios) e da mesma espécie, pois não deixaria de ser surpreendente e desprovido de qualquer sentido colocar no mesmo patamar, ainda que em abstracto e enquanto ponto de partida, de um lado, o direito à vida, e, do outro, um direito de personalidade de importância flagrantemente inferior, como o direito ao pseudónimo (enquanto corolário protector do direito ao nome).

(artigos 14.º e 15.º), onde o artigo 335.º encontrou inspiração. E, no entanto, no quadro do Código Civil anterior – e também no deste –, não houve dúvidas quanto à compatibilização dos exercícios colidentes em função de critérios exteriores a uma igualdade abstracta de bens e de conteúdo.

Em suma, *muito dificilmente poderíamos ver na referência à “espécie” um escolho intransponível ao entendimento de “igualdade/desigualdade” como o peso relativo dos concretos exercícios. Primeiro, e primacialmente, porque a referência à espécie não impede, por si só, que a “igualdade/desigualdade” seja definida com base no peso relativo dos concretos exercícios em conflito; segundo, porque um entendimento abstracto de “igualdade/desigualdade” (sejam estas definidas com base no bem e no conteúdo do direito, sejam-no antes com base na norma em que o direito se funda⁵⁹¹) dá origem a um absurdo lógico-jurídico na interpretação do artigo 335.º, em que não incorre o entendimento reportado ao peso relativo dos exercícios concretamente colidentes.*

IV – Por estes motivos, perfilhamos o entendimento, mais flexível e moldável à realidade da colisão *efectiva*, que CAPELO DE SOUSA adopta –

Nunca se compreenderia, em abstracto, sujeitar direitos tão fundamentalmente díspares à estatuição do n.º 1 do artigo 335.º, que determina que ambos os direitos sejam sacrificados da mesma forma, para que produzam os respectivos efeitos em igual medida; tudo pelo simples facto genérico de pertencerem à mesma espécie.

Se o entendimento de “igualdade/desigualdade” fosse abstracto, acrescentaríamos que se (excepcionalmente) os exercícios de direitos de importância relativa tão díspar justificarem, em concreto, uma limitação recíproca de ambos os direitos, e na mesma medida, que assim seja. Mas o ponto de partida deve claramente ser o de direitos desiguais serem tratados de forma desigual, pertençam ou não à mesma espécie.

Por estes motivos, os direitos desiguais e da mesma espécie só poderiam caber no n.º 2 do artigo 335.º, o que reforçaria, ou uma interpretação da disjunção operada pelo seu n.º 1 como conjunção, ou uma interpretação que ignore a oração “*ou da mesma espécie*”, uma vez que, como vimos, todos os direitos iguais pertenceriam necessariamente à mesma espécie.

⁵⁹¹ Como poderiam dois direitos provir da mesma regra e pertencer a espécies diferentes?

apoiado em HEINRICH HUBMANN⁵⁹² –, para quem aquele processo de compatibilização deve, não só identificar e ponderar criteriosamente, quer os bens jurídicos tutelados, quer os conteúdos dos poderes jurídicos conferidos pelos direitos exercidos, como também “[os] *factos reais constitutivos ou modificativos de cada um dos direitos subjectivados em colisão, das modalidades de actividade material concretamente exercitadas ou exercitandas pelas partes e dos interesses efectivamente prosseguidos pelas partes. Com efeito, tal ponderação (...) não pode ser exclusivamente feita mediante uma abstracta comparação de bens e valores jurídicos tutelados, pois depende também largamente da situação concreta*”.⁵⁹³

É esta ponderação, feita criteriosamente e *in concreto*, que nos vai permitir “*verificar se os direitos colidentes têm uma estrutura formal e um fundamento axiológico-normativo assentes quer em interesses juridicamente tutelados de qualidade e grau idênticos quer em interesses juridicamente tutelados de peso equilibrado, embora diversos, ou, diferentemente, se na colisão de direitos há predominância de interesses juridicamente tutelados de uma das partes*”.⁵⁹⁴

É a dinâmica dos direitos subjectivos – os seus exercícios concretos e circunstâncias em que têm lugar – que determina o resultado do processo de compatibilização: excluindo ou comprimindo um dos exercícios, ou ambos, e, conseqüentemente, o, ou os, respectivos direitos. A concretude dos exercícios colidentes é determinada no caso decidendo com base no inventariar dos elementos circunstanciais relevantes em que o exercício tem lugar.

Em primeiro lugar, “(...) *os factos relativos às conseqüências objectivas produzidas ou producendas no mundo sensível ou ao nível das*

⁵⁹² HEINRICH HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung*, in ID., “Wertung und Abwägung im Recht”, Heymann, Colónia, 1977, pp. 51 ss..

⁵⁹³ *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 534. Embora o Autor se refira a conflitos entre direitos de personalidade, os termos gerais da sua explanação são generalizáveis às restantes colisões.

⁵⁹⁴ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 534.

*personalidades humanas juscivilisticamente tuteladas, conseqüências essas resultantes da actuação conflitual do titular do direito de personalidade, nomeadamente face aos interesses ou aos fins concretamente prosseguidos pelo titular de tal direito.”, para além das “(...) demais circunstâncias factuais, objectivas⁵⁹⁵ e subjectivas,⁵⁹⁶ juridicamente relevantes, em que se exerceu ou se pretende exercer tal direito”.*⁵⁹⁷

Em segundo lugar, os elementos axiológico-normativos referentes aos bens ou valores jurídicos subjacentes aos direitos subjectivos cujos exercícios colidem, a importância relativa dos bens em si dentro da espécie em causa, ou,

⁵⁹⁵ Como a data do início do exercício do direito de personalidade, que pode ser relevante para estabelecer prevalências notórias quando está em causa, por exemplo, o direito ao nome.

⁵⁹⁶ Comportamentos censuráveis de um titular incidentes sobre o outro na relação de personalidade prévia ao conflito (dolo, coacção, etc.)

⁵⁹⁷ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 534. Algumas páginas à frente (p. 542), o Autor elenca exhaustivamente muitos destes factos, *catalogando-os em função do modo como se repercutem no peso relativo do concreto exercício jurídico conflituante: aumentativo ou diminutivo*. Embora o faça no quadro dos direitos de personalidade, poucos são os factos (ou “factores”, como aqui lhes chama o insigne Jurista) que não possam ser generalizados a outros direitos subjectivos, *mutatis mutandis* quando necessário.

Entre os “factores aumentativos” contaríamos assim “(...) a natureza juscivilisticamente muito significativa do elemento concreto da personalidade humana individual objecto de tutela do direito subjectivo de personalidade (v.g., a vida, a integridade física ou a liberdade); a acumulação de bens de personalidade tutelados (p. ex., a integridade física, a liberdade e a honra podem ser simultaneamente defendidas pelo mesmo sujeito numa certa relação conflitual); a ampla extensão ou a elevada intensidade do bem de personalidade tutelado (v. g., largas zonas da integridade física, órgãos essenciais do corpo humano e faixas nucleares da liberdade); a prossecução, mediante o concreto exercício do direito de personalidade, de relevantes finalidades subjectivas e sociais, juridicamente tuteladas; a particular adequação, justiça, proporcionalidade e inocuidade dos meios empregues pelo titular do direito de personalidade no exercício do seu direito e a congenitude ou a perdurabilidade no tempo da constituição do direito de personalidade ou do seu exercício”.

Entre os “factores diminutivos” do peso jurídico do exercício realçam-se “(...) a exiguidade do bem da personalidade juscivilisticamente tutelado; a prossecução, mediante o concreto exercício do direito de personalidade, de discutíveis finalidades subjectivas sem benefícios sociais; o carácter perturbante ou desproporcionado dos meios dispostos pelo titular do direito de personalidade para o exercício do seu direito; a ocorrência de comportamentos ético-jurídicos censuráveis (v.g., dolo, coacção ou inobservância culposa de deveres de respeito ou de acção) do titular do direito de personalidade face ao titular do direito conflitual, quando tais comportamentos condicionem o conflito de direitos, e a colocação em risco pelo titular do direito de personalidade dos seus próprios bens de personalidade”.

pertencendo a espécies diferentes, a sua hierarquia no sistema jurídico,⁵⁹⁸ e a relação entre o bem jurídico em causa e o exercício feito do direito que o tutela. Tudo isto para “*se ponderarem e avaliarem os factos materiais (...) inventariados*”.⁵⁹⁹

Há, portanto, uma confluência entre o *ser* – a matéria de facto – e o *dever ser*, de índole axiológica e normativa. Esta mole carece de ser sopesada: primeiro, individualmente, em relação a cada um dos concretos exercícios colidentes; e depois, comparativamente, de forma a determinar se algum dos concretos exercícios deve prevalecer e em que termos, ou se têm sensivelmente o mesmo peso e como se devem comprimir mutuamente.

A articulação entre o artigo 335.º e esta cornucópia factual e axiológico-normativa concreta é densificada por uma panóplia de elementos operacionais, sedimentados pela doutrina (a parca que da matéria se ocupa) e pela jurisprudência.

Todos os elementos devem ser considerados cumulativamente e tratados como um sistema móvel, o que significa que a intensidade acentuada com que um deles refulge perante a factualidade concreta pode compensar o efeito diminutivo (do peso do exercício) de outro, no caso concreto.

Como em tantas outras matérias jurídicas, também não dispomos aqui de mecanismos jurídicos de cálculo preciso e imediato.⁶⁰⁰ Embora a relevância

⁵⁹⁸ Estas escalas axiológicas não são as de cada um dos intervenientes; têm por objecto a importância objectiva dos valores personalísticos para a realização dos fins. Daí que a sublimidade de valores éticos e religiosos seja habitualmente subalternizada relativamente a outros valores, como a vida e a saúde, mais ligados à telúrica necessidade de sobrevivência (cfr. HUBMANN, *Persönlichkeitsrecht*, *op. cit.*, p. 110). Sobre a hierarquia axiológica em geral, cfr. JOHANNES HESSEN, *Filosofia dos Valores* (trad. de Luís Cabral Moncada), Arménio Amado, Coimbra, 1980, pp. 120 ss.; e, sobre a hierarquia axiológico-jurídica em particular, HEINRICH HUBMANN, *Rationale Wertung*, pp. 20 ss..

⁵⁹⁹ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, p. 536.

⁶⁰⁰ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 315 (“*A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação, no qual se tenta, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores (...)*”); e GOMES

de cada categoria de elemento factual ou jurídico dependa das especificidades do caso concreto, há alguns elementos que habitualmente pesam mais. Destacaremos três deles: a *antiguidade relativa dos exercícios em colisão*; os *danos decorrentes do não exercício*; e os *lucros do exercício*.⁶⁰¹

V – O primeiro destes elementos é o da *antiguidade relativa dos exercícios jurídicos em colisão*.⁶⁰² O exercício mais antigo prevalece sobre o mais recente.

CANOTILHO, *Direito Constitucional, op. cit.*, pp. 1274 e 1275 (“(...) as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A “ponderação” e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas (...)”). Cfr., ainda, FRIEDRICH KAULBACH, *Experiment, Perspektive und Urteilskraft bei der Rechtserkenntnis*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 1989, p. 455; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, in RLJ, ano 126; e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, 1992, p. 126.

⁶⁰¹ Estes são também os elementos que ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.^a ed., *op. cit.*, pp. 420 a 425; e *Da Colisão de Direitos*, in “O Direito”, ano 137, n.º 1, pp. 48 a 51) apelida de “critérios normais”, numa tentativa de sistematização louvável, ainda que pouco compatível com a hierarquização que o insigne Autor sugere (apesar de apresentada enquanto organização relativamente fluida e operante em sistema móvel). Em texto referimos aqueles “critérios normais” apenas como alguns entre os variegados elementos a considerar.

Vários outros elencos fechados têm sido apresentados, sobretudo se nos alongarmos num pretérito de séculos, por Autores como MACKELDEY (*Manuel de Droit Romain*, 3.^a ed., *op. cit.*, p. 105), THIBAUT (*Versuche*, 2, 2.^a ed., *op. cit.*, pp. 242 ss.), CORRÊA TELLES (*Digesto Portuguez*, 9.^a ed., *op. cit.*, pp. 8 e 9) e COELHO DA ROCHA (*Instituições*, 2.^a ed., *op. cit.*, pp. 26 e 27).

⁶⁰² Trata-se de um critério secular, em que já CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, vol. 2, 2.^a ed., 1800, pp. 15 a 29) se apoiara, bem como CORRÊA TELLES (*Digesto Portuguez*, 9.^a ed., *op. cit.*, pp. 8 e 9): “Em paridade de direitos, o primeiro em tempo é primeiro em direito”. CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, p. 545) também se lhe refere, o mesmo sucedendo com ADRIANO VAZ SERRA, *Fundamento da Responsabilidade Civil (Em Especial, Responsabilidade por Acidentes de Viação Terrestre e por Intervenções Ilícitas)*, in BMJ, n.º

Quando habitualmente os Autores se referem a este elemento, falam na antiguidade do direito exercido, não na antiguidade do exercício em si.⁶⁰³ Invoca-se, nesses casos, o compreensível e secular brocardo *prior in tempore, potior in iure*: por regra, o titular de um direito constituído *a posteriori* não tem legitimidade para esperar que o seu direito se sobreponha ao que já está constituído. A segurança jurídica, tão importante para a confiança que os sujeitos depositam no comércio jurídico, assim o impõe.

Já foi aventado que este elemento factual corresponderia a uma outra forma de racionalizar a regra da prevalência de direitos de certa espécie – como os direitos de personalidade – sobre os de outra – por exemplo, os direitos de crédito. Encontramos dois problemas em tal afirmação.

Em primeiro lugar, reduzir-se-ia a importância deste elemento – um dos mais salientes –, fazendo-o corresponder, na prática, a um dos critérios subsidiários, “de recurso”, que veremos *infra*: o da “prevalência em abstrato”.

Em segundo lugar, e mais importante, nem sempre um direito de personalidade deve ser considerado mais antigo do que o outro direito subjectivo, pelo mero facto de este ter sido constituído posteriormente. *A factualidade concreta pode impor uma excepção que resolva o conflito a favor do direito constituído depois.*

Esta afirmação pode surpreender. Expliquemo-nos melhor: em matéria de colisão *efectiva* de direitos, o facto de um dos direitos ser *prior in tempore* não significa ter sido constituído primeiro, *tout court*. O critério correcto, parece-nos, é o da prevalência do *exercício* mais antigo (*do próprio*

90, 1959, p. 300. Cfr., ainda, HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, *op. cit.*, pp. 165 ss.; e *Grundsätze der Interessenabwägung*, in ID., “Wertung und Abwägung im Recht”, *op. cit.*, pp. 77 ss..

⁶⁰³ A antiguidade referir-se-ia, então, ao momento da constituição do direito; mas se o direito tiver sido modificado e esta nova conformação relevar na génese da colisão – porque a causou ou porque de outra forma afecta o modo como os restantes critérios devem ser aplicados –, diríamos nós importar o momento em que o direito foi modificado, para efeitos da determinação da sua antiguidade.

*exercício*⁶⁰⁴ – *note-se – e não do direito exercido*) no tocante ao elemento factual essencial à colisão; isto é, o dado factual da colisão efectiva concreta sem o qual não haveria qualquer incompatibilidade.

Ilustremos com um exemplo:⁶⁰⁵ suponhamos que uma fábrica emite fumos poluidores que afectam a saúde de um vizinho; e que o início de operações da fábrica, naquela área geográfica, precede a residência do vizinho naquele seu prédio. Em abstracto, o direito à saúde, de que o vizinho é titular activo, é provavelmente mais antigo (embora não necessariamente: a fábrica poderia existir décadas antes do nascimento da pessoa afectada pelos fumos) do que os direitos de propriedade e de exercício da actividade comercial, por existir na esfera jurídica do morador desde o seu nascimento.

No entanto, chocaria ser esta a solução: decidir a favor de quem, conhecendo – ou devendo conhecer – a emissão de fumos, se muda para perto da fábrica que os emite, para depois requerer que pare de o fazer (o que muito provavelmente até se terá repercutido no preço inferior que pagou pelo prédio).

⁶⁰⁴ E se o exercício não for contínuo? Até poderia ser mais antigo, mas foi exercido por muito pouco tempo e agora o titular do direito correspondente quer voltar a exercê-lo naqueles mesmos termos, depois de décadas; deverá este facto ser valorada no sentido de aumentar o peso relativo daquele exercício? Parece-nos que tudo dependerá dos termos em que o exercício tinha lugar e da forma como foi suspenso. Por exemplo, se o vizinho da fábrica – a pessoa afectada pelas emissões provindas desta estrutura – vendesse o seu prédio, e, anos mais tarde, acabasse por regressar, readquirindo-o; nesse caso, dizíamos, parece então evidente que o exercício a valorar deverá ser este último, sem que se possa reportar ao momento em que começou aquele primeiro exercício – exercício este cuja cessação teve lugar em termos passíveis de demonstrar a sua definitividade. Já se o mesmo sujeito tiver abandonado o país durante uns meses, ou mesmo alguns anos, tendo arrendado o prédio a outra pessoa, parece que o exercício nunca terá cessado definitivamente de ter lugar. Portanto, tudo parece estar dependente de saber se a colisão desapareceu ou não, aquando da cessação do primeiro exercício. No primeiro exemplo apresentado, a colisão deixou de ter lugar, a partir do momento em que o residente vendeu o prédio; mas no segundo exemplo, a colisão manteve-se, uma vez que, como vimos, não é necessário um direito de personalidade estar a ser exercido em concreto para que sejam ilícitos comportamentos que daquele direito subtraíam potenciais exercícios seus.

⁶⁰⁵ Retirado de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.^a ed., *op. cit.*, pp. 422.

Daí o nosso critério de *ligar a aferição da antiguidade em função do elemento essencial à colisão*. Neste caso, esse elemento seria a localização geográfica em que os direitos colidentes estão a ser exercidos; se um dos titulares de um destes direitos o fosse exercer num local em que esta incompatibilidade não fosse possível, deixaríamos de ter uma colisão.⁶⁰⁶

De acordo com este critério, teríamos de perguntar qual dos direitos é *mais antigo*, quanto ao seu *exercício* colidente, naquela *localização* geográfica. E concluiríamos que é o exercício dos direitos respeitantes à actividade económica da fábrica, uma vez que o morador se mudou para aquele local depois de a fábrica já lá ter iniciado a sua actividade.

Portanto, os exercícios do direito de propriedade e do direito à iniciativa económica *precedem* o exercício do direito do morador à saúde – *naquele local* –, pelo que aqueles exercícios devem *prevalecer* sobre o exercício do direito à saúde, ou, pelo menos, e desde que tal não importe a sua compressão, serem com este *compaginados*.⁶⁰⁷

VI – O segundo elemento é o dos *danos decorrentes do não exercício*,⁶⁰⁸ e, tal como o nome indica, a sua aplicação assenta num trabalho

⁶⁰⁶ O contrário seria chocante: permitir que alguém se mude para um local onde sabe que outra pessoa está a exercer um direito de forma incompatível com o exercício de um direito do próprio, para depois exigir que aquele cesse esse exercício, ou que o substitua por outro não colidente, ou que se mude, para eliminar a colisão.

⁶⁰⁷ Como se vê, este elemento factual está relacionado com outro: a colocação em risco pelo titular do direito de personalidade dos seus próprios bens de personalidade.

⁶⁰⁸ Entre nós, já COELHO DA ROCHA (*Instituições*, 8.^a ed., *op. cit.*, pp. 26 e 27), se lhe referira: apesar da limitadíssima análise por este feita (que se resume à enunciação ordenada de critérios – três critérios, mais precisamente: “(...) *na colisão de dos direitos prefere (...) aquela, que tem por fim evitar um damno*”. Também MACKELDEY (*Manuel de Droit Romain*, 3.^a ed., *op. cit.*, p. 105) explicitava este critério, entendendo dever prevalecer o exercício que queira evitar uma perda sobre o que busque o lucro. Em termos semelhantes, CORRÊA TELLES (*Digesto Portuguez*, 9.^a ed., *op. cit.*, pp. 8 e 9): “*Assim aquella que trata de captar lucro, deve ceder àquelle, que trata de conseguir a sua indemnização*”. CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, p. 546) também lhe presta atenção enquanto “*radicação dos*

de determinação dos danos que o não exercício, ou o não exercício pleno, de cada um dos direitos causa aos respectivos titulares. Está-lhe subjacente uma finalidade de minimização dos danos resultantes do não exercício integral; *ganha peso relativo o concreto exercício cuja não verificação comporte prejuízos superiores.*

Em linhas antecedentes vimos um exemplo jurisprudencial concreto (com remissão para outros da mesma índole) da aplicação deste critério como factor determinante da articulação dos exercícios: o bar pode continuar a emitir ruído perturbador do descanso do seu vizinho, por este muito raramente lá residir. *O prejuízo que o não exercício muito ocasional do direito ao repouso importa para o vizinho é muito inferior ao prejuízo que o titular dos direitos à iniciativa económica teria de suportar se lhe fosse vedado o concreto exercício conflituante.*

Claro que, se o vizinho passar a residir mais regularmente naquela fracção a configuração da composição do conflito de exercícios de direitos terá de mudar, pois muda radicalmente a forma como aquele exerce o seu direito ao repouso. O cálculo em que se traduz a aplicação deste critério apresentaria então um resultado diverso no que toca aos danos decorrentes do não exercício do direito ao repouso, já não se justificando, possivelmente, a preterição deste.

Falamos em cálculo, mas verdadeiramente não se trata de determinar um *quantum* pecuniário. Este “cálculo” é frequentemente qualitativo: basta pensar no não exercício do direito ao repouso, que pode ser fonte simultânea

interesses”, sobrepondo-o ao exercício jurídico de “*quem procura interesses, lucros ou proveitos futuros*”.

Quanto à fixação do peso jurídico de interesses pessoais, cfr., ainda, HEINRICH HUBMANN, *Güterabwägung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Persönlichkeitsrecht*, in Obermayer / Bartlsperger (eds.), “Rechtstaat, Kirche, Sinnverantwortung”, Beck, Munique, 1986, pp. 46 ss.; e MICHAEL REINICKE, *Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit; eine Grundrechtskollision in Privatrecht*, in “Juristische Arbeitsblätter”, 1981 pp. 328 a 333.

de danos patrimoniais e não patrimoniais; estes últimos não são susceptíveis de avaliação pecuniária (apesar de as suas lesões poderem ser *compensadas*).⁶⁰⁹

O cálculo refere-se, portanto, às utilidades que o titular de um direito deixa de poder aproveitar por lhe estar vedado exercer este direito, de certo modo. No nosso exemplo, seriam muito poucas as utilidades que o titular do direito ao repouso deixaria de perceber, dada a infrequência do seu exercício naquele local.⁶¹⁰

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO entende que se devem computar os “danos” em termos sociais e humanos, e não meramente econométricos. Uma das concretizações exemplificativas que o Autor nos oferece reporta-se à colisão entre o direito à iniciativa económica (exercido através da construção de uma linha do metropolitano) e o direito ao repouso do morador (exercido através do descanso nocturno). Neste caso, continua o Autor, o direito ao repouso *“poderá ceder (...) se se verificar que, com uma pequena despesa, o morador poderá ser provisoriamente realojado, enquanto a paragem noturna*

⁶⁰⁹ Poderemos sempre questionar: será que os danos não patrimoniais não correspondem mesmo a utilidades avaliáveis pecuniariamente? Imagine-se que o dano não patrimonial consiste no sentimento de humilhação que uma pessoa sofre por ter ficado com lesões faciais decorrentes de um atropelamento. Se antes de terem ocorrido estas lesões tivesse sido oferecido um determinado valor pecuniário – elevado, presumivelmente – a esta pessoa para suportar tais lesões faciais e ela o aceitasse, não deveria tal prejuízo ser computado desta forma pecuniária? Ou seja: tendo em conta as preferências da pessoa concreta, se esta preferisse €1.000.000 a manter a sua face livre de lesões, não deveria aquele dano não patrimonial ser computado em termos quantitativos, como prejuízo decorrente de um concreto não exercício do seu direito à integridade física? Ou seria tal limitação do direito à integridade física contrária à ordem pública? Ou seria um critério inaplicável na prática por aquele valor não ser realisticamente determinável? Mas e se for um direito de personalidade com uma limitação não contrária à ordem pública? Trata-se, no fundo, do dificilmente superável problema da contradição entre os valores e metodologia da ciência económica e os que fundam o sistema jurídico. Cfr., por exemplo, JAMES BOYD WHITE, *Economics and Law: Two Cultures in Tension*, in “Tennessee Law Review”, vol. 54, 1986.1987, pp. 161 a 202 (esp. pp. 172 ss.).

⁶¹⁰ Claro que este não seria o único elemento a ser tido em consideração: desde logo, o elemento *temporal* deveria ser considerado, pois se o bar se instalou naquela fracção depois de o vizinho já se encontrar a residir naquele local, perde peso o seu exercício.

das obras acarretaria um prejuízo astronómico: claro está: o morador poderia ser indemnizado". E, continuando na mesma frase com uma útil concretização paralela: *"quanto à dimensão social do dano: haverá que ponderar, quando se mande parar uma unidade fabril, a perda de postos de trabalho ou os prejuízos para a exportação"*.⁶¹¹

Concordamos com a exortação de MENEZES CORDEIRO a que não resvalemos para uma exclusiva quantificação pecuniária dos prejuízos decorrentes dos vários não exercícios colidentes;⁶¹² mas já nos suscita alguma hesitação a forma como o mesmo Autor parece aplicar essa ideia.

Não nos parece (nem à boa jurisprudência, que decidiu um caso idêntico ao exemplo citado⁶¹³) que o direito do morador ao repouso possa ceder do modo que o Autor preconiza, se o morador puder ser realojado *"com uma pequena despesa"*. Chega mesmo a afirmar que o morador *"poderia ser indemnizado"* (desde logo, por essa despesa), parecendo resvalar numa quantificação pecuniária de exercícios de direitos que, excluídos, não podem ser avaliados de modo exclusivamente pecuniário. O direito ao repouso é um direito de personalidade, e certamente a sua violação importará (para além de danos patrimoniais) danos não patrimoniais, os quais não são indemnizáveis, e que deveriam ser tidos em conta nos tais *"termos sociais e humanos"*.

Depois, tratando da dimensão social do dano, o Autor considera que *"a perda de postos de trabalho ou os prejuízos para a exportação"* deveriam ser contabilizados entre os prejuízos que decorreriam para o titular do direito de iniciativa económica, caso a sua unidade fabril fosse mandada parar. Também

⁶¹¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 422.

⁶¹² Julgamos que um entendimento de "danos" que não se alheie de considerações sociais e humanas é abrangido pela compreensão de um conceito como o de "sacrifício", uma vez que não se cinge a bens e interesses da pecúnia, ou a ela redutíveis.

⁶¹³ Cfr. *Ac. RLX de 2/3/1960*, que suspendeu as obras nocturnas do Metropolitano de Lisboa na medida em que ofendessem *"o direito à existência e à vida e o direito ao sono"*: o sacrifício patrimonial do dono da obra pode ser grande, mas o relevante é que o resultado – o exercício concreto – reflecta o seu peso jurídico relativo; e *Ac. STJ de 28/4/1977*, in *BMJ*, n.º 266, pp. 165 ss., em que esteve em causa uma ofensa ao *"direito à saúde e ao repouso"* por parte da sociedade exploradora do mesmo Metropolitano.

aqui hesitamos. É que nenhum destes prejuízos *difusos* se repercute especificamente na esfera jurídica do titular do direito que vê vedado um seu concreto exercício.

A este respeito entendemos, então, que os “*termos sociais e humanos*” têm de se referir a prejuízos *concretos*, que tenham sido causados ao titular activo de um direito por não o poder exercer integralmente. Por este motivo, aqui já concordamos com MENEZES CORDEIRO, quanto a outro exemplo que apresenta, relativo a danos não patrimoniais: “[n]a colisão de direitos de usar um automóvel, prevalece o do titular que pretenda levar o filho ao hospital, sobre o do que queira ir passear: o dano do não-exercício é, no primeiro caso, superior ao do segundo”.⁶¹⁴

VII – O terceiro destes elementos atende aos *lucros do exercício*: se o concreto exercício de um dos direitos confere ao seu titular um lucro superior ao que o titular do outro direito pode obter através do respectivo exercício, então aquele primeiro exercício deve prevalecer. À semelhança do que vimos para a noção de “dano”, também o conceito de “lucro” compreende utilidades extra-pecuniárias. Como bem afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “lucro” “*não é, aqui, apenas faturação; releva, antes, uma dimensão social ampla*”.⁶¹⁵

Este elemento estará necessariamente associado ao anterior; ao ponto, parece-nos, de este se encontrar já pressuposto pelos “danos decorrentes do não exercício”. É que entre os danos resultantes do não exercício de um direito não se devem contar só as utilidades imediatamente subtraídas ao titular do direito cujo exercício foi preterido; mas também considerar aquelas

⁶¹⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Colisão de Direitos*, *op. cit.*, p. 49.

⁶¹⁵ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 422.

utilidades que o mesmo titular activo deixa de poder obter se for excluído o exercício que ele quer concretamente efectuar.⁶¹⁶

Por esta razão, o critério em apreço não nos parece acrescentar nada de significativo ao anterior, constituindo, quando muito, um reforço de uma interpretação do critério anterior que toma em consideração, tanto “danos emergentes do não-exercício”, como os “lucros cessantes”. E que não se diga que o que está aqui em causa são os “lucros do exercício” e não os “lucros não percebidos pelo não exercício”. As expressões levam exactamente ao mesmo resultado, seja pela concessão de prevalência ao exercício que proporcione maior lucro ao seu titular, seja pela preterição do exercício incompatível que maiores danos cause ao titular do outro direito em exercício.

Em suma: *como este elemento se encontra integrado na interpretação do anterior, não se justifica a sua autonomização.*

3.2. – Critérios subsidiários de ponderação

I – E se não for possível chegar a um resultado conclusivo sobre o peso jurídico relativo dos concretos exercícios? Suponhamos que o juiz é confrontado com uma situação excepcional em que, por exemplo, não é feita prova de variados elementos factuais que teriam sido indispensáveis ao confronto entre os concretos exercícios jurídicos. Não podendo demitir-se de tomar uma decisão, o que deve fazer?

⁶¹⁶ Por outras palavras: através deste elemento estamos a apreciar a mesma questão já analisada no critério anterior, embora de uma perspectiva diferente, que é simultaneamente simétrica e mais limitada. *Simétrica*, porque estamos a ver aqui, pela perspectiva da prevalência do exercício que importar mais lucro, aquilo que já vimos pela óptica da prevalência do exercício que, a ser excluído ou limitado, mais danos causará. *Limitada*, porque, por um lado, podemos afirmar que este critério se pode desentranhar do anterior; e, por outro lado, porque o inverso não é verdade, pois o conceito de “danos” abrange o de “lucros cessantes”, assim como outros prejuízos.

Sempre que, numa situação destas, os múltiplos e polimórficos elementos não permitam chegar a qualquer conclusão, o juiz vai ter de tolerar que a justiça do caso concreto ceda perante razões de segurança atinentes a uma relativamente previsível⁶¹⁷ distribuição das utilidades associadas aos direitos exercidos.

Contrariamente aos elementos anteriores, que devem ser considerados em conjunto e enquanto parcelas de um sistema móvel, *estes critérios “de recurso” aplicam-se individualmente, de forma sucessiva, se necessário, até chegarmos à solução.*

A aplicação sucessiva segue uma ordem, que parte dos critérios de resultado teoricamente mais previsível e consentâneo com a realidade jurídica.

II – Podemos clivar estes critérios – três – em dois grupos: primeiro, o critério abstracto; segundo, os aleatórios.

O critério abstracto corresponde à aplicação factualmente depurada da norma de compatibilização de exercícios colidentes de direitos. Apelidamo-lo de abstracto, em vez de legal, para vincar o facto de a norma estar a ser aplicada independentemente das circunstâncias específicas que envolvem o caso concreto.

Os critérios aleatórios resultam da subordinação da aplicação concreta do critério a um evento futuro, certo quanto à sua verificação, incerto quanto ao seu resultado.

Como é fácil de ver, o critério abstracto é mais previsível na sua aplicação, o que explica a sua prioridade: ele corresponde à subsunção da

⁶¹⁷ Previsível no que toca ao conteúdo dos critérios; mas já será imprevisível quanto ao resultado, devido à aleatoriedade resultante da aplicação de alguns destes critérios.

colisão à hipótese de um dos dois números do artigo 335.º, de modo factualmente depurado, como se de uma colisão aparente se tratasse. E também corresponde melhor à realidade das colisões: havendo um exercício imperante este corresponde, à partida, ao exercício de um direito de uma espécie considerada superior, ou – sendo ambos da mesma espécie – àquele que o sistema jurídico (abstraindo do caso concreto⁶¹⁸) tenha por superior, com base em elementos como o bem jurídico e o conteúdo dos direitos exercidos;⁶¹⁹ do mesmo modo, se forem iguais e da mesma espécie, não será infrequente que se conclua pela igualdade dos exercícios, que então deverão ser comprimidos em igual medida.

Por sua vez, os critérios aleatórios são, por definição, imprevisíveis, e, por isso, o resultado a que chegam pode ou não corresponder à realidade habitual das colisões.

III – O critério abstracto determina uma *equivalência ou prevalência em abstracto*.

A prevalência em abstracto do exercício de um direito implica a preterição do exercício do outro: aquele direito colidente que se deva considerar abstractamente inferior, seja em razão da espécie a que pertence, seja, caso ambos pertençam à mesma espécie, em razão de elementos como o bem jurídico que protege. Trata-se, no fundo, de aplicar a estatuição do n.º 2

⁶¹⁸ Que, como é sabido, é fundamental na dialéctica e constante reconstrução (problemático-normativa) do sistema jurídico. Cfr. FERNANDO PINTO BRONZE, “*Quae Sunt Caesaris, Caesari: et quae Sunt Iurisprudentiae, Iurisprudentiae*”, in “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977”, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 77 a 87 (p. 80): “(...) a reflexão judicativo-decisória participa, de modo efectivo, na constituição da... constituenda normatividade jurídica vigente”.

⁶¹⁹ Deverão ser tidas em conta as particularidades do caso concreto, relativamente a estes elementos jurídicos, caso possam ser objecto de ponderação conclusiva? Sem dúvida; no entanto, como referimos em texto, só consideramos a aplicação do abstracto justamente quando não é possível mobilizar elementos do caso concreto (v.g., por falta de prova em juízo dos factos respectivos) aptos a determinar decisivamente o peso relativo dos exercícios colidentes.

do artigo 335.º no éter, independentemente das particularidades do caso concreto, *uma vez que estas, excepcionalmente, já se revelaram inconclusivas quando aplicadas em conjugação com os critérios principais.*

E, *mutatis mutandis*, o mesmo se diga da igualdade abstracta entre os exercícios colidentes: a subsunção será agora operada em relação ao n.º 1, que parte, justamente, de os direitos exercidos serem iguais ou da mesma espécie – isto é, de terem a mesma importância relativa, em termos abstractos. Por isso se impõe que o concreto exercício de cada um destes direitos comporte uma limitação de igual medida para que ambos possam proporcionar algumas das utilidades que o seu exercício integral proporcionaria.

Consequentemente, *já não se confrontam concretos exercícios de diferentes direitos, mas os próprios direitos entre si, a montante do caso concreto*, já que este critério torna vazia de factos concretos a tarefa de compatibilização. Por exemplo, no confronto entre um direito, como o de repouso, e um direito de propriedade, o primeiro prevalece em abstracto por ser um direito de personalidade.

Difícilmente vislumbramos uma situação em que não seja possível recorrer a este critério abstracto: basta identificar quais os direitos exercidos para saber a que hipótese do artigo 335.º devemos subsumir a colisão.

Uma vez feita esta ponderação e identificada qual das hipóteses do artigo 335.º é preenchida, resta aplicar a respectiva estatuição para compatibilizar os exercícios colidentes, o que deverá ser feito nos termos do ponto seguinte deste nosso estudo. Como este trabalho posterior de compatibilização ainda carece de elementos do caso concreto, pode suceder que, a mesma falta de elementos – ou impossibilidade de deles extrair conclusões – que levou à necessidade de recurso aos critérios abstractos, impeça também a tarefa de conciliação dos exercícios. *Neste caso teremos de recorrer aos critérios aleatórios: composição aleatória equilibrada e composição aleatória pura.*

IV – Repetindo algumas das linhas anteriores, está em causa a segurança jurídica, aqui levada ao extremo – necessário – do recurso à aleatoriedade. A alternativa a esta aleatoriedade seria a exclusão de ambos os exercícios colidentes. Apesar de possivelmente mais equitativa, por tratar de forma igual ambos os titulares activos, parece ser preferível que pelo menos um deles possa ter acesso às utilidades que o concreto exercício do seu direito proporcione – ainda que o “*quem*” seja deixado à sorte – do que nenhum deles poder obter aquelas utilidades. O Direito prefere que pelo menos alguém possa fruir dos poderes que o seu direito subjectivo lhe concede, do que ninguém o faça;⁶²⁰ ; *sobretudo quando o critério abstracto determinou a prevalência de um dos exercícios, embora não se pudesse determinar os termos dessa prevalência*. E, de certo modo, a equidade não deixa de ser servida pelas soluções aleatórias, desde que seja idêntica a probabilidade de cada um dos titulares activos ser favorecido pela sorte.⁶²¹

Como bem afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*chegados a este ponto, o Direito reconhece que já não tem critérios científicos para oferecer*”.

⁶²⁰ O mesmo se diga do ponto de vista da análise económica: é preferível que uma das pessoas tenha acesso às utilidades que o exercício do seu direito lhe proporciona, do que ninguém o faça. Tal opção evita o desperdício de recursos e é mais eficiente, tanto do ponto de vista do critério Kaldor-Hicks, como do critério de Pareto.

⁶²¹ Ou que, não sendo idêntica aquela probabilidade, tenha, pelo menos, resultado da vontade de ambos os titulares.

E se a contitularidade do mesmo direito for proporcionalmente diferente, quanto ao seu *quantum*; não deverá esse facto reflectir-se também na álea? A resposta não poderia deixar de ser afirmativa, sob pena de tratarmos como iguais situações extremamente diferentes (em termos da medida da proporção da quota de cada um dos contitulares). No entanto, parece-nos que estas situações não chegariam a levantar este problema por serem resolvidas, quanto à ponderação, no momento anterior da aplicação do critério abstracto, uma vez que o seu peso relativo seria diferente. Já quanto à compatibilização, a manterem-se as mesmas dificuldades de aplicação de elementos factuais concretos, o critério aleatório, aí sim, poderia fornecer a solução aplicável, devendo a posição de cada um dos titulares face ao funcionamento do elemento aleatório do critério aplicável depender da amplitude da sua quota.

O problema poderia ser encarado com regras de cortesia ou de trato social: essenciais, mas não jurídicas”.⁶²²

A *composição aleatória equilibrada* é o critério de compatibilização em que os titulares dos direitos cujos exercícios colidem estabelecem um critério aleatório que lhes permita esquivarem-se à própria colisão: cada um dos titulares levaria a cabo o respectivo exercício do seu direito subjectivo em momentos diferentes, por exemplo. A aleatoriedade resulta do facto de a aplicação concreta do critério depender do um evento futuro e incerto.

Pense-se nos casos de compropriedade em que ambos os comproprietários querem usar a coisa (e em que não haja o acordo a que o n.º 1 do artigo 1406.º se refere), na mesma altura, para dela retirarem utilidades, idênticas do ponto de vista qualitativo. Por exemplo, “*uma pessoa tem o direito de levar um automóvel para uma discoteca e a outra, para um local diferente de diversão*”.⁶²³ Neste caso podem combinar “*que uma vai num fim de semana e outra no outro*”.⁶²⁴

Se a determinação de quem pode usar a coisa em que fim-de-semana for aleatória – por exemplo, os titulares tiram-na à sorte –, então temos uma verdadeira composição aleatória equilibrada. Há assim uma *compatibilização de exercícios que elimina a colisão*, pois este critério aleatório determina que exercício deve prevalecer num dado momento.^{625 626}

⁶²² *Da Colisão de Direitos, op. cit.*, p. 43.

⁶²³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 424. Cfr., ainda, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, p. 548.

⁶²⁴ A primeira parte do n.º 1 do artigo 1406.º não se aplica aqui por o acordo a que se refere ser um acordo prévio, que, ademais, pode nem abranger a concreta situação de conflito.

⁶²⁵ Corresponde, portanto, a uma forma de concretização do “*Ausweichprinzip*” (pelo qual os exercícios colidentes são substituídos por outros, que não colidam, e que, assim, permitam aos titulares activos furtarem-se à colisão) que veremos *infra*, a propósito da forma de compatibilização dos exercícios, de acordo com as estatuições do artigo 335.º; embora aqui, claro, sem as preocupações que lá não poderemos contornar, uma vez que aqui não se estabelece qual dos exercícios deve prevalecer.

⁶²⁶ Isto, claro, sempre que os titulares dos direitos colidentes não consigam chegar a acordo quanto a um modo de compatibilização dos concretos exercícios dos seus direitos. É que se o

Deve esta composição ter lugar mesmo quando o critério abstracto tenha determinado qual dos exercícios deverá prevalecer (embora sem determinar em que termos)? Parece que não, porque o funcionamento da álea poderia conduzir à prevalência, na prática, do exercício preterido pelo critério abstracto, o que corresponderia a torpedear o critério superior. Por este motivo, a composição aleatória equilibrada só deve ser aplicada aos casos em que o critério abstracto determinou a igualdade dos exercícios.

V – Há casos em que mesmo a composição aleatória equilibrada não é viável: imagine-se que o automóvel referido só poderia ser usado numa viagem.

Por um lado, *se o critério abstracto tiver determinado a prevalência de um dos exercícios colidentes, deve ser então este a ter lugar*; qualquer outra solução é impossível, sem fazer perigar por completo aquela prevalência.

Já *se, por outro lado, o critério abstracto tiver determinado a equivalência dos exercícios, então só a composição aleatória pura* nos pode valer. Nesta, a equivalência, que deveria ser respeitada, não o pode ser. A álea não pode manter qualquer equilíbrio potencial entre os concretos exercícios colidentes: só um exercício sobrevive.⁶²⁷

Trata-se, portanto, da última linha de defesa do Direito em matéria de colisão efectiva de exercícios de direitos subjectivos, o que decorre do vácuo

critério que soluciona a colisão resultar de convenção entre eles (no sentido, por exemplo, de cada um usar o automóvel em fins-de-semana alternados), então não nos parece que sequer se trate de composição aleatória, tratando-se, antes, da autonomia privada em movimento, decidindo a questão, *a posteriori*, através de uma composição voluntária do conflito. Afastamo-nos aqui de MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 424) quando apresenta justamente esta combinação entre os titulares como sendo ainda uma forma de composição aleatória pura.

⁶²⁷ Ou, na solução proposta por MACKELDEY (*Manuel de Droit Romain*, 3.^a ed., *op. cit.*, p. 105), nenhum exercício poderia ter lugar, a não ser que as circunstâncias o exigissem, caso em que se recorreria à álea.

de cientificidade em que funciona o critério em apreço e da dimensão excludente do resultado a que conduz.

Em suma, *se a ponderação factualmente depurada do critério abstracto tiver determinado a prevalência de um dos exercícios colidentes, e não for possível proceder à compatibilização dos exercícios nos termos gerais* (que atendem aos elementos factuais e axiológico-normativos do caso concreto), então, por motivos diferentes, nem a composição aleatória equilibrada, nem a composição aleatória pura são possíveis. *A única solução é a integralidade do exercício prevalente, que exclua completamente o exercício derogado, na medida da colisão.* Qualquer composição aleatória, como o próprio nome indica, poderia anular aquela prevalência, estabelecida pelo critério superior, o abstracto.

Se da tarefa de ponderação, realizada pela mediação deste critério abstracto, resultar a equivalência dos exercícios – e estes não puderem ser compatibilizados nos termos que vamos analisar de seguida –, as composições aleatórias vêm a sua utilidade reconhecida. Aplicar-se-á a composição aleatória equilibrada ou a pura, consoante sejam viáveis vários exercícios concretos colidentes, ou apenas um.⁶²⁸

⁶²⁸ Teoricamente, a composição aleatória pura também pode ser aplicada nas mesmas situações em que é aplicável a composição equilibrada (o automóvel pode servir para mais do que uma viagem), embora com resultados indesejáveis (a álea vai *determinar a única pessoa que vai dispor do automóvel em todas aquelas viagens*). A composição equilibrada é preferível por circunscrever o sacrifício que cada um dos titulares tem de suportar (por exemplo, o titular activo que a sorte não bafejou fica sem poder dispor do carro no primeiro fim-de-semana, mas pode usá-lo no seguinte; ou se for decidido tirar à sorte, em cada um dos fins-de-semana, quem pode utilizar o automóvel, o titular activo sem sorte no primeiro fim-de-semana pode tê-la no seguinte). Pelo contrário, o segundo critério aleatório – o da aleatoriedade pura – exclui completamente um dos exercícios em favor do outro, dependendo do sentido da álea. É um “tudo ou nada”, e, enquanto tal, só deve ser aplicado às situações a que a composição aleatória equilibrada não se pode aplicar.

3.3. – Compatibilização dos exercícios colidentes de direitos

I – Identificados os exercícios concretamente colidentes, bem como os direitos exercidos; colhidos os elementos factuais e axiológico-normativos respeitantes àqueles exercícios; e determinado o peso jurídico relativo dos exercícios conflituantes, aplicamos a estatuição de um dos preceitos do artigo 335.º, dependendo da igualdade ou desigualdade daquele peso.

Se este peso for igual, o n.º 1 determina que os titulares devem “*ceder na medida do necessário para que todos [os direitos] produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”⁶²⁹. Este preceito, herdeiro do artigo 15.º do Código Civil anterior,⁶³⁰ impõe: primeiro, que ambos os titulares dos direitos exercidos suportem um sacrifício, traduzido na compressão daquele exercício, através da sua alteração⁶³¹ ou substituição⁶³² por outro; e, segundo, que aqueles sacrifícios sejam qualitativa e quantitativamente adequados a permitir que ambos os exercícios tenham lugar.

Isto não implica que os sacrifícios suportados sejam, ou devam inevitavelmente ser, idênticos, qualitativa ou quantitativamente;⁶³³ *o que tem*

⁶²⁹ Melhor teria sido o emprego da expressão “titulares”, ou, para não a repetir, “pessoas” ou “sujeitos”. O conceito de “parte” remete-nos para o ideário contratual, quadro a que as colisões de direitos não estão constringidas.

⁶³⁰ E da doutrina também. Cfr. CORRÊA TELLES (*Digesto Portuguez*, 9.ª ed., *op. cit.*, pp. 8 e 9): “*Sendo possível usarem ambos do seu direito, cedendo cada um uma parte d’elle, cada qual deve ceder o bastante, para usarem ao mesmo tempo*”.

⁶³¹ Aplicando-se um “*Ausgleichsprinzip*” (cfr. HUBMANN, *Persönlichkeitsrecht*, *op. cit.*, p. 169), que determina a compressão dos exercícios de acordo com um princípio de equiparação ou compensação).

⁶³² Seguindo aqui um “*Ausweichprinzip*” (cfr. HUBMANN, *Persönlichkeitsrecht*, *op. cit.*, p. 169) – princípio de alternativa –, pelo qual um ou ambos os exercícios seriam substituídos por outros não colidentes, ou menos colidentes (permitindo assim aos titulares dos direitos exercidos “esquivarem-se” à colisão, como o vocábulo germânico indica).

⁶³³ Por exemplo, o tribunal pode impor a um bar que baixe o volume máximo da música que toca; ou que feche a esplanada mais cedo; ou que o próprio estabelecimento feche mais cedo; ou que proceda ao isolamento sonoro da sua fracção. Todas estas são formas de compressão que impõem um sacrifício simultaneamente pessoal e patrimonial: *pessoal*, porque aquilo que se comprime indirectamente (ao comprimir-se um seu exercício) – um direito de personalidade (ao trabalho, à iniciativa económica) – não é, em si, susceptível de avaliação

de ser idêntico é a medida em que cada um aproveita as utilidades proporcionadas pelo bem a que o direito exercido dá acesso. No entanto, deve, em princípio, optar-se pela compressão que menos sacrifícios imponha.^{634 635}

pecuniária; *patrimonial*, porque, *caso o proprietário do bar queira insistir naquele exercício do direito subjectivo*, tem de realizar despesas, as quais, essas sim, correspondem a prejuízos que são susceptíveis de avaliação pecuniária. Por sua vez, a instância judicial pode impor ao morador que suporte algum ruído (até determinado volume de som, ou até determinada hora, etc.). Este sacrifício será puramente pessoal – o direito exercido (ao descanso, à saúde) não é avaliável pecuniariamente (embora também possa, eventual e indirectamente, ser patrimonial: quebra de produtividade por cansaço; necessidade de ele próprio isolar a sua fracção para ouvir menos barulho, etc.).

Portanto, *seria irrealista exigir a equivalência qualitativa, pois deixaria de ser possível fazer a compatibilização de uma série de colisões* (como fazer equivaler – converter – sacrifícios de naturezas que não equivalem?).

Em sentido contrário, defendendo a equivalência do próprio sacrifício, embora sem desenvolver, CAPELO DE SOUSA, *O Direito de Personalidade, op. cit.*, p. 548.

Acrescentaríamos, ainda, que *a igualdade quantitativa de sacrifícios será uma quimera, na maior parte dos casos*: primeiro, porque, tratando-se de sacrifícios pessoais, frequentemente respeitantes a bens jurídicos diversos, seria improvável – para não dizer irrealista – almejar ao sucesso nesta tarefa, dada a dificuldade de tal cálculo comparativo; e, segundo, porque mesmo que tal avaliação fosse possível, *pode não ser possível – e julgamos que frequentemente não será – conjugar a equivalência no sacrifício (compressão na mesma medida) com a equivalência no resultado (exercícios na mesma medida)*; ou pode o único modo de compressão possível, para produzir um resultado équo, implicar que um dos titulares tenha de suportar sacrifícios patrimoniais de tal forma volumosos que, ou optamos por lhe exigir que suporte o sacrifício (caso em que esse titular poderá simplesmente abdicar de exercer o direito daquela forma), ou optamos que seja o outro titular a não poder exercer o seu direito na mesma medida, para evitar ou a enormidade do sacrifício ou o não exercício ao primeiro titular. *Levantar-se-ia aqui o problema de saber se é mais importante a igualdade no resultado ou no sacrifício: parece-nos que é a primeira, por respeitar às utilidades que o titular do direito exercido pode efectivamente aproveitar.* A não ser, claro, que se obvie a este problema, impondo um sacrifício a um dos titulares e se obrigue o outro a compensá-lo. Tal solução só será mobilizável sem problemas nos casos em que os sacrifícios sejam patrimoniais; se forem também (ou exclusivamente) pessoais pode haver compensação, mas, como se sabe, embora esta reponha algum equilíbrio, nunca o possa eliminar, devido à natureza não patrimonial dos sacrifícios que pertencem a esta modalidade.

⁶³⁴ Esta imposição mútua de sacrifícios deve, portanto, ater-se simultaneamente a dois elementos: primeiro, à *imposição mútua* que menor desigualdade cause (caso não seja possível impor os sacrifícios em condições de igualdade); segundo, à *imposição mútua* que imponha o menor *quantum* global de sacrifícios. Entendemos que *a primeira preocupação deve predominar sobre a segunda, mas não sempre*: por exemplo, se uma das imposições de sacrifícios possíveis impuser uma desigualdade relativa pequena, mas um *quantum* global

II – Se o peso jurídico relativo dos concretos exercícios for desigual, o n.º 2 do artigo 335.º prescreve a “[prevalência do] que deva considerar-se superior”, o que significa que o julgador não terá de curar da preservação do exercício derogado.

Há, no entanto, duas glosas a aditar: por um lado, *não deve ser imposta uma pura e simples proscricção do exercício tido por inferior* – a compressão deve ter um alcance estritamente necessário, o que significa, sendo possível, comprimir o direito inferior unicamente na medida em que impeça a integralidade do exercício prevalente;^{636 637} e, por outro lado, *se aquela compressão do exercício derogado puder assumir mais do que uma conformação, este exercício deve ser sujeito à que imponha, primeiro, uma menor compressão sua, e, segundo, menos sacrifícios ao titular. A*

enorme, deve ser postergada a favor de uma imposição de que resulte uma desigualdade relativa *marginalmente* superior à da primeira e um *quantum* global modesto.

⁶³⁵ Cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 136 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 314 a 318; e HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995, pp. 142 ss..

⁶³⁶ Neste sentido já CUNHA DE SÁ (*Abuso do Direito*, op. cit., p. 529) afirmou que o exercício inferior (o Autor fala antes em “direito inferior” e em “direito superior”) não deve ter lugar “senão na medida em que tal exercício parcial já não colida com a produção do efeito próprio do direito superior”. Também num caso alemão relativo à falsificação de quadros, julgado no BGH em 8/6/1989 (in BGHZ, 107, 385 e 393), se havia sido decidido por uma mera remoção das assinaturas falsas, em vez da pedida marcação permanente dos quadros como falsos.

⁶³⁷ Caso a integralidade do direito prevalecente fosse posta em causa, continuaria a haver uma colisão, ainda que de âmbito mais restrito. No entanto, pode suceder que não seja possível manter a integralidade – por muito pouco – sem impedir na totalidade o exercício inferior; se houver uma alternativa que permita manter alguma utilidade do exercício inferior ao mesmo tempo que bule de forma ínfima com aquela integralidade, parece-nos que esta deve ser a opção a seguir. Como afirma CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 549), a tutela do exercício considerado superior deve ser “razoável”. Pelo mesmo motivo, dever-se-ão ter em conta os *supra* mencionados “*Ausweichprinzip*” e “*Ausgleichprinzip*”, embora com um alcance manifestamente mais limitado nestes casos do n.º 2 do artigo 335.º.

manutenção da integralidade do exercício superior deve, portanto, ser a medida máxima da compressão do exercício inferior.

Isto, se for decidido que a prevalência do exercício superior é total; se for parcial, mantém-se o raciocínio do parágrafo anterior, mas agora em vez de ter em vista a integralidade do direito superior, tem-se apenas como medida a sua manutenção no *quantum* determinado.⁶³⁸

4 – Medida do sacrifício pessoal exigível: a colisão entre direitos de crédito e direitos de personalidade

I – No início deste capítulo fizemos menção a uma *primeira espécie de colisões*: aquelas em que há uma compressão implícita de certo exercício de um direito de personalidade, que, se feita explicitamente, adrede, por acordo, teria de ser nula por violar a ordem pública (n.º 1 do artigo 81.º); e que, portanto – *por maioria de razão* –, também não poderá ser feita implicitamente, na medida em que o comportamento a que o devedor se vinculou venha a bulir com o exercício desses direitos. *Caso contrário, admitiríamos que se fizesse na penumbra o que proibimos que se faça às claras.*^{639 640}

⁶³⁸ Quanto à discutida possibilidade de o titular do direito, cujo exercício foi considerado inferior, pedir uma indemnização pelos danos sofridos com a compressão daquele exercício e, conseqüentemente, do respectivo direito, cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos da Responsabilidade Civil*, in BMJ, n.º 92, 1960, pp. 37 a 136 (p. 105); SIDÓNIO PEREIRA RITO, *Elementos da Responsabilidade Delitual*, Sep. do “Jornal do Fôro”, ano 10, Tipografia Freitas Brito, Lisboa, 1946, n.º 22; e CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, pp. 550 a 552.

⁶³⁹ O que, de resto, constituiria *fraude à lei*. Apesar de o estrato normativo do nosso sistema jurídico não fazer referência expressa a esta forma de ilicitude, ela é bem conhecida pela doutrina e pela jurisprudência, que a aceitaram e vêm refinando ao longo de largos séculos. É certo que o Direito Romano não conhecia um conceito de fraude (*fraus*), depurado autonomamente; ainda assim, deixou-nos uma série de suas aplicações concretas (cfr.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II. Parte Geral. Negócio Jurídico*, 4.^a ed. (reformulada e actualizada), Almedina, Coimbra, 2014, p. 574), geralmente correspondentes a uma quebra de lealdade e uma causação propositada de danos, em especial através de burla (cfr. HUGO KRÜGER / MAX KASER, *Fraus*, in SZRom, 63, 1943, pp. 117 ss.). E também PAULO (D. 1, 3, 29; e, no mesmo sentido, ULPIANO, D. 1, 3, 30) se lhe referia, ao distinguir a fraude à lei dos actos contrários à lei: “*contra legem facit quid id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*” (“*age contra a lei aquele que faz o que a lei proíbe; e, na verdade, também aquele que, embora observando a sua letra, se furta ao seu comando*). A partir daqui o conceito de fraude foi-se desenvolvendo e disseminando, à medida que era equiparado ao acto contrário à lei: em geral, nulo (cfr. LUIGI CARRARO, *Frode alla Legge*, in NssDI, VII, 1961, p. 647). Entre a doutrina alemã foi considerada, e rejeitada, a consagração concreta de um preceito relativo à fraude à lei, com base no facto de tudo depender da interpretação da declaração de vontade e da norma aplicável (cfr. WERNER FLUME, *Rechtsgeschäft*, 4.^a ed., p. 350), posição que se manteve constante até hoje (cfr. WOLF / NEUNER, *Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., cit., pp. 532 e 533). Uma vez ultrapassada a fase em que o processo interpretativo se restringia ao elemento gramatical, a tarefa fundamental passa a ser a de saber se uma proibição legal veda apenas uma certa actuação em concreto, ou um resultado. Neste último caso, tão proibido será o negócio que chegue directamente a este resultado, como o que o faça de modo enviesado (cfr. LUDWIG ENNECCERUS / HANS CARL NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15.^a ed., § 190, III, pp. 1160 e 1161). Diferentemente, em Itália a fraude alcançou um maior destaque normativo (pela sua consagração no artigo 1334.º do *Codice Civile*, cujo artigo 1418.º (n.º 2), estabelece como sanção a nulidade do negócio) e doutrinária. Entre esta doutrina, uma orientação dava prevalência à objectividade da fraude: atende-se ao facto de o acto perseguir o fim proibido, independentemente da intenção de quem o pratica. Já a teoria subjectiva invertia os pesos desta balança, debruçando-se sobre a intenção do sujeito na prática do acto. Ambas levantavam os seus problemas: a teoria objectiva torna difícil distinguir a fraude da actuação simplesmente contrária à lei, ao passo que a teoria subjectiva levaria a considerar fraude a actuação que, não alcançando o resultado proibido, teria sido levada a cabo com essa intenção (sobre esta problemática, cfr. GIOVANNI GIACOBBE, *Frode alle Legge*, in ED XVIII, 1969, pp. 80 ss.; NICOLA COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano. Parte Generale*, 3.^a ed., pp. 416 ss.; FRANCESCO FERRARA, *Della Simulazione nei Negozi Giuridici*, 3.^a ed., 1909, pp. 66 ss.; GIUSEPPE CRICENTI, *I Contratti in Frode alla Legge*, 1996, pp. 24 ss.; e MARIA BRUNA CHITO, in Pietro Rescigno (ed.), *Codice Civile*, vol. 1, 7.^a ed., 2008, pp. 2456 a 2460). Uma tentativa de síntese das duas teorias pode ser encontrada na obra de MASSIMO BIANCA (*Diritto Civile*, III – Il Contratto, p. 588), enquanto forma de ilicitude em que o agente recorre a uma combinação de actos lícitos para prosseguir um fim ilícito.

Entre nós a fraude foi assumida enquanto forma de ilicitude não-autónoma (na esteira da construção germânica, chegando JOSÉ BELEZA DOS SANTOS (*A Simulação*, 1, p. 107) a afirmar expressamente: “*Tudo depende portanto da interpretação e nada fica como âmbito autónomo para a doutrina da fraude à lei (...)*”), consistindo nos negócios que “*procuram contornar ou circumvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos quais a lei designadamente previu e proibiu*” (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2, pp. 337 ss., posição perfilhada, entre outro, por ADRIANO VAZ SERRA, *Anot. ao Acórdão do STJ de 6/1/1976 (OLIVEIRA CARVALHO)*, in RLJ, 110, 1977, p. 28), e que envolve, por si, a nulidade do negócio (cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Contrato em Fraude à*

O sacrifício pessoal é inexigível sempre que o exercício de um direito de crédito implique para o seu devedor, em virtude da realização da prestação

Lei e Resolução por Alteração das Circunstâncias, in ID., “Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)”, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 163 a 186 (pp. 170 a 175); e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 776 e 777, embora as consequências da fraude se trate de matéria discutível). No fundo, tudo se passa como se o negócio concluído em fraude à lei o tivesse sido em violação frontal da mesma (“*em suma e na realidade, o negócio em fraude à lei é sempre um negócio contrário a ela*”, nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça, Ac. do STJ de 9/5/1985 (GÓIS PINHEIRO), in BMJ, 347, 1985, p. 497; cfr., no mesmo sentido, Ac. da RLx de 2/12/1997 (DINIS NUNES), in BMJ, 472, 1998, p. 552; Ac. da RPt de 29/4/1999 (CUSTÓDIO MONTES), in CJ, XXIV, 1999, 2, p. 216; Ac. da Rpt de 24/5/2001 (ALVES VELHO), in CJ, XXVI, 2001, 3, p. 204; Ac. do STJ de 13/4/2010 (URBANO DIAS); e Ac. do STJ de 7/6/2011 (NUNO CAMEIRA)).

⁶⁴⁰ E se as próprias partes compuserem os seus interesses através de um acordo? Por exemplo, uma fábrica paga ao proprietário de uma quinta vizinha para poder emitir fumo na direcção da sua propriedade (exemplo habitual na obra de RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, in “The Journal of Law and Economics”, vol. 3, 1960, pp. 1 a 44; e ID., *Notes on the Problem of Social Cost*, in ID., “The Firm, the Market, and the Law”, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, pp. 157 a 185, sobre externalidades negativas); ou um bar paga ao morador da fracção imediatamente acima para que este tolere o ruído elevado que emite.

Antes deste acordo entre ambos os titulares de direitos subjectivos, teríamos uma colisão, que poderia ser aparente ou efectiva. Havendo acordo, se a colisão fosse aparente, continuaria a sê-lo: o exercício que era anteriormente preterido *a priori* pela lei, passaria agora a prevalecer, também *a priori*, mas por acordo; se a colisão fosse efectiva, deixaria de o ser, passando a aparente. Isto é, os titulares dos direitos exercidos afastariam a aplicação das regras do artigo 335.º.

Colocando-se em causa exercícios que não foram excluídos por convenção (o bar passa música mais alto do que o convencionalmente permitido; a fábrica emite mais fumo do que o combinado – ou gases diferentes), ou continua a haver colisão aparente (se ela já o era, embora agora a solução concreta possa ser diferente), mas agora por os exercícios não abrangidos pelo acordo serem preteridos (se prevalecessem nunca teria a fábrica tido necessidade de concluir o acordo), *a priori*, por força da norma que já os proibia; ou passa a haver colisão efectiva.

O acordo exclui sempre a possibilidade de os exercícios preteridos poderem não o ser *in concreto*? Ou haverá casos em que, não obstante o titular de um direito prescindir convencionalmente de alguns dos seus exercícios, a favor de outrem, poderá ainda aquele titular fazê-los prevalecer em situações excepcionais, nos termos em que a norma afastada pelo acordo o fazia, *a priori*?

Caso o acordo não comprima o exercício preterido em termos que vão para lá das balizas que descrevemos em texto, seríamos tentados a responder afirmativamente quando o *direito de crédito que decorre daquele acordo* seja exercido de forma abusiva; só que, em tais circunstâncias, continuará a não haver colisão efectiva, por aquele exercício abusivo, por que o titular concretamente optou, se encontrar já excluído, *a priori*, pelo artigo 334.º. Portanto, continuaria a não ser necessário passar pelo artigo 335.º.

a que está adstrito, uma compressão de um direito de personalidade (traduzida numa exclusão ou limitação de certos exercícios, efectivos ou potenciais, desse direito) que, se feita explicitamente, por acordo, seria nula por contrária à ordem pública, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º.

Começemos, portanto, por ver até que ponto pode ir a limitação explícita de um direito de personalidade.

Desde logo, uma limitação explícita de um direito de personalidade não pode afastar *proibições legais*.⁶⁴¹ Por exemplo, se a lei laboral impõe, em certos termos, que o trabalhador goze dos seus dias de férias, não pode este estipular com o seu empregador uma renúncia a todas e quaisquer férias, mesmo que a troco de uma remuneração mais elevada ou de outras compensações, ainda que a presença daquele empregado fosse absolutamente fundamental para completar atempadamente um projecto de grande importância para o empregador.

II – Distintos destas proibições legais são os casos em que a limitação convencional de um direito de personalidade contraria a *ordem pública*, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º. Esta ordem pública, dita interna,⁶⁴² é o

⁶⁴¹ Seja explicitamente, seja insidiosamente, através de fraude, nos termos já apreciados. Aliás, fatia muito significativa das decisões judiciais sobre fraude à lei reportam-se a matéria laboral (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 581): por exemplo, Ac. da RCb de 7/10/1993 (SOUSA LAMAS), in CJ, XVIII, 1993, 4, p. 100; e Ac. da RLx de 13/4/1994 (DINIS ROLDÃO), in CJ, XIX, 1993, 2, p. 168.

⁶⁴² Para distinguir da ordem pública internacional, a qual respeita a princípios – integrantes da ordem pública – de tal forma consistentes que não permitem a aplicação interna de normas estrangeiras que os ofendam. Sobre o tema, cfr., por exemplo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tribunal Competente (Acção de Simples apreciação Negativa Respeitante à Sentença Estrangeira Violadora da Ordem Pública Internacional Portuguesa)*, in CJ, X, 1985, 4, pp. 23 ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO / RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado. Parecer*, in CJ, X, 1985, 5, pp. 11 a 23; e ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de*

“conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico,⁶⁴³ que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que tem uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”;⁶⁴⁴ ou, ainda por outras palavras, “a tradução duma certa forma de sociedade, a reunião daquilo que é considerado fundamental, num dado momento e lugar, para que se torne obrigatório, mesmo que se vá contra a vontade dos sujeitos jurídicos”.⁶⁴⁵

Consideramos que estas definições têm vantagem sobre outras, como a de BAPTISTA MACHADO (“normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social”)⁶⁴⁶ ou a de FERRER CORREIA: “o conjunto de todas as normas que, num sistema jurídico dado, revestem natureza imperativa (normas inderrogáveis, *ius cogens*)”.⁶⁴⁷

Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral, I, 1990, pp. 171 ss.. Para um desenvolvimento desta distinção entre a ordem pública “interna” e a internacional, cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Da Ordem Pública no Processo Arbitral*, in “Estudos em Homenagem a Lebre de Freitas”, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 595 a 617.

⁶⁴³ Verdadeiramente, os princípios integram o próprio sistema jurídico.

⁶⁴⁴ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 557 e 558.

⁶⁴⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, (2.^a reimp., 2011), Almedina, Coimbra, 1985, pp. 49 e 50, nota 80.

⁶⁴⁶ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed. (reimp.), Almedina, Coimbra, 2002, p. 254.

⁶⁴⁷ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 405. Afastando-se também da amplitude da definição deste insigne Autor, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. 2, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 320; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Ordem Pública no Domínio dos Contratos*, in “Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves”, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 257; ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Violação de Ordem Pública como Fundamento de Anulação de Sentenças Arbitrais. Anotação ao Acórdão do STJ de 10/07/2008*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 29, Janeiro/Março 2010, p. 53; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.^a ed., Almedina Coimbra, 2012, p. 254; e LUÍS BARRETO XAVIER, *Sobre Ordem Pública Internacional e Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras*, Dissertação de mestrado em direito (ciências jurídicas) na Universidade Católica, inédito, Lisboa, 1991, pp. 72 a 75.

Não nos parece que as normas, consideradas autonomamente – em si mesmas –, devam fazer parte da ordem pública, seja individualmente (como admite BAPTISTA MACHADO, conjuntamente com os princípios jurídicos), seja consideradas no seu conjunto (como faz FERRER CORREIA).⁶⁴⁸

Por um lado, porque uma cláusula que seja contrária a uma norma imperativa – seja ela absolutamente imperativa e sustentadora do comércio jurídico, ou não –, já estaria, por este motivo, ferida de nulidade, dispensando o recurso à ordem pública, conceito indeterminado.

Por outro lado, se é verdade que as normas consideradas no seu todo podem permitir que delas se extraíam princípios, que, uma vez violados por uma cláusula, torná-la-iam nula, por contrária à ordem pública, então, também não pode deixar de ser verdade que serão os princípios – extraídos daquela consideração global do estrato normativo – a constituir a ordem pública, e não o conjunto de normas de que eles são colhidos.

Por último, acresce, ainda, que *uma cláusula pode contrariar a lei sem ser contrária à ordem pública*.⁶⁴⁹

De resto, e apesar de não ser inusitada a invocação jurisprudencial da ordem pública em casos de negócios contrários a regras imperativas,⁶⁵⁰ mesmo em situações de fraude à lei⁶⁵¹ – o que reforça argumentativamente o

⁶⁴⁸ Embora tal posição não destoasse do artigo 6.º do *Code Civil* (“[on] ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public (...)”), que permitiu delimitar um conjunto de regras imperativas, resguardadas da *longa manus* da autonomia privada (cfr. FRANÇOIS TERRÉ / PHILIPPE SIMLER / YVES LEQUETTE, *Droit Civil. Les Obligations*, 10.ª ed., p. 389; ALAIN BÉNABENT, *Droit Civil. Les Obligations*, 13.ª ed., 2012, p. 124; PHILIPPE MALINAUD / DOMINIQUE FENOUILLET, *Droit des Obligations*, 12.ª ed., 2012, pp. 205 ss.; e PHILIPPE MALAURIE / LAURENT AYNÉS / PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, 5.ª ed., 2011, p. 320 – estes últimos já distinguem normas imperativas e ordem pública, a qual daria corpo ao interesse geral ou ao interesse do Estado). Este estágio inicial do conceito de ordem pública foi desenvolvido e enriquecido, de modo a alcançar outros estratos do sistema jurídico, como vimos em texto.

⁶⁴⁹ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *A Ordem Pública*, *op. cit.*, p. 259; e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 56 ss.

⁶⁵⁰ Ac. da RCB de 12/4/1984 (MENDES CARVALHÃO), in CJ, IX, 1984, 2, p. 96.

⁶⁵¹ Ac. do STJ de 4/10/2001 (ABEL FREIRE), in CJ, IX, 2001, 3, p. 61.

resultado científico, apesar da sua desnecessidade –, a verdade é que a melhor jurisprudência pretere o recurso à ordem pública sempre que há proibições específicas.⁶⁵²

Em suma, a ordem pública é constituída pelos princípios cogentes da ordem jurídica – um conjunto de princípios emergentes da lei, da jurisprudência e dos valores constitucionais –, e, “[m]uitas vezes, eles prendem-se com bens de personalidade: justamente uma área onde, mercê dos valores em presença, a autonomia privada surge limitada. Nesse sentido, é paradigmática a proibição do artigo 81.º/1, do Código Civil”.⁶⁵³

Por estes motivos, continua MENEZES CORDEIRO, “[s]ão, assim, contrários à ordem pública, contratos que exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica. Também são contrários à ordem pública negócios que atinjam valores constitucionais importantes – por exemplo: uma obrigação de não trabalhar – ou dados estruturantes do sistema”.⁶⁵⁴

III – *Havendo uma colisão entre o exercício de um direito de personalidade e o exercício de um direito de crédito, ela será sempre uma colisão aparente se a limitação daquele exercício (personalístico), imposta por este (creditório), for contrária à ordem pública.*

Suponhamos que duas pessoas celebram um contrato de prestação de serviço, do qual consta uma cláusula nos termos da qual o devedor terá de cumprir, mesmo estando doente, desde que, em primeiro lugar, a doença não seja grave (incluindo-se uma lista de doenças sem gravidade que não eximem o devedor do cumprimento), e, em segundo lugar, a prestação do serviço seja

⁶⁵² Ac. da RLx de 28/5/1996 (MÁRIO CRUZ), in CJ, XXI, 1996, 3, p. 210.

⁶⁵³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.ª ed., op. cit., pp. 598 e 604.

⁶⁵⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.ª ed., op. cit., p. 604.

requerida por uma situação de extrema urgência (inclui-se uma lista muito limitada e taxativa) em que esteja em causa um projecto (inclui-se uma breve lista taxativa de situações) que se encontra na sua fase mais delicada e em que qualquer demora possa ter graves consequências.

Parece-nos que uma cláusula destas não será contrária à ordem pública. O motivo por que assim é prende-se com o facto de *a cláusula carrear para o âmbito contratual, pré-colisão, elementos factuais que aumentam o peso relativo do exercício do direito de crédito em relação ao exercício do direito à saúde*, por parte do devedor. Por esta razão, não se pode afirmar que, a existir aquela cláusula, o devedor estivesse a dispor do seu direito de personalidade com uma amplitude tal que estivesse a pôr em causa o possível exercício do direito em termos que lhe permitissem aceder ao núcleo fundamental e irredutível deste.

Admitamos, então, que um dia o devedor, por gripe, pretende não comparecer no local em que é devida a realização da prestação de facto.⁶⁵⁵ Sendo ele um elemento que desempenha um papel de charneira num projecto fundamental da sociedade que o emprega, projecto esse que precisamente se encontra, naquele momento, na sua fase mais delicada e em que qualquer demora poderá ter graves consequências, o credor *pode exigir licitamente o cumprimento do dever*: este seu concreto exercício do direito de crédito, em relação ao concreto exercício que o devedor faz do seu direito à saúde, não comprime este direito de personalidade (pela exclusão ou compressão de certas formas do seu exercício) em termos contrários à ordem pública.

⁶⁵⁵ No quadro da legislação anterior à *Schuldrechtsmodernisierung*, CLAUS-WILHELM CANARIS (*Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, *op. cit.*, p. 504, nota 56) defendia a aplicação do n.º 1 do § 275 BGB a estes casos: a prestação seria impossível. *Mas só em princípio; a boa fé do § 242 BGB poderia determinar solução diversa, em casos excepcionais.* Contra a subsunção destas situações à hipótese do n.º 1 do §275, cfr. STEFAN GREINER, *Ideeel Unzumutbarkeit*, *op. cit.*, pp. 299 e 300. A matéria da doença do trabalhador enquanto impedimento à realização da prestação de trabalho é hoje enquadrada, ou no n.º 1, ou no n.º 3, ambos do §275 BGB, consoante as concretas intensidades e naturezas dos impedimentos.

Contudo, o mero facto de não violar a ordem pública, ou norma legal (ordinária ou fundamental), *significa apenas que a colisão não é aparente, mas efectiva – não significa necessariamente que o devedor deva ceder –*, o que impõe que o conflito seja ponderado e compatibilizado *in concreto*, para apreciarmos se o concreto exercício do direito de crédito deve ceder, prevalecer, ou corresponder em peso jurídico ao concreto exercício do direito de personalidade.

Suponhamos, para completar o exemplo, que a gripe de que o devedor padecia era excepcionalmente perigosa porque ele havia descoberto recentemente ter contraído uma doença que lhe enfraqueceu o sistema imunitário. Este elemento factual – que só é tido em conta caso tratemos a colisão como efectiva – confere peso jurídico, *in concreto*, ao exercício que o devedor faz do seu direito de personalidade (à saúde), de tal modo que ele deve prevalecer sobre o concreto exercício do direito de crédito. Até porque, se do contrato de prestação de serviço constasse uma cláusula que explicitasse que o devedor teria de cumprir mesmo em caso de doenças como a gripe, se tal fosse necessário em situações de urgência, ainda que tal doença pudesse ser excepcionalmente perigosa para o devedor, por qualquer motivo concreto, tal cláusula, dizíamos, não poderia deixar de contender com o n.º 1 do artigo 81.º.

Neste sentido, figuremos, agora, que do contrato de prestação de serviço constava, antes, uma cláusula nos termos da qual o devedor teria de cumprir independentemente do seu estado de saúde. Quer o devedor se sentisse apenas cansado naquela manhã, quer tivesse uma forte gripe, quer tivesse contraído malária durante as férias: em todas estas situações teria de prestar.

Esta estipulação excluiria importantes formas de exercício do direito do devedor à sua integridade física (e também psíquica). A contrariedade desta cláusula face à ordem pública parece-nos difícil de contestar: uma pessoa não pode dispor deste seu direito de personalidade com uma amplitude tal que

ponha em causa o possível exercício do direito em termos que lhe permitam aceder ao núcleo fundamental e irreduzível deste.⁶⁵⁶ A cláusula seria, então, nula, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º.

Neste caso não há colisão efectiva de direitos porque ela é resolvida a priori (colisão aparente).

Podemos, de resto, confirmar este facto, simulando a colisão aparente como efectiva: suponhamos, então, que o devedor não comparece no local em que é devida a realização da prestação, devido a uma gravíssima e contagiosa doença de que padece.⁶⁵⁷ Num caso destes, *difícilmente, para não dizer nunca, haverá circunstâncias que justifiquem que o exercício do direito do prestador de serviço à sua integridade física seja postergado em favor do exercício de um direito de crédito, seja ele qual for.*

Como uma limitação, com aquele alcance (e não podendo ser feita com outra alcance sem prejudicar o cumprimento), e incidente naquele direito de personalidade, é contrária à ordem pública, seguir-se-ia uma simples aplicação do n.º 2 do artigo 335.º, prevalecendo aquele exercício daquele direito de personalidade, mas unicamente nos termos da compatibilização que deixámos expostos *supra*.⁶⁵⁸

Tudo depende, portanto, da intensidade da compressão do direito de personalidade em causa, no tocante às suas formas de exercício. Há um núcleo *intocável* do direito à integridade física, que qualquer exercício de um direito de crédito não pode derogar, independentemente dos elementos

⁶⁵⁶ Como afirma VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 315, nota 88), “[d]eve configurar-se em cada direito fundamental um núcleo essencial de protecção máxima (“domínio garantido”), que inclui as situações ou modos primários típicos de exercício dos direitos (e que julgamos corresponder ao conteúdo essencial do direito, no plano axiológico-normativo)”.

⁶⁵⁷ Que, no entanto, não o impedia de prestar, daí não falarmos em impossibilidade.

⁶⁵⁸ No ponto 3.3.

circunstanciais em que este exercício tem lugar, sem violar a ordem pública.⁶⁵⁹

660

Para rematar, e como referimos no princípio deste capítulo, *o que é contrário à ordem pública não é o devedor, numa situação concreta, optar por realizar a prestação devedora apesar da sua doença, em vez de exercer o seu direito à integridade física*; o que é ofensivo da ordem pública é ele

⁶⁵⁹ Há outras situações em que nem é necessário existir uma colisão: basta uma ameaça de colisão. O direito à vida é um exemplo paradigmático: este direito de personalidade é tão importante que não se compadece com uma ameaça ao seu exercício. É protegido por haver uma ameaça de colisão, como, de resto, o pode ser, em princípio, qualquer direito de personalidade, nos termos do n.º 2 do artigo 70.º, embora os requisitos respeitantes à ameaça – bem como à compressão concretamente ameaçada – não possam deixar de variar em função *daquilo que é ameaçado*. Exemplo elucidativo foi o que sucedeu na Alemanha com um trabalhador turco que teve de regressar ao seu país de origem para cumprir serviço militar obrigatório, durante dois meses, o qual o impedia de poder realizar a sua prestação laboral. As consequências do não cumprimento desse serviço incluíam a pena de morte. Cfr. Sent. BAG de 22/12/1982, in NJW, 1983, pp. 2782 ss..

O direito à vida é um direito de personalidade cujo exercício, embora não impedido pela prestação, por a sua realização não levar necessariamente à morte, é, no entanto, feito perigar pelo cumprimento. Dada a importância absolutamente nuclear deste direito, justifica-se a sua prevalência sobre o direito do credor a exigir o cumprimento. No quadro do ordenamento jurídico nacional, afirmaríamos não ser lícito, por contrário à ordem pública, que o exercício do direito do devedor à sua vida pudesse ser sujeito à possibilidade da sua eliminação pelo cumprimento de uma obrigação assumida perante o credor, embora tal tenha de ficar dependente de elementos concretos – desde logo, do grau de ameaça ao direito à vida (caso contrário, estariam em contravenção da ordem pública inúmeros acordos, envolvendo desde as prestações de serviço realizadas pelo segurança privado até às que o trabalhador da construção civil promete efectuar).

⁶⁶⁰ Há outras colisões entre direitos de crédito e direitos de personalidade que serão sempre aparentes. É o que acontece quando está em causa uma violação da dignidade da pessoa humana: por exemplo, um acordo pelo qual alguém aceita realizar prestações de facto em condições de escravatura (Neste sentido, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (ed.), “Il Nuovo Codice Civile Brasiliano”, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 24 e 25). Como assevera CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 540), “[t]al precedência [dos direitos de personalidade] verifica-se, sem dúvida, quanto ao valor da personalidade humana total integrando todos os valores singulares da personalidade, quanto ao valor da dignidade humana essencial e quanto aos valores vitais”.

Neste caso, nem sequer é necessário passarmos pelo artigo 335.º por não haver possibilidade de afastar qualquer exercício de um direito de personalidade que envolva simultaneamente uma violação da dignidade humana.

prescindir antecipadamente da *possibilidade* de optar por prestar ou não prestar, em caso de doença – é ele preferir, *a priori*, tão importante exercício daquele direito de personalidade em prol do exercício do direito de crédito pelo respectivo titular activo; *o que é ofensivo da ordem pública é, no fundo, ele conferir a outra pessoa – in casu, o credor – o direito de tomar aquela opção por ele*. Se, por exemplo, o devedor tiver uma gripe, não lhe deve ser exigível que preste. Pode prestar;⁶⁶¹ *mas a escolha é sua*.^{662 663}

⁶⁶¹ Imaginemos que não havia a possibilidade de contagiar outros prestadores de serviço.

⁶⁶² Por exemplo, um direito de personalidade de todos é o direito ao planeamento familiar, que comporta numerosas formas de exercício. Para a mulher, um modo de exercer esse direito é engravidando. Se a mesma titular daquele direito de personalidade e o seu empregador celebrarem um contrato a termo certo, pelo período de cinco anos, do qual conste uma cláusula que a proíba de engravidar, dificilmente alguém se oporá à afirmação de que esta disposição é nula por contrariar a ordem pública (n.º 1 do artigo 81.º).

A lei não obriga a titular do direito a engravidar; mas obriga-a a manter essa possibilidade em aberto, mesmo contra a vontade expressa dela, independentemente de esta ter quaisquer planos de futuramente vir a optar por essa forma de exercício daquele direito ao planeamento familiar.

Claro que se a mulher optar por laquear as trompas, deixa de lhe ser possível exercer aquele direito de personalidade daquela forma. A lei não se opõe a que ela o faça. *Mas opõe-se a que, sendo possível aquele exercício, ele seja afastado, mesmo que voluntariamente, em benefício da possibilidade do exercício conflituante de um direito de crédito de outra pessoa*.

Em suma, havendo um acordo pelo qual uma mulher se compromete perante o seu empregador a não engravidar, ou se a prestação devida ao empregador é incompatível com a gravidez, não há colisão efectiva entre o exercício do direito de crédito pelo empregador e aquele exercício do direito ao planeamento familiar daquela pessoa. É que este exercício concreto não pode ser excluído, de forma implícita ou explícita, pelo titular do direito correspondente, por ser contrário à ordem pública (n.º 1 do artigo 81.º). Este exercício deste direito não pode, portanto, deixar de poder ser feito integralmente, prevalecendo perante o exercício conflituante que o credor faça do seu direito.

Pressuponhamos, agora, que imediatamente após a celebração deste contrato, aquela titular teve de se sujeitar a uma cirurgia de remoção do útero, deixando de poder engravidar. Evidentemente, aqui já nem se coloca o problema de haver uma colisão aparente ou efectiva, pura e simplesmente por ter deixado de haver qualquer possibilidade de colisão entre o exercício direito do credor e o exercício daquele direito de personalidade. É que, embora o exercício do direito de crédito limite as formas por que este direito de personalidade pode ser exercido, a trabalhadora não poderia já, de todo o modo, exercer aquele direito daquela forma concreta.

⁶⁶³ Outros exemplos poderiam ser usados, desde logo as limitações à liberdade de iniciativa económica decorrentes dos pactos, ou estipulações, de não concorrência, sobre os quais existe jurisprudência variada.

IV – O exposto parece-nos ser confortado por CAPELO DE SOUSA, que, referindo-se aos próprios negócios jurídicos “*enquanto emanação da autonomia de vontade privada, são expressão do direito personalístico à liberdade*”,⁶⁶⁴ conclui: “[s]implesmente, deparamos nalguns casos com certas dificuldades: as de a liberdade negocial constituir também um direito de personalidade, por vezes de primacial importância enquanto expressão do poder de autodeterminação do homem, e de num mesmo negócio jurídico ambas as partes, no exercício da sua liberdade negocial, poderem pretender

Outros exemplos, ainda, de exercícios de direitos, habitualmente perspectivados – extrajudicialmente – como deveres (que colidiriam com o dever de prestar) são os chamados “deveres de consciência”. Um dever religioso – por exemplo, de descanso ao Sábado para um judeu, ou do uso de certo vestuário para os muçulmanos – é imposto por um sistema normativo a que o “devedor” aderiu voluntariamente, e que também por sua vontade (embora fora do nosso País a veracidade deste facto possa depender de um elemento de aleatoriedade geográfica) pode abandonar. Pelo contrário, os deveres jurídicos são-lhe impostos independentemente daquela adesão. Estes “deveres de consciência” não são jurídicos; no entanto, também não são desprovidos de relevância jurídica: o seu cumprimento constitui uma dimensão da personalidade.

O mesmo se diga de deveres de consciência impostos por sistemas axiológicos adoptados por uma determinada pessoa (por exemplo, o pacifismo). Apesar de essa adopção ser livre, um processo de identificação acaba por incorporar as suas normas – e a observância destas – na ideia de individualidade que o sujeito tem de si próprio.

As construções axiológicas e rituais religiosos que impõem comportamentos aos crentes têm relevância jurídica – prevalecendo sobre deveres jurídicos – *na medida em que o cumprimento desses deveres corresponda ao exercício de um direito do próprio “devedor”*.

Continua a tratar-se, no fundo, de saber qual a relevância que um concreto exercício das liberdades religiosas e de consciência têm no plano do direito, face a um concreto e colidente exercício de um direito de crédito. Vale qualquer exercício dessa liberdade para eximir o devedor de qualquer dever contratual? Temos de pesar devidamente os pratos: de que exercício se trata? E que dever contratual ameaça ser – ou já foi, ou é repetidamente – incumprido?

Respondendo, UWE DIEDERICHSEN (*Gewissensnot als Schuldbefreiungsgrund?*, in Pawlowski / Wieacker (eds.), “FS für Karl Michaelis am 70. Geburtstag”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972, pp. 36 ss. (pp. 44 ss.) distingue entre “consciência individual” e “consciência social”, excluindo a pertinência da primeira, e limitando a da segunda ao seu reconhecimento pelo Direito.

⁶⁶⁴ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 448. Cfr., ainda, ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 75.

um determinado efeito cuja produção no entanto acarreta, para uma delas ou para ambas, lesões em bens de personalidade juridicamente tutelados.”

Nestes casos, aplicáveis, *mutatis mutandis*, às nossas considerações acerca do sacrifício pessoal implícito no cumprimento de uma obrigação contratual, “[a] solução então, quanto não decorra directamente do n.º 1 do art. 81.º do Código Civil, parece-nos derivar dos critérios jurídicos da colisão de direitos que imporão os direitos correspondentes aos bens prioritários, caso por caso, da personalidade. Assim, o direito de liberdade negocial, aliás com o particular peso emergente da área sobre que incida, cederá, nos termos do n.º 2 do art. 335.º do Código Civil, quando colida com outros direitos de personalidade que, nas específicas condições do caso concreto, devam considerar-se superiores, maxime, quando salvaguardem a vida, a integridade física e as condições básicas de existência de desenvolvimento da personalidade humana.”⁶⁶⁵.

A principal diferença entre o nosso entendimento e o que agora acabamos de expor é que frontalmente assumimos a existência de uma colisão entre um direito de crédito e um direito de personalidade, podendo aquele, desassombrado por uma série de elementos concretos que lhe conferem especial peso jurídico, igualar ou ultrapassar o direito de personalidade, no quadro do artigo 335.º.

Sem dúvida que a conclusão de um negócio jurídico representa o exercício de um “direito personalístico à liberdade”, ou “*um direito de personalidade, [que é] expressão do poder de autodeterminação do homem*”. Quando duas pessoas concluem um negócio jurídico, exercem ambas este direito de personalidade; mas, a partir do momento em que o fazem, e uma adquire um direito de crédito cujo exercício colide com um direito de personalidade da outra, a colisão é entre o concreto exercício do direito de

⁶⁶⁵ *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, pp. 449 e 450.

crédito daquela e o concreto exercício daqueloutro direito de personalidade desta – e já não com a conformação que o Autor descreve.

Desde logo, porque nada parece justificar, pela positiva, que a colisão seja entre o concreto exercício do “direito personalístico à liberdade” (do qual promana o direito de crédito, uma vez concluído o negócio), por parte do credor, e o concreto exercício de um outro (*de âmbito mais específico*) direito de personalidade do devedor; então, por que não seria a colisão, antes, entre os “direitos personalísticos à liberdade” *de ambos* – mais amplos, mais genéricos, protectores de um bem jurídico mais importante?

Depois, a colisão também não pode ser entre os “direitos personalísticos à liberdade” de ambos os declarantes porque estes são apenas os direitos de personalidade mais amplos em que os direitos, cujos exercícios colidem, se filiam. Se a colisão fosse entre estes direitos mais amplos, então a colisão entre o “direito ao repouso” e o “direito à iniciativa económica” também seria, antes, uma colisão entre o “direito à integridade física” e o “direito à liberdade”, algo que não é defensável. Ademais, *tal significaria também que qualquer colisão que envolvesse o exercício de um direito de crédito, proveniente de um negócio jurídico, nunca seria uma colisão com o exercício de um direito de crédito, mas, antes, com o “direito personalístico à liberdade”, em cujo exercício assentara a conclusão do negócio jurídico do qual nasceu aquele direito relativo.*⁶⁶⁶

Por estes motivos entendemos que a forma sucinta e elegante como CAPELO DE SOUSA resumiu aquilo que, no fundo, também deixámos escrito, deve ser adaptada em função daquilo que a colisão é: uma *colisão entre o concreto exercício de um direito de crédito*, por uma das partes, e o *concreto exercício de um direito de personalidade (que não à liberdade)*, pela outra.

⁶⁶⁶ A colisão entre os “direitos personalísticos à liberdade” faria sentido se se reportasse à conclusão, em si mesma, do negócio, e não à obtenção dos efeitos jurídicos que com este se visam obter, com base no exercício de um específico direito de crédito que nele teve a sua origem.

V – Havendo uma colisão entre o concreto exercício de um direito de crédito e o concreto exercício de um direito de personalidade do devedor, o *sacrifício pessoal* a que corresponde esta compressão da personalidade não é exigível sempre que seja contrário à lei ou à ordem pública, bem como quando o concreto exercício deste direito deva prevalecer sobre o concreto exercício do direito de crédito, no quadro da cláusula de exclusão de ilicitude que é o artigo 335.º.

Isto *não significa necessariamente que*, se numa situação concreta em que não haja uma cláusula de conteúdo contrário à ordem pública, o concreto exercício do direito de crédito comprimisse excessivamente – para lá do que a ordem pública tem por tolerável – o exercício de um direito de personalidade do devedor, *o contrato, ou uma sua cláusula pela qual o devedor ficava adstrito àquela prestação, seria nulo*. O que o credor não pode fazer é exercer o seu direito, que o negócio jurídico lhe atribui, de forma que seja, em concreto, contrária à lei e à ordem pública. Tal exercício – e não o direito de crédito em si, ou a cláusula ou negócio que o originou – é que é *ilícito*, e, como tal, *inexigível*.⁶⁶⁷ Nestes casos, o devedor *pode não cumprir licitamente (se assim quiser)*.^{668 669}

⁶⁶⁷ No exemplo clássico da cantora que não comparece na sala de espectáculos para realizar a prestação devida em virtude de doença grave do filho, ao lado de quem opta por permanecer, SANTOS JÚNIOR (*Da “Impossibilidade Pessoal” de Cumprir. Breve Confronto do Novo Direito Alemão com o Direito Português*, in “Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 322) entende ser possível “*pode actuar a desculpabilidade, como causa de exclusão da culpa; há desculpabilidade quando ocorram situações de carácter excepcional que dirimam aquele juízo de censura, nomeadamente porque a exigência do comportamento (em princípio) devido ofenderia gravemente o princípio da boa fé*”. Salvo o devido respeito, não podemos concordar. Como vimos, nem se chega a levantar o problema de ter ou não incumprido culposamente, uma vez que o problema é resolvido num momento anterior, da ilicitude. De resto, tal permite que a devedora, não só não tenha de indemnizar o credor, como este não possa sequer exigir, em juízo, o cumprimento do dever de prestar. Acresce ainda que a solução que apresentamos nem sequer exige a mobilização de conceitos com a indeterminação

do da boa fé, podendo ser resolvido de modo mais cientificamente apurado – pensamos – pela solução exposta, e com superior protecção do núcleo dos direitos de personalidade.

⁶⁶⁸ Poderia pensar-se que, nos casos em que o devedor se recusa licitamente a cumprir, por este cumprimento implicar um sacrifício pessoal excessivo – mais concretamente, por o artigo 335.º determinar a derrogação do concreto exercício do direito de crédito, a favor do exercício de um direito de personalidade do devedor –, a equidade deveria arbitrar uma repartição dos prejuízos da actuação lícita do titular de um direito de personalidade que se recusa a cumprir uma obrigação por este cumprimento impedir o exercício daquele direito.

Dando como exemplo a ruína com que seria confrontada uma pequena sociedade dedicada à organização de espectáculos se um grupo musical, como os Rolling Stones, se recusasse a realizar a prestação devida por doença de um dos seus elementos, PEDRO CORREIA HENRIQUES entende que “*a fortuna destas estrelas de rock não sofreria qualquer consequência, ao passo que a situação financeira da produtora musical conheceria, certamente, dias complicados ou mesmo o colapso*”; e que, por isso, “[d]eve, pois, o juiz arbitrar uma indemnização de forma a reparar, total ou parcialmente, os danos”, mesmo que a conhecida banda falte ao concerto por um motivo desculpável, em analogia com a “*hipótese de um indivíduo inimputável, detentor de uma desafogada situação económica, que decide pegar fogo ao único campo de uma modesta família de agricultores.*” (PEDRO CORREIA HENRIQUES, *O Papel da Desculpabilidade no Sistema de Responsabilidade Civil*, in “O Direito”, ano 141, II, pp. 453 e 454)

Julgamos que esta posição não pode ser aceite.

Por um lado, a possibilidade de um elemento de uma banda adoecer é um risco próprio destes contratos; acrescentaríamos mesmo, um risco normal e previsível. Nada impede a organizadora do espectáculo de se precaver contra a consumação de riscos desta natureza através de um contrato de seguro, sobretudo tratando-se de uma sociedade de pequena dimensão, que dificilmente consegue suportar tais prejuízos (o que de resto não é incomum e sucede frequentemente, ou sucedeu, com estrelas como Michael Jackson). Outra forma seria, claro, precaver-se convencionalmente, através da inclusão de clausulado adequado no contrato com a banda, o que, aliás, a prática revela ser extremamente comum. Cfr. a exposição que VICTOR GOLDBERG (*Excuse Doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle*, in “Journal of Legal Analysis”, 2, 2010, pp. 367 a 369) faz destes acordos, incluindo cláusulas utilizadas em contratos com artistas como Rod Stewart. Por que deveria a banda ter de suportar a falta de cuidado da organização na protecção dos seus próprios interesses só porque o artista que adoeceu, sem culpa, é rico, e a organizadora, descuidada, é pequena? Como já vimos, no início do capítulo anterior, a excessividade do sacrifício patrimonial não deve ser refém da situação patrimonial do devedor. Esta pode valer-lhe em matéria processual e de insolvência, *mas não enquanto requisito geral no âmbito do cumprimento das obrigações.*

Ademais, tal incentivaria um comportamento leviano da parte da organizadora de espectáculos de pequena dimensão, por saber não ter de se segurar sempre que os clientes fossem dotados de vasto património – justamente, os casos em que mais se justificaria o seguro, por os danos serem potencialmente maiores (por estas bandas tenderem a organizar espectáculos de maior dimensão, a cobrar bilhetes mais caros, a ter uma logística muito mais dispendiosa, etc.). E conferiria uma vantagem em relação aos maiores organizadores de espectáculos, que não beneficiariam de solução idêntica.

Por outro lado, é injustificável a analogia entre o cantor que adoece e arruína uma pequena organizadora de eventos e o inimputável que pega fogo a um prédio rústico de uma modesta família de agricultores.

A diferença não reside tanto na modalidade de responsabilidade civil em causa (contratual, num caso, extracontratual, no outro), mas nos factos:

Primeiro, de *o comportamento do inimputável ser ilícito; e o do artista que não pode cantar por ter adoecido, não.*

Segundo, de *o inimputável ter agido de forma que seria considerada censurável (culposa), se ele fosse susceptível de juízo de censura; pelo contrário, o comportamento do artista que incumpe por doença nada tem de culposo (se tivesse, o recurso à equidade seria despiçando, pois haveria responsabilidade).*

Terceiro, de a própria responsabilização do inimputável só ter lugar se as pessoas encarregadas da sua vigilância o não puderem fazer. Compreende-se: numa situação em que haveria responsabilidade por factos ilícitos, caso o lesante fosse imputável, o lesado deve ser ressarcido pelos danos que sofreu; como não os pode exigir do próprio lesante, inimputável, a lei facultava-lhe a possibilidade de demandar quem tivesse o dever de o vigiar; e só se os danos por si sofridos não puderem ser indemnizados à custa destes é que a lei lhe permite, por apelo à equidade, exigir ao inimputável um pagamento, caso se cumpram requisitos como o da disparidade patrimonial. Foi a forma de tendência salomónica e socialmente progressiva que se encontrou de contrabalançar, por um lado, o comportamento do inimputável, que seria tido por culposos se ele fosse imputável, com, por outro lado, a reparação dos danos sofridos por alguém muito mais pobre do que o lesante; mas, claro, *por motivos específicos, que não se justificam no caso do artista.*

Repare-se, portanto, nas cautelas com que o legislador obrigou o inimputável-lesante a indemnizar o lesado; e na facilidade com que, sem se justificar qualquer analogia, CORREIA HENRIQUES imporia a mesma obrigação ao cantor multimilionário que adoeceu e não pode actuar.

A equidade não exige, não pode exigir – e nem sequer parece ter a menor pretensão de exigir – que, numa situação destas em que o devedor não cumpre por doença, tenha de reparar os danos que o exercício do seu direito de personalidade – prevalecente sobre o exercício do direito de crédito – haja causado ao credor. De resto, a medida dos danos sofridos por este já haveria sido tida em conta aquando da ponderação do peso relativo do exercício do seu direito de crédito.

Acresce, ainda, que tal recurso à equidade acarretaria um efeito perverso, em desfavor da própria pessoa que alegadamente seria protegida por esta solução: artistas de renome e bandas mundialmente conhecidas, cujos elementos habitualmente dispõem de vastos patrimónios, passariam a recusar-se a celebrar contratos com estes pequenos organizadores de eventos, impedindo-as de concorrer com organizadores de espectáculos de grande dimensão.

⁶⁶⁹ Distintos destes são os casos em que as regras da colisão de direitos determinam que o devedor *não pode cumprir validamente (mesmo que queira).*

Suponhamos que alguém vende um dos seus órgãos pares – por exemplo, um rim. Há uma limitação voluntária a um seu direito de personalidade, o direito à integridade física. A pessoa continua a poder viver saudavelmente com um rim (cerca de 25% da superfície renal de um ser humano com um sistema renal saudável é suficiente para levar uma vida com saúde e sem limitações). Porém, poucas dúvidas haverá que tal limitação voluntária seria contrária à ordem

Inexigível é também o cumprimento sempre que os elementos factuais e axiológico-normativos do caso concreto, em conjugação com o critério normativo do artigo 335.º, determinem a prevalência do concreto exercício do direito de personalidade do devedor sobre o concreto exercício do direito de crédito, uma vez que, constituindo o exercício de um direito próprio (que seja prevalente, em sede de colisão de direitos) uma causa de exclusão da ilicitude, o inadimplemento deixaria de ser ilícito. Por isso, também aqui o devedor pode *optar* por cumprir, *mas não pode ser-lhe exigido que o faça*.

Sintetizando, muito genericamente, com as palavras sábias de ANTUNES VARELA, há “*que ter em linha de conta, não como causa de impossibilidade da prestação, mas como fundamento de inexigibilidade (temporária) da obrigação aqueles casos em que à exigência da prestação se oponha a existência de direitos ou deveres de plano superior ao direito de crédito (nomeadamente os direitos fundamentais do devedor)*”.^{670 671}

pública, ainda que não fosse – como é – contrária à lei (artigo 5.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril).

⁶⁷⁰ *Das Obrigações em Geral*, vol. 2, *op. cit.*, p. 70, nota 2.

⁶⁷¹ A culpa do titular do direito de personalidade na verificação do impedimento gerador da colisão é irrelevante para a prevalência do exercício do seu direito sempre que a exclusão explícita de tal exercício desse direito seja contrária à ordem pública, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º; ou em que, não o sendo, uma análise à lupa do artigo 335.º não justifique a sua preterição, em concreto, mesmo com aquele juízo de censura enquanto factor diminutivo do peso relativo do concreto exercício jurídico. E aquela culpa é sempre irrelevante quando esteja em causa a dignidade da pessoa humana. Isto, quanto a saber se o cumprimento é exigível; *mas já não para determinar uma indemnização, não pelo incumprimento do dever de prestar (porque tal incumprimento teria sido lícito), mas pela violação dos deveres acessórios de conduta, impostos pela boa fé, nos termos do n.º 2 do artigo 762.º, ou mesmo por abuso do direito*.

Pode ainda ser contrário à boa fé, fazendo o titular incorrer em responsabilidade pré-contratual, nos termos do n.º 1 do artigo 227.º. Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 1596.

Assim, recordando o exemplo jurisprudencial helvético da cantora que se recusou a prestar por ter engravidado – apresentado no primeiro ponto deste capítulo –, suponhamos que ela o fez propositadamente, embora sabendo que a gravidez poderia não ser compatível com o cumprimento da obrigação. Evidentemente, o credor continua a não poder exercer o seu direito: ele é inexigível. Não lhe pode exigir que preste, grávida – sendo tal perigoso para a

VI – Esta solução é diferente, em dois aspectos fundamentais, da que a *Schuldrechtsmodernisierung* consagrou na Alemanha, ao situar estes problemas na hipótese do n.º 3 do novo § 275 BGB.⁶⁷²

Já antes a doutrina se ocupara reiteradamente deles, com resultados díspares, agrupáveis sobretudo em três grupos. Desde logo, o dos Autores que desentranhavam a solução da articulação entre a velha *Mädchen für alles*, que é a boa fé do § 242 BGB, e o antigo § 275, para daqui deduzirem uma equiparação da dificuldade extraordinária ou impossibilidade relativa à impossibilidade absoluta. Assim era com LUDWIG ENNECCERUS e HEINRICH LEHMAN, que afastavam a faculdade do credor de exigir o cumprimento, embora o devedor pudesse optar por cumprir,⁶⁷³ o mesmo fazendo MARTIN HENSSLER, que, no entanto, rejeitava uma hierarquia de deveres que possibilitasse um juízo automático de prevalência.⁶⁷⁴ Depois, o daqueles que, como WOLFHARD KOHTE, equiparavam estas situações à impossibilidade da prestação, prevista no n.º 1 do § 275.⁶⁷⁵ E um *tertium genus* de Autores, menos favoráveis, como JOSEF ESSER e EIKE SCHMIDT (que viam na impossibilidade

sua saúde –, nem que interrompa a gravidez para remover o impedimento ao cumprimento. Uma cláusula contratual que o impusesse estaria em contravenção com o n.º 1 do artigo 81.º. Mas a cantora não ficaria eximida de poder ter de indemnizar o credor. Assim como não está excluído que a questão possa vir a ser equacionada no quadro do artigo 570.º (por todos, cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 143 ss., 389 ss., 399 ss., e *passim*).

⁶⁷² CONSTANTIN DÜCHS (*Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht*, Duncker & Humboldt, Berlim, 2006, p. 290) considera que, no direito alemão, os exemplos que ilustram o âmbito do n.º 3 do § 275 são situações de conflitos de direitos.

⁶⁷³ Cfr. *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, p. 241 (§46, I, 2).

⁶⁷⁴ Cfr. *Das Leistungsverweigerungsrecht der Arbeitsnehmers bei Pflichten- und Rechtsgüterkollisionen*, in AcP, 1990, pp. 538 ss. (pp. 541 ss.).

⁶⁷⁵ *Gewissenkonflikte am Arbeitsplatz. Zur Aktualität des Rechts der Leistungsstörungen*, in NZA, 1989, pp. 161 ss. (pp. 164 ss.).

pessoal uma mera situação redutível ao abuso do direito)⁶⁷⁶, e FRANZ WIEACKER,⁶⁷⁷ entre outros.

Actualmente, o n.º 3 do § 275 BGB atribui ao devedor a faculdade de recusar o cumprimento da obrigação (infungível) sempre que este contendesse com bens jurídicos imateriais do devedor superiores ao interesse do credor na prestação,⁶⁷⁸ ou seja, *estariam em causa sacrifícios pessoais do devedor que o sistema jurídico entende que este não tem de tolerar*.

Como não tem de tolerar estes sacrifícios, o devedor poderia optar por não cumprir, faculdade que o n.º 2 do mesmo preceito também concedia ao devedor, independentemente da fungibilidade da obrigação, para os casos de sacrifícios patrimoniais desproporcionais em relação ao interesse do credor no cumprimento.

Parece-nos haver duas diferenças entre o nosso sistema e o germânico, no quadro dos sacrifícios pessoais do n.º 3 do § 275, respeitantes à hipótese e à sanção das normas aplicáveis.

Por um lado, o n.º 3 do § 275 requer que a compressão do exercício do direito de que o devedor é titular seja objecto de comparação com o interesse do credor no cumprimento, devendo aplicar-se apenas em casos extremos.⁶⁷⁹ Ora, tal abordagem é menos precisa do que a proporcionada pela *mais flexível* aplicação do nosso regime de colisão de direitos, uma vez excluídas compressões ilícitas de direitos do devedor.

⁶⁷⁶ *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, tomo 2, 8.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 7.

⁶⁷⁷ *Vertragsbruch und Gewissensnot*, in JZ, 1954, p. 468.

⁶⁷⁸ Cfr. GREINER, *Idee Unzumutbarkeit*, *op. cit.*, p. 372 (falando, nestes casos, de uma “inexigibilidade ideal”). Em sentido idêntico, cfr. THOMAS LOBINGER, *Die Grenzen Rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311^a, 213 BGB n.F.*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, pp. 90 ss.; e MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer Privatrechtsimmanenten Begrenzung von Vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010, p. 193.

⁶⁷⁹ Cfr. DIRK LOOSCHELDERS, “*Unmöglichkeit*” und Schadensersatz statt der Leistung, in JuS, 2010, pp. 849 ss. (p. 854) (referindo ser esta a posição dominante).

Por outro lado, quanto à sanção, o preceito germânico permite ao devedor optar se quer ou não cumprir. No nosso caso é, no fundo, também isso que acontece, uma vez que o cumprimento da obrigação pode ser inexigível quando a realização da prestação ponha em causa os limites legais ao exercício dos direitos de personalidade do devedor. No entanto, fora estas situações, o processo de compatibilização à luz do artigo 335.º permite chegar a resultados superiores, tanto evitando a colisão (substituindo um ou ambos os concretos exercícios, de modo a manter a sua utilidade), como compondo-a no sentido de garantir a utilidade do direito de crédito postergado, na medida em que não afecta o exercício do direito prevalecente, e no sentido de minorar os sacrifícios; pode ainda chegar à conclusão que ambos têm o mesmo peso relativo. É, portanto – e como também “[s]urgem aqui dificuldades comparáveis às do diagnóstico em clínica, quando não também dificuldades especiais de terapêutica”⁶⁸⁰ –, um bisturi que se opõe à faca que o n.º 3 do § 275 BGB representa.

VII – Note-se que, até ao momento, e no quadro do nosso sistema jurídico, abordámos apenas o n.º 1 do artigo 81.º, o qual sói constituir uma importante fonte de preocupações, nesta matéria. No entanto, o seu n.º 2 levanta um problema de monta, ao conceder ao titular de um direito de personalidade, que o haja limitado voluntariamente, a faculdade de revogar esta compressão, bastando-lhe “*indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte*”. *Quid iuris*, então, se o devedor se opuser a cumprir uma obrigação, *com base neste preceito*, pelo facto de o concreto exercício do direito de crédito lhe impor uma limitação a um seu direito de personalidade?⁶⁸¹

⁶⁸⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, op. cit., p. 38.

⁶⁸¹ À semelhança do n.º 1, quando o n.º 2 cita uma “*limitação voluntária*”, não se circunscreve àquelas que hajam sido feitas de modo explícito, podendo constituir uma limitação que o exercício do direito de crédito haja implicado, *in concreto*, supervenientemente.

Uma resposta inequivocamente positiva ou negativa àquela questão, sem qualificações, não seria juridicamente possível. A resposta afirmativa, sem restrições, não seria juridicamente realista, pois poria em xeque dados fundamentais do sistema, como a constância dos *pacta*, a segurança e o comércio jurídico. Mas também não é aceitável uma resposta negativa, que faça *tabula rasa* do preceito: colocaria em crise a própria relevância do direito de personalidade.

Parece-nos ser este um dos casos em que devemos recorrer à distinção feita por ORLANDO DE CARVALHO entre várias espécies de consentimento: vinculante, autorizante e meramente tolerante. Está em causa, no primeiro caso, um consentimento típico de um negócio jurídico que vincula o seu autor a prestá-lo, ao passo que, no segundo caso, é de um compromisso jurídico *sui generis* que se trata, que atribui a outrem um poder de agressão, mas revogável a todo o tempo, com a indemnização das legítimas expectativas frustradas.⁶⁸² É para este caso que dispõe o n.º 2 do artigo 81.º.⁶⁸³ Ora, nos casos em que está em causa um consentimento meramente autorizante, a colisão é aparente, porque aquela norma resolve à partida o problema. Já não assim, porém, nos casos de consentimento vinculante em que ter-se-á de recorrer ao artigo 335.º.

Como é evidente, o n.º 2 do artigo 81.º não é aplicável aos casos de gravosa limitação de um direito de personalidade, em termos de violação da ordem pública, uma vez que estas caem sob a alçada do n.º 1 do mesmo preceito, que, de resto, confere uma protecção superior ao titular do direito de personalidade.

Por outro lado, e dentro dos limites precedentes, o n.º 2 do artigo 81.º é ainda limitado pelo comportamento do próprio devedor, na medida em que o

⁶⁸² Cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 183.

⁶⁸³ Sobre este ponto, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1594 ss.; e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, *op. cit.*, p. 838 (seria este mais um dos casos de responsabilidade pela confiança).

exercício da faculdade desconsidere os ditames do artigo 334.º, relativo ao abuso do direito, mormente na modalidade de *venire contra factum proprium*,^{684 685} nomeadamente porque, quando o devedor assumiu o dever de prestar, previra – ou deveria ter previsto – que o cumprimento deste dever colidiria com o concreto exercício daquele seu direito de personalidade.⁶⁸⁶

Tendo em conta estas fronteiras, e no quadro do cumprimento de uma obrigação em que o dever de prestar é incompatível com certo exercício de um direito de personalidade, o n.º 2 do artigo 81.º aplica-se aos casos em que a limitação ao exercício do seu direito é lícita (afastando o n.º 1 do artigo 81.º) e em que o incumprimento com base nessa limitação seria ilícito (por colidir com o concreto exercício de um direito de crédito, que nos termos do artigo 335.º, não deve ser preterido).

⁶⁸⁴ Claro que se o concreto não exercício do direito de personalidade, excluído convencionalmente a favor do concreto exercício do direito de crédito, for contrário à ordem pública, então o titular continua a poder exercê-lo; neste caso o alcance do abuso do direito será mais limitado no âmbito das sanções possivelmente aplicáveis.

⁶⁸⁵ Neste sentido, serão vários os elementos factuais de que poderemos lançar mão para aquilatar aquele carácter abusivo, nomeadamente a existência de uma contraprestação, a proximidade temporal entre a limitação e a revogação, entre outros. Neste sentido, cfr. PAULO MOTA PINTO, *A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 527 a 558 (p. 558).

⁶⁸⁶ Cfr., por exemplo, e a propósito de um caso específico – os deveres de consciência – FRIEDRICH WILHELM BOSCH / WALTHER J. HABSCHIED, *Vertragspflicht und Gewissenkonflikt*, in JZ, 1954, pp. 213 ss.; FRIEDRICH WILHELM BOSCH / WALTHER J. HABSCHIED, *Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenkonflikt*, in JZ, 1956, pp. 297 ss.; e WALTHER J. HABSCHIED, *Arbeitsverweigerung und Glaubens- und Gewissensnot?*, in JZ, 1964, pp. 246 ss., em que este comenta a sentença do LAG Düsseldorf de 14/2/1963, in JZ, 1964, pp. 258 ss., na qual o tribunal recorreu justamente a este critério da previsibilidade (para o titular do direito de personalidade) da incompatibilidade entre o exercício de um direito de crédito – do empregador – e o exercício de um direito de personalidade de um trabalhador turco, que fora despedido por se haver recusado a cumprir a prestação laboral, de modo a poder participar numa celebração religiosa islâmica. Ao contrário destes Autores, para quem o exercício daquele direito de personalidade não prevaleceria nos casos de abuso do direito, HENSSLER (*Das Leistungsverweigerungsrecht*, *op. cit.* pp. 559 ss.) tinha este abuso por relevante apenas no quadro indemnizatório.

No fundo, o n.º 2 do artigo 81.º parece permitir ao devedor, no quadro da limitação voluntária dos direitos de personalidade e *dentro de certos limites, incumprir sem ficar sujeito a outra sanção para além daquela que prevê (indenização pelas legítimas expectativas)*.⁶⁸⁷

VIII – Deixámos deliberadamente para o fim os casos em que o cumprimento de uma obrigação não pode ter lugar sem uma compressão de um exercício de um direito de personalidade do devedor que é contrária aos bons costumes – nos termos que vimos, *mutatis mutandis*, para a ordem pública –, dado o limitado alcance que este conceito apresenta no quadro do nosso sistema jurídico. Este alcance restrito deve-se principalmente à evolução que o conceito conheceu entre nós, a qual conduziu a que no âmbito do conceito de ordem pública se compreendessem hipóteses que, noutros sistemas, seriam subsumidas aos bons costumes.

Apesar disso, “*bons costumes*” permanece uma expressão de que o Código Civil lança mão com considerável frequência,⁶⁸⁸ mas pouco considerada avidez.⁶⁸⁹ Entre os vários preceitos atravessados por este conceito

⁶⁸⁷ Nos casos, como os que temos tratado, em que a revogação leva a um verdadeiro não cumprimento de um contrato (em que há “consentimento vinculante”, na expressão de ORLANDO DE CARVALHO), PAULO MOTA PINTO (*Interesse Contratual*, vol. 2, *op. cit.*, p. 862, nota 2406, p. 864, e nota 2414; e esp. p. 1603, notas 4609 e 4610), defende que a indemnização que referimos em texto não será “(...) *propriamente uma indemnização pelo dano de não cumprimento, mas correspondente ao interesse na (correspondência à) confiança no cumprimento*” (nota 4610), pois “(...) *ao interesse no cumprimento corresponde uma “expectativa legítima” como a referida no art. 81.º, n.º 2, do Código Civil, cuja formulação é suficientemente ampla para compreender, consoante as hipóteses, quer o interesse negativo na confiança, quer o interesse positivo, na “correspondência à confiança” na limitação voluntária do direito de personalidade*” (nota 4609).

⁶⁸⁸ Cfr. o n.º 1 do artigo 271.º (condição ofensiva dos bons costumes); o n.º 2 do artigo 280.º (negócio contrário aos bons costumes); artigo 281.º (negócio cujo fim comum é ofensivo dos bons costumes); o artigo 334.º (abuso do direito); o n.º 2 do artigo 340.º (consentimento do lesado contrário aos bons costumes); o artigo 465.º; o artigo 967.º; o n.º 2 do artigo 1422.º; o artigo 2186.º; o n.º 2 do artigo 2230.º; e o artigo 2245.º.

⁶⁸⁹ Como afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.ª ed., *op. cit.*, pp. 597 e 600), “[o] Código Civil aproxima, muitas vezes, “bons costumes”, “ordem

indeterminado, interessa-nos particularmente o n.º 2 do artigo 280.º, nos termos do qual é nulo o negócio ofensivo dos bons costumes; preceito a que correspondia o n.º 4 do artigo 671.º do Código de Seabra, que proibia “[os] actos contrários à moral pública (...)” enquanto objecto de contrato.

Na realidade, tratava-se de um conceito distinto, aquele que o legislador de 1867 referenciava, com o seu sabor napoleónico⁶⁹⁰ e os laivos de religiosidade associados a esta “moral pública”.^{691 692} Neste contexto normativo, e conferindo ao conceito de moral pública uma precisão de que este muito carecia, MANUEL DE ANDRADE fazia-o corresponder ao conjunto de

pública” e “boa-fé”. Trata-se, contudo, de conceitos bem distintos, todos dotados de história e dogmática próprias” (repudiando depois a inclusão dos bons costumes no artigo 334.º, relativo ao abuso do direito, com o qual “[os] bons costumes não têm, tecnicamente, a ver [pois correspondem] a regras de conduta externa e não a limites intrínsecos dos direitos, impostos pelo sistema”). Não há benefício no seu emprego conjunto (cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral*, vol. 2, p. 341).

⁶⁹⁰ O artigo 1133.º do *Code Civil* determina a ilicitude da causa quando esta seja contrária aos bons costumes. Porém, a doutrina francesa sempre teve dificuldades em precisar o conceito de *bonnes moeurs*, encontrando-se presa entre uma tendência idealista (de aproximação à moral cristã) e uma tendência sociológica, acabando por encontrar pontos de referência no Direito Penal (cfr. TERRÉ / SIMLER / LEQUETTE, *Droit Civil. Les Obligations*, 10.ª ed., pp. 401 a 405; e JEAN CARBONNIER, *Les Obligations*, pp. 2043 ss.).

⁶⁹¹ Principalmente após a promulgação da Constituição de 1933, cujo artigo 46.º falava em Religião Católica, à qual se aproximava aquela “moral” do artigo 671.º.

⁶⁹² Não existia uma construção dogmática geral, relativa aos bons costumes, no Direito Romano, muito embora os *mores* fossem critério jurídico-decisório em hipóteses típicas. Estes *mores*, no tempo do principado, correspondiam aos princípios éticos geralmente aceites (cfr. MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, 1, 2.ª ed., § 62, II, p. 250). No Codex (C. 2, 3, 6) do Corpus Iuris Civilis existe uma referência a uma lei, atribuída a Antonino, nos termos da qual “*pacta, quae contra legis constitutiones quae vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*” (“É livre de dúvidas que não têm qualquer força jurídica os acordos que sejam, quer contrários às constituições da lei, quer contrários aos bons costumes”). Outros conceitos próximos, como os de *turpitude*, que qualifica a censurabilidade da conduta do agente, o substantivo “*improbus*” – referente àquele que age contra os bons costumes, a *ignominia*, o *inofficiosus*, o *ingratus*, entre outros, são desenvolvidos por MAX KASER (*Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im Klassischen Römischen Recht*, in SZRom, 60, 1940, pp. 95 a 150; e ID., *Infamia und Ignominia in den Römischen Rechtsquellen*, in SZRom, 73, 1956, pp. 220 a 278) e THEO MAYER-MALY (*Contra Bonos Mores*, in FG Max Kaser 80., 1986, pp. 151 a 167).

regras morais que devam ser observados (*boni mores*) pela consciência social.⁶⁹³

O actual Código Civil abandonou a terminologia do artigo 671.º do anterior diploma, para repor a expressão “bons costumes”, também com tradição entre nós.⁶⁹⁴ De que forma se distinguem estes bons costumes da moral pública? E qual o espaço para eles reservado, tendo em vista as considerações expendidas a propósito do conceito de ordem pública?

Os bons costumes de que o hodierno sistema jurídico nacional se mune para a resolução de problemas – que, adiantamos, são muito específicas – correspondem ao conceito germânico de *guten Sitten*, consagrados no § 138 BGB em termos semelhantes aos do nosso n.º 2 do artigo 280.º. Os *guten Sitten* conheceram uma longa evolução depuradora, desde uma posição inicial de remissão para a moral,⁶⁹⁵ ⁶⁹⁶ passando por entendimentos sociológicos dos bons costumes,⁶⁹⁷ e depois pela análise de KONSTANTIN SIMITIS,⁶⁹⁸ até

⁶⁹³ *Teoria Geral*, vol. 2, *op. cit.*, p. 341. O insigne Civilista distanciava-se assim do conjunto de regras morais que a consciência social efectivamente observa, *in concreto* (embora tal já fosse também a posição da boa doutrina gaulesa: cfr. PLANIOL / RIPERT / ESMEIN, n.º 229), distanciando-se igualmente da velha definição romana de *mores* que encontrámos no tempo do principado. Já em Itália, o artigo 1343.º do *Codice Civile* declara ilícita a causa do contrato contrária aos bons costumes, com a sanção da nulidade do contrato (artigo 1418.º). Os bons costumes seriam entendidos como aquilo que praticam as pessoas honestas, correctas, de boa fé e são princípios, num determinado ambiente e momento (cfr. MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 247).

⁶⁹⁴ No período oitocentista, anterior ao Código de Seabra. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 597).

⁶⁹⁵ Cfr. FRANZ WIEACKER, *Rechtsprechung und Sittengesetz*, in *JZ*, 1961, p. 341; e ULRICH MEYER-CORDING, *Gute Sitten und Ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechtes. Grundsätzliches zu § 1 UWG*, in *JZ*, 1964, pp. 278.

⁶⁹⁶ Cujá falta de cientificismo era, de certa forma, compensada por evitar a queda na noção de mero sentimento de decência (cfr. ERNST ECKSTEIN, *Studien zur Lehre von dem Unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen*, in *AbürgR*, 41, 1915, p. 204; e M. SALLINGER, *Zum Begriff des Verstosses gegen die Guten Sitten*, in *JW*, 1917, p. 8).

⁶⁹⁷ Como a de HERMANN HERZOG (*Zum Begriffe der Guten Sitten im BGB. Auf Grund einer Untersuchung der Verhältnisse von Sitte, Recht und Moral*, 1910, p. 124), para quem os bons costumes seriam os usados e reconhecidos como bons pelo povo alemão, no seu conjunto.

⁶⁹⁸ Para quem os bons costumes se identificariam com a ordem pública, enquanto princípios de Direito Positivo, da jurisprudência e dos valores constitucionais (cfr. KONSTANTIN SIMITIS,

chegarmos ao estabelecimento de um conjunto⁶⁹⁹ de casos típicos de aplicação do § 138.

VAZ SERRA deu-nos conta destes casos especiais de infracção aos bons costumes, destacando, por exemplo, as situações em que “(...) *o negócio, por implicar uma obrigação demasiadamente extensa, limite excessivamente a liberdade da pessoa (liberdade pessoa, v. g., proibição contratual de estabelecer domicílio, religiosa, de voto, de coligação, industrial, da ciência, etc.)*”. Mas logo ressalvava: “(...) *não se dá esta contradição em todos os casos em que a liberdade é limitada em alguns aspectos. Em rigor, toda a obrigação pessoal contém uma limitação da liberdade, sobretudo se tem de ser cumprida em pessoa*”.⁷⁰⁰ Seria então necessário tomar em consideração, por um lado, o alcance e duração da limitação, e, por outro lado, a maior ou menor legitimidade do interesse que a outra parte tem na limitação.⁷⁰¹

Nota-se, portanto, uma tendência de esvaziamento da indeterminação do conceito de bons costumes, com o intuito de o circunscrever às situações em que, como descreve CANARIS, é mister conferir uma protecção mínima a casos extremos limitados,⁷⁰² dados os riscos para a segurança jurídica que promanam daquela indeterminação;⁷⁰³ riscos esses que decorrem da

Gute Sitten und Ordre Public, pp. 79 ss.; HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Die Aufgabe des Richters*, p. 513; e THILO RAMM, *Einführung in das Privatrecht*, 2.^a ed., § 48, III, (2, G 672)).

⁶⁹⁹ Cujo conteúdo tem vindo a variar ao longo do tempo – o que é visível nas diferentes enumerações que alguns autores fazem ao longo do tempo (cfr. as 7.^a, 8.^a, 9.^a e 10.^a edições da *Allgemeiner Teil*; as três primeiras por KARL LARENZ / MANFRED WOLF, e a última por MANFRED WOLF / JÖRG NEUNER, pp. 537 a 539) –, e mesmo entre diferentes autores (cfr., por exemplo, LINDACHER, *Grundsätzliches zu § 138 BGB*, in AcP, 173, 1973, p. 125).

⁷⁰⁰ *Objecto da Obrigação. A Prestação – Suas Espécies, Conteúdos e Requisitos*, in BMJ, n.º 74, 1958, p. 184.

⁷⁰¹ Cfr. VAZ SERRA, *Objecto da Obrigação*, *op. cit.*, p. 185.

⁷⁰² *Grundrechte und Privatrecht*, in AcP, 184, 1984, p. 236 (cfr., ainda, no estabelecimento de uma comparação entre a violação da lei e a ofensa aos bons costumes, REINHARD DAMM, *Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung. Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschränkung bei Gesetzes- und Sittenverstoss*, in JZ, 1986, pp. 918 ss.).

⁷⁰³ Cfr. THEO MAYER-MALY, *Was Leisten die Guten Sitten?*, in AcP, 194, 1994, p. 106.

dificuldade em domar cientificamente o conceito, dada a sua fluidez, mutabilidade e potencial condição de vítima de aproveitamento político⁷⁰⁴.

No fundo, como afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, reconhece-se, hoje, numa sociedade como a nossa, que o “*papel “moralizador” da referência aos bons costumes é escasso. Todavia, há um círculo mínimo que subsiste. Além disso, os bons costumes têm um papel moderador no plano dos negócios, designadamente quanto a juros e outros aspetos económicos e operam como bitola deontológica e ética em área como, por exemplo, a da concorrência*”.⁷⁰⁵

Apesar da inspiração germânica dos “bons costumes”, existe uma diferença fundamental entre o nosso sistema jurídico e o teutónico, quanto à extensão do conceito: o nosso Código Civil distingue entre ordem pública e bons costumes, o que o BGB não faz. Por este motivo, os *gute Sitten* abrangem, tanto situações respeitantes aos princípios cogentes da ordem jurídica, como hipóteses relacionadas com a “moral social”. Já os nossos bons costumes cingem-se a estes últimos casos, uma vez que os restantes são alcançados pelo conceito de “ordem pública”.

Por este motivo, comparada com a alemã, é muito mais contida a lista de situações a que se aplica o conceito de “bons costumes”, no quadro do

⁷⁰⁴ Recorde-se, a este propósito, o Ac. RG de 13/3/1936, que apela ao manuseamento do conceito em conformidade com as concepções do nacional-socialismo; bem como os trabalhos de BERND RÜTHERS (*Die Unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7.^a ed., 2012, pp. 520 ss.) e de JENS WANNER, *Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im Totalitären Staat: eine Rechtshistorische Untersuchung zur Auslegung und Anwendung des § 138 Absatz 1 BGB im Nationalsozialismus und in der DDR*, 1996, XII, pp. 366 ss..

⁷⁰⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 595 e 596. Cfr., ainda, GERHARD SCHRICKER, *Gesetzenverletzung und Sittenverstoß. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außewett. Wettbewerbsrechtlicher Normen*, 1970, XIV, pp. 22 ss.; e CLAUS OTT, *Systemwandel im Wettbewerbsrecht. Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik*, in FS Ludwig Raiser, 1974, p. 409.

nosso sistema jurídico. Dela constam principalmente três tipos de hipóteses, decantadas pela melhor jurisprudência⁷⁰⁶: o artigo 334.º e o abuso do direito, no quadro do qual os bons costumes são referidos – indevidamente – em conjunto com a boa fé; os bons costumes enquanto engenho argumentativo, fortalecedor de decisões já apoiadas noutras regras e institutos; *e os bons costumes na sua vertente moral (especificamente: sexual e familiar)*⁷⁰⁷ e *deontológica*⁷⁰⁸.

De entre estas hipóteses, só a última aproveita plena e verdadeiramente o potencial juscientífico e decisório remanescente do nosso conceito de “bons costumes”, embora não haja pernície no seu – aliás, frequente – emprego retórico. Dada esta residualidade dos bons costumes, não nos surpreende que a ordem pública seja aplicada pelos nossos tribunais com maior frequência do que os bons costumes.

Sintetizando, em poucas palavras: os bons costumes implicam uma penetração no sistema jurídico de regras de outros sistemas – morais e deontológicos. O Direito controla os termos – muito limitados, entre nós – em que esta penetração tem lugar; mas não interpreta os códigos morais e deontológicos em que aquelas regras têm origem. A tarefa científica do Direito é, portanto, limitada.

⁷⁰⁶ Apesar da circunspeção dos nossos tribunais, algumas decisões iniciais (cfr. Ac. do STJ de 28/2/1978 (OLIVEIRA CARVALHO), in BMJ, 274, 1978, p. 229; Ac. do STJ de 15/12/1983 (MOREIRA DA SILVA), in BMJ, 332, 1984, p. 467) mostram alguma confusão com outros conceitos – dos quais os bons costumes têm sido autonomizados –, o que hoje é fenómeno menos frequente (o Ac. do STJ de 10/5/2000 (MARTINS DA COSTA), in BMJ, 497, 2000, p. 347, constitui uma excepção infeliz).

⁷⁰⁷ Cfr. o Ac. da RPt de 22/11/1994 (NORMAN MASCARENHAS), in CJ, XIX, 1994, 1, p. 218; Ac. da RPt de 19/12/1996 (OLIVEIRA VASCONCELOS), in CJ, XXI, 1996, 5, p. 224; e Ac. da RLx de 17/3/2009 (ANABELA CALAFATE).

⁷⁰⁸ Por exemplo, a prática de exigir fianças por valores exorbitantes a familiares sem meios próprios é contra os bons costumes – por violar regras deontológicas dos banqueiros (cfr. KLAUS TIEDTKE, *Sittenwidrigkeit einer Ehegattenbürgschaft bei Krasser Finanzieller Überforderung der Bürgen*, in NJW, 1999, pp. 1209 a 1213).

Pelo contrário, o conceito de ordem pública nasce e vive dentro do Direito. Constitui o seu âmago. A sua própria substância é o produto de um labor criativo e interpretativo por parte da Ciência do Direito. É uma realidade jurídica; e não um *datum* exterior que o Direito é incapaz de influenciar, a não ser quanto aos termos em que o aceita e incorpora.

5 – Medida do sacrifício creditório exigível: a colisão entre direitos de crédito

I – Neste ponto abordaremos questões específicas referentes àquela que afirmámos constituir uma *segunda espécie de colisões*: as que se estabelecem entre os titulares de diferentes direitos de crédito, que têm o mesmo devedor, *a quem não é possível o cumprimento integral e simultâneo de ambas as obrigações*.

Ao vincular-se perante o credor à realização de uma prestação, o devedor estará igualmente a prometer não cumprir outras obrigações, na medida em que haja uma relação de incompatibilidade entre estas e aquela. Um facto cuja verificação não lhe seja imputável pode, todavia, dar origem a uma incompatibilidade.

Verdadeiramente, *não há aqui uma impossibilidade de o devedor cumprir integralmente as obrigações, individualmente consideradas*.⁷⁰⁹ *O que*

⁷⁰⁹ A U.E.P. terá representado que a circunstância “possibilidade de importação de carvão inglês” se manteria, quando concluiu o contrato com o Arsenal do Alfeite em Abril de 1942, o que veio a não acontecer, devido à forma como rapidamente evoluiu o conflito mundial. Sucede que naquela data as dificuldades dos ingleses eram já bem conhecidas. A marcha do exército germânico parecia imparável. Submarinos das forças nacional-socialistas regularmente afundavam navios da marinha mercante (e, por vezes, de passageiros). Londres era alvo de bombardeamentos incessantes. Mergulhada a Europa neste quadro quando o contrato foi concluído com o Arsenal do Alfeite, dificilmente se poderia ter por anormal a posterior impossibilidade de importação de carvão inglês.

há é uma impossibilidade de cumprir integralmente todas as obrigações, devido a uma carestia do objecto mediato, a qual não lhe é imputável.

II – Litígio que representa metonimicamente este problema, e que suscitou o acentuado interesse de alguma importante doutrina (não só quanto à solução aplicável, como também à qualificação dogmática do problema), ocorreu entre nós, como já atrás dissemos, ainda durante a Segunda Grande Guerra, entre a União Eléctrica Portuguesa e o Arsenal do Alfeite.⁷¹⁰ Recordêmo-lo.

Por força de um contrato concluído em Abril de 1942, a U.E.P. vinculara-se a distribuir energia eléctrica às oficinas do Arsenal. Devido ao conflito militar, a U.E.P. encontrou dificuldades na importação de carvão inglês, que normalmente utilizava, e teve de o substituir por carvão nacional, de qualidade inferior. Esta substituição causou a avaria de uma caldeira numa das suas centrais, passando a U.E.P. a ter de usar outra das caldeiras, a qual não tinha potência para assegurar o fornecimento de energia ao distrito de Setúbal, onde o Arsenal operava.⁷¹¹

Evidentemente, a U.E.P. não servia apenas o Arsenal do Alfeite, e, por este motivo, teve de reduzir a potência da energia que lhe fornecia, bem como aos restantes clientes industriais. Ou seja: a U.E.P. decidiu ratear a energia disponível, contemplando por igual (em termos proporcionais) os seus vários clientes.

Poder-se-ia defender a existência de culpa da U.E.P. por falta de aplicação de esforços correspondentes à diligência normativa exigível? O Tribunal Arbitral respondeu negativamente, no quadro do Código Civil anterior, absolvendo a U.E.P..

⁷¹⁰ *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica, op. cit.*, pp. 181 a 193, 210 a 224, e 250 a 256, de cujo Acórdão foi Relator PAULO CUNHA.

⁷¹¹ Houve ainda algumas outras razões, aqui menos relevantes. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A “Impossibilidade Moral”: do Tratamento Iguatário no Cumprimento das Obrigações*, in “Tribuna da Justiça”, n.º 18, Junho de 1986, p. 6.

Havia, portanto, numerosos direitos de crédito – incluindo o do Arsenal –, cujos exercícios coincidiam no tempo. Todos tinham o direito à prestação correspondente ao fornecimento regular de energia eléctrica, para cuja obtenção careciam da cooperação do mesmo devedor: a U.E.P.. A obrigação em causa era de execução continuada (fornecimento contínuo de energia eléctrica) e devida pela U.E.P. ao Arsenal e aos restantes clientes, que retribuía com a realização de prestações reiteradas (pagamentos periódicos). A exiguidade do objecto “energia eléctrica” fez com que o exercício integral de cada um dos direitos àquele fornecimento contendesse com o exercício integral dos restantes.

Portanto, no caso do Arsenal do Alfeite, houve uma autêntica colisão de direitos: os exercícios dos direitos de crédito coincidiram temporalmente e impediam-se mutuamente na sua satisfação integral.

Como àquele potência menor, rateada, as oficinas do Arsenal não podiam funcionar, este veio reclamar uma indemnização, com base no entendimento de que o incumprimento havia sido culposo, e que, de todo o modo, a impossibilidade de a U.E.P. cumprir a obrigação assumida não era absoluta, mas apenas relativa. O Tribunal Arbitral enquadrou o problema no caso da impossibilidade absoluta e absolveu a U.E.P. do pedido por o incumprimento se ter devido a causa de força maior.

III – Na verdade, não há qualquer impossibilidade relativa. A impossibilidade relativa respeita à *difficultas* decorrente do sacrifício (pessoal ou patrimonial) que o cumprimento impõe ao devedor. Não é o caso: a U.E.P. não tinha dificuldades em fornecer ao Arsenal energia com a potência necessária ao funcionamento das oficinas deste. O que não só representava uma dificuldade, como, mais do que isso, uma impossibilidade absoluta, era

satisfazer integralmente o direito do Arsenal *ao mesmo tempo que satisfazia integralmente os direitos de crédito dos restantes devedores*.⁷¹²

Por outras palavras: esta impossibilidade absoluta não respeita à satisfação integral dos direitos dos seus credores, individualmente considerados; é, antes uma impossibilidade absoluta da satisfação integral e *simultânea* dos direitos *de todos os seus credores, colectivamente considerados*. Considerada isoladamente, a satisfação do direito de crédito do Arsenal *não é impossível*. A U.E.P. poderia ter fornecido energia eléctrica com a potência necessária ao funcionamento das oficinas do Arsenal do Alfeite; *só que optou por não o fazer*, preferindo, ao invés, ratear aquele fornecimento nos termos já descritos. O cumprimento integral da obrigação da U.E.P. perante o Arsenal era possível. O que não era possível era o cumprimento integral *de todas as obrigações*.

Aventando uma solução que na época não parece ter sido singular,⁷¹³ PAULO CUNHA, relator do acórdão arbitral de que o caso vertente foi objecto, considerou haver “impossibilidade moral ou jurídica”. Esta não seria uma impossibilidade “física”, decorrente da sua inviabilidade, mas antes uma

⁷¹² *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica, cit.*, p. 250: “*Que durante a reparação das avarias, a UEP não podia manter potência a todos os consumidores, é manifesto. Mas parece igualmente certo que a produção de energia, assegurada pela caldeira de reserva então existente, cobria e excedia a potência usada só pelo Arsenal. Isto é, se a UEP prescindisse de fornecer energia a outros consumidores, e concentrasse a sua potência na linha para o Arsenal, teria podido manter-lhe o máximo de potência necessário*”.

⁷¹³ Cfr. MAZEAUD / MAZEAUD, *Traité de la Responsabilité Civile*, vol. 11, 1934, n.ºs 1568 ss.: “*De ce qu’il doit y avoir impossibilité, on ne saurait conclure que seuls les événements de l’ordre matériel présentent le caractère de force majeure. Il n’est pas nécessaire qu’il y ait pour le débiteur impossibilité physique d’accomplir sa prestation; il suffit qu’il y ait impossibilité morale. (...) la jurisprudence n’en déclare pas moins que certain événements de l’ordre psychologique peuvent constituer la force majeure. Les décisions rendues dans les procès soulevés par la fermeture des casinos au début de la guerre en fournissent un exemple. Rien ne contraignait matériellement les directeurs à fermer leurs établissements, il n’y avait donc pas pour eux impossibilité matérielle d’exécuter leurs engagements vis-à-vis des artistes. Mais il y avait une impossibilité morale créée par des motifs de convenance élémentaire sur lesquels se fondèrent les tribunaux pour reconnaître l’existence de la force majeure*” (p. 448) No mesmo sentido de a impossibilidade moral ser impossibilidade para efeitos de força maior, cfr. RADOUANT, *Du Cas Fortuit et de la Force Majeure*, 1920, pp. 22 a 28; e WIGNY, *Responsabilité Contractuelle*, in “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1935, pp. 56 ss..

impossibilidade resultante do facto de ser inexecutável cumprir sem o devedor ter de superar um “*impedimento que a lei não pode obrigar a vencer*”.⁷¹⁴

Como afirma o ilustre Civilista, numa afirmação contundente que já citámos em parte: “*Na verdade, como haveria a lei de considerar juridicamente possível o cumprimento de certa obrigação (para efeitos de lançar responsabilidade civil por falta desse cumprimento) em casos em que ele exigiria a violação de deveres morais ou deveres jurídicos? Como pode ser juridicamente possível, para a lei, o sacrificar interesses superiores que ela mesma se empenha em tutelar a todo o custo?*”⁷¹⁵

Por outras palavras, *a obrigação não seria impossível, no sentido de “inviável”, porque a U.E.P. dispunha dos meios necessários para fornecer ao Arsenal a energia de que as oficinas deste necessitavam para funcionar, mas seria juridicamente impossível porque tal não poderia ser feito sem “sacrificar totalmente alguns utentes, violando desigual e deliberadamente as obrigações contratuais para com eles contraídas: tanto basta para concluir que a lei não pode sancionar semelhante solução egoísta e anti-jurídica. A violação consciente de certos deveres jurídicos, para dar tratamento preferencial a outros de natureza e valor igual, não é para a lei uma possibilidade com que se deva contar*”.^{716 717}

⁷¹⁴ *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica, op. cit.*, p. 251.

⁷¹⁵ *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica, op. cit.*, pp. 251 e 252.

⁷¹⁶ *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica, op. cit.*, p. 252.

⁷¹⁷ Segundo MENEZES CORDEIRO (*A “Impossibilidade Moral”, op. cit.*, p. 3), PAULO CUNHA aproximava assim esta “impossibilidade jurídica” da força maior. Na realidade, ele aproxima-a apenas da “impossibilidade física”. A questão da força maior é um problema que, embora associado, acaba por ser tratado autonomamente, relativamente à imputabilidade do incumprimento (cujá importância resultaria precisamente do facto de não ter de responder “*pelos prejuízos que causa ao outro contratante*” o devedor inadimplente que haja “*sido impedido por facto do [outro] contratante, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído*” (artigo 705.º do Código Civil de 1867)) – seja ela física ou jurídica.

Em suma: *por que motivo deveria a U.E.P. oferecer mais energia ao Arsenal do que a que podia oferecer aos seus restantes credores?*⁷¹⁸ Não podendo cumprir todos os deveres integralmente e em simultâneo, sem que tal lhe fosse imputável, por resultar de força maior, *por que razão se responsabilizaria o devedor que quer cumprir por igual?*⁷¹⁹

IV – Analisando a decisão de PAULO CUNHA, com a qual concorda, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO aprofunda a sua fundamentação, pugnando por dever “*considerar-se a hipótese de existir, no Direito privado, um princípio jurídico que obrigue ao tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações*”,⁷²⁰ a que estaria associada a regra do n.º 1 do artigo 604.º, que impõe a satisfação rateada dos direitos dos credores sempre que o preço dos bens do devedor não chegue para lhes proporcionar a satisfação integral.⁷²¹

Este tratamento de todos os direitos de crédito da mesma forma ofereceria uma resposta aos riscos associados a permitir ao devedor decidir

⁷¹⁸ Esta solução absolveria a U.E.P. de qualquer responsabilidade pelos danos causados pelo não funcionamento das oficinas do Arsenal, mas, claro, só fará sentido quando o devedor não se tenha colocado culposamente na situação de não poder cumprir integralmente os vários deveres assumidos, nomeadamente por dever ter previsto a ocorrência do impedimento. O que é discutível – e foi discutido –, no caso, terminando com a absolvição da U.E.P..

⁷¹⁹ Poderia opor-se que o devedor poderia não cumprir algumas, por “impossibilidade jurídica” para cumprir outras integralmente: quanto a estas a prestação seria realizada e, quanto às primeiras, a impossibilidade, resultante de caso fortuito e de força maior, não lhe seria imputável.

O problema desta solução seria deixar nas mãos do devedor a escolha de quais as obrigações que vai cumprir. Não haveria motivo para tratar umas obrigações como dignas de ser cumpridas pontualmente, e outras não merecedoras de um cumprimento parcial, que, de resto, continuaria a ser possível.

⁷²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A “Impossibilidade Moral”*, *op. cit.*, p. 4. No que toca ao cumprimento das obrigações, este “princípio do tratamento igualitário” dependeria da sua divisibilidade, claro.

⁷²¹ Trata-se, no entanto, de um problema de responsabilidade patrimonial; um problema de garantia, escasso em matéria-prima que permita conceber analogias (sobretudo, por si só) relativas a princípios aplicáveis em matéria do cumprimento das obrigações.

que obrigações cumprir, e em que termos, em virtude da impossibilidade, não imputável, de as cumprir colectivamente, de forma integral e simultânea. Haveria um princípio do tratamento igualitário no cumprimento destas obrigações, uma vez que estaria a em causa o mesmo objecto, e não haveria motivo para preferir o cumprimento de umas em relação a outras. Todas deveriam ser cumpridas da mesma forma – parcialmente –, rateando-se a insuficiência do objecto proporcionalmente.

Esta tese tem razão num ponto: *as utilidades que a prestação concede são as mesmas, independentemente do credor em causa.*

Apesar de reconhecer os insucessos das várias tentativas de fundamentação dogmática de um tal princípio,⁷²² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO encontra apoio em alguns afloramentos, visíveis em institutos como a pluralidade de devedores e credores, as sociedades civis, a comunhão, as sociedades de pessoas e vínculos laborais. É, aliás, no quadro destes últimos – mais concretamente, de alguma jurisprudência sobre eles –, que teria desenvolvido aquele “princípio do tratamento igualitário”, ao proibir desigualdades arbitrárias para com os trabalhadores, *a não ser que estas se apoiem em razões materiais atendíveis.*⁷²³

⁷²² Muitas das quais foram desenvolvidas na Alemanha (nomeadamente, pelos trabalhos de LUDWIG RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in “Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Konkursrecht”, 1948, pp. 75 a 101; e GÖTZ HUECK, *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, Beck, Munique, 1958, pp. 127 ss.), incluindo procurando a fundamentação do princípio tratamento igualitário, ora na Constituição e no seu princípio da igualdade, ora na boa fé, ora nos bons costumes. Cfr. a análise crítica de MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1273 a 1281.

⁷²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A “Impossibilidade Moral”*, *op. cit.*, p. 4.

V – Só que é precisamente pela importância desta última ressalva – *a existência de razões materiais atendíveis* – que discordamos da extensão de um “princípio do tratamento igualitário” ao cumprimento das obrigações.⁷²⁴

Em todos os direitos de crédito está em causa o direito a exigir de alguém em concreto a realização de um determinado comportamento, com vista à satisfação do interesse do credor; e estes interesses merecem todos protecção legal, em princípio idêntica, através da figura do direito subjectivo, desde que dela sejam dignos (n.º 2 do artigo 398.º). Ou seja: parece que, em regra, todos os interesses serão iguais e tratados da mesma forma.

Todavia, sabemos existem situações específicas em que não é assim: por exemplo, quando temos uma colisão efectiva de concretos exercícios de direitos.

É justamente uma colisão de direitos que temos no caso concreto: há uma impossibilidade de satisfação colectiva, *de forma integral e simultânea*, de todos os concretos exercícios dos direitos de crédito sobre a U.E.P.; e *é o conflito decorrente desta satisfação integral e simultânea que constitui o problema*, sendo necessário identificá-lo propriamente enquanto colisão de direitos, regulada pelo artigo 335.º, para que possamos identificar o critério juridicamente correcto e adequado à sua resolução.

De resto, o próprio PAULO CUNHA acaba por admitir, infelizmente sem desenvolvimentos, que “[o] problema é, aliás, dominado de alto por uma disposição capital do nosso sistema jurídico: o art. 15.º do Código Civil [de 1867]”,⁷²⁵ relativo ao “concurso de direitos iguais”.

VI – Aquela igualdade deve, portanto, ser objecto de uma torção que favoreça juridicamente o concreto exercício de um direito de crédito em

⁷²⁴ Infelizmente, uma discussão sobre a sua falta de oportunidade noutros domínios do Direito Privado extravasa do âmbito do nosso trabalho.

⁷²⁵ *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica*, op. cit., p. 252.

detrimento de outro, *em virtude de, elementos concretos, como o interesse satisfeito por aquele exercício, determinarem que ele deve ser considerado superior*. Enquanto exercício que deve ser considerado superior, o interesse do respectivo direito de crédito deve ser satisfeito preferencialmente, isto é, *o devedor deve cumprir integralmente a correspondente obrigação, à custa da integralidade das restantes, que com ela colidem*.

É que, se, como vimos, o exercício de um direito de personalidade abstractamente inferior pode prevalecer, em concreto, sobre o exercício de um direito de personalidade abstractamente superior, então, *por maioria de razão* – numa matéria em que à partida nenhum interesse pode ser *abstractamente* visto como superior ou inferior –, também o exercício de um certo direito de crédito pode prevalecer, em concreto, sobre o exercício de um outro direito de crédito. A importância do bem para cuja protecção tende o exercício do direito de personalidade corresponde, *mutatis mutandis*, à importância do interesse para cuja satisfação tende o exercício do direito de crédito.

A aplicação das regras da colisão efectiva de direitos, a esta matéria, não só é a solução a adoptar, *de iure condito*, como é a mais desejável, *de iure condendo*, pela sua plasticidade, que lhe permite moldar-se à factualidade do caso concreto,⁷²⁶ através do recurso a numerosos elementos factuais e axiológico-normativos.

Por exemplo, se a U.E.P. fornecesse energia eléctrica a um hospital, a um quartel de bombeiros, ou a uma esquadra de polícia, e nenhuma destas estruturas pudesse funcionar com a menor potência eléctrica que o rateio feito por aquele permitia dispensar, não deveria a U.E.P. fornecer-lhes a energia necessária ao seu funcionamento em detrimento de outros credores, para os quais a potência da energia fornecida seria então reduzida proporcionalmente (*e que, pelo menos em alguns casos, até bastaria*)?

⁷²⁶ Como a defendida por CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia, op. cit.*, pp. 155 ss..

Estamos em crer que o exercício do direito de crédito por aquelas estruturas vitais, e o cumprimento do respectivo dever de fornecimento de electricidade com a potência adequada, deveria prevalecer, se assim fosse confirmado pela factualidade concreta, sobre o exercício dos direitos de crédito referentes ao fornecimento do mesmo objecto escasso a outras estruturas não essenciais.

Portanto, o exercício, por um hospital, do seu direito ao fornecimento de energia eléctrica pela distribuidora, deve prevalecer sobre o direito de crédito, com o mesmo objecto, de um café que funciona sobretudo durante o dia. Isto porque o interesse do hospital em receber electricidade deve, em concreto, ser considerado superior, com base no manejo de elementos do caso vertente como os relativos aos *danos decorrentes do não exercício*, os quais são aquilatados em termos sociais e humanos, e não puramente económicos. Os danos que o hospital teria de suportar são largamente superiores – qualitativa e quantitativamente – aos do café (porque, evidentemente, sem electricidade o hospital não pode salvar vidas⁷²⁷), adquirindo peso jurídico relativo o concreto exercício do direito de crédito do hospital.

Por outras palavras: *o sacrifício que representaria a não satisfação do interesse social e humano subjacente ao direito de crédito do hospital não teria de ser suportado, uma vez que o devedor teria de o satisfazer integralmente, com prioridade sobre os restantes.*

VII – Portanto, não se justifica uma igualdade intransigente, como a que seria imposta por um perifrástico “*princípio do tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações*”. Isto, pelo menos, na parte “*que toca ao cumprimento das obrigações*”.

⁷²⁷ E nem todos dispõem de geradores – e estes nem sempre funcionam nas situações de emergência.

O cumprimento, contrário às regras da colisão, não é exigível ao devedor. Mas tal não implica que o devedor rateie a integralidade do cumprimento como lhe aprouver: pelo contrário, o que lhe é exigível é que cumpra nos termos das regras da colisão.

O cumprimento de um dever, aqui mediado pelo artigo 335.º, é uma causa de exclusão da ilicitude: na medida em que o devedor respeite os ditames daquele preceito, o incumprimento parcial dos deveres tidos por inferiores não é ilícito, *o que significa que o seu cumprimento integral não pode ser exigido pelo respectivo credor.*⁷²⁸

Fechando este raciocínio com MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “[v]erifica-se uma situação de conflito de deveres quando o agente está vinculado a cumprir vários deveres que, numa situação determinada, não podem ser realizados simultaneamente, porque o cumprimento de um deles implica a impossibilidade de cumprir um outro desses deveres. Neste condicionalismo, o agente deve cumprir o dever que protege o interesse mais importante ou, caso os interesses tenham a mesma importância, qualquer dos deveres conflitantes (cfr., analogicamente, o art. 335.º, n.º 2)”.⁷²⁹

De igual modo se impõe sublinhar que a melhor jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça conforta o nosso entendimento: primeiro, ao

⁷²⁸ Poderão os titulares dos direitos de crédito cujos concretos exercícios foram derogados, no caso da colisão de direitos, acabando por não serem cumpridos integralmente, opor-se a este cumprimento parcial?

De acordo com o n.º 2 do artigo 793.º o devedor só poderá resolver o negócio se “*não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação*”, critério este que é de fundo subjectivo, mas temperado por um crivo (justificadamente) de carácter objectivo.

Num caso da estirpe do que temos analisado existiria essa falta de interesse, se a uma redução parcial na potência eléctrica (imaginemos, de 50%) correspondesse, por exemplo, uma perda total das utilidades, por nenhuma máquina do Arsenal funcionar àquela potência. Ou seja: a prestação da U.E.P. seria reduzida em 50%, mas, com esse cumprimento parcial, satisfaria 0% do interesse do Arsenal do Alfeite. Ainda assim, mesmo nestes casos, o Arsenal não terá direito a indemnização, na medida em que a impossibilidade parcial não seja imputável à U.E.P. – pelo menos esse sacrifício patrimonial terá de suportar.

⁷²⁹ *O Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 55.

entender que deve tratar-se a colisão de deveres como uma colisão de direitos, pelo menos para efeito da aplicação do artigo 335.º; e, segundo, ao explicitar que, existindo esta colisão de deveres “*que recaiam sobre a mesma pessoa, caberá ao agente dar prevalência ao mais importante*”.^{730 731}

⁷³⁰ Ac. STJ de 5/5/2004 (AZEVEDO RAMOS), in CJ/Supremo, XII, 2, 2004, p. 73.

⁷³¹ Se houver *erro* do devedor, por julgar, incorrectamente, que estavam preenchidos os requisitos do artigo 335.º, o incumprimento é *ilícito*, pois não funciona, em tal situação, a causa de exclusão da ilicitude contemplada naquele artigo 335.º. Mas isto não afasta, parecidos, a aplicabilidade do artigo 338.º, se o erro for desculpável, pois a razão de ser é a mesma, tanto nos casos de acção directa/legítima defesa, como no caso de colisão de direitos e, lembrando MANUEL DE ANDRADE “ubi eadem ratio, ibi idem ius” (cfr., deste Autor, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, op. cit., p. 30).

Conclusão

[O] direito, se quer servir a vida, tem que ser tão ondeante e sinuoso como ela é.

FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO⁷³²

Em tudo o que é composto por várias partes, e em que o todo que estas formam não é uma massa, mas antes um todo que é algo distinto das partes, é necessário que haja aí uma causa [para esta unidade] (...).

ARISTÓTELES⁷³³

⁷³² *Culpa do Lesante e Extensão da Reparação*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano 6, 1954, p. 87.

⁷³³ *Metafísica*, livro VIII, capítulo VI, § 1. O texto original é: “πάντων γὰρ ὅσα πλείω μέρη ἔχει καὶ μὴ ἐστὶν οἷον σωρὸς τὸ πᾶν ἀλλ’ ἔστι τι τὸ ὅλον παρὰ τὰ μέρη, ἔστι τι αἴτιον (...)”. A expressão “para esta unidade” não está escrita; foi acrescentada para esclarecermos o sentido da frase – dar-lhe a coesão de que ARISTÓTELES fala nas linhas seguintes às que citámos –, uma vez que “αἴτιον” surge enquanto adjectivo.

É tempo de concluir. Prometemos *ab initio* não o fazer reiterando sincopadamente premissas já apresentadas e conclusões já tiradas, mas tentando perceber qual a utilidade global, o fio condutor, a *substantia*, enquanto “*οὐσία*” – essência – dos nossos próprios esforços e sacrifícios, quantitativamente a jusante dos aplicados e suportados pelo Leitor.

Todo o comportamento humano, toda a obrigação que o circunscreve, têm como realidade comum a sua génese e execução num determinado ambiente, enquanto o conjunto das circunstâncias que nos rodeiam (o ambiente enquanto *Umwelt*, atomizado em nome e prefixo). Estas circunstâncias influenciam o homem e o seu comportamento como o de qualquer outro ser vivo, modelando cada um de nós enquanto pessoa com planos e projectos de vida, e todos nós enquanto espécie.

“*Yo soy yo y mi circunstancia*”,⁷³⁴ é o mais conhecido pensamento sincrético de ORTEGA Y GASSET; e o conjunto destas *circunstâncias*, que para o ilustre Filósofo representava uma panóplia quantitativa e qualitativamente avassaladora que circunscrevia o espaço de liberdade do segundo “*yo*”, numa relação dialéctica entre liberdade e necessidade, da qual resulta o primeiro “*yo*” (enquanto “a minha vida”). Isto porque, o homem de hoje, tanto quanto o horizonte actual permite entrever, nunca virá a compreender na sua integralidade, muito menos *prever* com precisão, quais as configurações que todos esses elementos apresentarão, enquanto conjunto, num qualquer momento futuro.

Este caos inapreensível e imprevisível num mundo de recursos exíguos levou à criação de sistemas (apreensíveis e previsíveis) de racionalização conceptual que oferecessem *previsibilidade* e *segurança* relativamente ao seu objecto, que no caso do sistema jurídico seria, não a realidade multiforme e

⁷³⁴ JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*, in ID., “Obras Completas”, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2004, p. 757.

envolvente das circunstâncias, mas os comportamentos humanos que nela têm lugar. Central nesse sistema é o conceito de *direito subjectivo* (eu posso exigir que...) e o correspondente dever (tu tens de fazer ou de te abster de...), que garante ao titular daquele o aproveitamento de certo bem, enquanto se mantiver na sua esfera jurídica, cristalizando assim o poder de aproveitamento das utilidades daquele bem, em face da mutabilidade do mundo exterior à relação jurídica.

Tão importante era esta função que, desde a escravatura e desmembramento proporcional à medida dos créditos, preceituados por uma das doze Tábuas, até à prisão por dívidas, a História está repleta de exemplos impressionantes da falta de limites ao exercício de uma das modalidades daquele direito subjectivo – o direito de crédito –, tudo submetendo o devedor à satisfação do interesse do credor.

A figura conceptual do direito subjectivo em geral, e do direito de crédito em particular, essenciais a um Direito Civil com a conformação que conhecemos, não é um poder de *tudo exigir* para satisfazer o interesse do seu titular.

Mesmo atenta a *pessoalidade* inerente ao direito de crédito, devido à especificidade do destinatário dos comandos do credor, não pode este esperar que o devedor cumpra *a todo o custo*: desde logo, sujeitar-se o devedor a tudo fazer para cumprir, esforçando-se com mais intensidade do que aquela que foi determinada por eles – os sujeitos da relação – ou pelo próprio sistema jurídico, o mesmo que assegura ao direito de crédito a sua vigência e utilidade.

Pode suceder – e frequentemente sucederá – que aquilo que o devedor prometeu realizar, a prestação, exija esforços com uma intensidade *superior* à fixada pelo critério normativo de diligência – por regra, o *bonus pater familias* –, que estabelece uma *medida* com que aquela tensão de esforços tem de se conformar. Se o devedor não se puder substituir haverá incumprimento; se, ademais, não puder cumprir por não dispor de aptidões que lhe permitam gerar

os esforços necessários à (prática dos actos conducentes à) realização da prestação, a obrigação será impossível; mas em ambos os casos o devedor *não é responsável pelo incumprimento*, desde que se haja conformado com a *diligência* que dele era requerida.

Como também pode suceder que o devedor só possa cumprir se concomitantemente tiver de suportar um *sacrifício patrimonial enorme*, ainda que no quadro de uma relação sinalagmática em que este prejuízo seja largamente superior ao ínfimo benefício correspondente.

Claro que, enquanto sistema de previsibilidade que assenta na vontade sã de sujeitos, que, portanto, dão a si mesmos a sua própria lei, não se justificaria uma fonte de insegurança como o arrependimento de alguém que, entrando de “olhos abertos” numa relação jurídica que a sujeita a um dever de prestar, pudesse vir mais tarde a *arrepender-se* e a *recuar* com a palavra dada.

É verdade que, em relação ao direito de crédito, enquanto estrutura abstracta de que é criador, o homem é o *deus ex machina* que, todavia, já não consegue sê-lo em relação às circunstâncias que o envolve. Só que o mesmo homem carece da segurança e da previsibilidade que a relação obrigacional proporciona. Permitir a sua modificação ou extinção ao sabor das mudanças de ideias de alguém que tomou as suas próprias opções livres, destruiria a *utilidade* do direito de crédito que ela atribui.

Porém, há *valores* que a comunidade de Direito preza mais ainda do que a previsibilidade cristalizadora de efeitos jurídicos. Esta não tem de ceder perante um arrependimento quanto a um negócio simplesmente desfavorável, mas há muito que existe na comunidade uma reprovação de tal modo severa do aproveitamento de uma *fragilidade*, que o Direito admite postergar o interesse do credor em nome de interesses superiores reflectidos em certas regras.

Esta reprovação não é o produto de actuais orientações apologistas de um maior grau de cooperação e de solidariedade na relação jurídica. Pelo

contrário, é mais antiga do que o próprio *Corpus Iuris Civilis*, onde se afluava já um entendimento de que seria odioso ao ordenamento jurídico o aproveitamento de uma fragilidade ou inferioridade (decorrente de um quadro generalizado de dificuldades económicas) de outra pessoa (um pequeno proprietário rural) para a sujeitar a prejuízos tão grandes (venda de um *fundus* – prédio rústico) quanto os enormes benefícios dela extraídos.

Entre nós, a regra do *Codex* permaneceu quase inalterada até à entrada em vigor do actual Código Civil, que confirmou e muito alargou as situações de *inferioridade* do devedor, especificamente protegidas sempre que alguém aproveita o quadro de *fragilidade* para obter *benefícios excessivos ou injustificados*. Noutros sistemas jurídicos, próximos do nosso, a solução é idêntica, chegando-se, em alguns casos, ao ponto de presumir a existência de uma situação de inferioridade quando o prejuízo de um dos declarantes é de tal modo catastrófico que só poderia ter sido concluído por alguém numa situação de inferioridade; ou a recorrer-se à cláusula geral dos bons costumes; ou a ter-se por viciada a vontade do declarante; etc.

Na mesma medida em que repudia a *usura*, cuja estatuição abrange *todos os negócios*, o ordenamento jurídico deixa igualmente desamparadas as obrigações que tenham assentado na representação da verificação ou manutenção de certo quadro circunstancial, que vem a não se concretizar.

Quanto mais longa for a vida do contrato de que a obrigação promana, maior será também a probabilidade de que as circunstâncias que os seus criadores tiveram em mente se *alterem* e tudo o que edificaram na sua base se *desmorone*. O resultado que antes estava de acordo com o plano gizado em conjunto, é hoje iníquo e intoleravelmente *desnivelado*; beneficia enormemente um dos contraentes à custa do terrível prejuízo do outro.

O Direito está ciente de que o homem, criador e destinatário dos seus institutos, não vê a realidade de uma gávea. Mas, e ao contrário do que vimos suceder na usura, não temos aqui um declarante a explorar a fraqueza do outro

em benefício próprio: o benefício advém-lhe de uma *alteração de circunstâncias*, já por si propensas ao devir. Em princípio, ambos os contraentes estão sujeitos a que estas circunstâncias se alterem em sentido contrário ao dos interesses de um deles, importando benefícios para um e prejuízos para o outro. Aceitar a relevância jurídica de qualquer prejuízo, resultante de qualquer alteração e de qualquer circunstância, independentemente de caber ao prejudicado suportar o sacrifício, tornaria o contrato desprovido de utilidade.

Por isso, há que delinear com o maior cuidado *os limites ao sacrifício patrimonial*, o que resultará da resposta às perguntas: Que circunstâncias relevarão? Basta qualquer alteração? E qual o critério a partir do qual o sacrifício resultante se deverá ter por intolerável? E se coubesse àquele que foi lesado tolerar os sacrifícios que se materializaram?

Questões estas que, por respeitarem ao mesmo tipo de representações sobre a base do negócio, não só importam aos casos de alteração das circunstâncias em que sua correcção só é aferível ou confirmável no futuro, como também, *mutatis mutandis*, ao erro sobre a base do negócio: a representação de circunstâncias cuja deficiência é contemporânea ou anterior à declaração de vontade, desde que essas circunstâncias correspondam à base do negócio.

Acabamos por concluir que tanto na usura, como na alteração das circunstâncias e no erro sobre a base do negócio, a teleologia que lhes subjaz é a de evitar imposição de resultados que a comunidade de Direito (por juízo da qual as regras são alteradas e institutos suprimidos) repudia, por *grosseiramente iníquos*, por permitirem que um dos declarantes seja beneficiado *à custa do outro, em grande medida e sem o merecer*.

Portanto, o devedor não promete tudo, mesmo quando prometa todos os esforços necessários ao cumprimento: se estes esforços implicarem a

prática de actos que comportem sacrifícios patrimoniais tidos por *intoleráveis*, aqueles esforços não terão de ser aplicados, do mesmo modo que a obrigação não terá de ser cumprida – pelo menos naqueles termos.

O mesmo se diga quando o cumprimento do dever de prestar exige do devedor, não só um *fazer*, como também um *suportar*, incidente sobre certos exercícios de direitos seus que não podem ter lugar em simultâneo com o cumprimento integral daquele dever.

Neste caso, é a renúncia do devedor a certas formas de aproveitamento de certos bens próprios que a comunidade de Direito considera mais importante preservar do que as utilidades que o cumprimento da obrigação possa conceder ao credor.

Não só a obrigação perderia utilidade como se converteria num instrumento deletério, se o seu cumprimento fosse exigível às custas da compressão ou supressão do aproveitamento de um bem próprio do devedor, de *importância superior*.

Esforços, lesões patrimoniais, sacrifícios pessoais; é ao longo dos ondeantes e sinuosos limites a estes instrumentos ao serviço do cumprimento que o Direito serve a vida da relação obrigacional para que esta possa servir a vida dos seus sujeitos, para que a utilidade do poder de um deles exigir um comportamento do outro não seja convertida no aproveitamento *iníquo* da *inferioridade* deste, ou no *acaso* que de forma *severa* e *desmerecida* o penaliza patrimonialmente, ou na *abdicação* de certas formas especialmente importantes de aproveitamento da sua própria *personalidade*.

Bibliografia

AICHER, JOSEF, *Das Eigentum als Subjectives Recht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des Subjectiven Rechts*, 1975

ALARCÃO, RUI DE, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, vol. 1, Atlântida, Coimbra, 1971

ALARCÃO, RUI DE, *Anteprojecto para o Novo Código Civil* relativo à *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, in *BMJ*, n.º 84, 1959, pp. 329 ss.

ALARCÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983

ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, vol. 2, Barcelona, 1996

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, / **RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS**, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15 a 140

ALCIATUS, ANDREAS, *Tractatus de Praesumptionibus*, praesumptio 16, n. 5 e 6, in *Andreas Alciatus, Commentarii in aliquot Iuris Civiles et Pontificii Titulos*, vol. 4, col. 684

ALMEIDA, A. LOPES DE / **GOMES, M. VARGES**, *Os Crimes de Usura*

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Erro Sobre a Base do Negócio*, in “*Cadernos de Direito Privado*”, n.º 43, Julho/Setembro 2013, pp. 3 a 9

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, in “*Direito da Saúde e Bioética*”, 1996

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992

ALMEIDA, L. P. MOITINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, 1992

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2001

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. 2, 3.^a reimp., Almedina, Coimbra, 1972

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed.

ANDRADE, MANUEL DE, *Visconde de Seabra e o Código Civil*, Coimbra, 1953 (sep. BFD, vol. 28, pp. 277 a 301)

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, *A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 47, Julho/Setembro 2014, pp. 3 a 21

ANTUNES, JOÃO LOBO, *As Neurociências e o Direito*, in Fernando Alves Correia / Jónatas E. M. Machado / João Carlos Loureiro (eds.), “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

D’AQUINO, TOMMASO, *Summa Theologiae*, Secunda Secundae, Quaest. LXXVII, Art. I

ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007

ARISTÓTELES, *Metafísica*

ARISTÓTELES, *Nicomachean Ethics* (trad. inglesa de H. Rackham), 2.^a ed., Harvard University Press, Cambridge (MA), 1934

ARNESBERG, L. ARNDTS VON, *Lehrbuch der Pandekten*, 14.^a ed., 1889

ARROW, KENNETH JOSEPH, *Individual Choice under Certainty and Uncertainty*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA), 1984

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos*, in ROA, ano 68, 1, 2008, pp. 97 ss.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*, in “Revista Trimestral de Direito Civil”, ano 7, vol. 25, 2006

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. 2, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, in ROA, ano 65, vol. III, 2005

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Tribunal Competente (Acção de Simples apreciação Negativa Respeitante à Sentença Estrangeira Violadora da Ordem Pública Internacional Portuguesa)*, in CJ, X, 1985, 4, pp. 23 ss.

AURELIANO, NUNO, *O Risco nos Contratos de Alienação. Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Almedina, Coimbra, 2009

AYRES, IAN, *Default Rules for Incomplete Contracts*, in Peter Newman (ed.), “The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law”, vol. 1, Macmillan, 1998, pp. 585 ss.

AZZARO, ANDREA MARIA, *Contratto e Negozio nel “Frazionamento” del Rapporto Giuridico*, G. Giappichelli Editore, 2009

BACKHAUS, RALPH, *In Maiore Minus Est*, in “Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung”, 1983, pp. 136 a 184

BALBI, *L’Obbligazione di Custodire*, Milão, 1940

BAR, CHRISTIAN VON, *Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im Deutschen Deliktsrecht*, Heymann, 1980

BAR, CHRISTIAN VON, *Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?*, in JuS, 1982

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, vol. 2, Principia, Cascais, 2013

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Responsabilidade Subjectiva, Responsabilidade Objectiva e Sistemas Securitários de Danos: Brevíssimas Notas a Propósito das Lesões Causadas pelo Profissional de Saúde*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. 87, 2011

BEATSON, JACK / BURROWS, ANDREW / CARTWRIGHT, JOHN, Anson's Law of Contract, 29.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2010

BECKER, CHRISTOPH, *Die Lehre von der Laesio Enormis in der Sicht der Heutigen Wucherproblematik. Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB*, 1993

BECK-MANNAGETTA, *Die Clausula Rebus sic Stantibus*, pp. 1274 ss.

BEKKER, ERNST IMMANUEL, *System der Heutigen Pandektenrechts*, 1, 1886

BÉNABENT, ALAIN, *Droit Civil. Les Obligations*, 13.^a ed., 2012

BEINEIX, *La Charge de la Preuve*, in "Rev. Critique", 1938, pp. 660 ss.

BESSONE, MARIO, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, Milão, 1969

BETTI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I, Milão, 1953

BEUTHIEN, VOLKER, *Zweckerreichnung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1969

BIANCA, MASSIMO, *Diritto Civile*, III – Il Contratto

BIANCA, MASSIMO *Dell'Inadempimento delle Obligazioni*, in Scialoja / Branca (eds.), "Commentario del Codice Civile", Roma, 1967, pp. 135 a 137

BIERMANN, *Custodia und Vis Maior*, in "Ztschr. Sav. St.", 12, 1891

BINDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, in "Jherings J.", 78, 1927-1928

BIONDI, BIONDO, *Istituzioni di Diritto Romano*, 4.^a ed., Giuffrè, Milão, 1972

BLOMEYER, ARWED, (rec. Larenz, Karl, *Geschäftsgrundlage*, in "Archiv für die Civilistische Praxis", 152, 1952/1953, pp. 276 a 281

BOBBIO, LUIGI, *Produzione di Politiche a mezzo di Contratti nella Pubblica Amministrazione Italiana*, in "Stato e Mercato", n.º 58, 1, 2000, pp. 125 ss.

BOLTON, PATRICK / DEWATRIPONT, MATHIAS, *Contract Theory*, The MIT Press, Cambridge (MA), 2005

BOSCH, FRIEDRICH WILHELM / HABSCHIED, WALTHER J., *Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenkonflikt*, in JZ, 1956, pp. 297 ss.

BOSCH, FRIEDRICH WILHELM, / **HABSCHEID**, WALTHER J., *Vertragspflicht und Gewissenkonflikt*, in *JZ*, 1954, pp. 213 ss.

BOSELLI, ALDO, *La Risoluzione del Contratto per Eccessiva Onerosità*, *Unione Tipografico*, Turim, 1952,

BOSELLI, *Rischio, Alea ed Alea Normale del Contratto*, in “*Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*”, 1948, pp. 792 ss.

BOUTHINON-DUMAS, HUGUES, *Les Contracts Relationnels et la Théorie de l’Imprévision*, in “*Revue Internationale de Droit Économique*”, n.º 3, 2001, pp. 339 ss.

BRACCIANTI, *Degli Effetti della Eccessiva Onerosità Sopravvenuta nei Contratti*, Milão, 1946

BRASIELLO, UGO, *Usura (Diritto Romano)*, in “*Novissimo Digesto Italiano*”, XX, 1957, pp. 368 ss.

BRONZE, FERNANDO JOSÉ, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006

BRONZE, FERNANDO PINTO, “*Quae Sunt Caesaris, Caesari: et quae Sunt Iurisprudentiae, Iurisprudentiae*”, in “*Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*”, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 77 a 87

BROX, HANS / **WALKER**, WOLF-DIETRICH, *Allgemeiner Teil des BGB*, 34.^a ed., 2010

BUCHER, EUGEN, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1965

CAEMMERER, ERNST VON, *Wandlungen des Deliktsrechts*, in *Festschrift 100. DJT*, 1960

CAMPBELL, DAVID / **HARRIS**, DONALD, *Flexibility in Long-Term Contractual Relationships: the Role of Co-Operation*, in “*Journal of Law and Society*”, vol. 20, n.º 2, pp. 215 ss.

CANARIS, CLAUD-WILHELM, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*

CANARIS, CLAUD-WILHELM, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 184, 1984

- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Handelsrecht*, 23.^a ed., Munique, 2000
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. port. de Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989
- CANDIAN, ALBERTO, *Contributo alla Dottrina della Usura e della Lesione nel Diritto Positivo Italiano*, Giuffrè, Milão, 1946
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, in RLJ, ano 126
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991
- CAPITANT, *Les Effets des Obligations*, in “Rev. Trim. Dr. Civ.”, 1932, pp. 724 ss.
- CAPRIOLI, SEVERINO, *Rescissione (Storia)*, in ED, XXXIX, 1988, pp. 933 a 966
- CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil*, vol. 1, Paris, 1991
- CARBONNIER, JEAN, *Les Obligations*
- CARDAHI, CHOUCRI, *Le Prêt à Intéret et l’Usure*, in “Revue Internationale de Droit Comparé”, 1955
- CARINGELLA, FRANCESCO / DE MARZO, GIUSEPPE, *Le Obbligazioni*
- CARRARO, LUIGI, *Frode alla Legge*, in NssDI, VII, 1961
- CARROLL, LEWIS, *Alice’s Adventures in Wonderland*, Lee and Shepard, Boston, 1869
- CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação de doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. 2, versão académica, Lisboa, 2011

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Transmissão da Propriedade e Transferência do Risco na Compra e Venda de Coisas Genéricas*, in “Revista Themis”, ano 1, n.º 1, pp. 219 a 232

CARVALHO, ORLANDO DE, *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967,

CARVALHO ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012

CASANOVA, MANUEL BORGES, *Conflitos de Qualificações e de Leis Internas (Aplicações à Responsabilidade Civil)*, 1945

CHAPUS, RENE, *Droit Administratif Général*, 15.^a ed., LGDJ/Montchrestien, 2001

CHEROT, JEAN-YVES, *Droit Public Économique*, 2.^a ed., Economica, 2007

CHITO, MARIA BRUNA, in Pietro Rescigno (ed.), *Codice Civile*, vol. 1, 7.^a ed., 2008, pp. 2456 a 2460

CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2, policop., 1973-1973

CICERO, MARCUS TULLIUS, *De Officiis*, 3, 95

CLAASSENS, S. J., *The So-Called “Mesopotamian Law Codes” : What’s in a Name?*, in “Journal for Semitics”, vol. 19, n.º 2, 2010

CLOUZOT, LUDIVINE, *La Théorie de l’Imprévision en droit des Contrats Administratifs : une Improbable Désuétude*, in RFDA, n.º 5, 2010, pp. 937 ss.

COASE, RONALD, *Notes on the Problem of Social Cost*, in ID., “The Firm, the Market, and the Law, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, pp. 157 a 185

COASE, RONALD, *The Problem of Social Cost*, in “The Journal of Law and Economics”, vol. 3, 1960, pp. 1 a 44

COELHO, FRANCISCO M. B. PEREIRA, *Causa Objectiva e Motivos Individuais no Negócio Jurídico*

COELHO, FRANCISCO M. B. PEREIRA, *Coligação Negocial e Operações Negociais Complexas: Tendências Fundamentais da Doutrina e Necessidade*

de uma Reconstrução Unitária, in “Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito”, 2003, pp. 233 ss.

COELHO, FRANCISCO M. B. PEREIRA, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, *Culpa do Lesante e Extensão da Reparação*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano 6, 1954

COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, *Obrigações*

COELHO, PINTO, *Das Cláusulas Accessórias dos Negócios Jurídicos*, II, *Termo. Modo – Pressuposição*, 1910

COING, HELMUT, *Europäisches Privatrecht, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500-1800)*, C.H. Beck, Munique, 1985

COLIN / CAPITANT (Cfr. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, com a colaboração de J. de la Morandière, II, 8.ª ed., Librairie Dalloz, Paris, 1935

COLIN / CAPITANT / MORANDIERE, JULLIOT DE LA, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, II, Paris, 1948

COLL, BADOSA, *La Diligencia y la Culpa del Deudor en la Obligacion Civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987

CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Do Trust no Direito Civil*, policop., 2013

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A “Impossibilidade Moral”: do Tratamento Igualitário no Cumprimento das Obrigações*, in “Tribuna da Justiça”, n.º 18, Junho de 1986

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES *Da Alteração das Circunstâncias*, in “Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha” (sep.), Lisboa, 1987

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 1984

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. 2, Almedina, Coimbra, 1984

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Colisão de Direitos*, in “O Direito”, ano 137, n.º 1

- CORDEIRO**, ANTÓNIO MENEZES, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2003
- CORDEIRO**, ANTÓNIO MENEZES. *Da Modernização no Direito Civil*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2002
- CORDEIRO**, ANTÓNIO MENEZES, *Direito Bancário*, 5.^a ed., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina Coimbra, 2014
- CORDEIRO**, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. 1, AAFDL, Lisboa, 2001 (reimp.)
- CORDEIRO**, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012
- CORDEIRO**, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 4.^a ed. (reformulada e actualizada), Almedina, Coimbra, 2014
- CORDEIRO**, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, vol. 6, 2.^a ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2012
- CORREIA**, ANTÓNIO FERRER, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 3.^a tiragem da 2.^a ed. (de 1968), Coimbra, Almedina, 1985
- CORREIA**, ANTÓNIO FERRER, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000
- CORREIA**, ANTÓNIO FERRER / **XAVIER**, VASCO LOBO, *Efeito Externo das Obrigações; Abuso de Direito; Concorrência Desleal*, in RDE, ano 5, n.º 1, pp. 8 ss.
- COSATTINI**, *La Revoca degli atti Fraudolenti*, Pádua, 1950
- COSTA**, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA, *A Linha. Algumas Reflexões Sobre a Responsabilidade em um Tempo de Técnica e de Bio-Ética*, in “O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira”, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 1999
- COSTA**, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992
- COSTA**, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos*, in RLJ, ano 133, n.ºs 3919 e 3920, 2001, pp. 297 a 303

COTTINO, *L'Impossibilità Sopravvenuta della Prestazione e la Responsabilità del Debitore. Problemi Generali*, Milão, 1955

COVIELLO, NICOLA, *Manuale di Diritto Civile Italiano. Parte Generale*, 3.^a ed.

COVIELLO, LEONARDO, *Manuale di Diritto Civile Italiano. Parte Generale*, 1924

CRICENTI, GIUSEPPE, *I Contratti in Frode alla Legge*, 1996

CRISTAS, ASSUNÇÃO / GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *A Violação de Ordem Pública como Fundamento de Anulação de Sentenças Arbitrais. Anotação ao Acórdão do STJ de 10/07/2008*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 29, Janeiro/Março 2010

CRISTAS, ASSUNÇÃO, *Incumprimento Contratual. O Código Civil Português e o DCFR – Notas Comparadas*, in “Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida”, vol. 2, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 239 a 266.

CRUZ, SEBASTIÃO, *Direito Romano (Ius Romanum)*, vol. 1, 4.^a ed., Coimbra, 1984

CUNHA, PAULO, *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Eléctrica Portuguesa / Acórdão do Tribunal Arbitral de 30/5/1944*, in “O Direito”, 77, 1945, pp. 251 e 252.

DAMM, REINHARD, *Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung. Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschränkung bei Gesetzes- und Sittenverstoss*, in JZ, 1986, pp. 918 ss.

DAWSON, JOHN P., *Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law*, in “Tulane Law Review”, 368, 1937

DECIUS, PHILIPPUS, *Consilia sive Responsa*, consilium 335, n. 4, Veneza, 1570, fol. 364:

DEMOGUE, RENÉ, *Traité des Obligations en Général*, V, 1925

DEMOGUE, RENÉ, *Traité des Obligations en Général*, VI, 1931

DEMONTÈS, E., *De la Lésion dans les Contrats entre Majeurs (Étude de Droit Positif et de Législation Comparée)*, 1924

DENTI, *Studi sul Processo Possessorio*, in “Studi Sc. Giur. e Soc. Pubbl. Dall’Univ. di Pavia”, vol. XXX, 1949

DERNBURG, HEINRICH / BIERMANN, JOHANNES, *Pandekten*, H. W. Müller, Berlim, 1902

DESSERTAUX, MARC, *Abus de Droit ou Conflit des Droits*, in “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1906, pp. 119 ss.

DIAS, JOÃO ÁLVARO, *Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica*

DIAS, JOÃO ÁLVARO, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

DIEDERICHSEN, UWE, *Gewissensnot als Schuldbefreiungsgrund?*, in Pawlowski / Wieacker (eds.), “FS für Karl Michaelis am 70. Geburtstag”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972, pp. 36 ss.

DIESSELHORST, MAKE, *Zum Irrtum beim Vertragsschluss*, in “Symptica Franz Wieacker”, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, pp. 186 ss.

DIESSELHORST, MALTE, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Cologne, Böhlau, 1959, mais precisamente *Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte*, vol. VI

DOMAT, JEAN, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*, I, 2.^a ed., 1695

DRAETTA, UGO, *Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans les Contrats Internationaux*, in “Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal”, 2002, pp. 347 ss.

DUARTE, DIOGO PEREIRA, *Modificação dos Contratos segundo Juízos de Equidade (Contributo para a Interpretação dos artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil)*, in “O Direito”, ano 139, I, 2007

DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, 2000

DÜCHS, CONSTANTIN, *Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht*, Duncker & Humboldt, Berlim, 2006

DUGUIT, LÉON, *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, 2.^a ed., 1029

DUGUIT, LÉON, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed.

ECKSTEIN, ERNST, *Studien zur Lehre von dem Unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen*, in *AbürgR*, 41, 1915

EIRÓ, PEDRO, *Do Negócio Usurário*, Almedina, Coimbra, 1990

EISENBERG, MELVIN, *Relational Contracts*, in Jack Beatson / Daniel Friedmann (eds.), “Good Faith and Fault in Contract Law”, Clarendon Press, 1997, pp. 291 a 304

EISENBERG, MELVIN, *Why there Is No Law of Relational Contracts*, in “Northwestern University Law Review”, vol. 94, 2000, pp. 805 ss.

EISSER, GEORG, *Desarrollo y Extensión del Concepto de Riesgo en la Compraventa, según el Derecho Aleman*, in “Revista de Derecho Privado”, 1955, pp. 527 ss.

EMMERICH, VOLKER, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 4.^a ed., Beck, Munique, 1997

EMMERT, JOCHEN, *Auf der Suche nach den Grenzen Vertraglicher Leistungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001

EMMET, STUART / WRIGHT, PAUL, *Excellence in Public Sector Procurement: How to Control Costs and Add Value*, Cambridge Academic, 2012

ENNECCERUS, LUDWIG / NIPPERDEY, HANS CARL, *Allgemeiner Teil*, 15.^a ed.

ENNECCERUS / NIPPERDEY, *Derecho Civil* (trad. castelhana), I, 1

ERNST, WOLFGANG, *Irrtum. Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte*, in Reinhard Zimmermann (ed.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragschluss*, 2007, pp. 11 a 17.

ESMEIN, *Le Fondement de la Responsabilité Contractuelle*, in “Rev. Trim. Dr. Civ.”, 1933

ESSER, JOSEF / SCHMIDT, EIKE, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, tomo 1, 8.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1995

ESSER, JOSEF / SCHMIDT, EIKE, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, tomo 2, 8.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2000

ESSER, JOSEF, *Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz*, in JZ, 1958, pp. 113 a 116

FALK, ULRICH, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der Begriffsjurisprudenz*, Uittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989

FARIA, RIBEIRO DE, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em Torno do Direito Alemão*, in RFDUP, ano 1, 2004

FARIA, JORGE RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, vol. 1

FARIA, JORGE RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, vol. 2

FARNSWORTH, E. ALLAN, *Oops! The Waxing of Alleviating Mistakes*, in “Ohio Northern University Law Review”, 30, 2004

FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Quid Juris?, Lisboa, 2001 (reimp.)

FERNANDES, LUIS CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001

FERRARA, FRANCESCO, *Della Simulazione nei Negozi Giuridici*, 3.^a ed., 1909

FERREIRA, FERNANDO AMÂNCIO, *Curso de Processo de Execução*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010

FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, vol. 1, 2.^a ed., 1894

FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, vol. 3, 1891

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português. Parte Geral*, vol. 1, Lisboa, 1981

FIFOOT, CECIL HERBERT STUART, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, Stevens, Londres, 1949

FLUME, WERNER, *El Negocio Jurídico*, trad. castelhana da *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 4.^a ed., Madrid, 1998

FLUME, WERNER, *Rechtsgeschäft*, 4.^a ed.

FONTAINE, MARCEL / LY, FILIP DE, *Droit des Contrats Internationaux: Analyse et Rédaction de Clauses*, 2.^a ed., Bruylant, 2007

FONTAINE, MARCEL, *Les Clauses de Hardship, Aménagement Conventionnel de l'Imprévision dans les Contrats Internationaux à Long Terme*, in "Droit et Pratique du Commerce International", n.º 2, 1976, pp. 7 ss.

FONTAINE, MARCEL, *Les Contrats Internationaux à Long Terme*, in "Études Offertes à Roger Houin", Dalloz, 1985, pp. 263 ss.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A Ordem Pública no Domínio dos Contratos*, in "Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves", vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Dano Societários e Governança das Sociedades (Corporate Governance)*, in "Cadernos de Direito Privado", n.º especial 02, Dezembro 2012, pp. 31 ss.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Uma "Terceira Via" no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997

FRANZONI, MASSIMO, *Colpa Presunta e Responsabilità del Debitore*, CEDAM, Pádua, 1988

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Acção Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014

FRIER, BRUCE W., *Roman Law and the Wine Trade: The Problem of the Vinegar Sold as Wine*, in ZSS, 100, 1983, pp. 268 ss.

FROSSARD, JOSEPH, *La Distinction des Obligations de Moyens et des Obligations de Résultat*, 1965

FUENSALIDA, *Observaciones Críticas en Tema de Derecho Subjectivo*, in "Anuario de Derecho Civil", 34, 1981, pp. 3 a 39

FUILLÉE, ALFRED, *La Science Sociale Contemporaine*, 1.^a ed., Hachette, Paris, 1880

FULTERER, WALTER, *Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage bei Vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften*, Innsbruck 1931

GALGANO, FRANCESCO, La Responsabilità Contrattuale: i Contrasti Giurisprudenziali, in “Contratto e Impresa”, 1989, pp. 32 ss.

GASSET, JOSÉ ORTEGA Y, *Meditaciones del Quijote*, in ID., “Obras Completas”, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2004

GEYER, CHRISTIAN (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der Neuesten Experimente*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004

GIACOBBE, GIOVANNI, *Frode alle Legge*, in ED XVIII, 1969, pp. 80 ss.

GIANDOMENICO, GIOVANNI DI, *Il Contratto e l'Allea*, CEDAM, Pádua, 1987

GILMAN, JONATHAN / MERKIN, ROBERT M. / BLANCHARD, CLAIRE / TEMPLEMAN, MARK, *Arnould Law of Marine Insurance and Average*, 18.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2013

GILMORE, GRANT, *The Death of Contract* (Ohio State University Press, Columbus, 1995 (reimp. de 1974)

GIORGIANNI, MICHELE, *Buon Padre di Famiglia*, in “Enciclopedia del Diritto”, Giuffrè

GIORGIANNI, MICHELE, *Lezioni di Diritto Civile*, Bolonha, 1955-1956

GIORGIANNI, MICHELE, *L'Inadempimento*, 3.^a ed., Giuffrè, Milão, 1975

GLÜCK, CHRISTIAN FRIEDRICH, *Ausfürliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, vol. 2, 2.^a ed., 1800

GOETZ, CHARLES / SCOTT, ROBERT E., *Principles of Relational Contracts*, in “Virginia Law Review”, vol. 67, n.º 6, 1981, pp. 1089 a 1150

GOLDBERG, VICTOR, *Excuse Doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle*, in “Journal of Legal Analysis”, vol. 2, 1, 2010

GOLDBERG, VICTOR, *In Search of Best Efforts: Reinterpreting Bloor v. Falstaff*, in “Saint Louis University Law Journal”, vol. 44, 2000, pp. 1465 a 1485

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil*, 1, 1929

GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Alterações ao Código dos Contratos Públicos na Sequência do “Memorando de Entendimento com a Troika”*, in “Revista de Contratos Públicos”, n.º 5, 2012, pp. 213 a 238

GORDLEY, JAMES, *Equality in Exchange*, in “California Law Review”, vol. 69, n.º 6, 1981, pp. 1587 a 1656

GORDLEY, JAMES, *The Philosophical Origins of Modern Contract Law*, Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1991

GORLA, GINO, *Del Rischio e Pericolo nelle Obbligazioni*, Cedam, Pádua, 1934

GORLA, GINO, *Sulla c.d. Causalità Giuridica: “Fatto Dannoso e Conseguenze”*, in “Studi in Onore di A. Cicu”, I, Giuffrè, Milão, 1951, pp. 431 ss.

GOTTWALD, In “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, §§241-432”, 4.ª ed., Beck, Munich, 2001

GOUNOT, EMMANUEL, *Le Principe de l’Autonomie de la Volonté en Droit Privé: Contribution à l’Étude Critique de l’Individualisme Juridique*, A. Rousseau, Dijon, 1912

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª ed., Almedina Coimbra, 2012

GREENE, JOSHUA / COHEN, JONATHAN, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in “Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences”, vol. 359, n.º 1451, 2004, pp. 1775 ss.

GREINER, STEFAN, *Ideele Unzumutbarkeit*

GROTIUS, HUGO, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres in quibus Ius Naturae et Gentium item Iuris Publici Praecipua Explicantur*, 2.ª ed., 1631, de Kanter-van Hettinga Tromp, 1939, novamente publicado com base na edição de 1646 por Robert Feenstra

GRÜNEBERG, in Comentário de PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67.ª ed., Beck, Munich, 2008, pp. 508 ss. (§315).

GUETTIER, CHRISTOPHE, *Droit des Contrats Administratifs*, 3.ª ed., PUF, 2011

HABSCHEID, WALTHER J., *Arbeitsverweigerung und Glaubens- und Gewissensnot?*, in JZ, 1964, pp. 246 ss.

HACKL, KARL, *Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit*, in “Betriebsberater”, vol. 21, 1977, pp. 1412 ss.

HARDER, in AcP, vol. 173, 1973, p. 225

HARROD, ROY, *Towards a Dynamic Economy*, Macmillan, Londres, 1948

HART, OLIVER, / **MOORE, J.**, *Incomplete Contracts and Renegotiation*, in “Econometrica”, vol. 56, 1988, pp. 755 ss.

HAUPT, PETER, *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption*, Verlag Hermann Böhlaus, Weimar, 1941

HAUSSMANN, FRITZ, *Die Zumutbarkeit der Leistung bei Veränderung der Vertragsgrundlagen. Zur Lehre von der Clausula Rebus sic Stantibus*, in JW, 1915, pp. 634 a 637

HECK, PHILIPP, *Grundriß des Schuldrechts*, Mohr (Siebeck), Tübinga, 1929

HENRIQUES, PEDRO CORREIA, *O Papel da Desculpabilidade no Sistema de Responsabilidade Civil*, in “O Direito”, ano 141, II

HENSSLER, MARTIN, *Das Leistungsverweigerungsrecht der Arbeitsnehmers bei Pflichten- und Rechtsgüterkollisionen*, in AcP, 1990, pp. 538 ss.

HENSSLER, MARTIN, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994

HERMALIN, BENJAMIN E. / **KATZ, MICHAEL L.**, *Judicial Modification of Contract between Sophisticated Parties: a More Complete View of Incomplete Contracts and their Breach*, in “Journal of Law, Economics, and Organization”, vol. 9, 1993, pp. 230 ss.

HERZOG, HERMANN, *Zum Begriffe der Guten Sitten im BGB. Auf Grund einer Untersuchung der Verhältnisse von Sitte, Recht und Moral*, 1910

HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., 1995

HESSEN, JOHANNES, *Filosofia dos Valores* (trad. de Luís Cabral Moncada), Arménio Amado, Coimbra, 1980

HILLMAN, ROBERT A., *Court Adjustment of Long-Term Contracts: an Analysis under Modern Contract Law*, in “Duke Law Journal”, vol. 36, 1987, pp. 1 a 33

HIPPONENSIS, AURELIUS AUGUSTINUS (SANTO AGOSTINHO), *Enarrationes in Psalmos*

HOBBS, THOMAS, *Leviathan*, Part I, cap. IS (p. 208 da ed. de Macpherson).
BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1879, p. 263; SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältniss*, Leipzig, 1903

HÖRSTER, HEINRICH, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 1992

HOUTCIEFF, DIMITRI, *Le Principe de Cohérence en Matière Contractuelle*, PUAM, 2001

HOUTCIEFF, DIMITRI, *L'Obligation de Rénégocier en cas de Modification Imprévue des Circonstances. Quand la Première Chambre Civile Manie l'Art de la Litote*, in "Revue Lamy, Droit Civil", n.º 6, 2004, pp. 5 ss.

HUBER, ULRICH, *Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage*, in JuS, 1972

HUBMANN, HEINRICH, *Grundsätze der Interessenabwägung*, in ID., "Wertung und Abwägung im Recht", Heymann, Colónia, 1977, pp. 51 ss..

HUBMANN, HEINRICH, *Güterabwägung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Persönlichkeitsrecht*, in Obermayer / Bartlsperger (eds.), "Rechtstaat, Kirche, Sinnverantwortung", Beck, Munique, 1986, pp. 46 ss.

HUBMANN, HEINRICH, *Das Persönlichkeitsrecht*, Böhlau, Colónia, 1967

HUBMAN, HEINRICH, *Persönlichkeitsschutz ohne Grenzen?*, in "Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht", 1974, pp. 85 ss.

HUBMANN, HEINRICH, *Rationale Wertung*

HÜBNER, ULRICH, *Der Gerechte Preis. Preisfreiheit und Rechtliche Instrumente der Preiskontrolle in der Sozialen Marktwirtschaft*, in, FS Ernst Steindorff 70., 1920, pp. 589 ss.

HUECK, GÖTZ, *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, Beck, Munique, 1958

HVID, MORTEN, *Relational Contracts, Repeated Interaction and Contract Modification*, in “European Journal of Law and Economics”, vol. 5, 1998, pp. 179 ss.

JAMIN, CHRISTOPHE, (ed.), *Droit et Économie des Contrats*, LGDJ, 2008

JHERING, RUDOLF VON, *Culpa in Contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, 1861, in “Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts”, vol. 4, pp. 1 ss. (traduzida para português por Paulo Mota Pinto: *Culpa in Contrahendo, ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, Almedina, Coimbra, 2008).

JHERING, RUDOLF VON, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Verlag von Emil Roth, Gießen, 1867

JHERING, RUDOLF VON, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 1, 2.^a ed. desenvolvida, Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1866, p. 14.

JOLLS, CHRISTINE, *Contracts as Bilateral Commitments: a New Perspective on Contract Modification*, in “Journal of Legal Studies”, vol. 26, 1997, pp. 203 ss.

JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1968

JOSKOW, PAUL J., *Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case*, in “The Journal of Legal Studies”, vol. 6, n.º1, 1977, pp. 119 a 176

JOSKOW, PAUL J., *Contract Duration and Relationship-Specific Investments*, in “The American Economic Review”, vol. 77, 1987, pp. 168 ss.

JOSSERAND, LOUIS, *Les Transports*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1926

JOSSERAND, LOUIS, *L'Esprit des Droits et Leur Relativité*, Paris 1927

JÚNIOR, SANTOS, *Da “Impossibilidade Pessoal” de Cumprir. Breve Confronto do Novo Direito Alemão com o Direito Português*, in “Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem”, Almedina, Coimbra, 2012

JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS. *Direito Privado Romano*, vol. 1 (Parte Geral), 2.^a ed., 2003

KANTOROWICZ, HERMANN, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1907 (sob o pseudónimo GNAEUS FLAVIUS)

KASER, MAX, *Das Römische Privatrecht*, 1, 2.^a ed.

KASER, MAX, *Infamia und Ignominia in den Römischen Rechtsquellen*, in SZRom, 73, 1956, pp. 220 a 278

KASER, MAX, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im Klassischen Römischen Recht*, in SZRom, 60, 1940, pp. 95 a 150

KAULBACH, FRIEDRICH, *Experiment, Perspektive und Urteilskraft bei der Rechtserkenntnis*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 1989

KEGEL, GERHARD, *Empfiehl es sich den Einfluss Grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge Gesetzlich zu Regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)*, in “Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag”, Mohr (Siebeck), Tübinga, 1953

KLUNZINGER, EUGEN, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 12.^a ed., 2004

KÖHLER, HELMUT, *BGB. Allgemeiner Teil*, 28.^a ed., 2004

KÖHLER, HELMUT, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Beck, Munique, 1971

KOHE, WOLFHARD, *Gewissenkonflikte am Arbeitsplatz. Zur Aktualität des Rechts der Leistungsstörungen*, in NZA, 1989, pp. 161 ss.

KOLLER, INGO, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen. Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der Materiellen Leistungserschwerung, Zweckstörung sowie Schadensersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen*, Beck, Munique, 1979

KÖTZ, HEIN, *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2009

KRÜCKMAN, PAUL, *Clausula Rebus sic Stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, in, “Archiv für die Civilistische Praxis”, 116, 1918, pp. 157 ss.

KRÜCKMANN, PAUL *Custodia*, in “Ztschr. Sav. St.”, 64, 1944

KRÜCKMANN, PAUL, *Die Voraussetzung als Virtueller Vorbehalt*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 131, 1929

- KRÜGER, HUGO / KASER, MAX**, *Fraus*, in SZRom, 63, 1943, pp. 117 ss.
- LAMPE, ERNST-JOACHIM** (ed.), *Willensfreiheit und Rechtliche Ordnung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008
- LANGE, HERMANN**, *Römisches Recht im Mittelalter, I – Die Glossatoren*, 1997
- LARENZ, KARL / WOLF, MANFRED**, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., 2004
- LARENZ, KARL / CANARIS, CLAUS-WILHELM**, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed., Berlin, 1995
- LARENZ, KARL**, *Das “Allgemeine Persönlichkeitsrecht” im Recht der Unerlaubten Handlungen*, in NJW, 14/15, 1955, pp. 522 ss.
- LARENZ, KARL**, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Munique e Berlin, 1963
- LARENZ, KARL**, *Grundsätzliches zu § 138 BGB*, in JurJb, 7, 1966/1967, pp. 98 a 112
- LARENZ, KARL**, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., Beck, Munique, 1987
- LARENZ, KARL**, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.^a ed., trad. port. de José Lamego (da 5.^a ed. alemã), Lisboa, 1989
- LARENZ, KARL**, *Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in NJW, 1952, pp. 361 e 362
- LASBORDES, VICTOIRE**, *Les Contracts Déséquilibrés*, tomo II, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2000
- LAUBADERE, ANDRE DE / MODERNE, FRANCK / DELVOLVE, PIERRE**, *Traité des Contrats Administratifs*, 2.^a ed., LGDJ, 1983
- LAUDENKLOS, FRANK**, *Aufwertungsrechtsprechung*, in “Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte I”, 2.^a ed., Berlin, 2005
- LAUFS, ADOLF**, *Der Aktuelle Streit um das Alte Problem der Willensfreiheit. Eine Kritische Bestandsaufnahme aus Juristischer Sicht*, in “Medizinrecht”, vol. 29, n.º 1, pp. 1 a 7

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. 1, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010

LEITÃO, LUÍS MENEZES *Direito das Obrigações*, vol. 2, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, Lisboa, 1996

LEYSER, AUGUSTIN, *Meditationes ad Pandectas*, Leipzig, 1744, vol. 7, specimen 520, § 5, p. 847.

LICHÈRE, FRANÇOIS, *Droit des Contrats Publics*, Dalloz, 2005

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, *Código Civil anotado*, vol. I, 4.^a ed. revista e actualizada, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, *Noções Elementares de Direito Civil*, I, 6.^a ed.

LINDACHER, *Grundsätzliches zu § 138 BGB*, in AcP, 173, 1973

LOBINGER, THOMAS, *Die Grenzen Rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311^a, 213 BGB n.F.*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004

LOCHER, EUGEN, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 121, 1, 1923

LOOSCHELDERS, DIRK, “Unmöglichkeit” und Schadensersatz statt der Leistung, in JuS, 2010, pp. 849 ss.

LOPES, LICÍNIO, *Empreitada de Obras Públicas: o Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policop., Coimbra, 2012

LUCAS-PUGET, ANNE-SOPHIE, *Essai sur la Notion D’Objet du Contrat*, LGDJ, 2005

LUIG, KLAUS, *Savignys Irrtumslehre*, in “Ius Commune”, vol. 8, 1979, pp. 36 ss.

LUIG, KLAUS, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius*, in FS Helmut Coing, 1982, pp. 187 ss..

MACARIO, FRANCESCO, *Adeguamento e Rinegoziazione nei Contratti a Lungo Termine*, Jovene, 1996

MACHADO JOÃO BAPTISTA, *A Cláusula do Razoável*, in ID., “Obra Dispersa”, vol. 1, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 457 a 621

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas*, in ID., *Obra Dispersa*, vol. 1, Scientia Iuridica, Braga, 1991

MACHADO, JOÃO BAPTISTA *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed. (reimp.), Almedina, Coimbra, 2002

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in ID., “Obra Dispersa”, vol. 1, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 125 a 193

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Risco Contratual e Mora do Credor*, in RLJ, n.º 37711, ano 116, 1985

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, / **RAMOS, RUI MOURA**, *Direito Internacional Privado. Parecer*, in CJ, X, 1985, 5, pp. 11 a 23

MACKELDEY, FERDINAND *Manuel de Droit Romain Contenant la Théorie des Institutes*, 3.^a ed., 1846

MACNEIL, IAN, *A Primer of Contract Planning*, in “Southern California Law Review”, vol. 48, 1975, pp. 627 a 704

MACNEIL, IAN, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, in “Northwestern University Law Review”, vol. 72, 1978, pp. 854 ss.

MACNEIL, IAN, *Essays on the Nature of Contract*, in “North Carolina Central Law School”, vol. 10, 1979, pp. 159 a 200

MACNEIL, IAN, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in “Northwestern University Law Review”, vol. 94, 2000, pp. 877 a 907.

MACNEIL, IAN, *Relational Contract Theory: Unanswered Questions*, in “Northwestern University Law Review”, 2000, pp. 431 ss.

MACNEIL IAN,, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, in “Wisconsin Law Review, 1985, pp. 483 ss.

MACNEIL, IAN, *Reflections on Relational Contract*, in “Journal of Institutional and Theoretical Economics”, vol. 141, 1985, pp. 541 ss.

MACNEIL, IAN, *The Many Futures of Contracts*, in “Southern California Law Review”, vol. 47, 1974, pp. 691 a

MACNEIL, IAN, *Values in Contract: Internal and External*, in “Northwestern University Law Review”, vol. 78, 1983, pp. 340 ss.

MACNEIL, IAN, *Whither Contracts?*, in “Journal of Legal Education”, vol. 21, 1969, pp. 403 a 417

MALAURIE, PHILIPPE / AYNÉS, LAURENT / STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE, *Les Obligations*, 5.^a ed., 2011

MALINAUD, PHILIPPE / FENOUILLET, DOMINIQUE, *Droit des Obligations*, 12.^a ed., 2012

MARASCO, GERARDO, *La Rinegoiazione del Contratto*, Cedam, 2006.

MARKESINIS, BASIL / UNBERATH, HANNES / JOHNSTON, ANGUS, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford, 2006

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial, na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra, 2000

MARTON, *Obligations de Résultat et Obligations de Moyens*, in “Rev. Trim. Dr. Civ.”, 1935, pp. 497 ss.

MASPETIOL, ROLAND, *Ambiguité du Droit Subjectif: Méthaphysique, Technique Juridique ou Sociologie*, in APD, IX, 1964, pp. 71 a 81

MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE, *A Fase Preliminar do Contrato*, in “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977”, vol. 3, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 309 a 368

MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil Médica: Breves Reflexões em torno dos Respetivos Pressupostos*, in CDP, n.º 43, Julho/Setembro 2010, pp. 48 a 71

MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina, Coimbra, 2011

MAYER-MALY, THEO, *Contra Bonos Mores*, in FG Max Kaser 80., 1986, pp. 151 a 167

MAYER-MALY, THEO, *Der Gerechte Preis*, in FS Heinrich Demelius, 1977

MAYER-MALY, THEO, *Renaissance der Laesio Enormis?*, in FS Larenz 80., 1983, pp. 395 ss.

MAYER-MALY, THEO, *Was Leisten die Guten Sitten?*, in AcP, 194, 1994

MCKENDRICK, EWAN, *Contract Law*, 11.^a ed., Palgrave, Londres, 2015

MEDEIROS, RUI, *O Controle de Custas nas Empreitadas de Obras Públicas através do Novo Regime de Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões e de Trabalhos a Mais*, in Pedro Costa Gonçalves (ed.), “Estudos de Contratação Pública – II”, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 417 ss.

MEDICUS, DIETER, *Allgemeiner Teil des BGBs. Ein Lehrbuch*, 10.^a ed., 2010

MEDICUS, DIETER, *Vertragliche und Deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln*, in FS Eduard Kern, 1968, pp. 327 ss.

MEDICUS, DIETER, *Zur Entdeckungsgeschichte der Culpa in Contrahendo*, in “Festgabe für Max Kaser”, 1986, pp. 169 ss.

MEIER, SONJA, *Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallbearbeitung*, in JURA, 2002, 2, pp. 118 ss.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual Civil*, vol. 3, AAFDL, Lisboa, 2012 (reimp.), pp. 203

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 1, Lisboa, 1978

MENEMENIS, ALAIN, *Code des Marchés Publics et autres Contrats Commentés*, 5.^a ed., Dalloz, 2012

MENGGONI, LUIGI, *Obbligazioni “di Risultato” e Obbligazioni “di Mezzi”*, in “Rivista del Diritto Commerciale”, ano 52, 1954

MERTENS, HANS-JOACHIM, *Deliktsrecht und Sonderprivatrecht. Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes vom Vermögensinteressen*, in AcP, 178, 1978

MESSINEO, FRANCESCO, *Dottrina Generale del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1948

MEYER-CORDING, ULRICH, *Gute Sitten und Ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechtes. Grundsätzliches zu § 1 UWG*, in JZ, 1964

MICHELI, L’Onere della Prova, Milão, 1942

MILL, JOHN STUART, *Principles of Political Economy with Some of their Application to Social Philosophy*, 7.^a ed., Longmans, Green, Reader & Dyer, Londres, 1871

MIRABELLI, GIUSEPPE, *Rescissione (Diritto Civile)*, in “Novissimo Digesto Italiano”, XV, 1957, p. 581.

MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO, *Da Ordem Pública no Processo Arbitral*, in “Estudos em Homenagem a Lebre de Freitas”, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 595 a 617

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, (2.^a reimp., 2011), Almedina, Coimbra, 1985

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990 (2.^a reimp. 2014)

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Erro e Vinculação Negocial (A Propósito da Aplicação do Bem a Fim Diferente do Declarado)*, Almedina, Coimbra, 2002

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Negócio Jurídico e Contrato de Sociedade Comercial*, in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, vol. I, “Congresso Empresas e Sociedades”, Coimbra Editora, 2007

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO / GOMES, JÚLIO, *A “Hardship Clause” e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, in Afonso Vaz / Azeredo Lopes (eds.), “Juris et de Jure. Nos Vinte Anos da Faculdade de

Direito da Universidade Católica Portuguesa”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pp. 17 a 40

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO / **GOMES**, JÚLIO, *Rebus Sic Stantibus: Hardship Clauses in Portuguese Law*, in ERPL, n.º 3, 1998, pp. 319 ss.

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra 1989

MORCOS, *Les Causes Légales d’Exonération de la Responsabilité Civil*

MOREIRA, GUILHERME, *Instituições de Direito Civil*, 1

MOSCATI, ENRICO, *La Disciplina Generale delle Obligazioni*

MOSCO, *Onerosità e Gratuità degli Atti Giuridici*, Milão, 1942

MÜLLER, ANDREAS, *Die Kollision bei Subjektiven Rechten*, 1971

MÚRIAS, PEDRO / **PEREIRA**, MARIA DE LURDES, *Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação*, in “Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem”, Almedina, Coimbra, 2002

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *A Unidade do Sistema Jurídico: o Seu Problema e o Seu Sentido*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. Teixeira Ribeiro”, vol. 2, Coimbra, 1979, pp. 73 ss.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Escola do Direito Livre*, in “Polis”, vol. 2

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica*

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Questão-de-Facto-Questão-de-Direito*, 1967

NICOLÒ, *L’Adempimento dell’Obbligo Altrui*, Milão, 1936

NOVA, GIORGIO DE *Nuovi Contratti*, Torino, 1990

OERTMANN, PAUL, *Die Geschäftsgrundlage. Ein Neuer Rechtsbegriff*, Deichertiche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1921

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Alteração das Circunstâncias, Risco e Abuso do Direito, a Propósito de um Crédito de Tornas*, in “Colectânea de Jurisprudência”, ano XIV, tomo V, 1989

- OLIVEIRA, NUNO PINTO**, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2005
- OLIVEIRA, NUNO PINTO**, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- OLIVEIRA, PINTO DE**, *Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: Problemas de Ilicitude e de Culpa*, in “Responsabilidade Civil dos Médicos”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005
- OMMESLAGHE, PIERRE VAN**, *Les Clauses de Force Majeure et d’Imprévision (Hardship) dans les Contrats Internationaux*, in “Revue de Droit International et de Droit Comparé”, n.º 7, 1980, pp. 10 ss.
- OSSIPOW, PAUL**, *De la Lésion: Étude de Droit Positif et de Droit Comparé*, Lausanne, 1940
- OTT, CLAUS**, *Systemwandel im Wettbewerbsrecht. Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik*, in FS Ludwig Raiser, 1974
- PALLARD**, *L’Exception de Nécessité en Droit Civil*, Paris, 1949
- PAWLOWSKI, HANS-MARTIN**, *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des Bürgerlichen Rechts*, 6.^a ed., 2000
- PAWLOWSKI, HANS-MARTIN**, *Die Aufgabe des Richters*
- PEEL, EDWIN / TREITEL, GUENTER H.**, *The Law of Contract*, 13.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2011
- PEISER, GUSTAVE**, *Droit Administratif Général*, 25.^a ed., Dalloz, 2011
- PELLÉ, SÉBASTIAN**, *La Notion D’Interdépendence Contractuelle. Contribution à l’Étude des Ensembles de Contrats*, Dalloz, 2007
- PEREIRA, MARIA DE LURDES**, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001
- PESSOA, FERNANDO**, *Livro do Desassossego, por Bernardo Soares*, vol. 1, Ática, Lisboa, 1982
- PEYRICAL, JEAN-MARC**, *Les Avenants aux Contrats Publics*, 3.^a ed., Editions Le Moniteur, 2005

PICCIRILLO, ALESSANDRO, *Rescissione (Diritto Romano)*, in NssDI, XV, 1968, pp. 573 a 579;

PICKER, EDUARD, *Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht – Teil 1*, in JZ, 1985, pp. 641 ss.

PIGOU, ARTHUR CECIL, *The Economics of Welfare*, 4.^a ed., MacMillan, Londres, 1932

PINO, *Contratto Aleatorio, Contratto Commutativo e Alea*, in “Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.”, 1962, pp. 1221 ss.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

PINTO, PAULO MOTA, *A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in “Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, II”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 527 a 558

PINTO, PAULO MOTA, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar*, in RLJ, ano 143, n.º 3987, pp. 391 ss.; e ano 144, n.º 3988, pp. 14 ss.

PINTO, PAULO MOTA, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995

PINTO, PAULO MOTA, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (ed.), “Il Nuovo Codice Civile Brasiliano”, Giuffrè, Milão, 2003

PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

PINTO, PAULO MOTA, *Requisitos de Relevância do Erro*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles”, vol. 4, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 43 a 139

PINTO, PAULO MOTA, *Sobre a Alegada “Superação” do Direito pela Análise Económica*, in “O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito”, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 169 a 211

- PINTO, RUI**, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- POSNER, RICHARD**, *Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., Wolters Kluwer, Nova Iorque, 2014
- POSNER, RICHARD / ROSENFELD, ANDREW**, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, in “Journal of Legal Studies”, vol. 6, 1977, pp. 83 ss.
- POTHIER, ROBERT-JOSEPH**, *Traité des Obligations*, I (in “Oeuvres”), 1805, § IV, n.ºs 33-34
- POUND, ROSCOE**, *Jurisprudence*, vol. 4, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1959
- PRATA, ANA**, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1982
- PUCHTA, GEORG FRIEDRICH**, *Cursus der Institutionen*, vol. 1, 10.^a ed., 1893
- PRATA, ANA**, *Responsabilidade Civil: Duas ou Três Dívidas sobre Ela*, in “Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO**, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO**, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, in BFD, supl. 22, 1975, pp. 235 a 461
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO**, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- PUFFENDORF, SAMUEL**, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Apud Andream ab Hoogenhuysen, Amesterdão, 1688, Libri III
- PUNZI**, *La Funzione del Giudice nell’Attuale Evoluzione del Diritto Privato*, in “Riv. Dir. Comm.”, 1968, I, p. 19
- RADOUANT**, *Du Cas Fortuit et de la Force Majeure*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1920
- RAISER, LUDWIG**, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in “Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Konkursrecht”, 1948, pp. 75 a 101

RAISER, LUDWIG, *Der Stand der Lehre vom Subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, in JZ, 1961, pp. 465 a 473

RAMM, THILO, *Einführung in das Privatrecht*, 2.^a ed.

RAMSEY, F. P., *A Mathematical Theory of Saving*, in “The Economic Journal”, vol. 38, n.º 152, 1928

REGELSBERGER, FERDINAND, *Pandekten*, vol. 1, 1893

REINICKE, MICHAEL, *Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit; eine Grundrechtskollision in Privatrecht*, in “Juristische Arbeitsblätter”, 1981 pp. 328 a 333

REY, PATRICK / SALANIÉ, BERNARD, *Long-Term, Short-Term and Renegotiation: on the Value of Commitment in Contracting*, in “Econometria”, vol. 58, 1990, pp. 597 ss.

RHODE, HEINZ, *Die Beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 124, 1925

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999

RIPERT / BOULANGER, *Traité Élémentaire de Droit Civil de M. Planiol*, II, Paris, 1949

RITO, SIDÓNIO PEREIRA, *Elementos da Responsabilidade Delitual*, Sep. do “Jornal do Fôro”, ano 10, Tipografia Freitas Brito, Lisboa, 1946, n.º 22

ROCHA, COELHO DA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.^a ed., Livraria Clássica, Lisboa, 1917

ROCHA, MARIA VICTÓRIA R. F., *A Imputação Objectiva na Responsabilidade Contratual*, in “Revista de Direito e Economia”, ano XV, 1989

RODIERE, *La Responsabilité Civile*, Paris, 1952

RODOTÀ, STEFANO, *Diligenza (Diritto Civile)*, in “Enciclopedia del Diritto”, vol. 12, Giuffrè, Milão, 1964, pp. 539 a 546

ROEBER, GEORGE, *Abgrenzungsfragen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, in “Film und Recht”, 6, 1965

ROSENTHAL, *Custodia und Aktivenlegitimation zur Actio Furti*, in “Ztschr. Sav. St.”, 68, 1951

ROSSMANITH, GÜNTHER, *Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1975

ROTH, GERHARD, *Aus Sicht des Gehirns*, 2.^a ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009

RUBINO, *La Fattispecie e gli Effetti Giuridici Preliminari*, Milão, 1939

RÜHLE, KLAUS, *Das Wucherverbot. Effektiver Schutz des Verbrauchers vor Überhöhten Preissen?*, 1978

RUMMEL, MICHAEL, *Die Clausula Rebus Sic Stantibus*, 1991

RÜTHERS, BERND / **STADLER**, ASTRID, *Allgemeiner Teil des BGBs*, 13.^a ed., 2003

RÜTHERS, BERND, *Die Unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7.^a ed., 2012

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE, *Abuso do Direito*, Coimbra, 1997

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE, *Direito ao Cumprimento e Direito a Cumprir*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano 20, 1973, pp. 149 a 259

SACCO, RODOLFO / **DE NOVA**, GIORGIO, *Il Contratto*, tomo 2, UTET, Turim, 1993

SALANIÉ, BERNARD, *Théorie des Contrats*, 2.^a ed., Economica, Paris, 2012

SALLINGER, M., *Zum Begriff des Verstosses gegen die Guten Sitten*, in JW, 1917

SALMINEN, PAULINA / **PAAJANEN**, HANNU / **RAUTIO**, TERO / **NORDSTRÖM**, PIA / **AARNIO**, MARKKU / **RANTANEN**, TUOMO / **TUOMINEN**, RISTO / **HURME**, SAIJA / **VIRTANEN**, JOHANNA / **MECKLIN**, JUKKA-PEKKA / **SAND**, JUHANI / **JARTTI**, AIRI / **KIIKKA**, IRINA RINTA / **GRÖNROOS**, JUHA M., *Antibiotic Therapy vs Appendectomy for Treatment of Uncomplicated Acute Appendicitis*, in JAMA, vol. 313, n.º 23, Junho de 2015, pp. 2340 a 2348

SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, I, 1990

SANTOS, FELIPE GÓMEZ ACEBO, *Revisión del Concepto de Lesión: su Estructura Técnica*, in “Revista de Derecho Privado”, ano XXXIV, n.º 390, 1950

SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS, *A Simulação*, 1

SAUSSIER, STÉPHANE / MASTEN, SCOTT E., *Econometrics of Contracts: an Assessment of Developments in the Empirical Literature on Contracting*, in “Revue d’Économie Industrielle”, n.º 92, 2000, pp. 215 ss..

SAVIGNY, FRIEDRICH-CARL VON, *System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, 1840

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 3, 1.^a ed., Veit, Berlim, 1840

SCANLON, THOMAS, *Promises and Practices*, in “Philosophy & Public Affairs”, vol. 19, n.º 3, 1990

SCHANZE, ERICH, *Culpa in Contrahendo bei Jhering*, in “Ius Commune”, 7, 1978, pp. 326 ss.

SCHMIDLIN, BRUNO, *Die Beiden Vertragsmodelle des Europäischen Zivilrechts: das Naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das Pandektistische Modell der Vereinigten Willenserklärungen*, in Reinhard Zimmermann / Rolf Knütel / Jens Peter Meincke (eds.), “Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik”, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 190 a 193

SCHMIDT, JÜRGEN, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung – Ein Beitrag zur Theorie des Subjektiven Rechts*, Carl Heymann, Colónia, 1969

SCHMIDT, JÜRGEN, *Nochmals zur “Formalen Struktur” der Subjektiven Recht*, in “Rechtstheorie / Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts”, 10, 1979, pp. 71 a 79;

SCHMIDT-KESSEL, MARTIN, *Remedies for Breach of Contract in European Private Law – Principles of European Contract Law, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference*, in Reiner Schulze (ed.), “New Features in Contract Law”, Sellier, 2007, pp. 183 a 196

SCHRICKER, GERHARD, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoß. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerblicher Normen*, 1970, XIV, pp. 22 ss.

SCHULTZE, WOLFGANG GEORG, *Die Laesio Enormis in der Deutschen Privatrechtsgeschichte*, 1973

SCHULZE, REINER / EBERS, MARTIN, *Streitfragen im Neuen Schuldrecht*, in JuS, 2004

SCHWARZE, ROLAND, *Das Recht der Leistungsstörungen*, de Gruyter, Berlin, 2008

SCOTT, ROBERT E., *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, in “California Law Review”, vol. 75, n.º 6, 1987, pp. 2005 a 2054

SEGNI, LOTARIO DEI CONTI DI (PAPA INOCÊNCIO III), *Decretal Quemadmodum*, 2.24.25

SEN, AMARTYA, *Behaviour and the Concept of Preference*, in “Economica”, vol. 40, n.º 159, Agosto de 1973, pp. 241 ss..

SENECA, LUCIUS ANNAEUS, *De Beneficiis*, 4, 35, 3

SEQUEIRA, ELSA VAZ DE, *Da Distinção entre Limites Extrínsecos do Direito e Limites Extrínsecos do Seu Exercício*, in “Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes”, vol. 1, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

SEQUEIRA, ELSA VAZ DE *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004

SFORZA, CESARINI, *Diritto Soggettivo*, in “Enciclopedia del Diritto”, XII, 1964, p. 694

SERRA, ADRIANO VAZ, *A Culpa do Devedor ou Culpa do Agente*, in BMJ, n.º 68, 1957

SERRA, ADRIANO VAZ, *Anot. ao Acórdão do STJ de 6/1/1976 (OLIVEIRA CARVALHO)*, in RLJ, 110, 1977, p. 28

SERRA, ADRIANO VAZ, *Causas Justificativas do Facto Danoso*, in BMJ, n.º 85, 1959, pp. 13 a 112

SERRA, ADRIANO VAZ, *Fundamento da Responsabilidade Civil (Em Especial, Responsabilidade por Acidentes de Viação Terrestre e por Intervenções Ilícitas)*, in BMJ, n.º 90, 1959

SERRA, ADRIANO VAZ, *Impossibilidade Superveniente por Causa Não-Imputável ao Devedor e Desaparecimento do Interesse do Credor*, in BMJ, n.º 46

SERRA, ADRIANO VAZ, *Manuel de Andrade, Civilista*, in BFD, vol. XXXV, 1959

SERRA, ADRIANO VAZ, *Mora do Credor*, in BMJ, 1955, n.º esp., pp. 375 a 467

SERRA, ADRIANO VAZ, *Mora do Devedor*, in BMJ, n.º 48, 1955, pp. 5 a 317

SERRA, ADRIANO VAZ, *Objecto da Obrigação. A Prestação – Suas Espécies, Conteúdos e Requisitos*, in BMJ, n.º 74, 1958

SERRA, ADRIANO VAZ, *Reparação do Dano Não Patrimonial*, in BMJ, n.º 83, 1959, pp. 69 a 109

SERRA, ADRIANO VAZ, *Requisitos da Responsabilidade Civil*, in BMJ, n.º 92, 1960, pp. 37 a 136

SERRA, ADRIANO VAZ, *Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*, in BMJ, n.º 68, 1957, pp. 293 a 384

SERRA, ADRIANO VAZ, *União de Contratos. Contratos Mistos*, in BMJ, n.º 91, 1959

SHAKESPEARE, WILLIAM, *Macbeth*, in ID., “Complete Works of William Shakespeare”, HarperCollins, Glasgow, 1994

SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung*, in “Jherings J.”, 50, 1906

SILEN, WILLIAM, *Acute Appendicitis and Peritonitis*, in Kasper / Braunwald / Fauci / Hauser / Longo / Jameson (eds.), “Harrison’s Principles of Internal Medicine”, 16.^a ed., McGraw-Hill, Nova Iorque, 2005, pp. 1805 a 1808

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Contrato em Fraude à Lei e Resolução por Alteração das Circunstâncias*, in ID., “Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)”, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 163 a 186

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2002

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Incumprimento e Responsabilidade Civil*, in ID., “Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)”, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 97 a 120

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, anot. Ac. STJ de 10/10/2013, in RLJ, ano 143, n.º 3986, pp. 348 ss.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Swap de Taxa de Juro: sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Excepção do Jogo e Apostas*, in RLJ, ano 142, n.º 3979, pp. 238 a 269

SILVA, MANUEL GOMES DA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. 1, Lisboa, 1944

SIMITIS, KONSTANTIN, *Gute Sitten und Ordre Public*

SIMONCELLI, *Contr. alla Teoria della Custodia*, in “Scritti Giur.”, I, Roma, 1938

SINGER, WOLF, *Der Beobachter im Gehirn*, 2.^a ed., 2009, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Editora, Coimbra, 2011 (reimp.)

STAHL, FRIEDRICH JULIUS, *Über die Kollision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte*, Würzburg, 1826

STOLL, HANS, *Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen*, in FS Flume

STÜRNER, MICHAEL, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer Privatrechtsimmanenten Begrenzung von Vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010

SYKES, ALAN, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World*, in “Journal of Legal Studies”, vol. 19, 1990, pp. 73 a 90)

TALAMANCA, MARIO, *Obbligazioni (Diritto Romano)*, in “Enciclopedia del Diritto”, vol. 29, Giuffrè, Milão, 1979, pp. 1 a 78

TELLES, CORRÊA, *Digesto Portuguez*, 9.^a ed.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Aspcctos Comuns aos Vários Contratos*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, vol. VII, 1950

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002

TENNYSON, ALFRED, *English Poetry. From Tennyson to Whitman*, vol. III, P. F. Collier & Son, Nova Iorque, 1969

TERRÉ, FRANÇOIS / SIMLER, PHILIPPE / LEQUETTE, YVES, *Droit Civil. Les Obligations*, 10.^a ed.

TERRE, FRANÇOIS / LEQUETTE, YVES, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, 10.^a ed., Dalloz, Paris, 1994

TEUTONICUS, JOHANNES, *Apparatus Glossarum*, in Kenneth Pennington (ed.), *Compilationem tertiam, Gloss ad 3 Comp. 2.15.11 ad v. subintelligenda condicio*, p. 285.

THIBAUT, ANTON FRIEDRICH JUSTUS, *Versuche über Einzelne Theile der Theorie des Rechts*, vol. 2, 2.^a ed., 1817

THIER, ANDREAS, *Legal History*, in Ewoud Hondius & Hans-Christoph Grogoleit (eds.), “Unexpected Circumstances in European Contract Law”

THOMASIIUS, CHRISTIAN, *De Aequitate Cerebrina Legis Secundae C. De Resc. Vend.*,

THON, AUGUST, *Rechtsnorm und Subjektives Recht. Untersuchung zur Allgemeinen Rechtslehre*, 1878

TIEDTKE, KLAUS, *Sittenwidrigkeit einer Ehegattenbürgschaft bei Krasser Finanzieller Überforderung der Bürgen*, in NJW, 1999, pp. 1209 a 1213

TOPITSCH, ERNST, *Über Leerformeln. Zur Pragmatik des Sprachgebrauches im Philosophie und Politischer Theorie*, in Ernst Topitsch (ed.), “Probleme der Wissenschaftstheorie. Festschrift für Viktor Kraft”, Viena, 1960

TREITEL, GUENTER, *Frustration and Force Majeure*, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2014

TRIMARCHI, PIETRO, *Istituzioni di Diritto Privato*, 7.^a ed., Giuffrè, Milão, 1986

TVERSKY, AMOS / KAHNEMAN, DANIEL, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, in David E. Bell / Howards Raiffa / Amos Tversky (eds.), “Decision Making. Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions”, Cambridge University Press, 1988

UBALDIS, BALDO DE, *Commentarius ad D. 46.3.38, n. 2*, in Baldo de Ubaldis, “Commentaria Omnia”, Veneza, 1599, vol. IV, fol. 39

VALLAURI, LUIGI LOMBARDI, *Geschichte des Freirechts*, Uittorio Kostermann, Frankfurt am Main, 1971

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Anot. Ac. STJ de 7/10/1982*, in RLJ, ano 119, n.ºs 3742 a 3753, 1986-1987, pp. 172 a 179

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Comunicação sobre o Projecto do Código Civil*, in BMJ, n.º 156

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. 2, 7.^a ed. (reimp.), Almedina, Coimbra, 1997

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil*, in BFD, vol. 48, 1972, pp. 78 a 106

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES *Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração de Circunstâncias (Parecer)*, in CJ, ano 7, tomo 2, 1982, pp. 7 a 17

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 2, Coimbra, 2002

VIDAL, LAURENT, *L'Équilibre Financier du Contrat dans la Jurisprudence Administrative*, Bruylant, 2005

VISINTINI, GIOVANNA, *La Responsabilità Contrattuale*, Jovene, 1979

VISINTINI, GIOVANNA, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, CEDAM, Pádua, 1996

WÄCHTER, CARL GEORG, *Pandekten*, 1, 1880

WAGNER, GERHARD, *In Defense of the Impossibility Defense*, in "Loyola U. Chi. L. J.", vol. 27, 1995, pp. 55 ss.

WAGNER, GERHARD, *Rudolph von Iherings Theorie des Subjektiven Rechts und der Berechtigenden Reflexwirkungen*, in AcP, 193, 1993, pp. 319 a 347.

WANNER, JENS, *Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im Totalitären Staat: eine Rechtshistorische Untersuchung zur Auslegung und Anwendung des § 138 Absatz 1 BGB im Nationalsozialismus und in der DDR*, 1996, XII, pp. 366 ss.

WEIL, PROSPER, *O Direito Administrativo* (trad. portuguesa de Maria da Glória Ferreira Pinto), Almedina, Coimbra, 1977

WENZEL, KARL, *Das Recht der Wort und Bildberichterstattung*, Schmidt, Colónia, 1979

WHITE, JAMES BOYD, *Economics and Law: Two Cultures in Tension*, in "Tennessee Law Review", vol. 54, 1986.1987, pp. 161 a 202

WHITE, JAMES BOYD, *When Words Lose Their Meaning. Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, University of Chicago Press, 1984

WHITE, JAMES / SUMMERS, ROBERT, §3–10, 2006. Uniform Commercial Code, St. Paul, MN, West Group

WIEACKER, FRANZ, *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850

WIEACKER, FRANZ, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerliches Gesetzbuchs)*, in "Archiv für das Civilistische Praxis", vol. 74, 1889, pp. 213 a 239

WIEACKER, FRANZ, *Die Voraussetzung*, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, vol. 78, 1892, pp. 161 a 202

WIEACKER, FRANZ, *Error, Dissens oder Gegenstandslose Leistungsbestimmung*, in “Melanges Philippe Meylan”, vol. 1 (Droit Romain), Lausanne, 1963, pp. 398 ss.

WIEACKER, FRANZ, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht*, in Rolf Dietz / Heinz Hübner (eds.), “Festschrift für Hans Carl Nipperdey”, vol. 1, Verlag C.H. Beck, Munique e Berlin, 1965, pp. 783 ss.

WIEACKER, FRANZ, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in “Archiv für das Civilistische Praxis”, vol. 79, 1892, pp. 49 a 107

WIEACKER, FRANZ, *Rechtsprechung und Sittengesetz*, in JZ, 1961

WIEACKER, FRANZ, *Vertragsbruch und Gewissensnot*, in JZ, 1954

WIGNY, *Responsabilité Contractuelle*, in “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1935, pp. 56 ss.

WIELING, HANS JOSEF, *Testamentsauslegung im Römischen Recht*, C.H. Beck, Munique, 1972

WILBURG, WALTER, *Entwicklung eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz, 1950

WILLIAMS, JOHN, (ed.), *The Reports of the Most Learned Sir Edmund Saunders*, 3.^a ed. londrina, Merriam and Co., 1816

WINDSCHEID / KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.^a ed., 1906, 1

WINDSCHEID, BERNHARD, *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*,

WINDSCHEID, BERNHARD, *Die Voraussetzung*, in AcP, 78, 1892, pp. 161 ss..

WINDSCHEID, BERNHARD, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7.^a ed.

WOLF, MANFRED / NEUNER, JÖRG, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10.^a ed., Beck, Munique, 2012

WOLF, MANFRED, (in Soergel (ed.), “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, Band 2/1, Schuldrecht, I/1 (§§241-432), Stuttgart, 1986

WRIGHT, DAVID P., *Inventing God's Law. How the Covenant Code of the Bible Used and Revised the Laws of Hammurabi*", Oxford University Press, Oxford, 2009

WUNNER, SVEN ERIK, *Contractus, Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im Klassischen Römischen Recht*, Böhlau, Colónia, 1964

XAVIER, LUÍS BARRETO, *Sobre Ordem Pública Internacional e Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras*, Dissertação de mestrado em direito (ciências jurídicas) na Universidade Católica, inédito, Lisboa, 1991

XAVIER, VASCO LOBO, *Alteração das Circunstâncias e Risco (Arts. 437.º e 796.º do Código Civil)*, in "Colectânea de Jurisprudência", Ano VIII, Tomo V, 1983

XAVIER, VASCO LOBO, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Atlântida Editora, Coimbra 1976

XAVIER, VASCO LOBO, *Direito Comercial* (Sumários das lições ao 3º ano jurídico), ed. policop., Coimbra, 1977/78

ZASIUS, ULRICH, *Consilia*, vol. 1, consilium 12, n. 81, in Ulrich Zasius, *Opera Omnia*, Lyon, 1550, repr. Aalen, 1966, vol. 6, col. 145

ZIMMERMANN, REINHARD, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero Diretto da M.J. Bonell – Saggi, Conferenze e Seminari, 48, Roma, 2002

ZIMMERMANN, REINHARD, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlim, 1979

ZIMMERMANN, REINHARD, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Cidade do Cabo, 1990

ZITELMANN, ERNST, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1879

Índice Geral

Resumo	4
Abstract	6
Siglas e Abreviaturas	9
Introdução	15
§1: Os esforços exigíveis do devedor	30
Capítulo I – Diligência e esforços	31
1 – Conceito e objecto da diligência: os esforços	31
2 – A dupla localização do critério de diligência: a prestação	43
2.1. – A prestação enquanto resultado: cortes estrutural e funcional	43
2.2. – A conformação da prestação pelo resultado; os deveres acessórios <i>debitoris</i>	62
2.2.1. – O resultado na conformação do dever de prestar	62
2.2.2. – A prestação-resultado e os deveres acessórios a cargo do devedor	65
2.3. – A prestação-resultado na obrigação de meios	71
3 – A dupla localização do critério de diligência: o sentido normativo	86
3.1. – O <i>bonus pater familias</i> como regra	86
3.2. – Critério de diligência e obrigações contratuais.....	104
3.2.1. – Derogabilidade do critério do <i>bonus pater familias</i>	104
3.2.2. – Interpretação contratual	108
3.3. – Interpretação contratual e diligência exigível: algumas situações típicas	122
4 – Critério de diligência e impedimentos ao cumprimento	132
5 – A inexigibilidade de esforços do devedor por inexigibilidade dos sacrifícios resultantes; sequência	149
§2: Os sacrifícios exigíveis do devedor	161
Capítulo II – O sacrifício patrimonial	162
1 – Enquadramento	162
2 – A usura	167
2.1. – Raízes históricas	167
2.2. – Alteridade geográfica dos fundamentos, similitude dos resultados.....	184
2.3. – O regime pátrio actual	190
2.3.1. – Situação de inferioridade	190
2.3.2. – Exploração da situação de inferioridade	201
2.3.3. – Concessão de benefícios excessivos ou injustificados.....	204
2.3.4. – Sanção: semelhanças com a alteração das circunstâncias e remissão.....	207

3 – Alteração das circunstâncias	208
3.1. – Noção de alteração das circunstâncias e autonomia em relação ao erro-vício	208
3.2. – Enquadramento espacial e temporal	213
3.3. – Os requisitos do n.º 1 do artigo 437.º	242
3.3.1. – Representações que constituem a base do negócio	242
3.3.2. – Anormalidade da alteração	251
3.3.3. – Os riscos próprios do contrato	257
3.3.4. – A boa fé.....	263
3.4. – Sanção: exigibilidade; modificação e resolução do negócio jurídico.....	268
4 – Erro-vício	279
4.1. – Enquadramento temporal do erro-vício e suas modalidades	279
4.2. – Noção; condições gerais de relevância do erro.....	289
4.3. – Condições especiais de relevância do erro	294
4.3.1. – Erro sobre o objecto e erro sobre o declaratório	295
4.3.2. – Erro sobre os motivos	299
4.4. – Tensões entre o erro sobre a base do negócio e a alteração das circunstâncias.....	303
4.4.1. – Delimitação dos respectivos âmbitos de aplicação	303
4.4.2. – Sanção	308
4.5. – O erro incidental: base normativa.....	312
Capítulo III – O sacrifício pessoal	321
1 – Sacrifício pessoal e deveres relativos incompatíveis enquanto problemas de colisão de direitos subjectivos	322
1.1. – Sacrifício pessoal do devedor enquanto colisão entre direitos de personalidade e direitos de crédito	323
1.2. – Deveres incompatíveis enquanto problema de colisão entre direitos de crédito	328
2 – A colisão de direitos	333
2.1. – Direito subjectivo.....	333
2.2. – Requisitos	343
2.3. – Colisão aparente e colisão efectiva.....	356
3. – Critérios de ponderação e compatibilização de colisões efectivas	366
3.1. – Critérios principais: o artigo 335.º e os elementos factuais e axiológico-normativos do caso concreto	366
3.2. – Critérios subsidiários de ponderação	384
3.3. – Compatibilização dos exercícios colidentes de direitos	392
4 – Medida do sacrifício pessoal exigível: a colisão entre direitos de crédito e direitos de personalidade	395
5 – Medida do sacrifício creditório exigível: a colisão entre direitos de crédito	425
Conclusão	437
Bibliografia	444

