



Universidades Lusíada

Pereira, Joel Timóteo Ramos

Bullying obrigacional : reflexos no princípio pacta sunt servanda

<http://hdl.handle.net/11067/2912>

Metadados

Data de Publicação

2012

Resumo

A relação obrigacional é constituída por um vínculo entre credor e devedor, fundado na autonomia da vontade e na liberdade contratual, alicerçando-se no equilíbrio de interesses juridicamente relevantes e no cumprimento pontual das respetivas prestações. O bullying constitui um ato ilícito atípico, praticado em regra pelo credor, caracterizado por atos de instigação, acoassamento, assédio e coação sobre o devedor, executados com reiteração, aproveitando-se da sua vulnerabilidade. Independentemen...

The obligatory relation is constituted by a bond between creditor and debtor, established in the autonomy of choice and in the contractual freedom, grounding itself in the balance of interests legally relevant and in the prompt fulfilment of the respective installments. Bullying constitutes an atypical illicit act, committed by the creditor, characterized by incitement, harassment, siege and coercion of the debtor, executed with repetition, taking advantage of their vulnerability. Regardless o...

Palavras Chave

Direito, Direito das obrigações, Contrato, Teoria do direito, Direito comercial, Bullying obrigacional, Relação obrigacional, Pacta Sunt Servanda

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T04:05:50Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

BULLYING OBRIGACIONAL:
Reflexos no princípio *pacta sunt servanda*

Joel Timóteo Ramos Pereira

Dissertação para a obtenção de Grau de Mestre

Porto, 2011



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

BULLYING OBRIGACIONAL:

Reflexos no princípio *pacta sunt servanda*

Joel Timóteo Ramos Pereira

Dissertação para a obtenção de Grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques

Porto, 2011

AGRADECIMENTOS:

- Ao Exmo. Senhor Professor Doutor Remédio Marques, Insigne Orientador, pelo estímulo e crítica didática que me dispensou na elaboração deste estudo;
- À minha Esposa e aos meus Filhos, pela paciência e compreensão incentivadora, apesar das muitas horas subtraídas ao seu convívio.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	1
2. ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL	7
2.1. Delimitação do objeto	7
2.2. A relação obrigacional	9
2.2.1. A ordem social normativa	9
2.2.2. Direito <i>versus</i> dever	10
2.2.3. Relatividade da obrigação	13
2.2.4. Explicitação prática da relevância da relatividade da obrigação	15
2.2.5. Exceção de não cumprimento <i>versus</i> ónus jurídico	16
2.2.6. Exceção de não cumprimento <i>versus</i> limite objetivo da boa fé	20
2.2.7. Eficácia relativa <i>versus</i> eficácia externa	22
2.2.7.1. Eficácia externa das obrigações	22
2.2.7.2. Exemplificação da relevância: o subcontrato	26
2.3. A relação contratual	28
2.3.1. Princípio da autonomia da vontade	28
2.3.2. Princípio da justiça comutativa	31
2.3.3. Princípio <i>pacta sunt servanda</i>	33
2.3.3.1. Relativização do princípio	36
2.3.3.2. Contratos de adesão	39
3. ENSAIO DOGMÁTICO DO “BULLYING” OBRIGACIONAL	43
3.1. Breve caracterização prévia	43
3.1.1. Justificação terminológica	43
3.1.2. Explicitação do fenómeno	44
3.1.3. Exemplificação do fenómeno	46
3.1.3.1. Pressão persecutória	46
3.1.3.2. Cobrança forçada de créditos	47
3.1.3.3. Lista pública de devedores	50
3.2. A tutela do cumprimento	53
3.2.1. O génesis do <i>bullying</i> obrigacional	53
3.2.2. Obrigações de prestação positiva e negativa	55
3.2.3. Natureza jurídica do cumprimento	59
3.2.4. Carateres do cumprimento	62
3.2.4.1. Os sujeitos do cumprimento	62

3.2.4.2. O conteúdo do cumprimento	64
3.2.4.3. O tempo do cumprimento	65
3.2.5. Pós-eficácia das obrigações	74
3.3. A tutela do incumprimento	76
3.3.1. Mora do devedor	78
3.3.2. Incumprimento definitivo	82
4. ENSAIO ANALÍTICO DO “BULLYING” OBRIGACIONAL	87
4.1. Comparação distintiva do fenómeno	88
4.1.1. Vícios na formação da vontade	88
4.1.1.1. Caracterização em geral	88
4.1.1.2. A especificidade da coação	90
4.1.1.3. Revogação da ordem de pagamento de cheque	92
4.1.2. Práticas desleais restritivas da liberdade contratual	97
4.1.2.1. O assédio (ou acossamento)	100
4.1.2.2. A influência indevida	102
4.1.2.3. Distinção em relação ao <i>bullying</i> obrigacional	104
4.1.3. A interpelação para o cumprimento	106
4.1.3.1. Notificação judicial avulsa	106
4.1.3.2. Notificação extrajudicial por mandatário	107
4.1.3.3. Limites objetivos da interpelação	109
4.1.4. Ação direta	110
4.1.5. Direito de retenção	116
4.1.5.1. Caracterização	116
4.1.5.2. A singularidade da coerção	118
4.1.6. Exceção de não cumprimento	120
4.1.6.1. Âmbito de aplicação	120
4.1.6.2. Fundamento	126
4.1.6.3. Funções	128
4.1.7. Fraude à lei	129
4.1.8. Violação da ordem pública e bons costumes	132
4.2. Comparação integrativa do fenómeno	133
4.2.1. Abuso de direito	134
4.2.1.1. Em torno da noção de abuso	134
4.2.1.2. A existência de um concreto direito como pressuposto	138
4.2.1.3. O excesso manifesto	140
4.2.1.4. O âmago da relação entre abuso de direito e <i>bullying</i> obrigacional ..	142
4.2.2. Violação do princípio da boa fé	147
4.2.2.1. Boa fé subjetiva	147
4.2.2.2. Princípio normativo da boa fé	151

4.2.2.3. Critério de boa fé objetiva na valoração do <i>bullying</i> obrigacional ..	154
a) Vetores de concretização do princípio	154
b) Vicissitudes e conformação da relação obrigacional	155
c) Violação dos vetores positivo e negativo da boa fé objetiva ...	159
4.3 Subsídio reflexivo-qualificador do fenómeno	161
4.3.1. Ato de exercício de direito <i>versus</i> contrário ao Direito	161
4.3.2. A doutrina do ato ilícito	162
4.3.3. Autonomia dogmática <i>versus</i> atipicidade	165
5. CONFORMAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL	167
5.1. Os direitos fundamentais	167
5.1.1. Constituição <i>versus</i> ou <i>plus</i> ao Código Civil ?	167
5.1.2. Vinculação da relação obrigacional aos direitos fundamentais	171
5.1.3. Contingências e vicissitudes da aplicabilidade direta	174
5.2. O princípio do equilíbrio obrigacional	179
5.2.1. O equilíbrio do sistema jurídico	179
5.2.2. O interesse creditório	182
5.2.3. O <i>favor debitoris</i>	186
5.2.4. O limite do sacrifício	189
5.2.5. Inadmissibilidade da “prisão por dívidas”	193
5.3. Alteração das circunstâncias	197
5.3.1. O “Direito da Perturbação das Prestações”	197
5.3.2. O não cumprimento por inevitabilidade ou imprevisibilidade.....	198
5.3.2.1. <i>Bullying</i> e inadimplemento	199
5.3.2.2. O regime da alteração das circunstâncias	201
5.3.2.3. Caso fortuito ou de força maior	204
5.3.2.4. Impossibilidade pessoalíssima em cumprir	209
5.3.2.5. A <i>difficultas praestandi</i>	212
5.4. Reflexos no princípio <i>pacta sunt servanda</i>	214
5.4.1. Valor intrínseco do princípio	214
5.4.2. Âmbito da conformação do princípio	217
5.4.2.1. Quadro da admissibilidade da conformação	217
5.4.2.2. Subsídios de conformação do princípio <i>pacta sunt servanda</i>	218
5.4.2.3. Fundamento interpretativo para a conformação	221
6. CONCLUSÕES	224
Bibliografia	228

RESUMO

A relação obrigacional é constituída por um vínculo entre credor e devedor, fundado na autonomia da vontade e na liberdade contratual, alicerçando-se no equilíbrio de interesses juridicamente relevantes e no cumprimento pontual das respetivas prestações.

O *bullying* constitui um *ato ilícito atípico*, praticado em regra pelo credor, caracterizado por atos de instigação, acossamento, assédio e coação sobre o devedor, executados com reiteração, aproveitando-se da sua vulnerabilidade. Independentemente da justiça ou licitude da prestação devida, o procedimento é corrosivo dos vínculos obrigacionais.

O suprimento do desequilíbrio provocado suscita a questão da necessidade de conformação do *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos), designadamente em relação às obrigações acessórias da prestação principal.

PALAVRAS-CHAVE

Obrigação – principal e acessória; contrato; prestação; equilíbrio contratual; instigação; assédio; não cumprimento; mora; circunstâncias – alteração; circunstâncias – dificuldade; abuso de direito; boa fé; princípio – *pacta sunt servanda*; conformação.

ABSTRACT

The obligatory relation is constituted by a bond between creditor and debtor, established in the autonomy of choice and in the contractual freedom, grounding itself in the balance of interests legally relevant and in the prompt fulfilment of the respective installments.

Bullying constitutes an *atypical illicit act*, committed by the creditor, characterized by incitement, harassment, siege and coercion of the debtor, executed with repetition, taking advantage of their vulnerability. Regardless of the fairness or lawfulness of installment payable, the procedure is corrosive of the obligatory bonds.

The supply of the provoked disequilibrium raises the question of the necessity of conformation of *pacta sunt servanda* (binding force of contracts), particularly in relation to ancillary obligations of the main installment.

KEYWORDS

Obligation – principal and accessory, contract, installment, contract balance, instigation, harassment, noncompliance; delay in payment, circumstances - change, circumstances - difficult, abuse of law, good faith; principle - *pacta sunt servanda*; conformation.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Art.º	Artigo
AUJ	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
BDJD-ITIJ	Bases de dados jurídico-documentais do ITIJ (dgsi.pt)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Cfr.	Confrontar
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJSTJ	Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dec.-Lei	Decreto-Lei
DR	Diário da República
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
Proc.	Processo
RDE	Revista de Direito e Economia
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>v.g.</i>	<i>Verbi gratia</i> (por exemplo)

BULLYING OBRIGACIONAL:
Reflexos no princípio *pacta sunt servanda* (*)

“A ordem jurídica protege os interesses dos membros da comunidade, enquanto entre si se harmonizam e coexistem; isto é, protege-os enquanto são dignos de proteção e necessitados dela” — PONTES DE MIRANDA ⁽¹⁾.

1. INTRODUÇÃO

O princípio *pacta sunt servanda* ⁽²⁾, positivado no artigo 406.º do Código Civil, obriga ao cumprimento pontual dos contratos por ambas as partes, as quais devem durante a vigência da relação jurídica, proceder segundo as regras da boa fé (artigo 762.º, n.º 2, do mesmo Código).

Assinalado como princípio estruturante do direito privado, constitui o alicerce da eficácia das relações jurídicas e o sustentáculo do equilíbrio contratual. A sua negação motivaria a rutura infundada e destruiria o dever de reparação dos danos. Sem força

(*) *Texto redigido em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.*

⁽¹⁾ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, 1954, *Tratado de Direito Privado*, Tomo LIII, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, §5502, a propósito da valorização do “direito de outrem” (*verbis* “em sonstiges Recht elues Anderes”, no § 823 do Código Civil Alemão e que encontra paralelo no princípio geral da responsabilidade civil por factos ilícitos, plasmado no artigo 483.º do Código Civil Português).

⁽²⁾ Locução latina, atribuída a ULPIANO (*Digesto*, 2.14.7.7.), significando que os pactos devem ser cumpridos. Esta máxima é baseada na existência *de uma vontade genuína e livre das partes* (“*volenti non fit iniuria*”). É certo que Marcus Tullius CÍCERO já o tinha assinalado (“*De Officiis*”: 3.92) que “*pacta semper sunt servanda*” (os contratos devem ser *sempre* cumpridos). Volvidos seis séculos, previu-se no *Codex Iustiniani* (5.3.20.5) que “*pacta conventa servari oportet*” [é necessário respeitar (=cumprir) os contratos].

Pela sua natureza, este princípio foi acolhido como pedra angular do direito internacional privado, tendo sido consagrado no artigo 26.º da Convenção de Viena, de 1969. No laudo *ad hoc* dessa Convenção, datado de 12 de abril de 1977 consignou-se que “[...] o direito de celebrar contratos é um dos direitos civis primordiais reconhecido desde os tempos antigos. Era a essência do *ius commercium* ou *commercii* do *ius civile* romano, cujo alcance foi ampliado e prorrogado pelo *ius gentium*. Após, foi sempre e constantemente considerado como elemento de segurança para as transações económicas, estendendo-se para o campo das relações internacionais. Este direito fundamental caracteriza-se por duas proposições importantes: na expressão que o contrato é a lei das partes e na máxima latina de que os pactos devem ser observados” (tradução livre do original in *Revue de l'arbitrage*, 1980, Paris: Comité français de l'arbitrage, pp. 132, 191). No entanto, este estudo circunscrever-se-á ao direito obrigacional, com exclusão das matérias de direito internacional privado.

vinculativa, desapareceria o sustentáculo da ordem, firmando-se o caos no regresso a uma sociedade *sem Direito*.

Enquanto manifestação de tal princípio, quer nas relações jurídicas com prestações essencialmente pecuniárias (*maxime*, compra e venda ou mútuo), quer noutras mais complexas (v.g., contrato-promessa, empreitada ou arrendamento), é lícito ao credor interpelar o devedor para o cumprimento voluntário, para a constituição em mora ou para efeitos de incumprimento definitivo, sem prejuízo da realização coativa da prestação e de execução do património pela via judicial. Esta conduta do credor, ainda que recorrendo à execução impositiva para fazer valer o seu direito, constitui uma manifestação *justificada*, porque respeitadora das normas do sistema, visando o restabelecimento do que é conforme ao Direito, sem sacrificar os limites intrínsecos aos princípios que moldam a ordem jurídica. Conforme se referia no direito romano, “*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”⁽³⁾, ou seja, “parece que ninguém, que faça uso do seu direito, atua com dolo”. Desde que queira fazer valer o seu direito *dentro dos limites desse direito*, tal é incompatível com dolo ou inclusivamente com qualquer outro grau ilicitude.

Há, todavia, situações de *inadimplemento involuntário*, derivado de uma especial conjuntura ou da alteração anormal de circunstâncias, designadamente motivadas por cenários de recessão económica, de crise financeira e social, clivagens laborais, insolvências, colapso dos mercados financeiros, desvalorização de aplicações e investimentos, que tornam o devedor no epicentro de intensas pressões redutoras da sua capacidade em cumprir, fomentando a insegurança, a contingência e inclusive destituindo-o dos instrumentos necessários à criação das condições que o restaure ao cumprimento.

Aliás, essa *contingência* (na sua vertentes social, económica, relacional, pessoal) é tão significativa que já foi classificada por Castel⁽⁴⁾, como constituindo uma verdadeira “nebulosidade” (“*ombre portée*”). Segundo este Autor, a sociedade moderna — substituindo as comunidades solidamente unidas e as organizações agregadoras (que outrora definiam as regras de proteção e controlavam a aplicação dessas regras) pelo dever individual de cuidar de si próprio e de fazer por si mesmo — foi construída sobre a areia movediça da contingência: a insegurança e a ideia do risco da perda de todos os bens, por

⁽³⁾ *Digesto*, 50, 16,55.

⁽⁴⁾ CASTEL, Robert. 2003. *L'Insécurité sociale: que'est-ce qu'être protégé?*. Paris: Seuil et La République des Idées, p. 46.

vicissitudes externas, passou a ser inerente à vida social e “aqueles que não podem fazer face a esta redistribuição veem-se invalidados pela nova conjuntura”⁽⁵⁾.

Nessa conjuntura, *quid juris* se o credor, aproveitando-se do estado de fragilidade ou vulnerabilidade do devedor, utilizar *meios desproporcionados* de instigação, assédio e coação, provocar uma distorção do equilíbrio entre as partes, designadamente atingindo determinados padrões que podem ser caracterizados como de abuso de direito ou mesmo de violação de direitos e garantias fundamentais?

E o que se questiona para o credor, também pode ser aplicável ao *devedor*. Este também pode utilizar meios disformes na sustentação de algum direito de que seja titular, designadamente invocando excessiva ou indevidamente a *exceptio non adimpleti contractus*, negando ou questionando o cumprimento da prestação sinalagmática por parte do credor, obstando que este beneficie da prestação da contraparte, fazendo-o perigar pela sua solvabilidade ou mesmo contribuindo para a sua insolvência.

Condutas nestes termos, ainda que inicialmente fundadas na razão da exigência de uma prestação obrigacional, se acrescida de atos opressivos persistentes, pode conduzir à corrosão e dissolução dos laços contratuais, restringindo e inadequando os indivíduos *de jure* de exercerem, sem contingentação da vontade, os seus direitos e obrigações enquanto indivíduos *de facto*, ou seja, numa polarização acentuada de distorção dos vínculos inicialmente estabelecidos.

Procedendo-se à apreciação dos limites, termos e condições a partir dos quais o comportamento do *credor*, bem como do *devedor*, possam qualificar-se de “*bullying* obrigacional”, *importa questionar* se o princípio da força obrigatória dos contratos deve ser sujeito a uma *relatividade* derivada de uma prática posterior contrária à boa fé ou do abuso de direito, aferindo da existência de institutos jurídicos cíveis invocáveis pela vítima instigada e, em particular, da admissibilidade de mudança das condições de exigibilidade da obrigação contratual originária.

Está-se ciente que, *a priori*, a prática de atos contrários à boa fé ou de abuso de direito, é idónea ao surgimento de um *direito autónomo* de responsabilização, isto é, distinto da relação jurídica originária, por aplicação das regras gerais de responsabilidade civil. Ou seja, a instigação ou acossamento efetivado pelo credor ou pelo devedor é idóneo a gerar responsabilidade — que pode não ficar cingida à responsabilidade civil, mas

⁽⁵⁾ *Ibidem.*

também ter relevância penal, designadamente podendo corresponder à prática do crime de ameaça, previsto e punido no artigo 153.º do Código Penal ⁽⁶⁾.

Todavia, essa responsabilidade não tem uma *conexão direta* com a relação jurídica anteriormente estabelecida, por serem distintos os respetivos elementos causais e constitutivos, pelo que nesta vertente, inexistente qualquer inferência no princípio *pacta sunt servanda*. Ainda que sem “contágio”, a única forma de afetação da primeira relação jurídica e no pressuposto do reconhecimento do aludido direito autónomo, consistirá na arguição da compensação de créditos (artigo 848.º, n.º 1, do Código Civil) ⁽⁷⁾, a qual torna-se efetiva mediante declaração de uma das partes à outra, ou em caso de litígio judicial, por via de exceção perentória ou da formulação de pedido reconvençional ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Nos termos deste preceito, “quem ameaçar outra pessoa com a prática de crime contra a vida, integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou bens patrimoniais de considerável valor, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”. Através da incriminação da ameaça, o legislador pretendeu reprimir juridico-penalmente os ataques ou afetações ilícitas da liberdade individual, acolhendo-a como bem jurídico intrassocial, e tutelando-a enquanto interesse jurídico individual e próprio de cada indivíduo, sabendo que o bem jurídico tutelado por este preceito é o da *liberdade de decisão* e de *ação*. Ora, importa reconhecer que este circunstancialismo é muito próximo do *acossamento* ou do *bullying*, embora não decorra da previsão penal que o sujeito passivo, o ameaçado, careça de ficar com medo ou inquietação, mas antes a conduta tem de ser adequada a tal.

Neste sentido, enuncia Taipa de Carvalho: “[e]xige-se apenas que a ameaça seja suscetível de afetar, de lesar a paz individual ou a liberdade de determinação, não sendo necessário que, em concreto, se tenha provocado medo ou inquietação, isto é, que tenha ficado afetada a liberdade de determinação do ameaçado. (...) O critério da adequação da ameaça a provocar medo ou inquietação, ou de modo a prejudicar a liberdade de determinação é objetivo-individual: objetivo, no sentido de que deve considerar-se adequada a ameaça que, tendo em conta as circunstâncias em que é proferida e a personalidade do agente, é suscetível de intimidar ou intranquilizar qualquer pessoa (critério do «homem comum»); individual, no sentido de que devem relevar as características psíquico-mentais da pessoa ameaçada (relevância das «sub-capacidades» do ameaçado)” — CARVALHO, Taipa. 1999. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 483.

⁽⁷⁾ A compensação é uma causa de extinção das obrigações, “o meio do devedor se livrar da obrigação, por extinção simultânea do crédito equivalente de que disponha sobre o credor” (VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em geral, Vol. II, 7.ª edição*. Coimbra: Almedina, p.187). Para que a compensação se opere é necessária a existência de dois créditos recíprocos, a validade e exigibilidade do crédito do autor da compensação, a fungibilidade das obrigações, a não exclusão por lei da compensação e a declaração de vontade de compensar. Sobre os limites legais da sua invocação, cfr. MONTEIRO, Diogo Bernardo. 2009. “Compensação de créditos na fronteira de legalidade”, in *Vida Judiciária*, n.º 131 (fevereiro 2009). Lisboa: Vida Económica, pp. 21,22.

⁽⁸⁾ A compensação, sob o ponto de vista processual, é um instituto *sui generis*, equiparável à reconvenção, mas também identificável com a exceção: “uma figura híbrida, um produto misto de reconvenção e de exceção perentória”, como afirma o mesmo Autor [VARELA, João de Matos Antunes. 2006. *Manual de Processo Civil*. 2.ª edição (2.ª reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, p.332]. Nos casos em que o crédito invocado excede o montante do crédito do autor e o demandado pretenda a condenação daquele no quantitativo correspondente à diferença, deve a compensação operar-se por via de reconvenção, nos termos do artigo 274.º, n.º 2, alínea *b*), do Código de Processo Civil (“*compensação-pedido*”). Já nos casos em que o crédito do réu seja igual ou inferior ao do autor ou, sendo de montante superior, o réu não pretenda a condenação do autor no montante excedente, se pretender com a invocação da compensação obter apenas a improcedência total ou parcial da ação, a maioria da doutrina defende que aquela pode ser deduzida como exceção perentória (“*compensação-exceção*”). Cfr. VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva. 1977. in *RLJ*, Ano

No entanto — e independentemente da verificação dos aludidos fatores causais de uma responsabilidade autónoma —, suscita-se a questão se, a partir do momento em que o credor *altera* a forma e o conteúdo substancial da sua “interpelação”, assim como quando o devedor *onera* gravemente o direito do credor, nos termos *supra* enunciados, não deve ver restringido o direito de *proteção do seu interesse* ⁽⁹⁾ face à necessidade de conferir maior *dignidade* na proteção da posição da contraparte ⁽¹⁰⁾, atingindo dessa forma o aludido princípio *pacta sunt servanda*.

Em parte, poderá recorrer-se à invocação da cláusula *rebus sic stantibus* (alteração fundamental das *concretas* circunstâncias que estiveram na base do contrato) ⁽¹¹⁾, mas esta cláusula não pode ser aplicável em toda a sua abrangência, designadamente no sentido do devedor *ser liberto* do cumprimento dos deveres a que está adstrito, na medida em que, por um lado, é mister que tal prestação continue a ser devida, não sendo de admitir a sua resolução e, por outro lado, porque a existência de tal cláusula significaria que, aquando da celebração originária, as partes tiveram a consciência da possibilidade de alteração do contexto obrigacional.

Ora, a ocorrência de “*bullying* obrigacional”, segundo presente abordagem — e que, sem heresia, não pode deixar de ser classificada como *situação jurídica* relevante —, *difícilmente* será passível de ser prevista ou conjeturada no momento do estabelecimento dos termos negociais, porque isso seria admitir, à partida, que os contraentes aceitariam como provável que qualquer deles recorresse a comportamentos abusivos para, através dos

110.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 254 ss e CASTRO, Artur Anselmo. 1977. *A ação executiva singular, comum e especial*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 383 ss.

⁽⁹⁾ O interesse do credor mantém-se e deve continuar a ser protegido. Para a situação em que ocorra o *desaparecimento* do interesse do credor, o fenómeno é distinto, estando abrangido pelo segundo segmento da previsão do art.º 398.º, n.º 2 do Código Civil: “a prestação (...) deve corresponder a um interesse do credor”. Neste sentido, cfr. VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva. 1952. “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, in *BMJ*, n.º 46. Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 134 ss. e COELHO, Francisco M. Pereira. 1967. *Obrigações – Sumários das Lições ao Curso de 1966-67*. Coimbra (polic.)

⁽¹⁰⁾ O direito das obrigações não assenta primariamente na proteção do devedor mas, pelo contrário, na proteção do credor (cfr. o princípio geral do artigo 397.º do Código Civil). O fenómeno em análise procura aferir da eventual necessidade de defesa do sujeito obrigacional (seja ele devedor ou credor), quando por *causa não imputável*, careça de ver restabelecido o equilíbrio negocial.

⁽¹¹⁾ Esta cláusula é mais comum em Tratados internacionais celebrados entre Estados, nos quais é incluída de forma expressa uma cláusula de resolução de algumas das suas disposições ou da sua totalidade, de revisão automática ou de eficácia condicional no caso de ocorrência de situações excecionais, designadamente catástrofes naturais ou guerra. No entanto, é comum, alguns Estados formularem reservas a tais cláusulas, porque configuram a sua previsão com a possibilidade da falsa invocação para fuga no cumprimento das responsabilidades, comprometendo a segurança jurídica.

mesmos, obter a contraprestação da parte contrária, ainda que essa prestação fosse efetivamente devida nos termos em que a pretendesse lograr captar.

Aliás, este fenómeno também deve ser enquadrado num regime jurídico aplicável *independentemente* da existência de *erro sobre a base contratual* (cujo âmbito importa distinguir). A apreciação sobre uma eventual afetação do aludido princípio é decorrente de uma alteração posterior e provocada, com uma gravidade que justifique a imposição da reposição do equilíbrio, à luz dos princípios da boa fé, da confiança recíproca e da justiça comutativa, que vigoram no direito dos contratos.

Sobre os termos em que tal possa ser dogmaticamente defensável, necessariamente que o princípio da confiança, assente na *stare pactis* (direito natural de respeito dos pactos), é incompatível com a possibilidade unilateral de desvinculação, salvo nos casos de resolução legal. Contudo, se *o credor da prestação* — que pode ser quer o credor da obrigação principal, quer o devedor, nos casos de exceção de não cumprimento de contrato —, com condutas próprias de uma *ilicitude atípica*, designadamente com ofensa grave dos princípios da boa fé contratual, instigar o *devedor da prestação* de forma excessiva, o conflito de direitos subjacente é suscetível de conferir à contraparte a faculdade de requerer a modificação da prestação originária, segundo juízos de equidade, por *aplicação extensiva* do disposto no artigo 437.º do Código Civil.

De qualquer modo, sem prejuízo do regime da impossibilidade temporária do cumprimento, não lhe assistirá aquele direito se estiver em mora no momento da prática da instigação sofrida, restando-lhe recorrer a outros meios de defesa (*v.g.*, ação especial de tutela da personalidade, art.^{os} 1474.º e 1475.º, do CPC), mas sem que esse exercício tenha qualquer efeito imediato na prestação originária.

Pretende-se, assim, aferir qual a interpretação mais adequada para as normas em apreço, de acordo com as várias abordagens doutrinárias enquadráveis, ou na sua ausência, de uma eventual proposta *de jure condendo*, que permita afirmar a ordem e unidade do sistema jurídico ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ A ordem jurídica na sua integralidade, corresponde a um sistema, ou seja, a um conjunto de comandos normativos, ordenado segundo parâmetros lógicos, os quais permitem seja compreensível do exterior como um todo – o sistema jurídico. Sobre os atributos referentes à unidade do ordenamento jurídico, *cf.* CANARIS, Claus-Wilhelm. 1996. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (introdução e tradução de António Menezes Cordeiro). 2.ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, pp. 18,19.

2. ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL

2.1. Delimitação do objeto

O direito das obrigações assenta numa conjugação da construção dogmática das normas reguladoras das relações de crédito, as quais não se circunscrevem aos contratos, mas também têm por fonte a responsabilidade civil, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa e os negócios jurídicos unilaterais.

Apesar do elevado número de normas conformadoras deste ramo do direito civil, o legislador confiou na supremacia da autonomia da vontade das partes, pelo que, salvo as que têm natureza imperativa, em domínios fundamentais, muitas têm natureza supletiva, isto é, só são aplicáveis quando as partes expressamente nada tenham acordado ou previsto.

De qualquer modo, todas convergem para a consagração do princípio do *equilíbrio de interesses juridicamente relevantes*. Este *equilíbrio* não significa, necessariamente, *igualdade*, na medida em que são distintas as prestações a que cada sujeito está obrigado. Na verdade, o Direito na sociedade contemporânea, não pode ser perspectivado segundo o paradigma do padrão da igualdade aritmética ou proporcional, conforme o critério de justiça comutativa ou distributiva, defendido por S. Tomás de Aquino. O equilíbrio significará, assim, uma *igualdade relativa* das partes para que nenhuma delas tenha uma posição excessivamente preponderante e condicionadora no processo da formação e da execução negocial ⁽¹³⁾.

Por outro lado, o *interesse juridicamente relevante* não se resume ao exposto na relação entre os sujeitos e os fins que os mesmos pretendam prosseguir, conforme propôs Jhiring e entre nós foi secundado por Gomes da Silva, ao definir o direito subjetivo como “a afetação jurídica de um bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas” ⁽¹⁴⁾. Esta noção foi criticada por Castro Mendes ⁽¹⁵⁾ e Oliveira Ascensão ⁽¹⁶⁾,

⁽¹³⁾ *Cfr.*, a este propósito, numa perspetiva sociológica, GUTIÉRREZ-PRIETO, Hernando. 2008. “Equilibrio Jurídico: bases para su conceptualización en una teoría dinámica del sistema jurídico”, in *Revista Universitas*, n.º 116. Bogotá (Colômbia): Pontificia Universidad Javeriana, pp. 253-266. Disponível na Internet em: <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/10Gutierrez.pdf>.

⁽¹⁴⁾ SILVA, Manuel Gomes. 1944. *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*. Lisboa: Livraria Moderna, p. 52.

⁽¹⁵⁾ MENDES, João Castro. 1978. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I. Lisboa: AAFDL, p. 323.

pelo seu excessivo “objetivismo” — embora, diríamos, pelo seu “*finalismo*” —, porque mais do que o *fim* em si mesmo, importa valorizar a sua *substância*, designadamente a necessidade de tutela da relação de confiança que deve existir entre as partes e, por outro lado, o interesse geral da comunidade na pacificação social (onde se inclui a ordem pública e os bons costumes, com diferentes sanções conforme atinja o próprio negócio jurídico ou apenas os seus fins – cfr. art.º 280.º, n.º 2 *versus* art.º 281.º do Código Civil ⁽¹⁷⁾), ou seja, *escopos* que a ordem jurídica requer que sejam dignos de uma particular proteção.

Todavia, mesmo nas normas que têm natureza imperativa, não podendo ser afastadas pelas partes pela *maior proteção* que o legislador pretendeu conferir, designadamente a quem esteja numa posição mais débil, o princípio visado é precisamente o mesmo: a inexistência de uma relação em que uma das partes fique desprotegida por uma relação de subordinação, que de uma assimetria inicial se transforme numa incoerente, desproporcionada e injusta dependência.

A consagração ampla dos princípios da boa fé, da proteção da parte mais fraca, da salvaguarda do consumidor perante cláusulas contratuais gerais e da responsabilidade do produtor, constitui o exemplo da promoção da realização prática do *equilíbrio de interesses* em conflito entre os sujeitos da relação jurídica.

O exercício dos direitos do credor encontra-se subordinado a pressupostos e requisitos, com uma conformação positiva, mas também com uma delimitação negativa. Nesse exercício e para efeitos do ensaio dogmático sobre o que se qualifica de “*bullying* obrigacional, justifica-se a sua distinção com o *bullying* pré-negocial ou vícios na formação da vontade (erro, dolo, coação e influência indevida) e seus reflexos na relação jurídica e uma abordagem sistemática (doutrinal e jurisprudencial) comparativa dos institutos jurídicos que permitam a integração do fenómeno — designadamente a boa fé e o abuso de direito.

Finalmente, passando para as consequências decorrentes da conduta do credor, é devida uma abordagem sobre a existência (ou não) de mecanismos de proteção do devedor (*v.g., favor debitoris*, limite do sacrifício), aplicabilidade da teoria da imprevisibilidade, do conflito de direitos e das normas de proteção invocáveis, confrontando-as com as figuras

⁽¹⁶⁾ ASCENSÃO, José de Oliveira. 2002. *Direito Civil – Teoria Geral*, III, *Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Almedina, p. 79.

⁽¹⁷⁾ Sobre as dimensões objetiva e subjetiva do interesse, cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, p.245.

que devem ter-se por excluídas, com a respetiva influência analítica no princípio *pacta sunt servanda*.

2.2. A relação obrigacional

2.2.1. A ordem social normativa

O fenómeno em apreciação resulta da evolução das relações sociais, correspondente às novas realidades e problemas decorrentes da organização comunitária. Se é certo que *uni homo, ibi societas*, a vivência em sociedade só é possível com a existência de um conjunto de normas que pautem os comportamentos de forma clara, objetiva e concreta e que permitam resolver os conflitos insurgentes, segundo a máxima *ubi societas, ibi jus* (“onde há sociedade, há direito”).

A ordem social é, na sua vertente reguladora, uma ordem normativa, que se exprime através de normas que moldam as relações estabelecidas entre os seus membros. É neste âmbito que surge a *ordem jurídica*, com padrões distintos de outras ordens (morais, religiosas ou de relacionamento), caracterizada pela *intersubjetividade* ⁽¹⁸⁾, assistida de coercibilidade material, fundada na imperatividade, generalidade e abstração e evidenciada por *institutos jurídicos definidos*, enquanto complexos normativos com carácter de permanência e com uma função de estabilidade, assim contribuindo para a manutenção da ordem e paz social.

Da organização dos sujeitos sob essa ordem, resultam relações obrigacionais, *vínculos jurídicos*, fundados em declarações de vontade, por virtude dos quais, um sujeito fica adstrito para com outro à realização de uma prestação ⁽¹⁹⁾ que a lei ⁽²⁰⁾ exige que seja lícita, possível ⁽²¹⁾ e determinada ou determinável ⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Assim se distinguindo da ordem moral, caracterizada pela *intrasubjetividade*, por versar sobre a forma como a pessoa se relaciona consigo mesma, constituindo um conjunto de imperativos dirigidos à consciência ética e que podem motivar o cumprimento de *obrigações naturais*.

⁽¹⁹⁾ Esta ideia está expressa na famosa definição das *Institutas*, de Justiniano: “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*” (Institutas 3.13). Tendo principalmente em consideração as obrigações de *coisas*, os Autores distinguem entre *objeto imediato* (a atividade devida) e o *objeto mediato* da obrigação (a própria coisa em si mesma considerada, ou seja, no objeto da prestação).

⁽²⁰⁾ Artigo 280.º, do CC.

⁽²¹⁾ A obrigação só é inválida quando for objetiva e *originariamente* impossível. Diferente é a situação da *impossibilidade superveniente*, cujo regime está previsto nos art.ºs 790.º e ss., do CC, quer quando essa impossibilidade superveniente seja culposa (causada pelo devedor) ou não culposa (sem que ao devedor possa ser imputada qualquer ação ou omissão relativamente à impossibilidade da prestação).

No entanto, o termo *obrigação*, nessas relações jurídicas, envolve diversos e díspares conceitos (*dever jurídico, poder jurídico, ónus jurídico*), que devem ser compreendidos no seu sentido técnico, pois a sua exata delimitação é essencial para a compreensão da abrangência e extensão do fenómeno que se pretende analisar.

2.2.2. Direito versus dever

A relação obrigacional tem dois pólos claramente definidos: um *direito subjetivo* e um *dever jurídico*. Cumpre, neste âmbito, circunscrever a matéria em análise, na medida em que a referência a *direito subjetivo* ⁽²³⁾ é, só por si, demasiado abrangente. Com efeito, é

⁽²²⁾ Quando não esteja concretamente determinada na sua individualidade, a lei estabelece critérios de determinabilidade da prestação, que podem ser definidos, *ab initio*, pelas próprias partes ou por terceiro, sob pena de nulidade do negócio de que emerge a obrigação (art.º 400.º, do CC).

⁽²³⁾ O direito subjetivo pode ser perspectivado sob a *teoria da vontade* (SAVIGNY e WINDSCHEID), enquanto poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica — pervertendo-o e conduzindo à sua *neutralização*; pela *teoria do interesse* (JHERING), enquanto interesse protegido por um procedimento judicial; ou por uma *teoria eclética* (JELLINECK, SALEILLES e MICHOD), considerando-o como o poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica, tendo por objeto um bem ou interesse. Na base desta última teoria, José Tavares, no início do século, sugeriu o direito subjetivo como “o poder jurídico do interesse”, por na sua estrutura poder encontrar-se três elementos: “um *interesse* considerado de tal importância para a realização dos fins da vida social, que se torna imprescindível assegurá-lo por forma eficaz; a sua *garantia* pelos meios judiciais competentes (ação); e a sua atribuição a alguém que tenha o *poder* de utilizar o interesse” (TAVARES, José. 1928. *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, I. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 206,207).

Entre nós, tem sido definido enquanto “poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou por um ato livre de vontade, só de *per se*, ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa – contraparte ou adversário. Só se nos depara um Direito Subjetivo quando o exercício do poder jurídico respetivo está dependente da vontade do seu titular” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. 1989. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp.170-173). Este Autor distingue os *direitos subjetivos* dos *poderes jurídicos*, por estes “não implicarem uma contraparte vinculada a um dever jurídico”. Muito próximo, HÖERSTER, Heinrich Ewald (1992. *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina), classifica-o como a “faculdade subjetiva que resulta do direito objetivo para o indivíduo, isto é, a faculdade ou o poder, reconhecido ou atribuído pela ordem jurídica ao seu titular, de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou a faculdade, respetivamente, o poder, de produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem à outra parte”.

Outros Autores demarcam o direito subjetivo enquanto “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem” (CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 166); como “o poder concedido pela ordem jurídica para a tutela de um interesse ou de um núcleo de interesses de uma ou mais pessoas determinadas” (MENDES, João Castro. 1978. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I. Lisboa: AAFDL, pp. 323-325); como “posição jurídica pessoal de vantagem, de livre exercício, predominantemente ativa, inerente à afetação, com êxito, de bens e dos correspondentes meios, isto é, de poderes jurídicos e materiais, necessários, convenientes ou simplesmente úteis à realização de fins específicos do seu concreto titular” (VASCONELOS, Pedro Pais de. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 249-p. 284); como “como posição pessoal de vantagem, resultante da afetação de bens jurídicos aos fins das pessoas” (ASCENSÃO, José de Oliveira. 2002. *Direito Civil – Teoria Geral*, III, *Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Almedina, p. 56) e como “como o poder jurídico de realização de um fim de determinada pessoa, mediante a afetação jurídica de um bem” (FERNANDES, Luís de Carvalho. 2009. *Teoria Geral do Direito Civil - Volume I - Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*. 5.ª edição. Lisboa: Universidade Católica).

Em síntese, numa perspetiva *estrutural*, o direito subjetivo é composto de poderes e também, embora subordinadamente, de deveres; numa perspetiva *substancial*, o direito subjetivo é funcionalmente dirigido à

possível sistematizar os direitos subjetivos de acordo com o *bem jurídico* que lhes subjaz, sendo que neste estudo são suscetíveis de relevância, os direitos materiais, mas igualmente os direitos de personalidade, excluindo-se os direitos sobre outros tipos de bens, designadamente os imateriais. Por outro lado, os direitos subjetivos podem ser enquadrados de acordo com os *poderes* ⁽²⁴⁾ ou *faculdades* que conferem, projetados de acordo com o seu conteúdo, importando limitar a análise aos direitos de crédito, com preterição dos direitos de domínio e direitos potestativos. *Infra*, proceder-se-á igualmente à consideração sobre a oponibilidade (efeitos) em relação a terceiros — apesar da relatividade dos direitos em causa —, bem como na sua natureza transmissível, atento o seu carácter predominantemente patrimonial.

De qualquer modo, o uso de um direito subjetivo não pode ser absoluto, porque está limitado à realização dos poderes e/ou faculdades que integram o seu conteúdo. É certo que o seu titular goza da liberdade de usar ou não o direito subjetivo de que seja titular, sem prejuízo das consequências que o ordenamento jurídico atribua à omissão do seu exercício (v.g., caducidade, prescrição). Mas essa liberdade circunscreve-se ao uso *normal*, pois conforme o brocardo latino “*nemo damnum faciot, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*”, ou seja, “ninguém comete dano, a não ser que faça o que não tem o direito de fazer” ⁽²⁵⁾. Ora, esse “direito de fazer” tem necessariamente de estar balizado pelos interesses privados reconhecidos pelo ordenamento jurídico e pelos interesses públicos inerentes aos fins sociais pretendidos salvaguardar.

No pólo oposto, a relação obrigacional sustenta-se na existência de um *dever jurídico* (de realizar uma determinada prestação), consubstanciado na necessidade imposta

realização de fins das pessoas. A conceção do direito subjetivo como poder assenta numa perspetiva predominantemente estrutural; a conceção do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, assenta numa perspetiva substancial.

⁽²⁴⁾ No direito romano, o direito, no sentido subjetivo, significava a *facultas agendi*, isto é, o poder de exigir determinado comportamento de outrem, poder esse conferido pela norma jurídica. Assim, o direito subjetivo é o lado ativo de uma relação jurídica, cujo lado passivo é a obrigação.

⁽²⁵⁾ Fazendo novamente apelo ao direito romano, Santos Justo recorda que “com base nas fontes romanas, os Glosadores e Comentadores elaboraram a doutrina dos atos de emulação que a civilística e algumas legislações consagraram: é proibido o exercício dos direitos subjetivos com o propósito principal de prejudicar (*animus nocendi*) outra pessoa e sem resultar alguma utilidade para o seu titular. Atuando assim, este não usa, mas abusa de um direito e cessam, portanto, as razões que levaram o ordenamento jurídico a conceder a proteção jurídica” (JUSTO, António Santos. 2008a. “Direito Privado Romano – I”, *Studia Iuridica* n.º 50, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 52).

pelo Direito ⁽²⁶⁾ que uma pessoa observe um determinado comportamento ⁽²⁷⁾, enquanto derivação da injunção ou ordem dirigida à vontade de um sujeito da relação jurídica, que pode optar por cumpri-lo (desonerando-se do mesmo) ou por não cumprir — sujeitando-se, nesse caso, às sanções convencionalmente estabelecidas ou legalmente impostas, incluindo o recurso a meios coercivos ⁽²⁸⁾ — *maxime*, a via judicial ⁽²⁹⁾ —, no que corresponde, precisamente, ao exercício do *direito subjetivo* da contraparte.

⁽²⁶⁾ Pelo *Direito* e não (apenas) pelas *normas*, ou seja, numa perspectiva mais abrangente do que a conceção positivista de Kelsen, para o qual as normas jurídicas prescrevem, necessária e fundamentalmente, deveres jurídicos, ainda que, por derivação, determinem, também, faculdades, apesar de aceitar que os deveres da maioria dos indivíduos não são expressos por normas, embora estejam efetivamente determinados por elas [KELSEN, Hans. 2008. *Teoria Pura do Direito*. 7.ª edição (da tradução de João Baptista Machado). Coimbra: Almedina, p. 50].

⁽²⁷⁾ Assim se distinguindo do *dever moral* ou *obrigação natural*. Nos termos do art.º 402.º, do CC, a obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça. O que for prestado espontaneamente em cumprimento de uma obrigação natural, não pode ser repetido (art.º 403.º, n.º 1, do CC). O pagamento de uma dívida de jogo é o exemplo clássico sempre apresentado, mas pode também questionar-se a natureza do pagamento de uma dívida prescrita: decorrido o prazo prescricional, o credor deixa de a poder exigir judicialmente. Nesse caso, embora o devedor já não esteja *juridicamente* obrigado, se proceder ao cumprimento da prestação por imposição da sua consciência (obrigação natural ou dever moral), não poderá repetir o pagamento, por este não ter originado qualquer enriquecimento sem causa à contraparte. De qualquer modo, havendo pagamento, o *dever moral* não se transforma em *dever jurídico*, constituindo unicamente o suporte fáctico que obsta à repetição do indevido.

⁽²⁸⁾ O recurso a meios coercivos faz parte da *garantia da relação jurídica*, a qual constitui “o conjunto de meios sancionatórios a adotar pelo Estado, por intermédio dos seus tribunais, contra o sujeito do dever jurídico, quando ele não cumpre espontaneamente, observando o comportamento prescrito. Ou talvez melhor: é a possibilidade facultada ao titular do direito de fazer adotar essas providências contra o obrigado remisso; de fazer, em suma, funcionar contra este, pelo modo adequado em conformidade com a ordem jurídica, o aparelho sancionatório estadual, instituído para prover de tutela eficaz os comandos jurídicos, em ordem a assegurar a sua normal observância” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1987a. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume I – *Sujeitos e Objecto*. Coimbra: Almedina, p.6), também definida por Mota Pinto como “a possibilidade, própria das relações jurídicas, de o seu titular ativo pôr em movimento o aparelho sancionatório estadual para reintegrar a situação correspondente ao seu direito, em caso de infração, ou para impedir uma violação receada” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. 1989. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 182).

⁽²⁹⁾ Sendo este mais um elemento distintivo do dever jurídico em relação à obrigação natural, por esta não ser suscetível de coercibilidade. Cfr. Tribunal da Relação de Coimbra / Gregório de Jesus. *Acórdão de 3 de dezembro de 2009* (proc. 4371/07.0TJCBR.1, bjdj-itij) –“I. O art.º 402.º, do CC consagra a «obrigação natural» como uma figura de carácter geral, compreendendo no seu âmbito todos os deveres de ordem moral e social, cujo cumprimento não seja judicialmente exigível, mas corresponda a um dever de justiça. II. Em geral, são dados como exemplos de deveres de ordem moral e social, cujo cumprimento corresponde a uma ordem de justiça (comutativa), o caso típico do cumprimento da obrigação prescrita ou do dever legal que haja caducado ou da percentagem remitida pelos credores ao devedor concordado, e não um simples pensamento de piedade, de caridade, de cavalheirismo ou a um sentimento de escrúpulo de carácter individual. III. São seus pressupostos – ou requisitos positivos – o basear-se a obrigação num dever moral ou social e ao seu cumprimento corresponder um dever de justiça. IV. É requisito negativo da obrigação natural, e constitui ponto líquido, a sua não coercibilidade – há plena liberdade de incumprir por o direito do credor não ser acionável”.

2.2.3. Relatividade da obrigação

O dever jurídico a que se fez referência *não é irrestrito*, na justa medida em que, correspondentemente, o direito do credor não é *absoluto* nem *obrigatório* em si mesmo ou na forma do seu exercício ⁽³⁰⁾. Distingue-se, assim, de um mero *estado de sujeição*, enquanto vínculo imposto pelo titular de um direito *potestativo* ⁽³¹⁾, enquanto poder de determinação jurídica, ou seja, um poder de produzir efeitos jurídicos correspondentes ao sentido de uma declaração. “O correlativo do poder de determinação jurídica é a sujeição daquele ou daqueles sobre quem os efeitos venham a incidir” ⁽³²⁾ — o estado de sujeição consiste, assim, numa subordinação *inelutável* de uma pessoa ter de suportar na sua própria esfera jurídica a modificação a que tende o exercício do poder conferido a uma outra pessoa. O titular passivo da relação nada tem de fazer para cooperar na realização do interesse da outra parte, mas também nada pode fazer também para a impedir ⁽³³⁾.

Por outro lado, é distinto do *onus jurídico*, em virtude deste não ser imposto como um dever e pela sua inobservância não corresponder necessária e propriamente uma sanção. Na verdade, o ato associado ao ónus jurídico não visa a satisfação do interesse de

⁽³⁰⁾ Assim se distingue o *direito subjetivo* relativamente ao *poder-dever* (também designado de *poder funcional*). Quem tem um direito subjetivo, exerce-o ou faz uso dele *quando* quiser e *apenas* se quiser. Já um poder-dever tem obrigatoriamente de ser exercido e esse exercício está subordinado a uma determinada forma ou a um determinado conteúdo. Estão neste leque, os direitos (pessoais) emergentes das relações parentais, em que o titular do “poder” (responsabilidade parental) não o exerce no seu interesse mas, essencialmente, no interesse do menor. O mesmo sucede relativamente aos direitos inseridos no instituto da tutela que não atribuem qualquer *domínio* sobre a pessoa do incapacitado.

⁽³¹⁾ O direito potestativo caracteriza-se “por o seu titular o exercer por sua vontade exclusiva, desencadeando efeitos na esfera jurídica de outrem independentemente da vontade deste” (PRATA, Ana. 2008. *Dicionário Jurídico*, I. 5.ª edição. Coimbra: Almedina).

⁽³²⁾ TELES, Miguel Galvão. 2005. “Direitos Absolutos e Relativos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 660.

⁽³³⁾ Mota Pinto distingue com clareza estas duas figuras: “Ao definirmos a relação jurídica, considerámo-la integrada por um direito subjetivo e por um dever jurídico ou por uma sujeição. (...) O direito subjetivo pode definir-se como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um ato livre de vontade, só de *per si* ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário). (...) O direito subjetivo propriamente dito consiste na primeira das variantes assinaladas. É o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (abstenção ou omissão). Contrapõe-se-lhe o dever jurídico da contraparte – um dever de ‘*facere*’ ou de ‘*non facere*’. O dever jurídico é, pois, a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a que tem direito o titular ativo da relação jurídica. (...) Os direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um ato livre de vontade, só de *per si* ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte. *Corresponde-lhes a sujeição*, a situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito do exercício do direito pelo seu titular. Em certas situações, afeta-se, assim, a esfera jurídica de outrem sem consentimento deste, consentimento que normalmente seria exigido” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. 1989. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp.168, 175 ss).

outrem, sendo muitas vezes um meio para alcançar uma vantagem ou para evitar uma desvantagem; ou seja, corresponde à necessidade de adoção de um determinado comportamento para a realização de um interesse, por regra, próprio — v.g., o registo de uma hipoteca ⁽³⁴⁾, bem como de um contrato real ou com eficácia real ⁽³⁵⁾, a participação de um sinistro à seguradora ⁽³⁶⁾, o regime do ónus da prova ⁽³⁷⁾, a arguição processual de exceção perentória, a impugnação especificada dos factos alegados pela parte contrária.

⁽³⁴⁾ O registo da hipoteca é constitutivo e, por conseguinte, só produz efeitos, mesmo entre as partes, se tiver sido registada (art.º 687.º, do CC). Este registo constitui um *ónus jurídico*. O respetivo ato constitutivo deve ser devidamente concretizado sobre o que a mesma abrange, para que seja posteriormente submetido ao registo com expressa menção da amplitude e dos seus limites exatos, enquanto condição essencial da sua eficácia, designadamente os limites máximos dos créditos, dos juros, das despesas garantidas e da própria taxa de juro moratório. Este *ónus* constitui uma salvaguarda, quer do credor, quer do devedor hipotecário. Na verdade, “o facto de, registralmente, se encontrar inscrito um limite máximo não significa que, concretamente, ele tenha sido atingido ou preenchido; o limite máximo registral corresponde ao *plafond* até ao qual funciona a garantia hipotecária sendo sempre necessário, porém, comprovar qual o quantitativo concreto de capital, despesas e juros preenchidos ou / e concedidos” (Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Noronha Nascimento. 2000. *Acórdão de 20 de junho de 2000*, proc. n.º 282/2000-2.ª, in *Sumários de Acórdãos do STJ*. Disponível na Internet em <<http://www.stj.pt>>).

⁽³⁵⁾ Contrato real ou contrato real *quoad effectum* é o contrato cujos efeitos se reportam ao direito das coisas (art.º 408.º, n.º 1, do CC), por contraposição com o contrato obrigacional, que apenas cria, modifica ou extingue relações creditórias (COSTA, Mário Júlio Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, p.288). A título exemplificativo, discutiu-se se os contraentes de um *contrato de permuta de bens imóveis presentes por bens imóveis futuros* teriam o *ónus jurídico* de proceder ao seu registo. No Parecer n.º 4/2005 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (in *Diário da República*, II Série, n.º 223, de 26 de setembro de 2002, Lisboa: INCM, pp. 16307 ss), foi definido como “um contrato consensual com eficácia real, que tem por objeto a transferência recíproca de coisas ou direitos de um contraente para outro”. Tomando precisamente por paradigma o contrato de permuta de bens imóveis, sujeitos a registo, dever-se-á então atender, perante terceiros, à prioridade do preenchimento do *ónus jurídico* do seu registo (cfr. COSTA, M.J. Almeida, *ibidem*, que salienta que a disciplina do registo caberá entre as exceções previstas na parte final do n.º 1 do art.º 408.º, do CC).

⁽³⁶⁾ “A participação do sinistro à seguradora não é uma *obrigação* do segurado, antes constitui um *ónus jurídico*, no sentido em que dele dependerá a obtenção da prestação da seguradora, cuja inobservância a poderá condicionar ou excluir” (VASQUES, José. 2005. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 300 — *italico adicionado*). Esta diferença entre *ónus* e *obrigação* é relevante porque, no caso referido, a omissão de tal *ónus* não impede que um terceiro-lesado proceda em conformidade, diligenciando junto da seguradora pelo ressarcimento dos prejuízos, uma vez que tem um privilégio sobre a indemnização (art.º 741.º, do CC). Há sempre uma *ratio* da imposição legal de um determinado *ónus*. Na situação citada, radica na possibilidade da seguradora “poder atuar o mais rapidamente possível, efetuando as necessárias verificações (designadamente peritagens e avaliações) na medida em que o decurso do tempo elimine os seus vestígios” (*Ibidem*, p. 303).

⁽³⁷⁾ O *ónus probandi* significa, para a parte sobre a qual impende, o encargo “de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova; ou na necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto, trazida ou não pela mesma parte” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1976. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 196). A *relação com o ónus jurídico* é feita pelo mesmo Autor que acrescenta em *nota de rodapé*: “um *ónus* (jurídico) traduz-se na necessidade, imposta pela ordem jurídica a uma pessoa, de proceder de certo modo para conseguir uma vantagem”.

No mesmo sentido, pronuncia-se Rui Rangel: “[o] *ónus probatório*, enquanto *ónus jurídico* não se confunde com uma *obrigação*, antes consubstancia-se num poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos atos probatório, ou adotar ou não certas condutas, previstas para benefício e interesse próprio, pelo que

2.2.4. Explicitação prática da relevância da relatividade da obrigação

A relevância da distinção é significativa para o presente estudo, porque concentrando-se na possibilidade da existência de um “*bullying obrigacional*”, operado com condutas que sobrepõem os limites objetivos, a sua configuração depende da precisa caracterização dos termos a que cada sujeito da relação jurídica *goza* ou está *vinculado* ⁽³⁸⁾.

Com efeito, para uma exata precisão sobre o âmbito do fenómeno em apreciação, será significativo compreender o *conteúdo* do dever jurídico, que não é rigorosamente equivalente ao conceito de *obrigação*. Conforme observa Almeida Costa, a obrigação comporta duas conceptualizações distintas, sendo uma em sentido lato e outra em sentido estrito ou técnico. Em sentido lato, “obrigação designa todos os deveres e ónus de natureza jurídica ou extrajurídica”. Apenas neste sentido amplo, a obrigação apresenta-se como sinónimo de dever jurídico. Para o Autor, afigura-se mais correto distinguir *dever jurídico* enquanto *género* e *obrigação* como *espécie* desse género ⁽³⁹⁾.

Impondo-se a identificação dos fundamentos que a suporta e a definição da sua relevância jurídica, incluindo os interesses determinantes da sua exigibilidade, pode enunciar-se que do carácter relativo entre um *direito de crédito* e a correspondente *obrigação*, resulta que o objeto desse direito é sempre uma *prestação* (uma atividade de outra pessoa), o que significa que o direito de crédito está *dirigido* contra uma pessoa, contrariamente ao que sucede nos *direitos reais*, em que o que está adstrito é uma *coisa* (não uma prestação), dirigindo-se os poderes do titular de um determinado direito contra essa coisa e não contra a pessoa do devedor ⁽⁴⁰⁾. Mesmo assim, se o conteúdo do dever for de natureza *pessoal* (v.g., prestação de um serviço), não pode deixar de haver limites

não pode ser imposto por terceiros” (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. 2000. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 1.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 328).

⁽³⁸⁾ Considera-se mais apropriado o uso do termo *vinculação*, porque este comporta quer o dever jurídico correspondente ao direito subjetivo *stricto sensu*, quer a sujeição, correspondente ao direito potestativo.

⁽³⁹⁾ COSTA, Mário Júlio Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 65 ss..

⁽⁴⁰⁾ Existem factos jurídicos, designadamente contratos, que têm simultaneamente, efeitos obrigacionais e reais. *A priori*, o critério distintivo entre direito real e direito de crédito poderia ser simples se não existissem direitos pessoais de gozo (cfr. art.º 407.º, do CC). Ora, estes direitos (v.g., do mandatário ou do locatário) são direitos que também se dirigem a uma coisa, pelo que o seu exercício não depende *apenas* de uma prestação imposta a uma pessoa. Concluindo-se que quer nos direitos reais, quer nos direitos pessoais, o seu exercício é autónomo, a distinção deve fundar-se se os direitos são passíveis de ser opostos a todos e perante todos (*erga omnes*) ou apenas à pessoa do devedor, o que conduz a que os direitos pessoais de gozo ficam sujeitos ao mesmo regime previsto para os direitos de crédito, em virtude de, tal como nestes, não terem oponibilidade *erga omnes*.

relacionados com a possibilidade de quem deve e de como se poderia exigir a prestação⁽⁴¹⁾, diversamente do que sucede com o conteúdo do dever exclusivamente patrimonial, na medida em que a impossibilidade do devedor em cumprir essa obrigação não o isenta do seu cumprimento posterior, ainda que de forma coerciva⁽⁴²⁾. Estas distinções assumem particular relevância na aferição que *infra* se efetuará sobre os meios admissíveis (e *se admissíveis*) de reação por parte do devedor quando o credor atue em desconformidade com os intrínsecos interesses que caracterizam a prestação a que tem direito.

2.2.5. Exceção de não cumprimento *versus* ónus jurídico

Considere-se, a este propósito, a apreciação da relação jurídica decorrente de um contrato de arrendamento em que o arrendatário deixa de habitar no prédio, passando a residir noutra prédio, de que é proprietário, mantendo o pagamento da renda mas recusando-se à entrega do prédio arrendado e à resolução do contrato, invocando a exceção de não cumprimento do contrato em virtude do locador não realizar obras no locado, obstando a que este destine o prédio à habitação de um seu descendente, cujo casamento encontra-se agendado, o que é do conhecimento do locatário e sendo essa uma razão para que incremente a sua recusa em entregar o prédio.

Nestas circunstâncias, há *dois deveres jurídicos*: um, do locador, traduzido na obrigação de assegurar ao locatário, o *gozo* do prédio, para o fim a que se destina e previsto no respetivo contrato (obrigação de *facere*); outro, do locatário, em proceder ao pagamento da renda, estando esses deveres ligados por uma relação de sinalagma, que não fica destruído pela diversa natureza das prestações – continuada ou duradoura (do locador) e periódica ou repetida (do locatário).

Seria plausível e juridicamente admissível ao locatário a invocação da exceção de não cumprimento do contrato para suspender o pagamento da renda enquanto o locador

⁽⁴¹⁾ Se porventura a prestação tiver natureza estritamente pessoal, sem prejuízo da reparação dos danos advenientes, será admissível ao devedor escusar-se validamente ao cumprimento, designadamente se tiver sido afetado por debilidade, perda ou menor capacidade ou habilidade técnica ou artística, bem como quando o cumprimento implicar um risco para outros bens juridicamente tutelados, de grau igual ou superior, designadamente quando faça perigar a vida ou saúde, do devedor ou de terceiro.

⁽⁴²⁾ Sendo a prestação de natureza patrimonial, ainda que o devedor não tenha bens suficientes para a satisfazer ou ainda que seja declarado insolvente, o dever jurídico permanece, continuando o devedor sujeito à relação jurídica obrigacional até que se verifique um dos fundamentos legalmente previstos para a extinção da obrigação.

não realizasse as obras necessárias a assegurar o gozo da coisa ⁽⁴³⁾. Mas ser-lhe-á *lícito* arguir tal instituto para não *ocupar* o locado? A resposta a esta questão exige a prévia caracterização desse ato de “ocupação” (habitação), a saber, se constitui um verdadeiro dever jurídico ou apenas um *onus jurídico*.

Assiste ao senhorio o direito de resolução se o arrendatário não fizer “uso do locado por mais de um ano” [art.º 1083.º, n.º 2, al. *d*), do CC] ⁽⁴⁴⁾. Ora, o artigo 428.º, n.º 1, do CC prescreve que “se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.” Assim, se considerarmos o contrato de arrendamento simplesmente pela sua natureza bilateral, o não cumprimento por parte do locador em assegurar ao locatário o gozo do prédio, é suscetível de conferir a este o direito de nele não residir com base na exceção de não cumprimento.

⁽⁴³⁾ Todavia, considera-se que, em matéria de locação, a exceção do não cumprimento do contrato não tem uma aplicação tão abrangente como *a priori* seria concebível. Como salientou Aragão Seia, “uma vez entregue ao locatário a coisa locada, o sinalagma em grande medida se desfaz. Certo, o locador continua obrigado a proporcionar o gozo da coisa ao locatário; mas esta é uma obrigação sem prazo ou dia certo para o seu cumprimento, ao passo que é a termo a do pagamento da renda” (SEIA, Jorge Aragão. 2004. *Arrendamento urbano: anotado e comentado*. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 412).

Neste sentido, observa Almeida Costa que “seria contrário à boa fé que um dos contraentes recusasse a sua inteira prestação, só porque a do outro enferma de uma falta mínima ou sem suficiente relevo. Na mesma linha, surge a regra da adequação ou proporcionalidade entre a ofensa do direito do excipiente e o exercício da exceção”. Focando a ideia de proporcionalidade ou equilíbrio das prestações, conclui que “[o] recurso do arrendatário a este instituto, se existe cumprimento defeituoso ou parcial pelo senhorio, apenas o dispensa de pagar a renda correspondente à falta verificada. A quantificação pode tornar-se mais ou menos difícil. Quando as partes não chegarem a acordo subsiste o remédio da consignação em depósito, mas o arrendatário corre o risco de o seu cálculo pecar por defeito, depositando uma renda menor do que a devida” (COSTA, Mário Júlio Almeida. 1986. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de dezembro de 1984”, in *RLJ*, Ano 119.º. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 144, 146). Assim, no caso de privação parcial do gozo do prédio ou da existência de vícios, imputáveis ao senhorio, que não comprometam de forma significativa a sua utilização para os fins destinados, o arrendatário tem apenas o direito de suspender o pagamento da parte proporcional da renda — o que aliás, resulta expressamente do disposto no art.º 1040.º, do CC — sendo ilegítima a invocação da *exceptio* pelo valor total da renda.

⁽⁴⁴⁾ Na anterior redação da alínea *i*) do n.º 1 do art.º 1093.º, do Código Civil, previa-se o direito de resolução do senhorio se o arrendatário “conserva[sse] o prédio desabitado por mais de um ano, consecutivamente, ou, sendo o prédio destinado a habitação, não tive[sse] nele residência permanente, habite ou não outra casa, própria ou alheia”. Esta previsão passou para a alínea *i*) do n.º 1 do art.º 64.º, do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 321-B/90, de 15 de outubro, exceto quanto ao termo “consecutivamente”, que o legislador não quis que transitasse para o atual regime, aderindo ao entendimento que não exige a verificação ininterrupta da desabitação do prédio por mais de um ano e, posteriormente, com o Novo Regime, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, para os termos enunciados do artigo 1083.º, do CC.

É certo que a doutrina ⁽⁴⁵⁾ e a jurisprudência ⁽⁴⁶⁾ têm considerado admissível o uso da exceção de incumprimento em casos de prestação continuada, como sucede com o contrato de locação. No entanto, há divergência quando esteja em causa incumprimento de cláusulas acessórias ⁽⁴⁷⁾. *A priori*, não se afigura ser de rejeitar a doutrina que aceita a extensão da *exceptio* a cláusulas acessórias, sem prejuízo da especificidade do contrato locativo. No entanto, entende-se que a falta de realização de obras pelo senhorio não tem como corresponsável o direito do inquilino em abandonar o locado, enquanto aquele não fizer essas obras. Efetivamente, a exceção de não cumprimento de contratos pressupõe a existência dum contrato bilateral de que resultam obrigações para ambos os contraentes e é essa bilateralidade o fundamento para a sua invocação. Sem dúvida que no contrato de locação a obrigação principal do senhorio é entregar a coisa locada e a do inquilino é a de pagar a renda. A acrescer à obrigação do senhorio de entregar a coisa, há ainda a obrigação de assegurar o seu gozo fazendo as reparações necessárias para o inquilino poder habitar o locado. Mas como ensina Antunes Varela ⁽⁴⁸⁾, não existe por parte do locatário o *dever jurídico* de habitar o imóvel, antes a ocupação do prédio constitui um *onus jurídico* do arrendatário, na medida em que se trata dum ato necessário para que o onerado não perca a vantagem da renovação obrigatória do contrato (ou seja, *em seu benefício*, para obstar à resolução).

⁽⁴⁵⁾ Cfr., por todos, VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, vol. I. 10.^a edição. Coimbra: Almedina, p. 398.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., entre outros, Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão* de 11 de dezembro de 1984, in *BMJ*, n.º 342. Lisboa: Ministério da Justiça, p. 355; Tribunal da Relação de Lisboa, *Acórdão de 8 de fevereiro de 1981*, in *CJ*, ano VI, Tomo I. Coimbra: Casa do Juiz, p. 223.

⁽⁴⁷⁾ Admitindo a *exceptio* em relação às prestações interdependentes, cfr. LIMA, António Pires / VARELA, João de Matos Antunes. 1987. *Código Civil Anotado*, Volume I. 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 407 e SILVA, João Calvão da. 2002. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4.^a edição. Coimbra: Almedina, p.333, nota 602. Há, todavia, jurisprudência que se inclina no sentido de só poder ser invocada relativamente às obrigações fundamentais que, no caso da locação, são a entrega da coisa locada pelo senhorio e o pagamento da renda pelo inquilino (cfr. Tribunal da Relação de Lisboa. *Acórdão de 6 de fevereiro de 1981*, in *CJ*, Ano VI, Tomo I, p. 223).

Numa vertente mais restrita, alguma jurisprudência também tem decidido que a exceção do não cumprimento do contrato não tem aplicação ante o incumprimento da *eliminação dos defeitos* pelo senhorio, com o argumento da falta de interdependência ou reciprocidade das obrigações, em virtude do dever do locador em reparar as deficiências do locado não constituir o corresponsável do dever do arrendatário pagar pontualmente as rendas (neste sentido, cfr. Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão de 6 de maio de 1982*, in *BMJ*, n.º 317. Lisboa: Ministério da Justiça, p. 239 e Tribunal da Relação de Coimbra, *Acórdão de 29 de outubro de 1996*, in *CJ*, Ano XXI, Tomo IV, p. 45).

⁽⁴⁸⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 1986. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de janeiro de 1983”, in *RLJ*, Ano 119.º. Coimbra: Coimbra Editora, p. 273. A jurisprudência maioritária tem também entendido que a falta de realização de obras pelo senhorio não pode ser considerada como exceção do contrato não cumprido, por não ter, como corresponsável, o direito dos arrendatários em abandonar o locado

Com base nesta interpretação, entre a *obrigação (dever)* do locador e o *ónus jurídico* do locatário *não pode haver correspectividade*, como pressupõe o art.º 428.º, do Código Civil (a correspectividade opera apenas *entre deveres* ou *obrigações*). E nessa medida, a invocação da exceção de não cumprimento do contrato não seria lícita e, caso ultrapassasse os limites objetivos da boa fé, poderia tal conduta enquadrar-se no fenómeno em análise (de *bullying* obrigacional).

Naturalmente que não será passível de inclusão nesta classificação, se o locatário estiver ao abrigo de uma salvaguarda legal, designadamente por doença ou força maior – art.º 1072.º, n.º 2, al. a), do CC – enquanto causas idóneas para paralisar a relevância da justa causa resolutive. A este propósito, ainda que no domínio da legislação anterior, refere Antunes Varela que, “ao afastar o direito de resolução do arrendamento baseado na desabitação do prédio por mais de um ano ou na falta de residência permanente do inquilino no prédio destinado a habitação, sempre que o facto atribuído ao arrendatário resulte de caso de força maior ou de doença, a lei quer efetivamente abranger os casos em que a desabitação ou falta de residência permanente se torna *compreensível, aceitável, perfeitamente explicável*, em consequência de tais factos exteriores à pessoa do locatário (quanto aos factos inerentes à pessoa do locatário releva o caso de doença), normalmente imprevisíveis ou pelo menos imprevistos, cuja força é superior à vontade normal do homem, que estão na origem da situação”⁽⁴⁹⁾. Mas, mesmo nessa situação, não é pacífico que a falta de realização de obras pelo locador seja configurável como *caso de força maior*, quando o locatário as não exige diretamente àquele, ou denunciando a situação à autoridade administrativa competente, já que ao conceito de força maior subjaz a inevitabilidade e irresistibilidade⁽⁵⁰⁾.

enquanto aquele as não fizer. (cfr., designadamente, Tribunal da Relação do Porto, *Acórdão de 11 de abril de 1994*, in *CJ*, Ano XIX, Tomo II, p. 209).

⁽⁴⁹⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 1986. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de janeiro de 1983”, in *RLJ*, Ano 119.º. Coimbra: Coimbra Editora, p. 275. Por sua vez, Aragão Seia (*Op. cit.*, p. 64) elenca como casos de força maior, “a epidemia que grasse durante muito tempo na zona, a falta de água potável para a população em consequência de inundações ou outro cataclismo, a falta de segurança das pessoas, a falta de estabilidade do prédio em consequência de qualquer abalo sísmico recente, a derrocada de parte do prédio arrendado, ou a abertura de fendas no prédio vizinho que ameace a segurança do prédio arrendado”.

⁽⁵⁰⁾ Na esteira do supra enunciado ensino de Antunes Varela e do Acórdão do TRP, de 04-03-1996 (in *CJ*, Ano XXI, Tomo II, p. 117), será de aceitar a obstaculização à resolução do contrato por falta de obras, quando as circunstâncias do caso tornem *compreensível, aceitável e explicável* a falta de uso do locado em consequência de factos exteriores à pessoa do arrendatário, circunstâncias essas normalmente imprevisíveis ou pelo menos imprevistas e cuja força é superior à vontade normal do homem, *mas — acrescenta-se — desde que ao arrendatário não seja imputável qualquer violação do dever* que lhe é imposto pelo art.º 1038.º, al. h), do CC.

2.2.6. Exceção de não cumprimento *versus* limite objetivo da boa fé

Para problematizar a questão, centrando-a no objeto estrito em estudo, aproveitando o exemplo da relação locatícia, atente-se para a hipótese do locatário recusar-se ao pagamento de renda, a título de exceção de não cumprimento do contrato, mas simultaneamente o locado estar em tão avançado estado de degradação que a sua recuperação pelo locador implique a realização de obras que demandem licenciamento e/ou emissão prévia de pareceres favoráveis de entidades administrativas e/ou que as mesmas sejam excessivamente onerosas para o locador, considerando os seus recursos financeiros. Constituirá a invocação da *exceptio non adimpleti contractus*, associada com outros comportamentos de instigação, um *excesso* inadmissível, contrário à boa fé e/ou enquadrável em abuso de direito, a título de *bullying* obrigacional?

A resposta dependerá da caracterização do estado do *locador* (que neste caso estará na *posição de devedor* quanto ao cumprimento da obrigação de assegurar ao locatário o gozo do locado), sobre o estado do *bem* objeto do reclamado cumprimento e até sobre a subsistência da própria *relação contratual*.

Poderia considerar-se a eventual caducidade do contrato, “pela *perda* da coisa locada” [art.º 1051.º, al. *e*), do CC], sabendo que conforme dispõe o n.º 1 do art.º 790.º do mesmo Código, “a obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”, já que a aludida caducidade representa um afloramento do princípio geral relativo à impossibilidade superveniente da prestação, prevista nos artigos 790.º e ss., do CC ⁽⁵¹⁾. No entanto, o sentido da norma é o efetivo *desaparecimento* da coisa locada, por facto natural (incêndio, inundaçã, terramoto ou outra catástrofe) ⁽⁵²⁾. Só será admissível por causa de intervenção humana, designadamente a necessidade de demolição, se o facto causal da perda não for imputável, a título de culpa, ao locador, isto é, não resultar de um ato intencional do locador para “forçar” a caducidade do contrato de arrendamento, portanto, assente sobre um condicionalismo de impossibilidade superveniente — caso em que a demolição encontrará na lei a sua justificação ⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ Cfr, neste sentido, CARNEIRO, José Gualberto de Sá. 1969. “Alguns Problemas Suscitados pela Caducidade do Arrendamento”, in *Revista dos Tribunais*, Ano 87.º, p. 243.

⁽⁵²⁾ José Carneiro, *ibidem*, p. 244 elucidava que é mesmo “indispensável que ela desapareça; o simples facto de o locatário ser privado do seu gozo não produz a caducidade do contrato e apenas suspende a vida do contrato”.

⁽⁵³⁾ De facto, nesta situação, o arrendamento caduca quando, sem culpa do locador, a coisa locada se deteriore de tal forma que só a sua reconstrução total a possa tornar novamente apta para o fim a que se

Por outro lado, convém não ignorar que, correspectivamente com o dever do locador em facultar o gozo da coisa para o fim a que se destina, existe também uma obrigação (*dever jurídico*) do locatário em “avisar imediatamente o locador sempre que tenha conhecimento de vícios na coisa ou saiba que a ameaça algum perigo (...), desde que o facto seja ignorado pelo locador” [art.º 1038.º, al. *h*), do CC]. Por isso, se porventura o prédio estiver num estado de degradação significativo, não sendo de prever que o locador disso tenha conhecimento, a invocação da exceção de não cumprimento constituirá um *ilícito atípico* quando o locatário não tenha previamente cumprido o seu *dever* de avisar o locador sobre os vícios da coisa, enquanto limite objetivo de boa fé ⁽⁵⁴⁾. Seguindo esta interpretação, a *exceptio* invocada pelo locatário constituiria um *excesso* no exercício do direito, no que se poderá designar de *ilicitude atípica*, passível de fundamentar a delimitação de *bullying* obrigacional.

2.2.7. Eficácia relativa versus eficácia externa

A relatividade estrutural das obrigações — isto é, que as mesmas são em si mesmas relativas, porque o núcleo da relação obrigacional é constituído pelo credor e pelo devedor, fundando-se no dever de uma pessoa determinada (o devedor) perante uma outra pessoa, também determinada (o credor), em cujo domínio prevalece a autonomia da vontade — pode não ter exata correspondência em termos de eficácia ⁽⁵⁵⁾.

destinava. O arrendamento não pode subsistir, porquanto o prédio, depois de reconstruído, já não é o mesmo: é outro. Mas para tal, é necessário que o locador *não tenha contribuído culposamente* (por ação ou por omissão) para esse estado.

Cfr., em sentido próximo, Tribunal da Relação de Coimbra / Gil Roque, *Acórdão de 11 de maio de 1999* (proc. n.º 908/99, bdjd-itij): “I. A questão da caducidade do contrato de arrendamento tem de ser vista e apreciada de forma objetiva. O que interessa é apurar o grau de distinção da coisa locada e a situação subsequente e, depois, a partir desta avaliar se o imóvel ainda permite ou não ser gozado ou utilizado para os fins concretos definidos no contrato de arrendamento. II. Importa saber se o locado pode ser reparado em termos normais, ou se é irrecuperável. Há que concluir que a demolição do prédio arrendado, por autorização ou determinação camarária, importa a caducidade do arrendamento, por perda total da coisa arrendada. III. O contrato de arrendamento caduca quando a coisa locada deixa de satisfazer o fim a que se destina, quando a coisa locada não possa ser, total ou parcialmente utilizada pelo locatário, ou quando sem culpa do locador, ele se deteriore em termos tais que só a sua reconstrução total ou parcial a possa tornar novamente apta para o fim a que se destina”.

⁽⁵⁴⁾ Tribunal da Relação de Coimbra / Ferreira de Barros. *Acórdão de 27 de setembro de 2005* (proc. n.º 2257/05, bdjd-itij): “O exercício da exceção de incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação só é legítimo se não contrariar os ditames da boa fé, sendo de arredar face a uma falta pouco significativa da contraparte, ou então conduzir a boa fé à redução de tal exercício em termos proporcionais à parte ainda não executada pelo contraente faltoso”.

⁽⁵⁵⁾ Tratam-se, aliás, de questões diferentes: “[o] art.º 406.º, n.º 2 [do CC] consagra a regra da relatividade dos contratos, e não uma regra de relatividade das obrigações. Mesmo a letra do artigo só se refere a contratos. Não podemos confundir o *contrato* e a *obrigação*. Os contratos podem constituir obrigações, mas também produzem outros efeitos jurídicos. As obrigações podem ser constituídas por contrato, mas também

Por norma, porque o conteúdo é livremente fixado pelas partes (art.º 398.º, n.º 2, do CC), são apenas essas partes que ao mesmo ficam vinculadas ⁽⁵⁶⁾. Este princípio, da *eficácia relativa* da obrigação, implica que o titular do direito só possa exigir o seu cumprimento ao *devedor* e não a qualquer terceiro, ainda que seja este quem tenha o domínio material ou jurídico do objeto do cumprimento ⁽⁵⁷⁾.

Este estudo circunscrever-se-á exclusivamente à relação estrita entre esses dois sujeitos, embora não seja de excluir que um *terceiro* também possa perturbar essa relação, v.g., quando atuando ilicitamente contra a pessoa do devedor ou objeto da relação, impossibilite a realização da prestação (“ataque ao substrato do crédito”) ou quando induza o credor a não cumprir a sua prestação (“ataque ao crédito *stricto sensu*”).

2.2.7.1. Eficácia externa das obrigações

À última citada matéria, da oponibilidade da obrigação a terceiro, designada de *eficácia externa das obrigações* ⁽⁵⁸⁾, o direito positivado parece admiti-la expressamente apenas em duas situações muito específicas, a saber, no “*commodum*” de representação (art.º 794.º, do CC) ⁽⁵⁹⁾ e na sub-rogação pessoal (art.º 606.º, do CC) ⁽⁶⁰⁾.

por outras fontes. Mesmo quando um contrato é obrigacional, não podemos confundir a causa com o efeito” (MÚRIAS, Pedro. 2003. *Eficácia externa das obrigações* [em linha]. Lisboa: Múrias Jurídico [referência de 5 de maio de 2011]. Disponível na Internet em <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eficaciaexterna.htm>>).

⁽⁵⁶⁾ No direito romano, o princípio básico era o da exclusiva vinculação dos contraentes. Conforme assinala Santos Justo, “[d]a conceção de *obligatio* como um vínculo entre duas ou mais pessoas resulta que a relação que as une não atinge (positiva ou negativamente) terceiros que lhe são estranhos. Talvez a explicação se encontre no facto de, sendo os contratos mais antigos formais, os seus efeitos deviam produzir-se exclusivamente na esfera jurídica de quem os realizou” (JUSTO, António Santos. 2008b. “Direito Privado Romano – II”, *Studia Iuridica* n.º 76, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, p.28). No entanto, o mesmo Autor dá conta da existência de atenuações, designadamente pela *stipulatio* penal, que na prática correspondia a um contrato a favor de terceiro, bem como contratos a cargo de terceiro, contratos de pessoa *sub potestate* e contratos *extraneae personae* (*ibidem*, pp. 30-33).

⁽⁵⁷⁾ Este princípio resulta da própria estatuição do n.º 2 do art.º 406.º do Código Civil, sendo inadmissível que duas pessoas, num contrato celebrado exclusivamente entre si, estipulem vinculações ou condições para terceiros que não tenham qualquer intervenção nesse ato. Por outro lado, o art.º 798.º, do mesmo Código, *não exclui* o dever do devedor, porque continua na posição específica de *obligado*, ainda que para o incumprimento haja o contributo ou o apoio de um terceiro.

⁽⁵⁸⁾ Em síntese, esta doutrina admite “além de um efeito interno das obrigações, dirigido contra o devedor e em todo o caso primacial, um efeito externo, traduzido no dever imposto às restantes pessoas de respeitar o direito do credor, ou seja, de não impedir ou dificultar o cumprimento da obrigação” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, p.92)

⁽⁵⁹⁾ O comodo representativo ou de sub-rogação refere-se ao que ficou a fazer parte do património do devedor, substituição do objeto da prestação; e isto, em virtude do facto gerador do incumprimento, definitivo desta. Trata-se, por regra, de um direito irrenunciável, conforme se decidiu no Ac. STJ, de 26-03-1998, in *BMJ*, n.º 475. Lisboa: Ministério da Justiça, p. 664: “I – Nos termos do artigo 809.º do Código Civil, é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor (os direitos de pedir o

A doutrina clássica ⁽⁶¹⁾ defendida por Cunha Gonçalves ⁽⁶²⁾ recusa-a, assente na conceção da relatividade dos direitos de crédito que apenas podem ser violados pelas partes, em contraposição com os direitos reais, que são oponíveis *erga omnes* — sendo aqueles direitos relativos, os terceiros não terão o dever de os respeitar. Funda-se, essencialmente, no disposto no art.º 406.º, n.º 2, do CC, que estabelece que, em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos previstos na lei. Além disso, sustenta que o regime da responsabilidade civil, plasmado nos art.ºs 483.º e ss. diz respeito à violação de direitos absolutos e não de direitos relativos, nos quais incluem-se os de crédito, contrastando com o regime previsto no art.º 798.º, do CC que se circunscreve à violação do direito de crédito e restringe a responsabilidade obrigacional em exclusivo ao devedor.

Uma segunda conceção, embora recusando a existência de um dever geral de respeito dos direitos de crédito, admite a responsabilização de terceiros com recurso a outros institutos, designadamente o do abuso de direito ⁽⁶³⁾, da concorrência desleal ⁽⁶⁴⁾ ou

cumprimento da obrigação, a indemnização pelo prejuízo, a resolução do negócio e o “commodum” de representação), salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º do mesmo Código. II – Se estes direitos não podem ser renunciados antecipadamente, dúvidas não há que qualquer deles pode ser renunciado depois do não cumprimento ou da mora”.

A este propósito, regista-se também o Ac. TRP, de 10-03-1994 (proc. 9330749, in bdjd-itij), no qual, discutindo-se a perda de direitos de crédito decorrente de um acidente de viação, concluiu-se que embora o artigo 483.º, do CC, não cubra, em regra, a lesão de direitos de crédito, não imuniza necessariamente da responsabilidade o terceiro que culposamente dá causa ao incumprimento de uma relação obrigacional; não pela via da responsabilidade civil extracontratual, mas pela do “commodum” de representação.

⁽⁶⁰⁾ A sub-rogação do credor ao devedor de direitos de conteúdo patrimonial contra terceiros, designada por “*sub-rogação indireta*”, faz parte de um conjunto de instrumentos, entre os quais a ação pauliana, a legitimidade do credor para invocar a nulidade dos atos praticados pelo devedor e o arresto, que a ordem jurídica coloca à disposição do credor para defesa e conservação da garantia do seu direito (o património do devedor suscetível de penhora – *cf.* art.º 601.º, do CC). Para a ação sub-rogatória, é necessário o preenchimento de três requisitos: a existência efetiva de uma obrigação, a inércia do devedor e a essencialidade da sub-rogação. Este direito do credor, apesar de basear-se na tutela da garantia patrimonial dos créditos de terceiro, funciona também no interesse do devedor, por o libertar do seu débito, enquanto o credor cobra o seu crédito.

Na jurisprudência, *cf.* Tribunal da Relação de Coimbra / Jaime Ferreira. *Acórdão de 9 de outubro de 2007* (proc. 73/2000.C1, in bdjd-itij): “I- A sub-rogação é havida, no nosso direito, como uma forma de transmissão do crédito e não como uma forma de extinção da obrigação, pressupondo o pagamento de uma dada obrigação efetuado por um terceiro, como bem resulta do art.º 589.º CC. II- São possíveis duas espécies de sub-rogação: uma voluntária, resultante de um contrato realizado entre o credor e um terceiro ou entre o devedor e o terceiro; e outra legal, resultante do pagamento feito por um terceiro interessado na satisfação do crédito, conforme art.º 592.º CC (*beneficium cedendarum actionum*)”.

⁽⁶¹⁾ Numa síntese fundamentada da doutrina clássica, *cf.* COSTA, Mário Júlio Almeida. 2002. “A Eficácia Externa das Obrigações. Entendimento da Doutrina Clássica”, in *RLJ*, Ano 135.º, pp. 130-136.

⁽⁶²⁾ GONÇALVES, Luís da Cunha. 1937. *Tratado de Direito Civil*, XII. Coimbra: Coimbra Editora, p. 743.

⁽⁶³⁾ “[P]ara que o terceiro, ao impedir ou perturbar o exercício do crédito, aja ilicitamente, violando já o direito do credor, é necessário que a sua atuação *exceda a margem de liberdade* que a existência dos direitos de crédito ainda consente a estranhos à relação, pisando nomeadamente os terrenos interditos pelo abuso do direito” (VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição. Coimbra: Almedina, p.177).

inclusivamente da sanção penal por parte do agente terceiro perturbador do cumprimento da obrigação. Nessa perspectiva ⁽⁶⁵⁾, Manuel de Andrade sintetizou que “só nalguns casos particularmente escandalosos — quando o terceiro tenha tido a intenção ou pelo menos a consciência de lesar os credores da pessoa diretamente ofendida ou da pessoa com quem contrata — é que poderá ser justificado quebrar a rigidez da doutrina tradicional. Porventura poderá servir-nos aqui a teoria do abuso do direito, entendida em largos termos (...) ou o princípio segundo o qual toda a lesão de interesses (mesmo que não lhes corresponda um direito), quando imoral, obriga a indemnização (§ 826 do Código Alemão)” ⁽⁶⁶⁾. Também Menezes Leitão sustenta que “o terceiro pode ser responsabilizado nos casos em que a sua atuação lesiva do direito de crédito se possa considerar como um exercício inadmissível da sua liberdade de ação ou da sua autonomia privada. (...) a responsabilização do terceiro poderá ser estabelecida, sempre que ele exerça a sua liberdade de contratar em termos por tal forma disfuncionais aos dados do sistema jurídico, que se tenha que considerar estar perante um exercício inadmissível de posições jurídicas” ⁽⁶⁷⁾.

No entanto, há quem tenha uma perspectiva mais alargada do fenómeno, seguindo o argumento que a regra geral da responsabilidade civil estatuída no artigo 483.º do Código Civil tutela não apenas os direitos absolutos, mas também direitos relativos quando estes sejam atingidos por condutas ilícitas. Esta doutrina — a que se adere — é sustentada, entre

⁽⁶⁴⁾ CORREIA, Ferrer / XAVIER, Vasco Lobo. 1979. “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal”, in *RDE*, Ano V, Volume 1. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos (FDUC), pp. 3-19.

⁽⁶⁵⁾ Também defendida por MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. 1989. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, p. 185, por SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz. 1959b. “Responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações”, in *BMJ*, n.º 85, pp. 345-360 e por COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 93, particularmente na nota 2, com citação de profusa doutrina e jurisprudência.

⁽⁶⁶⁾ ANDRADE, Manuel A. Domingues de / ALARCÃO, Rui. 1966. *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 53, nota 2, fundamentando ainda que “se o devedor não cumpre por culpa de terceira pessoa, esta pode incorrer certamente em responsabilidade extracontratual (...) para com o devedor, pelos prejuízos que lhe tenha causado o ato ilícito de terceiro. Da respetiva indemnização, o credor só pode aproveitar indiretamente, através do património do devedor” (pp. 51, 52).

⁽⁶⁷⁾ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010b. *Direito das Obrigações*. Volume II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 100, 101. Este Autor, cita, a título exemplificativo, o caso de o credor se encontrar numa grande situação de dependência em relação à prestação, não haver mais ninguém em condições de realizar e o terceiro, com o único fim de lesar o credor, convence o devedor a não cumprir a obrigação. A esta situação, denominam os tratadistas brasileiros de “*doutrina do terceiro cúmplice*”, cuja aplicação foi, todavia, rejeitada pelo Supremo Tribunal de Justiça / Francisco Ferreira de Almeida. 2001. *Acórdão de 13 de dezembro de 2001*, in *CJSTJ*, Ano IX, Tomo III. Coimbra: Casa do Juiz, pp. 149-151 — admitindo apenas o recurso ao instituto do abuso de direito.

outros ⁽⁶⁸⁾, por Menezes Cordeiro, quando afirma que “a obrigação tem como característica a relatividade estrutural e o regime da responsabilidade patrimonial implica a admissibilidade de constituir direitos de crédito incompatíveis entre si, não tendo o direito de crédito anterior prevalência sobre o posterior. Em certos casos, porém, a constituição do segundo direito de crédito pode ser vista como abusiva, para efeitos do artigo 334.º, caso em que o terceiro poderá ser responsabilizado” ⁽⁶⁹⁾. Mais recentemente, Santos Júnior alvitrou que “a teoria (...) da eficácia externa das obrigações, defende que, nos direitos de crédito, haveria que descortinar além de um lado interno – relativo ao vínculo credor/devedor –, também um lado externo, em que estaria em causa a projeção do crédito em relação a terceiros, que deveriam respeitá-lo, como aos demais direitos. Razão por que, quando lesassem o crédito, terceiros poderiam responder civilmente perante o credor, verificados os pressupostos da responsabilidade civil. A doutrina exige, porém, em regra ou sempre, o dolo do terceiro, com base na ideia de que o terceiro só poderá ser responsabilizado quando tivesse conhecimento do crédito” ⁽⁷⁰⁾, concluindo que “o terceiro que, com conhecimento, lese o direito de crédito poderá ser responsabilizado perante o credor, por aplicação das regras da responsabilidade civil...o conceito (de terceiro) é relativo: diz-se que alguém é terceiro em relação a alguém ou a alguma situação e em vista de determinados efeitos. É ainda circunstancial, porque se define em relação a alguém ou a algo num dado momento” ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. 1975. *Direito das Obrigações*. Lisboa [ed. Policopiada], pp. 599-603; CABRAL, Rita Amaral. 2001. “A Tutela Delitual do Direito de Crédito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Lisboa: FDUL, pp. 1025-1053. De salientar ainda o ensino de Galvão Telles: “nos direitos reais, além do elemento interno consistente no poder sobre a coisa, há o elemento externo, consistente no dever, para as outras pessoas, de respeitar o exercício desse poder. Segundo certa orientação, também nas obrigações, ao elemento interno –o direito contra o devedor – acresce um elemento externo – o dever, imposto a todos, de respeitar o direito do credor, não impedindo o cumprimento nem colaborando no incumprimento. Enquanto o devedor incorre em responsabilidade civil, o terceiro incorreria em responsabilidade extra obrigacional. Não repugna aceitar esta orientação, de harmonia com o princípio geral expresso no artigo 483.º, do CC, mas há quem a conteste, só admitindo, quando muito, a responsabilidade de terceiros em caso de abuso de direito. (...) A lei permite a atribuição de eficácia real a certos contratos, normalmente constitutivos de simples direitos de crédito – artigos 413º e 421º, do CC – mas verdadeiramente aí existe, a par da obrigação, um direito real de aquisição, ou seja, o direito, oponível a terceiros de adquirir determinada coisa” (TELLES, Inocêncio Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, §9, p. 19).

⁽⁶⁹⁾ CORDEIRO, António Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil*, Volume II, Tomo I. Coimbra: Almedina, pp. 402-407.

⁽⁷⁰⁾ JÚNIOR, Eduardo Santos. 2003. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, p. 436.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*, pp. 446,447.

2.2.7.2. Exemplificação da relevância: o subcontrato

O que *supra* se enunciou a propósito da eficácia externa das obrigações pode considerar-se nas situações da ocorrência de *subcontratos*, ou seja, quando a partir de um contrato-base, é celebrado pelo devedor um outro contrato com terceiro ⁽⁷²⁾, bem como no âmbito da utilização da figura de *auxílio* no cumprimento das obrigações, que podem incluir-se genericamente na previsão do art.º 800.º, n.º 1, do CC ⁽⁷³⁾.

Verifica-se a subcontratação quando um dos contratantes transfere a terceiro, sem se desvincular, a utilidade correspondente à sua posição contratual. Tal relação jurídica pressupõe a coexistência de dois contratos: o básico e o derivado. Tem-se entendido que subcontrato é um negócio jurídico bilateral sujeito à disciplina geral dos contratos, sendo uma das partes no subcontrato também parte noutra negócio jurídico já celebrado e o subcontraente *estranho* (terceiro) àquela relação contratual “base”. No entanto, o contrato base tem necessariamente que ser duradouro e sem *intuitu personae*.

Por outro lado, a circunstância de o subcontrato ser concluído por uma das partes do contrato básico, não determina a extinção deste, nem altera o vínculo que gerou, mas tem – total ou parcialmente – o conteúdo do contrato básico ⁽⁷⁴⁾. Com efeito, a função prática do subcontrato é ser o recurso técnico que proporciona o gozo, por terceiro, das utilidades de um contrato, mediante a realização de novo contrato do qual não participa o outro outorgante, sem qualquer interferência no contrato de que deriva. Aliás, o simples conhecimento, por parte do credor, da existência do subcontrato, não lhe impõe qualquer ónus ou consequência ⁽⁷⁵⁾. A sublocação (art.º 1060.º, do CC) e a subempreitada (art.º

⁽⁷²⁾ Na definição de Romano Martinez, trata-se do “negócio jurídico bilateral pelo qual um dos sujeitos, parte em outro contrato, sem deste se desvincular e com base na posição jurídica que daí lhe advêm, estipula com terceiro, quer a utilização total ou parcial das vantagens de que é titular, quer a execução total ou parcial das prestações a que está adstrito” (MARTINEZ, Pedro Soares Romano. 1989. *O Subcontrato*. Coimbra: Almedina, p. 188).

⁽⁷³⁾ Neste sentido, cfr. PRATA, Ana. 2005. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Coimbra: Almedina, p. 723. Neste enquadramento, e por causa do mesmo, o devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor.

⁽⁷⁴⁾ Distingue-se da *cessão da posição contratual*, porque nesta, opera-se uma simples modificação subjetiva na relação contratual básica que persiste com um novo titular. Já no subcontrato, cria-se uma *segunda* relação contratual que vive *em paralelo* com a primeira, depende da primeira e um contraente e comum a ambas as relações. Ou seja, na cessão da posição contratual continua a haver *um único contrato* (com substituição de uma das partes), enquanto que no subcontrato, passarão a coexistir *dois contratos* diferenciados, sendo uma das partes, comum a ambos os contratos.

⁽⁷⁵⁾ A propósito da sublocação, Estelita de Mendonça assinalou precisamente que o conhecimento, por parte do locador, da existência da sublocação não satisfaz as condições de reconhecimento, porque “este supõe o conhecimento do ilícito e concreto contrato de sublocação e a sua aceitação concordante. O simples conhecimento, por si, apenas pode significar uma mera tolerância, sendo necessário que ao simples

1213.º, do CC) ⁽⁷⁶⁾, são os exemplos mais comuns, havendo outros que também podem comportar esta figura (v.g., comodato, depósito, transporte e mandato).

Ora, se o terceiro (do subcontrato) *incumprir*, colocando o devedor (do contrato básico) em *incumprimento derivado* relativamente ao credor, que assim fica em posição de inadimplemento involuntário, poderá também questionar-se se, não tendo o credor direito à ação direta sobre o terceiro ^{(77) / (78)}, face ao princípio da limitação da eficácia externa das obrigações — e mesmo, na sua conceção mais “liberal”, quanto muito seria suscetível de responsabilidade civil, em que medida o devedor pode invocar o incumprimento do terceiro com referência ao pacto inicialmente outorgado com o credor, designadamente se este exercer pressões que ultrapassem o limite do razoável sobre o devedor que, por si só, não é suscetível de oferecer o cumprimento do anteriormente contratado.

conhecimento da situação por parte do senhorio, se some a conformidade, deste com ela. Conformidade devidamente espelhada por atos objetivos, praticados pelo locador (senhorio) que clara e inequivocamente a demonstrem” (MENDONÇA, Estelita de. 1972. *Da sublocação*. Coimbra: Almedina, p. 119).

⁽⁷⁶⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Oliveira Barros. 2004. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*. Lisboa: STJ, proc. 05B1424, bdjd-itij: “I- Na subempreitada, que entra na categoria geral do subcontrato, não existe qualquer vínculo direto entre o dono da obra e o subempreiteiro, pelo que, só criadas relações obrigacionais novas entre o empreiteiro e o subempreiteiro, as originárias, derivadas do contrato primitivo, entre o dono da obra e o empreiteiro respetivo, se mantêm. II - Assim conservados pelo dono da obra todos os seus direitos em relação ao empreiteiro, é sobre este que impende a responsabilidade perante aquele pela correta execução do contrato por eles celebrado, e, por conseguinte, por todos os danos que nesse âmbito, isto é, no cumprimento de obrigação do empreiteiro, em que se incluem deveres acessórios de proteção ou conservação, ocorram em bens do dono da obra (dano de obra), sendo, em vista do disposto no art.º 800.º, do CC., responsável objetivamente pelas pessoas por ele utilizadas no cumprimento da sua obrigação”.

⁽⁷⁷⁾ Esta “ação direta” do credor sobre o terceiro violador do direito é distinta da prevista no art.º 336.º, do CC: “No subcontrato, o fundamento da ação direta encontra-se por um lado, na íntima conexão existente entre os dois contratos e, por outro, numa regra de justiça material. É justo que, por vezes, o credor possa demandar o devedor do seu devedor para não ver frustrado o seu crédito. Porém, a ação direta só é aceite em certos casos, não se podendo extrair da consagração de algumas ações diretas, a existência de um princípio geral” (MARTINEZ, 1989. *cit.*, pp. 162, 166 e 173).

⁽⁷⁸⁾ Cfr., a propósito, de um contrato de transporte, em que o subcontraente recusou-se a entregar a mercadoria, invocando direito de retenção, Supremo Tribunal de Justiça / Machado Soares. 1993. *Acórdão de 25 de outubro de 1993*, in *BMJ*, n.º 430. Lisboa: Ministério da Justiça, p. 455: “I - No caso de contrato de transporte seguido de subcontrato, o primeiro contraente não pode valer-se, em geral, de “ação direta” contra o devedor do seu devedor, ou seja, contra o subcontraente, mormente quando não seja exigida responsabilidade extracontratual, uma vez que tal ação reveste a feição de uma ação de cumprimento. II - O primeiro contraente poderá, todavia, agir contra o subcontratante, terceiro violador do seu direito de crédito, ao abrigo do princípio da eficácia externa das obrigações, desde que se verifiquem todos os pressupostos da responsabilidade civil exigidos por lei”.

2.3. A relação contratual

Os contratos ⁽⁷⁹⁾ são a primeira fonte das obrigações (ou, noutra terminologia, o primeiro facto constitutivo das obrigações). Manuel de Andrade definiu contrato como “o acordo *vinculativo*, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses” ⁽⁸⁰⁾. Os interesses dos contraentes são, por regra, divergentes e haverá situações em que estarão em manifesta oposição entre si ⁽⁸¹⁾, mas pelo contrato opera-se um acordo de *regulação* desses interesses, que poderá implicar um *maior ou menor sacrifício* para um deles, porém sem que esse sacrifício signifique o desrespeito pelo equilíbrio a existir nessa “concertação”, por ser decorrente do exercício da liberdade negocial, ou seja, em cumprimento dos princípios fundamentais que regem a formação e execução dos contratos, relativamente aos quais importa também balizar o presente estudo.

2.3.1. Princípio da autonomia da vontade

Os contratos assentam no princípio fundamental da autonomia privada, isto é, da faculdade de fixação livre pelas partes, segundo o seu critério, da disciplina com que os interesses serão regidos, das condições e termos da execução ⁽⁸²⁾. Ora, se o carácter

⁽⁷⁹⁾ No latim, o termo *contratus* tem o significado de *unir, contrair*. No Direito Romano não era o único termo utilizado para finalidades semelhantes, sendo mais apropriada a utilização do termo *conventio* (convenção), que provém de *cum venire* (vir junto), aplicável a um negócio *bilateral*. Todos esses termos traduziam o acordo entre duas ou mais pessoas acerca de um objeto, porém não bastavam por si só para que surgisse uma obrigação juridicamente exigível. Nesta altura, o formulismo sobrepunha-se ao elemento subjetivo da vontade, pois qualquer convenção só passava a ser *stipulatio* após revestida das formalidades obrigatórias. Cumpre ainda assinalar que enquanto no direito romano, o contrato servia apenas para criar a obrigação, no direito moderno, o contrato não só cria, mas também regula, modifica, ou extingue as relações jurídicas. Pelo lado oposto, o *pactum* não gerava obrigação, mas sim *exceção* e, por essa razão, não era tutelado por uma ação (*actio*), mas, de modo indireto, por uma *exceptio*. Sobre a formação e evolução histórica do contrato no direito romano, *cfr.* JUSTO, António Santos. 2010. *Breviário de Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 161-198 (contratos) e 217-222 (pactos).

⁽⁸⁰⁾ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1987b. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume II – *Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, p. 38. Na prática, os contratos são constituídos por dois elementos fundamentais: a *conventio* e a *causa*, ou seja, o acordo das partes, cujas vontades convergem para o fim que constitui a *causa* pretendida.

⁽⁸¹⁾ Refere Antunes Varela que “as vontades, que integram o acordo contratual, embora concordantes ou ajustáveis entre si, têm que se ser opostas, animadas de sinal contrário”. Caso contrário, se as declarações de vontade forem concordantes, refletindo interesses paralelos, não há contrato, mas *ato coletivo ou acordo* (v.g., constituição de uma associação) ou se as declarações de vontade se fundirem, haverá uma *deliberação*. *Cfr.* VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10.^a edição. Coimbra: Almedina, pp. 217,218.

⁽⁸²⁾ Na sociedade contemporânea da tecnologia, existem contratos em que a manifestação da vontade é mitigada, designadamente nos contratos que são celebrados de forma automática ou em que são

vinculativo resulta da intenção e predisposição das partes para que a relação jurídica estabelecida e/ou a estabelecer ⁽⁸³⁾ fique sob a alçada do Direito — em cumprimento de outro princípio fundamental, da confiança —, essa vinculação não é imposta por nenhuma delas, porque a regulação dos respetivos interesses resulta de um *acordo* e não de uma *conformação da relação contratual*, que constitui a regra na contratação pública ⁽⁸⁴⁾, em virtude de nesta, o contraente público deter *poderes* ou *prerrogativas* de que não pode prescindir, por estarem funcionalizados à prossecução do interesse público ⁽⁸⁵⁾ — portanto, numa posição de *supremacia* da Administração perante o particular e não de igualdade entre as partes ⁽⁸⁶⁾. Neste caso, “a «lógica do contrato» ou do «pactum» tem de ceder diante da «lógica da função»: as exigências de interesse público hão de certamente estar acima do vínculo contratual e, portanto, do respeito pelo *pacta sunt servanda*” ⁽⁸⁷⁾.

disponibilizados bens ou serviços através de máquinas disponibilizadas ao público (v.g., máquinas que fornecem produtos alimentícios). Sobre o enquadramento destes contratos, cfr. VELASCO, José Ignacio Cano Martinez de. 2011. *La decadência del contrato*. Barcelona: Libreria Bosch., o qual assinala que “a tendência atual do direito é prescindir do contrato e substituí-lo por comportamentos sociais típicos, com eficácia jurídica, que são os usos; regras sociais mas com efeitos no direito. Porque este panorama muda a autonomia da vontade individual por comportamentos significativos em massa de grupos, pode começar a reconhecer-se, ainda que de forma incipiente, a aparição de um direito mecânico não voluntarista” (*Op. cit.*, p. 16).

⁽⁸³⁾ A formação de um contrato não implica, sempre e necessariamente, a declaração expressa de vontade de *ambos* os contraentes. O art.º 234.º, do CC, consagra a dispensa da declaração de aceitação — “quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta”. São situações em que, embora não haja declaração de aceitação, a vontade de aceitação é expressa em atos de execução dessa vontade (v.g., estacionamento automóvel em parque pago).

⁽⁸⁴⁾ *Vide*, a título de exemplo, os art.º 302.º e ss., do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (inseridos precisamente num capítulo epígrafado de «conformação da relação contratual») e nos quais se estatuem os “poderes do contraente público”, designadamente a direção do modo de execução das prestações, a fiscalização do modo de execução do contrato, resolver unilateralmente o contrato e ainda a possibilidade de *modificação unilateral* das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato *por razões de interesse público*.

⁽⁸⁵⁾ Aliás, há Autores que sustentam a *inconstitucionalidade* de qualquer norma que admita a renunciabilidade dos poderes de conformação da relação contratual — salvo o sancionatório — pela Administração, uma vez que isso redundaria numa demissão da obrigação de prossecução efetiva do interesse público (cfr., neste sentido, SOUSA, Marcelo Rebelo / MATOS, André Salgado. 2006. *Direito Administrativo Geral*, Volume III. Lisboa: Dom Quixote, p. 357). Outros, alvitram a *nulidade* da previsão contratual que exclua tais poderes, devendo considerar-se não escrita (cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves / GONÇALVES, Pedro / AMORIM, José Pacheco. 1997. *Código de Procedimento Administrativo Comentado*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, p.823).

⁽⁸⁶⁾ Segundo Carla Amado Gomes, “a articulação entre Administração e particulares não se faz sem assegurar a supremacia do contraente público através do reconhecimento de um conjunto de poderes que lhe permite, se e quando necessário, garantir eficazmente a realização do interesse público subjacente ao contrato. (...) É a dimensão da legalidade a prevalecer sobre a dimensão da autonomia, ainda que sob a estrita tutela dos princípios da prossecução do interesse público, da igualdade e da proporcionalidade” (GOMES, Carla Amado. 2008. “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 519-568).

⁽⁸⁷⁾ GONÇALVES, Pedro. 2003. *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*. Coimbra: Almedina, p. 34.

Daqui decorre que, a haver *bullying* obrigacional, este só é compaginável nos negócios jurídicos *bilaterais* ou, especialmente, sinalagmáticos ⁽⁸⁸⁾, *entre particulares*, em que ambas as partes contraem obrigações, caracterizadas por correspectividade ou nexos causal, fundado num encontro *livre e sério* ⁽⁸⁹⁾ de declarações de *vontade* ⁽⁹⁰⁾. Só verdadeiramente nesses contratos ocorre a aludida *regulação* de interesses e a possibilidade de afetação do princípio da fidelidade àquela prévia composição. Já nos designados “contratos bilaterais imperfeitos” ⁽⁹¹⁾ (nos quais apenas existam originariamente obrigações para uma das partes, sem prejuízo do posterior nascimento de obrigações para a contraparte, decorrente do cumprimento ou incumprimento daquelas primeiras), não há, em bom rigor, uma correspectividade ou causalidade motivadora de condutas de acossamento ou instigação abusiva para o cumprimento, em caso de incumprimento não culposos da parte contrária.

É certo que o conteúdo contratual não é passível de, na sua totalidade, ser regulado apenas pelas partes. Por estar sujeito ao Direito, o conteúdo enquanto regulamentação dos interesses, pode ser integrado pelo *ius cogens* — normas injuntivas ou operativas —, por não admitir derrogação pela vontade das partes do regime legal, sob pena de nulidade (art.º 294.º, do CC), quer pelo *ius dispositivum* — normas *dispositivas ou supletivas* (quando as partes não regulam total ou parcialmente determinados elementos do contrato, os mesmos

⁽⁸⁸⁾ Tratam-se de conceitos não totalmente equivalentes. Os contratos *sinalagmáticos* são aqueles que originam obrigações recíprocas para as partes, ficando ambas simultaneamente na posição de credores e de devedores [art.º 879.º, al. *b*) e *c*), do CC], emergindo para ambas as partes direitos e deveres, recíprocos e interdependentes. Os contratos não sinalagmáticos podem ser *unilaterais* (apenas uma das partes assume uma obrigação) ou *bilaterais imperfeitos* (uma das partes assume uma obrigação, mas a outra realiza a prestação, o que sucede, designadamente, no contrato de mandato). Para ultrapassar esta distinção conceptual, Menezes Cordeiro propôs, a propósito do contrato-promessa, uma classificação autónoma, a saber, *contratos monovinculantes* (em que apenas uma das partes fica vinculada ao cumprimento da obrigação) e *contratos bivinculantes* (em que ambas as partes estão vinculadas à obrigação). Vide CORDEIRO, António Menezes. 1980 (Reimp. 1994). *Direito das Obrigações*, Volume I. Lisboa: AAFDL, p. 465.

⁽⁸⁹⁾ A emissão, ainda que livre e consciente, de uma declaração, mas sem a intenção de a querer como declaração negocial, constitui uma *declaração não séria*, sem qualquer efeito, salvo se a declaração for feita em circunstâncias que induzam o declaratório a aceitar justificadamente a sua seriedade, caso em que lhe assiste o direito de ser indemnizado pelo prejuízo que sofrer (art.º 245.º, do CC).

⁽⁹⁰⁾ Galvão Telles elenca as diferentes incidências da vontade, a saber, primeiro como vontade da ação (que impele o sujeito a agir), após com o carácter da declaração (comportamento declarativo) e, finalmente, a fisionomia de vontade do conteúdo do negócio (TELLES, Inocêncio Galvão. 2002. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 75).

⁽⁹¹⁾ Manuel de Andrade (1987b, *Teoria...*, II, pp. 43, 44), tomando por exemplo o mandato ou no depósito, embora qualificados como tal por alguns Autores, enunciava que não são verdadeiramente bilaterais, porque não se lhes aplica a condição resolutiva tácita, bem a exceção de não cumprimento de contratos, na medida em que não existem obrigações recíprocas que devam ser cumpridas simultaneamente e que são institutos próprios dos contratos bilaterais. Sobre a operação destes institutos apenas nos contratos sinalagmáticos, vide TELLES, Inocêncio Galvão. 2002. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, pp.485-491.

são “supridos” pela regulamentação legal aplicável — o legislador aproveita o silêncio das partes para impor a regulamentação que lhe parece mais justa e adequada⁽⁹²⁾. Mas, mesmo nessas circunstâncias, são as partes e não uma delas em posição de autoridade ou supremacia, que definem ou reconhecem a regulamentação do conteúdo.

2.3.2. Princípio da justiça comutativa

O princípio da justiça comutativa reclama a *equivalência* das prestações⁽⁹³⁾. Não está em causa a igualdade jurídica entre as partes, mas nas diversas faculdades reconhecidas pela lei a uma delas ou a ambas, destinadas à *equivalência objetiva*⁽⁹⁴⁾, visando suprir a ocorrência de um desequilíbrio que torne uma prestação mais onerosa⁽⁹⁵⁾ e procurando afirmar o vínculo de interdependência das obrigações sinalagmáticas, que se produz independentemente da vontade das partes — ou seja, “cada uma das obrigações é *causa, é fim e objeto* («*zweck und ziel*») da outra”.

⁽⁹²⁾ Sobre a distinção entre normas injuntivas e dispositivas, cfr. TELLES, Inocêncio Galvão. 2000. *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II. 10.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 139: “A norma jurídica e a vontade pessoal não estão sempre na mesma relação entre si. Uma vez, a norma impõe-se absolutamente, sem ou contra essa vontade; outras vezes, oferece-se a ela, numa função coordenadora ou subsidiária. Além disso, o Direito fixa uma regulamentação única, invariável; aqui remete, em primeiro lugar, para a regulamentação que os próprios interessados queiram forjar, e só estabelece disposições na falta ou insuficiência dessa disciplina voluntária. Na primeira hipótese está fechada a porta à iniciativa privada; na segunda hipótese esta iniciativa é admitida com maior ou menor largueza. Nisto assenta a distinção entre *normas injuntivas e normas dispositivas*. As primeiras são *comandos positivos ou comandos negativos* (proibições) que visam interesses gerais ou interesses individuais muito fortes, e por isso querem ser acatadas a todo o custo, implicando uma necessidade *inderrogável*. A elas se contrapõem as meramente dispositivas, que não constroem o querer dos indivíduos, antes deixam a estes margem para se movimentarem mais ou menos livremente”.

Vide ainda MACHADO, J. Baptista. 1999. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, pp. 93, 94, que classifica as normas em imperativas (precativas e proibitivas) e dispositivas (de autorização ou concessivas) e ASCENSÃO, José de Oliveira. 2001. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. 11.^a edição. Coimbra: Almedina, pp. 504 ss.

⁽⁹³⁾ Deve-se a Aristóteles a introdução da clássica distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa, em função dos critérios da proporção e da igualdade. Por sua vez, Ulpiano assinalou que *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, ou seja, a justiça é a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o seu direito.

⁽⁹⁴⁾ Este conceito foi referenciado por Antunes Varela, segundo o qual, “nos contratos a título oneroso (que são, de longe, os mais frequentes no comércio jurídico), à prestação de cada um dos contraentes deve corresponder uma prestação de valor objetivo (ou subjetivo) sensivelmente equivalente da parte do outro contraente” (VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações...*, I, p. 227,228).

⁽⁹⁵⁾ Entre as várias previsões que consagram este princípio, considere-se o direito ao aumento do preço, por parte do empreiteiro, no caso de alteração ao plano convencionado exigida pelo dono da obra (art.º 1216.º, do CC), a anulação ou modificação dos negócios usuários (art.º 282.º, do CC), a possibilidade de redução oficiosa da cláusula penal ou excessiva (art.º 812.º, do CC) e o direito à redução do preço no caso da venda de coisas defeituosas (art.º 913.º, do CC). Quanto a esta última, Pedro Romano Martinez referencia que encontra o seu fundamento numa equivalência das prestações e, com ela, pretende-se tão só estabelecer um reajustamento do preço (MARTINEZ, Pedro Romano. 1994. *Cumprimento Defeituoso, em especial na Compra e Venda e na Empreitada*. Coimbra: Almedina, p. 405).

Esta proteção, seja através do controle de cláusulas abusivas (relativamente ao conteúdo inicial do contrato) ⁽⁹⁶⁾, seja através da procura do restabelecimento do equilíbrio contratual (na sua posterior interpretação ⁽⁹⁷⁾ e execução), é projeção do princípio da confiança e da boa fé. Não estará em causa o desequilíbrio económico, porque este será sempre uma variável possível e inerente à decorrência de um negócio jurídico, além de que a intervenção do direito positivado sobre o mesmo constituiria uma visão muito limitada da equidade contratual. Pelo contrário, a matriz desde princípio radica na proteção das legítimas expectativas das partes, enquanto base funcional da própria contratação, enquanto exteriorização da boa fé, que valoriza os interesses legítimos de cada uma das partes e, por conseguinte, é de admitir que a mesma boa fé objetiva suscite a renovação do nexo das prestações, da sua interdependência e do seu sinalagma.

Deste modo, a obrigação deve ser perspectivada como a *totalidade* dos direitos e dos deveres, podendo ser enquadrada como *abuso* a unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável. Está em causa a tutela do *equilíbrio intrínseco* da relação jurídica — que, todavia, não corresponde a um desiderato de *igualitarismo* ⁽⁹⁸⁾ —, com o reconhecimento de instrumentos substantivos ou processuais atribuíveis à parte que seja sujeita a uma onerosidade excessiva derivada de instigação, para que seja valorizada a

⁽⁹⁶⁾ *Verbi gratia*, não podem ser estabelecidas cláusulas de renúncia antecipada ao direito de indemnização. Neste sentido, cfr. MONTEIRO, António Pinto. 1985. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, pp. 150 ss, enuncia que a responsabilidade contratual funda-se num acordo destinado a realizar uma operação económica que apresenta determinados riscos. As partes podem prever, mediante estipulação de cláusulas apropriadas, que alguns riscos recaiam sobre uma delas e outros sobre a outra, mas já lhes está vedado acordar a irresponsabilidade pura, ou seja, a renúncia pura e simples ao direito de indemnização. Permitir-se, antecipadamente, a isenção de responsabilidade por comportamentos dolosos ou gravemente culposos, traduzir-se-ia numa atitude manifestamente contrária ao espírito de lealdade e de colaboração que devem presidir ao cumprimento do contrato.

⁽⁹⁷⁾ Anota Menezes Cordeiro: “O equilíbrio das prestações impõe-se como regra de bom senso, mas muito significativa em termos jurídicos. Naquilo que a margem interpretativa deixe em aberto – ou, se se quiser, sempre que as partes não tenham disposto doutra forma – há que validar a interpretação negocial mais justa, ou seja, para o caso: a solução, que tudo visto, seja mais equilibrada, sem infligir danos despropositados a uma das partes, em proveito da outra. O equilíbrio das prestações, como expressão direta da justiça comutativa é a última regra supletiva a que, nos negócios onerosos, se pode recorrer para fixar o sentido juridicamente relevante” (CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português – I-Parte Geral, Tomo I*. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, pp. 765, 766).

⁽⁹⁸⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Bettencourt de Faria. 2006. *Acórdão de 19 de janeiro de 2006* (proc. 05B3564, bdjd-itij): “O equilíbrio das prestações é um princípio geral do direito, que faz apelo ao sentido de equidade, na forma de justiça comutativa, segunda a qual os sacrifícios devem ser repartidos de forma igualitária. Deste modo, há equilíbrio das prestações num negócio jurídico bilateral, quando aquilo que uma das partes tem de prestar constitui um encargo quantitativamente idêntico àquele que impende sobre a outra parte. Mas igualdade não significa igualitarismo. Para obter a igualdade há que tratar de forma desigual o que é desigual. As condições concretas do negócio podem impor que só se obtenha o almejado equilíbrio das obrigações, se a prestação de um dos contraentes for superior à da sua contraparte. Isto se, de acordo com os princípios da justiça comutativa, for o socialmente adequado”.

comutatividade e a justa proporcionalidade de direitos e deveres, de conduta e de prestações, nos contratos ⁽⁹⁹⁾.

Por conseguinte, será este um dos princípios fundamentais na aferição dos meios que devam ser reconhecidos a quem fique numa situação de incumprimento não intencional e sofra da parte contrária uma instigação passível de violar os limites da boa fé objetiva. Neste âmbito, perante a vulnerabilidade de uma das partes (a que a mesma seja alheia), é do interesse do ordenamento jurídico e social, a repristinação do equilíbrio contratual, com mecanismos de salvaguarda e/ou de superação do desequilíbrio, para redução dos eventuais conflitos emergentes.

2.3.3. Princípio *pacta sunt servanda*

Estabelece o art.º 406.º, n.º 1, do CC, que “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes, ou nos casos admitidos por lei”. É neste preceito que se encontra vertido o princípio *pacta sunt servanda*.

Este princípio, que radica na autonomia da vontade e na liberdade contratual (art.º 405.º, do CC), é sustentáculo da preservação da segurança jurídica, em virtude da *força obrigatória* que impõe a cada contraente que celebre um contrato, o seu *cumprimento pontual*. Esta “pontualidade” ⁽¹⁰⁰⁾ incide sobre a *vinculação* a que as partes estão sujeitas

⁽⁹⁹⁾ Conforme assinala José João Abrantes, “a moderna configuração dos contratos sinalagmáticos assenta na ideia de interdependência entre obrigações que deles reciprocamente emergem para ambas as partes. O respeito pela intenção destas no momento da sua celebração, pretendendo efetuar uma troca de prestações, e a justiça comutativa supõem que o devedor de cada uma dessas obrigações só possa ser compelido a executá-la se o devedor da outra também cumprir. Por isso, a lei cria um vínculo de interdependência entre tais obrigações, tendo em vista precisamente a realização daquela ideia de *justiça comutativa*. Cada uma delas é contrapartida da outra, uma não nasce sem a outra e nenhum dos devedores tem de cumprir sem que o outro cumpra igualmente”. Mais à frente, reitera: “[a] mesma ideia de justiça comutativa leva inclusivamente a que o acontecimento casual, que exonera uma das partes do seu débito, priva-o ao mesmo tempo do seu crédito: o contraente que não está em condições de dar ou de fazer o que prometera não pode reclamar aquilo que, correlativamente, lhe foi prometido; o contrato sinalagmático deve ser expressão da *justiça comutativa*, o que supõe a interdependência das obrigações dele nascidas. Se, em caso de uma delas não ser cumprida, o devedor da outra pudesse mesmo assim ser compelido a executá-la o equilíbrio contratual ficaria desfeito e o contrato deixaria de ser um instrumento de justiça, antes se transformando em fator de iniquidade. A interdependência das obrigações fundamentais do contrato leva a que a sorte de uma dessas obrigações fique dependente da sorte da outra e a que uma delas não seja cumprida sem o ser também a outra”. (ABRANTES, José João. 1989. *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português - Conceito e Fundamento*. Coimbra: Almedina, pp. 39 e 202).

⁽¹⁰⁰⁾ Castro Mendes referiu que “*pontualmente* significa *exatamente*, abrangendo não apenas o tempo, como o lugar e o modo da prestação” (MENDES, João Castro. 1979. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume III. Lisboa: AAFDL, p. 54, nota 1). Do mesmo modo, Galvão Telles enunciou que “a pontualidade não diz respeito apenas ao aspeto temporal. Significa, mais amplamente, que o contrato deve ser executado «ponto a ponto», satisfazendo-se cabalmente todos os deveres dele resultantes” (TELLES, Inocência Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, p. 82).

por decorrência do contrato ⁽¹⁰¹⁾ – na prática, os termos do contrato têm a configuração equiparada a uma “norma legal” (*lex contractus*), que tem de ser cumprida pelas partes como se fossem preceitos legais imperativos e que só admite mutação nos casos expressos na lei ou por mútuo acordo dos seus protagonistas ⁽¹⁰²⁾. Aliás, nos códigos civis francês ⁽¹⁰³⁾, italiano ⁽¹⁰⁴⁾ e espanhol ⁽¹⁰⁵⁾, este princípio está plasmado precisamente no sentido de que os contratos uma vez firmados valerem “*como lei*” ou “*com força de lei*”, entre os respetivos contraentes ⁽¹⁰⁶⁾.

Conforme realça Antunes Varela, “a razão da vinculação está em que a promessa livremente aceite por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos da tutela do direito. Ao interesse da *livre ordenação* dos interesses recíprocos das partes sucede a necessidade de proteção da *confiança* de cada uma delas na validade do pacto firmado. E essa *vinculação recíproca* não viola o princípio da autonomia privada, na medida em que esta assenta sobre a *autodeterminação* de cada um dos contrantes” ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Necessariamente *após* a sua celebração. Efetivamente, “só pode falar-se de violação do princípio *pacta sunt servanda* em relação às obrigações que decorram de contrato estabelecido entre as partes e não também em relação aos preliminares desse contrato que podem ser fonte de outras obrigações, mas não da imodificabilidade unilateral do contrato” (Supremo Tribunal Administrativo / Benjamim Rodrigues. *Acórdão de 6 de março de 1996*, proc. 19624, in bjdj-itij).

⁽¹⁰²⁾ Assim, no caso de *novação* objetiva da obrigação, que ocorre quando o devedor contrai perante o credor, uma nova obrigação em substituição da anterior, que fica extinta, segundo o artigo 857.º, do CC. Esta operação não é tácita, mas a lei exige que a vontade de contrair nova obrigação em substituição da antiga, seja *expressamente* manifestada, segundo o artigo 859.º, do CC.

⁽¹⁰³⁾ Article 1134.º Code Civil : “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”.

⁽¹⁰⁴⁾ Articolo 372.º Codice Civile : “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*”.

⁽¹⁰⁵⁾ A *lex contractus* ou a *lex privata* do contrato está expressamente consagrada no artículo 1091.º do Código Civil Espanhol, nos termos do qual, “las obligaciones que nacen de los contratos *tienen fuerza de ley entre las partes* contratantes, y deben cumplir-se al tenor de los mismos”. Por sua vez, a natureza obrigatória está plasmada no art.º 1278.º, que estatui que “los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

⁽¹⁰⁶⁾ Já era assim também no direito romano. Vide, JUSTO, António Santos. 2008a. “Direito Privado Romano – I”, *Studia Iuridica n.º 50*, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p.50: “[q]uando nos limites reconhecidos pelo direito objetivo e no uso da sua autonomia individual, um indivíduo dita normas que ordenam a sua conduta alheia, estas normas adquirem uma posição semelhante às definidas pelos órgãos do Estado e, por isso, são designadas *leges privatae*. A sua força vinculativa baseia-se no princípio «*útil lingua nuncupassit, ita ius esto*», consagrado na Lei das XII Tábuas (VI, 1: «conforme o que for expresso em palavras, assim seja direito»).

⁽¹⁰⁷⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I., 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 234.

Ninguém é obrigado a contratar (*autonomia da vontade*). A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto dessa relação. Mas, a partir do momento em que o acordo de vontades é consolidado, de forma válida, opera-se uma “irreversibilidade”, só excecionada nas circunstâncias expressamente consignadas na lei. Se assim não fosse, o acordo firmado não tinha qualquer força e constituiria um simples ritual de intenções, sem qualquer validade e eficácia jurídica.

Do enquadramento do princípio, deriva que entre as partes que outorgam o contrato, deve estabelecer-se uma *relação de fidelidade* ⁽¹⁰⁸⁾, sem que a qualquer delas seja permitido desvincular-se de forma unilateral ou arbitrária ⁽¹⁰⁹⁾ — só sendo admissível a resolução contratual se fundada em lei ou em convenção (art.^{os} 432.º, n.º 1, e ss., do CC) — sendo esta delimitação conducente ao princípio básico da *necessitas*, essência da obrigação, ou seja, constituindo a relação jurídica uma ligação entre o credor ao devedor, aquele como titular do direito e este como sujeito de um dever jurídico, não podem, nem um nem outro, alterá-la *discricionariamente* ⁽¹¹⁰⁾, sob pena de quem o fizer, constituir-se em *responsabilidade contratual* ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ A valorização da lealdade foi expressa por ULPIANO, quando este no capítulo *De pactis* (*Digesto*, 2,14) pergunta: “*Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt, servare?*”, ou seja, “o que haverá de mais compatível com a lealdade humana do que respeitar o que foi pactuado?”

⁽¹⁰⁹⁾ Aproveitando-se o ensejo da consulta da legislação espanhola, no seu Código Civil há uma norma expressa que proíbe que a validade ou cumprimento dos contratos fique dependente do arbítrio de qualquer das partes. No art.º 1256.º prevê-se que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbítrio de uno de los contratantes”.

⁽¹¹⁰⁾ Há, todavia, casos previstos na lei, que constituem uma exceção a esta regra. Considere-se, a título de exemplo, a extinção do contrato de empreitada, por desistência do dono da obra (art.º 1229.º, do CC), que configura uma faculdade discricionária, que pode ser tácita, sem forma especial, não carece de fundamento nem de pré-aviso e assume eficácia *ex nunc* (sem prejuízo do dever de indemnização do empreiteiro). Por não se enquadrar nas figuras da resolução, revogação ou denúncia, “trata-se de uma situação *sui generis* de extinção do contrato de empreitada, conferindo ao dono da obra a possibilidade de não prosseguir com a empreitada, interrompendo a sua execução para o futuro, o que pode ter a sua justificação nas mais variadas causas: mudança de vida, alteração das condições económicas, etc., ou de prosseguir nela, mas com outro empreiteiro, ou de realizar a obra por outra forma” (*cfr.*, LIMA, Pires / VARELA, J. Antunes. 1986. *Código Civil Anotado*. Volume II. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 832).

⁽¹¹¹⁾ Esta constitui a distinção mais relevante entre a responsabilidade *contratual* e a *delitual*. Conforme salienta Carneiro da Frada, “a responsabilidade obrigacional serve a tutela e a realização das expectativas ligadas à prestação, e o seu fundamento é, ordinariamente, a frustração da promessa de prestação caracteristicamente assumida na auto vinculação contratual, ou seja, a violação da regra «pacta sunt servanda»” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. 1994. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Almedina, pp. 125, 126).

De forma opósta, na responsabilidade delitual o dever de indemnizar não visa a proteção de qualquer relação obrigacional pré-existente, protegendo as posições jurídicas independentemente da prévia existência de um mecanismo de atribuição. Por essa razão, os direitos absolutos, como a saúde e a vida, gozam de proteção legal, não necessitando do quadro contratual para da sua violação resultar a responsabilização da contraparte no contrato — neste sentido, *cfr.* MARTINEZ, Pedro Romano. 2011. *Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*. Coimbra: Almedina, p. 266, que faz a distinção entre danos

2.3.3.1. *Relativização do princípio*

A força obrigatória formal pode não ser suficiente para garantir a justeza no cumprimento das obrigações, sendo pertinente ponderar se as condições reais que subjazem à execução do contrato devem também ser consideradas e quais os limites do equilíbrio entre as prestações — equilíbrio esse que não se caracteriza pela *proporção* entre as prestações, pois as prestações podem não ser equivalentes. Considere-se o caso em que um sujeito procede à celebração de um contrato de compra e venda de um bem, por um valor superior ao preço de mercado, mas que corresponde ao valor sentimental conferido pelo comprador ao bem e que o vendedor também só admite alienar nessas condições.

Não sendo a igualdade formal adequada à plena concretização da justiça contratual, será de admitir a relativização do princípio *pacta sunt servanda*, ou deverá o Direito não prescindir da sua prevalência? Embora o contrato possa ser configurado como “lei” entre as partes, não pode deixar de ser cumprido também de acordo com o direito positivo vigente e os ditames da boa fé ⁽¹¹²⁾.

Nesta abordagem, não estão em causa os requisitos *a montante* mas os limites a *jusante*. Na verdade, é a própria lei que estabelece requisitos subjetivos (a declaração de vontades, a capacidade dos contraentes e o seu consentimento), objetivos (licitude do objeto, possibilidade física e jurídica, determinação ou determinabilidade da prestação) e, em alguns casos, também formais (pela forma legalmente prescrita). Desde que observados, o contrato é válido e obriga as partes nos seus precisos termos. Mas, durante a sua execução, as partes continuam sujeitas à conformação das suas condutas de acordo com as prescrições legais e a boa fé ⁽¹¹³⁾ e não apenas ao fim económico ou patrimonial do contrato.

“*extra rem*” e danos “*circa rem*”, entendendo que só estes últimos ficam sujeitos ao regime da responsabilidade contratual, já que os outros estão para além do interesse no cumprimento.

⁽¹¹²⁾ Já em 1958, Vaz Serra alertou: “O princípio é a liberdade de contratar. Mas isto não significa que o contrato não deva ter limitações (...). Essas limitações podem ser precisas para assegurar o respeito da justiça ou para satisfazer necessidades sociais que de outro modo ficariam insatisfeitas. Ora, neste campo, pode acontecer que se admita a intervenção da lei ou do juiz na vida do contrato, atribuindo-lhes efeitos ou fazendo-o cessar ou até obrigado a contratar. Tal facto, porém, não destrói o princípio fundamental de que os contratos obrigam as partes, de que valem como lei entre elas” [SERRA, Adriano Paes da Silva. 1958c. “Efeitos dos contratos (princípios gerais)”, in *BMJ*, n.º 74 (março 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, p.365].

⁽¹¹³⁾ No Código Civil espanhol, há uma norma que estatui precisamente essa sujeição das partes, durante a execução do contrato, a saber, o artigo 1258.º, nos termos do qual, “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Sobre esta questão, Enzo Roppo defende que para se conhecer o verdadeiro conceito de contrato é necessário que se atenha a atenção para a *realidade económico-social* que ele representa: “[a]s situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação económica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente - para a ideia de operação económica”⁽¹¹⁴⁾. É certo que para o conceito de contrato não é suficiente o acordo bilateral de vontades e que conforme é referido pelo mesmo Autor, “o contexto em que proposições similares são formuladas é, evidentemente, de molde a atribuir a palavra contrato um significado que prescinde de qualquer qualificação jurídica pontual, colocando-se, ao invés, no plano da fenomenologia económico-social”⁽¹¹⁵⁾. No entanto, esta perspetiva acentuadamente económica está *aquém* dos princípios da boa fé objetiva e até da função social que devem autodisciplinar os efeitos patrimoniais que se pretendam atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.

Na verdade, a exigência de equilíbrio que se reclama esteja presente na formação do contrato, não deve dissipar-se na sua execução, na medida em que uma vez consolidado, o Direito não se “eclipsa” do contrato. Este, continua a ser um *instrumento* inserido no ordenamento jurídico, que deve permitir às partes alcançar os fins pactuados, mas sem que possa subsistir à margem dos fins sociais comuns, porque a lesão sofrida por uma das partes, ainda que no âmbito de um contrato formalmente lícito, pode também afetar os fins sociais da comunidade. Aliás, a consideração dos contratos sob a perspetiva da *função social* é referenciada por Antunes Varela: “com o ideal da justiça social multiplicou-se o número das normas imperativas destinadas, por um lado, a proteger, em diversos contratos típicos, a situação da parte considerada social ou economicamente mais débil e, por outro lado, a tutelar certos valores que no domínio dos negócios jurídicos ascenderam à zona dos interesses da ordem pública”^{(116) / (117)}. Conforme sustenta Oliveira

Conforme assinala Xavier Muñoz, “o conteúdo das obrigações é determinado, em primeiro lugar e essencialmente pelo acordado entre as partes (princípio da autonomia da vontade), mas não só, mas também pelo princípio da boa fé, pelos usos e pela lei. É a chamada integração do negócio jurídico” – tradução livre do espanhol. (MUÑOZ, Xavier O’Callaghan. 2001. *Código Civil Comentado y con jurisprudencia*. 3.ª edición. Madrid: La Ley, p. 1237).

⁽¹¹⁴⁾ ROPPO, Enzo. 2009. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, p. 19.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 9.

⁽¹¹⁶⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I., 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 228.

Ascensão, “(...) o contrato é *autónomo*, porque a autonomia é essencial para haver vinculação: em princípio, não é imaginável vinculação contratual sem vontade. Mas é *heterónomo*, porque é integrante dum conjunto de que participa. Uma ordem, lembre-se, é a posição relativa de vários elementos que permite o desempenho duma finalidade comum; (...) o objetivo da intervenção do ordenamento não consiste tanto em impor a justiça, mas em combater a injustiça, nas suas manifestações mais clamorosas”⁽¹¹⁸⁾.

Indo um pouco mais além, Claus Canaris é perentório: “[a] liberdade contratual é, em si mesma, apenas uma liberdade jurídica, mas esta última, no fundo, não é senão um meio para a realização da liberdade efetiva (...) mas, por outro lado, a liberdade jurídica pode facilmente transformar-se na imposição de uma parte e na ausência da liberdade de outra parte. *Impedi-lo é um problema fundamental do direito dos contratos*”⁽¹¹⁹⁾.

Ou seja, mesmo tratando-se de um direito privado, disponível e individual, o seu uso não pode escapar ao fim máximo do Direito⁽¹²⁰⁾ — a justiça, mediante o controlo objetivo do equilíbrio contratual — o que suscita a questão da *relativização* do princípio da força obrigatória nos contratos (perante a necessidade de proteção da confiança e da boa fé

⁽¹¹⁷⁾ No Código Civil Brasileiro, há mesmo uma norma expressa de limitação fundada no fim social do contrato (art.º 421.º: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”), o que constitui uma *norma restritiva* da autonomia contratual, tendo a este propósito sido referenciado por Orlando Gomes, eminente mestre do direito contratual no Brasil, que: “[e]sse princípio [*pacta sunt servanda*] mantém-se no Direito atual dos substância. As exceções preconizadas, e já admitidas, com hesitação, em poucas legislações, revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não indicam que venha a ser abandonado, até porque sua função de segurança lhe garante a sobrevivência. O que mais não se admite é o sentido absoluto que possuía. Atribui-se-lhe, hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu ante novos factos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem” (GOMES, Orlando. 1997. *Contratos*. 17.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 721).

No entanto, Oliveira Ascensão, referindo-se a este preceito do Código Civil Brasileiro, alvitra que “não é uma inovação absoluta, porque mesmo sem lei sempre se devia entender que tudo está sujeito, em maior ou menor medida, ao interesse coletivo. Mas é inovadora a sua proclamação, cujo fruto se manifesta já no grande número de estudos que têm sido dedicados ao tema” (ASCENSÃO, José de Oliveira. 2009. *A Nova Teoria Contratual* [em linha]. Escola Superior da Advocacia de S.Paulo [referência de 27 de janeiro de 2009]. Disponível na Internet em <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/artigos/nova_teorias_contratual.pdf>, p.8).

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*, pp. 9, 14.

⁽¹¹⁹⁾ CANARIS, Claus Wilhelm. 1997. *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*. *Contratos: atualidade e evolução* (coord. MONTEIRO, António Pinto). Porto: Universidade Católica do Porto, p. 61.

⁽¹²⁰⁾ Nesta matéria, Menezes Cordeiro lamenta que “apesar do seu papel modelar, em qualquer sociedade humana, o contrato não tem obtido a atenção dos constitucionalistas. Pelo contrário, os estudos constitucionais que se lhe reportam parecem mais preocupados em combater os excessos que certa contratação pode envolver (...). De facto, as constituições modernas, nos catálogos de posições jurídicas tuteladas que comportam, não costumam inserir o princípio do respeito pelos contratos celebrados nem a liberdade de os concluir” (CORDEIRO, António Menezes. 2010. *Tratado de Direito Civil Português – II – Direito das Obrigações, Tomo II*. Coimbra: Almedina, p.179).

nos negócios) e, por conseguinte, se nela pode integrar-se o cenário subsequente a um *bullying* obrigacional.

2.3.3.2. *Contratos de adesão*

Uma das áreas onde é notória a relativização do princípio *pacta sunt servanda*, é precisamente a dos “*contratos de adesão*” (com cláusulas contratuais gerais), caracterizados pela massificação, pelas cláusulas apresentadas, mas na prática *impostas* por uma parte à outra, que não tem qualquer poder para discutir sobre o seu conteúdo, sob pena de não ser satisfeito o seu interesse em contratar — que muitas vezes reveste caráter de indispensabilidade —, designadamente quando sejam celebrados com instituições bancárias, companhias de seguro, empresas de telecomunicações e de fornecimento de serviços essenciais (v.g., água, gás, eletricidade e comunicações eletrónicas).

Aliás, é interessante que a doutrina norte-americana indica que a sua principal característica consiste em “*take-it-or-leave-it basis*” (“pegar ou largar”: ou aceita, ou não contrata) ⁽¹²¹⁾. Tratam-se de negócios da sociedade de consumo, que carecem de ser formados a um ritmo incompatível com a noção clássica de contratação. Isto não significa que a “*standardização*” seja sempre negativa e/ou abusiva ⁽¹²²⁾, mas precisamente por causa dela, deve a força obrigatória desses contratos ser sujeita uma exigência de controlo (ou *regulação*), sob pena de desproteção da parte que não pode deixar de *aderir* ao que está pré-determinado, se quiser obter o bem ou serviço ⁽¹²³⁾.

⁽¹²¹⁾ No *Webster’s New World Law Dictionary*, 2010, New Jersey: Wiley Publishing, Inc., a definição é a seguinte: “A contract that is so highly restrictive of one party’s rights and liabilities, but not of the other, that it is doubtful that it is a truly voluntary and uncoerced agreement. The concept typically arises in the context of standard-form contracts that are prepared by one party, not subject to negotiation, and offered on a «take it or leave it» basis”. No mesmo sentido, foi decidido no precedente *Pendergast v. Sprint Nextel Corp.*, 2010 U.S. App. Lexis 79 (11th Cir. 2010): “Generally, an adhesion contract is defined as a standardized contract form offered to consumers of goods and services on essentially a ‘take it or leave it’ basis without affording the consumer a realistic opportunity to bargain and under such conditions that the consumer cannot obtain the desired product or services except by acquiescing in the form contract” (in *Lectric Law Library’s Lexicon* [em linha], disponível na Internet em < <http://www.lectlaw.com/def3/a0136.htm>>).

⁽¹²²⁾ Para Carlos Ferreira de Almeida, “[o]s contratos-tipo são instrumento de racionalização do comércio e elemento de celeridade e eficiência do abastecimento. Em si mesma, a tipificação contratual não é lesiva aos interesses dos consumidores. Mas, sendo um fenómeno da oferta oligopolística, redundando facilmente em resultados abusivos. Não é a *standardização* que se mostra prejudicial, mas a assimilação maciça de cláusulas com vantagens indevidas para o contratante que está em condições de as impor” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. 1982. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, p. 96)

⁽¹²³⁾ Sobre estes contratos, Oliveira Ascensão chega a questionar: “Mas poderá ainda falar-se, nessas circunstâncias, em contrato? A que fica reduzida a autonomia privada? De facto, não há para o aderente liberdade de criação de tipos negociais, nem liberdade de estipulação. Nem sequer há na maior parte dos casos liberdade *económica* de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais. Mas há a liberdade jurídica de celebração. Desde que o aderente consentiu, fica vinculado. *Pacta*

Essa maior exigência foi instituída pelo legislador nacional ⁽¹²⁴⁾, que ao reconhecer a diferença do poder negocial das partes, impôs a observância de certos requisitos formais e materiais, assentando estes, basicamente, nos princípios da *boa fé*, da *proibição do abuso de direito* e da *proteção da parte mais fraca* ⁽¹²⁵⁾.

Mota Pinto tinha realçado, já em 1973, que a razão decisiva da imposição de limites à liberdade contratual, nos contratos de adesão, é a ausência de negociações, com o perigo do afastamento do direito supletivo e das conceções de justiça que lhe subjazem através de um “*diktat*” unilateral, organizado e sistemático ⁽¹²⁶⁾. Mas, para Pinto Monteiro, está *também* em causa outra razão: “(...) é fundamentalmente a pré elaboração das cláusulas e a ausência de negociações que justificam as medidas de controlo no plano da formação do contrato — mormente os especiais deveres de comunicação e de informação e as regras sobre «cláusulas-surpresa». (...) É que num contrato negociado, *rectius*, num contrato em que existe a possibilidade de negociar com o parceiro, cada uma das partes tem a possibilidade de se defender, de acautelar os seus interesses, de participar na modelação do contrato; se não o faz, podendo fazê-lo, dir-se-á que *sibi imputet*. Já não assim, porém, se não houver negociações, melhor, se não houver a possibilidade de

sunt servanda” (ASCENSÃO, José de Oliveira. 2003. “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Volume 39. Curitiba: UFP, p. 6, disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1744/1441>>).

⁽¹²⁴⁾ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho e 323/2001, de 17 de dezembro. Este diploma aplica-se, nos termos do n.º 1 do art.º 1.º às “cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respetivamente, a subscrever ou aceitar”. Este regime abrange, conforme dispõe o art.º 2.º do mesmo diploma, “salvo disposição em contrário, todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros”. Acrescentou o Dec.-Lei n.º 249/99, de 07 de julho, um novo n.º 2 ao art.º 1.º, nos termos do qual “o presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”.

⁽¹²⁵⁾ Sobre o regime das cláusulas contratuais gerais e em particular sobre estes princípios, cfr. COSTA, Mário Júlio Almeida/CORDEIRO, António de Menezes. 1986. *Cláusulas Contratuais gerais – Anotação ao Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. 1990. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: FDUC (Separata do Volume XXXV, 1992, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra de Coimbra); RIBEIRO, Joaquim de Sousa. 1999. *O Problema do Contrato - As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina; TELLES, Inocêncio Galvão. 1995. “Das gerais dos contratos e da Diretiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, in *O Direito*, Ano 127, pp. 297 ss; SÁ, Almeno de. 2001. *Cláusulas contratuais gerais e diretiva sobre cláusulas abusivas*. Coimbra: Almedina; MONTEIRO, António Pinto. 1986. “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais”, in *ROA*, Ano 46, pp. 733 ss.. *Vide* ainda a compilação jurisprudencial de decisões dos Tribunais Superiores, da autoria de BARROS, José Manuel de. 2010. *Cláusulas Contratuais Gerais*. Coimbra: Coimbra Editora.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. 1973. “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XX, n.ºs 2,3 e 4. Coimbra, pp. 119ss.

negociar as cláusulas do contrato, o que sucede quando um contraente se limita a ter de aderir, se quiser contratar, a cláusulas pré elaboradas por outrem e sem possibilidade de as alterar” ⁽¹²⁷⁾. Por essa razão, justifica-se a alusão à necessidade de *heterolimitação da autonomia privada*, para que seja possível a prossecução de um ideal de justiça contratual comutativa ⁽¹²⁸⁾.

No entanto, o regime legal citado incide sobre a *formação* dos contratos (no âmbito das cláusulas que os integram) e não particularmente sobre a sua *execução subsequente*. Poderá haver aplicação do regime relativamente a cláusulas que regulem a execução do contrato, caso em que poderão ser declaradas proibidas as que sejam contrárias à boa fé (art.º 15.º do diploma). Ora, é precisamente durante a execução do contrato que podem surgir condutas, alegadamente a coberto de cláusulas contratuais, violadoras de princípios fundamentais relacionados com a função social do contrato, tendo para o efeito o legislador previsto que na aferição sobre a conformidade das cláusulas contratuais com a boa fé, “devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada ⁽¹²⁹⁾, e, especialmente, a confiança suscitada nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis” e ainda o “objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado” (art.º 16.º do citado diploma).

A boa fé é, deste modo, o fundamento da *razoabilidade e equilíbrio* dos interesses das partes, impondo comportamentos *honestos e leais*, quer na celebração, quer na

⁽¹²⁷⁾ MONTEIRO, António Pinto. 2002. “O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais”, in *ROA*, Ano 62.º, Volume I. Lisboa: Ordem dos Advogados, pp. 111-142.

⁽¹²⁸⁾ Neste sentido, DRAY, Guilherme Machado. 2002. “Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente mais Débil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Coimbra: Almedina, p. 104. Algumas páginas antes, o mesmo Autor enuncia que: “Atualmente, é relativamente pacífico o afastamento do dogma da autonomia da vontade enquanto fenómeno de produções contratuais necessariamente justas e equilibradas, atento o desequilíbrio negocial patenteado – por vezes – pelas partes contratantes. A célebre fórmula de Fouillée (1838-1912) «*quem diz contratual, diz justo*», encontra-se hoje manifestamente desajustada da realidade. A desigualdade das partes contratantes, por vezes, é inequívoca” (p.81).

⁽¹²⁹⁾ Note-se, contudo, como salienta Oliveira Ascensão, que “quando a lei manda, para a determinação das cláusulas proibidas, ponderar «os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada», há que atender que a «situação considerada» é a *situação abstrata*, incluindo a situação típica, *mas não a situação singular*. Perguntar-se-á nomeadamente se certa cláusula é válida nos quadros do contrato de seguro, mas não se é válida perante um concreto contrato de seguro” (ASCENSÃO, José de Oliveira. 2000. “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, in *ROA*, Ano 60.º, p. 584).

execução do contrato ⁽¹³⁰⁾, na medida em que a boa fé tendo por elemento peculiar e básico, a equidade e o equilíbrio contratual, depende da absoluta lealdade e confiança entre *ambas as partes* — e não apenas da parte “mais fraca”.

Considere-se, a título de exemplo, um contrato de seguro: o aludido equilíbrio depende, por um lado, da confiança que a seguradora deposita na lealdade das *declarações* que o segurado presta, que são relevantes para a avaliação do risco (muitas das declarações não são passíveis de verificação aquando da celebração do negócio jurídico, ou ainda que o fossem, onerariam temporalmente e burocraticamente o seguro na obtenção de certidões de todos os elementos) e, por outro lado, a lealdade deve manifestar-se na inexistência de injusta desproporcionalidade nas cláusulas contratuais gerais *inegociáveis* que a entidade seguradora apresenta ao segurado e que constituem uma tutela efetiva dos seus interesses.

Porque essa boa fé objetiva (lealdade e confiança) deve manter-se durante a execução do contrato, é de exigir que no momento da sua celebração — e caso tal não tenha sido previsto, posteriormente — as cláusulas que sejam contratualizadas não excluam a possibilidade de ocorrência de vicissitudes que relativizem o princípio *pacta sunt servanda* ⁽¹³¹⁾.

⁽¹³⁰⁾ No entanto, há quem critique de forma muito contundente os termos do preceito que faz referência à boa fé: “(...) olhando para a cláusula em si, há que reconhecer que ela não explica nada. Antes passa ao lado da questão a resolver. O que estava em causa era determinar quando é que uma cláusula geral não pode ser admitida, por implicar um desequilíbrio intolerável, em detrimento do destinatário. É uma questão puramente objetiva, em que se pondero o conteúdo das prestações. O recurso à boa fé não adianta. Nada esclarecer sobre a desproporção, ou o grau de desproporção, que deve existir para que a situação se torne juridicamente intolerável” (*Ibidem*, p. 588).

⁽¹³¹⁾ Próximo desta conceção, foi decidido pelo STJ que: “I. As regras de conduta postuladas pela atuação leal, prudente e que contempla os interesses das partes, deve ser apanágio dos contratos em que as partes negociam em pé de igualdade e onde a liberdade contratual está por regra assegurada; com mais rigor deve ser exigida em contratos em que tal paridade não existe, ou seja, naqueles em que a liberdade negocial está cerceada pela patente superioridade económica e negocial de um dos contratantes como é o caso dos contratos de adesão sujeitos a cláusulas contratuais gerais. II. Sendo inquestionável que as instituições bancárias visam legitimamente o lucro, não devem, nas suas relações com os consumidores, desconsiderar que, em casos de mútuo de escopo – como é o financiamento para aquisição de habitação própria – os mutuários estão sujeitos às vicissitudes de um contrato longo, em que não controlam as várias componentes do preço do dinheiro, sendo que a consideração dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social do direito devem ser preservados na atuação do proponente das cláusulas contratuais gerais” (Supremo Tribunal de Justiça / Fonseca Ramos. 2011. *Acórdão de 31 de maio de 2011*, proc. 854/10.2TJPR.T.S1, bjdj-itij).

3. ENSAIO DOGMÁTICO DO “BULLYING” OBRIGACIONAL

3.1. Breve caracterização prévia

3.1.1. Justificação terminológica

Não há no Direito uma figura jurídica específica na qual seja possível incluir a factologia de *bullying* obrigacional na sua integralidade. A sua ocorrência não será inédita, mas não há um instituto jurídico que a regule na sua integralidade. A conformação da relação obrigacional tem sido enquadrada por outros conceitos, designadamente o do abuso de direito, coação, dolo, boa fé, ordem pública e responsabilidade civil, sendo com base nos respetivos caracteres que tem sido apurada a execução das relações jurídicas obrigacionais e as correspondentes consequências.

Em termos linguísticos ⁽¹³²⁾, é complexa a tarefa de correspondência deste vocábulo inglês para um termo na língua portuguesa com a dimensão e abrangência suficiente para expressar as atitudes e condutas associadas a este fenómeno, que compreende atos intencionais e repetitivos de intimidação, constrangimento, assédio, instigação, domínio, coação, incitamento e opressão, incluindo a sua vertente psicológica e, em particular, a provocação de um desequilíbrio de poderes e/ou direitos numa relação jurídica. Apesar de constituir um estrangeirismo, o seu significado é percecionado também como *ato ilícito* que deve ser juridicamente valorado. Procurando um paralelismo na língua portuguesa, o termo mais próximo seria *acossamento* ⁽¹³³⁾. No entanto, este também não seria um conceito jurídico.

Compreende-se, por isso, que este estrangeirismo designado de *bullying* não tenha ainda entrado no vocabulário jurídico, até porque não é nem um *conceito* jurídico, nem — no estado da ciência jurídica atual — uma *situação* jurídica *stricto sensu*. É, antes, uma situação *fáctica* complexa. Mas que aspira e preenche os elementos básicos para que passe a considerar-se como efetiva *situação jurídica* valorável.

⁽¹³²⁾ O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2003. Lisboa: Temas e Debates) utiliza um léxico variado para descrever o fenómeno, tendo criado uma entrada atualizada para um termo tradicional — *bulir* (significando causar incómodo, apoquentar, produzir apreensão e zombar), *bulimento* (ato ou efeito de bulir) e *bulidor* (aquele que pratica o bulimento). Apresenta ainda *judiar* (*fazer judiarias*) como termo próximo (de uso informal).

⁽¹³³⁾ Cfr. ROCHA, Carlos. “Propostas de tradução para bullying”, *Ciberdúvidas da língua portuguesa*. [em linha] [referência de 06 de abril de 2010], disponível em: < <http://www.ciberduvidas.pt/pergunta.php?id=27781>>.

Com efeito, embora não seja pacífica a distinção entre *situação jurídica* e *posição jurídica*, Menezes Cordeiro ⁽¹³⁴⁾ considera que esta última consiste no produto de uma decisão jurídica, isto é, o ato e o efeito de realizar o Direito, solucionando um caso concreto; enquanto que situação jurídica *é uma situação de pessoas*, pois o direito soluciona sempre os problemas humanos.

De forma mais densa, Pedro Pais Vasconcelos, cuja posição se sufraga, define *situação jurídica* enquanto “situação da vida que tem relevância jurídica e a *posição jurídica* como a situação jurídica, relacional ou não, em que se encontra colocado alguém no direito”, sendo *relacional* “uma situação jurídica que se insere numa relação jurídica”, sendo disso exemplo, “a situação do credor ou do devedor numa situação jurídica creditícia” ⁽¹³⁵⁾.

Ora, é precisamente esse o *estado fáctico* onde se enquadra o fenómeno do *bullying* obrigacional e que pela sua origem, âmbito e consequências, justifica a sua elevação a *situação jurídica* merecedora da adequada regulação ou conformação.

3.1.2. Explicitação do fenómeno

O *bullying*, como se referiu supra, é um termo utilizado para descrever atos intimidatórios, de ameaça, acossamento e/ou de assédio, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo ou grupo de indivíduos, aproveitando-se de uma situação de debilidade pessoal, social, emocional, económica ou laboral ⁽¹³⁶⁾ da vítima, aproveitando-se e/ou provocando uma relação desigual de poder (desequilíbrio).

Embora seja comumente referido para caracterização de comportamentos essencialmente em ambiente escolar, o vocábulo admite aplicação às condutas sociais onde exista, da parte do agente acossador, manifestação de intimidação, deturpação do bom nome, ameaças da prática de atos que restrinjam ou diminuam a capacidade do cumprimento, de segregação económica ou social. Por regra, o autor da instigação tem uma

⁽¹³⁴⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 160 ss.. Sobre o conceito de posição jurídica, Vieira de Andrade adota a terminologia de “*posições jurídicas subjetivas*”, pela necessidade de atentar para a dimensão objetiva dos direitos, distinta das posições subjetivas (cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina).

⁽¹³⁵⁾ VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 243, 244.

⁽¹³⁶⁾ O assédio moral nas relações laborais, consubstanciado na exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, é também designado de *mobbing*. Sobre este fenómeno, cfr. PEREIRA, Rita Garcia. 2009. *Mobbing ou Assédio Moral no Trabalho - Contributo para a sua Conceptualização*. Coimbra: Coimbra Editora.

personalidade autoritária e considera hostis as ações de terceiros, rejeita a autoridade externa (de órgãos de polícia criminal ou dos órgãos judiciais) e privilegia o uso da ação direta.

Apesar de o acossamento não envolver necessariamente a prática de atos passíveis de subsunção criminal, não está excluída essa possibilidade, designadamente quando seja feito o uso da força, ameaça da prática de um crime ⁽¹³⁷⁾, injúrias ⁽¹³⁸⁾ e difamação ⁽¹³⁹⁾ (associadas à pretensão de humilhação da vítima), coação ⁽¹⁴⁰⁾ ou perseguição (física ou psicológica), bem como ataques à propriedade (v.g., praticando atos suscetíveis de serem integrados no crime de dano ⁽¹⁴¹⁾ sobre o veículo automóvel ou sobre qualquer outro bem da vítima) ou extorsão ⁽¹⁴²⁾.

Por seu turno, a “vítima” revela pouca capacidade de resistência, tem motivos para temer o agressor ou não lhe é conveniente reagir, pelo risco de perda subjacente ou de capacidade de reintegração, face ao isolamento a que é votada e que, no plano obrigacional, pode relacionar-se com o facto do agressor ser protegido por um núcleo de aliados, parceiros ou do grupo profissional a que pertença. Na perspetiva da relação obrigacional, estão em causa situações de *inadimplemento involuntário*, derivado de uma especial conjuntura ou da alteração anormal de circunstâncias, designadamente motivadas por cenários de recessão económica, de crise financeira e social, clivagens laborais, insolvências, colapso dos mercados financeiros, desvalorização de aplicações e

⁽¹³⁷⁾ A ameaça a outra pessoa com a prática de crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou bens patrimoniais de considerável valor, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias. No entanto, o procedimento criminal depende de queixa (art.º 153.º, do CP).

⁽¹³⁸⁾ Art.º 181.º, do CP. Pratica este crime quem fizer a imputação de factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigir palavras, ofensivos da honra ou consideração.

⁽¹³⁹⁾ Art.º 180.º, do CP. Pratica o crime de difamação quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo. No entanto, a conduta não é punível quando a imputação for feita para realizar interesses legítimos e o agente provar a verdade da mesma imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira.

⁽¹⁴⁰⁾ A coação é caracterizada no art.º 154.º, do CP, pelo constrangimento de outra pessoa a uma ação ou omissão ou a suportar uma atividade, sendo esse constrangimento realizado por meio de violência ou de ameaça com mal importante.

⁽¹⁴¹⁾ A prática de crime de dano consubstancia-se na destruição, no todo ou em parte, na danificação, desfiguramento ou tornar não utilizável coisa alheia.

⁽¹⁴²⁾ Significa o constrangimento de outra pessoa, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, com a intenção de conseguir um *enriquecimento ilegítimo*, para si ou terceiro. Está previsto no art.º 223.º, n.º 1, do CP. Em linguagem popular, é designada de “chantagem”.

investimentos, que posicionam o devedor em sérias dificuldades para realizar a sua prestação obrigacional.

Pode, assim, caracterizar-se o *bullying* obrigacional como a conduta que, quer seja praticada *pelo credor* (aproveitando-se desse estado de fragilidade ou vulnerabilidade da contraparte), *quer pelo devedor* (quando se arrogue de forma abusiva de alguma exceção à realização da sua prestação), utilize de forma reiterada *meios desproporcionados* de instigação, assédio e coação, provocando uma *distorção do equilíbrio* anteriormente fixado aquando do início da respetiva relação jurídica.

Essas condutas até podem ter na sua génese uma *razão* (o retardamento da prestação da contraparte) e uma *finalidade* (a realização da prestação) justas e lícitas. Mas o *procedimento* utilizado (que podemos classificar como *ato ilícito atípico*, por exceder o limite legal ou constitucionalmente atendível) é corrosivo dos vínculos obrigacionais.

3.1.3. Exemplificação do fenómeno

Estabelecidos os traços teóricos de delimitação da situação jurídica em apreço, e sem prejuízo de outras circunstâncias que no desenvolvimento da conceptualização serão aduzidas, considera-se oportuno proceder a uma exemplificação, hipotética mas também real, para uma compreensão mais inteligível do fenómeno.

3.1.3.1. Pressão persecutória

Suponha-se a circunstância (*que sucedeu num caso concreto*) de, para acautelar uma dificuldade transitória de tesouraria, um profissional liberal celebrar com uma instituição bancária um contrato de mútuo oneroso, procedendo ao pagamento mensal de uma prestação respeitante aos juros remuneratórios e reembolso do capital, que cumpre sempre pontualmente, até ao momento em que incumprer com uma das prestações, mas tendo a iniciativa de dar conhecimento à mutuante que o pagamento dessa prestação seria acrescida à mês seguinte, com os respetivos juros, que o Banco se compromete a calcular. O Banco, porém, sem efetivar qualquer interpelação (ao abrigo do disposto no art.º 781.º, do CC), entrega o dossier, com todos os dados pessoais e profissionais a uma empresa de cobrança de créditos, que no dia anterior ao que o profissional liberal deveria proceder ao pagamento da prestação, remete sucessivas mensagens escritas e faz insistentes chamadas telefónicas para o telemóvel pessoal do profissional liberal, totalizando mais de *oitenta*, desde a manhã até à noite, bem como para o telefone do seu escritório, instando ao

pagamento, criando uma desestabilização objetiva (profissional) e subjetiva (emocional) nesse profissional liberal, que durante esse dia não pôde praticar qualquer ato funcional, o mesmo tendo sucedido com os funcionários do seu escritório. E, apesar de ter procedido ao pagamento da prestação acrescida a que se tinha obrigado, o cenário volta a repetir-se nos meses seguintes.

3.1.3.2. Cobrança forçada de créditos

Apesar da legislação nacional que estabelece a classificação das atividades económicas ⁽¹⁴³⁾ prever e admitir a constituição de sociedades que tenham por escopo a “gestão e cobrança de créditos”, não existe qualquer regulamentação desta atividade. Por regra, estas sociedades — que até estão formalmente constituídas, registadas comercialmente, pagam e deduzem imposto sobre o valor acrescentado e os demais impostos inerentes ao exercício de uma atividade comercial ou de prestação de serviços — estão orientadas para a gestão de carteiras de crédito e no próprio apoio à cobrança, como forma de reação à exposição de dívida causada pelo crescente volume de faturas vencidas e de outros títulos de dívida em incumprimento. Assinalando existência social em vários países europeus (que dão um tratamento jurídico diferenciado a esta atividade), a sua “imagem” radica em terem cobradores que se vestem a rigor, com fraque, mala e bengala, aquando da interpelação de devedores (de créditos de entidades que adquirem ou que “representam”, isto é, às quais prestam serviço), havendo igualmente quem se faça transportar em veículos caracterizados, os quais ficam estacionados ou parados estrategicamente junto à residência ou do local de trabalho. Há também casos em que o “cobrador” é uma mulher de saltos altos, vestida a rigor e fazendo-se acompanhar de homens musculados. Os seus “alvos” são “visitados” e “seguidos” (ou perseguidos) na residência, na rua ou no local de trabalho. Embora afirmem que “convidam” o devedor a cumprir voluntariamente as respetivas prestações obrigacionais, muitas vezes a sua atuação consubstancia-se em *constrangê-lo* (com intenção de lhe causar vergonha e humilhação públicas), havendo já participações criminais de cidadãos, queixando-se de terem sido molestados fisicamente, agredidos verbalmente com injúrias, bem como outros atos difamatórios, designadamente que os “cobradores” tocam nas campainhas das unidades habitacionais ou comerciais existentes no prédio ou condomínio, dando a conhecer a estes as pretensas dívidas. Noutros casos, fazem um intenso trabalho de pesquisa para descoberta

⁽¹⁴³⁾ Dec.-Lei n.º 381/2007, de 14 de novembro.

dos contactos profissionais, potenciais clientes ou parceiros e contactam-nos, transmitindo-lhes dados do litígio ou comportamentos do devedor.

Obviamente que não se pode generalizar que seja este o *modus operandi* de todas as sociedades que se dedicam à cobrança de créditos. Quando estes atos são praticados com discrição, com uma abordagem pacífica dos devedores, com o cumprimento de normas de deontologia ética e sem violar os preceitos referentes à procuradoria e consultoria lícita (que se tiverem uma vertente jurídica apenas podem ser praticadas por advogados ou solicitadores), os valores permanecem respeitados.

No entanto, por não depender da emissão de qualquer licença em particular nem estar sujeita a qualquer fiscalização, bem como pela inexistência de regras para o exercício desta atividade, aberta a qualquer pessoa, sem qualquer exigência de habilitações ou formação académica ou profissional, não é estranha a prática de atos abusivos e atentatórios da honra e consideração pessoal, profissional e social, sem prejuízo da ocorrência de outras vicissitudes mais graves.

Aliás, face ao regime jurídico vigente, a verificação de créditos e indicação do modo da sua cobrança ou negociação, com estabelecimento de prazos, prestações ou juros não pode ser legalmente praticada por entidades com escopo exclusivamente comercial, na medida em que apenas as sociedades (ou gabinetes em prática isolada) de advogados ou solicitadores podem prestar serviços que envolvam a prática de atos jurídicos, sob pena da prática de crime de *procuradoria ilícita*⁽¹⁴⁴⁾.

É ainda muito reduzido o número de decisões de Tribunais Portugueses, nas quais tenham sido apreciadas condutas praticadas por “cobradores de fraque” ou pelos próprios credores que usem de *bullying* sobre os devedores. O registo mais significativo é o

⁽¹⁴⁴⁾ O crime de procuradoria ilícita foi tipificado pela Lei n.º 49/2004 de 24 de agosto, onde se definem e estabelecem quais os atos próprios dos Advogados e Solicitadores. As exceções legais existentes (art.º 6.º, n.ºs 3 e 4 da citada Lei), que admitem que esses atos sejam praticados por sindicatos e associações patronais (desde que os atos praticados o sejam para a defesa exclusiva dos interesses comuns em causa e que estes sejam individualmente exercidos por advogado, advogado estagiário ou solicitador) e pelas entidades sem fins lucrativos que requeiram o estatuto de utilidade pública e preencham os demais requisitos previstos nas alíneas do n.º 4 do preceito, não violam o princípio geral, em virtude da autorização específica (a atribuir pela autoridade que concede o estatuto da autoridade pública) é precedida de consulta à Ordem dos Advogados e sendo caso disso à Câmara dos Solicitadores. De qualquer modo, por serem normas excecionais não são suscetíveis de aplicação analógica (art.º 11.º do CC), ou seja, não é possível a sua integração em outras entidades ou sociedades, designadamente as de natureza comercial.

Aliás, importa sublinhar que as regras da concorrência e as formas empresarias do exercício da advocacia, impostas pelas Diretivas n.º 77/249/CEE do Conselho de 22.3.1977 e n.º 98/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16/2/1998, em particular quanto ao regime jurídico das sociedades de advogados e solicitadores, não admitem qualquer “mercantilização” dessas atividades, na medida em que está sujeito o regime das sociedades civis e não a sua regulação pelo direito comercial, salvaguardando o respeito pelo princípio da *natureza não mercantil* das sociedades de advogados ou de solicitadores.

constante de uma decisão instrutória que decidiu pronunciar dois arguidos pela prática, em coautoria e em concurso real, de um crime *coação grave* e um crime *ameaça*, constando dos respetivos factos que consubstanciam a pronúncia, que os arguidos, que se identificaram como sendo “cobradores do fraque”, um deles fez um telefonema para o gerente da assistente, afirmando que “estava à sua espera, que não valia a pena esconder-se e que tinha mais colegas numa carrinha à sua espera”, tendo o outro arguido se dirigido para o estabelecimento e gritando terá dito que “viria as vezes que fossem necessárias até ser paga a dívida, que não valia a pena esconder-se atrás da polícia, que não resultaria, porque tinha outros métodos e acidentes podiam acontecer como uma ou várias montras da loja aparecerem partidas”, bem como “um dia [a queixosa poria] um pé mal fora da estrada e passa um carro e há um acidente”, mas como eles (“os cobradores”) eram muitos e tinham o álibi de recibos de portagens”, tendo ainda noutras ocasiões (portanto, de forma *reiterada e contínua*), avisado que trariam uma estação de televisão, que “conheciam piratas informáticos e que iriam mandar sabotar o sítio oficial da Internet”, que iriam “colar cartazes” sobre a dívida e que “acabavam com a imagem e reputação”, tendo ainda aberto uma mala e exibido um saco de transporte de cadáveres, dizendo que era o que “de vez em quando usamos” ⁽¹⁴⁵⁾.

A segunda menção é encontrada num processo crime que correu termos em Guimarães ⁽¹⁴⁶⁾ e em que foi constituída arguida a própria *credora* e condenada pela prática de um crime de *ameaça*, por ter sido provado que a mesma, na sequência de um conflito existente com a assistente por uma dívida não liquidada e que tinha inclusivamente recorrido aos “conhecidos cobradores de fraque”, ao ver a assistente (devedora) a sair de uma superfície comercial, colocou a funcionar o motor do veículo que conduzia, arrancou e passou pela assistente “à tangente” e em tom de voz alto e agressivo, proferiu, entre outras, a expressão “vou-te matar”, o que além de fazer a assistente recear pela sua integridade física, atingiu-a na honra e consideração que lhe eram devidas, humilhando-a e envergonhando-a à frente de diversas pessoas, diminuindo-a no bom nome e reputação de que goza nos meios onde vive e como consequência necessária, adequada e direta das expressões proferidas a assistente ficou muito desgostosa, triste, humilhada, vexada e perturbada, o que se refletiu no seu ambiente familiar, causando-lhe ainda um forte abalo

⁽¹⁴⁵⁾ Tribunal da Relação de Évora / João Gomes de Sousa. *Acórdão de 21 de junho de 2011* (proc. 1273/08.6PCSTB-A.E1, bdjd-itij).

⁽¹⁴⁶⁾ Tribunal da Relação de Guimarães/Fernando Monterroso. *Acórdão de 21 de junho de 2010* (proc. 380/06.4GEGMR.G2, bdjd-itij).

psíquico, sobretudo pela vergonha, perturbação e medo, desgosto, vexame, dissabores e tristeza por que passou. Neste caso, o *bullying* não foi praticado diretamente pelos “cobradores de fraque”, mas *pela própria credora*.

Pela perspectiva oposta, noutro processo ⁽¹⁴⁷⁾, em que o arguido *agrediu quem se apresentou como “cobrador de dívidas difíceis”*, foi decidido que “a atuação de alguém, que tendo sido algum tempo antes ameaçado por indivíduos que se intitulavam como agentes do «cobrador do fraque», recebe um telefonema da sua mulher referindo que estavam à porta de casa dois indivíduos que vinham cobrar uma dívida, aí se dirige e, sem mais, imediatamente agride voluntariamente um dos referidos indivíduos, não configura a figura do erro sobre os pressupostos da legítima defesa”.

Apenas com a notícia da utilização deste expediente, num ação cível, referente ao cumprimento de um contrato de empreitada, pretendia uma das partes (*o dono da obra*) que ficasse a constar da relação dos factos provados que o pagamento que tinha realizado à contraparte, tinha-o sido, através do “cobrador do fraque”, porém o Tribunal rejeitou esse pedido, por entender que tal matéria, apesar de aceite pelo empreiteiro, não tinha qualquer relevância para a decisão da causa, na medida em que só relevava o facto do pagamento dessa quantia ter sido efetivamente realizado ⁽¹⁴⁸⁾. Também noutro processo, obtém-se a indicação que um cidadão deduziu acusação particular contra uma Associação e seus membros, pela prática de um crime de *difamação com publicidade*, imputando-lhe que a partir determinada data começou a editar um boletim informativo mensal, pelo qual o assistente tinha sido difamado, designadamente por lhe ter sido imputado que teria “andado a perseguir os proprietários, com intuítos de vingança, colocando cobradores de fraque no seu enalço” ⁽¹⁴⁹⁾. Desconhece-se, contudo, qual foi o resultado final dessa acusação particular, pelo objeto do recurso ter versado sobre outra matéria.

3.1.3.3. As listas públicas de devedores constituem um fenómeno mais recente. Convém, no entanto, distinguir as várias “listas” existentes. A *lista pública de execuções* é uma lista eletrónica de dados, sobre execuções frustradas por inexistência de bens

⁽¹⁴⁷⁾ Tribunal da Relação de Coimbra / Mouraz Lopes. *Acórdão de 18 de maio de 2010* (proc. 275/07.4PJSLB.C1, bdjd-itij).

⁽¹⁴⁸⁾ Tribunal da Relação do Porto/Emídio Costa. *Acórdão de 4 de julho de 2007* (proc. 0722846, bdjd-itij).

⁽¹⁴⁹⁾ Tribunal da Relação de Évora/Almeida Semedo. *Acórdão de 3 de outubro de 2006* (proc. 2725/05-1, bdjd-itij).

penhoráveis ⁽¹⁵⁰⁾, na qual é indicado o nome ou designação do executado, é identificado o processo e a quantia exequenda, bem como o fundamento da inclusão, mas cuja publicação é precedida da notificação do executado nesse sentido. O elemento teleológico consta do preâmbulo do diploma que a regulamenta e assenta em dois fundamentos: por um lado, pela necessidade de “criar um forte elemento dissuasor do incumprimento de obrigações” e, por outro lado, evitar a instauração de processos judiciais sem viabilidade. A informação constante desta lista, mais do que pretender causar qualquer constrangimento, constitui um auxiliar na deteção de situações de incobrabilidade de dívidas e na prevenção de ações judiciais inúteis ou até da própria contratação. Acresce que a “publicidade” dirige-se à proteção dos interesses dos credores e não viola qualquer princípio, até porque a publicidade é decorrente da própria natureza da tramitação.

Por seu turno, a *lista dos devedores à administração fiscal* ⁽¹⁵¹⁾, visa combater a fraude fiscal e, bem assim, as dívidas à segurança social, reforçando que todos os cidadãos contribuam para satisfazer as necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas, conforme os seus rendimentos, ou seja, todos e proporcionalmente participem no bem público comum. Trata-se, todavia, conforme reconheceu a Comissão Nacional de Proteção de Dados, na *Autorização* ⁽¹⁵²⁾ que concedeu para o efeito, que a informação disponibilizada nas listas “integra o conceito de intimidade da vida privada e, como tal, está protegida pelo segredo fiscal e, concomitantemente, cai no âmbito da proteção expressa nos art.ºs 26.º e 35.º, da CRP”, só tendo sido concedida (a autorização) pela medida ser “*proporcional*” ao fim social visado, corresponder a um motivo social imperioso ou a motivos pertinentes e suficientes, ser as menos gravosas das disponíveis e corresponder a um *justo equilíbrio* entre o interesse público e a vida privada”. Ou seja, cumprir a exigência estatuída no art.º 18.º, da CRP: “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. É de assinalar ainda, que das listas apenas podem constar situações em que estão em causa dívidas tributárias ⁽¹⁵³⁾, que a dívida *se encontra em processo de execução fiscal*, após ter decorrido

⁽¹⁵⁰⁾ Criada pelos art.ºs 16.º-B e 16.º-C do Dec.-Lei n.º 201/2003 e regulamentada pela Portaria n.º 313/2009, de 30 de março.

⁽¹⁵¹⁾ Criada pelo art.º 64.º, n.ºs 5 e 6 da Lei Geral Tributária, com a redação dada pelo art.º 57.º da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2006).

⁽¹⁵²⁾ *Autorização n.º 676/2006, de 19 de junho de 2006.* [em linha]. Comissão Nacional de Proteção de Dados. Disponível na Internet em <<http://www.cnpd.pt/bin/decisoies/2006/htm/aut/aut676-06.htm>>.

o prazo legal de oposição do executado (30 dias a contar da citação), em que tenha havido *citação pessoal e audiência prévia* ⁽¹⁵⁴⁾, assegurando-se vários direitos ao “publicitado”, designadamente os de conhecer, pedir a correção ou eliminação dos dados.

De natureza completamente distinta, são as “listas de devedores” afixadas unilateralmente por algumas pessoas ou entidades em montras de estabelecimentos ou em locais de acesso público, fazendo delas constar a identificação dos imputados “devedores” (e a prestação alegadamente em falta), mas *sem o cumprimento dos direitos e garantias supra* enunciados, designadamente a existência de um processo com citação, cumprimento do direito ao contraditório e prévia *autorização* da Comissão Nacional de Proteção de Dados (por estarem em causa dados da intimidade da vida privada). Porque a lista encontra-se no “domínio exclusivo” do “agente bulidor”, não é conferido qualquer direito ao “publicitado”, designadamente o de corrigir ou eliminar os dados, sucedendo inclusivamente que a publicitação é efetivada sem a sua prévia audiência. Os danos podem ser gravosos para a honra e consideração, sobretudo em ambientes circunscritos ou zonas menos populosas. Aliás, as listas são criadas precisamente com a intenção de provocar o vexame e humilhação do “devedor”.

Independentemente da responsabilidade penal ⁽¹⁵⁵⁾ e/ou delitual de determinadas condutas, pretende-se apurar se esses comportamentos (de *bullying obrigacional*) são

⁽¹⁵³⁾ Não são passíveis de divulgação as dívidas tributárias em processo de execução fiscal que: (a) estejam a ser pagas em prestações; (b) os devedores tenham deduzido reclamação, impugnação, ação administrativa especial prevista no CPTA ou se tenham oposto à execução e obtido a suspensão do processo de execução fiscal, mediante prestação ou dispensa de garantia, até à formação do caso resolvido ou trânsito em julgado; (c) os devedores tenham requerido a autorização do pagamento em prestações, ou a prestação ou a dispensa de garantia em virtude de reclamação ou impugnação, até à decisão do requerimento e o subsequente pagamento da primeira prestação, ou ao termo do prazo fixado para prestação da garantia ou ao indeferimento do pedido da sua dispensa; (d) os devedores tenham pedido a dação em pagamento de quaisquer bens, até à decisão e posterior concretização do pedido de dação; (e) os devedores estejam abrangidos por processo de insolvência ou procedimento extrajudicial de conciliação requerido e admitido nos termos da lei; (f) não tenha ocorrido citação pessoal e, no caso de ter sido esta efetuada, não haja decorrido o prazo de oposição, de 30 dias.

⁽¹⁵⁴⁾ A audiência prévia do contribuinte sobre a publicidade dos dados tem de ser efetivada por meio de carta registada, onde o mesmo é convidado a, no prazo de 10 dias, se pronunciar sobre a proposta de inclusão nas ditas listas a divulgar publicamente.

⁽¹⁵⁵⁾ Há um novo fenómeno, designado de *stalking*, próximo do *bullying*, por ser caracterizado pelo assédio persistente, mas cuja vertente é de natureza exclusivamente penal. A vítima é alvo da vigilância e perseguição *furtiva, discreta* e permanente por parte do *stalker* (agressor), que pretende gerar naquela a ansiedade e medo. Embora seja muitas vezes associado à violência doméstica, ocorre em vários níveis e estratos, dependendo do grau em que é exercido, desde ações discretas (vigilância, realização de telefonemas, envio de mensagens) até atos intimidatórios (perseguição na rua, invasão da habitação, ameaça de agressão física), que assumem um caráter repetitivo e imprevisível. Apesar de não estar previsto no Código Penal como tipo de ilícito, pode ser enquadrado como integridade física simples ou grave, violência doméstica, ameaça, coação, violação de domicílio e devassa ou perturbação da vida privada. Embora possa ter caracteres próximos do *bullying*, diverge deste, porque *não há discricção nem comportamento furtivo* e, por outro lado,

também configuráveis como *ilícitos civis atípicos* dos quais seja possível extrair consequências para a relação estabelecida e, em particular, da admissibilidade de mudança das condições de exigibilidade da obrigação contratual originária, ou seja, com inferência no princípio *pacta sunt servanda*.

3.2. A tutela do cumprimento

3.2.1. O génesis do “bullying” obrigacional

Qualquer obrigação — contratual ou legal — deve ser cumprida pela parte devedora, para que seja considerada extinta. O art.º 762.º, do CC, preceito que positivava o princípio geral, estabelece que “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”. Do conceito de *obrigação* resulta a existência de um *vínculo* ⁽¹⁵⁶⁾, a que estão ligados dois os mais sujeitos e que só deixam de estar vinculados quando “desatam” esse elo. A esta figura designava o direito romano de *solutio* (de que adveio o termo “solução”) e que corresponde ao vínculo desfeito, com a satisfação do credor — o “adimplemento” ou ato de cumprir a obrigação. Realizada a *prestação*, considera-se a obrigação cumprida, esgotando-se o seu conteúdo, alcançado que está o seu fim. Se o devedor não realizar a prestação a que está vinculado, *não há cumprimento*, mas a falta de realização não significa necessariamente que *haja incumprimento*, sendo também distinto do *cumprimento defeituoso*, “que só reveste verdadeira *autonomia dogmática* quando o ato do cumprimento causa danos ao credor” ⁽¹⁵⁷⁾.

Há ainda (imensos) casos em que o cumprimento não se efetiva pela iniciativa ou por ato voluntário do devedor, mas vem a ser concretizado mais tarde, ainda que de forma

não há propriamente o aproveitamento de uma situação de debilidade ou incumprimento da pessoa visada, antes tendo por motivo sentimentos variados, designadamente amor, vingança, ódio ou inveja. Sobre este fenómeno, *cfr.* CARVALHO, Mário Paulo Lage. 2010. *O combate ao stalking em Portugal* (Dissertação de Mestrado) [em linha]. Porto: Repositório Aberto da Universidade do Porto. Disponível na Internet em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/26593/2/STALKINGVersaoPB.pdf>> e JESUS, Damásio. 2006. *Stalking* [em linha]. Teresina: Jus Navigandi [referência de 9 de junho de 2011]. Disponível na Internet em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10846/stalking>>.

⁽¹⁵⁶⁾ O uso deste termo não é pacífico, porque também se distingue entre obrigações civis e obrigações naturais pelo *vínculo* de cada uma destas modalidades. Ora, na obrigação natural (art.ºs 402.º a 404.º, do CC) também existe um vínculo, sendo essa razão para a previsão da *solutio retentio*, isto é, da irrepetibilidade da prestação voluntariamente efetuada pelo devedor, que realizada, é qualificada juridicamente como pagamento válido e não como liberalidade: embora a respetiva obrigação tenha por base um dever moral ou social, o seu *cumprimento* corresponde a um *dever de justiça*.

⁽¹⁵⁷⁾ LIMA, Fernando Andrade Pires / VARELA, João de Matos Antunes. 1986. *Código Civil Anotado*. Volume II. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 2.

coerciva. Mesmo nessas situações, como sustenta Calvão da Silva, “o cumprimento, ainda que retardado, é a *realização* da originária prestação devida, a atuação do primário dever de prestar, meio de satisfazer plenamente o credor e de dar à obrigação todo o seu efeito prático; a reparação do dano é a realização de diversa e sucedânea prestação – subrogatória da prestação originária –, a atuação do dever de indemnizar, pondo em ação a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento”⁽¹⁵⁸⁾. Verifica-se, por conseguinte, *por regra*, o *primado do cumprimento em espécie* (execução específica) sobre o pagamento de uma indemnização pelo dano emergente do incumprimento ou da execução por equivalente. “Não admira, por isso,” — refere o mesmo Autor — “que a tendência em favorecer a tutela específica e a sua progressiva expansão culminasse na afirmação do cumprimento e da execução *in natura* como regra e princípio jurídico para toda a espécie de obrigações, incluindo para as obrigações de facto”⁽¹⁵⁹⁾. Tal prioridade encontra-se, aliás, prevista de forma expressa, *para todas as obrigações*, no art.º 817.º, do CC, nos termos do qual, “não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo”.

Sucedo porém — e aqui pode residir o primeiro passo para que o credor ultrapasse determinados limites e proceda à prática de atos de instigação e assédio contra o devedor, ou seja, de *bullying* obrigacional — nem sempre há viabilidade do cumprimento *in natura*, que apresenta limitações em particular nas obrigações de *facere* e de *non facere*, originando-se um *conflito* entre os respetivos interesses, isto é, “o interesse do credor em obter a plena e integral satisfação, através da realização da originária prestação (*dare, facere, non facere*) a que tem direito; o interesse do devedor em que a coerção ao cumprimento não afete a sua liberdade e a sua dignidade. Ou seja: de um lado, do lado do credor, o respeito devido à palavra dada e a força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*); do outro lado, do lado do devedor, o respeito da liberdade e da dignidade humanas”⁽¹⁶⁰⁾. Nesta frase tão singular, com *data venia*, está sintetizado o problema da *gênese* do fenómeno do “*bullying*” obrigacional.

⁽¹⁵⁸⁾ SILVA, João Calvão da. 2002. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 153.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 174.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibidem*, p. 202.

Nesta medida, a figura de “*bullying*” obrigacional, que se pretende abordar, reclama um definido enquadramento do regime jurídico do *cumprimento* (sua natureza, seu conteúdo, seu tempo, sua exigibilidade), bem como do *incumprimento* (suas modalidades, exclusões e exceções), designadamente para o preenchimento do âmbito desse fenómeno e para a sua comparação e diferenciação com situações classificáveis em institutos jurídicos já positivados — o que se passará a descrever, ainda que de forma sumária.

3.2.2. Obrigações de prestação positiva e negativa

O direito civil admite que a satisfação do direito do credor pode operar-se por várias modalidades – não apenas a do *cumprimento stricto sensu* —, reconhecendo que se extinguem as obrigações que sejam realizadas (melhor, *satisfeitas*) mediante dação em cumprimento ⁽¹⁶¹⁾, novação ⁽¹⁶²⁾, consignação em depósito ou compensação ⁽¹⁶³⁾: *cf.* art.^{os} 523.º e 532.º (no âmbito das obrigações solidárias), art.º 592.º, n.º 2 (na sub-rogação) e nas seis secções do Capítulo VIII, do Título I, do Livro II, todos do Código Civil.

Por outro lado, quando se enuncia a matéria do cumprimento, o senso comum aponta para o *pagamento*. No entanto, o cumprimento não reveste sempre essa forma, embora seja a mais frequente, no âmbito das obrigações pecuniárias ⁽¹⁶⁴⁾. Com efeito, é diferente o cumprimento nas obrigações positivas (e dentro destas, as obrigações de *dar* e as obrigações de *fazer* ⁽¹⁶⁵⁾ / ⁽¹⁶⁶⁾) e nas obrigações negativas (nestas, o devedor obriga-se a

⁽¹⁶¹⁾ Subordinada, no entanto, ao *assentimento* do credor (*cf.*, art.^{os} 837.º e ss., do CC).

⁽¹⁶²⁾ Também dependente de haver acordo do credor nesse sentido, já que a novação objetiva consiste em o devedor contrair perante o credor uma nova obrigação em substituição da antiga (art.º 857.º, do CC), o que pode não ser do interesse do credor, até porque extinta a obrigação antiga pela novação, ficam igualmente extintas, na falta de reserva expressa, as garantias que asseguravam o seu cumprimento, mesmo quando resultantes da lei (art.º 861.º, n.º 1, do CC).

⁽¹⁶³⁾ A compensação torna-se efetiva mediante declaração de uma das partes à outra e tem por requisitos a existência de créditos e débitos recíprocos, desde que o crédito seja exigível judicial, não proceder contra ele exceção, perentória ou dilatória e, por outro lado, terem as duas obrigações por objeto coisas fungíveis da mesma espécie e qualidade (art.^{os} 847.º e 848.º, do CC).

⁽¹⁶⁴⁾ Conforme assinala Almeida Costa (2009: p. 994), o Código Civil adotou como critério geral utilizar apenas o termo *cumprimento*, conservando o uso indiferenciado de cumprimento e pagamento apenas para indicar a atividade solutória do devedor nas *obrigações pecuniárias* (art.^{os} 550.º a 558.º) e utilizando o termo pagamento com referência ao preço na compra e venda (art.^{os} 874.º e ss.) e da renda e do aluguer na locação (art.^{os} 1022.º ss.), mútuo (art.^{os} 1142.º ss.), mandato (art.^{os} 1157.º ss.), depósito (art.^{os} 1185.º ss.), empreitada (art.^{os} 1207.º ss) e quanto às prestações anuais devidas pelo superficiário (art.^{os} 1524.º ss).

⁽¹⁶⁵⁾ Sendo esta a distinção tradicional, nem sempre é fácil integrar os conceitos subjacentes. Na verdade, as obrigações de *dare* envolvem, por regra, uma *traditio*. Mas, se por exemplo, a empreitada consiste na realização de uma certa obra (art.º 1207.º, do CC), ou seja, num *facere*, inclui na sua fase final um ato de *dare*, de entrega (os art.^{os} 1217.º, 1224.º e 1225.º fazem expressa referência). Por outro lado, a *obligatio faciendi* não se circunscreve a uma execução material (*v.g.*, realizar uma obra, podar as árvores de um pomar), podendo também ser nela enquadrada a promessa de contratar, cujo objeto consiste na realização de

uma abstenção, conservando-se numa conduta omissiva) – *cf.* art.^{os} 398.º, 828.º e 829.º, do CC, sendo também diferentes os mecanismos que a lei faculta ao credor para ver satisfeita a obrigação a que tem direito.

Pelo seu âmbito, este estudo centrar-se-á nas obrigações positivas, embora não seja impossível o enquadramento de *bullying* obrigacional nas obrigações negativas. Ao contrário da prestação de facto que envolve uma conduta positiva (obrigação *de facere*), a prestação de facto negativa — que nem sempre é de fácil caracterização ⁽¹⁶⁷⁾ — pode ser representada por um puro não fazer ou abstenção (obrigação *de non facere*) ou por um não fazer associado a um consentir ou tolerar atos do credor ou titular do direito (obrigação *de pati*) ⁽¹⁶⁸⁾, *v.g.*, quando uma parte se compromete a não impedir a realização de uma obra.

um negócio jurídico (não se trata apenas da aposição da assinatura num documento), sabendo ainda que esta obrigação pode constituir-se *intuitu personae debitor*, isto é, fundada nas capacidades pessoais ou técnicas do devedor (*v.g.*, a encomenda de um retrato a um pintor), caso em que a obrigação da prestação é *infungível*, não admitindo a sua substituição por terceiro.

⁽¹⁶⁶⁾ Quando versem sobre prestações de facto, é ainda possível estabelecer uma subdistinção entre prestações de *facto material* e prestações de *facto jurídico*. Nas primeiras, a conduta que o devedor se compromete a realizar é uma conduta puramente material, não destinada à produção de efeitos jurídicos (*v.g.*, realizar uma determinada obra). Nas segundas, a conduta do devedor aparece destinada à produção de efeitos jurídicos, sendo assim esse resultado jurídico incluído na prestação (*v.g.*, celebrar ou não determinado contrato).

⁽¹⁶⁷⁾ Por exemplo, é questionável a obrigação resultante de um *pacto de preferência*. Conforme alude Antunes Varela, os pactos de preferência são “contratos pelos quais alguém assume a obrigação de, em igualdade de condições, escolher determinada pessoa (a outra parte ou terceiro) como seu contraente no caso de se decidir a celebrar determinado negócio. (...) Do pacto de preferência nasce uma obrigação típica: para uns, a de o devedor não contratar com terceiro – *non facere* – se o outro contraente se dispuser a contratar em iguais condições; para os outros, a de, querendo contratar, o obrigado escolher a contraparte, de preferência a qualquer outra pessoa. (...) Na promessa unilateral, o promitente compromete-se a contratar, enquanto no pacto de preferência, a obrigação é diferente: o vinculado não se obriga a contratar, promete apenas, se contratar, preferir certa pessoa (...) a qualquer outro interessado, havendo assim, quando muito, uma promessa unilateral condicional” (VARELA, Antunes, 2000, *Das Obrigações...*, *cit.*, I, pp. 375-377).

Aderem à conceção que se trata de uma promessa unilateral:

— JORGE, Pessoa. 1975. *Lições de Direito das Obrigações*. Lisboa: AAFDL, pp. 202,203;

— LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010a. *Direito das Obrigações*. Volume I. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 252 ss.;

— TELLES, Inocêncio Galvão. 2002. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, p.231;

— COSTA, Mário Júlio Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, pp.442,443;

Divergindo da maioria da doutrina, Calvão da Silva considera tratar-se de uma obrigação *de non facere*, ao sustentar que “o pacto de preferência faz nascer a obrigação de escolher outrem como contraente, no caso de o obrigado à preferência se decidir livremente contratar, a pessoa não se obriga, portanto, a contratar, diferentemente do que sucede no contrato-promessa – apenas se obriga a dar preferência em condições de igualdade” (SILVA, João Calvão. 2006. *Sinal e Contrato-Promessa*. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, p.26).

⁽¹⁶⁸⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em geral*, Vol. II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 55,56. Conforme assinala CASTRO, Artur Anselmo de. 1977. *A Acção executiva singular, comum e especial*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 383, diferentemente da execução para prestação de facto positivo, em que a execução específica é uma *faculdade* e não obrigação do credor, a quem é lícito optar sempre, em vez dela, pelo seu equivalente em dinheiro, sendo o facto prestado pelo exequente ou por outrem com quem contrate a sua realização (*cf.*, art.º 828.º, do CC), na prestação de facto negativo e de harmonia com o disposto no art.º 829.º, n.º1, do CC, essa execução é *sempre* específica, quando haja obra feita em contravenção da obrigação, consistindo a execução na destruição ou demolição da obra. Só no caso

Nestas, o devedor *cumpre* exatamente na medida em que *não age*: a ação relevante é a omissão, por estar sujeito a um *non facere*. Por essa razão, ao contrário do que sucede com as obrigações positivas, não é possível ao devedor obrigado a *non facere* entrar em mora, porque quando *faz*, já incumpriu. A violação destas obrigações acaba, na prática, por dar origem a ações *análogas* às que se admitem na *responsabilidade por factos ilícitos*, ou seja, o credor tem o direito de exigir indemnização, o direito de exigir que seja suprimida a situação contrária ao seu direito e/ou o direito de reclamar que o devedor seja condenado a não continuar a violação a sua obrigação de abstenção.

Nestes termos, a *essencialidade* do cumprimento reside na sua sucessiva abstenção, omitindo a prática do ato em todas as situações em que seria possível realizá-lo, ainda que esta sujeição à abstenção não deva ser eterna. O possível *bullying* nas obrigações negativas consubstanciar-se-ia na instigação do credor junto do devedor para que este não resistisse ao apelo interior e sucumbisse à violação do seu dever de abstenção.

Mais complexo será o circunstancialismo de sobre uma das partes pender, simultaneamente, uma obrigação de *facere* e outra de *non facere*, relacionadas entre si. Atente-se, a este propósito, o núcleo essencial da prestação do senhorio num contrato de arrendamento: por um lado, o senhorio deve proporcionar ao inquilino o gozo do prédio no âmbito e para os fins do contrato [art.º 1031.º, al. *b*), do CC], mas concomitantemente, é-lhe vedada a prática de atos que impeçam ou diminuam esse gozo (o n.º 1, do art.º 1037.º, do CC, estabelece o dever de abstenção de atos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário), entendida essa diminuição segundo um princípio de boa fé (art.º 762.º, n.º 2, do CC). Deste modo, impende sobre o senhorio, dentro do mesmo âmbito de *manutenção do gozo*, uma obrigação de *facere* e uma obrigação de *non facere*. Em relação à primeira, podem ser-lhe exigidas prestações *de facere*, como, por exemplo, a realização de obras no prédio arrendado. Já em relação à segunda, constitui uma regra imperativa, que apenas cede nos casos previstos naquele preceito, ou seja, quando qualquer outra solução resulte da lei, dos usos ou do consentimento do inquilino, em cada caso, sendo certo,

de o prejuízo da demolição da obra para o devedor ser consideravelmente superior ao prejuízo que sofra o credor com a sua manutenção é que o direito do credor (exequente) consiste unicamente na indemnização — *cf.* n.º 2, do citado art.º 829.º, do CC. Por isso, o credor de uma obrigação negativa, *caso pretenda o cumprimento coercivo dessa obrigação*, deve requerer as providências adequadas à reparação do dano, já que a execução não tem por objeto um facto negativo, mas o facto positivo da reparação do dano ou da remoção do obstáculo ao exercício do seu direito (*cf.* FREITAS, José Lebre. 2009. *A acção executiva - Depois da reforma da reforma*. 5.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 392,393).

porém, que o senhorio não é obrigado a assegurar ao inquilino o gozo de prédio contra atos de terceiro.

Considere-se, por hipótese, a situação em que o arrendatário pretende que o senhorio realize obras num anexo do locado, que tem estado sem utilização desde o início da relação, obras essas que o inquilino considera serem necessárias, mas relativamente a cuja caracterização o senhorio discorda, recusando-se a realizá-las ⁽¹⁶⁹⁾. Visando criar um ambiente hostil, para forçar o inquilino a abandonar a intenção de passar a utilizar o aludido anexo, o senhorio instala uma rede de um metro de vinte centímetros de altura, entre o quintal contíguo à casa de habitação, restringindo o acesso àquele anexo, designadamente se efetivado com transporte de bens. Sem prejuízo dos direitos que a lei concede ao inquilino ⁽¹⁷⁰⁾, mas que podem não o satisfazer ⁽¹⁷¹⁾, esta situação pode ser enquadrável quer na violação do dever de *facere* (recusando a realização de obras que proporcione o gozo da coisa), quer na de *non facere* (limitando o pleno gozo).

Há também casos — praticamente sempre resultantes de decisões judiciais — em que é imposta uma obrigação de *non facere* que é subsequente ou reclama uma prévia obrigação de *facere*. Assim sucede quando alguém esteja obrigado a não desenvolver uma determinada atividade numa fração de um prédio constituído em propriedade horizontal cujo fim não esteja previsto no respetivo título constitutivo, mas que para esse efeito seja necessária a prática da obrigação instantânea de encerramento do estabelecimento e cessação de atividade ⁽¹⁷²⁾.

Não devem, contudo, confundir-se os regimes de cumprimento ou incumprimento de obrigações negativas, com ou sem possibilidade de ocorrência de condutas passíveis de inclusão no fenómeno de *bullying*, com situações que, aparentemente são de obrigações negativas, mas que não podem ficar sujeitas ao regime legal. Assim, só faz sentido fazer referência a obrigações negativas quando estas tenham por objeto um ato *lícito*. Como

⁽¹⁶⁹⁾ O que poderia conceder-lhe razão. Na verdade, o locador não será responsável pela realização de quaisquer obras se o locatário conhecia o estado do locado quando celebrou o contrato ou recebeu a coisa; o defeito já existia ao tempo da celebração do contrato e era facilmente reconhecível, a não ser que o locador tenha assegurado a sua inexistência ou usado de dolo para o ocultar; o defeito for da responsabilidade do locatário ou este não avisou o locador do defeito (art.º 1033.º, do CC).

⁽¹⁷⁰⁾ Além da ação prevista no art.º 1037.º, n.º 2, assistir-lhe-á o direito de resolver o contrato (art.º 1083.º, n.ºs 1 e 2) e reduzir o valor da renda (art.º 1040.º).

⁽¹⁷¹⁾ A resolução do contrato poderá constituir, aliás, um benefício em favor do senhorio e quanto à redução do valor da renda, caso não seja devidamente enquadrado, poderá facultar ao senhorio um fundamento para a resolução do contrato de arrendamento, libertando o encargo sobre o locado.

⁽¹⁷²⁾ Vide Tribunal da Relação do Porto / Des. Vieira e Cunha. 2011. *Acórdão de 24 de maio de 2011* (proc. 3012/10.2YYPR-T-F.P1, bdjd-itij), em que se apreciou a distinção e a sequência das prestações.

elucida Vaz Serra, “se o devedor se obriga a abster-se de um ato ilícito (v.g., de cometer um delito, de construir em zona onde o não pode fazer), ensina-se que não deriva daí qualquer nova obrigação, não se considerando, por conseguinte, devida a contraprestação prometida em troca dessa promessa” ⁽¹⁷³⁾.

Acrescem outras situações de duvidosa validade, quando se estabelecem obrigações que podem infringir regras de boa fé, da ordem pública, ou inclusivamente dos direitos fundamentais, designadamente quando se convencione a restrição da liberdade de uma das partes, como a obrigação negativa de *não alienar* ⁽¹⁷⁴⁾. De qualquer modo, o regime jurídico aplicável não tem qualquer relação com o objeto em estudo, porque àquelas ocorrências, aplicar-se-á o regime geral da validade, licitude, nulidade e anulabilidade do negócio jurídico.

Finalmente, como *supra* se enunciou, salvo circunstâncias muito específicas — v.g., revelação de sigilo ou segredo profissional, uso por concorrente de firma ou patente com direitos de exclusividade ou obrigação de não fornecer um produto aos concorrentes do adquirente —, será de verificação residual o evento que possa qualificar-se de “bullying” obrigacional sobre quem esteja sujeito a uma prestação negativa (de *non facere*).

3.2.3. Natureza jurídica do cumprimento

Galvão Telles ⁽¹⁷⁵⁾ e Almeida Costa ⁽¹⁷⁶⁾ são perentórios em afirmar que o cumprimento constitui um *ato jurídico* — não um negócio jurídico, porque este tem de ter carácter inovador e versa sobre uma “disciplina de interesses”. É um ato jurídico, porque consubstancia uma conduta juridicamente relevante que é devida, de execução do que anteriormente foi definido ou convencionado e, por isso mesmo, tem — por regra —

⁽¹⁷³⁾ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1958b. “Objecto da obrigação - a prestação: suas espécies, conteúdo e requisitos”, in *BMJ*, n.º 74 (março 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, p. 19.

⁽¹⁷⁴⁾ Vaz Serra (*ibidem*, p. 20) faz ainda alusão à promessa de não adquirir um direito (por exemplo, o *pactum de non licitando* num leilão em hasta pública), a obrigação de não realizar contratos de trabalho com cláusulas diferentes das constantes de um contrato coletivo, as quais, citando Von Thur, Vaz Serra concorda que “coartam a liberdade de movimentos do sujeito obrigado, mas esta restrição é apenas relativa, pois não toca nas possibilidades físicas, mas somente o raio da licitude”.

⁽¹⁷⁵⁾ TELLES, Inocêncio Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209 ss..

⁽¹⁷⁶⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 991-994.

caráter *bilateral*: o devedor *oferece* a prestação devida e o credor *aceita-a* ⁽¹⁷⁷⁾. Se o devedor não oferecer a prestação (por não a querer prestar ou por a excepcionar com causa) ou se o credor não a aceitar (porque a considera defeituosa, desconforme ou não correspondente ao acordado), não há cumprimento.

A propósito desta classificação, a doutrina tem suscitado se aquando da prestação pela qual se realiza o *solvens*, existe algo mais do que um *ato*, sendo este também acompanhado por um elemento psíquico – o *animus solvendi* (a intenção de cumprir), arguindo-se que sem o mesmo, poderia a prestação ser confundida com uma simples liberalidade. Na doutrina nacional, esta questão foi abordada por Vaz Serra ⁽¹⁷⁸⁾, mas entre todos, sufraga-se a doutrina de Almeida Costa ⁽¹⁷⁹⁾, segundo o qual do ponto de vista estrutural, assenta melhor ao cumprimento a categoria de simples ato jurídico, ao qual se aplicam extensivamente, ao abrigo do disposto no art.º 295.º, do CC, as mesmas regras dos negócios jurídicos, designadamente a falta e os vícios da vontade ⁽¹⁸⁰⁾.

A questão é relevante porque, se o cumprimento for integrado pelo *animus*, este não deve circunscrever-se ao devedor, requerendo também a aceitação do *accipiens* no reconhecimento da satisfação do seu crédito mediante a prestação do devedor, tornando a operação complexa. Isto não significa que não haja um interesse do credor no cumprimento. Esse interesse tem de existir: a sua ausência esvaziaria o dever de sujeição do devedor ao cumprimento da obrigação ⁽¹⁸¹⁾. No entanto, o interesse não se identifica com o *animus* e, por isso, não parece que seja necessária esta “concorrência” de elementos psíquicos, sendo precisamente a sua ausência que é passível de propiciar a conduta de

⁽¹⁷⁷⁾ No direito romano primitivo, o cumprimento exigia uma formalidade rígida de aceitação. Dessa forma, ficavam dissipadas quaisquer dúvidas sobre a efetiva extinção da relação obrigacional. Thomas Marky narra que “cada contrato formal tinha o seu contrário, que era um ato jurídico liberatório. Assim, ao nexum correspondia a *solutio per aes et libram* ou *nexi liberatio*, que exigia cinco testemunhas, a presença das partes e do *libripens*, da balança, pronunciamiento de determinadas fórmulas verbais e certos atos solenes. De outro lado, a *stipulatio*, também, se resolvia pela *acceptilatio*, que consistia na pergunta e congruente resposta do devedor e do credor respetivamente: *Quod ego tibi promisi habesne acceptum? – Habeo*” (MARKY, Thomas. 1971. *Curso de Instituições de Direito Romano*. São Paulo, Brasil: Ed. Busha-tsky, p. 80).

⁽¹⁷⁸⁾ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1953. “Do cumprimento como modo de extinção das obrigações”, in *BMJ*, n.º 34 (janeiro 1953), pp. 10 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ COSTA, Almeida, 2009 (*cit.*), pp. 992, 993.

⁽¹⁸⁰⁾ *Cfr.* o art.º 766.º, do CC, onde expressamente se prevê a possibilidade do cumprimento ser declarado nulo ou anulado *por causa imputável ao credor*, caso em que não renascem as garantias prestadas por terceiro, salvo se este conhecia o vício na data em que teve notícia do cumprimento da obrigação.

⁽¹⁸¹⁾ O Código Civil italiano contém uma previsão expressa do *interesse* do credor (art.º 1174.º: “La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”, ou seja, em tradução livre, na parte que releva, “a prestação (...) deve corresponder a um interesse, mesmo não patrimonial, do credor”).

instigação, assédio ou “perseguição” por parte do credor sobre o devedor para o cumprimento, qualquer que seja o modo desse cumprimento, pois para o credor apenas releva que a prestação seja realizada.

Aliás, na grande parte das situações, o credor não tem qualquer intervenção no cumprimento a que o devedor está adstrito e outras há em que *recusa* essa prestação. Contudo, essa repulsa não deixa o devedor sem possibilidade de realizar a prestação que entenda estar obrigado, designadamente através da *consignação em depósito*. É essa a solução prevista no art.º 841.º, do CC, estatuidando o art.º 846.º que quando a consignação seja aceite pelo credor ou declarada válida por decisão judicial ⁽¹⁸²⁾, “libera o devedor, como ele tivesse feito a prestação ao credor na data do depósito” ⁽¹⁸³⁾.

Todavia, se por regra a consignação é meramente facultativa (art.º 841.º, n.º 2, do CC) ⁽¹⁸⁴⁾, está imposta a sua *obligatoriedade* sobre a parte que, em ação de execução específica de contrato-promessa, *invoque* a exceção de não cumprimento do contrato (art.º 830.º, n.º 5, do CC). A doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes que esta exigência “tem de ser interpretada, *expressis et apertis verbis*, como uma determinação legal incontornável, não facultativa, cominatória para a parte não observante, buscando a sua razão de ser na responsabilidade pública do Tribunal na substituição de uma das partes quando emite uma declaração negocial em falta por sentença” ⁽¹⁸⁵⁾. Naturalmente que se a parte não invocar a *exceptio*, a imposição não se aplica ⁽¹⁸⁶⁾, sendo a *ratio essendi* do seu

⁽¹⁸²⁾ A declaração por decisão judicial, segue os termos do *processo especial* previsto nos art.ºs 1024.º e ss., do CPC.

⁽¹⁸³⁾ Conforme ensinam Pires de Lima e Antunes Varela (1986, II: p. 78), “...a consignação em depósito continua a ser um meio de que se pode servir o devedor ou qualquer terceiro a quem seja lícito cumprir a obrigação, para forçar o credor a receber a prestação. (...) A consignação em depósito é apenas um benefício atribuído ao devedor para este se poder libertar da obrigação, se nisso tiver conveniência (...), o principal efeito da consignação em depósito é o de libertar o devedor como se ele tivesse feito a prestação na data do depósito (...) embora estes efeitos se verifiquem desde o depósito, eles só se tornam efetivos pela aceitação do credor ou pela declaração judicial da validade da consignação. Antes disso há um estado de incerteza, de pendência, cujos reflexos jurídicos só serão definidos posteriormente”.

⁽¹⁸⁴⁾ Está igualmente estatuída a *obligatoriedade* da “consignação em depósito”, a título de prévio pagamento do preço, na ação de preferência, enquanto garantia para o alienante (art.º 1410.º, do CC). Trata-se, por um lado, do *cumprimento antecipado da prestação*, na procedência da ação, mas por outro lado, da exigência devida pelo *exercício de um direito*. E esta consignação em depósito é a efetiva disponibilização da quantia pecuniária em causa (enquanto depósito de preço), não podendo ser substituída por outras figuras contratuais, que desempenham apenas a função de *garantia* (designadamente a *garantia bancária in first demand*, caução ou fiança). *Vide*, neste sentido, Tribunal da Relação de Lisboa / Des. José Gabriel Silva. *Acórdão de 6 de novembro de 2007* (proc. 4629/2007-1, bdjd-itij).

⁽¹⁸⁵⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Des. Rui da Ponte Gomes. 2008. *Acórdão de 10 de janeiro de 2008* (proc. 7558/2007-8, bdjd-itij).

⁽¹⁸⁶⁾ COSTA, Mário Júlio de Almedia. 1999. *Contrato-Promessa - Uma Síntese do Regime Vigente*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 56: “Não se afigura aceitável, na verdade, entender que o legislador tenha

caráter obrigatório unicamente evitar que uma das partes fique impossibilitada de invocar a exceção de não cumprimento ⁽¹⁸⁷⁾. Mas, por outro lado, se a obrigatoriedade da consignação em depósito não estivesse prevista, abrir-se-ia a possibilidade, a coberto da lei, de uma parte instaurar a ação de execução específica, obter do Tribunal a sentença substitutiva do contrato definitivo e, sem mais, exercer uma instigação sobre a parte contrária, mediante a invocação da *exceptio*, pela qual, recusar-se-ia a cumprir a sua prestação (na prática, o que poderíamos designar de *bullying superlativo*, com manifesto enriquecimento sem causa, porque o objeto do contrato já se encontrava cumprido a seu favor!).

3.2.4. Carateres do cumprimento

3.2.4.1. *Sujeitos do cumprimento*

De acordo com o disposto no art.º 767.º, n.º 1, do CC, a prestação pode ser feita tanto pelo *devedor* como por *terceiro*, interessado ou não no cumprimento da obrigação. Na generalidade das prestações (salvo as infungíveis ⁽¹⁸⁸⁾) é indiferente para o credor *quem* a cumpre — o que lhe releva é que *a prestação* seja realizada. Por isso, não é estranho que a lei *imponha* ao credor o dever de a aceitar ⁽¹⁸⁹⁾. Só assim não sucederá, impondo-se que a

pretendido transformar a consignação em depósito num pressuposto de apreciação do mérito do pedido de execução específica. A seguir-se a opinião contrária, correr-se-ia o risco de o tribunal ordenar a consignação em depósito, por admitir que se estava perante um contrato que permitia invocar a exceção de não cumprimento, e o autor ver a ação julgada improcedente pela simples falta dessa consignação, sem que fossem apreciados os fundamentos da execução específica”.

⁽¹⁸⁷⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Salvador da Costa. *Acórdão de 01 de março de 2007* (proc. 07B477, bdjd-itij) – “O escopo finalístico do mencionado normativo, considerando que por via da sentença declarativa constitutiva de execução específica o beneficiário fica desde logo investido na titularidade do direito a que se reporta o contrato definitivo, é o de obstar a que, nos contratos sinalagmáticos, uma das partes seja colocada em situação de não poder invocar a exceção de não cumprimento”.

⁽¹⁸⁸⁾ O termo *fungível* só foi criado no século XVI por Úlrico Zásio, com base na definição romana de Paulus, que procurava precisar o princípio da substituíbilidade das coisas: *res quae in genere suo functionem recipiunt* (Digesto, 12.1.2.1), ou seja, coisas cuja função consiste em serem determinadas pelo seu género.

Para Calvão da Silva (2002: p. 367), “a questão da fungibilidade ou da infungibilidade da prestação resolve-se, no aspeto prático, pela possibilidade ou impossibilidade de ter lugar o cumprimento por terceiro. Se, de acordo com o critério contido no artigo 767.º o cumprimento por terceiro é admissível, a prestação é fungível; se, ao invés, o cumprimento por terceiro for de excluir, a prestação é infungível”.

⁽¹⁸⁹⁾ A lei não consagra *expressamente* a imposição, mas ela resulta *a contrario* dos n.ºs 1 e 2 do art.º 767.º, do CC e é, aliás, dessa forma que Antunes Varela (1997, II: p.144) o assinala: “Se um terceiro quiser realizar a prestação em lugar do devedor, a lei não só o autoriza a fazê-lo, como impõe ao credor o dever de a receber, porque, embora se não trate da prestação que este podia exigir, ela satisfaz plenamente o seu interesse. Não funciona o mecanismo da obrigação, mas atinge-se o fim ou preenche-se a função para que ele foi instituído. Assim se explica que o credor só possa recusar a prestação, na falta de acordo que exclua a intervenção de terceiro, quando a substituição do devedor por este o prejudique”.

prestação seja realizada apenas pelo devedor, quando tal seja expressamente acordado ou quando a substituição do devedor por terceiro prejudique ao credor. Nessas circunstâncias, o n.º 2 do mesmo preceito consagra a *proibição do constrangimento* do credor para que este receba a prestação de terceiro.

Sendo um terceiro que efetue a prestação, deve fazê-lo com a consciência de que se trata de uma dívida alheia, porque se porventura a prestação for realizada por terceiro na suposição errônea que é ele próprio o devedor, rege o disposto no art.º 477.º, do CC, ou seja, goza de direito de repetição, exceto se o credor, desconhecendo o erro do autor da prestação, se tiver privado do título ou das garantias do crédito, tiver deixado prescrever ou caducar o seu direito, ou não o tiver exercido contra o devedor ou contra o fiador enquanto solventes.

De qualquer modo, para efeitos da apreciação de um eventual assédio do credor perante o devedor, qualquer que seja o sujeito *cumpridor*, na perspetiva do *accipiens*, o seu interesse é realizado, pelo que só se a prestação não for realizada poderá o fenómeno ser discutido. O que não significa que o credor não possa, também, exercer atos de *bullying* sobre terceiro. Mas só será suscetível de os praticar se tiver conhecimento da existência de uma relação entre o devedor e o terceiro, designadamente se o terceiro também tiver interesse no cumprimento (v.g., se o terceiro for garante da prestação, como fiador, caso em que se cumprir fica sub-rogado nos direitos do credor, cfr. art.º 592.º, n.º 1, do CC) ou se tiver havido assunção da dívida (art.º 595.º, do CC)⁽¹⁹⁰⁾. Nessas circunstâncias, o credor pode pretender exercer pressões injustificadas sobre o terceiro para que este cumpra a prestação.

Finalmente, não está excluída a possibilidade do exercício do assédio obrigacional ser exercido por um *terceiro*, que pretenda que a prestação seja feita a seu favor (em substituição do credor), na medida em que o art.º 770.º, do Código Civil, não exclui que a prestação possa ser realizada a favor de terceiro e considerando que dessa forma fica extinta a obrigação do devedor, em cinco casos que elenca, a saber, (a) se assim foi estipulado ou consentido pelo credor; (b) se o credor a ratificar; (c) se quem a recebeu

⁽¹⁹⁰⁾ Na análise deste negócio, Vaz Serra, afirma que a promessa de liberação “consiste numa convenção entre o devedor e um terceiro mediante a qual este se obriga para com aquele a pagar a dívida. O primitivo devedor continua obrigado para com o credor; mas, por convenção, entre o devedor e um terceiro este obriga-se a pagar a dívida. Esta convenção não produz em princípio, senão efeitos nas relações entre devedor e terceiro, sendo a ela estranho o credor. Sendo assim, o promitente não fica devedor do credor mas apenas obrigado para com o devedor a pagar a dívida deste de sorte quem se acaso o devedor pagar, poderá este depois exigir o reembolso. Da convenção o que resulta é um crédito do devedor para com o terceiro no sentido de que este o liberta da obrigação” (SERRA, Vaz. 1952. “Assunção de Dívida”, in *BMJ*, n.º 72, p.83).

houver adquirido posteriormente o crédito; (d) se o credor vier a aproveitar-se do cumprimento e não tiver interesse fundado em não a considerar como feita a si próprio; (e) se o credor for herdeiro de quem a recebeu e responder pelas obrigações do autor da sucessão.

3.2.4.2. Conteúdo do cumprimento

O cumprimento tem por objeto a coisa ou facto sobre que incide a obrigação, nos exatos termos que tiverem sido convencionados. O devedor não fica desobrigado com a entrega de coisa diversa, ainda que de valor superior, porque o credor não é obrigado a recebê-la. O art.º 762.º, n.º 1, do CC, na sua objetividade, indica que a obrigação deve ser *estritamente* cumprida. É certo que a lei permite a *dação em cumprimento*, ou seja, quando o dever entrega coisa diversa, ainda que de valor superior, em substituição da prestação a que está obrigado, mas mesmo nesse caso é necessário o *assentimento* do credor (art.º 837.º, do CC), para que o devedor fique *exonerado* da obrigação ⁽¹⁹¹⁾. Na prática, na *datio pro solutio* ⁽¹⁹²⁾ é a *vontade* das partes que sobressai, permitindo a substituição do objeto da obrigação, mediante a alteração do anteriormente convencionado. Inexistindo o acordo, prevalece o princípio da identidade da *res debita*.

Por outro lado, o cumprimento reveste um carácter *indivisível*, ou seja, deve ser realizado integralmente e não por partes (art.º 763.º, n.º 1, do CC), assistindo ao credor o direito de o recusar se porventura o devedor apenas pretender cumprir parcialmente. Esta regra, que por princípio só pode ser afastada por acordo entre as partes, encontra-se

⁽¹⁹¹⁾ Conforme sublinha Antunes Varela (1990, II: p. 182), “este efeito [de extinção da obrigação] da dação em cumprimento coaduna-se com a sua própria natureza jurídica: trata-se de um ato solutório da obrigação, assente sobre uma troca ou permuta convencional de prestações. A dação pressupõe assim a realização de um *aliud*, por acordo entre as partes, para cumprir a obrigação”

⁽¹⁹²⁾ A dação em cumprimento (*datio pro solutio*, também designada de *datio in solutum*) é distinta da dação em função do cumprimento (*datio pro solvendo*), porque nesta a prestação realizada, também diferente da devida, não tem como fim a extinção da obrigação, mas apenas facilitar o seu cumprimento (art.º 840.º, do CC). “A diferença essencial entre a dação em cumprimento e a dação em função do cumprimento consubstancia-se essencialmente na circunstância de nesta última, o devedor pretender facilitar ao credor a realização do seu direito de crédito, realizando uma prestação diversa da devida, tendente a esse fim, e, na primeira, o devedor pretender extinguir imediatamente a sua obrigação por via de prestação diversa da devida” (Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Salvador da Costa. *Acórdão de 1 de julho de 2004*, proc. 04B2424, bdjd-itij). Por isso, “tendo o mutuário de dinheiro entregado ao mutuante, na sequência de acerto de contas relativo a contratos de mútuo nulos por falta de forma, e reconhecimento face ao segundo pelo primeiro da sua obrigação de restituição, dois cheques com determinado valor neles inscrito, a situação não se configura como novação nem *datio pro solutum*, mas como mera *datio pro solvendo*” (Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Salvador da Costa. *Acórdão de 6 de novembro de 2003*, proc. 03B3495, bdjd-itij).

excepcionada no regime dos cheques, letras e livranças ⁽¹⁹³⁾: o credor da dívida substantiva desses títulos cambiários, não pode recusar o pagamento parcial, o que se compreende pela sua natureza divisível. Este princípio não exclui a possibilidade, para facilitar o cumprimento, que este seja realizado em prestações (em frações), sem prejuízo de não sendo cumprida uma delas, assistir ao devedor o direito de exigir o cumprimento imediato de todas as subsequentes (art.º 781.º, do CC).

3.2.4.3. *Tempo*

1. É no âmbito do decurso temporal em relação ao momento convencionado para o cumprimento, que podem surgir os atos de assédio obrigacional. Nem todas as obrigações estão sujeitas a um prazo (as sem prazo são designadas de *obrigações puras*), mas na maioria delas existe um termo que a lei considera — salvo estipulação expressa em contrário — ser estabelecida *em benefício do devedor* (art.º 779.º, do CC), para que este possa programar as suas condições pessoais, económicas ou financeiras. Antes do decurso desse prazo, o credor não pode exigir o cumprimento e, por outro lado, apesar de ser lícito ao devedor *antecipar* o cumprimento da prestação, com o estabelecimento de um termo não poderá exigir do credor, nem a redução da prestação, nem os juros ou interesses correspondentes ao período antecipatório.

Nos casos em que o termo já esteja estabelecido pelas partes (aquando da celebração do negócio jurídico, ou em fase posterior) — ou seja, nas *obrigações de prazo certo*, o seu vencimento é automático, sem necessidade de interpelação do credor [art.º 805.º, n.º 2, al. *a*), do CC]. O devedor conhece o termo, pelo que não carece que o credor lhe comunique a sua pretensão de receber a prestação. No entanto, esta regra só vale para as obrigações de *prazo certo*; para as obrigações de prazo incerto, bem como para as obrigações sem prazo definido, torna-se necessária a interpelação do devedor pelo credor.

2. Às *obrigações sem termo*, refere-se o art.º 777.º, n.º 1, do CC, vencendo-se logo que o credor, mediante interpelação, exija o seu cumprimento. Mas há também prestações que, seja pela sua natureza, seja pelas circunstâncias que a determinaram, seja pela força dos usos, “não podem ou não devem ser subordinadas ao princípio da imediata

⁽¹⁹³⁾ Artigo 34.º da Lei Uniforme relativa aos cheques (Convenção de Genebra de 19 de março de 1931, ratificada em Portugal pelo Decreto n.º 23.721, de 29 de março de 1934) e artigos 39.º e 77.º da Lei Uniforme

exigibilidade das obrigações sem prazo”⁽¹⁹⁴⁾, ou seja não podem ser qualificadas como obrigações puras mas antes como *obrigações de prazo natural*. Estão entre estas, por exemplo, as decorrentes da execução de uma obra no âmbito dum contrato de empreitada. Nestas, na falta de acordo, *está vedada a fixação unilateral de prazo pelo credor* (art.º 777.º, n.º 2, do CC), sendo por isso necessário o recurso à intervenção do tribunal, através de um processo especial de fixação judicial de prazo (art.º 1456.º, do CPC)⁽¹⁹⁵⁾. O fundamento de, nesses casos, estar vedado o uso da interpelação (unilateral) do credor, reside no *princípio da boa fé*. Como afirmam Pires de Lima e Antunes Varela, “não é possível, nem se harmoniza com o princípio da boa fé, exigir imediatamente o cumprimento de tais obrigações”⁽¹⁹⁶⁾. Entre o recurso à via judicial e o uso de expedientes instigatórios, de assédio, é previsível que alguns credores possam enveredar por esta segunda via, pretendendo dessa forma, *pressionar* o devedor ao cumprimento.

O contrato-promessa é uma das figuras onde é frequente as obrigações serem fixadas sem termo, sobretudo quando incide sobre bens imóveis ainda em construção. Em virtude das partes desconhecerem quando a construção esteja concluída e/ou quando estejam emitidos os documentos administrativos necessários à celebração da escritura pública definitiva, não é fixado prazo certo ou, sendo-o, se for objeto de prorrogação até à verificação de uma determinada condição (v.g., emissão de licença de habitação ou de utilização⁽¹⁹⁷⁾, passagem de certificado energético), é convertida em obrigação pura, a que se aplica o disposto no art.º 805.º, n.º 1, do CC. Com efeito, não sendo determinado quer no próprio contrato-promessa, quer depois, dia, hora e local para a celebração do contrato

relativa às letras e livranças (Decreto-Lei n.º 26556, de 30 de abril de 1936).

⁽¹⁹⁴⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em geral*, Vol. II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 43.

⁽¹⁹⁵⁾ Nesse processo, de jurisdição voluntária, o credor deve justificar o pedido de fixação e indicar o prazo que repute adequado, incumbindo-lhe alegar, conforme o caso, qualquer das situações previstas no n.º 2 do artigo 777.º, do CC, em que se torne necessária a pretendida fixação. No entanto, o uso deste meio processual confia-se exclusivamente à fixação do prazo, que pressupõe que não haja litígio sobre a existência da própria obrigação, caso em que o credor terá de recorrer aos meios contenciosos comuns. Neste sentido, *cfr.* Tribunal da Relação de Lisboa / Tomé Gomes, *Acórdão de 23 de fevereiro de 2010* (proc. 144/09.3TBSXL.L1-7, bdjd-itij).

⁽¹⁹⁶⁾ LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1986. *Código Civil Anotado*. Volume II. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 25.

⁽¹⁹⁷⁾ O Tribunal da Relação de Guimarães, por acórdão de 19 de novembro de 2003 (Relator: António Ribeiro, proc. 1455/03-1, bdjd-itij), considerando estar-se perante uma obrigação pura, decidiu que “há lugar à fixação judicial do prazo pelo tribunal quando, tendo-se obrigado o promitente vendedor a providenciar pela constituição do regime da propriedade horizontal sobre prédio urbano, de que depende a realização da escritura definitiva de venda de um apartamento (futura fração autónoma) a favor dos promitentes compradores, aquele não age no sentido da obtenção da licença camarária de utilização do imóvel, requisito daquela constituição”.

definitivo, esta fica dependente de interpelação em que tal se concretize, pelo que somente após a necessária *interpelação* — ato jurídico que deve ser explícito quanto ao modo e momento em que o cumprimento deve ser efetuado (designadamente através da indicação de dia, hora e cartório notarial onde a escritura pública será celebrada) não se compadecendo com uma mera indicação vaga do credor.

3. Mais circunscritas, são as ***obrigações cum potuerit***, previstas no art.º 778.º, n.º 1, do CC. Nestas, “o devedor cumprirá quando puder”: a prestação só é exigível tendo este a possibilidade de cumprir ⁽¹⁹⁸⁾. Porque o devedor só se compromete a cumprir quando as suas condições o permitam, o credor só poderá exigir o cumprimento da obrigação *se essas condições* se verificarem (por regra, referir-se-ão às possibilidades económicas), o que se não for aceite pelo devedor só poderá ser aferido pelo Tribunal ⁽¹⁹⁹⁾. A outorga de contratos desta natureza é reduzida, designadamente quando entre as partes exista uma forte relação de proximidade (familiar, íntima ou de amizade), *verbi gratia*, na situação em que os pais/sogros concedem um mútuo em favor do filho/genro ou nora para a construção ou aquisição da sua casa de habitação, estipulando que estes devolverão a quantia mutuada quando tiverem capacidades económicas para o efeito ⁽²⁰⁰⁾.

Nestas obrigações será mais difícil prever a existência de comportamentos enquadráveis em *bullying* obrigacional (porque o credor, *à partida*, concede uma significativa margem decisória ao devedor), mas nada obsta a que possam ocorrer esses comportamentos, designadamente se o credor entender que o devedor já está em condições

⁽¹⁹⁸⁾ Considera-se, no entanto, em bom rigor conceptual, como refere Galvão Telles (2010: pp. 245,246) que a cláusula *cum potuerit* não envolve propriamente um *prazo* ou um *termo*, mas antes uma *condição*, em virtude da possibilidade de cumprimento ser um *facto incerto*. Já no n.º 2 do preceito, em que se prevê uma cláusula ***cum valuerit*** (“quando o devedor queira”) a lei considera que existe um prazo, embora este fique ao *arbitrio* do devedor, razão por que “só dos seus herdeiros tem o credor o direito de exigir que satisfaçam a prestação”.

⁽¹⁹⁹⁾ Para exigir o cumprimento, o credor terá de alegar e provar que o devedor dispõe de meios económicos bastantes para efetuar a prestação, sem que esta o deixe em situação precária ou difícil (*cf.* Acórdão do STJ, de 25 de março de 2003, in *CJSTJ*, Tomo I, p. 137).

A prova da exigibilidade da obrigação também pode ser feita pelo exequente, nos termos do art.º 804.º, n.ºs 1 e 2, do CPC (*v.g.*, provando que o executado tem condições económicas para pagar a dívida). Neste sentido, *vide* MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. 2000. *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*. Coimbra: Almedina, p. 91.

⁽²⁰⁰⁾ Cumpre notar que a relevância de uma cláusula desta natureza *pressupõe* a *validade* do contrato a que respeita (*cf.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de abril de 1989, in *CJ*, Ano XIV, Tomo II, pp. 143 ss.). Por conseguinte, se por exemplo, o contrato de mútuo é *nulo, por vício de forma* — atenta a exigência estatuída no art.º 1143.º, do CC (*cf.* art.ºs 369.º *a contrario sensu*, 373.º e 220.º, todos, do CC), a restituição que o art.º 289.º, do CC impõe terá de efetuar-se independentemente dessa estipulação, que só

de cumprir, quando efetivamente, pelo contrário, o devedor ainda se encontre em situação débil ou insuficiente para satisfazer a pretensão do credor.

No entanto, a maioria dos litígios que envolvem obrigações *cum potuerit* emerge quando ocorre o falecimento do devedor ⁽²⁰¹⁾, caso em que o n.º 1 do art.º 778.º, do CC, estabelece que a prestação é exigível dos seus herdeiros, *independentemente da prova dessa possibilidade*, sem prejuízo do limite da responsabilidade de cada herdeiro (art.º 2071.º, do CC). Ou seja, a partir do óbito do devedor, estão reunidas as condições para que o credor reclame o cumprimento imediato e, por essa via, também a possibilidade da prática de *bullying* visando esse cumprimento.

4. O art.º 780.º, n.º 1, do CC, prevê ainda a possibilidade da ***exigibilidade antecipada*** da prestação, mas esta só é devida (só se vence) mediante interpelação do credor — ou seja, o efeito não é automático e depende da iniciativa do credor.

a) A primeira dessas situações consiste na *insolvência do devedor*, mas para o efeito não se exige que a insolvência já esteja declarada, bastando, pois, que seja manifesta a ocorrência de algum ou alguns dos factos enunciados no regime legal da insolvência (*cfr.* art.º 20.º, do CIRE), designadamente se o devedor tiver suspenso de forma generalizada o pagamento de obrigações vencidas (ao credor ou a terceiros); na falta do cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do

poderia funcionar se o contrato fosse válido. Isto é, a nulidade do negócio jurídico implica, necessariamente, a *irrelevância* da cláusula *cum potuerit* que tenha sido convencionada.

⁽²⁰¹⁾ Apesar da norma do art.º 778.º, do CC, ao referir-se aos *herdeiros*, ter pretendido regular as situações de óbito do devedor, enquanto *pessoa singular física*, nada obsta a que a cláusula de *cum potuerit* seja estabelecida em benefício de uma pessoa coletiva. Na verdade, o legislador quis salvaguardar a hipótese da existência de herdeiros, situação em que o cumprimento da obrigação passa a ser exigível. Conforme decidiu o Supremo Tribunal de Justiça (Cons. Silva Salazar, *Acórdão de 25 de março de 2003*, proc. 03A559, bjdj-itij), “da utilização naquele artigo da expressão «herdeiros» não resulta que as sociedades comerciais não possam estipular um prazo de cumprimento, de qualquer obrigação que assumam, dependente da sua possibilidade de cumprir, e que o respetivo credor não possa válida e eficazmente aceitar tal estipulação. Essa cláusula não determina a inexistência jurídica da obrigação de cumprir por parte da sociedade, apenas diferindo o momento do vencimento para quando a devedora tenha disponibilidades para o cumprimento respetivo ou, pelo menos, para o momento da sua extinção”.

Ou seja, o preceito só contempla as hipóteses em que o devedor seja uma pessoa singular, suscetível de morte física. Se o devedor for uma pessoa coletiva, tem personalidade jurídica (art.º 5.º do Código das Sociedades Comerciais) pelo que “o referido carácter pessoal, transposto para as sociedades comerciais, implica apenas que a faculdade em causa não se transmita a ninguém na hipótese da extinção das sociedades que dela beneficiem” (aresto citado). *Em sentido contrário*, que estas cláusulas são inaplicáveis às pessoas coletivas, *cfr.* Acórdão do STJ, de 9 de outubro de 1986 (Cons. Braga Themido, proc. 073735, bjdj-itij, (fundando-se esta interpretação no argumento que estas cláusulas são de natureza excecional e, por isso, não podem aplicar-se por analogia) e Ac. do TRP, de 31 de outubro de 1996 (Custódio Montes, proc. 9630497, bjdj-itij, fundando-se no carácter pessoal da obrigação).

incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações; dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruinosa de bens, constituição fictícia de créditos e insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor⁽²⁰²⁾.

A questão que se suscita é *como* essa insolvência do devedor é passível de ser reconhecida, isto é, se é necessária a instauração de uma ação judicial que a reconheça ou se é suficiente a interpelação do credor junto ao devedor, invocando essa factologia como causa da exigibilidade antecipada da prestação. Desde logo, o preceito do Código Civil é claro que a faculdade de exigir o cumprimento imediato da obrigação é *independente* da insolvência do devedor já ter sido declarada. Aliás, sendo o devedor declarado judicialmente insolvente, tal declaração *determina o vencimento* de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva (art.º 91.º, n.º 1 do CIRE), são imediatamente apreendidos todos os seus bens, ainda que arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos [art.º 36.º, al. g) do CIRE]⁽²⁰³⁾ e os seus credores não podem exigir diretamente do devedor a satisfação dos seus créditos, estando sujeitos à sua reclamação no processo de insolvência (art.ºs 90.º e ss. do mesmo Código).

É certo que assiste ao credor a faculdade de reclamar a imediata satisfação do seu crédito através do processo declarativo comum, no qual além dos factos referentes à obrigação principal, faça também prova da insolvência do devedor, mas a declaração judicial dessa insolvência pode vir a ser proferida tarde demais, considerando o interesse do credor e, aliás, o trânsito em julgado da mesma pode ser posterior ao *termo* da obrigação cuja exigibilidade o credor pretendia antecipar, através da faculdade prevista no art.º 780.º, n.º 1, do CC.

⁽²⁰²⁾ Neste âmbito, pode colocar-se a questão sobre quem recai o ónus de prova dos factos que consubstanciam a insolvência do devedor. Há quem considere que como deve entender-se que para efeito dos bens não chegarem para fazer face às dívidas, os bens que relevam são os penhoráveis, pelo que, atento o disposto no art.º 611.º, do CC, haveria uma *inversão do ónus de prova*, ou seja, incumbiria ao credor a prova do montante das dívidas, e ao devedor ou a prova de que o obrigado possui bens penhoráveis de igual ou maior valor. Não aderimos a esta conceção, na medida em que embora o critério possa ser o da existência de bens penhoráveis, o art.º 611.º refere-se apenas à *impugnação pauliana*, que consiste numa ação em que o credor *reage* a um ato já consumado de diminuição da garantia patrimonial e não à situação em que pretende *antecipar a exigibilidade* da prestação creditória.

⁽²⁰³⁾ No pressuposto que ainda existam bens. Se porventura o Juiz concluir que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente e não estando essa satisfação por outra forma garantida, faz menção desse facto na sentença de declaração da insolvência e declara aberto o incidente de qualificação com carácter limitado (art.º 39.º, n.º 1, do CIRE).

Por conseguinte, considera-se que o ato de “exigir o cumprimento imediato da obrigação” não está dependente da instauração de qualquer ação judicial, podendo ser efetivado por simples interpelação do credor ao devedor, designadamente através de *notificação judicial avulsa*, bem como de qualquer outro meio pelo qual se comprove ter sido remetida, *pessoalmente*, ao devedor, na qual se invoque expressamente que a antecipação da exigibilidade da prestação tem por fundamento a situação insolvente do devedor. Cumpre notar que é apenas a partir desse momento (da interpelação em que exija o cumprimento antecipado da prestação) que, não havendo oposição do devedor, se opera o vencimento da obrigação, pelo que só então assistirá ao credor a possibilidade de instaurar procedimento cautelar, designadamente de arresto, no qual o credor deve deduzir os factos que tornam provável a existência do crédito e justificam o receio invocado (art.^{os} 619.º, n.º 1, do CC e 406.º e ss., do CPC).

Se assim não fosse — isto é, sendo entendido que para a antecipação do vencimento da prestação, é necessária a prévia instauração de uma ação comum — a utilidade do preceito do n.º 1 do art.º 780.º, do CC, seria muito residual, sendo preferível ao credor a instauração imediata de um procedimento cautelar para proteger a sua expectativa relativamente à garantia geral da satisfação do seu crédito, constituída pelo património do devedor (art.º 601.º, do CC), mediante a apreensão judicial de bens, pertencentes ao devedor, tidos como suficientes para, se necessário for, obter em execução, em regra através da respetiva alienação, o pagamento do respetivo crédito, discutindo-se depois na ação principal a existência ou não do estado insolvente do devedor, mas com a salvaguarda de, entretanto, já estarem arrestados os bens do devedor.

Contudo, mesmo nessas circunstâncias, o risco do credor seria muito elevado, na medida em que um procedimento cautelar só é admissível quando exista *periculum in mora*, ou seja, o propósito de obviar a que o reconhecimento do direito na ação principal seja irrelevante por entretanto terem ocorrido circunstâncias que na prática inviabilizam a satisfação do direito (art.^{os} 381.º n.º 1, 383.º n.º 1 e 387.º n.º 1, do CPC). Ora, estando em discussão a insolvência do devedor, seria muito fácil para este, tornar supervenientemente inútil quer o procedimento cautelar, quer a ação principal, bastando para o efeito apresentar-se judicialmente à insolvência, que sendo decretada, teria por consequência a apreensão dos bens entretanto arrestados pelo credor [art.º 36.º, al. g), do CIRE] e a própria ação principal na qual estaria a ser discutida essa questão enquanto pressuposto do

vencimento da obrigação, poderia ser apensada ao processo de insolvência (art.º 85.º, n.º 1 do CIRE).

Termos em que se reitera, em conclusão, que o ato de “exigir o cumprimento imediato da obrigação” não está dependente da instauração de qualquer ação judicial, podendo ser efetivado por simples interpelação do credor ao devedor, por qualquer meio admissível, válido e eficaz, o que implica, necessariamente, que essa exigência se faça sem qualquer instigação, assédio ou aproveitamento intencional de uma situação de debilidade ou instabilidade económica ou pessoal do devedor, desde que este estado não lhe seja imputável.

b) A segunda situação que a lei prevê ser possível a antecipação da exigibilidade da prestação, corresponde à *diminuição das garantias do crédito*, por causa imputável ao devedor, bem como a *falta de oferecimento das garantias prometidas*. O fundamento corresponde a uma *infração contratual* praticada pelo devedor, conferindo ao credor o direito de exigir o cumprimento imediato da obrigação. As “*garantias*” a que o preceito se refere, são *garantias especiais*, diversas da *garantia geral*, que é representada pelo património do devedor. Se porventura o devedor tinha constituído em seu favor uma hipoteca sobre um imóvel de terceiro, que entretanto — por ato liberatório do devedor ⁽²⁰⁴⁾ — for distratada ou se a mesma passa a garantir um valor superior (diminuindo assim, para o beneficiário, a correspondente garantia, pela relação entre o valor do bem dado em garantia e o valor do valor garantido) em qualquer casos, verifica-se para o credor uma *perda ou diminuição da confiança no devedor*, assistindo-lhe o direito de exigir o cumprimento antecipado da prestação, não ficando adstrito ao prazo anteriormente fixado e que tinha por pressuposto o estado e as condições de cumprimento do devedor ⁽²⁰⁵⁾.

Quanto ao procedimento, não poderá ser diferente do *supra* enunciado para a outra causa prevista no mesmo preceito, por uma questão de exigência da unidade do sistema jurídico, sem prejuízo da faculdade particularmente prevista no n.º 2 do art.º 780.º, do CC para esta situação, ou seja, em substituição do cumprimento imediato, ser exigido pelo credor a substituição ou reforço das garantias, se estas sofreram diminuição — faculdade esta, que reforça o entendimento que o ato de exigir o cumprimento imediato da obrigação

⁽²⁰⁴⁾ O preceito exige que a diminuição da garantia seja *imputável, a título de culpa, ao devedor*. Na hipótese de distrate de hipoteca, decorrente de pagamento integral do valor que a hipoteca estava a garantir, não há qualquer causa imputável ao devedor.

⁽²⁰⁵⁾ Conforme refere Galvão Telles (2010: p. 266), não é necessário “que as garantias se tornem insuficientes para assegurar o cumprimento integral da dívida. Basta que sofram redução – desde que, claro está, essa redução apresente aquele mínimo de gravidade que é pressuposto pelo princípio da boa fé”.

não carece nem está dependente da instauração de qualquer ação pelo credor contra o devedor.

5. Finalmente, o art.º 781.º, do CC, trata do *vencimento automático antecipado* de todas as prestações, quando tenha sido convencionada a liquidação da obrigação em duas ou mais prestações, caso em que a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas (necessariamente a falta de realização da prestação tem de ser imputável ao devedor, nos termos do art.º 804.º, n.º 2, do CC). Só que, o contrário do regime do art.º 780.º, não existe apenas uma antecipação da *exigibilidade* (cujo exercício fica, depois, na dependência da vontade do credor), mas uma antecipação automática do *vencimento*, relevante para efeitos de enquadramento em mora ou em incumprimento definitivo.

No entanto, poderá haver situações em que, apesar da obrigação ser liquidada em prestações, deve exigir-se a *interpelação* do credor para que opere o vencimento das prestações seguintes à primeira omitida. Considere-se que as partes outorgam um contrato de mútuo oneroso, cujo valor mutuado seja pago em várias prestações mensais. Ora, no mútuo oneroso, o prazo presume-se estabelecido em benefício não só do mutuante, mas também do mutuário (art.º 1147.º, do CC), pelo que sendo o prazo constituído em benefício de ambos, não se pode coartar ao credor mutuante o direito de avaliar se tem conveniência ou não no aproveitamento da *faculdade* (e não *imposição*) que a lei lhe confere. Considerar o contrário, seria restringir negativamente o princípio da liberdade negocial, mediante a imposição do vencimento automático das demais prestações, ainda que o credor nisso não tenha interesse, designadamente porque ao credor pode interessar continuar a receber juros, na medida em que estes constituem a retribuição do mútuo (art.º 1145.º, n.º 1, do CC), proporcionando um rendimento maior ou menor consoante o prazo do mútuo: quanto mais dilatado for o prazo, maior o rendimento e vice-versa, sabendo que quer a jurisprudência⁽²⁰⁶⁾, quer a doutrina⁽²⁰⁷⁾, na sua maioria, entendem que com o vencimento antecipado de

⁽²⁰⁶⁾ Cfr., a título exemplificativo, ambos os seguintes Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

— *Acórdão de 19 de abril de 2005* (Cons. Faria Antunes, proc. 05A493): “I- O artigo 781.º do Código Civil, segundo o qual se a obrigação puder ser liquidada em prestações a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas, tem como razão de ser a perda de confiança que se instala no credor, relativamente ao cumprimento, pela falta de realização de uma das prestações. II- Tal preceito não conduz ao vencimento antecipado de prestações de juros, pois o que passa a ser imediatamente exigível, com a falta de pagamento de uma das prestações, pela perda do benefício do prazo, são todas as frações da dívida única parcelada (o capital), não podendo os suplementos de juros, incluídos nas prestações de capital cujo vencimento é antecipado, ser exigidos como juros remuneratórios, por não poderem ser calculados em proporção de um tempo decorrido, por não corresponderem a um tempo efetivamente gasto”;

todas as prestações, deixa de decorrer o prazo a que se referem os juros remuneratórios incorporados nas prestações mensais, pelo que os mesmos juros deixam de ter contraprestação na utilização do dinheiro mutuado durante o tempo que seja encurtado.

Assim, embora a falta de pagamento de uma prestação seja suscetível de provocar no credor a perda de confiança no devedor, quanto ao pagamento das restantes prestações e, por visa disso, seja compreensível que pretenda acautelar o reembolso do capital mutuado (caso em que deve interpelar o devedor), pode também suceder que o credor mantenha confiança no cumprimento, ainda que seja necessário reestruturar a dívida na sua totalidade ou apenas em parte (prestações de valor inferior durante um determinado período temporal compensadas posteriormente com prestações de valor superior, alargamento do prazo de pagamento, etc.), mantendo o credor na sua esfera jurídica o direito à remuneração pelo período em falta.

Ou seja, trata-se de uma opção que o legislador quis colocar à disposição do credor. Se assim o pretender, *deve interpelar o devedor*, exigindo-lhe o pagamento antecipado de todas as prestações em dívida (por lhe interessar reaver o capital), mas consciente que nesse caso perde o direito aos juros remuneratórios das restantes prestações em dívida, por dessa forma prescindir voluntariamente do prazo remanescente que os justificava. *No caso contrário*, o credor não interpela o devedor e cada prestação continua a vencer-se nas datas anteriormente convencionadas, tendo o credor direito aos juros remuneratórios respetivos.

Esta solução é, aliás, “mais justa, visto que, sendo intenção proteger o credor contra situações de que resulta ameaça aos seus interesses, deve deixar-se-lhe a apreciação da conveniência ou inconveniência de se aproveitar dessa proteção”; “não se vê motivo para consagrar, neste caso, a antecipação do vencimento, solução que pode dar origem a consequências injustas, como seria a de o credor vir mais tarde a reclamar juros de mora

— *Acórdão de 11 de outubro de 2005* (Cons. Oliveira Barros, proc. 05B2461): “Os juros remuneratórios constituem contraprestação da cedência do capital, correspondente ao rendimento respetivo em função do tempo em que o credor está privado da utilização do mesmo. Têm, pois, natureza retributiva. Com a antecipação resultante da perda de benefício do prazo determinada pela falta de pagamento de uma das prestações, o que, de harmonia com o artigo 781.º, do CC, passa a ser exigível são as demais frações da dívida parcelada, que é a do capital. Não também o que, incluído nas prestações estipuladas, corresponda a juros remuneratórios, uma vez que, calculados em proporção ao tempo efetivamente decorrido, não corresponderiam, sem o seu decurso, à retribuição que, por definição, representam ou constituem”.

⁽²⁰⁷⁾ NEVES, F. Correia das. 1989. *Manual dos Juros*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, pp.23,60,61: “Não são devidos (juros remuneratórios) porque o artigo 781.º do Código Civil, pela sua letra, faça distinção entre dívida de capital e dívida de juros remuneratórios, mas sim porque no seu espírito a faz ou a tem implícita. É que, enquanto aplicável ao mútuo oneroso, a antecipação de vencimento a que se refere o preceito não pode abranger os juros além do capital, por uma razão de necessidade lógica. (...) Cessando parte do prazo inicialmente acordado falta um dos elementos imprescindíveis para nascer a obrigação de tais juros: o tempo”. No mesmo sentido, *vide* Almeida Costa (2009: pp. 1019, 1020).

sobre todas as prestações vincendas, desde a data do vencimento da prestação não paga. Contra esta interpretação pode invocar-se, não só o disposto no artigo 805.º, do CC, mas também a circunstância de o credor poder preferir manter os prazos iniciais das prestações, sem reclamar o pagamento imediato de toda a dívida”⁽²⁰⁸⁾. Partilha este entendimento, entre outros⁽²⁰⁹⁾, Antunes Varela⁽²¹⁰⁾, bem como a jurisprudência maioritária⁽²¹¹⁾.

3.2.5. A “pós-eficácia” das obrigações

Numa outra vertente, suscita-se a discussão sobre a *pós-eficácia* das obrigações, isto é, se mesmo *após* o cumprimento da obrigação — que, em princípio, a extingue —, será possível subsistirem obrigações (deveres de prestar, deveres de omissão) fundadas no contrato.

Esta questão reconduz-se à aferição de uma terceira via de responsabilidade civil, a chamada *responsabilidade pela confiança*, intercalada entre a responsabilidade obrigacional e a delitual, premente na situação em que *(a)* A adquire a B um prédio imóvel, fundado na declaração de B que não é possível a construção no terreno contíguo, pela valorização das vistas que o imóvel beneficia e após alguns anos, B apresenta projeto para loteamento e construção no terreno contíguo; ou *(b)* tendo sido estabelecida uma relação entre C e D, fundada num contrato de concessão comercial, em que o cessionário era

⁽²⁰⁸⁾ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. 1975. *Direito das Obrigações*. Lisboa: AAFDL [ed. policopiada], pp. 311, 317.

⁽²⁰⁹⁾ FARIA, Jorge Ribeiro. 1990. *Direito das Obrigações*, volume II. Coimbra: Almedina, p. 325, nota 1; LEITÃO, Luís de Menezes. 2007. *Direito das Obrigações*, volume II. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, pp.164,165; MACHADO, Baptista. 1983. “Resolução por incumprimento”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor. Teixeira Ribeiro, volume II* (Numero Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: FDUC, p. 385, nota 48 e CORDEIRO, António Menezes. 1994. *Direito das Obrigações*, volume II. Lisboa: AAFDL, p. 195, nota 55.

⁽²¹⁰⁾ “O credor fica com o direito de exigir a realização, não apenas da prestação a que o devedor faltou, mas de todas as prestações restantes, cujo prazo ainda não se tenha vencido. Assim se deve interpretar o texto do artigo 781.º, e não no sentido de que, vencendo-se imediatamente, *ex vi legis*, as prestações restantes, o devedor comece desde esse momento, ao arpejo da doutrina geral do artigo 805º, nº 1, a responder pelos danos moratórios. O vencimento imediato das prestações cujo prazo ainda se não vencera constitui um benefício que a lei concede — mas não decreta ela própria — ao credor, não prescindindo consequentemente da interpelação do devedor” (VARELA, J.M.Antunes, *Das Obrigações...*, II, p. 55).

⁽²¹¹⁾ *Cfr.*, por todos, Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Borges Soeiro, *Acórdão de 21 de novembro de 2006* (proc. 06A3420, bdjd-itij): “Este preceito legal não preconiza o vencimento imediato, mas apenas que o vencimento das prestações cujo prazo ainda se não vencera constitui um benefício que a lei concede ao credor, não prescindindo consequentemente da interpelação do devedor. A interpelação do devedor para que cumpra imediatamente toda a obrigação (realizando todas as prestações restantes) constitui a manifestação da vontade do credor em aproveitar o benefício que a lei lhe atribui. Isto é, torna-se necessário que o credor interpele o devedor (para pagar a totalidade da dívida) para que se dê o vencimento nos termos gerais que se inferem do artigo 805.º, n.º 1, do Código Civil. O vencimento imediato significa exigibilidade imediata e não que o prazo de pagamento de todas as prestações seja o da primeira prestação em falta”.

obrigado a ficar com um *stock* de bens, cessado o contrato por denúncia unilateral do cedente, importa questionar se este é obrigado a dar assistência a esses bens; (c) ou na decorrência da revogação do contrato de mandato ⁽²¹²⁾.

Sobre a possível *culpa post factum finitum*, pronunciou-se Menezes Cordeiro, concluindo que a solução assenta, positivamente, na boa fé, podendo haver pós-eficácia em sentido estrito: “Na busca de vetores materiais que concretizem a boa fé nas ocorrências de pós-eficácia, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidade das situações em jogo. A confiança requer a proteção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspetiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu” ⁽²¹³⁾. Já Almeida Costa ⁽²¹⁴⁾ considera que, em face ao nosso direito, pode encontrar-se *algum fundamento* para esta responsabilidade, a que designa de *pós-contratual*, no art.º 239.º, do CC, relativo à integração do negócio jurídico ⁽²¹⁵⁾. Mas, à semelhança de Menezes Cordeiro, acaba por confiar ao princípio da boa fé, o suporte para

⁽²¹²⁾ Na doutrina tradicional, Pires de Lima e Antunes Varela (1986, II: p.734), a propósito do art.º 1172.º, do CC, a obrigação de indemnizar em consequência da revogação unilateral do mandato é uma indemnização por factos lícitos.

Mas para Adelaide Menezes Leitão, a responsabilidade pela revogação unilateral do mandato não se enquadra na responsabilidade contratual porque não resulta do contrato de mandato, que se extingue quando revogado; nem se enquadra na responsabilidade extracontratual porque, sendo consequência da consagração de uma regra de livre revogabilidade não é possível fazê-la corresponder a uma conduta violadora de direitos, ou de qualquer norma destinada à tutela de interesses alheios, e nem tão pouco ao abuso de direito, fora dos casos em que este se verifique. Defende, por isso, que a responsabilidade pela revogação do mandato se deve enquadrar na *responsabilidade pela confiança*, em virtude do mandato corresponder à ideia de alguém confiar a outrem a prática de um ou mais atos. Para além desta confiança, regista-se ainda a confiança do contraente “fiel”, seja ele mandante ou mandatário na não revogação do mandato pela contraparte. Conclui, assim, que alisando as diversas alíneas do art.º 1172.º, do CC, se chega à conclusão de que a tutela da confiança é o fim da própria norma, ou seja, aquele preceito apresenta-se como uma disposição legal específica da tutela da confiança que assegura a solução justa pelo próprio *ius strictum*. Surgindo a tutela da confiança como ratio da previsão normativa, a confiança não se limita a um mero fator psicológico do agente que confia e, deste modo, deixa de ter o dom da ubiquidade, para operar numa tutela delimitada por normativos típicos (Vide LEITÃO, Adelaide Menezes. 2002. “Revogação unilateral do mandato, pós eficácia e responsabilidade pela confiança”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I. Coimbra: Almedina, pp. 333, 334).

⁽²¹³⁾ CORDEIRO, António Menezes. 1984. *Da Pós-Eficácia das Obrigações*, Separata dos Estudos em honra do Prof. Doutor Cavaleiro Ferreira. Lisboa: FDUL, pp. 56 ss..

⁽²¹⁴⁾ *Op. cit.*, 2009, pp.357, 359.

⁽²¹⁵⁾ Nos termos deste preceito, “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

este instituto. Porém, apesar destes avanços doutrinários, são reduzidas as decisões judiciais que aderem aos argumentos aduzidos, tratando os casos na senda da responsabilidade delitual ou aquiliana ⁽²¹⁶⁾.

Não há dúvida que o comportamento das partes, especialmente no campo obrigacional, faz gerar expectativas, exigindo-se um comportamento honesto, leal, justificado pela tutela da confiança depositada pela parte contrária. A adesão a esta doutrina implica, assim, o reconhecimento da existência de um dever de responsabilização pelos danos advindos após a extinção da relação obrigacional, independentemente do cumprimento (já ocorrido), designadamente por violação de um dever acessório.

O enquadramento é, pois, no âmbito do art.º 762.º, n.º 2, do CC, atentas as exigências de colaboração, lealdade e confiança que subjazem a determinadas relações jurídicas. Nessa perspetiva, será possível que quem considera assistir-lhe um direito, pratique atos que podem ultrapassar a simples interpelação ou demanda. De qualquer modo, um cenário submetido a este fenómeno implicará, seguramente em grande proporção, a existência de um litígio que só terá resolução pela via judicial, ou seja, a haver conformação do princípio *pacta sunt servanda*, tal sucederá na decorrência de uma decisão jurisdicional e não por consequência de uma conduta de acossamento praticada por uma das partes.

3.3. A tutela do incumprimento

Os litígios entre credor e devedor emergem de muitas circunstâncias, tendo na sua génese causas diversas. Se entre elas podem constar a identidade de eventuais beneficiários ou obrigados, sobre os termos da execução do prestação, da existência ou não de prazo e inclusivamente do lugar onde deva ser realizada, é nos casos de retardamento do cumprimento, de recusa de cumprimento ou de incumprimento que os litígios são mais frequentes, perenes e complexos.

O Código Civil não prevê uma definição de *incumprimento*, mas estabelece no n.º 1 do art.º 762.º que “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”. Deste modo, por antinomia, quando o devedor *não realiza* a prestação a que

⁽²¹⁶⁾ Cfr. *Acórdão do TRP*, de 09-12-2004 (Pinto de Almeida, proc. 0430673), que incidiu sobre a cessação de um contrato de concessão comercial; *Acórdão do TRC*, de 05-11-2009 (Fernandes da Silva, proc. 129/08.7TTAGD.C1), sobre o respeito pelo pacto de não concorrência e dever de confidencialidade pós-relação laboral; e *Acórdão do TRL*, de 22-03-2011 (Luís Lameiras, proc. 1807/08.6TVLSB.L1-7), a propósito da resolução ilícita de um contrato de franquia.

está vinculado, *não cumpre* a obrigação, tornando-se dessa forma responsável pelo prejuízo que cause ao credor (art.º 798.º, do CC).

O conceito de incumprimento abrange vários modos de não realização da prestação devida. Segundo o critério proposto por Menezes Leitão, o não cumprimento consiste na “não realização da prestação devida, *por causa imputável ao devedor*, sem que se verifique qualquer causa de extinção da obrigação” ⁽²¹⁷⁾. Portanto, ficarão excluídas as causas de incumprimento que não sejam passíveis de atribuição à conduta do devedor, designadamente a impossibilidade objetiva da prestação que o artigo 790.º, n.º 1, do CC estatui constituir uma causa de extinção: “a obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”.

Galvão Telles propõe um conceito mais amplo. Para este Autor, “não cumprimento é a *inexecução da obrigação*; isto é: o credor não obtém a prestação devida ou não a obtém nas exatas condições em que ela tinha que ser efetuada” ⁽²¹⁸⁾. Se a prestação apenas se atrasa, mas ainda pode ser realizada com interesse para o credor, não há incumprimento mas apenas “*retardamento*” que pode revestir em “incumprimento temporário, tendo por modalidades a mora do devedor, a mora do credor e o retardamento causal” ⁽²¹⁹⁾. Mas se o credor perder objetivamente o interesse relativamente a uma prestação que apesar de continuar a ser materialmente possível, não seja realizada no momento devido, verificar-se-á o *incumprimento definitivo*: “há inexecução definitiva da prestação quando esta se torna impossível para sempre” ⁽²²⁰⁾.

Das três modalidades de não cumprimento das obrigações, quanto ao efeito ou resultado produzido, — a falta de cumprimento ou incumprimento definitivo, a mora e o cumprimento defeituoso ou imperfeito —, é nas duas primeiras que, por causa das repercussões (em regra, negativas) que decorrem para o credor, que se torna mais propícia

⁽²¹⁷⁾ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010. *Direito das Obrigações*. Volume II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 29 (acrescentado destaque em itálico no texto).

⁽²¹⁸⁾ TELLES, Inocência Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, p. 299.

⁽²¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 300. Cfr. pp. 301 ss., quanto à mora do devedor, pp.313 ss., relativamente à mora do credor e pp. 323 ss., sobre o conceito de retardamento causal.

⁽²²⁰⁾ *Ibidem*, p. 311 – “Prestação que já não interessa ao credor em consequência do atraso vale para o Direito como prestação tornada impossível. Se o facto é imputável ao devedor, este não incorre em simples mora mas em não cumprimento definitivo (art.º 808.º, n.º 1)”. Termos semelhantes são usados por JORGE, Fernando Pessoa. 1999. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, pp. 19-25: se ainda é possível a realização da prestação por parte do devedor trata-se de “inexecução *temporária lato sensu*”); se o credor já não tem interesse nessa prestação, trata-se de uma “inexecução *definitiva lato sensu*”.

a prática de atos que possam integrar-se no fenómeno em estudo, o que justifica a adequada delimitação das figuras de mora e do incumprimento definitivo.

3.3.1. Mora do devedor

3.3.1.1. Constituição em mora

Conforme se referiu, a regra básica, em matéria de incumprimento, é a de que as partes devem cumprir pontualmente as obrigações decorrentes dos contratos que celebram, em relação ao que se presume a culpa do devedor (art.^{os} 406.º, n.º 1 e 799.º, n.º 1, do CC). Se o devedor, *no momento do vencimento da obrigação*, não realiza, no todo ou em parte a sua prestação (ou se a realiza indevidamente), ocorre uma situação de *inexecução lato sensu*. Neste âmbito, suscitam-se duas observações: a primeira, quanto à existência de um *prazo* e, a segunda, se ainda é ou não possível a realização da prestação por parte do devedor e, em caso positivo, se o credor ainda conserva ou já não tem interesse nessa prestação, sendo certo, todavia que “o não cumprimento da obrigação vem a ser *a situação objetiva* que consiste na falta de realização da prestação debitória, e de insatisfação do interesse do credor, *independentemente* da causa de onde a falta procede” ⁽²²¹⁾.

Sobre a existência de um *prazo*, além do referido *supra* ⁽²²²⁾, o mesmo consiste no tempo que medeia entre o nascimento da obrigação e a superveniência de um *termo* (modalidade temporal que estabelece o momento em que deva começar ou cessar a produção dos seus efeitos). Ora, o prazo não tem qualquer influência sobre a *validade* da obrigação, mas já a tem em relação aos seus *efeitos*; nada obsta quanto à sua regularidade, âmbito e extensão, mas pode obstar à realização do direito sobre que incide, embora, por regra, a mora do devedor não permite, com ressalva da *existência de convenção em contrário*, a imediata resolução do contrato, salvo se for transformada em incumprimento definitivo.

No entanto — e aqui reside a *fonte de muitos litígios* — nem sempre a fixação de um prazo pelas partes tem um significado clarividente. Como já alertava Vaz Serra, “a estipulação de um prazo para execução de um contrato não tem sempre o mesmo significado. Pode querer dizer que, decorrido o prazo, a finalidade da obrigação não pode já ser obtida com a prestação ulterior, caducando por isso o contrato; mas pode também ser apenas uma determinação do termo que não obste à possibilidade de uma prestação

⁽²²¹⁾ Antunes Varela (1997, vol.II: p. 62).

⁽²²²⁾ Cfr., ponto 3.2.4.3 (Tempo do cumprimento).

ulterior, que satisfará ainda a finalidade da obrigação, caso em que o termo do prazo não importa a caducidade do contrato, mas tão somente a atribuição ao credor do direito de resolvê-lo. Na primeira hipótese, estamos perante um negócio fixo absoluto. Na segunda, estamos perante um negócio fixo, usual, relativo ou simples”⁽²²³⁾. Brandão Proença acompanha o mesmo entendimento, ao alvitrar (a propósito do contrato-promessa) que “é natural e normal que os promitentes incluam, no contrato, uma cláusula de termo, estipulada, em regra e implicitamente, a favor de ambos, o que significa fazer recair sobre os contraentes, não só o dever de cooperação para a marcação do dia, hora e local da celebração do contrato definitivo, na ausência da sua indicação, mas também uma presunção de culpa nesse incumprimento (...). Importante é a indagação do significado do prazo certo fixado para serem emitidas as declarações de vontade e que terá de ser deduzido do material interpretativo fornecido pelas partes, da natureza da promessa, do comportamento posterior dos promitentes (existência ou não de prorrogações) ou de outras circunstâncias coadjuvantes. O fulcro da questão reside na essencialidade (subjéctiva) ou não do termo fixado como característica inerente ao contrato, e na sua projecção no acordo celebrado”⁽²²⁴⁾.

Acresce ainda que a mora ***não tem uma constituição unívoca***: haverá casos em que a sua constituição será automática, por decorrência ou regulação normativa, isto é, exclusivamente dependente de fatores objetivos (“*ex re*”) ⁽²²⁵⁾, mas outros há em que depende da *iniciativa* da parte interessada (*mora “ex persona”*), mediante a interpelação da contraparte ⁽²²⁶⁾, segundo o princípio romano *dies interpellat pro homine*.

⁽²²³⁾ SERRA, Adriano Paes da Silva. 1977. “Mora do Devedor”, in *RLJ*, 110.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 326, 327.

⁽²²⁴⁾ PROENÇA, José Carlos Brandão. 1996. *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*. Coimbra: Almedina, pp. 109,110.

⁽²²⁵⁾ Um exemplo de verificação automática dos efeitos da mora é o enunciado no art.º 1168.º, do CC: no contrato de mandato, enquanto o mandante não fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, o mandatário pode abster-se da sua execução. Na medida em que mandante encontra-se legalmente vinculado a efetuar a provisão antes de o mandatário executar o mandato, Menezes Leitão ensina que a mora do art.º 1168.º, do CC “existe desde a celebração do contrato [art.º 805.º, n.º 2, al. a)]” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010. *Direito das Obrigações*, Volume III. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p.447), o que também é sustentado por Pires de Lima e Antunes Varela (1986, vol.II, p. 806) quando afirmam que “a abstenção ao cumprimento do mandato é possível enquanto o mandante não fornecer os meios necessários, o que pressupõe que a mora existe desde a celebração do contrato de mandato”.

⁽²²⁶⁾ O nosso ordenamento jurídico circunscreve a exigência à *interpelação*. Há outros ordenamentos (v.g., o código civil brasileiro) que preveem outros tipos de iniciativa (notificação por via judicial, protesto). Por exemplo, entre nós, o *protesto* de títulos cambiários não tem qualquer relação com a mora, consubstanciando-se unicamente num meio de prova da *recusa* de pagamento (cfr. art.º 44.º da LULL) e não é absoluto, porque pode ser afastado pelo sacador, endossantes ou avalista com a oposição das cláusulas “sem despesas” ou “sem protesto” ou outra equivalente (art.º 46.º). O que importa é que o título tenha sido apresentado a pagamento,

Entre as *obrigações com prazo certo* (art.º 777.º, n.º 1, do CC) e que pelo simples decurso do prazo constituem o devedor em mora [art.º 805.º, n.º 2, al. *a*] do CC] está a particular situação prevista no Dec.-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro ⁽²²⁷⁾, referente aos pagamentos efetuados como remunerações de *transações comerciais* ⁽²²⁸⁾, entendidas como “qualquer transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas, qualquer que seja a respetiva natureza, forma ou designação, que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra uma remuneração” [art.º 3.º, al. *a*)], pelo qual se estabelecem os termos do *vencimento automático de juros* (ou seja, a constituição automática em mora), sempre que do contrato não conste a data ou o prazo de pagamento ⁽²²⁹⁾ e, aliás, considerando nula qualquer estipulação contratual que, sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas, estabeleça “prazos excessivos” para o pagamento dessas obrigações [art.º 5.º, n.º 1, al. *a*)]. Nestes casos, não há necessidade de o credor interpelar o devedor, porque a mora é constituída *ex re* — *desde que* a obrigação seja *líquida* (art.º 805.º, n.º 3, do CC).

Não carecem igualmente de *efetiva* interpelação do credor, as obrigações provenientes de facto ilícito, bem como aquelas em que o devedor *impeça* a concretização da interpelação: nestas circunstâncias, o devedor fica automaticamente constituído em mora [art.º 805.º, n.º 2, al. *b*) e *c*), do CC].

E embora a norma do art.º 805.º, n.º 2, do CC, não o refira expressamente, quer a doutrina ⁽²³⁰⁾, quer a jurisprudência, têm considerado não ser necessária a interpelação, ficando o devedor constituído automaticamente em mora quando a interpelação seja

pois é a partir desse momento que vence juros moratórios; já que se “o portador da letra não a apresentar a pagamento (art.º 38.º da LULL), o aceitante não cai em mora nas datas dos respetivos vencimentos, mas apenas quando seja citado nos termos da execução” (Ac. STJ, 21-11-1991, Cons. Moreira Mateus, proc. 081241, bdjd-itij).

⁽²²⁷⁾ Transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de junho.

⁽²²⁸⁾ Estão excluídos do regime deste diploma, os contratos celebrados com consumidores, os juros relativos a outros pagamentos que não os efetuados para remunerar transações comerciais e os pagamentos efetuados a título de indemnização por responsabilidade civil, incluindo os efetuados por companhias de seguros (*cfr.* art.º 2.º).

⁽²²⁹⁾ Esses termos são os constantes do n.º 2 do art.º 4.º: “*a*) 30 dias após a data em que o devedor tiver recebido a fatura ou documento equivalente; *b*) 30 dias após a data de receção efetiva dos bens ou da prestação dos serviços quando a data de receção da fatura ou de documento equivalente seja incerta; *c*) 30 dias após a data de receção efetiva dos bens ou da prestação dos serviços quando o devedor receba a fatura ou documento equivalente antes do fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; *d*) 30 dias após a data de aceitação ou verificação quando esteja previsto um processo mediante o qual deva ser determinada a conformidade dos bens ou serviços e o devedor receba a fatura ou documento equivalente em data anterior”.

⁽²³⁰⁾ *Cfr.*, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010. *Direito das Obrigações - Volume III*. 7.ª Edição. Coimbra: Almedina, p. 228.

manifestamente inútil, por comportamento declarado do próprio devedor, designadamente quando este declare que *não cumprirá* a sua prestação — *v.g.*, quando num contrato de empreitada, o empreiteiro se recuse a finalizar a sua prestação ⁽²³¹⁾. No entanto, esta vontade de não cumprir — que deve ser clara — não carece de ser expressamente declarada pelo devedor, podendo resultar de uma “*declaração negocial tácita*”, isto é, resultante de *comportamentos concludentes*, apreensíveis pela atuação da parte inadimplente, em função dos deveres coenvolvidos na sua prestação, sendo de atender ao grau e intensidade dos atos por si perpetrados na inexecução do contrato, desde que objetivamente revelem inquestionável censura.

O momento da constituição em mora é relevante, não apenas para efeitos da (im)possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão (que se analisará *infra*, a propósito da conformação da relação obrigacional, na sequência de acossamento do credor), mas também porque, ocorrendo a mora do devedor, fica este obrigado a reparar os danos causados ao credor (art.º 804.º, do CC), sabendo que, na obrigação pecuniária a indemnização corresponde aos *juros* a contar do dia da constituição em mora (art.º 806.º, n.º 1, do CC), sendo nesta obrigação acessória que também se incidirá o ensaio a propósito da afetação do princípio *pacta sunt servanda*.

3.3.1.2. *Consequências da constituição do devedor em mora*

De acordo com o disposto no art.º 807.º, do CC, são duas as consequências decorrentes da constituição do devedor em mora: (a) obrigação de indemnização dos danos que a mora cause ao credor e, (b) inversão do risco pela perda ou deterioração da coisa devida.

Quanto à primeira, podem consubstanciar-se nas despesas que o credor tenha que suportar durante todo o período em causa para suprir a utilidade ou o estado que lhe seria proporcionado pela prestação, se esta tivesse sido realizada pelo devedor. Nas obrigações pecuniárias, a lei quis estabelecer um critério simplificado, tendo optado por fazer

⁽²³¹⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Garcia Calejo. *Acórdão de 8 de novembro de 2009* (proc. 3743/04.6TBMTS.S1, bjdj-itij): “Tendo a empreiteira recusado cumprir integralmente a sua prestação, ou seja, proceder à finalização da obra, sendo esta, na altura, ainda possível de realizar, e tendo os credores interesse nessa realização, aquela constituiu-se em mora. Pese embora não se tenha demonstrado que os credores efetuaram uma interpelação formal à empreiteira para cumprir, o certo é que, tendo-se a empreiteira recusado a reiniciar os trabalhos, se constituiu, com essa recusa terminante, em mora”.

No entanto, esta mora não concede ao dono da obra o direito de *resolver o contrato*. Para esse efeito, será necessário que, depois do início da mora do empreiteiro, o dono da obra proceda à *interpelação admonitória* (distinta da interpelação para constituição em mora) e, verificando-se os respetivos pressupostos, considerar definitivamente *não cumprida* a obrigação.

corresponder a indemnização aos *juros*, sem prejuízo de o credor poder provar que os danos sofridos tenham sido *superiores* aos juros, caso em que lhe assiste o direito a indemnização suplementar, mas restrita aos casos de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco (art.º 806.º, n.ºs 1 e 3, do CC) e *ainda* nos casos em que a obrigação corresponda à remuneração de transações comerciais (art.º 4.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro).

Relativamente à segunda consequência, a sua aplicação é mais recorrente nos contratos de compra e venda, para os quais e de acordo com o art.º 796.º, n.º 1, do CC, o risco é imputado ao comprador, a partir da data da celebração do contrato, o que significa que se porventura a coisa perecer ou deteriorar (*sem culpa de qualquer das partes*), o vendedor fica exonerado de proceder à entrega da coisa e o comprador continua a ter que pagar o preço correspondente. Ora, a partir do momento em que o devedor seja constituído em mora, inverte-se esse risco e o devedor terá de indemnizar o credor, sem prejuízo da faculdade concedida ao devedor de *provar* que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo (art.º 807.º, n.º 2, do CC).

3.3.2. Incumprimento definitivo

A mora não extingue a obrigação. O devedor continua adstrito a satisfazer a obrigação em atraso, o que também significa que o credor, em razão da mora, não pode resolver o contrato, salvo nos “negócios fixos absolutos” em que o termo é essencial ⁽²³²⁾. Deste modo, o incumprimento tem lugar, tão-só, nas situações tipificadas nas disposições conjugadas dos artigos 801.º, 802.º e 808.º, n.º 1, todos do CC, ou seja, se sobrevier ao devedor a impossibilidade da prestação, se o credor perder o interesse na mesma, ou, finalmente, em consequência da inobservância de prazo suplementar e perentório que o credor fixe, razoavelmente, ao devedor relapso. Haverá ainda, no âmbito dos contratos bilaterais, a existência de uma cláusula resolutiva expressa.

⁽²³²⁾ Cfr. Acórdão do STJ, de 21 de janeiro de 2003, in *CJSTJ*, Tomo I, p. 44. Também designado de “*prazo fatal*”, consiste em clausular de modo explícito e inequívoco, ser o *único* prazo de cumprimento. Nestes negócios, as partes estabelecem um termo de vencimento, sem necessidade de interpelação sem necessidade de interpelação (“*dies interpellat pro homine*”) e, por conseguinte, também improrrogável.

3.3.2.1. *Impossibilidade ou recusa do devedor em cumprir a prestação*

O incumprimento mais notório é aquele que a doutrina italiana designa de “*riffuto di adempiere*”, que se traduz numa declaração inequívoca e definitiva do devedor, manifestando o seu propósito de não cumprir ou repudiar o contrato. Em conformidade, o devedor emite uma declaração *perentória, categórica e terminante* (que não permite a subsistência de qualquer dúvida) do seu propósito em não honrar os termos anteriormente convencionados. Neste caso, ainda que o credor devesse efetuar a interpelação admonitória, para converter a mora em incumprimento definitivo, deixa de fazer sentido cumpri-lo, sendo essa a jurisprudência do STJ: “a recusa de cumprimento tem de se traduzir numa declaração absoluta, inequívoca e clara que anuncie o propósito de não cumprir; Verificando-se essa inequívoca e perentória recusa, há equivalência à interpelação antecipada, sendo dispensada a interpelação admonitória” ⁽²³³⁾. Só assim não seria se subsistissem dúvidas sobre a univocidade da declaração de recusa, ou sobre o seu valor (art.º 217.º, n.º 1, *in fine*, do CC).

A ocorrer este circunstancialismo, não deixa qualquer margem de manobra ao credor, que também não terá qualquer interesse em instigar o devedor (porque o constrangimento seria inútil, face à irredutibilidade do devedor em não cumprir), sendo obrigado a recorrer à via coercitiva, instaurando a competente ação judicial.

Contudo, *no caso de impossibilidade*, poderá ainda aplicar-se o regime do *commodum em representação*. Em princípio, o direito de crédito emergente de um contrato não pode ser *diretamente* violado por um terceiro que é estranho à relação contratual. Mas da impossibilidade de prestação por facto imputável ao devedor pode resultar que o devedor venha a obter um direito sobre certa coisa ou contra terceiro em substituição do objeto da prestação. O cómodo representativo ou de sub-rogação refere-se, portanto, ao que ficou a fazer parte do património do devedor, enquanto substituição do objeto da prestação; e isto, em virtude do facto gerador do incumprimento, definitivo desta. Nessa situação, dispõe o art.º 803.º, n.º 2, do CC, que o *credor* pode exercer o *commodum* de representação, isto é, exigir a prestação da coisa ou do direito que o devedor obteve contra terceiro em substituição do objeto da prestação (art.º 794.º, do CC).

⁽²³³⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Sebastião Póvoas. *Acórdão de 5 de dezembro de 2006* (proc. 06A3914, bdjd-itij): “O que o direito da «common law» chama de «anticipatory breach of contract», ou «repudiation of a contract» terá de ser expresso e por forma a entender-se ser «a clear and absolute refusal to perform» e que «the party is unwilling»”.

Daqui resulta que, apesar do entendimento doutrinal e jurisprudencial que o art.º 483.º, do CC, não cobre, em regra, a lesão de direitos de crédito, não imuniza necessariamente da responsabilidade o terceiro que culposamente dá causa ao incumprimento de uma relação obrigacional; não pela via da responsabilidade civil extracontratual, mas pela do "*commodum*" de representação, o que significa que, sobretudo quando esteja em causa a restituição de bens, a possibilidade da prática de *bullying* pelo credor é passível de estender-se, não apenas ao devedor, mas também ao terceiro.

E conforme refere Vaz Serra, o direito à pretensão de indemnização (como é o caso do *commodum*), é mesmo “compatível com a nulidade do contrato, no sentido de que esta nulidade significa apenas não poder exigir-se a prestação impossível. Pode, porém, exigir-se que tal indemnização, visto que *ela não é impossível* ⁽²³⁴⁾ e vem a substituir a prestação que não pode fazer-se” ⁽²³⁵⁾. Ou seja, o regime é aplicável, quer em sede de *impossibilidade superveniente*, quer em caso de *impossibilidade originária*.

3.3.2.2. *Cláusula resolutiva expressa*

A lei admite (art.º 432.º, do CC) ainda a resolução convencional, facultando às partes, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, o poder de expressamente, por convenção, atribuir a ambas ou a uma delas o direito de resolver o contrato, quando ocorra certo e determinado facto (v.g. não cumprimento ou não cumprimento nos termos devidos, segundo as modalidades estabelecidas).

A previsão de uma cláusula desta natureza — designadamente num contrato-promessa — reclama que os contraentes tenham deixado explícito que o seu conteúdo é essencial para a perfeição do contrato prometido, assim revelando uma força vinculativa irrevogável (e irretroatável), pois sem ela, o contrato prometido ou a prestação devida perderia o seu elemento fundamental, o que seria motivo para resolução, sendo a cláusula resolutiva expressa uma “antecipação” desse quadro e do litígio que o mesmo implicaria.

3.3.2.3. *Interpelação admonitória*

A interpelação admonitória permite converter a mora do devedor em incumprimento definitivo, em consequência da inobservância do prazo, suplementar e

⁽²³⁴⁾ Nas circunstâncias do *commodum* do art.º 803.º, n.º 1, do CC, a prestação é *impossível*, mas por facto *imputável ao devedor*.

⁽²³⁵⁾ SERRA, Adriano Paes da Silva. 1958c. “Efeitos dos contratos (princípios gerais)”, in *BMJ*, n.º 74 (março 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 94, 95.

perentório, que o credor fixe, razoavelmente, ao devedor inadimplente. Mas esta interpelação não é uma simples notificação a conceder novo prazo para cumprimento, sendo necessário que contenha uma *intimação formal, inequívoca, não condicionada* ⁽²³⁶⁾, — na prática, uma *última oportunidade* ⁽²³⁷⁾ — dirigida ao devedor moroso, para que cumpra a sua obrigação, dentro de certo prazo *razoável* ⁽²³⁸⁾, mas perentório, sob pena de se considerar o seu incumprimento como definitivo.

Esta solução justifica-se pelo facto de, não admitindo a lei o recurso à resolução em consequência da simples mora, não pode a relação ficar em *retardamento ad eternum*, sabendo ainda que “a interpelação admonitória, com fixação de prazo perentório para o cumprimento, *está longe de constituir uma violência para o devedor*, que apenas de si próprio se poderá queixar, por não ter cumprido, nem quando inicialmente devia fazê-lo, nem dentro do prazo que para o efeito posteriormente lhe foi fixado. O mais que ele poderá fazer é discutir a razoabilidade do prazo suplementar que o credor fixou, uma vez que a lei alude a prazo que razoavelmente for fixado” ⁽²³⁹⁾.

Baptista Machado esclarece que a interpelação deve conter três elementos: “(a) a intimação para o cumprimento; (b) a fixação de um termo perentório para o cumprimento; e (c) a admonição ou a cominação (declaração admonitória) de que a obrigação se terá por definitivamente não cumprida se não se verificar o cumprimento dentro do prazo. Trata-se, pois, de uma declaração *intimidativa*” ⁽²⁴⁰⁾. Por exemplo, não satisfará esta exigência uma interpelação em que o credor se limite a declarar que, findo o prazo, “vai recorrer, de

⁽²³⁶⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Ezaguy Martins. *Acórdão de 18 de setembro de 2008* (proc. 5168/2008-2, bjd-itij) – “I - A intimação é pressuposto do direito de resolução por que oportunamente poderá o credor optar. II- Sendo certo que a declaração resolutória só adquire eficácia quando chega ao poder do destinatário, importa que este se veja este confrontado com uma declaração resolutória validamente emitida, porque correspondendo, aquando da sua emissão, ao exercício de um direito já então existente. III- Carece de validade uma declaração resolutória sob a condição suspensiva de vir a decorrer a integralidade do prazo admonitório, aquando da receção da declaração, sem que se verifique a purga da mora”.

⁽²³⁷⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Carlos Valverde. *Acórdão de 12 de fevereiro de 2009* (proc. 685/2009-6, bjd-itij): “A interpelação admonitória é uma última intimação para cumprir, a derradeira oportunidade do devedor por termo à mora e evitar a resolução do contrato.” No Acórdão, do mesmo Tribunal e Relator, datado de 14 de maio de 2009 (proc. 1171/04.2TBMJTJ.L1-6), a interpelação admonitória é comparada a um “*ultimatum* ao devedor”.

⁽²³⁸⁾ “Tem-se por razoável o prazo suplementar que foi fixado pelo credor, segundo um critério que, atendendo à natureza e ao conhecido circunstancialismo e função do contrato, aos usos correntes e aos ditames da boa fé, permita ao devedor satisfazer, dentro dele, o seu dever de prestar” (Acórdão do STJ, de 12 de dezembro de 1995, in *BMJ*, n.º 452.º, p. 423).

⁽²³⁹⁾ MACHADO, João Baptista. 1991. “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, in *Obra Dispersa, Volume I*. Braga: Scientia Iuridica, p. 42.

⁽²⁴⁰⁾ *Ibidem*, pp. 164, 165 (acrescentado destaque em itálico).

imediatamente, às vias judiciais competentes”⁽²⁴¹⁾, ou “se reserva o direito de considerar definitivamente incumprido o contrato e a faculdade de o resolver, na hipótese de manutenção da situação de incumprimento pelo devedor”⁽²⁴²⁾, ou ainda se dispuser a receber do devedor uma proposta de resolução do diferente, designadamente, uma “proposta séria de pagamento”⁽²⁴³⁾

No entanto, pode haver contratos em que tenham sido estabelecidas cláusulas específicas que imponham especiais obrigações para as partes *antes* da interpelação admonitória, que obrigatoriamente devem ser cumpridas, sob pena de a interpelação não ser idónea⁽²⁴⁴⁾.

3.3.2.4. *Perda do interesse do credor*

A perda do interesse na prestação pode resultar da sua superveniente inutilidade, pelo prejuízo que a sua realização intempestiva traria para o credor ou porque, apesar de concretizável, ter deixado de ter oportunidade para o credor, nos termos em que o devedor se predispõe a realizar. Todavia, essa “perda de interesse” não é aferida pela conceção subjetiva do credor, mas exige-se que seja apreciada objetivamente (art.º 808.º, n.º 2, do CC): “não basta que o credor diga, mesmo convictamente, que a prestação já lhe não

⁽²⁴¹⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Helder Roque. *Acórdão de 28 de abril de 2009* (proc. 09A0679, bdjd-itij): “Não contém uma interpelação admonitória do devedor moroso para o cumprimento de uma obrigação, dentro de certo prazo perentório determinado, sob pena de se considerar o seu incumprimento como definitivo, a comunicação que o credor faz ao devedor de «recorrer, de imediato, às vias judiciais competentes, se, no prazo oito dias, não for efetuado contacto com o intuito de regularizar a situação», mas sem nada dizer quanto a qualificar a obrigação por, definitivamente, não cumprida”.

⁽²⁴²⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Alves Velho. *Acórdão de 20 de maio de 2010* (proc. 1847/05.TBVIS.C1, bdjd-itij).

⁽²⁴³⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Ana Resende. *Acórdão de 24 de novembro de 2009* (proc. 5462/04.4YXLSB.L1-7, bdjd-itij): “Impondo-se que a interpelação admonitória seja expressa, e obviamente clara, com vista à devida apreensão pelo destinatário, não se configura como tal, uma comunicação no sentido de ser apresentada uma proposta séria de pagamento do remanescente do preço, com a conseqüente celebração da escritura, considerando-se o contrato resolvido, se no prazo de dez dias contados da receção da comunicação, o assunto não se mostrar resolvido”.

⁽²⁴⁴⁾ Por exemplo, num litígio entre uma operadora de telecomunicações móveis e uma sociedade comercial, foi decidido que “apenas depois de decorrido o prazo perentório concedido para purgação da mora é que a operadora de serviço de comunicações móveis está legitimada a desativar o serviço e a exigir as mensalidades devidas até ao termo do contrato. Se uma cláusula contratual estabelece que o devedor deve ser informado dos meios de que dispõe para evitar a suspensão ou rescisão do serviço, não é idónea a interpelação em que apenas se indica o prazo para pagamento das faturas em dívida, sem concretizar os meios de pagamento ao dispor do devedor” (Tribunal da Relação de Lisboa / Márcia Portela. *Acórdão de 25 de fevereiro de 2010*, proc. 32927/08.6YIPRT.L1-6, bdjd-itij).

interessa, há que ver, em face das circunstâncias, se a perda de interesse corresponde à realidade dos factos” (245).

Na verdade, o legislador quis “evitar que o devedor fique sujeito aos caprichos daquele [o credor] ou à perda infundada do interesse na prestação. Atende-se, por conseguinte, ao valor objetivo da prestação, não ao valor da prestação determinado pelo credor, mas à valia da prestação medida (objetivamente) em função do sujeito” (246).

Ou seja, a perda de interesse deve ser justificada segundo um critério de *razoabilidade* que seja compreendido pelo “homem médio”, já que constituem realidades distintas, a perda absoluta, completa, do interesse na prestação, e a mera diminuição ou redução de tal interesse, traduzida, por via de regra, no desaparecimento da necessidade que a prestação se destina a atingir. Portanto, o mero desinteresse subjetivo do autor em não manter a validade de um contrato, devido à inobservância pelo devedor do prazo acordado, não integra um caso de perda de interesse, para efeitos do disciplinado pelo art.º 808.º, do CC, não podendo, *sem mais*, dar lugar à resolução do contrato.

E, naturalmente, a perda do interesse *não se verifica no comum das obrigações pecuniárias*, pois a prestação devida, ainda que em mora, continua a revestir todo o interesse para o credor.

4. ENSAIO ANALÍTICO DO “BULLYING” OBRIGACIONAL

Razão de ordem

Descrito o âmbito em que o *bullying* obrigacional pode ser exercido, com particular incidência nos casos de retardamento da realização da prestação obrigacional, em contraposição com aqueles em que se verifique a impossibilidade de cumprimento ou inclusivamente o incumprimento definitivo, importa distingui-lo de outras figuras, institutos e quadros legais, centrando este capítulo nos atos caracterizadores a partir do *agente ativo* da sua prática (credor da prestação ou devedor excepcionante) para, no capítulo seguinte, avaliar qual a conformação da relação obrigacional, ou seja, concedendo prevalência à perspectiva do *agente passivo* (o sujeito visado pela prática do acozamento).

(245) TELLES, Inocêncio Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, p. 328.

(246) LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1986. *Código Civil Anotado*. Volume II. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 72.

4.1. Comparação distintiva com figuras próximas

4.1.1. Vícios na formação da vontade

4.1.1.1. Caracterização em geral

O *bullying* obrigacional não se confunde com os vícios na formação da vontade, porque estes decorrem de, no processo formativo da vontade contratual, o sujeito embora faça a *declaração negocial*, esta é determinada por motivos anómalos, ou seja, a vontade não foi formada de modo livre, espontâneo ou esclarecido. Os vícios na formação da vontade estão tipificados nos art.^{os} 240.º a 257.º, do CC.

É certo que não está excluída a possibilidade de haver assédio ou instigação *na formação de alguns desses vícios*. Para esse efeito, o agente “bulidor” tem de atuar ou interferir de forma decisiva na própria vontade da contraparte. Tal não é compaginável no *erro-vício* ⁽²⁴⁷⁾ e no *dolo* ⁽²⁴⁸⁾, porque ainda que sejam determinados por comportamentos (influenciadores) da outra parte, estes nunca envolverão qualquer acossamento, perseguição ou assédio ⁽²⁴⁹⁾; bem pelo contrário, a havê-los, o declaratório nunca incorreria em erro (simples ou provocado).

⁽²⁴⁷⁾ O erro-vício traduz-se numa representação inexata ou na ignorância de uma circunstância determinante na decisão de concluir o negócio jurídico (art.^{os} 251.º - erro sobre a pessoa ou objeto da declaração e art.º 252.º - erro sobre os motivos). Só é relevante o *erro essencial* (sem o qual o negócio jurídico não seria celebrado) e não o erro incidental, que apenas tenha influído nos termos do negócio. Essa ignorância ou falsa representação da realidade é apenas a existente *no momento da celebração* do negócio e, por essa razão, só pode reportar-se a circunstâncias presentes ou passadas, não podendo haver erro na formação da vontade negocial relativamente a circunstâncias que ainda não se verificaram. O “erro” relativamente a circunstâncias futuras é um erro de previsão e só é relevante se e na medida em que se verifiquem os requisitos do art.º 437.º (cfr. Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Sousa Peixoto. *Acórdão de 17 de março de 2010*, proc. 7/06.4TTAVR.C1.S1, bdjd-itij).

⁽²⁴⁸⁾ O dolo é “qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração” (*dolo positivo ou comissivo*) “bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante” (*dolo negativo, omissivo ou de consciência*) - art.º 253.º, n.º 1, do CC.

⁽²⁴⁹⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Moreira Camilo. *Acórdão de 30 de setembro de 2003* (proc. 03A2493, bdjd-itij): “- A verificação do dolo pressupõe a existência de um erro, mas erro determinado intencionalmente por alguém, a fim de obter do declarante um compromisso ou uma renúncia. O dolo é, portanto, a *provocação de um erro*. II- A sugestão ou artifício a que alude o n.º 1 do artigo 253.º, do CC há de traduzir-se em quaisquer expedientes ou maquinações tendentes a desfigurar a verdade (manobras dolosas) - e que realmente a desfiguram (de outro modo não haveria erro) -, quer criando aparências ilusórias, quer destruindo ou sonogando quaisquer elementos que pudessem instruir o enganado. Deve tratar-se, portanto, de qualquer *processo enganatório*. Podem ser simples palavras contendo afirmações sabidamente inexatas, ou tendentes essas palavras a desviar a atenção do enganado de qualquer pista que poderia elucidá-lo; e podem ser obras (factos), adrede realizadas para provocar ou manter o engano. III- A dissimulação, por seu lado, também aí referida, consiste no simples silêncio perante o erro em que versa o outro contraente. É um simples dolo de

O único elemento que poderá ser considerado, por comparação com o *bullying* obrigacional, consiste na eventual aplicação a este fenómeno do princípio da responsabilidade do autor do dolo (*deceptor*) pelo *dano da confiança* ou interesse contratual negativo, na decorrência do seu comportamento contrário às regras da boa fé (art.º 227.º, do CC) ⁽²⁵⁰⁾, *se por via do bullying* — e desde que esteja em causa um contrato com obrigações *sinalgmáticas* — a contraprestação a que o devedor teria a receber do credor não vier a ser cumprida. *Nessa situação*, à semelhança do que sucede com o “*deceptus*”, que tem o direito de reprimenda da situação anterior ao negócio e à cobertura dos danos que sofreu por ter confiado no negócio e não teria sofrido sem essa confiança, poderá também defender-se que a vítima do *bullying* obrigacional terá idêntico direito (indenização pelo dano de confiança) se a prestação do *credor* não tiver sido realizada na sequência da *sua própria* não o ter sido também, mas que tal ocorreu *porque* em virtude do acozamento, essa prestação tornou-se impossível (ou com um grau de dificuldade superior ao *razoável*).

Do mesmo modo, parece ser contraditório um cenário de *bullying* em confronto com o *temor reverencial* (art.º 255.º, n.º 3, do CC) ou com o *estado de necessidade*. Quanto a este último, configura-se como uma situação de receio ou temor gerada por um perigo que determina ao necessitado a celebração de um negócio jurídico para superar o perigo em que se encontra. Na medida em que o perigo não é intencionalmente criado pela contraparte, não há elementos que permitam fazer uma interligação com qualquer situação instigadora. Relativamente ao temor reverencial, consiste num sentimento psicológico, no receio de se desagradar outrem de quem se é psicológica, social ou economicamente

consciência. IV- O dolo, como vício da vontade, consiste na noção de erro, em qualquer das suas modalidades, isto é, quer se refira à pessoa do declaratório, ao objeto do negócio (artigo 251.º) ou aos motivos não referentes à pessoa do declaratório nem ao objeto do negócio (artigo 252.º), desde que provocado, e traduz-se sempre numa representação inexata ou na ignorância de uma qualquer circunstância de facto ou de direito que foi determinante na decisão de efetuar o negócio, em termos tais que, se o declarante tivesse sido esclarecido ou o tivesse conhecido, não teria realizado o negócio ou não o teria realizado nos mesmos termos” (itálicos acrescentados).

⁽²⁵⁰⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Catarina Arêlo Manso. *Acórdão de 16 de junho de 2011* (proc. 1429/06.6TBALQ.L1-8, bdjd-itij): “I- A responsabilidade contratual pressupõe que a parte que rompe as negociações traia as expectativas que legitimamente incutiu na parte com quem negociava, de modo a que a frustração do negócio exprima uma indesculpável violação da ética negocial, mormente da proteção da confiança e da prevenção do insucesso. (...) III- O interesse protegido pelo normativo do art.º 227.º, do CC é a boa fé a confiança de quem negocia para a conclusão do negócio, sendo que aquele que induz a confiança terá de ser responsabilizado se a traí. IV- A jurisprudência, maioritariamente, considera, que o dano indemnizável é o do interesse contratual negativo, ou dano de confiança, pelo que o lesado deve ser colocado na posição em que estaria se não tivesse encetado as negociações, tendo direito a haver aquilo que prestou na expectativa da consumação das negociações (...)”.

dependente. Tal sentimento não exclui a vontade do agente, como acontece na coação moral, mas interfere e condiciona o seu processo de formação, levando-o a adotar uma conduta conforme à vontade e interesses da pessoa a quem não se quer desagradar. Diferentemente da coação, em que o constrangimento sofrido leva à impotência do agente para atuar de modo diverso, no temor o agente conserva liberdade suficiente para atuar de outro modo, mas o receio de desagradar à outra pessoa leva-o a adotar um comportamento, contrário à sua vontade real, mas necessário à eliminação daquele receio. Ou seja, para o sujeito, existe um dever, como contrapartida de um poder funcional, mas não existe qualquer pressão ou ameaça ilícita, porque a conduta do pretense coator limita-se ao exercício normal desse poder funcional, salvo se exceder-se no seu exercício (abuso de poder).

4.1.1.2. A especificidade da coação

A *coação* consiste no “receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração” ⁽²⁵¹⁾ (art.º 255.º, n.º 1, do CC). Porque consiste numa *perturbação da vontade*, traduzida no *temor* resultante de ameaça ilícita de um dano, cominada com o intuito de *extorquir* a declaração negocial, pode resultar da prática de *bullying* da parte contrária. De qualquer modo, a coação seria apenas aquela em que a liberdade do coato não tenha sido totalmente excluída (dando possibilidade de escolha, embora porque *humilhado*, *desprotegido*, *vulnerável*, a submissão à ameaça seja a única escolha plausível), pois por muito atroz e impositivo que seja o acossamento, este nunca transforma o coato em puro autómato ou instrumento ⁽²⁵²⁾.

É neste âmbito que pode ser questionado se alguns comportamentos podem integrar o conceito de *coação*, num circunstancialismo em que o credor incita o devedor de forma agressiva, visando o cumprimento ou a emissão de uma declaração negocial. Assim, muitas vezes o credor “*ameaça*” o devedor do recurso à via judicial ⁽²⁵³⁾. Ora, a ameaça,

⁽²⁵¹⁾ São necessários três requisitos cumulativos para que se verifique a coação moral: (a) ameaça de um mal, que pode referir-se à pessoa, honra ou património do coagido ou de terceiro; (b) ilicitude da ameaça (art.º 255.º, n.ºs 1 e 3, do CC); (c) intencionalidade da ameaça, a qual deve ser *cominatória*, ou seja, que será concretizada caso o coagido emitir declaração diversa da pretendida pelo coator.

⁽²⁵²⁾ Essa é a situação da *coação física*, em que o declarante é coagido pela força a emitir a declaração (*agitur sed non agit*), que tem por consequência a ineficácia da declaração negocial (art.º 246.º, do CC).

⁽²⁵³⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Fonseca Ramos. *Acórdão de 15 de janeiro de 2008* (proc. 07A4313, bjd-itij): “Não é obtida mediante coação moral a declaração confessória de dívida subscrita pelo filho de sacador de cheque, cuja ordem de pagamento entretanto cancelou, que ao ser abordado pelo tomador

para que constitua coação, deve ser ilícita, constituindo o recurso à via judicial o exercício de um *direito*, destarte, excluído do conceito de coação (art.º 255.º, n.º 3, do CC) e, necessariamente, também de bullying. Não pode, contudo, ser esquecido que “a ilicitude pode referir-se ao fim prosseguido (p. ex., atos ilegais) ou ao meio empregue (p. ex., *chantagem*). Mas também pode referir-se à falta de adequação entre o fim e o meio. Neste último caso, a ilicitude resulta da inadequação da relação meio-fim (*mittel-zweck-verhältnis*), sendo o fim em si lícito (p. ex., a ameaça com a denúncia de infrações fiscais para deste modo forçar a declaração negocial)”⁽²⁵⁴⁾.

Aquela exclusão deve manter-se mesmo quando o credor faça várias *diligências insistentes*⁽²⁵⁵⁾ para que o devedor cumpra, desde que esses atos não ultrapassem o limite da boa fé e do abuso de direito. O mesmo sucederá se porventura um devedor acordar num plano de pagamento em prestações ou emitir vários cheques (v.g., de uma sociedade comercial) e os avalizar pessoalmente, para dessa forma evitar a concretização de uma penhora eminente, tal como foi apreciado no Acórdão do TRP, de 16 de março de 2003, onde se decidiu que “não configura qualquer situação de coação moral o facto do executado vir a assinar um plano de regularização e pagamento da dívida exequenda com o exequente para evitar uma penhora e remoção dos seus bens, totalmente legal e efetuada por entidade competente, pois que *assinar contrariado ou na aflição* decorrente daquela remoção não integra os pressupostos da coação moral”⁽²⁵⁶⁾. Com efeito, configurar uma situação desta natureza como de coação (ou de bullying coativo), seria permitir que o devedor, num estado de “*aflição*”, inventasse uma solução de regularização aceite pelo credor (emissão de cheques ou confissão de dívida) e, após passado esse momento, viesse a invocar o estado aflitivo ou por o ter feito “*contrariado*”, como fundamento de coação para se furtar ao cumprimento da prestação.

acede em assumir a dívida titulada pelo cheque, ante o anúncio de que se o não fizesse o tomador recorrerá a juízo para obter a cobrança coerciva”.

⁽²⁵⁴⁾ HÖERSTER, Heinrich Ewald. 1992. *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, p. 587. No mesmo sentido, *cf.* PINTO Carlos Alberto da Mota. 1989. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 528, 529 e FERNANDES, Luís de Carvalho. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil - Volume II*. 5.ª edição. Lisboa: Universidade Católica, p. 153.

⁽²⁵⁵⁾ Com base neste entendimento, foi decidido pelo STJ que “[e]xerce legitimamente o seu direito, o Banco que executa livrança subscrita e não paga por subscritor na data do respetivo vencimento. É ainda insuscetível de ser qualificada como de coação moral, a conduta do Banco que procura através de *diligências, telefonemas e de insistências pessoais*, obter o pagamento de livrança, *evitando o recurso às vias judiciais* (Supremo Tribunal de Justiça / Cons. David Pinto Monteiro. *Acórdão de 18 de junho de 2002*, proc. 02A1486, bdjd-itij).

⁽²⁵⁶⁾ Tribunal da Relação do Porto / Mário Brás. *Acórdão de 16 de março de 2010*, proc. 71/09.9TBCPV-A.P1, bdjd-itij.

Todavia, podem ocorrer situações em que o coator não se limita a ameaçar com o exercício de um direito, mas em *abuso* nesse exercício, designadamente quando dele resulte um estado mais *gravoso* para devedor. A Relação do Porto chegou a decidir que “ameaçando com o exercício de um direito *pode haver injustiça* no caso de se pretender *agravar ilicitamente* a condição do devedor, exorbitando na vantagem obtida” ⁽²⁵⁷⁾ — se assim suceder, a conduta pode integrar-se no fenómeno de bullying obrigacional.

4.1.1.3. *Revogação da ordem de pagamento de cheque*

Uma das mais controversas questões, que podem (ou não) envolver coação moral e consubstanciar bullying obrigacional, consiste na *revogação de cheques* emitidos anteriormente pelo devedor, em favor do credor, na decorrência e por causa de uma conduta agressiva do credor e que motivou uma extensa discussão jurisprudencial. Com efeito, é perfeitamente plausível que, perante uma situação de retardamento no cumprimento ou incumprimento involuntário por parte do devedor, o credor (ou terceiro sob as ordens do credor) possa assediá-lo e instigá-lo a proceder à emissão de cheques para pagamento da quantia em dívida. Se esses cheques tiverem sido emitidos sob *coação moral*, ocorrerá um vício na formação da vontade do ato de emissão, tendo por consequência a sua anulabilidade. No entanto, a par desta hipótese, verificou-se na prática, o aproveitamento deste regime por sacadores, que passaram a transmitir junto da entidade bancária a ordem de revogação do cheque, usando o expediente do “vício na formação da vontade” para se furtarem ao débito na sua conta bancária do valor em causa. Está em causa a “autonomia da relação cambiária e a boa fé dos seus portadores, que beneficiam sempre da garantia do sacador, quanto ao pagamento” ⁽²⁵⁸⁾.

A *revogação* de um cheque é uma “*contra ordem*”. O art.º 32.º da Lei Uniforme dos Cheques (LUCCh), estabelece que a revogação do cheque só produz efeito *depois* de findo o prazo de apresentação, o que significa que durante o prazo de oito dias após a data aposta no cheque (art.º 29.º, da LUCCh), a revogação é *inefcaz*. Durante este prazo, a irrevogabilidade do cheque é absoluta, não admitindo exceções, nem mesmo no caso da verificação de “*justa causa*”, designadamente por extravio ou desapossamento ilícito. Após

⁽²⁵⁷⁾ Tribunal da Relação do Porto / Ribeiro de Almeida. *Acórdão de 7 de julho de 1997*, proc. 9750044, bdjd-itij.

⁽²⁵⁸⁾ PIRES, José Maria. 2000. *O cheque*. Lisboa: Rei dos Livros, p. 29.

o decurso desse prazo, já é absolutamente eficaz, independentemente do fundamento de justificação que tiver sido apresentada pelo sacador.

Ora, no estrito rigor conceptual, na coação (como no bullying), o que está em causa é a *validade* da ordem de pagamento e não a sua *eficácia*. Assim, em caso de falsificação, ilegítima apropriação, endosso irregular, falta de consciência da declaração, coação física, coação moral e outros vícios na formação da vontade. Estando em causa a validade do saque ou da emissão (entendida como entrega voluntária ao tomador), a ordem de pagamento dirigida ao sacado não é válida e, em conformidade, o sacador também não a pode revogar — só pode revogar o que esteja ferido de nulidade ou anulabilidade — restando-lhe a faculdade de se *opor ao pagamento*, proibindo-o ⁽²⁵⁹⁾.

Sucede porém que, face a decisões jurisprudenciais contraditórias, o STJ proferiu o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2008 ⁽²⁶⁰⁾, nos termos do qual, “uma instituição de crédito sacada que recusa o pagamento de cheque, apresentado dentro do prazo estabelecido no art.º 29.º da LUCH, com fundamento em *ordem de revogação do sacador*, comete violação do disposto na 1.ª parte do art.º 32.º do mesmo diploma respondendo por perdas e danos perante o legítimo portador do cheque nos termos previstos nos art.ºs 14, 2.ª parte do Decreto n.º 13004 e 483.º, n.º 1, do CC”. Para a corrente que teve vencimento, “no quadro de previsão do art.º 32.º da LUCH, revogar um cheque é proibir o seu pagamento; é dá-lo como não emitido. O sacador do cheque, depois de fazê-lo entrar na circulação, dá ordem ao banqueiro para que não o pague”.

A maioria das decisões jurisprudenciais que têm sido proferidas após a prolação do citado Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (AUJ), têm não apenas *acentuado* mas também *alargado* o âmbito desta interpretação ⁽²⁶¹⁾, a saber, que o não pagamento de

⁽²⁵⁹⁾ Neste sentido, *cf.* Supremo Tribunal de Justiça / Marques Bernardo. *Acórdão de 10 de maio de 2007*, proc. 07B939, bdjd-itij: “Em termos jurídicos, nesta dita «revogação» podem estar ínsitas figuras que nada têm a ver com ela. É o caso, por exemplo, de a relação constituída pelo cheque estar eivada de vício que a invalida. Se o titular do cheque o subscreveu em «vis absoluta» e, quando se libertou dela, comunica ao banco para não pagar, torna-se claro que ele não revoga o ato jurídico consistente na emissão do cheque. Este ato foi antes um “nado morto”, nos termos do artigo 246.º do Código Civil e é esse efeito que ele quer colher quando comunica ao banco para não pagar. (...) No fundo, trata-se duma prevenção relativamente aos efeitos do negócio anulável. Não se trata de atingir os efeitos já produzidos - e aí haveria que considerar a necessidade de intervenção judicial de anulação - mas de evitar que os efeitos se produzam, sendo certo que o sacador manifestara vontade na sua não produção”.

⁽²⁶⁰⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Paulo Sá. *Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, de 28 de fevereiro de 2008*, proc. 06A542, in *Diário da República*, I Série, n.º 67, de 4 de abril de 2008, pp. 2058-2081.

⁽²⁶¹⁾ *Cfr.* por todas, Tribunal da Relação do Porto / Pinto dos Santos. *Acórdão de 4 de janeiro de 2011*, proc. 4348/08.8TBSTS.P2, bdjd-itij.

cheques com fundamento em revogação dos mesmos (por falta ou vício na formação da vontade), constitui a entidade bancária recusante na obrigação de indemnizar o portador, ao abrigo da responsabilidade civil por factos ilícitos e que essa responsabilidade só fica excluída se este alegar e provar (*em ação judicial e não em momento anterior*), que a conta sacada não dispunha de fundos suficientes (não só no momento da apresentação dos cheques a pagamento e nos oito dias seguintes, mas também no período que mediou até à instauração da ação, por os cheques poderem ser apresentados a pagamento e pagos depois daquele prazo) e que os cheques nunca obteriam pagamento (mesmo que este não tivesse sido recusado com fundamento em revogação), designadamente por não ter sido convencionada (entre a entidade bancária e o respetivo titular) a possibilidade da conta ficar a descoberto e de, nessa situação, poderem ser pagos cheques ⁽²⁶²⁾. Mais: esta regra é igualmente aplicável aos *cheques pós-datados*, porque em relação a estes “não pode haver revogação, ao abrigo do art.º 32.º da LUC, no período que vai da entrega material do cheque, ainda que anterior à data da emissão, até à apresentação do mesmo a pagamento”, em virtude do regime da LUC não dar qualquer relevância à data da sua emissão (o cheque é sempre pagável à vista, *cfr.* art.º 28.º), pelo que, qualquer que seja a vicissitude sofrida antes do período *final* estabelecido para o pagamento (o aludido prazo de oito dias), nunca poderia haver revogação, porque esta só pode ocorrer depois do período de apresentação a pagamento.

Salvo o devido respeito, o citado AUJ acabou por pretender resolver a questão mediante a *oneração* das instituições bancárias com uma “espada de Dâmocles”. Consciente do problema subjacente (a revogação, com invocação abusiva de vício na formação da vontade), a decisão elimina a possibilidade de qualquer ato de revogação ser valorado pela entidade bancária; *primeiro*, porque embora a entidade bancária sacada não participe na relação cartular, nem na subscrição do cheque e, portanto, não é obrigado cambiário, encontra-se vinculada perante o sacador ao pagamento do cheque, não como

⁽²⁶²⁾ Poderá haver outra causa justificativa, mas a alegação tem de ser acompanhada de prova plausível. *Vide* Ac. STJ, de 12 de outubro de 2010 (Hélder Roque), in *CJSTJ*, n.º 227, Ano XVIII, Tomo III. Coimbra: Casa do Juiz, pp. 124-131: “I- Apresentados os cheques a pagamento dentro do prazo legal, a recusa do banco sacado no seu pagamento só se mostrará normativamente justificada se demonstrar a existência de indícios sérios de que se verificou a situação comunicada pelo sacador para os revogar ou, pelo menos, dadas as circunstâncias do caso, com grande probabilidade de ter ocorrido, alegação que deve ser acompanhada de prova plausível. II- Se o sacado recusar o pagamento dos cheques com base na mera aceitação da fórmula tabelar de revogação com justa causa – falta ou vício na formação da vontade, é ilícita a recusa do seu pagamento no período legal de apresentação. III- O banco que recusa o pagamento de um cheque revogado determina, segundo as regras da experiência e a partir das circunstâncias do caso, que o tomador se veja

obrigado cambiário ⁽²⁶³⁾, mas antes em contrapartida da relação de provisão e da convenção de cheque com aquele estabelecidas e; *segundo*, porque entre o respeito para com a vontade do seu cliente e o risco de responder por perdas e danos perante o legítimo portador do cheque, este prevalecerá sobre aquele.

Mas, por outro lado, apesar do AUJ acabar por “equiparar” os atos do sacador, quer esteja em causa a *eficácia*, quer a *validade* do título cambiário (ali se escreveu: “revogar um cheque é proibir o seu pagamento”), a *parte decisória* — e que constitui o objeto de *uniformização* — *não inclui* as hipóteses de extravio, furto, apropriação fraudulenta ou vícios da formação da vontade. É por isso louvável que a jurisprudência do STJ já esteja a admitir a possibilidade de valoração da comunicação do sacador que constitua *causa justificativa de recusa do pagamento* ⁽²⁶⁴⁾. Considere-se o seguinte:

(a) Procedendo à interpretação conjugada do art.º 32.º da LUCCh com o art.º 17.º das Resoluções da Conferência de Haia de 1912, resulta que do âmbito dessa previsão (onde se faz referência à revogação) *não estão incluídos* os casos de extravio, furto e outros de emissão ou apropriação fraudulentas do cheque;

(b) O AUJ n.º 4/2008 não incluiu na parte decisória a aplicação a essas hipóteses, que são distintas da revogação *stricto sensu*;

(c) No âmbito dessas hipóteses, embora muitas vezes o sacador se refira à *revogação* do cheque (no sentido comum do termo), não decorre da norma do art.º 32.º da

privado do respetivo montante, assim dando azo à verificação do correspondente dano na esfera jurídica do tomador”.

⁽²⁶³⁾ Em sentido contrário, Paulo Olavo Cunha entende que o Banco sacado é um verdadeiro obrigado cartular, ainda que a sua situação jurídica passiva esteja condicionada pela disponibilidade de fundos que lhe devem ser assegurados pelo sacador, como um sujeito cambiário neutro, no sentido de que não se poderá afirmar que ele possa interferir, valorativamente, no pagamento do cheque. *Vide* CUNHA, Paulo Olavo. 2009. “A revogabilidade do cheque no respetivo prazo de apresentação a pagamento: escrever Direito por linhas tortas. Anotação ao Acórdão do STJ n.º 4/2008”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 25 (janeiro/março 2009). Lisboa: CEJUR, pp. 3-23.

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Silva Salazar. *Acórdão de 13 de julho de 2010*, proc. 5478/07.9TVLSB.L1.S1, bdjd-itij. Este acórdão, ainda que incidindo sobre uma situação de *extravio* e não de vício na formação da vontade, decidiu que “[e]ntre as hipóteses que, doutrinariamente, têm sido qualificadas como causas justificativas do não pagamento do cheque, que conferem ao sacador motivo legítimo para obstar ou proibir o pagamento, e que o Banco sacado deve, obrigatoriamente, controlar, contam-se, nomeadamente, a invalidade, a irregularidade e a inexistência do saque, como sejam, especificamente, o furto, o extravio de cheques e a falsificação das respetivas assinaturas. Ora, são estas as causas justificativas do não pagamento de cheques, em que está em jogo a própria validade do cheque quanto ao sacado, e não a validade do negócio causal, distintas da revogação do cheque, propriamente dita, a qual só legitima a recusa de pagamento se for determinada, por «justa causa», sendo certo que, como já se referiu, o conceito de «justa causa» compreende os casos de furto, roubo, extravio, coação moral, incapacidade acidental, ou qualquer outra situação em que ocorra falta ou vício na formação da vontade, enquanto que os vícios respeitantes ao negócio causal ou a outras convenções extracartulares não podem servir de justificação para a proibição de pagamento”.

LUC qualquer obstáculo que o sacador comunique à entidade bancária a sua *recusa, cancelamento ou ordem de não pagamento*;

(d) A entidade bancária sacada *não tem obrigação* de pagamento do cheque se houver *causa justificativa* adequada e fundamentada para o efeito;

(e) A comunicação do sacador da ocorrência dessa causa (v.g., furto, extravio, coação), constitui uma forma de *proibição de pagamento* ⁽²⁶⁵⁾, que não tem o mesmo sentido da *revogação*, na medida em que para os efeitos desta (que se aplicam apenas *depois* do prazo legal de apresentação do cheque), ao contrário daquela outra, não é necessária a indicação de qualquer causa justificativa, operando *qua tale*;

(f) A relação emergente entre a entidade bancária e o sacador, denominada *de convenção de cheque* e da qual decorre o pagamento de um cheque, pode integrar-se no contrato de *mandato* [art.º 1161.º, al. a), do CC]. Destarte, a comunicação do sacador ao sacado de *cancelamento* ou *proibição de pagamento* de cheque por motivo *fundamentado*, designadamente o decorrente de vício de formação da vontade, constitui uma *causa justificativa de recusa* do pagamento do cheque pela entidade bancária, que por ser distinta dos efeitos da *revogação*, não a onera com qualquer obrigação e, conseqüentemente, de qualquer responsabilidade por perdas e danos perante o legítimo portador do cheque.

Nesta conformidade, conclui-se que se o comportamento do credor consubstanciar *bullying* obrigacional, que seja idóneo a impor ao devedor o saque de títulos cambiários (v.g., cheque) mediante a afetação da *formação da sua vontade* pelo vício da *coação física ou moral*, como *única forma* de libertar-se desse acossamento e humilhação, é-lhe lícito comunicar esse facto, de forma fundamentada à entidade sacada, a qual deve integrá-lo como *justa causa* e *proibição legítima* do pagamento do cheque.

Porém, *em que termos* deve consubstanciar essa comunicação? Bastará uma simples referência genérica de “vício na formação da vontade”, “coação moral” ou “coação física”? A resposta tem necessariamente de ser negativa. O motivo tem de ser especificado em concreto, através da menção por escrito, *de modo circunstanciado*, o *facto ou situação*

⁽²⁶⁵⁾ Trata-se de “uma *proibição legítima* do pagamento do cheque, que não pode ser negada” (Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Moreira Alves. *Acórdão de 29 de abril de 2010*, proc. 4511/07.9TBLRA.C1.S1, bdjd-itij). Neste acórdão, foi entendido que “O Acórdão do STJ n.º 4/2008, de 28-02, distingue nitidamente duas situações, a revogação pura e simples (sem qualquer justificação) do cheque, durante o período de apresentação a pagamento, e as situações de “revogação” por justa causa, havendo nestes casos uma proibição legítima de pagamento do cheque, que não pode ser negada” e que “haverá *motivo justificado* se o cheque foi roubado ou furtado, se se extravia, se foi falsificado ou, em geral, se se encontra na posse de terceiro em consequência de ato fraudulento ou apropriação ilegítima (cfr. § Único do art.º 14.º do Decreto n.º 13.004 e o art. 8.º, n.º 3, do Dec.-Lei n.º 454/91, de

concreta, que constitui a causa da proibição de pagamento. Essa causa concreta carece, após, de ser apreciada objetivamente, isto é, se é suscetível de constituir *justa causa* para recusa do pagamento, sob pena de poder ser utilizado como artifício (ou, para usar um aforismo popular, “desculpa de mau pagador”) e, dessa forma, a entidade bancária dar cobertura a um interesse ilegítimo do sacador, com prejuízo para o legítimo portador do cheque, enquanto título de pagamento à vista. Se a entidade bancária se limitar a aceitar a indicação genérica do sacador e apuser no verso do cheque uma fórmula abstrata, atuará negligentemente e, nessa medida, será responsável pelos danos que causar ao legítimo portador ⁽²⁶⁶⁾.

Resta ressaltar que se o valor constante do cheque cujo pagamento venha a ser recusado ao abrigo das aludidas “justas causas”, corresponder a uma prestação obrigacional efetivamente *devida* pelo sacador ao portador, a proibição legítima do pagamento do cheque não afeta o núcleo da exigibilidade dessa prestação, sem prejuízo do que *infra* se assinalará com referência às obrigações acessórias.

4.1.2. Práticas desleais restritivas da liberdade contratual

Visando a eliminação das *práticas comerciais desleais* das empresas nas relações com os consumidores, o Dec.-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, transpondo a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, estabeleceu o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço. Entre as práticas comerciais desleais, constam as práticas comerciais agressivas que

⁽²⁶⁶⁾ Explicitando profusamente este entendimento, *vide o supra* citado Ac. STJ, de 29.04.2010 (proc. 4511/07.9TBLRA.C1.S1), em que se decidiu que “(...) VIII- O banco sacado não está eximido de agir com a máxima diligência, só aceitando os motivos justificantes para o não pagamento no período legal de apresentação, quando disponha de indícios sérios de que a situação comunicada pelo sacador se verificou ou, pelo menos, dadas as circunstâncias concretas de cada caso, tinha grande probabilidade de se ter verificado. IX - Assim, alegando o sacador furto ou roubo do título, por exemplo, deverá o sacado exigir a competente participação crime (se não acompanhar a ordem de não pagamento) ou, tratando-se de incapacidade, a eventual prova dela (que muitas vezes será documental). X- Dizer-se que o cheque foi obtido por vício ou falta de vontade é alegar um puro conceito de direito que nada diz sobre a situação concreta (ou sobre a situação de facto) em que o cheque foi emitido e entregue ao portador. Não existe, nestes casos, qualquer justificação concreta, séria e plausível para a revogação do cheque, que assim terá de ter-se por uma revogação pura e simples ordenada pelo sacador sem justificação atendível e, portanto, que o sacado não pode validamente atender face ao disposto no art.º 32.º da LUC. Não é, seguramente, uma qualquer qualificação jurídica que constitui a justa causa da revogação, mas os factos que a ela se podem (ou não) subsumir. XI - No caso concreto, o banco sacado ao aceitar a ordem de revogação dos cheque, que continha uma justificação que, afinal, absolutamente nada informa, que não contém qualquer facto, que não dá conta das circunstâncias, motivos ou situações, que apenas qualifica abstratamente situações desconhecidas, agiu com imprudência manifesta, sem a diligência que lhe era exigível como profissional qualificado que é”.

restringem significativamente a liberdade de escolha do consumidor, por recorrerem ao *assédio*, à *coação*, incluindo o recurso à força física, e à *influência indevida*.

Não houve a pretensão de proibir práticas publicitárias que consistam no uso de afirmações claramente exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente, mas que no processo de *liberdade contratual*, o consentimento seja dado em liberdade, com esclarecimento, ponderação e reflexão. Foi assim prevista uma *cláusula geral*, qualificando de desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço, partindo depois para uma *especificação* das práticas desleais em *enganosas* (por ação ou omissão) e *agressivas* e, finalmente, criando uma “*lista negra*” de práticas que são ou enganosas (art.º 8.º) ou agressivas (art.º 12.º), *em qualquer circunstância*.

(a) *Sobre a cláusula geral*, já antes da transposição da citada Diretiva, havia em Portugal uma cláusula geral ⁽²⁶⁷⁾ proibitiva da concorrência desleal, no art.º 317.º, do Código da Propriedade Industrial enquanto “todo o ato de concorrência contrário às normas de *usos honestos* de qualquer ramo de atividade económica”. Estava fundado num conceito indeterminado (“usos honestos”), que não divergia muito da norma correspondente existente no direito espanhol, que em substituição dos “usos honestos” prefere a submissão aos ditames da *boa fé*, embora os concretize como “práticas honestas de mercado” ⁽²⁶⁸⁾. Ora, essa cláusula geral era muito redutora e suscetível de interpretações desconformes, razão por que a transposição da Diretiva permitiu definir, *pela integração descritiva* ⁽²⁶⁹⁾, quais as práticas que devem considerar-se *agressivas* e que o mesmo

⁽²⁶⁷⁾ Sobre o alcance da cláusula geral na aludida Diretiva, *cfr.* RODRIGUES, Hélio Tiago Rigor. 2008. *A Cláusula Geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores* [em linha] – Artigos Jurídicos Doutrinários de 2008. Lisboa: Wolters Kluwer [referência de 12 de julho de 2011]. Disponível na Internet em <http://www.wkp.pt/sala_imprensa/whitepapers/pdf/whitepapers_03.pdf>.

⁽²⁶⁸⁾ Ley n.º 3/1991, de 10 de janeiro (“Ley de competencia desleal”), art.º 4.º, n.º 1: “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las *prácticas honestas del mercado* (...)”.

⁽²⁶⁹⁾ O legislador espanhol tomou idêntica iniciativa e, pela Ley 29/2009, de 30 de dezembro, alterou a “Ley de competencia desleal”, passando a incluir na nova redação do art.º 8.º, a referência às práticas agressivas, nestas se referindo expressamente ao *acosamento* e à *influência indevida*: “Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afete o pueda afetar

diploma sanciona, atenta a sua gravidade, com a *anulabilidade* (art.º 14.º, n.º 1), sem prejuízo de o consumidor requerer, em vez da anulação, a modificação do contrato segundo juízos de equidade (art.º 14.º, n.º 2).

(b) Sobre as práticas enganosas, relacionam-se essencialmente com a tutela do erro. Está em causa se o profissional transmite ao consumidor informações falsas, inverídicas ou que de alguma forma induza ou seja suscetível de induzir em erro o “consumidor médio” ⁽²⁷⁰⁾, mesmo que a informação seja factualmente correta, e que conduza ou seja suscetível de conduzi-lo a tomar uma decisão de transação que de outro modo não seria tomada (*nexo causal*). Também se consideram enganosas as omissões de informações substanciais, que atendendo ao seu contexto, sejam necessárias para a decisão de uma transação esclarecida, bem como quando as informações sejam ininteligíveis ou ambíguas. Na prática, reconduz-se ao que Manuel de Andrade já tinha ensinado: “*ao esclarecimento da vontade se opõe o erro, que se define como a ignorância ou falsa representação de uma realidade no momento da formação do negócio jurídico*”, ocorrendo uma “ignorância (falta de representação exata) ou uma falsa ideia (representação inexata) por parte do declarante, acerca de qualquer circunstância de facto ou de direito que foi decisiva na formação da sua vontade, por tal maneira que se ele conhecesse o verdadeiro estado de coisas não teria querido o negócio, ou, pelo menos, não o teria querido nos precisos termos em que o concluiu” ⁽²⁷¹⁾.

(c) Sobre as práticas agressivas — *que são as que mais relevam para o tema sub judice* —, de acordo com o art.º 11.º do citado diploma, “é agressiva a prática comercial que, devido a *assédio, coação ou influência indevida*, limite ou seja suscetível de *limitar significativamente a liberdade* ⁽²⁷²⁾ de escolha ou o comportamento do consumidor em

a su comportamento económico”. Texto integral do diploma, atualizado, disponível na Internet em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-1991.html>.

⁽²⁷⁰⁾ Para Bernardo Bataller, este conceito “não tem qualquer correspondência com o mundo real: na realidade, não existe um consumidor médio, somente consumidores individuais, cada um com a sua bagagem de informação, atitude pessoal e um conjunto de crenças e preferências subjetivas” (BATALLER, Bernardo Hernández. 2011. “Análisis y desarrollo de la Ley de Transposición que modifica el régimen legal de la competencia desleal”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Volume I, n.º 2 (junho 2011). Curitiba: Bonijuris/J.M.Editora, pp. 108, 109).

⁽²⁷¹⁾ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1987b. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume II – *Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, p. 233.

⁽²⁷²⁾ Vide, numa apreciação anterior à transposição da Diretiva, a referência ao paradoxo entre a *liberdade* de contratar e o *conhecimento* necessário ao contratar, constituindo o consumidor a “parte mais fraca”, pugnando pela intervenção normativa como meio de “reequilíbrio de poder”, GARRETT, João Almeida. 2007. “O conceito de influência indevida e a liberdade de contratar”, in *Revista portuguesa de Direito do Consumo*,

relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”. Para este efeito, deve atender-se ao *caso concreto* e ao “momento, local, natureza e *persistência* da prática comercial”, ao “recurso a linguagem ou comportamento *ameaçadores ou injuriosos*”, ao “aproveitamento consciente pelo profissional de *qualquer infortúnio* ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor, com o objetivo de influenciar a decisão deste em relação ao bem ou serviço” e ainda “qualquer *ameaça de exercício de uma ação judicial* que não seja legalmente possível” (neste caso, ao contrário do que se assinalou *supra* para a coação, o recurso à ação judicial, por não ser legalmente possível, não constituiria o exercício de um *direito*). São também consideradas agressivas, entre outras, as *solicitações persistentes e não solicitadas*, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual [art.º 12.º, al. c)].

4.1.2.1. O assédio (acossamento)

O assédio consiste em perseguir com insistência, ser inoportuno até conseguir obter um fim proposto, molestar ⁽²⁷³⁾, abordar de forma súbita ou inesperada, com caráter reiterado e continuado. O objetivo do agente é “cercar” ou “sitiar” a vítima, violando a sua dignidade e criando um ambiente intimidativo, hostil, humilhante ou desestabilizador ⁽²⁷⁴⁾. Está em causa a tutela da pessoa humana e da sua dignidade.

n.º 51 (setembro 2007). Coimbra: APDC, pp. 9-18. Este Autor, classifica o assédio, a coação e a influência indevida como *categorias jurídicas instrumentais* das práticas comerciais agressivas.

⁽²⁷³⁾ Termo utilizado por FROTA, Mário. 2005. “Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 43, p. 63.

⁽²⁷⁴⁾ O único preceito que *densifica* uma noção jurídica de *assédio* é o disposto no art.º 29.º, n.º 1, do Código do Trabalho, nos termos do qual, “entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador”. Releva nesta noção, para a sua aplicação a outras realidades, a parte referente aos *efeitos* decorrentes da sua prática: a intimidação, a hostilidade, a humilhação e desestabilização. O *mobbing* ou assédio pode ser praticado pelo empregador sobre o trabalhador (*mobbing* ou assédio vertical descendente), entre colegas de trabalho (*mobbing* ou assédio horizontal), ou numa hipótese mais remota pelo trabalhador sobre o empregador (*mobbing* ou assédio vertical ascendente).

A ocorrência desta conduta agressiva é singularmente premente — como refere Mário Frota ⁽²⁷⁵⁾, “não só através de estratégias mercadológicas diretas (o denominado marketing direto ⁽²⁷⁶⁾), desenvolvidas por instituições de crédito e sociedades financeiras, por meio de comunicações eletrônicas ou de frequentes deslocações ao domicílio das vítimas, como ainda por intermediários que, na ânsia de escoar os seus produtos, cujos contratos se acoplariam aos de crédito, perseguem-nas indefetivelmente, não consentindo que «respirem» até à aposição de uma firma em um qualquer contrato”.

O preenchimento do conceito de assédio deve sopesar as circunstâncias de lugar, tempo e modo como os atos são praticados. Um *lugar* privado é suscetível de uma instigação com uma vertente psicológica ou física mais acentuada, enquanto que num lugar público o acossamento pode valer-se do aglomerado de pessoas para pressões fundadas no ataque à honra e consideração. Tratando-se da fase pré-contratual, o “marketing direto” que se socorra da instigação será mais eficaz se o profissional estiver num lugar isolado com o consumidor, sem que este possa ter acesso ou companhia de outras pessoas.

Além do lugar, releva o momento. Há maior probabilidade de importunar e exercer pressão sobre a parte mais débil quando se fazem chamadas telefónicas durante a noite ou madrugada (fazendo-a acordar, impedindo-a de dormir), bem como os contactos pessoais, com visita ao domicílio ao início da noite e se criem condições para o seu prolongamento até uma hora em que o consumidor, porque quer repousar, pode sentir-se tentado a celebrar um negócio ou a fazer uma cedência, unicamente para “despedir” o profissional da sua presença.

A estas circunstâncias, acresce a persistência que pode ser exercida pelo profissional que se aperceba de alguma debilidade pessoal, psíquica ou de saúde do consumidor, sendo que neste âmbito, a idade, a profissão e a desenvoltura cultural podem constituir um elemento preponderante. Obtida a fonte de vulnerabilidade (*v.g.*, um idoso que tem dificuldade em permanecer em pé durante muito tempo), o acossador incrementa a

⁽²⁷⁵⁾ FROTA, Mário. 2011. “Do Regime Jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: A inversão do paradigma”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Volume I, n.º 1 (março 2011). Curitiba: Bonijuris/J.M. Editora, pp. 58,59.

⁽²⁷⁶⁾ *Numa conceção menos incisiva*, Bernardo Bataller (2011: p. 118) entende que “não pode qualificar-se como acossamento qualquer prática comercial que, utilizando as técnicas do marketing direto, suponha uma relação ou contacto entre o empresário e o consumidor”, explicando que “a relativa generalização das técnicas de marketing direto provoca que um mínimo nível de contacto entre o empresário e o consumidor não seja percecionado por este, regra geral, como um acossamento suscetível de influenciar a sua liberdade de escolha. Por isso, além do contacto direto e pessoal entre o empresário e o consumidor, devem concorrer circunstâncias adicionais que provoquem que aquele contacto possa ser percebido por um consumidor medianamente informado” (tradução livre do espanhol).

insistência para diminuir a resistência da vítima, sendo mais uma vez relevante o lugar e o momento em que o acoessor provoca a hostilidade ou desestabilização do assediado. Este é, claramente, um cenário de puro *bullying*.

4.1.2.2. A *influência indevida*

É de particular pertinência, nesta sede, a valoração que no diploma se faz à *influência indevida*, enquanto prática agressiva, a qual consiste na utilização pelo profissional de uma *posição de poder para pressionar* o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que *limita significativamente a capacidade* de o consumidor tomar uma decisão esclarecida [art.º 3.º, al. j)]. Trata-se de uma conduta do profissional, com uma posição de supremacia (económica, social, cultural), que *provoca a distorção* do comportamento do consumidor, aproveitando-se de uma situação de vulnerabilidade (pessoal, psicológica ou outra) *reduzindo* a sua “capacidade” — ou a disposição do *consentimento* ⁽²⁷⁷⁾ — em fazer escolhas livres e esclarecidas ⁽²⁷⁸⁾.

Mais uma vez, está em causa o respeito pela conjugação do *equilíbrio* da relação jurídica e do princípio da *liberdade contratual*. Na influência indevida, *ambos são violados*: a supremacia de uma parte cria um desequilíbrio em desfavor da parte mais débil e, por essa razão, fica diminuída de forma relevante a sua esclarecida liberdade na vontade de contratar ⁽²⁷⁹⁾. Poderão eventualmente enquadrar-se neste âmbito as condutas conotadas

⁽²⁷⁷⁾ Mário Frota alerta que “há manifesto equívoco na noção que transluz da diretiva: não se trata de *capacidade*, (...) antes de consentimento, tanto na liberdade de que se reveste, como no esclarecimento que o integra. Já que o consentimento tem de ser perfeito, livre, esclarecido e ponderado” (*Op. cit.*, pp. 59,60).

⁽²⁷⁸⁾ Conforme refere FUENTES, Jose Massaguer. 2006. *El nuevo derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales desleales*. Madrid: Civitas, p. 84, esta distorção “não é a mera influência da prática comercial na conduta dos consumidores ou no modo como estes atuam no mercado perante um determinado produto, mas sim a influência que torce ou deforma essa conduta e, em particular, que impede a autonomia e racionalidade das decisões que adotem neste âmbito”.

⁽²⁷⁹⁾ Este conceito, por ter uma relação direta com uma escolha livre e esclarecida, é passível de ser confundido com o erro ou com o regime das práticas enganosas. Mas como sustenta Cláudia Abrunhosa, “ainda que onexo causal possa estabelecer-se de forma direta entre a posição de poder do profissional e a decisão de transação do consumidor, seja pela confiança, seja pela ascendência psicológica do profissional, é projetada uma imagem ao consumidor médio que, por não corresponder à realidade, o influencia àquela tomada de decisão. Poder-se-ia dizer então que estaríamos ante uma prática comercial enganosa, no entanto, não nos encontramos perante uma informação – essencial – que gera uma má representação da realidade, ou sequer diante da sua omissão, mas sim face a um comportamento abusivo, de exploração ou aproveitamento de uma relação particular – confiança ou outra –, na qual as partes se encontram em situação de desequilíbrio, e como tal é agressiva” (ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes. “Práticas Comerciais – um estudo da Diretiva 2005/29/CE”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Volume I, n.º 1 (março 2011). Curitiba: Bonijuris/J.M.Editora, pp. 166, 167).

com o *abuso de autoridade* ⁽²⁸⁰⁾ implementadas por quem esteja em lugares decisórios sobre interesses dos destinatários, superiores hierárquicos ou quaisquer outros que possam aproveitar-se de uma determinada posição social ou ter uma *interferência* na esfera privada, de convívio social ou mesmo de bem estar do destinatário.

Dentre os exemplos “de escola” comumente apresentados, destaca-se a hipótese em que um consumidor tem um débito (dívida) para com um profissional (comerciante, industrial, prestador de serviços), constituindo-se em mora. Se porventura o profissional convencer o consumidor que pode reescalonar o pagamento, aceitando o prolongamento do mesmo por várias prestações, *na condição* do consumidor *adquirir* outro produto, que também entra no aludido plano de pagamento em prestações, verifica-se a ocorrência uma *influência indevida*. Numa outra situação, que também tem sido servido de reflexão, se um consumidor contratar um canalizador para reparar um radiador na sua habitação (*relacionando-se, portanto, com o seu bem-estar*), para cujo serviço foi indicada uma previsão de € 50,00, mas no final, sem que tenha havido substituição de qualquer equipamento ou acessórios, o canalizador apresentar uma conta de €250,00, se em virtude da recusa do consumidor em pagar o valor sobejante ao anteriormente indicado, o canalizador cortar o sistema de funcionamento da água quente, tal constituirá uma prática agressiva, na medida em que o canalizador estará a aproveitar-se de uma *posição de poder* (influência indevida) para pressionar o consumidor a pagar o valor total da conta. Pelo contrário, não haverá influência indevida se um profissional oferecer incentivos a um consumidor (*v.g., transporte gratuito*) para o mesmo se deslocar a uma exposição, na qual além do expositor do profissional existam expositores de outros prestadores, já que a capacidade do consumidor para fazer uma decisão de transação esclarecida, não fica prejudicada pelo facto de haver essa oferta. O mesmo será aplicável a outras situações em que concedem-se ofertas ou vantagens aos consumidores enquanto incentivo para que estes adquiram um determinado bem, mas quando o incentivo não condiciona a aquisição desse bem, ou seja, a aquisição é independente da existência do aludido incentivo ⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁸⁰⁾ Defende esta conceção, MASSAGUER, José. 2006. *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*. Madrid: Thomson-Civitas, Anotação ao art.º 5.º (p.30).

⁽²⁸¹⁾ No proc. n.º C-540/08, do Tribunal de Justiça da União Europeia (pedido de decisão prejudicial de *Mediaprint Zeitungs v. Österreich*, foi concluído que “a possibilidade de participar num jogo com prémio, ligada à aquisição de um jornal, não é uma prática comercial desleal, apenas por constituir, pelo menos para uma parte do público-alvo, certamente não o único motivo mas o motivo determinante para a compra do jornal”.

4.1.2.3. *Distinção em relação ao bullying obrigacional*

O *assédio* e a *influência indevida* são conceitos muito próximos do *bullying* obrigacional; aliás, este é integrado por comportamentos dessas naturezas. Todos podem ocorrer em qualquer fase da relação negocial. De acordo com o art.º 1.º do Dec.-Lei 57/2008, o regime é aplicável às práticas “ocorridas *antes, durante* ou *após* uma transação comercial relativa a um bem ou serviço”. O bullying obrigacional também pode ocorrer em qualquer dessas fases, mas será mais propício na fase da *execução*, ou seja, a da realização da prestação, depois da celebração do negócio jurídico e antes da sua extinção.

Por outro lado, o regime instituído pelo Dec.-Lei n.º 57/2008 destina-se a regular as relações entre os *profissionais* (pessoa singular ou coletiva que atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional) e os *consumidores* (pessoas com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional), na parte em que as práticas comerciais desleais prejudiquem os consumidores. Estão, portanto, excluídas todas as práticas *entre profissionais* (v.g., entre duas ou mais sociedades comerciais) — aos quais se aplicará o direito da concorrência (v.g., práticas concertadas, abuso de posição dominante, fusões e aquisições). Mas, mesmo nas relações entre profissionais e consumidores “*não afeta as disposições relativas à formação, validade ou efeitos dos contratos*” (art.º 2.º, n.º 2), o que significa que na decorrência do disposto no art.º 3.º, n.º 2 da Diretiva, o *direito contratual* encontra-se excluído do seu âmbito de aplicação (*maxime*, a responsabilidade contratual), embora tal não prejudique que “o tribunal nacional, quando chamado a dirimir uma particular contenda, na apreciação da responsabilidade – contratual –, tenderá a ajuizar, considerando que determinada conduta consubstancia uma prática comercial desleal e como tal proibida” ⁽²⁸²⁾. Ora, contrariamente, o *bullying* pode ser praticado quer entre profissionais/consumidores, quer entre profissionais e abrange predominantemente as relações contratuais.

Qualquer que seja a classificação da conduta, torna-se contudo necessário estabelecer o correspondente *nexo de causalidade*. O bullying, o assédio, a coação, a influência indevida, só se revelam adequados para determinar a reação do destinatário numa declaração negocial que acaba por ser contra a sua vontade ou com vontade não totalmente livre e esclarecida, se a conduta do agressor não conceder à vítima uma possibilidade razoável de superar ou escapar à instigação. O *facto* consubstanciado naquela

⁽²⁸²⁾ ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes. *Op. cit.*, p. 139.

conduta de bullying, assédio ou coação (e que no caso das práticas comerciais com o consumidor constitui uma deslealdade) é *condição* do *dano* sofrido pelo destinatário derivado da contratação ou do ato jurídico que tenha sido praticado em restrição da liberdade da sua vontade e que não teria praticado se não tivesse ocorrido o ato agressor de que foi vítima.

A esse propósito, cumpre sublinhar que entre a doutrina e a jurisprudência é pacífico que o ordenamento jurídico nacional acolheu a teoria da causalidade adequada na sua formulação negativa (art.º 563.º, do CC), segundo a qual, o facto atue como condição do dano, só não deverá ser considerado causa adequada deste se, dada a sua natureza geral e em face das regras da experiência comum, se mostre indiferente para a verificação do dano, não modificando o “círculo de riscos” da sua verificação, tudo sem perder de vista que a causalidade adequada não se refere ao facto e ao dano isoladamente considerados, mas *ao processo factual* que, em *concreto*, conduza ao dano, no âmbito da aptidão geral ou abstrata desse facto para produzir o dano. Isto significa que o facto que atue como condição do dano, deixa de ser considerado como “causa adequada” quando para a sua produção tiverem contribuído decisivamente circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas (“desvios fortuitos”) que intercedam no caso concreto, conclusão essa a retirar segundo um *juízo de prognose póstuma* ⁽²⁸³⁾. Acresce ainda que, por um lado, a causalidade não tem que ser imediata, direta, podendo ainda ser indireta, bastando que o facto, embora não haja ele mesmo provocado o dano, desencadeie outra condição que diretamente o produza, “contando que esta segunda condição se mostre uma consequência adequada do facto que deu origem à primeira” ⁽²⁸⁴⁾ e, por outro lado, sem prejuízo das regras do ónus da prova e dos limites subordinados aos factos que estejam provados, será sempre lícito ao Tribunal estabelecer uma *presunção judicial* (art.º 351.º, do CC), desde que *alicerçada* em elementos probatórios *sólidos* — não sendo suficiente, portanto, que se funde em factos já de si obtidos por presunção ou assentes em regras de experiência.

⁽²⁸³⁾ Cfr. COSTA, Mário Júlio Almeida. 2009. *Op. cit.*, pp. 763, 764; JORGE, Fernando Pessoa. 1999. *Op. cit.*, p. 392.

⁽²⁸⁴⁾ COSTA, Mário Júlio Almeida. 2009. *Op. cit.*, p. 766.

4.1.3. Interpelação para cumprimento

A interpelação é o modo pelo qual alguém (geralmente o credor), faz conhecer a outrem uma determinada pretensão, estatuidando no mesmo ato a *consequência* que considera aplicável ou que empreenderá em caso do interpelado não corresponder ao fim específico enunciado. Distingue-se da notificação, porque esta cinge-se ao ato pelo qual alguém *dá conhecimento* a outrem de um estado de facto ou de um estado de direito.

Trata-se não apenas de um ato perfeitamente lícito e admissível, como de um ato *exigível* quando o credor pretenda constituir o devedor em mora (art.º 805.º, n.º 1, do CC) ou, a título admonitório, para efeitos de incumprimento definitivo (art.º 808.º, n.º 1, do CC).

4.1.3.1. Notificação judicial avulsa

A *notificação judicial avulsa* (que apesar de ser um procedimento com tramitação jurisdicional, enquadra-se numa fase *pré* ou *extrajudicial*), constitui um procedimento integrado por uma sucessão de atos jurídicos praticados em juízo, independentes da instauração de qualquer ação, consubstanciando a interpelação de uma pessoa ou entidade em concreto ⁽²⁸⁵⁾, com *força probatória de documento autêntico* ⁽²⁸⁶⁾, para obtenção de efeitos jurídicos diversificados. Um deles, foi reconhecido pelo Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/98 ⁽²⁸⁷⁾, no qual se firmou que “a notificação judicial avulsa, pela qual se manifesta a intenção do exercício de um direito, é meio adequado à interrupção desse direito, nos termos do n.º 1, do art.º 323.º, do CC” ⁽²⁸⁸⁾. Mas, além desse efeito, pode ser usada, entre outras finalidades, para denúncia do contrato de arrendamento, para fixação de prazo, para exercício de direito de preferência, para declaração de perda de interesse do credor na subsistência do contrato, sendo reintegrado do valor da prestação

⁽²⁸⁵⁾ Conforme decidiu o Ac. TRP, de 04 de dezembro de 2003 (Saleiro de Abreu, proc. 0336023), “não é admissível a notificação judicial avulsa em pessoa diversa do notificando e isto ainda que eventualmente a impossibilidade de notificação possa conduzir à necessidade de recorrer à propositura duma ação para o efeito de conseguir o efeito de direito material não conseguido através da notificação judicial ou extrajudicial”.

⁽²⁸⁶⁾ A notificação judicial avulsa não é mais do que *um aviso* que uma parte faz a outra por intermédio do tribunal; o que assegura a prova da sua comunicação através da certidão de notificação, conferindo-lhe caráter de autenticidade por ser feita por agente de execução ou por oficial de justiça.

⁽²⁸⁷⁾ Acórdão do STJ, de 26 de março de 1998, in *Diário da República*, I-A, de 12 de maio de 1998.

⁽²⁸⁸⁾ Todavia, para esse efeito, só é relevante a sua prática por *uma vez*, não sendo admissível o uso de sucessivas notificações judiciais avulsas para interrupção da prescrição do mesmo direito. *Cfr.* Ac. TRP, de 7 de novembro de 2002 (proc. 023193, bdjd-itij).

que tenha efetuado (art.^{os} 801.º e 808.º, do CC), bem como para interpelação para o cumprimento, para constituição em mora ou para efeitos de incumprimento definitivo.

Face à sua natureza, a notificação judicial avulsa é *insuscetível de ser usada como expediente para a prática de bullying obrigacional*, na medida em que a sua efetivação é precedida de despacho judicial, pelo qual o juiz verifica a sua admissibilidade formal e material, onde se inclui, designadamente, o interesse em agir do requerente em função do direito de que se arroga (cujo pedido não pode violar normas imperativas, de conhecimento oficioso, nem os princípios da boa fé e dos bons costumes), da potencialidade *abstracta* ⁽²⁸⁹⁾ da existência do facto ou do direito afirmados e ainda, da própria utilidade da diligência (a notificação judicial avulsa não pode consubstanciar-se num ato manifesta e juridicamente inútil); ou seja, o juiz faz uma prévia aferição da validade formal, da inteligibilidade do requerimento, da legitimidade do requerente e do destinatário, e em particular, da *conformidade, em abstracto, do direito invocado*, com vista não apenas a evitar o exercício de pretensões ilegais ou abusivas, mas também se o exercício é feito a coberto de uma norma legal ou disposição contratual.

Por conseguinte, ainda que possa ser essa a intenção do credor (porque constitui uma forma mais solene de fazer chegar ao destinatário o conteúdo de uma declaração, pode haver a *pretensão de conferir aparência de maior gravidade e pressão sobre o devedor*), na sua essência e conteúdo, a notificação judicial avulsa não é idónea, *de per se*, à prática de *bullying* obrigacional.

4.1.3.2. Notificação extrajudicial por mandatário

A interpelação pode igualmente ser realizada *extrajudicialmente*, por qualquer meio admissível, seja por via postal, telefónica, fax, correio eletrónico ou por contacto pessoal (mediante entrega de documento escrito por mão própria ou por comunicação verbal), quer este seja realizado pelo próprio ou por terceiro (procurador, gestor de negócios, advogado ou solicitador). Ora, quando o ato seja praticado por mandatário, salvo se este atuar em violação dos respetivos deveres deontológicos (v.g., violação dos deveres de urbanidade, correção e respeito), será incompatível com a subsunção da interpelação na figura do

⁽²⁸⁹⁾ Neste sentido, Ac. RL, de 2 de outubro de 1997 (proc. 0042082, bjdj-itij): “O despacho prévio do juiz de que depende a execução da notificação visa apenas verificar se o requerimento está formalmente em condições de ser recebido e evitar que se realizem ou obtenham atos ilegais ou imorais. Não exige a lei processual que, subjacente, à notificação preexistia uma relação jurídica entre o requerente e o notificado. Basta o interesse legítimo do requerente em dar conhecimento de determinado facto a alguém”.

bullying obrigacional. Ainda que uma comunicação epigrafada com o timbre de um advogado possa conter termos mais incisivos, configuram o exercício formal da procuradoria e do conteúdo intrínseco do contrato de mandato, que tem por cunho fundamental o exercício livre ⁽²⁹⁰⁾, conformando cada profissional o texto da interpelação de acordo com a conjugação dos termos linguísticos e jurídicos que considere aplicável, na medida em que, por força do contrato de mandato, o mandatário fica adstrito a desenvolver, com adequada diligência e perícia, uma determinada atividade jurídica, sem contudo ficar vinculado à obtenção de um resultado.

A questão mais controvertida que poderá ser suscitada é de outra natureza, a saber, se em caso do litígio prosseguir para a via judicial, será admissível a junção aos autos dessa *interpelação subscrita por advogado*, a título probatório. A generalidade das decisões dos órgãos da Ordem dos Advogados ⁽²⁹¹⁾ e dos Tribunais ⁽²⁹²⁾ tem incidido sobre a abrangência do *segredo profissional*, porém com referência a comunicações estabelecidas entre os advogados e a parte contrária do seu constituinte, tendo por desiderato a procura de resolução amigável do litígio. *Ora*, uma *interpelação* que seja efetuada por *mandatário em representação do mandante*, designadamente no cumprimento de um dever, exigência ou requisito legal, não pode considerar-se materialmente *integrante* de um processo de negociações, já que o que se impede no art.º 87.º, n.º 5, do EOA, é a revelação e utilização de factos revelados pela parte contrária, pessoalmente ou através de representante “em negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo ou litígio” e a

⁽²⁹⁰⁾ Nos termos do art.º 84.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), “o advogado, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, *devendo agir livre de qualquer pressão*, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de *influências exteriores*, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros” (itálico acrescentado).

⁽²⁹¹⁾ *Cfr.* CARDOSO, Augusto Lopes. 1998. “Despacho do Bastonário da Ordem dos Advogados, de 7 de dezembro de 1987”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48.º, Volume I (abril de 1998), p.324: “está sujeita a segredo profissional a carta enviada por Advogado diretamente à parte contrária do seu cliente, ainda então não acompanhada por Advogado ou cujo patrono era pelo emitente desconhecido, carta essa relativa a dissídio surgido entre as partes e em fase de procura de negociação amigável”.

⁽²⁹²⁾ *Cfr.*, a título de exemplo, o Ac. TRL, de 9 de novembro de 1995, in *CJ*, Tomo V, pp. 104ss., que considerou que o dever de guardar segredo profissional na troca de correspondência com referência a negociações malogradas, tem por fundamento o facto de na fase pré-judicial, e tendo em vista evitar o sempre dispendioso e moroso litígio processual, as partes fazem sempre concessões e apresentam propostas, muitas vezes por razões táticas, que não correspondem à sua real vontade. Dado que os advogados têm o dever de não invocar publicamente, em especial perante os tribunais, quaisquer negociações transacionais, malogradas, quer verbais, quer escritas, em que tenha intervindo como advogado, concluiu o mesmo Acórdão que “devem ser mandadas desentranhar cartas que constituam troca de correspondência entre advogados e cuja junção violaria o dever de segredo profissional”, por não poder fazer prova em juízo.

factos de que tenha tido conhecimento “no âmbito de quaisquer negociações malogradas” [al. *e*) e *f*), do n.º 1 do mesmo preceito].

Conclui-se, assim, que uma interpelação realizada por mandatário em nome ou representação do mandante (o credor) e dirigida à contraparte do seu constituinte (o devedor), por muito incisiva que seja e independentemente dos termos jurídicos que nela constem, é insuscetível de ser enquadrada na prática de *bullying* obrigacional, sem prejuízo das circunstâncias excecionais de verificação de responsabilidade criminal ⁽²⁹³⁾.

4.1.3.3. Limites objetivos da interpelação

Como se enunciou, interpelação não é, por si só, instigação ou acossamento. Há circunstâncias, aliás, que a exigem para que determinado estado ou efeito jurídico seja preenchido ou afastado. A interpelação (designadamente a admonitória, que inclui uma *intimação formal*), pode advertir severamente sobre determinadas consequências e pode ser a forma do credor manifestar junto do devedor o seu desagrado, crítica acerba ou inclusivamente rejeição e reprovação por alguma conduta deste, desde que assente em factos concretos verdadeiros e com a utilização de uma linguagem dentro dos limites da razoabilidade e da boa fé. O “tom” pode ser “ácido”, desde que não provocador; a crítica pode ser direta e frontal, desde que não injuriosa; a linguagem pode ser contundente, desde que não se converta em ofensa.

Já poderá classificar-se de *bullying* se esses limites forem transpostos, se na interpelação houver uma manifesta exteriorização de termos propícios à humilhação enquanto pessoa e/ou enquanto profissional, com imputações lacónicas e desfasadas dos factos, com insinuações ou juízos depreciativos, com acusações ou juízos de valor desonrosos, atingindo a sua esfera psicológica, de forma repetitiva ou persecutória, exigindo o cumprimento da prestação, sob ameaças contra a pessoa, a posição social, familiar ou profissional do devedor ou de terceiro próximo deste, ou pretendendo ocasionar-lhe ira, revolta, desespero ou desorientação sobre a forma como lhe é exigível

⁽²⁹³⁾ Pelo Ac. TRC, de 14 de fevereiro de 2007 (Ataíde das Neves, proc. 1544/04.0TACBR.C1, bdjd-itij), foi decidido que “I- Se o advogado, conhecedor do caráter difamante de uma qualquer descrição, por não corresponder à verdade, opta por transcrevê-la em articulado, incorre em responsabilidade criminal. II- Mas só se houver sinais evidentes nos autos de que o mandatário atuou com conhecimento da veracidade dos factos é que estamos perante uma situação de comparticipação criminosa”. No mesmo sentido, o Ac. TRL, de 9 de novembro de 2004 (Vieira Lamim, proc. 8460/2003-5, *idem*) entendeu que “Ainda que no decurso de processo judicial se possa agudizar o conflito subjacente e que se deva admitir com frequência a veemência no combate verbal e escrito, entre os respetivos advogados, o uso de expressões que colidam com a honra e consideração e o bom nome de outrem e que sejam dispensáveis relativamente à defesa da causa, fazem incorrer o advogado que as escreveu na prática de facto integrador de crime de difamação”.

com razoabilidade e boa fé a realização da sua prestação. Pelo risco da utilização pelo devedor a título probatório, a maioria desses comportamentos não reveste a forma escrita. Mais frequentemente são exercitados por via telefónica ou verbalizados em encontro pessoal, em locais públicos, ou nas imediações da sua residência ou local de trabalho, onde sem acautelar a honorabilidade do devedor, são transmitidos à sociedade elementos desrespeitosos e depreciativos, propagando a indignidade e inidoneidade de quem se encontra ou passe a encontrar-se vulnerável e hipossuficiente.

Em síntese, a interpelação não se converte em bullying se, respeitados os critérios da proporcionalidade e da necessidade. Mas esses são os critérios *legais* a que se subordina quem é cumpridor e respeitador do ordenamento jurídico. O bulidor, por seu turno, tem razão na pretensão que a prestação devedora seja realizada, mas por não depositar confiança no devedor, ou no sistema jurídico ou na conjugação de ambos, ou porque o cumprimento de todas as regras formais, incluindo se necessário, a instauração de uma ação judicial, reclama um período temporal superior ao que admite suportar, prefere representar perante a contraparte uma conduta deliberada de ataque, assumindo conscientemente o risco de, se porventura a prestação não for realizada pelo devedor, a “vergonha”, o descrédito e a desconsideração pública ou familiar que o bulidor lhe provoca, *satisfazerem*, pelo menos em parte, *os seus desígnios* — que, nesta sede, ultrapassam os direitos e deveres que emergem da relação obrigacional.

4.1.4. Ação direta

Nos termos do art.º 336.º, do CC, é *lícito* o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar um direito, a qual pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro ato análogo. Trata-se, por conseguinte, de uma modalidade de *exercício dos direitos subjetivos pelo próprio titular*, a que o ordenamento jurídico, em circunstâncias excecionais, confere dignidade, a par da legítima defesa (art.º 337.º, do CC) e do estado de necessidade (art.º 339.º, do CC).

O seu carácter excecional assenta no princípio do monopólio da justiça pelo Estado: a *vindicta privada* não é aceitável numa organização subordinada à regência do Direito, pela função pacificadora e de legitimação que o mesmo propicia: “o Direito vela pela superação dos conflitos inerentes à condição social humana procurando sempre uma

solução pacífica”⁽²⁹⁴⁾. Numa sociedade plural e diversificada, os conflitos de interesses são inevitáveis, mas a sua dirimção não pode ficar subordinada ao arbítrio e discricionariedade de cada um, num binómio ofensa/vingança, pelo risco de injustiça e excesso que comporta a “justiça pelas próprias mãos”. Por isso, mesmo quando a lei admite a possibilidade do recurso à ação direta ou à legítima defesa, nunca as quis como e enquanto sinal de “vindicta”, mas enquanto ação de justiça dentro de um rigoroso condicionalismo que concretamente se previu e relativamente ao qual o indivíduo não deve voluntariamente *provocar*.

No entanto, se porventura o sistema de justiça institucionalizado não conseguir responder de forma adequada e num prazo razoável⁽²⁹⁵⁾, o titular de direitos, ainda que por regra procure pautar a sua conduta em conformidade com o sistema de normas vigente, sentir-se-á *tentado* a recorrer à “justiça pelas suas próprias mãos” (ou *aquilo* que subjetivamente reputa por *justiça*), distorcendo ou inclusivamente atentando contra princípios, valores e direitos reconhecidos à parte contrária.

Por isso, em certo sentido, apesar do progresso civilizacional que representou o abandono da “vindicta privada”, com a correspondente formalização e centralização da administração da justiça no Estado (quer pela via da sua estatuição emanada dos órgãos legislativos, quer pela via da sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais), a responsabilidade última pelo conteúdo do exercício efetivo da justiça material pertence a todos os cidadãos, que a concretizam pela livre obediência e cumprimento do sistema jurídico, resistindo à prática da ação direta, salvo quando se verificarem os respetivos requisitos, também expressamente consignados na lei.

São requisitos da ação direta: (a) a existência de um *direito* próprio; (b) a *necessidade*, em virtude da impossibilidade do recurso às autoridades administrativas, policiais ou judiciais ou se essa intervenção não evitar a inutilização prática do direito; (c) a *adequação*, isto é, ser tal intervenção adequada à defesa do direito; e (d) a *natureza dos interesses em conflito*: a ação direta não é lícita, quando sacrifique interesses superiores ao que o agente visa realizar ou assegurar; entende-se também que o recurso à ação direta, como meio de defesa de um direito, não é admissível quando consista numa atuação oficialmente tipificada como crime, se não se verificar uma ameaça ou colocação em

⁽²⁹⁴⁾ MARQUES, Mário Reis. 2007. *Introdução ao Direito*, Volume I. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, p.86.

⁽²⁹⁵⁾ VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 293: “O regime de monopólio da justiça pública estatal pressupõe que o aparelho de justiça do Estado seja efetivamente capaz de assegurar num tempo e com a qualidade razoáveis a defesa dos direitos das pessoas”.

perigo da vida do agente. Neste âmbito, conforme resulta do art.º 338.º, do CC, se o titular do direito agir na *suposição errónea* de se verificarem os pressupostos que justificam a ação direta, só é obrigado a indemnizar o prejuízo causado se o erro não for desculpável.

As modalidades tipificadas para o seu exercício são a ação direta para a defesa da posse (art.º 1277.º, do CC) e a ação direta para defesa do direito de propriedade ou de qualquer outro direito real (art.ºs 1314.º e 1315.º, do CC). Haverá também possibilidade de ação direta de restrição de direito privado do direito real de propriedade na passagem momentânea forçada (art.º 1349.º, do CC): como a restrição é imposta diretamente por lei e não exige a prévia constituição de uma servidão ou autorização judicial, a recusa do proprietário no acesso ao seu prédio constitui um ato ilícito. É certo que a ação direta não está restringida a estas circunstâncias tipificadas ⁽²⁹⁶⁾, podendo ocorrer em qualquer outra situação, porém *não se destina a impor ao devedor a realização da sua prestação*; pelo contrário, *admite que determinado ato seja realizado mesmo contra a vontade da contraparte* e, nesta medida, é absolutamente oposta à prática de bullying obrigacional.

Com efeito, por princípio, *o credor não pode exercer ação direta sobre o devedor para este realizar a prestação a que está obrigado*. Mas estando em causa direitos fundamentais, v.g., em defesa do direito à saúde, tem-se considerado ser admissível ao dono da obra realizar as obras necessárias a essa salvaguarda, das quais o empreiteiro será responsável pelo pagamento, caso este tendo sido avisado, nada tiver feito ⁽²⁹⁷⁾. Já se estiverem em causa *apenas o cumprimento defeituoso* (sem perigo para direitos

⁽²⁹⁶⁾ No direito público, há uma previsão do Código dos Contratos Públicos que admite a existência de ação direta. Nos termos do art.º 427.º, n.º 2, desse Código, “caso se revele necessário e na impossibilidade de intervenção atempada da autoridade pública competente, o concessionário pode adotar as medidas necessárias com vista à utilização da obra pública, devendo, nesse caso, dar imediato conhecimento deste facto à autoridade pública competente”.

⁽²⁹⁷⁾ Ac. TRE, de 1 de outubro de 1998, in *BMJ*, n.º 480, p. 566: “Face ao regime dos artigos 1221.º e 828.º do Código Civil, o dono da obra deve, previamente, obter a condenação do empreiteiro a reparar os defeitos da obra e, se este não cumprir a condenação, poderá obter a reparação por terceiro, no quadro de subsequente execução a instaurar. Porém, invocando o dono da obra a existência de defeitos na mesma como sejam a infiltração de água nos tetos de várias divisões da moradia, mau isolamento dos terraços, permitindo infiltrações de águas, falta de isolamento térmico, mau isolamento de um vidro que deixa entrar água para o interior da casa e existência de inúmeras rachas nas paredes mestras, pelas quais entra água da chuva quando batida pelo vento, é de admitir impor-se a realização rápida da reparação dos defeitos, sem as delongas inerentes à tramitação da ação condenatória do empreiteiro. Se provada aquela factualidade alegada pelo dono da obra, tendo em conta a defesa do seu direito a um ambiente saudável na casa de habitação, como instrumental do direito à saúde, justifica-se, no quadro da autotutela, por força da ação direta, que aquele mande reparar os defeitos por terceiro, face ao silêncio do empreiteiro, a quem havia dado a possibilidade de efetuar a reparação e lhe exija depois a indemnização pelas despesas feitas”.

fundamentais) ⁽²⁹⁸⁾ ou um *direito de crédito* ⁽²⁹⁹⁾, o recurso à ação direta será ilícito, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Estarão em causa os princípios da adequação e proporcionalidade, atenta a natureza dos direitos pretendidos defender. Por exemplo, apesar de *a priori*, num contrato de empreitada, a simples eliminação de defeitos não seja fundamento de recurso à ação direta, é questionável se, em caso de *manifesta urgência*, não será admissível que o dono da obra, diretamente e *sem intervenção do poder judicial*, proceda à eliminação dos defeitos, exigindo, depois, as respetivas despesas⁽³⁰⁰⁾. Se é certo que a conjugação dos art.ºs 1122.º e 1223.º do Código Civil, não resulta que o dono da obra possa, por si ou por outrem a seu cargo, proceder diretamente, à eliminação dos defeitos e, após, “apresentar a conta” ao empreiteiro, se o *decurso do tempo já for elevado*, poderá admitir-se o recurso à ação direta ⁽³⁰¹⁾ — no pressuposto de não estarem preenchidos os requisitos do incumprimento definitivo ⁽³⁰²⁾. Pedro Romano Martinez

⁽²⁹⁸⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Ferreira de Almeida. *Acórdão de 7 de julho de 2010* (proc. 31/04.1TBTMC.S1, bdjd-itij): “I. A não eliminação dos defeitos (oportunamente denunciados pelo dono da obra ao empreiteiro) não confere àquele o direito de, de per si (diretamente) ou por intermédio de terceiro, eliminar os defeitos reclamando, posteriormente, do empreiteiro o pagamento das despesas efetuadas, bem como o de exigir do obrigado (por antecipação) o adiantamento da verba necessária ao respetivo custeio. II. O dono da obra (como credor de uma prestação de facto fungível) só poderá adregar um tal resultado através do recurso à via judicial, obtendo a condenação do empreiteiro nessa eliminação e, em caso de incumprimento do *dictat* condenatório, requerer, em subsequente execução (execução específica), o respetivo cumprimento, por terceiro à custa de devedor (art.ºs 828.º do CC e 936.º, n.º 1, do CPC). III. Trata-se, pois, de um direito potestativo de exercício judicial, não legitimador de qualquer ação direta geral ou especial (de carácter unilateral) por banda do dono da obra, não podendo este substituir-se ao empreiteiro, eliminando *sponte sua* e de *motu próprio* os defeitos ou vícios da obra e apresentar-lhe seguidamente a conta das despesas, assim procedendo, em administração direta, à eliminação dos defeitos ou à realização de nova obra (autotutela não consentida por lei). Isto a menos que se trate de reparações objetivamente urgentes, prementes ou necessárias (não tendo o empreiteiro procedido atempadamente à sua eliminação), casos em que o dono da obra poderá agir com base nos princípios da ação direta geral ou do estado de necessidade plasmados nos art.ºs 336.º e 339.º, ambos do CC”.

⁽²⁹⁹⁾ Tribunal da Relação de Coimbra / Hélder Roque. *Acórdão de 9 de outubro de 2010* (proc. 2273/2001, bdjd-itij): “Não se verificam os pressupostos da ação direta quando o bem que se pretende defender é um eventual direito de crédito, emergente de um contrato de empreitada, que não se enquadra nas hipóteses legais suscetíveis de defesa, através daquele meio de autotutela do direito”.

⁽³⁰⁰⁾ Se o dono da obra proceder à eliminação do defeito por iniciativa própria ou com recurso a terceiros, *perde o direito* ao ressarcimento das despesas tidas, a não ser em caso de urgência, quando se não consinta qualquer dilação e o empreiteiro não der mostras de pretender extirpar o defeito, caso em que o dono da obra pode realizar os trabalhos necessários, com direito a reembolso sobre o empreiteiro, com base em ação direta - LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010. *Direito das Obrigações*, Vol. III. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 549 ss.

⁽³⁰¹⁾ Neste sentido, foi decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça / Fonseca Ramos, *Acórdão de 14 de junho de 2011* (proc. 550/05.2TBCBR.C1.S1, bdjd-itij) que “a eliminação dos defeitos deve ser feita pelo empreiteiro em prazo razoável, sendo de considerar que, *decorridos mais de três anos* sem que aquele cumpra eficazmente a sua obrigação, podem os donos da obra, verificada a urgência da reparação, proceder a ela agindo em ação direta”.

⁽³⁰²⁾ Como afirma MARIANO, João Cura. 2011. *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*. Coimbra: Almedina, pp.110,111, “tendo os direitos de eliminação dos defeitos e de realização de

entende que, nestas circunstâncias, a *ação direta* do dono da obra *assenta no estado de necessidade* (art.º 339.º, do CC) ⁽³⁰³⁾.

Também pode verificar-se a ocorrência, ainda que residual, do exercício da ação direta sobre o *devedor do devedor*. Por exemplo, a jurisprudência já considerou admissível (lícito) a um subempreiteiro exercer ação direta relativamente ao dono da obra, para evitar o conluio entre o dono da obra e o empreiteiro ⁽³⁰⁴⁾, bem como, na mesma situação em que tenha havido subempreitada, ocorra vencimento sem pagamento das prestações do empreiteiro, caso em que será de admitir a ação direta do subempreiteiro sobre o dono da obra ⁽³⁰⁵⁾. Contudo, numa situação paralela, também de *ação direta do credor sobre o devedor do devedor*, foi a mesma julgada *ilícita*, no caso de contrato de transporte seguido de subcontrato, a saber, o primeiro contraente não pode valer-se, em geral, de “ação direta” contra o devedor do seu devedor (contra o subcontraente), mormente quando não seja

nova construção sido estabelecidos no interesse de ambas as partes, não pode o dono da obra obviar ao cumprimento das respetivas obrigações do empreiteiro, efetuando-as ele próprio ou contratando terceiro para esse efeito, sem primeiro dar essa oportunidade ao empreiteiro. Todavia, na hipótese de se verificar um incumprimento definitivo destas obrigações, imputável ao empreiteiro – nomeadamente, no caso de recusa perentória de realização das obras, de não acatamento de prazo admonitório, nos termos do art.º 808.º, n.º 1 ou de tentativa frustrada de eliminação dos defeitos ou de reconstrução da obra – já não se revela necessário o recurso à via judicial para o dono da obra poder efetuar as obras de reparação ou reconstrução, sem que perca o direito de reclamar do empreiteiro o pagamento do custo dessas obras”. Pedro Romano Martinez (2001: p. 347), enuncia que esta é a solução dos sistemas alemão e francês.

⁽³⁰³⁾ MARTINEZ, Pedro Romano. 2001. *Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*. Coimbra: Almedina, p. 347 (cfr. igualmente p. 389). No entanto, convém referenciar que a ação direta distingue-se do direito de necessidade, porque este tem natureza defensiva (visa evitar a concretização ou o prosseguimento de uma agressão ou perigo atual), enquanto na ação direta o agente pretende remover um situação de facto já concretizada ou satisfazer a realização de um direito. Por outro lado, Pires de Lima e Antunes Varela (1986, vol.II, p. 821) alertam para o *elemento histórico*, na situação em que *apenas exista mora* (embora não a temporalizando com o decurso de vários anos, como é o pressuposto da afirmação de Pedro Romano Martinez): “não foi aceita a proposta de Vaz Serra, no sentido de permitir ao dono da obra proceder à eliminação dos defeitos e reclamação indemnização das despesas necessárias, logo que o empreiteiro se constitua em mora”.

⁽³⁰⁴⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Pinto Monteiro. *Acórdão de 26 de janeiro de 1999* (proc. 98A1113, bdjd-itij): “O dono da obra não é o devedor do preço da subempreitada. O subempreiteiro é responsável apenas perante o empreiteiro. Todavia, poderá admitir-se que deve ser concedida ao subempreiteiro uma ação direta contra o dono da obra por motivos de justiça imaterial e para evitar o conluio deste com o empreiteiro em detrimento daquela”.

⁽³⁰⁵⁾ Tribunal da Relação do Porto / Cunha Barbosa. *Acórdão de 3 de dezembro de 2001* (proc. 9920186, bdjd-itij): “No contrato de subempreitada, o subempreiteiro obriga-se, perante o empreiteiro, a realizar toda ou parte da obra que este se comprometeu a realizar pelo contrato de empreitada. É admissível a ação direta do subempreiteiro contra o dono da obra, para exigir o pagamento do preço da obra realizada por aquele, se ocorrer o vencimento de ambas as prestações (do empreiteiro e subempreiteiro) e o incumprimento por parte dos respetivos devedores”.

exigida responsabilidade extracontratual, uma vez que tal ação reveste a feição de uma ação de cumprimento ⁽³⁰⁶⁾.

No entanto, a ação direta deve ser *sempre a exceção*, o último recurso. Apesar da pertinência da observação de Pais de Vasconcelos de que “em casos (...) em que a força pública se recusa a intervir ou em que os tribunais estão parados ou com atrasos inadmissíveis, não pode ser negado o recurso à ação direta, sempre que isso seja indispensável para evitar a inutilização do direito” ⁽³⁰⁷⁾, o argumento da *ineficiência* ⁽³⁰⁸⁾ dos sistemas policial e judicial não pode tornar-se em pretexto para a passagem de uma sociedade subordinada ao Direito para uma sociedade onde primeiro se exercem atos restritivos como constituindo prerrogativas, ou seja, onde a prática do *bullying* obrigacional faça regredir a *auctoritas* devida aos órgãos que regulam e administram a justiça em nome do povo, num ciclo de difícil retorno.

Aliás, ainda que seja de conceder às partes ampla liberdade na definição do *modus operandi* que lhes confira maior eficácia e salvaguarda no cumprimento das respetivas obrigações, não lhes é permitida a previsão de uma cláusula contratual que confira a qualquer (ou a uma) delas o recurso à ação direta, fora dos casos em que a lei a admita expressamente. Tal cláusula será nula ⁽³⁰⁹⁾.

Deste modo, a ação direta, quando lícita, apesar de exercida contra a vontade de quem esteja sujeito a uma obrigação, se nega a cumpri-la, não constitui bullying, porque por essa ação é realizado o fim pretendido pelo agente, em *autotutela* e não em instigação

⁽³⁰⁶⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Machado Soares. *Acórdão de 25 de outubro de 1993*, in *CJSTJ*, Tomo III, p. 86. Sem prejuízo do referido, neste acórdão foi decidido que o primeiro contraente poderá, todavia, agir contra o subcontratante, terceiro violador do seu direito de crédito, ao abrigo do princípio da *eficácia externa das obrigações*, desde que se verifiquem todos os pressupostos da responsabilidade civil exigidos por lei.

⁽³⁰⁷⁾ VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2010. *Op. cit.*, p. 293.

⁽³⁰⁸⁾ Sobre o conflito entre a aplicação do critério da *eficiência* ao domínio jurídico, resultante das teorias da análise económica do direito e o eventual conflito com o critério da *legalidade*, cfr. SILVA, Suzana Tavares da. 2010. “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (Especial), pp. 520-544.

⁽³⁰⁹⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Fátima Galante. *Acórdão de 4 de março de 2010* (proc. 384/08.2TBPD.L1-6, bdjd/itij) – “A cláusula que permite, em caso de mora no pagamento das rendas superior a 60 dias, tomar posse direta e imediatamente do estabelecimento cedido, sem necessidade de interpelação prévia, permitindo desapossar o respetivo utilizador do estabelecimento, configura uma violação do disposto no art.º 1.º do CPC, o qual prescreve que ninguém é lícito recorrer à força com o fim de realizar e assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites previstos na lei. (...) A cláusula que confere o uso de uma verdadeira ação direta, fora do âmbito próprio, estrito e tipificado em que a lei a prevê, ultrapassa os limites previstos no art.º 405.º, do CC para a liberdade contratual, não importando para aqui a atipicidade do contrato e padece de nulidade, nos termos gerais previstos no art.º 294.º do mesmo CC, afrontando uma garantia elementar do estado de direito”.

ou acossamento. Uma vez realizada, esgota-se o seu objeto e não precisa de ser repetida. Inversamente, quando a ação direta seja praticada de forma ilícita e assim mantida no tempo ou no espaço, poderá constituir *um ato do processo de bullying* sobre a parte contrária, a qual fica impossibilitada de realizar a prestação nos termos em que teria perspectivado, só lhe restando o recurso à via judicial para impor a reposição ao estado *ex ante*.

4.1.5. Direito de retenção

4.1.5.1. Caracterização

O direito de retenção é, à semelhança da ação direta, o exercício lícito de uma faculdade legal ⁽³¹⁰⁾, desde que o mesmo se subordine ao regime legalmente estabelecido. Traduz-se no direito conferido ao credor, que se encontra na posse de coisa que deva ser entregue a outra pessoa, de não a entregar enquanto esta não satisfizer o seu crédito, verificada alguma das relações de conexidade entre o crédito do detentor e a coisa que deva ser restituída a que a lei confira tal tutela (art.ºs 754.º e 755.º, do CC).

A doutrina tem vindo a caracterizar o direito de retenção como “um direito *a se*, que não se integra no direito de crédito como um seu atributo ou faculdade, antes lhe acresce como uma *prerrogativa complementar* que, por claras razões de justiça e equidade, a lei concede ao credor para robustecer a sua posição” ⁽³¹¹⁾.

Por isso, mais do que uma faculdade, constitui um *direito real de garantia*, válido *erga omnes*, traduzindo-se num “poder imediato sobre certa coisa, numa posição de supremacia sobre determinado objeto”, evidenciado em duas facetas: **(a)** *uma garantia real*

⁽³¹⁰⁾ Não é possível a constituição de direito de retenção, enquanto *direito real de garantia*, por via *contratual*, sob pena de *nulidade*, por impossibilidade legal do objeto (art.º 280.º, n.º 1, do CC). No entanto, Lebre de Freitas parece admitir a possibilidade da constituição de um “direito de retenção *obrigacional*”, considerando que nos termos do disposto no art.º 1306.º, n.º 1, do CC, apesar de não ser permitida a constituição, *com caráter real*, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei, mesmo assim, estipula que “toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, *tem natureza obrigacional*”. O preceito diz respeito a *operações* do direito de propriedade através de outros direitos menores e não da celebração de um contrato nesse sentido. No entanto, por também se tratar de uma restrição, poderá admitir-se que por via *contratual* as partes constituam entre si um “direito de retenção”, com efeitos exclusivamente obrigacionais e *interpartes* (não *erga omnes*). Parece ser esta também a posição de Lebre de Freitas: “podem ser negocialmente estabelecidas restrições com alcance meramente obrigacional” [FREITAS, José Lebre. 2006. “Sobre a prevalência na reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença”, in *ROA*, Ano 66.º, Vol. II (setembro 2006). Lisboa: Ordem dos Advogados, p. 602].

⁽³¹¹⁾ TELLES, Inocêncio Galvão. 1987. “O direito de retenção no contrato de empreitada”, in *O Direito*, Anos 106.º a 109.º. Lisboa: Juridireito, p. 16.

indireta, porque “porque visa dar maior consistência prática ao crédito tornando mais viável a sua cobrança. E é uma garantia real, porque possui o atributo da realidade sendo invocável contra terceiros. É uma garantia real indireta, porque, olhado a esta luz a sua eficácia não é a de proporcionar o pagamento preferencial em execução forçada: é a de, por uma forma mediata ou oblíqua, estimular psicológica e economicamente ao pagamento voluntário. O devedor, ou quem quer que porventura se haja tornado entretanto proprietário do objeto, sabe que não pode exigir este senão mediante o simultâneo pagamento de quanto ao retentor é devido; e sente-se assim compelido a efetuar tal pagamento”; e **(b)** *uma garantia real direta*, porque “permite ao retentor realizar o seu crédito através do produto da venda do objeto, com prioridade sobre os credores restantes” ⁽³¹²⁾. Na verdade, apesar de o retentor não poder opor-se à execução, singular ou universal, movida por outros credores, é-lhe assegurada uma posição preferencial que legitima a *recusa de libertar* o bem retido até ao pagamento do seu crédito.

São três os requisitos para o exercício do direito de retenção: **(a)** que uma determinada coisa ⁽³¹³⁾ se encontre em poder do credor, a título de mera detenção; **(b)** a existência de uma relação direta entre o crédito — que deve ser exigível ⁽³¹⁴⁾ — e a coisa detida pelo credor; **(c)** que seja o detentor da coisa o *credor* do débito que pretende defender e que seja o devedor a pessoa a quem a coisa deva ser restituída ⁽³¹⁵⁾. Pode também ser exercido em caso de insuficiência de caução que tenha sido prestada pelo devedor [art.º 756.º, al. *f*), do CC], podendo também ser efetivado sem prejuízo da propriedade do bem sobre que incide, que, enquanto tal, permanece incólume. No entanto, em termos práticos, a situação do titular da coisa acaba por ser menos vantajosa do que a do mero possuidor — “*melior est conditio possidentis*”, por estar impedido de a fruir.

⁽³¹²⁾ *Ibidem*, pp. 16,17.

⁽³¹³⁾ A coisa passível de retenção, não pode estar dentro da relação dos bens impenhoráveis [art.º 756.º, al. *c*), do CC], designadamente de entre os elencados no art.º 822.º, do CPC, os “bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica” cuja utilidade seja afeta à residência permanente do devedor, salvo se estiver em causa “o pagamento do preço da respetiva aquisição ou do custo da sua reparação”.

⁽³¹⁴⁾ O requisito cinge-se à *exigibilidade* do direito de crédito, embora se o mesmo estiver vencido e não carecer de liquidação, a constituição do direito de retenção é mais clara. Sobre a suficiência do requisito de exigibilidade, *vide* SERRA, Adriano Paes da Silva. 1957. “Direito de Retenção”, in *BMJ*, n.º 65, pp. 164-167.

⁽³¹⁵⁾ MONCADA, Luís Solano Cabral de. 1995 (Reimp). *Lições de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, p. 779.

4.1.5.2. A singularidade da coerção

Não sendo um direito real de gozo, mas apenas de garantia, a razão de ser da retenção é *compelir* o devedor a realizar a prestação a que está obrigado, podendo dessa maneira considerar-se como um meio de autotutela ⁽³¹⁶⁾, por proteger a realização de um direito, em termos semelhantes aos previstos na ação direta: ao definir o crédito e reconhecer ao credor o direito de retenção como garantia da sua satisfação, afirma-se que enquanto não for liquidado subsiste a garantia; implicitamente existe uma “condenação” do devedor: enquanto não liquidar o seu débito não recupera a coisa retida.

Precisamente, para o devedor, o exercício da retenção acaba por constituir uma forma de pressão para que proceda ao pagamento (v.g., referente a uma reparação de um veículo automóvel, que o mecânico se recusa a entregar enquanto o valor da reparação não lhe for pago). A finalidade *compulsória* é de tal maneira incisiva, que a lei prevê, quando a retenção recaia sobre coisa móvel — ou à mesma equiparada —, que o respetivo titular goza dos direitos e está sujeito às obrigações do credor pignoratício (art.º 758.º, do CC), o que significa, por exemplo, que se a retenção tiver por objeto um estabelecimento comercial ⁽³¹⁷⁾, por aplicação do disposto no art.º 672.º, do CC, é imposta uma verdadeira “consignação de rendimentos”, na medida em que afeta os frutos ao pagamento do capital garantido pelo direito de retenção, depois de deduzidas as despesas feitas com a coisa retida ⁽³¹⁸⁾. Essa afetação revela a opção do legislador sobre o significado da função do direito de retenção, não mais como garantia, mas também estritamente ligada a uma finalidade compulsória, pois por via de tal afetação, retira ao devedor o acesso às receitas que devam ser classificadas como frutos civis para os efeitos dos citados dispositivos, tornando ainda mais constrangedora a posição do devedor.

⁽³¹⁶⁾ MÚRIAS, Pedro / PEREIRA, Maria de Lurdes. “Os Direitos de Retenção e o Sentido da Exceção de Não Cumprimento” [em linha]. Lisboa: Múrias Jurídico [referência de 5 de maio de 2011]. Disponível na Internet em <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/ExceptioVsDtsdeRetencao.pdf>>, p. 27 [também publicado na *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 49 (2009), pp. 187-239].

⁽³¹⁷⁾ Um estabelecimento comercial é uma universalidade, de facto (art.º 206.º, n.º 1, do CC) e de direito, constituída pelas coisas corpóreas, as mercadorias ou maquinarias, os trabalhadores, alvarás, nome comercial e o denominado aviamento ou clientela, que inclui um conjunto de bens, como o prestígio, o crédito, universalidade essa que constitui uma unidade económica mais ou menos complexa. *Vide* ASCENSÃO, José de Oliveira. 1987. “Estabelecimento Comercial e EIRL”, in *ROA*, Ano 47.º, Vol. I, pp. 5-26.

⁽³¹⁸⁾ Obviamente que isso não concede ao retentor o direito a usar ou fruir gratuitamente da coisa, pois o direito de retenção é um direito real de garantia e não de gozo (só poderá usá-la se for indispensável para a sua conservação). Conforme decidiu o TRC, por Acórdão de 15 de março de 2011 (Fonte Ramos, proc. 869/09.3TBCVL.C1, bjd-iti), “ao comodatário, munido do direito de retenção, se é lícito *reter* o bem objeto do contrato, já não poderá *gozar* e *tirar* dele *gratuitamente* todas as utilidades que pode proporcionar, enquanto não estiver pago do seu crédito, sob pena de vir a indemnizar o comodante pelo correspondente benefício segundo as regras do enriquecimento sem causa”.

Aliás, conforme assinala Antunes Varela ⁽³¹⁹⁾, “durante muito tempo, cativo do seu *nomen iuris*, o direito de retenção foi concebido como um simples *meio de coação*. O credor que, por determinadas circunstâncias, tivesse em seu poder uma coisa pertencente ao seu devedor, poderia recusar a entrega dela enquanto este lhe não pagasse o que devia. A retenção da coisa funcionava, assim, *como uma espécie de agulhão cravado* na vontade do vendedor para que ele cumprisse a obrigação a que se encontrava adstrito”. Com o Código Civil de 1966, o direito de retenção deixou de ser — apenas ⁽³²⁰⁾ — um instrumento de coerção, para incorporar um verdadeiro direito real de garantia, deixando assim de poder ser qualificado como acossamento, assédio ou instigação, apesar do ínsito aproveitamento de alguma vulnerabilidade do devedor.

Contudo, poderá haver uma aproximação à figura de bullying quando a retenção seja exercida sem que estejam verificados todos os requisitos ou que só o estejam *parcialmente*, designadamente quando o detentor exercer a retenção enquanto não obtiver o pagamento não apenas das despesas por causa da coisa ou dos danos por ela causados, mas também o pagamento de um outro crédito que não tenha qualquer conexão com a prestação que tiver realizado (v.g., no exemplo citado, se o mecânico fizer a retenção também por via e enquanto o proprietário do veículo não lhe proceder ao pagamento de uma pequena reparação anterior efetuada a *outro veículo*, propriedade do cônjuge daquele). Tratar-se-á, assim, por um lado, do exercício legítimo em relação a uma parte do crédito e do exercício ilegítimo em relação à outra parte ⁽³²¹⁾.

Mas, a *conexão* não diz respeito ao *bem*, mas sim ao *concreto crédito sobre o bem* ⁽³²²⁾, *por via de cuja prestação o credor detém o bem* e desde que a *detenção em relação a esse crédito seja atual*, estando excluídos quaisquer créditos anteriores de outras prestações realizadas (v.g., se o mecânico fizer a retenção do veículo devido à falta de pagamento de uma reparação anterior, quando em relação à reparação atual o seu proprietário pretende

⁽³¹⁹⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em geral*, Vol. II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 577.

⁽³²⁰⁾ Calvão da Silva considera que o direito de retenção continua a desempenhar uma *dupla função*, a saber, uma função de garantia e uma função coercitiva (SILVA, João Calvão da. 2002. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 345).

⁽³²¹⁾ Neste sentido, *cfr.* VARELA, Antunes, *Op. cit.* (II), p. 597.

⁽³²²⁾ O critério adotado pelo legislador foi, assim, de *conexidade material e objetiva*, ficando excluídas as *prestações de facto*, ao contrário do que tinha sido proposto por Vaz Serra e a que também aderiu Calvão da Silva (2002: p. 341).

proceder ao seu pagamento) ⁽³²³⁾, porque no direito de retenção o débito de que o detentor é sujeito ativo (credor) encontra-se ligado à coisa, visando *apenas* o pagamento de despesas que o detentor *com ela* efetuou (na decorrência do facto concreto em que se funda a sua detenção) ou a indemnização de prejuízos que em razão dela sofreu — ou seja, não está apenas ligado à *coisa* (*debitum cum te iunctum*), mas principalmente à *causa* e ao *tempo* em que a coisa passou para o seu domínio temporário. Fora desse âmbito, não será lícito ao credor (detentor) exercer qualquer pressão coercitiva sobre o devedor (o que exerce o direito real sobre a coisa).

Nestes pressupostos, se o credor (detentor) fizer a retenção do bem enquanto não obtiver a satisfação de uma prestação que não tem ligação direta com a causa que é a fonte da detenção, recusando-se a libertar o bem, tal recusa será ilícita e, por privar o devedor de fruir, livre e plenamente, as utilidades do bem, é passível de integrar a figura do *esbulho*, que lhe confere o direito não só a ser restituído à posse do bem, como ainda a ser indemnizado, à custa do esbulhador, do prejuízo que haja sofrido em consequência desse esbulho, conforme prevê o artigo 1284.º, do CC. ⁽³²⁴⁾.

4.1.6. Exceção de não cumprimento

4.1.6.1. Âmbito de aplicação

O instituto da exceção de não cumprimento do contrato, cujo regime jurídico está consagrado nos art.ºs 428.º a 431.º, do CC, traduz-se na faculdade que tem qualquer das partes de uma relação sinalagmática de recusar o cumprimento da sua prestação, enquanto

⁽³²³⁾ Tribunal da Relação do Porto / Sampaio Gomes. *Acórdão de 31 de janeiro de 2011* (proc. 796/06.6TBLMG.P1, bdjd-itij): “I - Se é certo que havia um crédito da Ré sobre a Autora de uma reparação anterior, o direito de retenção que essa primeira reparação do veículo poderia conceder extinguiu-se com a entrega da coisa – artigo 761.º, do Código Civil. II - No segundo momento, em que foi exercida a retenção, não existia qualquer conexão causal entre o crédito e a coisa, já que o veículo, quando da primeira reparação foi entregue à Autora” e Tribunal da Relação de Lisboa / Pereira Rodrigues. *Acórdão de 4 de fevereiro de 2011* (proc. 5703/09-6, bdjd-itij): “I- Sem detenção atual do bem não pode ser invocado direito de retenção, como não pode ser invocado este direito para se legitimar o início, ou reinício, da detenção de facto da coisa reclamada como objeto deste mesmo direito. II- Ou seja, tem-se direito de retenção quando se tenha a detenção de determinada coisa e crédito sobre o seu titular por despesas efetuadas com essa coisa. Não existindo já detenção, ou porque se fez a entrega voluntária da coisa ou porque se consentiu que o seu titular a extraísse da esfera de domínio daquele que a podia ter detido, não pode haver direito de retenção”.

⁽³²⁴⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Ferreira Girão. *Acórdão de 23 de setembro de 2004* (proc. 04B2093, bdjd-itij): “I - O direito de retenção pressupõe, além da licitude da retenção da coisa e da reciprocidade dos créditos, uma conexão substancial entre a coisa retida e o crédito do autor da retenção. II- Em caso de ilicitude da retenção, a recusa da restituição do veículo que priva o seu proprietário de fruir, livre e plenamente, as utilidades do seu automóvel, integra a figura do esbulho. III- No caso de esbulho de um automóvel, o seu proprietário tem direito à indemnização pela privação do uso do veículo, independentemente de, entretanto, ter adquirido outro automóvel”.

a outra, por seu turno, não efetue a prestação correspondente a que se encontre vinculada⁽³²⁵⁾; estabelece, portanto, a licitude da *recusa de cumprimento* por uma das partes enquanto a outra parte não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

Para a compreensão da relevância e abrangência da *exceptio* e da sua relação comparativa com uma conduta enquadrável no *bullying* contratual, é necessário recuar até ao século XV, altura onde pela primeira vez foram definidos os seus traços essenciais, alicerçados em razões de equidade e de justiça comutativa. Com efeito, uma pessoa que assume um compromisso, que “empenhe” a sua palavra, deve manter-se fiel, sob pena de não poder prevalecer sobre compromissos reciprocamente outorgados em seu favor. Não é, pois, de estranhar que este instituto não seja exclusivo do direito; ele existiu igualmente em relações militares⁽³²⁶⁾ e sociais. Sem pretender a dispersão por elementos históricos, não é despidiando assinalar que na base da *exceptio* radicam o princípio da execução simultânea das prestações⁽³²⁷⁾ e o princípio do equilíbrio contratual⁽³²⁸⁾, que em conjugação com a evolução traçada no Código Civil Italiano, serviram de estudo ao anteprojeto de Vaz Serra⁽³²⁹⁾ para a sua previsão no Código Civil Português.

O âmbito natural do instituto são os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, isto é, aqueles que radicam num *vínculo* que não só torna as obrigações *interdependentes* no momento da sua *constituição*, como assim as *mantém* até à sua extinção. Esta interdependência significa que as partes obrigaram-se reciprocamente e, portanto, *cada uma delas é credora e devedora da outra*⁽³³⁰⁾. Todos os Autores são unânimes em considerar não ser necessária a igualdade objetiva, bastando que uma das partes veja na prestação da outra um corresponsivo adequado da sua prestação. As obrigações contrapõem-

⁽³²⁵⁾ Definição resultante da articulação das noções dadas legalmente (art.º 428.º, n.º 1, do CC) e doutrinariamente por COSTA, Mário Júlio Almeida. 1986. “Anotação ao Acórdão do STJ, de 11 de dezembro de 1984”, in *RLJ*, Ano 119.º, p. 143 e ABRANTES, João José Abrantes. 1986. *A Exceção de não cumprimento do contrato no Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, p.39).

⁽³²⁶⁾ Era o caso do vassalo a quem o senhor tivesse faltado na sua proteção, podia recusar-lhe, por seu turno, o cumprimento das suas obrigações de vassalagem e de tributo.

⁽³²⁷⁾ Alvitado por Domat e Pothier, juristas gauleses, respetivamente do século XVII e XVIII.

⁽³²⁸⁾ Enunciado por Cassin, em 1914.

⁽³²⁹⁾ Proposta publicada no *BMJ*, n.º 67 (junho de 1957). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 172 ss.

⁽³³⁰⁾ TELLES, Inocêncio Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, p. 450. Refere este Autor (p.451) que “nas relações sinalagmáticas, só se é obrigado a manter a palavra perante aquele que também a respeita: «fragenti fidem non est fides servanda» ou «non servendi fidem, fides non servatur eidem»”.

se entre si e equilibram-se “como dois pratos de uma balança” ⁽³³¹⁾. José João Abrantes acrescenta que nem sequer é decisivo, neste ponto, a finalidade prosseguida por cada uma das partes e as suas motivações internas ⁽³³²⁾. O que interessa é que cada um deles se obrigue a uma prestação em virtude de uma contraprestação. Ora, esta é a primeira distinção fundamental com o fenómeno do bullying obrigacional: enquanto que a *exceptio* é lícita porque ambas as partes são simultaneamente *credora* e *devedora* da outra, sendo cada uma das obrigações a *causa determinante* da outra, fazendo com que em caso de não cumprimento de uma, desapareça a sua contrapartida e assim fique legitimada a exceção, no *bullying* obrigacional há nitidamente *um credor e um devedor, sem reciprocidade* (no mínimo, contemporânea); há um credor que não é simultaneamente devedor (v.g., porque já realizou a sua prestação) e o devedor não tem qualquer crédito sobre a contraparte.

Por outro lado, por regra, a *exceptio* é invocável no âmbito do cumprimento de obrigações simultâneas (*trait pour trait*, na doutrina francesa e *zug-um-zug*, na doutrina alemã). Trata-se, na prática, como sugere Manuel de Andrade ⁽³³³⁾, de dar vida à tradicional máxima *inadimplenti non adimplentum* (não se paga a quem não paga), sendo aqui que a exceção de não cumprimento cumpre uma das suas funções: evita que um dos sujeitos seja obrigado a realizar a sua prestação, enquanto a contraprestação não seja, por sua vez, realizada ⁽³³⁴⁾, constituindo o “processo lógico de assegurar, mediante o *cumprimento simultâneo*, o equilíbrio em que assenta o esquema do contrato bilateral, por isso ela vigora, não só quando a outra parte não efetue a prestação, porque não quer, mas também quando ela não a realiza por não pode” ⁽³³⁵⁾.

No fenómeno do bullying obrigacional, dificilmente haverá prestações simultâneas. As prestações poderão ser corresponsivas, mas o assédio ou instigação só fará sentido quando uma das partes já cumpriu a sua prestação e aguarda a realização da prestação da contraparte, que por não estar a ser efetivada, segue para a prática de atos coercivos ou de

⁽³³¹⁾ TELLES, Inocêncio. 1945. “Não cumprimento de contratos bilaterais”, in *ROA*, Ano 5.º, Vol. I. Lisboa: Ordem dos Advogados, p.83.

⁽³³²⁾ ABRANTES, José João, *Op. cit.* (1986: pág.41).

⁽³³³⁾ ANDRADE, Manuel de. 1958. *Teoria Geral das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 331.

⁽³³⁴⁾ Cumpre também notar que, a este propósito, Vaz Serra, sustentou não ser aceitável afirmar que o cumprimento da obrigação de uma das partes seja *condição de exigibilidade* da outra, “donde resultaria que o demandante não teria necessidade de invocar a exceção” (SERRA, Adriano Paes Vaz. 1957. “Exceção de contrato não cumprido”, in *BMJ*, n.º 67. Lisboa: Ministério da Justiça, p. 17, nota 12). O que importa é que a prestação, *que se recusa*, tenha por contraprestação aquela cuja *não realização* se invoca para fundamentar a recusa.

acossamento. Ou seja, à semelhança do que sucede no direito de retenção em que uma parte *já cumpriu* e pretende compelir a outra ao cumprimento, já na *exceptio non adimpleti contractus* — por regra — nenhuma das partes ainda cumpriu ⁽³³⁶⁾.

Já em relação aos *contratos plurilaterais* (com mais de duas partes), em que cada prestação dirige-se à consecução de um fim comum, obrigando-se cada uma das partes em face de todas as outras, José João Abrantes e Vaz Serra aceitam a possibilidade da aplicação da exceção, porém apenas quando a parte que a invoca *ainda* não tenha cumprido, caso contrário, só poderá argui-la “quando a prestação em falta deva ser considerada *essencial*, de harmonia com todas as circunstâncias do caso concreto” ⁽³³⁷⁾. A utilização *indevida* da *exceptio* como elemento integrador de um bullying obrigacional nos contratos plurilaterais será *impraticável*; primeiro, porque não é plausível que o “bulidor” consiga exercer uma instigação *contra todos* os demais sujeitos (a contraparte é plúrima).

No entanto, a *exceptio* não pode ser invocada nos contratos *bilaterais* imperfeitos (nos quais, inicialmente, só há obrigações para uma das partes, e mais tarde, devido a circunstâncias ocasionais, surgem obrigações para a outra parte), quando a prestação de uma das partes esteja sujeita a condição suspensiva (a contraparte não pode invocar a exceção, enquanto a condição não se verificar), bem como quando esteja em causa o cumprimento de obrigações secundárias (v.g., no contrato de compra e venda, a entrega de documentos quanto à coisa).

Também não será admissível a sua invocação se o incumprimento da contraparte for *definitivo*, porque em tal situação, impossibilitaria a posterior realização da prestação do excipiente. Com efeito, a *exceptio* visa apenas *suspender* o cumprimento de uma prestação quando *ainda* se mantenha o vínculo obrigacional. Em caso de incumprimento definitivo, deve ser invocada a resolução do contrato, e não a sua suspensão, através deste instituto. Já será, contudo, de admiti-la, quando o cumprimento da contraparte tiver sido parcial, na medida em que atenta a regra da pontualidade inserta no art.º 406.º, do CC, a prestação devida deve ser efetuada integralmente e não por partes, como aliás, também

⁽³³⁵⁾ VARELA, João de Matos Antunes. “Anotação ao Acórdão do STJ, de 26 de abril de 1974”, in *RLJ*, Ano 108.º, p. 152.

⁽³³⁶⁾ Depende se estiver estipulado o mesmo prazo ou prazos diferentes para o cumprimento. Se os prazos forem diferentes, o que se obriga a cumprir em primeiro lugar, na prática, “renuncia” à invocação da *exceptio*, salvo se se verificar a situação prevista no art.º 429.º, do CC, ou seja, em caso de verificação de alguma das circunstância que importe a perda do benefício do prazo, ou seja, as que constam do art.º 780.º, do CC.

⁽³³⁷⁾ ABRANTES, João José, *Op. cit.* (1986: pág.56).

resulta do art.º 762.º, n.º 1, do mesmo Código, salvo se outro for o regime convencionado por lei ou pelos usos. *Porém*, se o *não cumprimento parcial* for tão diminuto que pouca ou nenhuma tenha para a contraparte, não parece justo que esta possa invocar a exceção, sob pena de afetar o princípio da boa fé.

Situação semelhante ocorre quando haja uma “violação positiva do contrato”⁽³³⁸⁾, isto é, quando a prestação é mal executada qualitativamente ou quando o devedor executa bem, deixando todavia de cumprir algum dever acessório de conduta⁽³³⁹⁾. Para estes casos, ainda que sem disposição legal específica, a maioria da doutrina⁽³⁴⁰⁾ tem suscentado a admissibilidade da *exceptio non rite adimpleti contractus*, já que “estando em causa o direito ao cumprimento exato e pontual, o contraente que cumpre defeituosamente não tem o direito de exigir a respetiva contraprestação enquanto não sanar os defeitos da sua prestação, só adquirindo o direito àquela quando, prévia ou simultaneamente, se oferecer para reparar o mau cumprimento, ou seja, quando se proponha satisfazer a prestação devida e acordada *ab initio*”⁽³⁴¹⁾ / ⁽³⁴²⁾. De qualquer modo, Antunes Varela adverte que o

⁽³³⁸⁾ Vide CORDEIRO, António de Menezes. 1981. “Violação Positiva do Contrato”, in *ROA*, Ano 41.º, Volume I. Lisboa: Ordem dos Advogados, p. 148.

⁽³³⁹⁾ Existe *cumprimento defeituoso* em todos os casos em que o defeito ou irregularidade da prestação causa danos ao credor ou pode desvalorizar a prestação, impedir ou dificultar o fim a que objetivamente se encontra afetada, estando o credor disposto a usar outros meios de tutela do seu interesse que não sejam a recusa pura e simples da aceitação; por *incumprimento inexato* deve entender-se todo aquele em que a prestação efetuada não tem requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal como este resulta do contrato e do princípio geral da correção e da boa fé, considerando que a inexatidão do cumprimento pode ser quantitativa (prestação parcial a que se seguem os efeitos de não cumprimento no que respeita apenas à parte da prestação não executada: a mora ou incumprimento definitivo) e qualitativa (traduzida numa diversidade da prestação, como numa deformidade, num vício ou falta de qualidade da mesma ou na existência de direitos de terceiros sobre o seu objeto). Vide VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em Geral*, Vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 130 ss. e MACHADO, João Baptista. 1991. “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, in *Obra Dispersa, Volume I*. Braga: Scientia Ivridica, pp.168 ss.

⁽³⁴⁰⁾ Em sentido contrário, não a admitindo, cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. 1989. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 391. Por sua vez, embora aceitando a doutrina, Pedro Romano Martinez (2001: pp. 295, 296), perante um cumprimento defeituoso, limita o exercício da *exceptio* apenas em relação a uma parte do preço igual ao custo da reparação do defeito.

⁽³⁴¹⁾ Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão de 18 de maio de 2006*, in *CJSTJ*, Ano XIV, Tomo II, p. 85.

⁽³⁴²⁾ Cfr., a título de exemplo, o decidido pelo Ac. TRP, de 11 de dezembro de 2008 (José Ferraz, proc. 0834105, bdjd-itij): “I – Pelo trespassse o trespassante transfere a titularidade do estabelecimento para o trespassário: é esta a obrigação que contrai e só realiza a prestação a que se obriga mediante a entrega da coisa (o estabelecimento) nas condições, com as características ou qualidades que assegurou ao trespassário, de modo a que a coisa realize o fim a que se destina, requisitos estes que devem existir no momento em que se processa a entrega ao trespassário. II – Tal não ocorre quando (e enquanto) o estabelecimento comercial de bufete (café) trespassado não for dotado do imprescindível alvará sanitário ou licença de utilização, mesmo que haja sido convencionada reserva de propriedade, a favor do trespassante, até ao pagamento integral do preço do trespassse. III – Em tal circunstancialismo, integrador de cumprimento defeituoso da prestação a cargo do trespassante, pode o trespassário invocar a «*exceptio non rite adimpleti contractus*», legitimadora da

problema “deve ser resolvido, sem nunca se perder de vista o princípio da boa fé” ⁽³⁴³⁾ e, segundo Almeida Costa, recorrendo também ao instituto do abuso de direito ⁽³⁴⁴⁾.

Será, por exemplo, contrário à boa fé, se o credor tendo recebido a prestação sem nenhuma reserva ou protestos, apesar dos seus vícios e defeitos (mínimos ou sem suficiente relevo), invocar a exceção, pelo menos em relação à parte da prestação a que se encontra adstrito, razão apontada por Almeida Costa para a necessária atenção à regra da adequação ou *proporcionalidade* entre a defesa do direito do excipiente e o exercício da exceção: uma prestação significativamente incompleta ou viciada justifica que o outro obrigado reduza a contraprestação a que se acha adstrito, porém, em tal caso, só é razoável que recuse quando se torne necessário para garantir o seu direito ⁽³⁴⁵⁾.

Do mesmo modo, havendo cumprimento defeituoso, o credor não pode invocar imediatamente e de forma plena a exceção, sendo-lhe exigível a observância dos elementos estatuídos na lei como necessários ou idóneos a cessar esse estado e só, após, na ausência de resposta, recusar-se temporariamente à realização da sua prestação, ao abrigo da *exceptio* — v.g., num contrato de empreitada, a *exceptio non rite adimpleti contractus* só pode ser exercida pelo dono da obra se este tiver já, junto do empreiteiro, denunciado os defeitos da obra e exigido a sua eliminação ⁽³⁴⁶⁾. Se a exceção for invocada sem que

suspensão da exigibilidade da correspondente obrigação de pagamento do remanescente do preço em prestações”.

⁽³⁴³⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I. 10.^a edição. Coimbra: Almedina, p. 400.

⁽³⁴⁴⁾ COSTA, Mário Júlio Almeida. 1986. “Anotação ao Acórdão do STJ, de 11 de dezembro de 1984”, in *RLJ*, Ano 119.º, p. 144. Aderindo esta doutrina, o Ac. TRL, de 29 de setembro de 2009 (Cristina Coelho, proc. 3265/08.6TBVNG.L1-7, bdjd-itij), decidiu na sequência da invocação da *exceptio*, que “age em abuso de direito o contraente que não pagou o preço acordado, apesar de interpelado extrajudicialmente, e, apenas quando demandado, invoca o cumprimento defeituoso da prestação do outro contraente e perda de interesse na prestação, sem que antes o tenha interpelado para eliminar os defeitos, ou lhe tenha comunicado que não cumpria enquanto não fossem eliminados, ou lhe tenha comunicado a perda de interesse na prestação”.

⁽³⁴⁵⁾ *Cit.* Almeida Costa (2009: p. 172). No mesmo sentido, Antunes Varela (1997, Vol.II: p. 395).

⁽³⁴⁶⁾ Neste sentido, *cf.* MARTINEZ, Pedro Soares Romano. 2001. *Cumprimento Defeituoso, em especial na Compra e Venda e na Empreitada*. Coimbra: Almedina, p. 328.

Esta conceção foi sufragada no Acórdão do STJ, de 10 de dezembro de 2009 (Cons. Serra Baptista, proc. 163/02.0TBVCD.S1, bdjd-itij), no qual se decidiu que “I-A exceção do não cumprimento do contrato pode também ser utilizada quando a outra parte cumpre a obrigação, mas defeituosamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*), desde que os defeitos que a prestação padeça prejudiquem a integral satisfação dos interesses do credor. Não sendo de admitir o recurso à mesma se os defeitos da prestação, atendendo aos interesses do credor, tiverem escassa importância (art.º 802.º, n.º 2, CC, por analogia). II- Cabe à parte que pretende utilizar a *exceptio* perante o cumprimento defeituoso a demonstração de que os defeitos existentes tornam inadequada a prestação em termos de justificarem o recurso a tal instituto. III- A *exceptio non rite adimpleti contractus* apenas pode exercida após o credor ter, não só denunciado os defeitos, como também exigido que os mesmos fossem eliminados, que a prestação fosse substituída ou realizada de novo, que o preço fosse reduzido ou que fosse paga uma indemnização pelos danos *circa rem*”.

estejam preenchidos os seus pressupostos (sendo, por conseguinte, ilegítimo o seu exercício), o retardamento do *excipiens* no cumprimento da sua prestação fá-lo incorrer em mora, nos termos gerais.

É precisamente nestas duas últimas citadas situações (cumprimento parcial e cumprimento defeituoso), que o *excesso* ou *inadmissibilidade* da invocação da exceção de não cumprimento de contratos, poderá enquadrar-se numa indevida instigação do excipiente sobre o devedor, reclamando a integração do fenómeno e a apreciação da eventual conformação da relação obrigacional. Com efeito, a exceção de inadimplência ou inexecução (suspensão por inexecução) não é senão a *recusa temporária do devedor* – também *credor* de uma prestação não cumprida —, que assim *retarda, legitimamente*, o cumprimento da sua prestação, enquanto o credor não cumprir a prestação que lhe incumbe. A utilização do instituto fora destes limites, será ilícita, podendo constituir uma violação do princípio da boa fé ou um abuso de direito e, se acompanhada por outros atos de acossamento ou se for reiterada no tempo, consubstanciará o aludido bullying obrigacional.

4.1.6.2. *Fundamento*

A exceção de não cumprimento dos contratos baseia-se no princípio geral da boa fé, que cada um dos contraentes deve ao outro e que os deve impedir de exigir a prestação da contraparte sem efetuar ou oferecer a contraprestação. Esta boa fé refere-se ao *momento* em que a exceção é invocada, não interessando para o efeito da oponibilidade da prestação se o crédito foi adquirido de boa ou má fé. Aliás, o princípio da boa fé deve presidir a toda a temática do cumprimento das obrigações, sendo um critério fundamental para avaliar o equilíbrio da relação contratual. A suspensão da prestação só pode ser considerada legítima se obedecer ao princípio da boa fé, restrita ao que seja necessário para restabelecer o equilíbrio das prestações ainda por cumprir.

José João Abrantes ⁽³⁴⁷⁾, considera que na solução de cada caso concreto, a boa fé deve ser manifestada pela coexistência de dois aspetos: a *intenção* que preside à invocação

Pedro Romano Martinez acrescenta ainda que “para que o comprador ou o dono da obra se torne credor de qualquer dos direitos referidos (...), não basta que os defeitos tenham sido denunciados; torna-se necessário que o devedor fique ciente da pretensão (ou pretensões) a que está adstrito. Nestes termos, após o credor ter indicado por qual ou quais dos direitos opta, é que nasce o crédito à pretensão e, só a partir desse momento, se pode deduzir a exceptio” (*Op. cit.*, p. 329).

⁽³⁴⁷⁾ ABRANTES, José João, *Op. cit.* (1986: p.111).

da exceção e a *eficácia* ⁽³⁴⁸⁾ do recurso a este meio de defesa. No fenómeno *sub judice* destaca-se o primeiro deles: o excipiente deve revelar a *intenção real* de prosseguir a execução do contrato e devem existir circunstâncias que imponham a necessidade de *compelir* o contraente faltoso a cumprir, fundada na ideia de proporcionalidade e da preservação do equilíbrio das obrigações sinalagmáticas. A boa fé representa um critério de conduta de comportamento de cada um dos sujeitos da relação obrigacional, por isso não é igualmente aceitável, pela negativa, que uma parte acione, de forma desproporcionada este meio de defesa. Importa recordar que embora o excipiente não recuse o cumprimento, com a sua conduta obtém um *efeito dilatatório* que, se for infundado, pode ser nefasto para a própria subsistência da relação estabelecida.

É também este o fundamento da aferição das condutas que ultrapassando os limites da boa fé, possam ser qualificadas de *bullying* obrigacional, como *infra* se procurará sustentar. Nesta medida, a *exceptio* quando legitimamente usada, mais do que a *suspensão* que encerra, visa a *execução do contrato, na sua integralidade*, visto que as obrigações nascem unidas e assim devem permanecer durante toda a vida da relação contratual, até ao último momento dessa relação, conforme decorre do disposto nos art.^{os} 430.º e 431.º, do CC — note-se, que a exceção pode ser invocada mesmo depois de prescrito o crédito do excipiente e é ainda passível de ser estendida a terceiros. Inversamente, quando invocada de forma ilícita, constitui uma manifesta violação da interdependência das obrigações sinalagmáticas e, por conseguinte, da justiça comutativa, regredindo o fundamento das obrigações a perspectivas subjetivistas, em detrimento da avaliação objetiva, ainda que tendo por referência o caso concreto. O *bullying* obrigacional representa idêntico perigo e, se usada de forma abusiva, a *exceptio* pode tornar-se num gravoso instrumento de acossamento de uma das partes da relação obrigacional.

⁽³⁴⁸⁾ Sobre a eficácia, resulta do art.º 431.º, do CC, que a exceção é oponível a todos os que assumam a oposição de qualquer dos contraentes, quer seja por sucessão, cessão da posição contratual, transmissão a título singular de créditos ou de dívidas, etc.. Por outro lado, o preceito refere-se apenas àqueles que *substituem* os contraentes nos direitos e obrigações *ex contractu* e não aos terceiros adquirentes da coisa retida por um dos contraentes. Neste sentido, *cfr.* Vaz Serra (1957: pp.113 ss) e LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1986. *Código Civil Anotado*. Volume I. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 408

4.1.6.3. Funções

Além do *fundamento*, justifica-se a reflexão sobre qual a *função* que o legislador quis atribuir à *exceptio*. Segundo Calvão da Silva ⁽³⁴⁹⁾, desempenha uma dupla função: a de *garantia* e a *coercitiva*.

Relativamente à primeira, compreende-se pelos efeitos da invocação da exceção. Ela permite ao excipiente garantir-se contra as consequências – presentes ou futuras – do não cumprimento, cumprimento parcial ou defeituoso da obrigação recíproca do devedor. Trata-se, assim, de um *meio de defesa* que tem por fim assegurar o respeito do princípio do equilíbrio contratual.

Mas a função que aqui cumpre destacar é a coercitiva, por consubstanciar um *meio de pressão* sobre o contraente inadimplente, para que este realize a sua prestação. Contudo, *não funciona como sanção*, mas apenas como processo lógico de, numa interação das duas funções, assegurar mediante o cumprimento simultâneo o respeito pela estrutura do contrato celebrado entre as partes e na medida em que não pressupõe um comportamento culposos daquele a quem é oposta. Razão por que Calvão da Silva ⁽³⁵⁰⁾ e António Pinto Monteiro ⁽³⁵¹⁾ qualificam-na como “*meio de coerção defensiva*”, à semelhança do que sucede também com o direito de retenção.

É verdade que esta função coercitiva não é aceite por toda a doutrina. Pedro Múrias e Maria de Lurdes Pereira argumentam que “o propósito de compelir ou incitar a parte contra quem se faz valer a *exceptio* a realizar a sua prestação, a ser devidamente comprovado na respetiva disciplina, nunca poderia deixar de ter o estatuto de uma função acessória e eventual, (...) porque a tutela do sinalagma reclama que a *exceptio* continue a ser invocável mesmo quando não tenha, tanto em abstrato quanto em concreto, a possibilidade de coagir ao cumprimento, ou quando esse efeito, ainda que possível, seja diminuto” ⁽³⁵²⁾, apontando o exemplo de quem esteja numa *impossibilidade temporária*. De qualquer modo, ainda que não se aceite a qualificação de “coerção”, a lembrar a figura

⁽³⁴⁹⁾ SILVA, João Calvão da, *Op. cit.* (2004: p. 336).

⁽³⁵⁰⁾ *Ibidem*, pp. 336-338.

⁽³⁵¹⁾ MONTEIRO, António Pinto. 1990. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, pp. 109, 110, nota de rodapé 238: “a cláusula penal, o sinal, a cláusula resolutive expressa, a exceção de não cumprimento do contrato e o direito de retenção, constituem exemplos de meios de coerção privada: as três primeiras configurar-se-ão mais como medidas de coerção ofensiva e as duas últimas de coerção defensiva”.

⁽³⁵²⁾ MÚRIAS, Pedro / PEREIRA, Maria de Lurdes. “Os Direitos de Retenção e o Sentido da Exceção de Não Cumprimento” [em linha]. Lisboa: Múrias Jurídico [referência de 5 de maio de 2011]. Disponível na Internet em <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/ExceptioVsDtsdeRetencao.pdf>>, pp. 25,26.

com os elementos delineados no art.º 255.º, do CC (da coação moral), é inegável que desempenha, no mínimo, uma *função compulsória*, que envolve uma efetiva *pressão* sobre a contraparte.

Nesta medida, o exercício dentro do enquadramento legal da *exceptio* é completamente oposta ao bullying obrigacional, por este consistir num *efetivo meio de coerção ofensivo e ilícito* — e não apenas compulsório. Com outra diferença: enquanto que neste, é o credor que pretende ver satisfeito o *seu crédito*, em bom rigor, na *exceptio* o que o excepiante pretende não é apenas a tutela do seu direito de crédito, mas também, proteger a sua condição de devedor ⁽³⁵³⁾ (*não realizando a sua prestação, enquanto devedor, enquanto não for satisfeita a prestação de que é credor*).

4.1.7. Fraude à lei

Derivado do latim *fraus, fraudis*, o termo significa engano, má-fé, falsidade. Neste sentido linguístico, a fraude consiste na tentativa de dissimular a prática de condutas ilícitas (proibidas pelo ordenamento jurídico), através de um artifício.

No direito civil não há norma específica que verse sobre a fraude à lei *nas relações obrigacionais* ⁽³⁵⁴⁾, só estando prevista no âmbito do direito internacional privado, estipulando o art.º 21.º, do CC que “na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente”. A partir desta noção pode considerar-se que constitui fraude à lei a conduta que procure contornar uma determinada proibição ou imposição legal ⁽³⁵⁵⁾, visando a obtenção de um resultado reprovado pelo ordenamento jurídico, através da utilização de uma norma, procedimento

⁽³⁵³⁾ Em sentido próximo, embora não totalmente correspondente, vide MÚRIAS, *Ibidem*, p. 8.

⁽³⁵⁴⁾ No Código Civil espanhol há norma expressa — art.º 6.º, n.º 4: “Los atos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (“os atos praticados ao abrigo de uma norma que procurem a obtenção de um resultado proibido por lei ou contrário a ela, consideram-se executados em fraude à lei e não impedirão a correta aplicação da norma que se procurou evitar” — tradução livre).

⁽³⁵⁵⁾ Embora por vezes se aponte a *simulação* como fraude à lei, a mesma não se integra no conceito. Conforme refere Manuel de Andrade, no negócio simulado, ao contrário do que sucede na fraude à lei, as partes querem realmente os seus efeitos jurídicos, embora procedendo com escopo fraudatário: “Só num sentido amplo do conceito de fraude à lei é que lá se pode e deve incluir a simulação fraudulenta, que aliás constitui o processo mais frequentemente usado para contornar as proibições legais” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1987b. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume II – *Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, p. 181).

ou instrumento que sirva de encobrimento e que aparente a regularidade ou uma conformidade ao direito desprovida de fundamento ⁽³⁵⁶⁾.

Na fraude à lei *não há o exercício de um direito*; há o cumprimento de uma norma como “máscara” para a obtenção de um resultado que a lei proíbe ou rejeita. Manuel Andrade sintetiza a fraude à lei como a prática de atos negociais, “pelos quais se consegue por via oblíqua o mesmo resultado que a lei quis impedir ou um resultado praticamente idêntico” ⁽³⁵⁷⁾. Nesta conformidade, o ato realizado pela parte, ainda que com intenção de afastar uma determinada norma ou regra de ordem pública, “*não visa prejudicar quem quer que seja*” ⁽³⁵⁸⁾, mas assegurar a realização dos interesses do seu próprio autor através de uma forma que, por inadmissível perante as disposições imperativas da lei, se rebela contra elas ou, mais precisamente, contra o espírito das instituições, o qual é, assim, objeto de um abuso” ⁽³⁵⁹⁾ / ⁽³⁶⁰⁾.

⁽³⁵⁶⁾ No Acórdão do STJ, de 2 de outubro de 2008 (Cons. Salvador da Costa, proc. 08B2606, bdjd-itij) foi dada a seguinte definição: “Fraude lei é uma forma de ilicitude derivada de as partes, ou alguma delas, por via de artifício formal ilícito, conferir ao negócio jurídico celebrado uma feição de licitude”.

⁽³⁵⁷⁾ Vide ANDRADE, Manuel A., *Op. cit.* (1987b, vol. II), pp. 180, 181.

⁽³⁵⁸⁾ Esta afirmação pode não corresponder totalmente à realidade. A título de exemplo, no Ac. TRL, de 10 de fevereiro de 2004 (Ferreira Pascoal, proc. 9733/2002-1, bdjd-itij), apreciou-se uma situação em que houve a pretensão de contornar o regime imperativo da lei quanto ao valor da *legítima* (regime sucessório) — qualificado como fraude à lei — *com prejuízo dos herdeiros legítimos*. Nesse acórdão, decidiu-se que: “I – O valor da legítima (porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legítimos – art.º 2156.º do Código Civil) só se pode concretizar após a morte do proprietário dos bens, mas há fraude à lei quando se pretende contornar o obstáculo da legítima, declarando os outorgantes falsamente em escrituras que uma filha dos proprietários comprou a nua propriedade dos bens nelas referidos, com a intenção de impedirem que esses bens pudessem vir a ser considerados para aquela concretização; II – Se tivesse havido doação, havia, pelo menos (se tivesse sido dispensada a colação), de imputar a doação na quota disponível (n.º 1 do art.º 2114.º do Código Civil), o que já não sucederia com aquelas escrituras, visto essa filha passar a ser, após o óbito dos pais, proprietária plena desses bens; III – A fraude à lei, com a consequente nulidade dos negócios em causa (art.º 294.º do Código Civil), foi praticada por ambos os cônjuges, ao agiram com a intenção de impedir que os bens do casal referidos naquelas escrituras pudessem vir a ser considerados, pelo menos, para cálculo da legítima da outra filha do cônjuge marido, autora nos autos; IV- A declaração daquela nulidade tem como efeito a reversão para o património dos pais da nua propriedade dos ditos bens, nos termos do n.º 1 do art.º 289.º do Código Civil”.

⁽³⁵⁹⁾ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. 1973 (2.ª Reimp. 1997). *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, pp. 531, 532. Na página seguinte, esclarece: “a atividade fraudatária está na fuga ao preceito imperativo para, através do recurso a uma norma diferente daquela a que se pretende escapar, lograr a obtenção do efeito que ela imperativamente proíbe”.

⁽³⁶⁰⁾ No Ac. STJ, de 13 de abril de 2010 (Cons. Urbano Dias, proc. 477-D/1996.L1.S1, bdjd-itij), apreciou-se o exercício do direito de remição (no processo executivo) como potenciador de ser incluído na fraude à lei: “Atenta a finalidade do direito de remição, tal como está consagrado no direito positivo, poder-se-á equacionar a verificação de fraude à lei, por parte do remidor, desde que se prove que o exercício de tal direito, por parte deste, apenas representa uma manifestação aparente, porquanto, no substancial, a sua ideia não é a preservação do bem na família, mas, antes, arranjar uma qualquer forma de com isso, mais tarde ou mais cedo, poder facilmente negociá-lo”.

Para que se possa integrar um comportamento na fraude à lei, torna-se necessária a prova do intuito fraudulento, o *animus fraudandi*. Porém, como observa Pedro Pais de Vasconcelos, esta intenção “pode não existir sempre que o resultado prático seja a frustração da intencionalidade legal e, mesmo quando exista, a sua prova será muitas vezes difícil, senão mesmo impossível” ⁽³⁶¹⁾.

Quanto à consequência, embora António Menezes Cordeiro assinala que “os atos em fraude à lei distinguem-se dos atos contrários à lei” ⁽³⁶²⁾, admite que “é uma forma de ilicitude que envolve, por si, a nulidade do negócio” ⁽³⁶³⁾, ou seja, acaba por ter o mesmo valor da *direta violação da lei*, aplicando-se-lhe, por conseguinte, o disposto nos art.ºs 294.º e 280.º do Código Civil.

Destarte, esta caracterização permite, sem necessidade de maior desenvolvimento, que o bullying obrigacional é completamente distinto da fraude à lei. Com efeito, o credor que pratica a instigação ou o acossamento sobre o devedor, não atua dissimulado, cumprindo normas legais para atingir um fim ilícito ou proibido por outra norma. O credor pretende que o devedor realize a prestação a que está obrigado e para o efeito procede à prática de atos que são violadores de normas, princípios ou regras de ordem pública e social. O fim será *lícito*, o *meio* utilizado não o será, ainda que esse *meio* envolva a prática de procedimentos ou a utilização de instrumentos aparentemente legais. Só que na *fraude à lei* não é o *meio* que é rejeitado pelo ordenamento (para esse efeito, ter-se-á de encontrar a devida solução jurídica), mas sim o *fim* pretendido atingir.

O único ponto em comum será o facto de, quer na fraude à lei, quer no bullying obrigacional, ser necessário o recurso à aferição do *nexo de causalidade* entre a *intenção*, a *consciência* de violação de normas ou do espírito do sistema jurídico e o *resultado obtido*: não haverá fraude juridicamente relevante se o resultado não coincidir com aquele a que a norma imperativa contornada pretende obstar e que o sujeito quis obter. Do mesmo modo, não haverá bullying se da instigação ou assédio do credor não resultar qualquer constrangimento para o devedor, se este não estiver sujeito a qualquer vulnerabilidade ou inclusivamente utilizar o assédio e instigação do credor para reiterar a sua declaração em

⁽³⁶¹⁾ VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 593.

⁽³⁶²⁾ Citando Paulus, “contra legem facit quid id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit” — Paulus, D.1.3.29 *apud* CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 695.

⁽³⁶³⁾ *Ibidem*, p. 696.

não cumprir (ou em retardar o cumprimento), “atormentando” dessa forma o credor, ou seja, atingindo-o de forma inversa com os seus próprios atos.

4.1.8. Violação da ordem pública ou dos bons costumes

São vários os preceitos do CC que fazem referência à ordem pública, sempre a título de *limites*, v.g., do estabelecimento de condições (art.ºs 271.º e 967.º), do objeto negocial (art.º 280.º, n.º 2), da convenção sobre meios de prova (art.º 345.º), da resolução contratual do arrendamento urbano (art.º 1083.º) ou de disposições testamentárias (art.º 2186.º).

A ordem pública, de acordo com a lição de Menezes Cordeiro, constitui um fator de limitação da autonomia privada que ocorre não apenas por via da imposição de normas jurídicas imperativas, mas também por princípios que “correspondem a vetores não expressamente legislados, mas de funcionamento importante (...). São, assim, contrários à ordem pública, contratos que exijam *esforços desmesurados ao devedor* ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica”⁽³⁶⁴⁾.

Também Baptista Machado aludiu que “a ordem pública não só pode ser induzida de um conjunto de normas ou quadros normativos que imperativamente organizam as instituições jurídicas e de certos valores fundamentais com assento constitucional (por ex, a instituição familiar, a administração pública, a organização económica, os direitos fundamentais da dignidade e liberdade das pessoas, etc.), como pode ser a expressão da lógica intrínseca de uma instituição, ou ainda *da ideia de ‘razoabilidade’* no sentido de que os americanos chama o *negative clearing-test*: no sentido de *que o direito se recusa a dar cobertura ao exercício de uma discricionariedade manifestamente irrazoável (proibição do excesso)*. É que, se a proibição do abuso ou do excesso tem mais frequentemente a ver com o exercício de quaisquer direitos ou poderes, ela não pode deixar de repercutir-se também na invalidade das cláusulas de renúncia a faculdades que o direito reconhece justamente para evitar que algum dos contraentes fique sujeito a sacrifícios irrazoáveis ou inexigíveis (...) ou a vinculações de todo incompatíveis com uma vontade racional”⁽³⁶⁵⁾.

Por outro lado, há a referência “aos bons costumes” em muitos outros preceitos do CC, designadamente quanto ao objeto negocial (art.ºs 271.º, 281.º, 967.º, 2186.º, 2230.º),

⁽³⁶⁴⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 441.

⁽³⁶⁵⁾ MACHADO, João Baptista. 1991. “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, in *Obra Dispersa*, Volume I. Braga: Scientia Iuridica, pp. 663, 664.

consentimento do lesado (art.º 340.º), deveres contratuais (art.º 465.º, quanto ao gestor) ou da resolução contratual do arrendamento urbano (art.º 1083.º). Por regra, na referência à atuação contrária aos bons costumes, a lei faz acompanhar a menção à ordem pública. Tratam-se, contudo, de conceitos distintos. Com efeito, os bons costumes têm sido tratados na doutrina e na jurisprudência envolvendo regras deontológicas (advogados, médicos, jornalistas, etc.) e códigos de conduta em duas áreas específicas (familiar e sexual). Ou seja, os “bons costumes” não têm uma noção muito ampla. Menezes Cordeiro faz referência a uma outra situação específica, tratada na jurisprudência, designadamente o negócio destinado a pagar favores íntimos (porém, o relacionamento amoroso, a ser motivo do negócio não é contrário aos bons costumes; tal só ocorrerá se ele for o fim do negócio em jogo) ⁽³⁶⁶⁾.

Apesar de *alguns* atos de bullying poderem criar alguma perturbação da ordem pública ou até (ainda que de forma mais restrita) poderem ser qualificados de ofensa aos bons costumes, na perspetiva do senso comum, não há relação direta com esta figura, em virtude da aplicação jurídica do valor da *moral* ⁽³⁶⁷⁾ não versar sobre a *execução de um contrato* ou da *realização de uma prestação*, incidindo-se *numa fase prévia*, ou de outorga do contrato, ou do estabelecimento de condições, cláusulas ou termos com estipulações que imponham sacrifícios irrazoáveis, inexigíveis, restringindo a liberdade económica dos contraentes de modo inaceitável.

4.2. Comparação integrativa do fenómeno

Após a comparação distintiva do bullying contratual, importa tentar *aproximá-lo*, mediante uma comparação integrativa, com outras figuras e institutos jurídicos plasmadas no ordenamento jurídico, face à inexistência de uma tipificação autónoma para este fenómeno. Para o efeito, proceder-se-á à análise do abuso de direito e da violação do princípio da boa fé.

⁽³⁶⁶⁾ Acórdão TRP, de 19 de dezembro de 1996 (Oliveira Vasconcelos), in *CJ*, Tomo V, pp. 222-226 *apud* CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 709.

⁽³⁶⁷⁾ *Vide* VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 424, 426.

4.2.1. Abuso de direito

4.2.1.1. *Em torno da noção de abuso*

A primeira norma do subtítulo do Código Civil referente ao *exercício e tutela* dos direitos, epigrafada de “abuso de direito” (art.º 334.º, do CC), dispõe ser “*ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico desse direito*”.

Têm sido propostas várias noções do abuso de direito. Assim, Manuel de Andrade utilizou como critério do abuso quando um certo direito, ainda que válido em tese geral, todavia *no caso concreto*, seja exercitado em termos “clamorosamente ofensivos da justiça, entendida segundo o critério social dominante” ⁽³⁶⁸⁾, não sendo necessário que o agente atue com dolo ou mera culpa, sendo “decisivo, apenas, em último termo, que intervenha no caso aquela forte reação de censura por parte da nossa consciência jurídica” ⁽³⁶⁹⁾. Esta noção foi criticada pela dificuldade em definir o critério da injustiça clamorosa e sobre o sentido da consciência jurídica dominante. De qualquer modo, a pedra de toque pretendida enunciar pelo Autor era precisamente que o ato deveria estar *muito após o limite* que pelas demais normas e pelos princípios gerais do direito se considere o padrão do exercício de um direito. Aliás, Vaz Serra manteve a mesma linha de raciocínio de Manuel de Andrade e enunciou haver “abuso de direito quando o direito, legítimo (razoável) em princípio, é exercido, em determinado caso, de maneira a constituir *clamorosa ofensa* do sentimento jurídico socialmente dominante; e a consequência é a de o titular do direito ser tratado como se não tivesse tal direito ou a de contra ele se admitir um direito de indemnização baseado em facto ilícito contratual” ⁽³⁷⁰⁾. E, Pinto Furtado, sublinhou o mesmo entendimento, aludindo que “quando o direito formalmente reconhecido pela lei venha a ser exercido em circunstâncias tais que *repugnem vivamente* ao sentimento jurídico, pelo excesso manifesto que a sua realização assume, diremos antes que nos encontramos em presença, não do uso do direito, mas do seu abuso” ⁽³⁷¹⁾.

⁽³⁶⁸⁾ ANDRADE, Manuel A. Domingues de / ALARCÃO, Rui. 1966. *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 63-64.

⁽³⁶⁹⁾ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1955. *Sobre as cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*. Coimbra: Almedina, *apud* ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. 1999 (Reimp.2006). *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, pp.19,20.

⁽³⁷⁰⁾ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1959a. “Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil)”, in *BMJ*, n.º 85. Lisboa: Ministério da Justiça, p. 253.

⁽³⁷¹⁾ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. 1986. *Código Comercial - Anotado - Das Sociedades em Especial*, Volume II, Tomo II. Coimbra: Almedina, p. 540.

Numa conceção distinta, numa perspetiva *pura* do Direito, Castanheira Neves define o abuso de direito como “um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde - e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que *juridicamente* se deverá entender por exercício abusivo de um direito”⁽³⁷²⁾. Esta noção deve ser enquadrada no pensamento do Autor sobre a perceção do Direito através da ideia de *problema jurídico* — de que o máximo exemplo são os casos judiciais—⁽³⁷³⁾, de rejeição do jusnaturalismo, do positivismo⁽³⁷⁴⁾, do silogismo jurídico, alicerçando-se no entendimento da validade dos direitos subjetivos apenas quando traduzam um “concreto fundamento normativo”, pelo que, se todos os direitos têm um limite normativo, *interno*, o abuso de direito tem de constituir um “limite material e imanente” dos direitos, enquanto expressão da intenção normativa conformadora do seu conteúdo⁽³⁷⁵⁾.

⁽³⁷²⁾ NEVES, António Castanheira. 1967. *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, pp. 523,524.

⁽³⁷³⁾ Vide NEVES, António Castanheira. 1993. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. Para Castanheira Neves, “[o] direito não é elemento, mas síntese, não é premissa de validade, mas validade cumprida o sentido útil e viável de que o julgador deverá decidir na concreta realização do direito (...) a decisão jurídica, em si mesma, é uma ação (...) O direito não é *prius*, mas *posterius*, não é dado, mas solução, não está no princípio, mas no fim; (...) a atuação do direito consiste em *um decidir normativo concreto* amparado por uma *síntese jurídico-material unitária e indivisível*” (*Questão-de-facto...*, p. 586). Isto, porque não pode aceitar-se apenas o prévio saber jurídico (normas positivas, precedentes judiciais, doutrinas, oferecidas pela ordem jurídica positiva), mas também a autónoma posição do problema jurídico do caso *decidendo* e a pré-compreensão do problema, constituindo a interpretação jurídica, hoje orientada pelo objetivo prático da realização do direito, “um problema em aberto” (*vide, Metodologia...*, pp. 9ss.) Por isso, entende que “o problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que a significação jurídica, que exprimam leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão de casos concretos” (*Metdologia...*, p. 84) e que “como resposta-solução jurídica tipificada de um problema prático-jurídico que normativo-metodologicamente pressupõe, a compreensão da norma jurídica nesse sentido só será lograda se se explicitarem tanto os pressupostos jurídicos desse problema (e que são verdadeiramente as suas coordenadas problemático-jurídicas) como o sentido problemático específico que o constitui (que constitui o conteúdo intencional da sua pergunta) e vai correlativamente implícito na solução que para ele a norma prescreve” (*Metodologia*, p. 151).

⁽³⁷⁴⁾ “[O] positivismo jurídico, em qualquer das formas por que pretendeu constituir-se (...) se, por um lado, muito duvidosamente realiza a sua ideia de ciência, é, por outro lado, por essa mesma ideia a pretensão de ciência, impedido de assumir com autenticidade (...), não apenas o seu carácter jurídico, mas ainda a possibilidade de responder, de algum modo, às exigências práticas da vida”. (*Questão de facto...*, p. 905).

⁽³⁷⁵⁾ NEVES, António Castanheira. 1969. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra (polic.), p.391.

Opondo-se a esta conceção da expressão do abuso de direito como *limitação interna-normativa* dos direitos subjetivos, Castro Mendes ⁽³⁷⁶⁾ fez a apologia que o abuso de direito tem *dois sentidos*: um *lato*, usado na epígrafe do preceito e que se traduz na violação de dois limites *extrínsecos*: ou “ordens normativas e valores não primariamente jurídicos” ou o “fim para que o direito subjetivo foi atribuído”; e um *restrito*, quando o ato praticado exceda este último limite extrínseco e que “decorre da necessária correspondência do exercício do direito aos fins para os quais o mesmo direito foi atribuído pela ordem jurídica” ⁽³⁷⁷⁾.

Por sua vez, Orlando de Carvalho, na sua reflexão muito crítica ⁽³⁷⁸⁾, sustenta que “o poder da concreta *situação de poder* que corresponde ao *direito subjetivo*, já não é tão apenas o de determinar autonomamente consequências de direito, mas o de *intervir* autonomamente na esfera jurídica de outrem” — entendendo por “esfera jurídica”, o “conjunto de relações jurídicas que se encabeçam numa pessoa” — constituindo uma “*interferência no equilíbrio jurídico posto de outra ou outras pessoas do ponto de vista do Direito*”, sendo “esta ideia que dá verdadeiro conteúdo à noção de direito subjetivo” ⁽³⁷⁹⁾. Nesta conceção, o abuso de direito situa-se em aferir se o *uso* do direito subjetivo susteve-se ou ultrapassou os limites do poder de autodeterminação, sendo, por conseguinte, um problema de *poder* e não do *direito* em si mesmo: “o abuso de direito é justamente um abuso porque se utiliza o direito subjetivo para fora do poder de se usar dele” ⁽³⁸⁰⁾, o qual destina-se unicamente à prossecução de interesses e não à *negação* de direitos, quer próprios, quer alheios.

Para Cunha de Sá, abusa-se do direito (abusa-se da estrutura formal desse direito), quando numa certa e determinada situação concreta se coloca essa estrutura ao serviço de um valor diverso ou oposto do fundamento axiológico que lhe está imanente ou que lhe é interno. Por isso, “os termos concretos do comportamento do sujeito só *aparentemente*

⁽³⁷⁶⁾ Para Castro Mendes, os limites *intrínsecos* referem-se à extensão do objeto e conteúdo dos direitos subjetivos. Além dos limites intrínsecos, há os *extrínsecos*, nos quais inclui o abuso de direito e a colisão de direitos.

⁽³⁷⁷⁾ MENDES, João de Castro. 1999 (reimp.). *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II. Lisboa:AAF DL, p.102.

⁽³⁷⁸⁾ Ao ponto de enunciar, a propósito de uma “democracia musculada” que “frequentemente utiliza o abuso de direito para restringir ou denegrir as liberdades mais incómodas, (...) positivamente *inútil*, o abuso de direito, na formulação dominante, *não é negativamente tão inócuo* como poderia presumir-se” [CARVALHO, Orlando de. 1981 (polic.). *Teoria Geral do Direito Civil: seu sentido e limites (sumários desenvolvidos)*. Coimbra: Centelha, pp. 48, 49].

⁽³⁷⁹⁾ *Ibidem*, pp. 43, 44.

constituem exercício do direito; *na realidade*, ultrapassam-no, excedem-no, precisamente por violarem o seu sentido ou fundamento objetivo. (...) Nesta aparência da estrutura que *finge* objetivamente o direito é que está, afinal, o abuso desse direito”⁽³⁸¹⁾. Finalmente, muito próximo desta última posição, haverá abuso de direito, segundo o critério proposto por Coutinho de Abreu “quando um comportamento aparentando ser exercício de um direito se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumental e na negação de interesses sensíveis de outrem”⁽³⁸²⁾.

De todas as noções apontadas, as últimas duas citadas, apesar de mais concretas, acabam por ser muito redutoras, fixando-se no critério da aparência⁽³⁸³⁾ ou do fingimento do exercício de um direito, quando efetivamente por essa via negam os interesses de outrem, designadamente da contraparte na relação obrigacional. Ora, o abuso de direito pode não se circunscrever a essa “máscara” de comportamentos (por ação ou por omissão) aparentes, dissimulados ou disfarçados de um regular exercício do direito — aliás, estes são elementos mais característicos da *fraude à lei*; pelo contrário, o exercício do direito é afirmado com veemência, mas num enquadramento em que esse exercício configura uma severidade, uma inclemência, uma ofensa austera ou cruel ao princípio do *equilíbrio da relação jurídica*.

Nessa medida, a noção proposta por Orlando de Carvalho toca num elemento essencial, que é precisamente a *interferência* inapropriada do equilíbrio jurídico e que nesse ângulo coincide com o fenómeno do bullying obrigacional. Mas, necessariamente, o abuso de direito não fica preenchido apenas com a interferência inapropriada, sendo adequado complementar com as noções de Manuel de Andrade e Vaz Serra, ou seja, com o distintivo da conduta constituir uma *clamorosa ofensa* do sentimento jurídico socialmente dominante — que também constituirá a *pedra de toque* na avaliação do bullying obrigacional.

⁽³⁸⁰⁾ *Ibidem*, pp. 59, 60.

⁽³⁸¹⁾ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. 1973 (2.^a Reimp. 1997). *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, pp. 456, 457.

⁽³⁸²⁾ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. 1999 (Reimp.2006). *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, p.43.

⁽³⁸³⁾ Antunes Varela (2000, vol.I: p.546, nota 1) critica esta conceção ao aludir que “o abuso de direito constitui vício *típico*, essencialmente distinto da *falta* do direito”, distanciando-se de Vaz Serra, na parte em que o mesmo defendeu que “quem abusa do seu direito, utiliza-o fora das condições em que a lei permite, e o efeito deve ser, portanto, em princípio, o que resultaria do exercício de um direito só aparente, isto é, da falta de direito”.

Mas em que consiste este “*sentimento jurídico dominante*” ? Entende-se que num determinado sistema jurídico vigente, subjacentes às normas do direito positivo e dos efeitos aí previstos consequentes a determinada conduta humana que a infrinja, existem *valores* que a todos se impõem e reclamam respeito. A comunidade acolhe e reclama a realização de valores ético-jurídicos fundamentais, designadamente os da justiça, da certeza, da segurança, do equilíbrio e da confiança, mas também da probidade, lealdade e sinceridade. Ora, se um titular de direitos, reconhecidos por essa mesma comunidade, em circunstâncias concretas de manifesta relevância objetiva, contrariar, negar, obstar esses valores, *neutralizando ou distorcendo a eficácia das normas*, haverá um constrangimento daqueles valores, que consubstanciará a aludida clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante ⁽³⁸⁴⁾.

4.2.1.2. A existência de um concreto direito como pressuposto

O instituto do abuso de direito constitui uma “válvula de escape”, criado pelo Direito, face à evolução cada vez mais complexa das relações sociais, para obstar à impunidade de comportamentos que excedam manifestamente os limites que se devem observar tendo em conta a boa fé e o sentimento de justiça em si mesmo.

Trata-se de um *excesso*, porque tem no seu fundamento algo que, se fosse cumprido, corresponderia à forma normal da regulação jurídica. O excesso (abuso) tem, assim, por pressuposto o *exercício* de um *direito*. Não se trata, portanto, do exercício de um simples *fumus boni iuris* (juízo perfunctório com base na aparência do direito) nem uma *expectativa jurídica*. Preleccionando sobre esta última figura, Galvão Telles, explicitou que “a expectativa é mais do que a esperança e menos do que o direito. Mais do que a esperança porque beneficia de uma proteção legal traduzida em providências tendentes a defender o interesse do titular e a assegurar-lhe quanto possível a aquisição futura do direito. Menos do que o direito porque ainda não é este: é o seu germe, o seu prenúncio ou guarda avançada, como que o direito em estado embrionário. (...) A expectativa representa

⁽³⁸⁴⁾ Sobre a consciência jurídica da comunidade e a sua relação com as normas jurídicas, *cf.* COSTA, Mário Júlio Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, p. 83: “(...) as normas jurídicas, porque são gerais e abstratas, disciplinam relações-tipo, atendem ao comum dos casos e, por isso, pode acontecer que um determinado preceito legal, certo e justo para as situações normais, venha a revelar-se injusto na sua aplicação a uma hipótese concreta, devido às particularidades ou circunstâncias especiais que nela ocorrem. O princípio do abuso do direito constitui um dos expedientes técnicos ditados pela consciência jurídica para obtemperar, em algumas dessas situações particularmente clamorosas, aos efeitos da rígida estrutura das normas legais”. Por isso, haverá abuso, “quando um determinado direito, em si mesmo válido, seja exercido de modo que ofenda o sentimento de justiça dominante na comunidade social”.

uma situação jurídica imperfeita ou prodrômica, germe de futura situação jurídica perfeita. Enquanto o direito está a formar-se a posição do interessado é esta, vista no seu conjunto. Mas a expectativa é acompanhada ou seguida de direitos menores, instrumentais, que precisamente permitem ao interessado agir concretamente neste ou naquele sentido em defesa do seu interesse. *Não há um direito global*, há direitos parcelares orientados em várias direções e que são as vias de realização prática da tutela legal que eleva a esperança a expectativa como realidade jurídica”⁽³⁸⁵⁾.

É certo que a lei atribui relevância às expectativas jurídicas, admitindo inclusive a sua penhora (*cf.* art.º 860.º-A, do CPC)⁽³⁸⁶⁾, mas embora não esteja excluída a possibilidade de uso de instigação por parte de quem tenha apenas uma expectativa jurídica, a sua ocorrência será muito residual, na medida em que a prática do bullying nesse estágio da relação jurídica poderá ser contraproducente.

Circunscrevendo-se o instituto ao exercício de um *direito*, como se referiu, o *abuso* consiste em o direito ser exercido *em contradição* com as normas e princípios jurídicos, em violação da consciência jurídica da comunidade. É, contudo, um comportamento antijurídico que se baseia *num direito próprio* e não pela violação *direta* de um direito de outrem ou pela ofensa de uma norma tuteladora de um interesse alheio.

Ora, o fenómeno do *bullying* obrigacional também tem por suporte o exercício de um direito. Pode ser um direito de crédito (um direito subjetivo) ou um poder conferido ou reconhecido pela lei ou pelo ordenamento jurídico — incluindo-se neste leque os institutos *supra* enunciados (interpelação, direito de retenção, exceção de não cumprimento de contratos). E se Pires de Lima e Antunes Varela traçaram como “nota típica” do abuso de direito, a “utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser

⁽³⁸⁵⁾ TELLES, Inocêncio Galvão. 1958. “Expectativa Jurídica”, in *O Direito*, Ano 90.º, pp.3,4. Noutra sede, o mesmo Autor (2004. *Sucessões – Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 98)) acrescenta: “A expectativa é uma esperança fortalecida pela intervenção do legislador que procura abrir-lhe caminho criando condições para que se torne realidade... Existem direitos cuja constituição ou aquisição é de gestação demorada. Essa gestação começa com um facto e finda com outro, porventura muito mais tarde. Há um processo de formação sucessiva, gradual. Só terminado o processo, percorrido o ciclo, o direito nasce ou é adquirido. Ora pode acontecer que a lei proteja no intervalo o interesse da pessoa a quem o direito se destina. Durante o estado de pendência o interessado goza de uma expectativa no significado jurídico próprio da palavra”.

⁽³⁸⁶⁾ MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. 2000. *A Penhora e a Reforma do Processo Civil*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, p. 53: “precisamente porque as expectativas de aquisição de bens desfrutam de valor patrimonial – o qual repousa na solidez e probabilidade de aquisição do direito subjetivo de que são as primícias -, podem elas ser objeto de penhora, contanto que a coisa (ou o direito) a adquirir possa ser alienada”.

exercido”⁽³⁸⁷⁾, o *bullying* — nesse pormenor — acaba por ser mais grave, porque há a utilização desse poder, fundado num direito, mas embora o interesse visado prosseguir *fa^oa parte de um direito próprio* (v.g., a realização da prestação), associa-se à *violação de direito(s)* da contraparte. Ou seja, *o bullying obrigacional não apenas inclui, como também excede o pressuposto do abuso de direito.*

4.2.1.3. O excesso manifesto

O abuso de direito radica, é certo, num excesso do exercício do direito *quae tale*, mas esse excesso tem de ser *manifesto*. Não basta, pois, que o titular do direito exceda os limites decorrentes da boa fé, dos bons costumes ou do fim económico e social do seu direito, sendo ainda necessário que esse excesso seja manifesto e gravemente ofensivo daqueles valores. Cunha de Sá escreve que “abusa-se do direito quando se vai *para além dos limites do normal*, do legítimo: *exerce-se o direito próprio em termos que não eram de esperar, ultrapassa-se o razoável, chega-se mais longe do que seria de prever*”⁽³⁸⁸⁾.

Têm sido apontadas⁽³⁸⁹⁾ três modalidades principais de abuso de direito, todas relacionadas com a violação do limite da boa fé: *suppressio, de venire contra factum proprium* e de *desequilíbrio*. É numa sub-modalidade desta última que pode ser incluído o *bullying* obrigacional.

O abuso de direito *suppressio* designa a posição do direito subjetivo, ou mais latamente a de qualquer situação jurídica, que, não tendo sido exercida em determinadas circunstâncias e por um certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo, por de outro modo, se contrariar a boa fé. A verificação do abuso de direito, nesta modalidade, exige, além do não exercício do direito por um certo lapso de tempo, que o titular do direito se comporte como se o não tivesse ou como se não mais o quisesse exercer, que a contraparte haja confiado em que o direito não mais seria feito valer, que o exercício superveniente do direito acarrete para a contraparte uma desvantagem iníqua⁽³⁹⁰⁾.

⁽³⁸⁷⁾ LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1987. *Código Civil Anotado*. Volume I. 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 300.

⁽³⁸⁸⁾ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. 1973 (2.^a Reimp. 1997). *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, p.101.

⁽³⁸⁹⁾ Vide as referências doutrinárias e jurisprudenciais, por CORDEIRO, António de Menezes. 2005. *Tratado de Direito Civil português*, Volume I (Parte Geral), Tomo IV. Coimbra: Aldina, pp. 239-346.

⁽³⁹⁰⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 1983. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, pp. 797-812 e Acórdão do STJ, de 19 de outubro de 2000, in *CJSTJ*, Ano VIII, Tomo III, pp. 83,84.

Quanto ao abuso na segunda modalidade (*venire contra factum proprium*), consiste no exercício duma posição jurídica em contradição com uma conduta antes assumida ou proclamada pelo agente ostensivamente violador da boa fé ou da tutela da confiança da contraparte, ficando sempre ressalvada a possibilidade de o *venire* assentar numa circunstância justificativa e, designadamente, no surgimento ou na consciência de elementos que determinem o agente a mudar de atitude. Relacionada com esta, faz-se igualmente referência a um subtipo, designado de “*tu quoque*” e que tem por referência a expressão atribuída a Júlio César quando sendo apunhalado por Brutus questionou “*tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?*” (ou seja “até tu, filho meu”), enquanto expressão que traduz a ideia de surpresa, de espanto, quando a conduta de alguém é completamente desconforme com o que da mesma seria expectável, pela sua postura anterior. Essa situação ocorre designadamente quando uma das partes viola uma norma jurídica e mesmo assim tenta beneficiar-se dessa conduta, caso em que se aplicará outro brocardo jurídico — *turpitudinem suam allegans non auditur* —, isto é, que ninguém deve poder beneficiar da sua própria torpeza.

Finalmente, o abuso de direito na *modalidade do desequilíbrio* entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados, abrange subtipos diversificados, nomeadamente o do exercício de direito sem qualquer benefício para o exercente e com dano considerável a outrem (*exercício danoso inútil* ou *aemulatio*)⁽³⁹¹⁾ / ⁽³⁹²⁾, o da atuação dolosa daquele que vem exigir a outrem o que lhe deverá restituir logo a seguir (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*) e o da *desproporção* entre a vantagem obtida pelo titular do direito exercido e o sacrifício por ele imposto a outrem.

⁽³⁹¹⁾ É esta a modalidade de abuso de direito prevista no *BGB*, concretamente no §226: “Schikaneverbot: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen”. Numa tradução livre, “o exercício de um direito não é permitido se apenas tiver por escopo (ou objetivo) infligir danos a outrem”. Este é, estritamente, o *acossamento* ou *assédio*. Contudo, no direito alemão, o regime do abuso de direito é complementado com os §826 e §242, que o torna muito próximo do direito português. No §826 do *BGB* prevê-se que é obrigado a pagar uma indemnização quem intencionalmente ofender os bons costumes e o §242 estatui que o devedor está obrigado a executar a prestação tal como o exige a boa fé, com consideração dos costumes do tráfico (ou prática vigente), esta uma norma muito semelhante à do art.º 762.º, n.º 2, do CC Português.

⁽³⁹²⁾ O Código Civil italiano de 1942 não reconhece o abuso de direito (de forma expressa), mas regula os atos “emulativos”. O art.º 833.º, do CC Italiano dispõe o seguinte: “Atti d’emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri” (em tradução livre: Atos de emulação. O proprietário não pode praticar atos que não tenham outro propósito além de causar danos ou desconforto [ou perseguição] a outros”). A partir desta norma, discute-se na doutrina italiana se o preceito constitui uma aplicação do princípio geral segundo o qual sempre seria proibido o abuso de direito, porém apesar do esforço da doutrina em chegar a esta conclusão, a jurisprudência tem sido do entendimento que o abuso de direito não constitui uma particular figura de ilícito. Vide RESCIGNO, Pietro. 1986. *Manuale del Diritto Privato Italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, pp. 267 ss.

Com efeito, o instituto do abuso do direito traduz e concretiza a ideia de que cada direito subjetivo deve ser exercido *com correção e equilíbrio* e de acordo com as exigências da ideia do que é justom, em harmonia com a finalidade que justifica a sua atribuição ou reconhecimento. O abuso de direito ocorrerá, assim, quando haja um patente desequilíbrio no exercício de posições jurídicas ⁽³⁹³⁾, justificando-se a sua qualificação de *conduta ilegítima* e, conseqüentemente, a inibição do exercício de poderes jurídicos ou do direito. Deste modo, poderá ser considerado abusivo, por exemplo, a pretensão do arrendatário de realização de obras, pelo senhorio, de valor inteiramente desproporcional ao do valor da renda ⁽³⁹⁴⁾ ou se a falta do devedor for tão diminuta que não justifique a imediata aplicação de uma sanção (ou da resolução contratual), ainda que esta seja legalmente admissível ⁽³⁹⁵⁾.

Passando para a vertente do bullying obrigacional, é certo que não se pode negar ao credor a satisfação do seu direito, mas a vantagem pretendida obter pelo mesmo não pode impor um sacrifício injusto, sob coação, instigação ou acossamento, com aproveitamento da vulnerabilidade do devedor. Nessa medida, o desequilíbrio é manifesto no bullying de *forma ainda mais acentuada* que no próprio subtipo desta modalidade do abuso de direito.

4.2.1.4. O âmago da relação entre abuso de direito e bullying obrigacional

A previsão normativa do abuso de direito é uma das mais relevantes formas de tutela que permite travar ou minorar situações de flagrante violação da justiça material, do princípio do equilíbrio negocial e da confiança. Como lembra Baptista Machado ⁽³⁹⁶⁾, é função primária do Direito assegurar a confiança fundada nas condutas comunicativas das

⁽³⁹³⁾ Estão, portanto, em causa, os princípios da *proporcionalidade* e do *equilíbrio* das prestações. Vide GONZÁLEZ, José Alberto. 2011. *Código Civil Anotado*, Volume I. Lisboa: Quid Juris, p. 439: “por óbvias razões de certeza na realização da qualificação, somente a ultrapassagem *grave* ou *muito desproporcionada* dos limites [boa fé, bons costumes e finalidade económica ou social] autorizará o decretamento da proibição de exercício do direito”.

⁽³⁹⁴⁾ Neste sentido, cfr. Ac. STJ, 09 de outubro de 1997, in *BMJ*, n.º 480, p. 546 e Ac. STJ, de 27 de janeiro de 1998, in *CJSTJ*, Tomo II, p. 52 e, de acordo com a legislação mais recente, Ac. STJ, 30 de setembro de 2008 (Cons. Paulo Sá), proc. 08A2259, bdjd-itij.

⁽³⁹⁵⁾ O Ac. TRL, de 7 de julho de 1976, apreciou um caso em que o locatário tinha sacado a favor locador, para pagamento da renda, um cheque de 800\$00, que foi devolvido por falta da provisão, dado que o saldo oficial da conta era de apenas 795\$00. O locador, contudo, instaurou uma ação de despejo, que foi julgada improcedente, pelo enquadramento que a Relação fez ao abrigo do instituto do abuso de direito. Vide *BMJ* n.º 264, p. 234 e a apreciação que sobre o mesmo foi tecida por Menezes Cordeiro (1984: p.895).

⁽³⁹⁶⁾ MACHADO, J. Baptista. “Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, in *RLJ*, Ano 117.º, pp. 229 ss., em particular, p. 232.

pessoas, carregando todo o agir ou interagir comunicativo uma pretensão de verdade ou de autenticidade.

O abuso de direito não é uma questão teórica. Quando alguém sente que a contraparte, ainda que pretensiosamente afirme estar a exercer um direito próprio, tenha atuado ou esteja a exercê-lo abusivamente, recorre às instâncias judiciais para que lhe seja reconhecida uma determinada consequência jurídica, ao abrigo do entendimento que um determinado direito, ainda que titulado, não pode ser exercido de forma arbitrária, exacerbada ou desmesurada, antes deve subordinar-se ao equilíbrio, à moderação, à lógica e à racionalidade. A lei, nesse pormenor, não estabelece qualquer sanção concreta. Limita-se a qualificar esse exercício de *ilegítimo*. Este termo “é sinónimo de *antijuridicidade* ou *ilicitude*”⁽³⁹⁷⁾, o que significa que a sanção não será unívoca, mas dependente de cada caso concreto⁽³⁹⁸⁾: pode consistir na invalidade do ato, na paralisação do efeito do reconhecimento do direito, na obrigação de indemnizar, no alongamento de um prazo de prescrição ou caducidade ou em qualquer outra que seja justa, equitativa ou adequada⁽³⁹⁹⁾.

Daqui resulta uma primeira observação: enquanto o abuso de direito tem de ser aferido, na maioria dos casos, pela gravidade dos *efeitos* produzidos, já o bullying obrigacional assenta na ponderação da intensidade dos *meios* utilizados; aquele, é muitas vezes exercido contando com a permissividade da contraparte no âmbito da aplicação de um determinado direito, a qual só termina quando o litígio assume uma proporção que o conduz à via judicial, já o bullying pode contar com a vulnerabilidade da contraparte, mas será sempre praticado em conflito e em confronto com a mesma, por regra nunca dissimulado.

Por outro lado, embora no abuso de direito possa haver uma determinada limitação do direito subjetivo da contraparte, não é esse o seu elemento caracterizador: a consciência jurídica da comunidade é violada porque o comportamento do agente baseia-se num *direito próprio*, mas que a todos os títulos é imposto para criar uma supremacia de que não é portador, criando uma distorção no equilíbrio e na confiança da relação jurídica. Já no

⁽³⁹⁷⁾ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. 1999 (Reimp.2006). *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, pp. 55, 67.

⁽³⁹⁸⁾ A sanção contra o abuso de direito tem “uma finalidade diferente do recurso à *equidade*: com esta pretende evitar-se a injustiça a que conduz, em certos casos, a aplicação concreta da norma; aquela pretende impedir que a norma seja desvirtuada no seu real sentido e alcance. Num caso afasta-se a norma; no outro, quer-se aplicar a norma, mas com plena fidelidade ao seu espírito” (VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I., 10.^a edição. Coimbra: Almedina, p. 546, nota 1).

⁽³⁹⁹⁾ Segundo informa Antunes Varela (2000, vol.I: pp.547), a fórmula usada no Código Civil Suíço é paradigmática: “o abuso manifesto de um direito não goza de nenhuma proteção”.

bullying, não há apenas um uso abusivo, nem a intenção de o constituir em posição de supremacia em relação ao direito da contraparte; o que o “bulidor” pretende é que o devedor realize a sua prestação e por isso explora a utilização *não do seu direito*, mas de *meios diversos do direito*, para a satisfação plena do seu direito: há uma efetiva limitação de um ou vários direitos subjetivos da contraparte, para que o fim pretendido pelo credor seja obtido.

O legislador nacional só *classificou* o exercício do direito como *ilegítimo*, não o tendo *qualificado* como ato excessivo, ato abusivo ou ato ilícito. Já no direito brasileiro, o abuso de direito foi integrado dentro da regulamentação dos atos ilícitos ⁽⁴⁰⁰⁾, considerando ilícita toda a conduta contrária a um dever jurídico ou a uma prestação. Não é, contudo, pacífico, no direito brasileiro, o sentido atribuído ao fator do abuso. Há autores que consideram que o legislador “adotou claramente a orientação preconizada pela teoria subjetivista da teoria do direito: primeiro definiu o ato ilícito absoluto como facto humano integrado pelo elemento subjetivo e em seguida qualificou de forma expressa, o exercício abusivo de direito como ato ilícito” ⁽⁴⁰¹⁾. Mas para outra doutrina, “a regra geral nos casos de indemnização por atos ilícitos abusivos é de responsabilidade objetiva, enquanto, nos casos de indemnização por atos ilícitos não abusivos, ela é subjetiva” ⁽⁴⁰²⁾.

No direito espanhol, o art.º 7.º, n.º 2 do seu Código Civil estatui que “a lei não protege o abuso de direito ou o exercício antissocial do mesmo. Todo o ato ou omissão que pela *intenção* do seu autor, pelo seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realize exceda manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indemnização e à adoção das medidas judiciais ou

⁽⁴⁰⁰⁾ Artigo 187.º do Código Civil Brasileiro: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. No artigo antecedente é também considerado como ato ilícito, a violação de um direito ou o causar de dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, quer o faça por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência. Por seu turno, no art.º 927.º estatui-se que “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁽⁴⁰¹⁾ THEODORO JR., Humberto. 2003. *Comentários ao novo Código Civil*, Tomo II, Volume III. 2.ª edição. S.Paulo (Brasil): Forense, p.118.

⁽⁴⁰²⁾ JORDÃO, Eduardo Ferreira. 2006. *Repensando a Teoria do Abuso do Direito*. Salvador (Brasil): JusPodivm, p.125. Este Autor faz uma comparação entre a redação dos art.ºs 186.º (*ato ilícito*) e 187.º (*ato ilícito abusivo, ou abuso de direito*) do CC Brasileiro, enunciando que “no primeiro caso, não é suficiente que se tenha violado um direito, ou que se tenha causado dano, ou que se tenham feito as duas coisas. Será necessário que se as tenha feito através de ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudência. Só assim, estando presente um destes elementos subjetivos, será cumprida a hipótese da aplicabilidade do art.º 186.º. Ao revés, no segundo caso, (...) são objetivos o fim económico e o fim social do direito, a boa fé e os bons costumes. Em se os contrariando, independentemente de culpa, tem lugar o abuso de direito” (pp. 126, 127).

administrativas que impeçam a persistência do abuso”⁽⁴⁰³⁾. A jurisprudência⁽⁴⁰⁴⁾ e a doutrina⁽⁴⁰⁵⁾ têm entendido existir uma dupla vertente objetiva e subjetiva nesta noção, a saber, “o abuso de direito é determinado pela circunstância *subjetiva* de ausência de finalidade séria e legítima e pela *objetiva* de excesso no exercício do direito”⁽⁴⁰⁶⁾; “o abuso de direito pode definir-se sob um duplo aspeto: subjetivo, como exercício do direito, com intenção de causar dano ou sem verdadeiro interesse em exercitá-lo; objetivo, como exercício anormal do direito, de modo contrário aos fins económico e sociais do mesmo”⁽⁴⁰⁷⁾.

Contrariamente, a conceção adotada no direito português é, conforme esclarece Antunes Varela, indubitavelmente, (apenas) a *objetiva*: “não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito; basta que se excedam esses limites”⁽⁴⁰⁸⁾. Mais: “não basta que o exercício do direito cause prejuízos a outrem. A reclamação do crédito pelo credor abastado ao devedor em má situação económica será contrária aos interesses deste. (...) Mas não haverá, em princípio, abuso do direito, visto a atribuição do direito traduzir deliberadamente a supremacia de certos interesses sobre outros interesses com eles conflitantes. (...) Para que haja lugar ao abuso do direito, é necessária a existência de uma

⁽⁴⁰³⁾ Tradução livre do espanhol. Fonte: MUÑOZ, Xavier O’Callaghan. 2001. *Código Civil Comentado y con jurisprudencia*. 3.ª edición. Madrid: La Ley, p. 32.

⁽⁴⁰⁴⁾ A jurisprudência dos Tribunais Espanhóis tem procurado estabelecer critérios delimitativos para o preenchimento do conceito do abuso de direito, estando firmada uma construção jurídica consolidada, que exige para o seu preenchimento os seguintes requisitos essenciais: “a) Uma atuação aparentemente correta que corresponda a um excesso (extralimitação) e que, por causa disso, a lei deve privá-la de proteção; b) Uma atuação que, por ultrapassar os limites, produza danos; c) Quando a ação produza uma reação do sujeito passivo e que seja idónea a fundamentar uma pretensão de cessação daquela ação e de indemnização” (Acórdão do Tribunal Superior de Justicia, de 6 de fevereiro de 1999, *apud* MUÑOZ, *Op. cit.*, p. 38).

⁽⁴⁰⁵⁾ Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero afirmam que o abuso de direito pode ser subjetivo ou objetivo porque uma ação é abusiva sempre que se verifiquem as seguintes circunstâncias: a) exercício de um direito subjetivo; b) dano a um interesse não protegido por uma específica prerrogativa jurídica, já que se o interesse é protegido não haveria abuso mas sim colisão de direitos; c) imoralidade ou antissocialidade desse dano, “manifestada sob a forma subjetiva (quando o direito se atua com a intenção de prejudicar ou sem um fim sério e legítimo) ou sob a forma objetiva (quando o dano provém de excesso ou anormalidade no exercício do direito)” – tradução livre. *Vide* ATIENZA, Manuel / MANERO, Juan Ruiz. 2000. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 41, 42. Cumpre salientar que para estes Autores, o *núcleo fundamental* da problemática do abuso de direito consiste no uso de *permissões legais* pelo titular do direito, que pode, em certas situações, não previstas pela regra jurídica, estar fora dos limites dos *princípios* que justificam essas mesmas permissões. Não obstante o uso de um direito subjetivo, este pode causar dano a um interesse protegido por um princípio de maior grau, limitador, no caso, da autonomia de seu exercício (*cf.* p. 35).

⁽⁴⁰⁶⁾ Acórdão do Tribunal Superior de Justicia, de 11 de maio de 1991, in *Actualidad Civil*, n.º 725/1991 *apud* MUÑOZ, *Idem*, p. 34 (tradução livre do espanhol).

⁽⁴⁰⁷⁾ MUÑOZ, *Idem*, p. 33 (tradução livre do espanhol).

contradição entre o *modo* ou o *fim* com que o titular exerce o direito e o *interesse* ou *interesses* a que o *poder* nele consubstanciado se encontre adstrito”⁽⁴⁰⁹⁾.

Daqui resulta que o abuso de direito, em si mesmo, não implica uma valoração subjetiva da intenção do sujeito. Há um vício, mas o que se encontra viciado pelo abuso de direito é o *ato* (abusivo), mas já não a titularidade do direito, o que significa que, à partida, não fica inviabilizada a possibilidade da realização de atos (lícitos) futuros, ao abrigo desse mesmo direito⁽⁴¹⁰⁾, salvo se toda a relação jurídica ficar sujeita a uma causa extintiva (resolução, invalidade), sabendo que, em princípio, esse ato afeta o espírito da lei, mas a uma escala reduzida, *inter partes*⁽⁴¹¹⁾. O abuso de direito restringe-se, assim, à apreciação *meramente objetiva* do comportamento do agente, titular do direito, quando faça deste um uso manifestamente reprovável, manifestamente antagónico com o que seria expectável. Já quanto ao bullying, torna-se necessário proceder-se a uma *valoração subjetiva da intenção do sujeito*, precisamente porque a instigação, o assédio e o acossamento visam molestar e atingir a personalidade, o estado físico, psíquico, moral, o nome e a honra do devedor, sendo necessário apreciar a sua consciência da prática do ato – quer seja abusivo, quer seja ilícito – e da sua convicção dos limites que estão impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou económico do direito.

Em qualquer dos casos (no abuso de direito e no bullying — pois este pode ser integrado, ainda que *em parte*, no instituto do abuso de direito), o Direito deve impedir ou limitar os efeitos pretendidos pelo sujeito, sobrepondo ao interesse meramente individual os valores perenes que enformam o ordenamento jurídico. E “com a ponderação devida e assentando a construção em alicerces integrados por elementos de facto ou juízos de valor

⁽⁴⁰⁸⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I., 10.^a edição. Coimbra: Almedina, p. 545.

⁽⁴⁰⁹⁾ *Ibidem*, pp. 545, 546.

⁽⁴¹⁰⁾ Neste sentido, *vide* FONTANILLO, José António Pinto. 2005. “La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del derecho”, in *Raíces de lo Ilícito y Razones de Licitud*. Madrid: Dykinson, p. 58.

⁽⁴¹¹⁾ Haverá casos de exceção, com admissibilidade de eficácia externa, fundada precisamente no abuso de direito de uma das partes. *Cfr.*, a título de exemplo, o caso apreciado no Ac. TRL, de 16 de maio de 2006 (António Geraldes, proc. 3834/2006-7, bjdj-itij): “I - No contrato de comodato, o confronto entre o comodatário e o posterior adquirente do direito de propriedade sobre a fração autónoma comodatada deve ser resolvido, em princípio, a favor do proprietário. II- Tal não impede que, por comportamentos expressos ou tácitos, o adquirente do direito de propriedade assuma a obrigação do comodante, o que ocorre, por exemplo, se o adquirente, filho da comodante e conhecedor da existência do contrato de comodato celebrado com outros familiares (avô do adquirente e respetivo cônjuge), se conforma com a situação de ocupação. III- Por invocação da violação dos princípios da boa fé e do fim social e económico do direito de propriedade, que nos reconduzem à figura do abuso de direito, é legítimo invocar a eficácia externa do contrato de comodato, caso em que o adquirente, apesar de não ter intervindo no contrato, fica vinculado nos precisos termos do comodante”.

sobre os factos relevantes, não deve recluir-se a interferência desse elemento moderador do exercício de direitos, ainda que a título de reforço da decisão final”⁽⁴¹²⁾.

Todavia, sem desvalorizar o supra enunciado, deve atender-se à advertência de Menezes Cordeiro sobre os *perigos da banalização do abuso de direito* — que não pode ser invocado para toda e qualquer circunstância que ultrapasse o limite do regular exercício de um direito —, pois embora o instituto seja “um excelente remédio para garantir a supremacia do sistema jurídico e da Ciência do Direito sobre os infortúnios do legislador e sobre as habilidades das partes” ⁽⁴¹³⁾ / ⁽⁴¹⁴⁾, a figura não é nem pode ser utilizada como “receita miraculosa” para todas as situações, sob risco de ser desvalorizado o sentido da segurança jurídica que o ordenamento jurídico deve representar e garantir.

Quando esteja frente a frente a divergência entre o alcance ou sentido de certas regras jurídicas e as exigências dos princípios fundamentais (ou “relevantes”) do sistema, é necessário um *mecanismo de salvaguarda* da coerência valorativa do equilíbrio e da confiança negocial. O abuso de direito pode ser um dos *elementos integrativos* para um subsídio da regulação do *bullying* obrigacional. Mas, face a algumas restrições que *supra* foram objeto de consideração, não será suficiente, pelo menos se aplicado isoladamente.

4.2.2. Violação do princípio da boa fé

4.2.2.1. Boa fé subjetiva

Quando se faz alusão à boa fé, na conceção do *bonus pater familiae*, a mesma é percecionada na sua vertente *subjetiva*, ou seja, considerando-se que uma determinada conduta é adequada, justa ou conforme ao direito por *se ignorar* (desconhecer) qualquer vício ou circunstância anterior que a possa afetar. Trata-se de uma perspectiva *psicológica* e não *normativa*. Entendida neste sentido *subjetivo*, “ela se reporta a um elemento intencional *individual*, exprimindo um estado ou situação de espírito que envolve o

⁽⁴¹²⁾ Ac. TRL, de 16 de maio de 2006 (António Geraldês, proc. 3834/2006-7, bdjd-itij).

⁽⁴¹³⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral, Tomo I*. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, p. 197.

⁽⁴¹⁴⁾ Numa perspectiva ôntica, Manuel Atienza afirma: “a figura do abuso de direito resulta como um *mecanismo de autocorreção do direito*: isto é, de correção do sentido das regras jurídicas permissivas que têm como destinatário o titular de um certo direito subjetivo enquanto tal, quando a aplicabilidade das mesmas se estende a casos em que a sua aplicação resulta injustificada à luz dos princípios jurídicos que determinam o alcance justificativo das próprias regras” (*Op. cit.*, p. 59 – tradução livre).

convencimento ou consciência de se ter um comportamento em conformidade com o direito”⁽⁴¹⁵⁾. É o comumente se designa por “*atuar de boa fé*”.

Por exemplo, no art.º 259.º, n.º 2, do CC, a propósito da falta ou vícios da vontade e estados subjetivos relevantes (que constitui a epígrafe do preceito), estatui-se que “ao representado de *má fé* não aproveita a *boa fé* do representante”. Esta *boa fé*, por contraposição à *má fé*, está plasmada no sentido subjetivo, por referir-se a um “estado de espírito relevante” necessário para a produção de determinadas consequências jurídicas, correspondente a uma convicção (ainda que errónea) de se proceder retamente, sem prejudicar interesses de terceiros (ainda que esse prejuízo se verifique). Mas existem outros preceitos que se referem a este sentido da boa fé, designadamente — todos do CC — o art.º 243.º, n.º 2 [a boa fé consiste na ignorância da simulação⁽⁴¹⁶⁾], 291.º, n.º 3 [desconhecimento pelo terceiro, sem culpa, do vício do negócio nulo ou anulável⁽⁴¹⁷⁾], 612.º [entendendo-se por “*má fé* a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor”, no âmbito da impugnação pauliana⁽⁴¹⁸⁾], 1260.º (sobre a posse de boa fé e má fé, dizendo-se de boa fé “quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem”) e 1647.º (casamento putativo contraído “de boa fé” por ambos ou por apenas um dos cônjuges, estipulando o art.º 1648.º considerar-se de boa fé “o cônjuge que tiver contraído o casamento na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade, ou cuja declaração de vontade tenha sido extorquida por coação física ou moral”). Ainda que com divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pode também incluir-se nesta relação, o art.º 1340.º do CC, referente à acessão industrial imobiliária (obras, sementeiras ou plantações feitas de boa fé em terreno alheio)⁽⁴¹⁹⁾. Todavia, em todos estes casos, a

⁽⁴¹⁵⁾ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde / RIBEIRO, Sousa / SÁ, Almeno de / PROENÇA, J.C. Brandão. 1983 (polic.). *Direito das Obrigações*. Coimbra: João Abrantes, p. 108.

⁽⁴¹⁶⁾ São terceiros de boa fé os que estejam na ignorância (desconhecimento) da simulação ao tempo em que sejam constituídos os respetivos direitos.

⁽⁴¹⁷⁾ Neste preceito estão em causa as finalidades e os objetivos do registo predial, ou seja, a estabilidade do tráfico jurídico, com a correspondente proteção do adquirente que *confia* na fé pública, resultante das presunções do registo.

⁽⁴¹⁸⁾ Na ação de impugnação pauliana, a boa fé não traduz uma vantagem, mas simplesmente a aplicação do “regime normal” da tutela dos direitos. Pelo contrário, a má fé é penalizada: “Sendo o ato oneroso, a *boa fé* de qualquer dos intervenientes no ato obsta à sua impugnação” (FERREIRA, Maria do Patrocínio Paz. 1992. “Natureza Jurídica da Impugnação Pauliana”, in *Revista da Banca*, n.º 21, janeiro/março 1992, p. 88). No dizer de Menezes Cordeiro, “trata-se do requisito tradicional do *consilium fraudis*: o devedor e o terceiro devem, de algum modo, ter-se concertado para atentarem contra a garantia do credor” (CORDEIRO, António de Menezes. 1992. “Impugnação Pauliana [parecer]”, in *CJ*, Ano 1992, Tomo III, p. 58).

⁽⁴¹⁹⁾ A noção de boa fé possessória deriva, no essencial, do Código Seabra, cujo art.º 476.º dispunha que “posse de boa fé é aquela que procede de título, cujos vícios não são conhecidos do possuidor”. Este preceito

referência legal à boa fé “mais não representa do que um elemento constitutivo da previsão de uma norma, funcionando como um pressuposto de facto da sua aplicação” ⁽⁴²⁰⁾.

Ora, este *não é o domínio do bullying obrigacional*. Na verdade, ao credor que pratique qualquer forma de acossamento ou instigação sobre o devedor não pode ser perguntado se na sua consciência julga atuar em conformidade com o direito e, em caso de “inconsciência” ou “ignorância”, ficar a sua conduta sem qualquer consequência. Porque não está em causa uma questão de consciência, mas de ética; não uma questão de classificação subjetiva, mas de representação objetiva, isto é, de atuação em conformidade com os padrões da diligência, honestidade e lealdade exigíveis.

É expectável que o credor pretenda ver realizada a prestação que tem a receber do devedor e que use expedientes — desde que legais ou, não havendo lei, que sejam lícitos — para que a obrigação seja cumprida, com brevidade, sem vícios e na sua integralidade. Mas não é aceitável que, praticando sobre o devedor atos ou condutas que ultrapassem o limite da licitude, a solução seja perscrutar a sua consciência sobre a ignorância de tais atos ou condutas serem desconformes ao Direito, aos princípios da boa fé e da ordem pública.

suscitou dúvidas na relação da boa fé com o título e na natureza psicológica ou ética. Em relação à primeira questão, a doutrina dominante considerava que a boa fé dependeria da verificação de dois elementos: um elemento positivo - o título - e um elemento negativo - o não conhecimento dos vícios do título. Deste modo, a boa fé implicaria sempre título, sendo de má fé a posse não titulada. Na primeira hipótese, a boa fé constatar-se-ia sempre que houvesse uma ignorância pura e simples de certos vícios; na segunda, exigir-se-ia que tal desconhecimento fosse desculpável (*cf.* CORDEIRO, António de Menezes. 1983. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, pp. 416, 417 e nota 24). Já em relação à segunda questão, para a maioria da doutrina, a letra do preceito inculcava a ideia da *boa fé psicológica* (TAVARES, José. 1928. *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Tomo I. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 655), mas Manuel Rodrigues discordou quando afirmou que “a boa fé é um estado psicológico, existe ou não existe. Se existe não é necessário para ser relevante que tenha na base um erro grosseiro (RODRIGUES, Manuel. 1940. *A Posse*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina, p. 342).

O Código Civil de 1966 resolveu a questão da relação entre a boa fé e o título — a ignorância, pressuposto por aquela, reporta-se ao prejudicar de direitos alheios e não aos vícios do título, com a consequência de poder haver boa fé sem título e vice versa (LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Op. cit.*, vol.III, p. 22). Porém, não resolveu de forma clara o segundo problema (se a boa fé possessória tem natureza psicológica ou ética), sendo, aliás, também inconcludentes os trabalhos preparatórios. Todavia, para a maioria da doutrina, trata-se do conceito psicológico. Assim o defenderam Pires de Lima e Antunes Varela (*Op. cit.*, III, p.18): “possui de boa fé quem ignora que está a lesar os direitos de outrem, sem que a lei entre em indagações sobre a desculpabilidade ou censurabilidade da sua ignorância” e Orlando de Carvalho (“Introdução à Posse”, in *RLJ*, Ano 122.º, p. 292): “trata-se, por conseguinte, de um conceito puramente psicológico e logo puramente fáctico de boa fé, residindo esta na pura ignorância, ou ignorância efetiva, de que lesam direitos alheios (...)Desta noção de boa fé resultando, como seu reverso, a noção de má fé”. Numa perspetiva ligeiramente diferente, Menezes Cordeiro defende que “o Direito Civil português tem da boa fé subjetiva uma noção ética, sendo de entender, a essa luz, as definições esparsas compreendidas no Código. A boa fé traduz um estado de ignorância desculpável no sentido de que, o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado imposto pelo caso, ignora determinadas eventualidades” (*Da Boa Fé...*, p. 516). No entanto, nesta questão parece assistir razão à doutrina que entende tratar-se do conceito subjetivo tradicional da boa fé, na medida em que o preceito não faz referência à culpabilidade do possuidor.

⁽⁴²⁰⁾ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde / RIBEIRO, Sousa / SÁ, Almeno de / PROENÇA, J.C. Brandão. 1983 (polic.). *Direito das Obrigações*. Coimbra: João Abrantes, p. 109.

Porque, em alguns casos, poderia suceder precisamente que na “consciência” do bulidor, nenhuma ofensa digna de valoração tenha sido praticada ou se o foi, era devida, porque enquanto credor *estaria convencido* ⁽⁴²¹⁾ de “ter todo o direito” e de “por qualquer meio”, procurar obter o cumprimento da contraparte. Em tal situação, seria valorizada apenas uma regra de comportamento individualista, fundada unicamente no *animus* do “bulidor”.

E se é certo que poderia chegar-se à conclusão que o agente, na procura de satisfação do seu interesse tenha prejudicado interesses alheios, seria complexo estabelecer um *nexo* com um comportamento qualificável de “*má fé*” (enquanto intenção de lesar outrem), porque no seu substrato estaria sempre um *direito* de que era titular. Seria, por conseguinte, submeter a regulação do fenómeno a uma tutela de *menor exigência* do que a prevista para o *abuso de direito*, em cujo instituto se reclama a aferição das condutas por um critério de boa fé objetiva. Ou seja, a admitir-se a subsunção num critério de boa fé subjetiva, o comportamento do agente podia ser objetivamente *antijurídico*, — *desde que não fundado em culpa grave (dolo ou negligência grosseira)* ⁽⁴²²⁾ — porém o ordenamento acabaria por o *desclassificar*, unicamente por ter em consideração a sua situação subjetiva (v.g., a “ansiedade”, a “necessidade”, o direito à prestação do credor) ou o “erro” de que a titularidade de um direito lhe concederia legitimidade para a sua conduta. E embora a boa fé subjetiva não se refira ao conteúdo intrínseco dos afetos ou das emoções de um sujeito,

⁽⁴²¹⁾ O doutrinador italiano Rodolfo Sacco salienta precisamente que a boa fé subjetiva tem por elemento diferenciador o *convencimento do sujeito* do seu estado de ignorância ou erro: “diz-se subjetiva justamente porque na sua aplicação deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídico, o seu estado psicológico, a sua convicção íntima: trata-se, de uma ideia de ignorância, de crença errônea acerca da existência de uma situação regular, a qual se funda no próprio estado de ignorância, na aparência errônea de determinado ato, que se concretiza no convencimento do próprio direito e na ignorância de estar a lesar um direito” (SACCO, Rodolfo. 1987. “Cosa’è la buona fede oggettiva?”, in *Il principio de buona fede*, Milán: Giuffrè, p. 45).

⁽⁴²²⁾ Esta é uma *exceção* plasmada no n.º 2 do art.º 1147.º do Código Civil Italiano (epigrafado de “posse de boa fé”): “La buona fede non giova se l’ignoranza dipende da colpa grave” — também replicado no n.º 3 do art.º 535.º (sobre o erro do possuidor de bens hereditários) ou seja, não se verifica o benefício da boa fé se a ignorância for dependente de culpa grave, tendo por padrão o “bom pai de família”. No direito italiano, é suficiente para o reconhecimento da boa fé subjetiva que a conduta da parte se encontre livre de dolo ou de culpa grave, esta última entendida como uma negligência tão grosseira que pelos seus efeitos se equipara ao dolo (cfr. BETTI, Emílio. 2002. *Teoria generale del negozio giuridico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 69).

Do mesmo modo, no direito espanhol, uma parte da doutrina sustenta que apesar de não existir no seu direito positivo uma norma que estabeleça a exigência de um comportamento diligente como pressuposto para o reconhecimento da boa fé subjetiva, deve ser excluída a proteção a quem tenha procedido com culpa, na medida em “seria contraditório com a dignidade da proteção”, defendendo que o dolo ou culpa grave erigem-se como “*limites internos à aplicação do princípio*” (cfr. LOS MOZOS, José Luís de. 1965. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, p. 57).

Ou seja, a adoção do critério de boa fé subjetiva — que não se aceita — teria sempre por limite *positivo* o comportamento diligente do agente e por limite negativo um comportamento doloso ou negligentemente grosseiro.

mas apenas à consciência do mesmo em relação à sua própria situação ou àquela de que deriva o seu direito, mesmo assim seria propício a uma tutela residual do Direito sobre esse fenómeno.

4.2.2.2. *Princípio normativo da boa fé*

A boa fé, em sentido objetivo, tem sido objeto de uma especial acuidade pela doutrina e jurisprudência. Como ensina Antunes Varela, o conceito de boa fé, existente há séculos ⁽⁴²³⁾, não conhece matizes, é uma regra civilizacional no mundo jurídico, um padrão ético inspirador da confiança, norteado por critérios de lisura, lealdade e de proteção dos interesses daqueles com quem se negocia.

Os vários Autores vinculam que a boa fé objetiva está alicerçada em regras postuladas pela atuação leal, prudente e que contemple os interesses das partes. Para Coutinho de Abreu, consiste “no comportamento humano que se caracteriza pela observância e cultura da probidade, da vida honesta, verdadeira e leal no relacionamento entre as pessoas. Ela é o contrário do embuste, da perfídia, da mentira e da traição”. Referencia ainda que se trata de “um princípio cuja observância se pressupõe e aflora em todo o ordenamento contratual (...) tendo em vista a realização plena e harmoniosa dos interesses privatísticos coenvolvidos; à atuação dos intervenientes deverá estar sempre subjacente um espírito de lealdade e cooperação, tanto na formação como ao longo da «vida» do contrato” ⁽⁴²⁴⁾. Com efeito, na expressividade de Stela Barbas, a boa fé é “um ar que circula em toda a vida do contrato” ⁽⁴²⁵⁾.

Por sua vez, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto focam a boa fé objetiva, em sentido ético, como “o princípio fundamental da ordem jurídica, particularmente relevante no campo das relações civis e, mesmo, de todo o direito privado. Exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores ético-jurídicos da comunidade, pelas particularidades da situação concreta a regular e por uma juridicidade social e materialmente fundada. A consagração da boa fé corresponde, pois, à superação de uma perspetiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extraleais e pela

⁽⁴²³⁾ Terá tido origem em Roma. Alude-se frequentemente à frase atribuída a Cícero “*fundamentum justitiae est fides*”, que significa: “a boa fé é o fundamento da justiça”. O vocábulo *fides* (*fido*, *fidus*) significa “seguro, fiel, leal, sincero” e, por sua vez, *fidelis*, “que inspira confiança”.

⁽⁴²⁴⁾ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. 1999. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, p. 55.

⁽⁴²⁵⁾ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 1994. “Boa Fé”, in *CJSTJ*, Ano II, Tomo II, Coimbra: Casa do Juiz, pp. 14-19.

dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha”, que enquanto tal, contribui para “uma visão do direito em conformidade com a que subjaz ao Estado de Direito Social dos nossos dias, intervencionista e preocupado por *corrigir desequilíbrios e injustiças*, para lá das meras justificações formais” ⁽⁴²⁶⁾.

Nessa linha de entendimento, Sinde Monteiro sustenta que “constitui um *princípio normativo* ⁽⁴²⁷⁾ / ⁽⁴²⁸⁾ e envolve uma *cláusula geral*, postulando o afastamento de soluções imediatas e formalmente acabadas em favor de *linhas de critérios gerais de orientação*, as quais permitirão chegar à resolução dos problemas jurídicos concretos, mas só através da mediação de uma atividade concretizadora na esfera da aplicação do direito” ⁽⁴²⁹⁾. E, precisamente no âmbito dessa aplicação, a Relação de Lisboa sintetizou que “é atuar com diligência, zelo e lealdade face aos interesses da contraparte, é ter uma conduta honesta e conscienciosa, numa linha de correção e probidade, visando não prejudicar os legítimos interesses da outra parte, é proceder de modo a não procurar nem alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar” ⁽⁴³⁰⁾.

Voltando a citar Sinde Monteiro, inspirado em Karl Larenz, caracteriza da seguinte forma a boa fé como princípio: “significa que todos devem guardar «fidelidade» à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas” ⁽⁴³¹⁾, sendo pois mister que cada sujeito, quer esteja na posição de

⁽⁴²⁶⁾ PINTO Carlos Alberto da Mota / MONTEIRO, António Pinto / PINTO, Paulo Mota. 2005. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 124 (itálico acrescentado).

⁽⁴²⁷⁾ A ordem jurídica não é composta apenas por normas, mas também por princípios. Estes, diferentemente daquelas, “enunciam uma intenção regulativa, um fundamento e sentido de orientação na solução dos concretos problema normativos, (...) mas não oferecem o critério formalmente acabado, a imediata solução desses problemas – i.é, não são suscetíveis de uma imediata e formal aplicação (...) e por isso não prescindem de uma mediação concretizadora” (NEVES, António Castanheira. 1969. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra (ed.polic.), pp. 331, 332).

⁽⁴²⁸⁾ Os princípios normativos referem-se à “essencial intencionalidade do direito, ao essencial núcleo normativo ético-axiológico fundamental que caracteriza e constitui o direito como direito. Tais princípios enriquecem a experiência humana, tendo validade por sua própria força normativa, independente de qualquer reconhecimento formal por parte do Poder: são aqueles padrões a serem observados em razão de alguma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão de eticidade” (MELGARÉ, Plínio. 2004. “A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado”, in *Revista AJuris*, Ano XXXI, n.º 94 (junho de 2004). Porto Alegre: Ajuris, p.237). Sobre a validade jurídica dos princípios normativos, vide RICOEUR, Paul. 1997. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, p.149.

⁽⁴²⁹⁾ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde / RIBEIRO, Sousa / SÁ, Almeno de / PROENÇA, J.C. Brandão. 1983 (polic.). *Direito das Obrigações*. Coimbra: João Abrantes, p. 110.

⁽⁴³⁰⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / João Moreira Camilo. *Acórdão de 29 de março de 2001*. Agravo n.º 3117/01 [em linha]. Disponível em em <<http://web.archive.org/web/20030609181340/http://www.trl.pt/juris/3117-01cam.html>>.

⁽⁴³¹⁾ *Op. cit.*, p.110.

credor ou devedor (ou, nos casos de eficácia externa, também de terceiro) proceda como é expectável que faça qualquer pessoa que participe de forma honesta no “tráfico jurídico”.

Esta referência ao “tráfico jurídico” é relevante porque, na Alemanha, o instituto da boa fé não teve origem na doutrina ou na jurisprudência, mas na *prática comercial*, que foi depois vertida para o § 242 do *BGB*, que traduzido, estabelece que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos *costumes do tráfico*”. As relações comerciais — com toda a complexa panóplia de contratos que lhes subjazem — eram estabelecidas primordialmente tendo por fundamento a *honra da palavra*, implicando a posterior *valorização da conduta* das partes como *honestas, corretas e leais*. A observância deste princípio era ponto de partida para a diminuição da ocorrência de conflitos (ou, inclusivamente, suprimindo-os), mas não sendo possível evitá-los, constituía uma “balança” de equilíbrio como *fonte* de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual e ainda uma *causa limitadora* do exercício abusivo dos direitos subjetivos (o já abordado *abuso de direito*).

Consubienciado como *princípio norteador* de conduta (na prática, a exigir uma regra comportamental), a sua aplicação não se restringe às operações comerciais ou ao direito das obrigações, mas é transversal a todo o Direito. Mas, concretamente nas relações obrigacionais, é de mencionar a sua previsão no Código Civil dos art.^{os} 227.º, n.º 1 (a chamada responsabilidade pré-contratual ⁽⁴³²⁾, que sujeita as partes a “proceder segundo as *regras da boa fé*), 239.º (a integração da declaração negocial, na falta da aferição da vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, deve fazer-se de acordo com os *ditames da boa fé*), 334.º (a propósito do abuso de direito, consigna a

⁽⁴³²⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Pereira Rodrigues. *Acórdão de 24 de abril de 2008* (proc. 346/2008-6, bdjd-itij): “I- A responsabilidade pré-contratual tem como pressuposto que a parte que rompe as negociações traia as expectativas que legitimamente inculiu na parte com quem negociava, de modo a que a frustração do negócio *exprima uma indesculpável violação da ética negocial*, mormente da proteção da confiança e da prevenção do insucesso. II- A responsabilidade pré-contratual pressupõe *uma conduta eticamente censurável*, que, muitas vezes, se inscreve no âmbito das condutas abusivas do direito, decorrendo de ter sido ofendido o *princípio da boa fé, que impõe o respeito pela confiança* na situação que uma das partes criou e que determinou a outra parte a um conjunto de despesas em cumprimento da obrigação a que se considerou vinculada. III- Assim, por regra, o dano indemnizável é o do interesse contratual negativo, ou dano de confiança, pelo que o lesado deve ser colocado na posição em que estaria se não tivesse encetado as negociações, tendo direito a haver aquilo que prestou na expectativa da consumação daquelas. IV- A parte responsável pela rutura negocial responde em tal condicionalismo pelos danos que culposamente causar, entendendo-se que esses danos são, não só os emergentes como os lucros cessantes, embora descontando, de acordo com o princípio da responsabilidade, as vantagens advenientes para o lesado e, não havendo contrato válido, o facto de ele não ter de cumprir e de não correr os riscos inerentes às vicissitudes contratuais. V- Mas, por princípio, a parte responsável pela rutura negocial não tem obrigação de indemnizar o dano do interesse contratual positivo, isto é, o dano ex contractu, ou o irrealizável benefício, ou ganho, que adviria para a parte fiel se o contrato tivesse sido celebrado” (itálicos acrescentados).

existência de *limites impostos* pela boa fé), 437.º (havendo alterações das circunstâncias, é possível a resolução ou modificação contratual, mas apenas se a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afete gravemente os princípios da boa fé), além da regra geral estatuída no art.º 762.º, n.º 2, em matéria de cumprimento da obrigação e do exercício do direito correspondente. É ainda de referir a norma do art.º 15.º do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro que estabelece um princípio geral de proibição de cláusulas contratuais gerais “contrárias à boa fé”⁽⁴³³⁾.

4.2.2.3. Critério de boa fé objetiva na valoração do bullying obrigacional

a) Vetores de concretização do princípio

O princípio da boa fé, no sentido objetivo, é concretizado em dois vetores fundamentais – um pelo sentido negativo e outro pelo sentido positivo⁽⁴³⁴⁾.

Em relação ao primeiro, é consubstanciado numa *obrigação de lealdade*. Será contrário ao princípio da boa fé todo o comportamento desleal. Esta obrigação de lealdade será violada se uma das partes tornar a execução mais difícil ou onerosa para a contraparte (nesse caso até poderá haver dolo na execução do contrato, *v.g.*, quando credor, apesar de desinteressado na prestação, procura impedir o fornecimento ao devedor dos bens ou serviços necessários ao cumprimento da prestação devida), bem como se invocar indevidamente a exceção de não cumprimento do contrato (*v.g.*, quando a falta do inadimplente não for suficientemente grave que justifique a recusa em realizar a prestação do *excipiens*).

⁽⁴³³⁾ Note-se que o diploma não se limita a prever uma cláusula geral, mas também a estabelecer parâmetros no sentido de ajudar à concretização desta cláusula geral (art.º 16.º), prevendo duas listas de cláusulas absolutamente proibidas, aplicáveis, respetivamente, consoante se esteja perante relação entre empresários ou entidades equiparadas (art.º 18.º) ou perante relações com os consumidores finais (art.º 21.º), bem como, em termos idênticos, duas listas de cláusulas colocadas “sob suspeita” (art.ºs 19.º e 22.º). A articulação do princípio geral com os seus critérios concretizadores conduz a um padrão, desempenhando nesta matéria “um papel fundamental a ideia de um *adequado equilíbrio contratual de interesses*, equilíbrio que é posto em causa se o utilizador procura realizar a todo o custo, na conformação do contrato, os seus próprios objetivos, sem atender, de forma minimamente razoável, aos legítimos interesses do cliente. A significar que está aqui em causa uma básica ponderação de interesses” (SÁ, Almeno de. 2001. *Cláusulas contratuais gerais e diretiva sobre cláusulas abusivas*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 95).

⁽⁴³⁴⁾ Importa assinalar a ressalva que Menezes Cordeiro tem uma noção singular do desenvolvimento do princípio no direito português: por estar consagrado, de forma dispersa, em mais de setenta artigos do CC, com índole variada, fazendo do mesmo o cerne do direito civil, afirma que tendo o CC consagrado a boa fé subjetiva na feição romana e tradicional, a boa fé objetiva, de origem romano-germânica, foi dinamizada por uma terceira sistemática, delimitando a boa-fé, *por via negativa*, com os conceitos de equidade, de bons costumes da ordem pública, da função social e económica dos direitos e, *por via positiva*, com o conceito de confiança e da lealdade contratual (CORDEIRO, António de Menezes *Da Boa Fé...*, pp. 223, 1196, 1240 e 1251).

Uma outra situação de *deslealdade* é a enunciada no art.º 802.º, n.º 2, do CC, no caso em que o devedor cumpre parcialmente a sua prestação, mas o que está em falta em é de valor diminuto, comparado com o total da prestação: o credor não pode resolver o negócio tendo por fundamento esse incumprimento parcial; embora o preceito não o refira expressamente, está subjacente o princípio normativo da boa fé: admitir o contrário seria uma deslealdade do credor para com o devedor. Do mesmo modo, se uma determinada prestação estiver *dependente da verificação de uma condição*, o n.º 2 do art.º 275.º, do CC, estabelece que “se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada”. Uma ação (ou omissão) que tenha por propósito dificultar, obstaculizar ou “sabotar” a verificação da condição, constitui uma violação deste dever de lealdade ⁽⁴³⁵⁾.

Quanto ao segundo vetor, positivo, exterioriza-se numa *obrigação de cooperação*. Esta obrigação não terá nem a mesma exigência nem a mesma intensidade em todas as relações obrigacionais, dependendo do grau de vinculação entre as partes e da natureza das prestações e, quando aplicável, desdobra-se em outras obrigações, designadamente na obrigação em facilitar ao outro contraente a execução do contrato e na obrigação de informação ⁽⁴³⁶⁾.

b) Vicissitudes e conformação da relação obrigacional

A disciplina do princípio normativo da boa fé projeta-se em particular no cumprimento da obrigação e no exercício do direito. O art.º 762.º, n.º 2, do CC impõe *quer ao devedor, quer ao credor*, que no âmbito das respetivas situações jurídicas, procedam de boa fé. Isto significa que o vínculo obrigacional não se reduz a um mero dever de prestar, a cargo do devedor, justaposto e contraposto à pretensão creditícia, conglobando antes, na sua estrutura interna, vários elementos jurídicos autónomos, que fazem de tal vínculo uma

⁽⁴³⁵⁾ “Comporta-se contra a boa fé quem não se comporta como se pode esperar, segundo o sentido do contrato, de um contraente que pense com lealdade; não é preciso que o contraente vise dolosamente a verificação da condição; basta que o seu comportamento, de uma forma reconhecível para ele, não corresponda ao que a outra parte, segundo a boa fé, tem legitimidade para esperar dele” (PINTO Carlos Alberto da Mota / MONTEIRO, António Pinto / PINTO, Paulo Mota. 2005. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 572). No mesmo sentido, José Alberto Vieira afirma: “A condição representa, por definição, um acontecimento futuro e incerto, cuja ocorrência não está na dependência das partes, mas sujeita às contingências do devir em causa. Ora, atuar segundo a boa fé significa que nenhuma das partes pode comportar-se de modo a alterar a seu favor a álea própria desse devir, o curso normal dos acontecimentos, provocando a ocorrência do evento ou afastando a sua verificação. Se o fizer, atua de má fé” (VIEIRA, José Alberto. 2006. *Negócio Jurídico - Anotação ao Regime do Código Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 92)

⁽⁴³⁶⁾ Neste sentido, Sinde Monteiro, *Op. cit.* (1983: pp. 115, 117).

realidade composta ou complexa. É o que, a este respeito, se designa de “*complexidade intraobrigacional*”⁽⁴³⁷⁾, na qual se situam deveres acessórios de conduta, baseados na boa fé⁽⁴³⁸⁾. Com efeito, ao lado das obrigações principais, que definem o tipo ou módulo da relação [v.g., na compra e venda há por parte do comprador a obrigação de pagar o preço e por parte do vendedor a obrigação de entrega da coisa, *ut art.º 879.º, al. c) e b)*, do CC], surgem ou podem surgir outros, chamados secundários ou laterais (ex: os destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação), e, ainda, os chamados deveres acessórios de conduta (v.g., no citado contrato, a obrigação do vendedor de conservar devidamente a coisa até à entrega).

“Quanto à sua disciplina jurídica, a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar à ação de cumprimento (art.º 817.º, CC), próprio dos deveres de prestação, mas a sua violação pode obrigar à reparação dos danos causados à outra parte”⁽⁴³⁹⁾ / ⁽⁴⁴⁰⁾. No mesmo sentido ensinam Almeida Costa⁽⁴⁴¹⁾ e Mota Pinto⁽⁴⁴²⁾.

⁽⁴³⁷⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 1983. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, p. 586: “A complexidade intraobrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”.

⁽⁴³⁸⁾ Considere-se, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de janeiro de 2008 (Ilídio Sacarrão Martins, proc. 9873/2008-8, bdjd-itij), sobre a falta de realização de obras pelo senhorio no locado, tendo por propósito torná-lo inabitável e da ação da locatária no cumprimento do dever de informação: “I- É contrária à boa fé a conduta do locador ao não fazer as obras de que o locado necessitava para assegurar à locatária o gozo do mesmo. II- Assim, o locador, *deixando que o locado se tornasse inabitável, contrariou ou impediu a normal evolução do contrato, traindo a confiança* que nele depositou a locatária, e perturbou o equilíbrio das respetivas prestações, praticamente descaracterizando e inutilizando, omitindo outros deveres de conduta. (...) VII- A locatária, chegando a avisar o senhorio da falta de condições de habitabilidade do locado e indicando-lhe a necessidade de obras, agiu de boa fé e atuou com diligência, zelo e lealdade face aos interesses da contraparte”.

⁽⁴³⁹⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I., 10.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 127.

⁽⁴⁴⁰⁾ Num caso em que foi celebrado um contrato de seguro do ramo automóvel com cobertura de danos próprios e em que se verificou o furto do veículo, tendo a Seguradora demorado mais de um ano para apurar a indemnização devida, pelo Ac. TRP, de 25 de janeiro de 2011 (Vieira e Cunha, proc. 3322/07.6TJVNF.P1) foi decidido que: “I – Os deveres acessórios ou laterais de conduta caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes; já os deveres secundários, são dirigidos, ainda que não em via principal, à matriz definidora do comportamento do devedor que é efetuar a prestação convencionada. II – Os deveres acessórios de conduta, ainda que não resultando do contrato, resultam sem dúvida do princípio da boa fé, representando uma transferência, para o campo contratual, do princípio *neminem laedere* ou *partem non laedere*. III – Atua em violação de um dever acessório de conduta a seguradora que, sabendo não ser contratualmente responsável pelos danos de privação de uso, demorou mais do que o razoável para o apuramento da indemnização devida e para o seu pagamento, violando o equilíbrio contratual e rompendo a colaboração intersubjetiva, causando os referidos danos, bem como danos morais, na pessoa do beneficiário do seguro. IV – Aquele que vier a incorrer em responsabilidade contratual, por esta via, deve indemnizar o dano positivo que resultou para a contraparte, previsto pelo Código Civil, genericamente, no art.º 798.º, n.º 1, do CC”.

⁽⁴⁴¹⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 73: “numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos deveres de

Também como sustenta Carneiro da Frada, o contrato convoca “uma *ordem normativa*”, que o envolve, sujeitando os contraentes aos ditames da regra da boa fé por *todo o seu período de vida* e daí que, “ao lado dos deveres de prestar – sejam eles principais de prestação ou acessórios da prestação principal –, floresce, na relação obrigacional complexa, um leque mais ou menos amplo de deveres que disciplinam o desenrolar da relação contratual, que podem designar-se deveres laterais ou simples deveres de conduta”⁽⁴⁴³⁾. O mesmo Autor, noutra local, esclarece que estes deveres laterais “não estão virados, pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso da sua relação” e “exprimem, na formulação de Larenz, a necessidade de tomar em consideração os interesses justificados da contraparte e de adotar o comportamento que se espera de um parceiro negocial honesto e leal, e costumam fundamentar-se no princípio da boa fé”⁽⁴⁴⁴⁾.

Por conseguinte, uma vontade ou um capricho procedimental, ainda que consagrado numa cláusula contratual, ou ainda uma expectativa, não podem transformar-se de forma automática num direito à prestação pelo credor e correlativa obrigação de prestar por parte do devedor. Essas obrigações “laterais” podem surgir na sequência da ocorrência de factos durante a execução do contrato, designadamente os que possam afetar a prestação de uma das partes, a que estas sejam alheias. Tais obrigações surgem, não propriamente derivadas do cumprimento ou incumprimento de alguma obrigação principal, mas como *resultado do comprometimento das partes*. Ou seja, podem surgir como tendo estado na base de todo o desenvolvimento negocial, quiçá até determinando-o.

Considere-se, por exemplo, se aquando da celebração de um contrato de mútuo, é do conhecimento do mutuante que o mutuário vai ficar numa situação de desemprego e, apesar dessa circunstância, empresta uma determinada quantia, que deve ser paga num

prestação – tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários –, os deveres laterais (...), além de direitos potestativos, sujeições, ónus jurídicos, expectativas, etc.. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a relação complexa em sentido amplo ou, nos contratos, relação contratual”.

⁽⁴⁴²⁾ PINTO, Carlos Alberto da Mota. 2003 (Reimp.). *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, p. 337: “além dos deveres principais de prestação e dos direitos correspondentes, que definem o tipo da relação contratual, existem ou podem existir, também, deveres secundários de prestação”, ou deveres secundários com prestação autónoma ou deveres secundários acessórios da prestação principal, para além dos deveres laterais.

⁽⁴⁴³⁾ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. 2004. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, p. 443.

⁽⁴⁴⁴⁾ FRADA, Manuel A. Carneiro da. 1994. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Almedina, p. 36.

prazo durante o qual o mutuário não voltou a exercer qualquer atividade remunerada; pode questionar-se, *até que limite é aceitável*, de acordo com os padrões da boa fé, exigir ao mutuário o cumprimento nos mesmos termos como se porventura não estivesse nessa situação que afeta a sua capacidade em cumprir ⁽⁴⁴⁵⁾. Acrescente-se a essa situação se o mutuante procede ao acossamento e aviltamento público do mutuário pela sua dificuldade em cumprir a prestação.

Cumpra ainda sublinhar que estes deveres são estabelecidos tendo por objetivo assegurar que, na realização da prestação, as condutas a desenvolver *não envolvam danos para o credor* nem impliquem *sacrifícios desmesurados para o devedor*, atingindo, portanto, ambas as posições: não apenas a do devedor, mas também a do credor, também ele adstrito a um conjunto de deveres - de lealdade, de esclarecimento, de colaboração, de proteção ⁽⁴⁴⁶⁾ - coincidentes com os do devedor e *situados para além do mero dever de aceitar a prestação*. Considere-se o exemplo antecedente, mas sem que o mutuário tivesse dado conhecimento ou que não fosse exigível ao mutuante conhecer que aquele iria em breve ficar no desemprego. Conforme enuncia Menezes Cordeiro ⁽⁴⁴⁷⁾, o dever acessório de esclarecimento *obriga* as partes a, na vigência do contrato que as une, *informarem-se mutuamente de todos os aspetos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir*.

⁽⁴⁴⁵⁾ Na situação do exemplo hipotético, poder-se-ia também aplicar o disposto no art.º 221.º, n.º 1, do CC, que estabelece que “estipulações verbais acessórias anteriores ao documento legalmente exigido para a declaração negocial, ou contemporâneas dele, são nulas, *salvo quando a razão determinante da forma lhes não seja aplicável e se prove que correspondem à vontade do autor da declaração*”. Por outro lado, mesmo tratando-se de um contrato de mútuo *nulo por inobservância de forma* (v.g., atento o seu valor fosse exigível documento escrito ou escritura pública), essa nulidade não poderia prejudicar a manutenção dos deveres de segurança, de informação e de lealdade que acompanham qualquer obrigação, por força da boa fé. Com efeito, a ausência de produção de efeitos negociais à partida decorrentes de uma invalidade pode e deve, em certas situações, ser contrariada pelos princípios e valorações mais eminentes e relevantes consagrados pelo ordenamento jurídico no seu conjunto.

Vide, neste sentido, CORDEIRO, António de Menezes, *Da Boa Fé...*, p. 659: “A invalidade dum negócio pode não prejudicar a manutenção dos deveres de segurança, de informação e de lealdade que acompanham qualquer obrigação, por força da boa fé. Esta manter-se-á, então, mau grado a falta do dever de prestar principal” e Acórdão do STJ, de 25 de janeiro de 2007 (Cons. João Bernardo, proc. 06B4567, bjdj-itij), a propósito da nulidade de um contrato de arrendamento: “I- No cumprimento das obrigações emergentes da nulidade dum contrato devem as partes também proceder de boa fé, no aferimento da qual podem relevar as obrigações derivadas do contrato nulo. II- Assim, se, em contrato de arrendamento nulo por falta de forma, as partes consignaram que não seriam pagas rendas relativamente a determinado período de tempo, não pode o senhorio vir a exigir contrapartida pela fruição do arrendado, por parte do arrendatário, durante esse mesmo período de tempo, com fundamento de que, sendo o contrato nulo, tal cláusula também o é”.

⁽⁴⁴⁶⁾ Menezes Cordeiro prefere qualificar os deveres laterais de *acessórios* e classifica-os em *deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade*. *Vide* CORDEIRO, António de Menezes, *Da Boa Fé...*, p. 604.

⁽⁴⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 605.

Neste último exemplo indicado, enquanto vetor positivo do princípio normativo da boa fé, derivaria para o mutuário o dever de dar conhecimento, esclarecer, informar o mutuante da previsível situação e do risco de maior dificuldade de cumprimento. A falta da sua observância não pode deixar de ser considerada, designadamente ao abrigo do princípio da confiança.

Nestes pressupostos, o desenvolvimento e execução das prestações inerentes a uma determinada relação jurídica obrigacional, ou até da própria invocação de direitos aplicáveis a essa relação (v.g., *o direito de resolução*), podem ser objeto de conformação, na decorrência da aplicação do princípio normativo da boa fé, já que, como de forma pertinente observa Brandão Proença, “o fundamento ético-jurídico e o interesse económico-social do cumprimento recíproco do contrato ou da sua estabilidade, referidos genericamente nos art.^{os} 406.º, n.º 1, 1.ª parte, e 762.º, do Código Civil, *podem ser postos em crise por situações de inexecução «subjéctiva» ou em hipóteses objetivamente «injustas»*, é também à luz da consideração que a racionalidade do instituto resolutivo está decisivamente conexcionada com as incidências contratuais (éticas) ao princípio da boa-fé na dupla direcção em que é afirmada (as obrigações de lealdade e de cooperação, integrantes de um verdadeiro dever de cumprir *qua tale*) que deve aferir-se da justeza da aplicação do instituto” [da resolução contratual] ⁽⁴⁴⁸⁾.

c) *Bullying: violação dos vetores positivo e negativo da boa fé objetiva*

Nem todos os comportamentos podem ser enquadrados na violação do princípio normativo da boa fé, mas tão só aqueles que firam a “exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”.

O princípio da boa fé objetiva corresponde a uma atuação que, sem prejuízo do interesse de cada sujeito, atua considerando e respeitando os interesses legítimos, as expectativas razoáveis e as dificuldades involuntárias da contraparte. A realização do interesse do credor *não deve causar lesão ou desvantagem excessiva ao devedor*, antes envolve a cooperação para atingir o cumprimento recíproco. Embora a *vontade* das partes seja concretizada no princípio da liberdade contratual (com autonomia da vontade), o seu preenchimento efetivo opera-se com o princípio normativo da boa fé.

⁽⁴⁴⁸⁾ PROENÇA, José Carlos Brandão. 1982 (Reimp. 2006). *A Resolução do Contrato no Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 63, 70 e 71 (acrestendado destaque em itálico).

Assim, apesar do devedor estar obrigado ao cumprimento da *prestação principal* (v.g., a entrega de uma quantia monetária, a efetuar uma reparação, a construir um imóvel), a que podem estar associados também *deveres secundários de prestação* (prestações autónomas especificamente acordadas com o fim de complementar a prestação principal, sem a qual não fazem sentido), o credor — ainda que tenha cumprido a sua prestação principal e/ou os respetivos deveres secundários — não pode deixar de estar sujeito a *deveres acessórios*, impostos pelo princípio da boa fé e que são o garante que a prestação é regularmente cumprida pelo devedor — esses deveres acessórios, conforme já foram enunciados, reconduzem-se à lealdade e colaboração: “a ideia vectora que se extrai da boa fé é que esteja *assegurada a execução do ordenamento contratual*, de acordo com o seu sentido e fim, com vista à plena realização dos interesses nele envolvidos: mais do que com respeito formal pela letra das convenções, exige-se que os intervenientes atuem dentro de um espírito leal e *recíproca* colaboração, tendo em conta os interesses legítimos da contraparte”⁽⁴⁴⁹⁾.

Ora, o fenómeno do bullying, nos termos caracterizados, envolve a violação de ambas as obrigações da boa fé objetiva (lealdade e colaboração). Com efeito, o agente “bulidor” inverte a dignidade e a hierarquia dos valores jurídicos, contraria o sentido da vivência axiológica da comunidade e subjuga a probidade⁽⁴⁵⁰⁾ exclusivamente a mecanismos ou instrumentos que são idóneos a provocar humilhação, vergonha, ofensa da honra, bom nome e dignidade da contraparte⁽⁴⁵¹⁾. O interesse que persegue é devido — na sua raiz — mas os meios que utiliza não se adequam ao fim da realização da prestação, ferindo a confiança mútua e distorcendo o verdadeiro sentido da consciência do dever, que só em liberdade (isento de pressões ou constrangimentos) é adequadamente cumprido.

⁽⁴⁴⁹⁾ Sinde Monteiro, *Op. cit.* (1983: pp. 119, 120).

⁽⁴⁵⁰⁾ O termo *probidade* tem uma especial conexão com a boa fé. Em latim, *probus* significar “excelente, bom, honrado, íntegro e leal”. É definido na generalidade dos dicionários como “ânimo de retidão e do bem”, “atuar com integridade”.

⁽⁴⁵¹⁾ Como já se enunciou, esse comportamento poderá fazer suscitar uma *responsabilidade autónoma*, pela prática de factos ilícitos. *Vide*, ainda que tendo por base uma factologia diversa, o Ac. TRL, de 22 de Abril de 2008 (Rijo Ferreira, proc. 873/2008-1, bdjd-itij): “I- Para encontrar o limite distintivo do dano moral deve partir-se dos valores estruturantes da vida em sociedade vigentes em cada momento; II- A sociedade contemporânea é uma sociedade urbana, cosmopolita, aberta, globalizada, complexa, em que relevam sobremaneira os aspetos formais da aparência, em que os valores de solidariedade interpessoal e de probidade se esbatem, em detrimento de valores materiais, centrada no sucesso e na comodidade pessoal. III- O comportamento do R. em injuriar publicamente e em importunar insistentemente o A., colocando-o num estado de alerta e de ansiedade, para além do constrangimento público de tal situação resultante, constitui dano não patrimonial justificativo de arbitramento de uma indemnização”.

4.3. Subsídio reflexivo-qualificador do fenómeno

Apreciado o fenómeno do bullying nas suas vertentes *distintiva* e *integradora* e não sendo possível fazê-lo coincidir na totalidade com nenhum dos institutos enunciados, importa proceder à proposta de qualificação do mesmo na figura jurídica que melhor o possa caracterizar.

4.3.1. Ato de exercício de direito *versus* contrário ao Direito

O bullying obrigacional não constitui o exercício regular de um direito subjetivo. O ordenamento jurídico e a lei em particular, facultam ao titular desse direito (o credor) diversos instrumentos e recursos legais, conforme o respetivo regime em que seja enquadrável, até ao limite da resolução contratual por incumprimento e/ou à execução coerciva do mesmo, através da instauração da competente ação judicial. Tratando-se de um direito de crédito, encontrar-se-á mais limitado, porque o ordenamento jurídico, atenta a sua relatividade, não lhe confere a mesma amplitude reconhecida aos direitos reais, entendidos como direitos absolutos e *erga omnes*, sem prejuízo das exceções previstas na lei. Designadamente, não está reconhecido ao titular do direito de crédito o *direito de preferência* (no sentido do seu titular poder afastar todos os outros direitos posteriormente constituídos e que sejam suscetíveis de colidir com aquele, na medida em que um débito, ainda que constituído posteriormente pode ser cumprido pela ordem que o devedor assim o entenda, não sendo concedido ao titular do crédito constituído anteriormente qualquer prevalência sobre o constituído posteriormente), nem outrossim o *direito de sequela* (enquanto poder do titular fazer valer o seu direito ou domínio – quer material, quer jurídico - sobre a coisa, onde quer que ela se encontre). Com efeito, o titular de um direito de crédito está sujeito a suportar o concurso dos demais credores quando quiser fazer valer judicialmente o seu crédito a fim de ser pago com o sacrifício do património devedor (art.º 604.º, n.º 1, do CC) e também não lhe assiste o direito de seguir os bens do devedor ⁽⁴⁵²⁾.

O bullying obrigacional consiste num comportamento de quem, apesar de ser titular de um direito subjetivo (v.g., um direito de crédito), visando a realização da correspondente prestação pelo devedor, pratica atos contrários ou disformes à estrutura jurídica-formal do

⁽⁴⁵²⁾ É certo que há *exceções*, pois existem situações em que o direito de preferência pode não operar nos direitos reais, designadamente em caso de colisão entre um direito real de garantia e um privilégio imobiliário, é este que prevalece sempre, ainda que posteriormente constituído (art.º 751.º, do CC) e nos direitos reais sujeitos a registo, prevalece o primeiramente registado e não o primeiramente constituído. Por outro lado, a sequela também pode não operar em alguns direitos reais, designadamente na circunstância do art.º 291.º, do CC (inoponibilidade a terceiros da nulidade e da anulação).

direito subjetivo em causa. Esses atos não são, pois, nem conformes ao valor normativo inerente ao direito subjetivo, nem preenchem na sua materialidade a forma do direito subjetivo que se pretende exercer, sendo os atos contrários a outros valores distintos do que serve de fundamento jurídico ao seu direito.

Deste modo, esse comportamento ultrapassa os limites formais do direito subjetivo de que é titular; excede-o na sua configuração jurídico-formal: a sua atuação, nessa parte, é *sem* direito ou *fora* do direito. Como tal, não pode ser integrado no âmbito do exercício do direito, ainda que o seu propósito seja o de obter a concretização desse direito. E, neste enquadramento, distingue-se do simples abuso de direito (enquanto excesso manifesto dos limites do seu exercício), porque neste, em rigor, o comportamento do sujeito preenche a *forma* do direito subjetivo que se pretende exercer, mas tal comportamento ultrapassa, na *materialidade*, o valor que lhe serve de fundamento jurídico ⁽⁴⁵³⁾. Por conseguinte, o bullying não faz parte da estrutura do exercício de um direito. Ainda que aparentemente use essa estrutura, consiste na prática de atos contrários ao ordenamento jurídico (normas e princípios).

4.3.2. A doutrina do ato ilícito

A *antijuridicidade* da conduta reconduz-se ao conceito de *ilicitude* ou de *ato ilícito*.

Com efeito, o *bullying* obrigacional não é simples um *ato ilegal*. Sê-lo-ia se porventura constituísse um simples “ato incorreto” ou violador de uma norma legal. Ou, para seguir a terminologia de Josserand, um ato “realizado sem direito e, por consequência, em violação de um direito de outrem” ⁽⁴⁵⁴⁾. A conduta do bullying é mais grave, porque além da prática de atos incorretos (embora alguns deles possam *aparentar* correspondência ao Direito), é também *censurável pelos meios*, pelos instrumentos que utiliza, inadmissíveis, visando alcançar um fim, que na sua essência é lícito e, mais do que lícito, exigível e correspondente à prestação a que tem direito, mas que por via da sua prática (a coação, o acossamento, a instigação, o assédio) causa — sendo essa também a intenção do

⁽⁴⁵³⁾ Conforme refere Cunha de Sá (1973: p. 467), no abuso de direito “a aparência estrutural do direito não é integrada pela sua intenção normativa; a forma está presente, mas o seu preciso valor está ausente, a realidade finge o direito: o comportamento do titular viola, no seu íntimo sentido, os limites materiais que para a qualificação jurídica do permitido em termos de direito subjetivo resultam do seu fundamento axiológico. E tão pouco se pode falar aí de exercício de um direito, pois que, à face deste mesmo fundamento, é ilegítimo o comportamento concreto do titular. Aliás, a nossa própria lei expressamente refere o abuso ao excesso manifesto dos limites do direito”.

⁽⁴⁵⁴⁾ JOSSERAND, LOUIS. 1927. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Paris, *apud* SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Op. cit.*, p. 472.

agente que cause — constrangimento, humilhação, vergonha ou restrição de direitos fundamentais.

Fazendo uma aproximação do conceito, ainda que o tenha traçado em sede penal, mas que nada obsta seja aqui também convolado, Cavaleiro Ferreira define *ilícito* como “o comportamento negador de específicas orientações axiológicas-normativas; é a conduta que contradiz concretas proibições de ação ou omissão, como reflexo do juízo do valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta”⁽⁴⁵⁵⁾. Fernando Cunha de Sá, na mesma senda doutrinária, conclui que a ilicitude é “o acento tónico da conduta do agente na sua contrariedade a uma específica proibição normativa, que a nossa lei identifica, em termos genéricos, com a violação de um direito alheio ou de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios (...); é, portanto, a violação pelo comportamento do agente de uma proibição específica, que pode ser uma obrigação em sentido técnico, mas que também pode ser qualquer outro dever jurídico concretamente determinado”⁽⁴⁵⁶⁾.

Em termos mais sintéticos, quiçá mais simplista, mas sem deixar de ser idóneo, dir-se-á que *há ato ilícito quando alguém atua de forma contrária ao Direito, seja por ação ou por omissão*.

No entanto, a esfera do ilícito é muito abrangente. Nela pode incluir-se o inadimplemento contratual, a falta de cumprimento de uma promessa em contratar, o próprio abuso de direito, entre outros. A prática de um ato ilícito pode também ter consequências diversas, desde a execução coercitiva (mediante a instauração da ação creditória, nos termos do art.º 817.º, do CC), a execução específica mediante declaração substitutiva de quem tenha quebrado uma determinada promessa em contratar⁽⁴⁵⁷⁾, a execução por equivalente⁽⁴⁵⁸⁾ ou o pagamento de uma indemnização, ao abrigo da responsabilidade *delitual* ou por factos ilícitos (art.º 483.º, n.º 1, do CC), desde que

⁽⁴⁵⁵⁾ FERREIRA, Manuel Cavaleiro. 1981. *Direito Penal Português*, Vol.I. Lisboa: Verbo, pp. 110 ss.; 213 ss.

⁽⁴⁵⁶⁾ SÁ, Fernando A. Cunha de, *Op. cit.*, pp. 503,504, escudando-se também no ensino de Pessoa Jorge.

⁽⁴⁵⁷⁾ Conforme refere Antunes Varela (*Das Obrigações...*, II, p. 143), “a execução específica tem de comum com o cumprimento coercivo a circunstância de proporcional ao credor a obtenção da prestação devida (...) mas distingue-se dele pelo facto de a prestação não ser realizada pelo devedor, ou por terceiro em lugar dele, mas pelo próprio tribunal (que apreende a coisa devida ao credor, que substitui o promitente faltoso na emissão da declaração de vontade prometida)”.

⁽⁴⁵⁸⁾ A execução por equivalente significa que a ação judicial não visa a realização coativa da prestação principal, mas a obtenção da vantagem ou atribuição patrimonial que, em lugar dela (como seu equivalente económico-jurídico), a lei substantiva coloca ao alcance do credor. *Vide* SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1958a. “Realização coativa da prestação (execução)”, in *BMJ*, n.º 73 — Separata (janeiro 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 7 ss.

verificados os respetivos pressupostos (facto, ilicitude, imputação do facto ao lesante, dano e nexos de causalidade entre facto e dano). Com efeito, a prática de atos ilícitos na execução de um contrato também pode originar responsabilidade contratual ⁽⁴⁵⁹⁾ — mas em qualquer dos casos a ocorrência de um *dano* apresenta-se como condição essencial da responsabilidade ⁽⁴⁶⁰⁾: se não houver dano, não há responsabilidade, nem delitual, nem contratual, não importando para o Direito que tenha sido praticado um facto ilícito. No entanto, ainda que se admita que um determinado facto é suscetível de violar, simultaneamente, uma relação de crédito e um direito absoluto ou uma norma de proteção, isto é, seja suscetível de preencher os requisitos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e extracontratual, será *de afastar o sistema de cúmulo das duas variantes da responsabilidade civil*, de ação híbrida ou da teoria da opção, antes se preconizando a aplicação do princípio da *consumção*, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual “consume” o da extracontratual ⁽⁴⁶¹⁾.

⁽⁴⁵⁹⁾ Quer a responsabilidade civil contratual, quer a responsabilidade civil extracontratual são fontes do direito de indemnizar. Conforme refere Antunes Varela (*Das Obrigações...*, I, pp. 539, 541), “na rubrica da responsabilidade civil cabe tanto a responsabilidade proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei (*responsabilidades contratuais*), como a resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora ilícitos, causam prejuízo a outrem (*responsabilidade extracontratual*). (...) Apesar de nítida distinção conceptual existente entre as duas variantes da responsabilidade civil (uma, assente na violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos; a outra, resultante do não cumprimento, lato sensu, dos deveres relativos próprios das obrigações, incluindo os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional), a verdade é que elas não constituem, sobretudo na prática da vida, compartimentos estanques. Pode mesmo dizer-se que, sob vários aspetos, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual funcionam como verdadeiros vasos comunicantes”.

⁽⁴⁶⁰⁾ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010a. *Direito das Obrigações*. Volume I. 9.^a edição. Coimbra: Almedina, p. 343, acrescentando o Autor que “por muito censurável que seja o comportamento do agente, se as coisas correrem bem e ninguém sair lesado, não poderá ele ser sujeito a responsabilidade civil”. Por isso, Menezes Leitão define dano como “a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica”.

⁽⁴⁶¹⁾ A doutrina e a jurisprudência têm discutido se a natureza da responsabilidade obrigacional e extraobrigacional é diferente ou se têm apenas fontes distintas. Para uns, só a responsabilidade extracontratual ou delitual é verdadeira fonte das obrigações, porque gera primariamente uma relação obrigacional, enquanto a contratual gera deveres secundários de prestação; para outros, as duas são fontes das obrigações, porque o fundamento da responsabilidade obrigacional é distinto do fundamento da prestação. De qualquer modo, há algumas diferenças de regime entre ambas, designadamente, na responsabilidade contratual há presunção de culpa para o incumpridor (art.º 799.º), enquanto que na responsabilidade extracontratual compete à parte lesada provar os pressupostos da responsabilidade civil; são igualmente diferentes os prazos de prescrição (sendo mais curtos na delitual, *cfr.* art.ºs 498.º e 309.º e ss.); é diferente o regime da responsabilidade por atos de terceiro (*cfr.* art.ºs 500.º e 800.º), bem como na pluralidade de responsáveis (sendo o regime da solidariedade na responsabilidade delitual, art.º 497.º). Subsiste ainda (residualmente) a querela dos danos indemnizáveis (a saber, se na responsabilidade contratual podem ser indemnizados os danos não patrimoniais, sendo a doutrina dominante no sentido afirmativo – assim, Galvão Teles, *Direito das Obrigações*, cit., p. 383, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 539 ss. e João Calvão da Silva, 1999, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Almedina, p. 688, nota 2).

4.3.3. Autonomia dogmática versus atipicidade

Uma das razões para a autonomização do instituto do abuso de direito radicou no grave inconveniente de que a redução do mesmo dentro de uma figura de “ato ilícito”, em singelo, ocultaria a sua especificidade. A inclusão do abuso de direito num conceito amplo e sem concretude, reduziria a subsunção de determinados factos à simples subcategoria de ato abusivo dentro de uma classificação na qual estariam incluídas vicissitudes das relações jurídicas sem qualquer conexão com a singularidade de que o fenómeno do abuso de direito era merecedor. Seria semelhante ao que se reconduz o preenchimento dos conceitos de “ordem pública e bons costumes”, “fim económico e social”, etc..

O bullying obrigacional é um fenómeno social complexo que não tem autonomia — no atual estágio da ciência do Direito — para ser elevado a uma figura ou instituto jurídico, apesar de já ser reconhecido, ainda que numa vertente limitada, no direito laboral, através do *assédio moral* ou *mobbing*, plasmado no art.º 29.º do Código do Trabalho ⁽⁴⁶²⁾.

Mas também não parece que deva ficar reduzido à globalidade da doutrina generalista dos atos ilícitos, com esta se confundindo, na medida em que, além da sua antijuridicidade (conduta contrária ao Direito), também partilha alguns elementos característicos dos institutos do abuso de direito e do princípio normativo da boa fé, não se identificando plenamente ou na integralidade com nenhum destes institutos.

Na verdade, o “bulidor” não se limita a violar os limites *lógico-formais* (doutrina do ato ilícito), mas também os limites *axiológico-materiais* (doutrina do abuso de direito e do princípio da boa fé). Ora, cada direito — no caso do direito do credor, o da realização da prestação devida pelo devedor — tem de ser exercitado em obediência ao seu espírito peculiar, não podendo comportar desvios, designadamente instrumentais, violadores de normas jurídicas e de princípios ordenadores. O exercício do direito tem de ser balizado dentro das respetivas condições objetivas definidas pelo ordenamento jurídico e cotejado com a sua finalidade — não apenas no âmbito subjetivo do seu titular, mas também de acordo com o padrão de comportamento conferido pelo princípio normativo da boa fé e dentro dos limites impostos pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (limites característicos do instituto da boa fé).

Quando o agente pratica o bullying obrigacional, não se limita a praticar um ilícito — civil ou criminal —, cuja autonomia não se pretende negar e que poderá reclamar a respetiva apreciação jurisdicional, sobretudo se concomitantemente forem violadas normas

⁽⁴⁶²⁾ Cfr., *supra*, ponto 4.1.2.1.

e/ou princípios de valoração penal. O bullying obrigacional acrescenta a esse âmbito a quebra dos princípios fundamentais que garantem fidedignidade à relação obrigacional, desde o princípio da confiança ao princípio do equilíbrio das prestações. E na medida em que o exercício de um direito subjetivo não é uma simples prerrogativa do credor, os atos de instigação, assédio, acoassamento, “extorsão” sob ameaça da revelação de algum facto, circunstância ou “escândalo, perseguição ou coação do devedor, ainda que visando a realização, por este, da prestação a que está obrigado por força da relação jurídica estabelecida, sendo tal ato (ou conjunto de atos) idóneo a provocar uma rutura no aludido equilíbrio das prestações, não pode ficar circunscrito à sujeição da responsabilidade inerente à prática dos factos ilícitos (verificados os respetivos pressupostos), antes deve ser suscetível de conformar a relação obrigacional, pelo desequilíbrio causado.

Por, nessa parte, não ter autonomia própria e por ser necessária a sua consideração no domínio da própria relação obrigacional, tendo por desiderato a coerência do direito, no restabelecimento do equilíbrio quebrado por tal conduta, tratar-se-á de um *ato ilícito atípico*.

Ou seja, o subsídio qualificador que se propõe é a caracterização do bullying obrigacional, não como um ato ilícito com a definição circunscrita do art.º 483.º, do CC, ou seja, o ato contrário ao direito que provoque dano a outrem, mas um *ato ilícito peculiar*, que também interfere de uma forma relevante na própria relação jurídica obrigacional estabelecida, com distorção dos princípios básicos que a sustentam.

Ou seja, pela sua natureza, abrangência e consequências, constitui um *ato ilícito atípico*:

- (a) Que introduz um fator *anómalo* na própria relação obrigacional;
- (b) Com um carácter ilegítimo, tendo por critério aferidor o princípio normativo da boa fé e os limites do abuso de direito;
- (c) Com a criação de uma *situação jurídica de desequilíbrio*, tendo por referência a exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação jurídica originária complexa;
- (d) Que justifica a subsequente conformação da relação obrigacional.

5. CONFORMAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Razão de ordem

Enquadrado o fenómeno do bullying obrigacional como ato ilícito atípico, do qual resulta uma distorção da relação jurídica obrigacional, importa questionar se, na sua decorrência, essa relação deverá ser objeto de *conformação* (modificação) em algum dos seus elementos (dever principal ou obrigações acessórias), designadamente com reflexos no princípio *pacta sunt servanda* e, em caso afirmativo, quais os fundamentos em que essa conformação pode alicerçar-se.

5.1. Os direitos fundamentais

5.1.1. Constituição *versus* ou *plus* ao Código Civil?

Na conceção tradicional, a relação contratual não está concebida para o destaque dos direitos fundamentais. Desde o *contrato social* de Locke, secundado pelos ideais iluministas da Revolução Francesa, na conceção do Estado Liberal prevalecia o pensamento segundo o qual as relações entre o Estado e o indivíduo eram reguladas pela Constituição (na qual constariam os direitos fundamentais dos cidadãos), enquanto que as relações privadas seriam estabelecidas com base na autonomia privada, regulada pelas normas do direito civil. Visava-se balizar o poder estatal, sendo a lei o limite e a fonte de vinculação dos poderes públicos e dos privados.

Foi precisamente nessa época que se solidificaram as teorias conceptuais do contrato e, a partir de então, a doutrina, a legislação e a jurisprudência, centraram a sua apreciação na realização da autonomia da vontade, face ao instrumento jurídico que o contrato representa e que, na verdade, é potenciador da movimentação patrimonial, da satisfação de interesses e necessidades, ou seja, da “troca” de prestações. É, aliás, esta ideia de reciprocidade das obrigações, enquanto sinalagma, que proporciona o equilíbrio das prestações, com “*checks and balances*” entre os titulares dos direitos e os sujeitos dos deveres.

Sem prejuízo da necessidade de subsistência deste instrumento e dos princípios que lhe estão subjacentes, o *Code Civil* de Napoleão com a sua máxima individualista, acentuou de forma desmesurada o risco de *unilateralidade* na fixação das cláusulas, termos e condições pela parte com maior capacidade económica, mitigando desordenadamente a

efetiva *vontade* (também individual) de quem se encontrava numa situação de *dependência*, para a satisfação das suas necessidades básicas.

Daqui resulta que aquela conceção dualista (Constituição *versus* Código Civil) não é idónea a uma efetiva proteção dos cidadãos, mesmo quando estes se reservam a estabelecer relações obrigacionais privatísticas, devendo antes admitir-se a limitação da liberdade e da autonomia privada, no confronto com o primado dos direitos fundamentais, de onde se destacam, no âmbito dessas relações, a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social ⁽⁴⁶³⁾, por ser insuficiente uma proteção (ainda que estável) predominantemente formal da autonomia e da liberdade negocial, na medida em que o contrato não é, por natureza, equitativo. É certo que aquele formalismo concede *segurança*, mas nem sempre a partir desta é possível alcançar a justiça e o equilíbrio negocial (aliás, muitas vezes essa segurança formal é contrária a estes princípios).

Neste enquadramento, a proteção da *lei civil* enquanto instrumento de garantias dos direitos *individuais* pode não ser bastante para evitar a violação dos direitos *fundamentais* dos contraentes. Nesta senda, os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, não se destinam *sensu próprio* a constituir *limites à autonomia* privada, mas a servir de *balança* na resolução de eventuais colisões de direitos, convergindo as partes para a obediência e respeito ao *Direito*, que ultrapassa a positivação inserta em legislação

⁽⁴⁶³⁾ Aliás, este desiderato não deve existir apenas nas relações estabelecidas entre privados, mas igualmente nas reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, em que as atividades estão sujeitas a uma finalidade de interesse público. A este propósito, Maria da Glória Garcia alvitra que o conceito tradicional de contrato público seja enriquecido com as exigências constitucionais do regime dos direitos fundamentais: “a «despublicatio» das atividades e a conseqüente liberalização de determinados setores económicos devem fazer-se sem abdicar da salvaguarda que rege a ligação entre economia e direito através dos princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente o princípio da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos - art.º 266.º, n.º 1, da CRP, e o princípio da justiça, igualdade e proporcionalidade - art.º 266.º, n.º 2, da CRP” — tradução livre do original em inglês (GARCIA, Maria da Glória. 2001. “Reinventing public service between the autonomy of the market and the duty of public interest”, in *Direito e Justiça*, Volume XV, Tomo 2, p. 84).

No mesmo sentido, Maria João Estorninho enuncia que “não é necessário recorrer a qualquer raciocínio de aplicação indireta ou analógica do regime das entidades privadas, para se chegar à vinculação aos direitos fundamentais por parte das entidades públicas sob formas jurídico-privadas, uma vez que estas estão sujeitas a essa vinculação, em primeira linha e de forma direta, pela simples razão de nunca deixarem de ser entidades públicas, apesar de utilizarem as formas de Direito Privado” (ESTORNINHO, Maria João. 2009. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, p. 239).

Esta nota não estaria completa sem a referência ao alerta para o risco da existência de um espaço ausente dos direitos fundamentais: “[a] melhor solução é a de manter a eficácia dos direitos fundamentais, mesmo quando os poderes públicos utilizam meios de direito privado, seja no exercício de tarefas públicas (direito privado da administração) seja no exercício de tarefas meramente privadas. A solução contrária colidiria com a eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, também reconhecida na Constituição, e abriria no seio da Constituição um inadmissível espaço livre dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, J.J.Gomes / MOREIRA, Vital. 1993. *Constituição da República Portuguesa, Anotada*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 146, 147).

ordinária, *maxime*, do Código Civil. Este, pode estabelecer a fronteira entre atos lícitos e ilícitos, entre cumprimento e incumprimento, mas surgindo um conflito em que estejam em causa direitos fundamentais consagrados e reconhecidos na Constituição, é por esta que se define o elemento restaurador da confiança e do equilíbrio, designadamente através dos respetivos princípios interpretativos ⁽⁴⁶⁴⁾.

Por conseguinte, na aferição dos comportamentos das partes de uma determinada relação obrigacional, na sua execução ou dos pressupostos de incumprimento, importa considerar se porventura os mesmos contendem com os direitos fundamentais instituídos na Constituição, enquanto expressão de uma ordem de valores que constitui o sustentáculo da ordem e paz social, enfatizando-se também que essa apreciação não pode resumir-se às normas constitucionais — ou seja, à positivação das *regras* ⁽⁴⁶⁵⁾ — mas essencialmente aos respetivos *princípios* subjacentes ⁽⁴⁶⁶⁾.

⁽⁴⁶⁴⁾ Gomes Canotilho aponta três princípios fundamentais de interpretação: *a)* O princípio da prevalência da Constituição impõe, que dentre várias possibilidades de prevalência da Constituição – deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma constitucional; *b)* O princípio da conservação de normas – a norma não deve ser declarada inconstitucional quando, ela pode ser interpretada conforme a Constituição; *c)* O princípio de que a norma não pode contrariar o sentido da interpretação conforme a Constituição” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1998. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.^a edição. Coimbra: Almedina, pp. 1099, 1100). Por essa razão, as diversas soluções normativas devem ser interpretadas criticamente em função do sentido próprio das normas constitucionais respetivas, podendo uma norma legal ser desaplicada ou mesmo retirada do ordenamento jurídico por ofender o conteúdo de um preceito constitucional relativo a um direito fundamental. Neste sentido, *vide*, ANDRADE, José Carlos Vieira. 2004. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, pp. 206, 207.

⁽⁴⁶⁵⁾ Segundo Robert Alexy, a distinção entre *regras* e *princípios* constitui o marco da teoria normativo-material dos direitos fundamentais, constituindo um dos pilares do edifício da doutrina dos direitos fundamentais: “os princípios são normas jurídicas que ordenam algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades físicas e fácticas existentes. São mandamentos de otimização que se caracterizam pelo facto de que podem ser cumpridos em diferentes graus. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, por conterem determinações no facto e juridicamente possível. Um conflito ocorrido no plano das regras, só pode ser solucionado, mediante a introdução de uma cláusula de exceção” enquanto na colisão entre princípios, “um dos princípios tem de ceder em face do outro, pelo critério da precedência” (ALEXY, Robert. 2002. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 81, 87-89).

⁽⁴⁶⁶⁾ Voltando a citar Gomes Canotilho (*idem*, p. 1037), “o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em função da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘ideia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma ‘função normogenética’ e uma ‘função sistémica’: são os fundamentos de regras jurídicas e têm idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que ‘regras’ e os ‘princípios’, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática [...]: o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the book* para uma *law in action* para uma *living constitution*”.

Na verdade, os direitos fundamentais de cada indivíduo, embora não constituam prerrogativas absolutas ⁽⁴⁶⁷⁾, têm sido caracterizados como:

— *inalienáveis* (não são passíveis de transferência, negociação ou sujeição a cláusulas contratuais);

— *imprescritíveis* (embora quando tenham uma vertente patrimonial a invocação dos danos respetivos fique sujeita à caducidade ou prescrição); e,

— *irrenunciáveis* (nada obsta a que as partes *não os exerçam*, mas não podem renunciar convencionalmente à sua eventual futura invocação ou arguição) ⁽⁴⁶⁸⁾.

Conforme referencia Oliveira Ascensão, quando a Constituição consagra princípios fundamentais da ordem jurídica, *também inclui* os da área cível, já que os princípios civilísticos referentes à conduta do homem conquistaram assento constitucional ⁽⁴⁶⁹⁾ e, por isso, reclamam uma análise dos preceitos constitucionais, louvando-se ainda na consolidação do fenómeno do direito civil-constitucional ⁽⁴⁷⁰⁾, por conduzir a um aprofundamento das respetivas bases ⁽⁴⁷¹⁾.

⁽⁴⁶⁷⁾ Tribunal da Relação do Porto / Oliveira Barros. *Acórdão de 25 de setembro de 2003* (proc. 03B2202, bjdj-itij): “Os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas: obedecendo, embora, a determinados limites, são consentidas interferências ou restrições a esses direitos que devem satisfazer a três pontos essenciais: - serem justificados pelos objetivos de interesse público a alcançar: - serem proporcionais a esses objetivos; - não atingirem a substância do direito protegido”.

Considere-se, a título de exemplo, o direito à imagem e da reserva da vida privada. Pelo Acórdão da Relação de Guimarães, de 24 de novembro de 2004 (Relator: Espinheira Baltar, proc. 1701/04, bjdj-itij), foi decidido que tais direitos “consagrados constitucionalmente como direitos de personalidade nos artigos 25.º e 26.º, da CRP, e regulados nos artigos 70.º, 79.º e 80.º, do CC, não são violados pelo uso de cassetes de vídeo, em julgamento, quando as imagens tenham sido filmadas sem consentimento e em lugar de acesso ao público, e usadas para fins da descoberta da verdade material”.

⁽⁴⁶⁸⁾ Não é pacífico o caráter absoluto da irrenunciabilidade, designadamente quando a renúncia opere para um período temporal específico e dentro de um quadro contratual que só pode realizar-se com o sacrifício de determinados desses direitos — *v.g.*, pelos concorrentes a um programa televisivo de “*reality show*”, que aceitam limitar (ou mesmo excluir por completo) o seu direito à privacidade, ficando expostos a que de forma pública sejam conhecidos pormenores da sua reserva íntima. Mesmo neste caso, Gomes Canotilho alvitra que “[de] qualquer modo, a renúncia a direitos fundamentais, mesmo a admitir-se, pressupõe sempre como *conditio sine qua non* que o titular do direito dispunha sobre a posição jurídica de forma livre e autodeterminada(...) Os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciáveis, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos” (CANOTILHO, J.J. Gomes. 1998, *Op. cit.*, p. 464).

⁽⁴⁶⁹⁾ Sobre esta “conquista”, Konrad Hesse descreve que, já no século XIX, o direito constitucional relacionava-se com o direito civil e que as constituições modernas e as codificações civis tinham por base os princípios da liberdade e da igualdade (HESSE, Konrad. 2001. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas Ediciones, pp. 33,34).

⁽⁴⁷⁰⁾ Há direitos previstos na legislação civil que decorrem da aplicação de princípios relacionados com direitos fundamentais. O STJ já caracterizou o direito de retenção (no âmbito de um contrato-promessa) como exteriorização desses princípios: “A atribuição do direito de retenção ao beneficiário da promessa e da tradição da coisa foi uma opção do legislador por uma sobreposição dos interesses do consumidor aos das instituições de crédito, tomada no exercício do poder/dever de conformar a realidade sócio-económica com

5.1.2. Vinculação da relação obrigacional aos direitos fundamentais

Importa, assim, questionar qual a abrangência da aplicação dos direitos fundamentais no regime do direito civil. A doutrina e a jurisprudência alemãs — onde a questão surgiu em primeiro lugar após a Constituição de 1949 — utilizam o termo “*drittwirkung*” para definir que, mesmo nas relações obrigacionais, quer o Estado, quer os particulares estão sujeitos à *observância obrigatória* dos direitos fundamentais, havendo contudo divergência sobre a existência de uma efetiva “*drittwirkung der grundrechte*”, isto é, se os direitos fundamentais, além da imposta observância, são igualmente *oponíveis* a todas as relações jurídicas (sendo que a tradução literal significa precisamente a “*eficácia perante terceiros*” dos direitos fundamentais), implicando a sujeição de cada parte aos *deveres imanes aos direitos fundamentais da contraparte*, mediante a interpretação de todas as cláusulas em conformidade com os mesmos. Tratam-se, efetivamente, de perspectivas diametralmente opostas: por um lado, a violação da imposição do respeito pelos direitos fundamentais apenas poderá fazer emergir uma responsabilidade por *omissão* (falta da sua observância); por outro lado, se for admitida uma *oponibilidade direta* dos direitos fundamentais nas relações obrigacionais (e, em particular, nos contratos), poderá aceitar-se a restrição do princípio *pacta sunt servanda*, pela *vinculação direta* dos termos contratuais e da sua execução em conformidade com aqueles direitos ⁽⁴⁷²⁾.

Sem prejuízo do referido *supra*, o problema central não consiste no reconhecimento da produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas *como* se concretiza a vinculação dos sujeitos de uma relação obrigacional privatística aos aludidos direitos fundamentais. Entre nós, a CRP estabelece no art.º 18.º, n.º 1 que “os preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. O preceito estabelece não apenas a

as opções de política legislativa que a Constituição lhe permite tomar” (Supremo Tribunal de Justiça / Quirino Soares. *Acórdão de 28 de janeiro de 1999*, proc. 98B1061, bdjd-itij).

⁽⁴⁷¹⁾ ASCENSÃO, José de Oliveira. 2000. *Direito Civil – Teoria Geral*, I, *Introdução. As pessoas. Os bens*. Coimbra: Almedina, pp. 29, 30.

⁽⁴⁷²⁾ Gomes Canotilho procede à comparação entre a doutrina norte-americana do *State Action* (em que o Estado faz a intermediação para a responsabilização do particular pela prática de atos lesivos dos direitos fundamentais) e a *Drittwirkung der Grundrecht* da doutrina e jurisprudência alemã, que fazem ainda várias distinções, com as expressões “vigência horizontal”, “aplicação horizontal”, “eficácia externa” e “privatização dos direitos fundamentais”. *Vide*, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2000. “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno”, in *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo (Brasil): Ed. Malheiros, pp. 109, 110.

vinculação das entidades privadas (nestas se incluindo todas as pessoas singulares e coletivas os que estabelecem relações obrigacionais privatísticas), mas sobretudo a *aplicabilidade direta*. O que, como explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “traduz-se no seguinte: os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias não carecem de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para serem aplicáveis, pelo que se aplicam mesmo na *ausência de lei (...)*” ⁽⁴⁷³⁾.

Sobre a sua eficácia, os mesmos Autores, considerando incorreta a designação “eficácia externa” ou “eficácia em relação a terceiros” (do aludido termo em alemão “*drittwirkung*”, porque essas designações pressupõem o paradigma liberal assente nas relações indivíduo-Estado, quando na CRP os particulares *não são terceiros*, nem constituem uma componente “externa” da eficácia direta dos direitos, liberdades e garantias), concluem que a eficácia é *imediata*, ou seja, “a vinculação das entidades privadas decorre de forma *direta* e necessária dos direitos constitucionalmente garantidos”, não sendo necessário que previamente seja feita configuração legal da situação jurídica. Ou seja, “os direitos, liberdades e garantias traduzem-se num dever geral de todos os cidadãos de respeitar e não infringir direitos alheios” e que “a Constituição portuguesa faz aplicar expressamente os direitos fundamentais às relações entre entidades privadas, sem qualquer restrição ou limitação, não sendo, portanto, legítimo limitar essa eficácia aos casos em que a doutrina estrangeira a admite quando nada nas respetivas leis fundamentais a impõe” ⁽⁴⁷⁴⁾.

Esta aplicação direta é também enfatizada por Jorge Miranda, que traça como *pressupostos*, “o reconhecimento da qualidade de valores superiores da ordem jurídica dos direitos, liberdades e garantias, mas igualmente, o reconhecimento da necessidade de um mínimo de separação entre Estado e sociedade civil” e como *objetivos*, “o *equilíbrio*, a concordância prática, *se possível a realização simultânea* dos direitos, liberdades e garantias, por um lado, e, por outro, da autonomia privada — esta regulada no Código Civil (art.º 405.º), mas não na Constituição, embora aqui se induza, como garantia institucional, (...) da iniciativa privada (art.º 61.º, n.º 1) ⁽⁴⁷⁵⁾ inerente aos princípios pluralistas da Constituição e imposta pelo art.º 46.º, n.º 2” ⁽⁴⁷⁶⁾.

⁽⁴⁷³⁾ CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital. 1993. *Constituição da República. Portuguesa, Anotada*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 145, 156.

⁽⁴⁷⁴⁾ *Ibidem*, pp. 147, 148.

⁽⁴⁷⁵⁾ A *iniciativa privada* é um conceito que não é de todo coincidente com o da *autonomia privada*: podem existir atos de iniciativa privada (v.g., atos executivos, atividades materiais, sociais ou culturais) que não consubstanciam, por si só, nem *ab initio*, nem por objeto, negócios jurídicos emergentes da autonomia privada. Para Ana Prata, a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada,

Destarte, será defensável que se porventura uma das partes da relação obrigacional, que deva realizar uma prestação, seja instigada ou assediada de forma grave pela contraparte, configurando essa instigação (ou da mesma resultando) a violação ou o perigo de violação de direitos fundamentais da primeira, assiste a esta o direito de *invocar e opor* àquela os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, designadamente os que se referem aos direitos de personalidade, por serem diretamente aplicáveis. Subsistirá, no entanto, a questão, se tal aplicabilidade direta tem reflexos no princípio da força obrigatória dos contratos ou se da mesma apenas é passível de surgir uma nova fonte de obrigação, autónoma e distinta da relação obrigacional originária.

Considere-se a situação em que o proprietário de um veículo automóvel (A) recusa-se a proceder ao pagamento de uma reparação efetuada por um prestador de serviços de uma oficina de pintura automóvel (B), por alegadamente os retoques de pintura não apresentarem total conformidade com a cor original quando expostos à luz solar. Inconformado com a recusa de A em proceder ao pagamento, B (que não invocou direito de retenção) desloca-se várias vezes — sem entrar — *junto* do local de trabalho do proprietário do veículo, quer durante as horas laborais, quer durante os períodos de descanso para almoço, pronunciando palavras que são audíveis nesse local e que perturbam o respetivo ambiente de trabalho, originando conversas desabonatórias entre os colegas de trabalho de A, fazendo inclusivamente perigar a manutenção do seu contrato de trabalho a termo. A Constituição, no seu art.º 26.º, n.º 1, consagra o direito ao bom nome e reputação, que consiste em não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social. A lei ordinária também os prevê como direitos de personalidade, com benefício da tutela do art.º 70.º, n.º 1, do CC, segundo o qual “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa lícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Decorre deste preceito que não é necessária a existência de uma ofensa efetiva à personalidade física ou moral, bastando a simples ameaça (ou possibilidade de prejuízo), desde que suficientemente séria para legitimar a tutela jurídica ⁽⁴⁷⁷⁾.

nem toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspeto desta última: “a liberdade negocial, traduzindo-se no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, de juridicizar a sua atividade económica, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respetivos efeitos” (PRATA, Ana. 1982. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, pp.10,11 e 13).

⁽⁴⁷⁶⁾ MIRANDA, Jorge. 2010. *O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais* [em linha]. Lisboa: Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa [referência de 12 de junho de 2011]. Disponível na Internet em <http://www.cjlp.org/principio_eficacia_juridica_direitos_fundamentais.html> (Adicionado destaque em itálico).

⁽⁴⁷⁷⁾ BRITO, Mário de. 1967. *Código Civil Anotado*, I. Lisboa: edição do Autor, p. 71.

Ao lado destes direitos subjetivos fundamentais, existe o direito ao livre exercício da iniciativa económica privada, classificado como direito constitucional de natureza económica (art.º 61.º, da CRP). É admissível a *B* pretender a satisfação do crédito, desde que o mesmo seja devido e nada obste à sua exigibilidade. Mas, ainda que esse crédito seja imediatamente exigível, o assédio ou instigação de que resulte a restrição de direitos fundamentais de *A* é suscetível de atribuir a este o direito de *opor* a eficácia *erga omnes* que lhe é reconhecida constitucionalmente.

A questão está em saber se esse direito restringe-se às providências enunciadas no n.º 2, do art.º 70.º, do CC ⁽⁴⁷⁸⁾ ou, — como defendemos —, se *essa imposição também pode abranger a própria relação obrigacional*, designadamente com desoneração da obrigação do cumprimento da sua prestação enquanto se mantiver a ofensa ou o perigo de ofensa, incluindo nesta sede, a não consideração da contagem desse tempo para efeitos de mora (ou seja, durante esse período, ainda que não assistisse razão a *A* em recusar-se ao pagamento, *não seriam devidos juros moratórios*), por ter sido atingido o núcleo essencial da relação e pela necessidade de restabelecimento do equilíbrio negocial: até que esse equilíbrio não fosse repostado, estaria igualmente “suspensa” a obrigação do cumprimento da sua prestação e de todas as respetivas obrigações acessórias ⁽⁴⁷⁹⁾.

5.1.3. Contingências e vicissitudes da aplicabilidade direta

Sem negar a relevância da aplicação direta dos direitos fundamentais, mesmo assim será pertinente considerar que além dos casos em que é possível *restringir* ⁽⁴⁸⁰⁾ a aplicação

⁽⁴⁷⁸⁾ A saber, a responsabilidade civil, as providências destinadas a *evitar* a consumação da ameaça (procedimentos cautelares) e as providências destinadas a *atenuar* os efeitos da ofensa já cometida.

⁽⁴⁷⁹⁾ Os juros têm por gênese constitutiva, o incumprimento da obrigação principal. Apesar da obrigação de juros ser uma obrigação acessória da obrigação de capital, não deixa de ter uma autonomia relativa, após a sua constituição, na medida em que o crédito de juros pode ser cedido ou extinguir-se sem o crédito principal e vice-versa (artigo 561.º do Código Civil), assentando nessa afirmada autonomia o específico regime de imputação estabelecido no n.º 1 do artigo 785.º do Código Civil. *Vide* NEVES, F. Correia das. 1989. *Manual dos Juros*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 24, 25.

⁽⁴⁸⁰⁾ *Restringir* é distinto de *limitar*. A diferença é bem apontada por Jorge Miranda: “A *restrição* tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objetiva; o *limite* ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afeta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que a priori estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de caráter geral, válidas para quaisquer direitos - a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática, para recordar, de novo, o art. 29.º da Declaração Universal” (MIRANDA, Jorge. 2010. *Op. cit.*)

dos direitos fundamentais ⁽⁴⁸¹⁾, nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis (v.g., as garantias contra a utilização abusiva de informações pessoais, previstas no art.º 26.º, n.º 2 e no art.º 35.º, da CRP, que pode ocorrer por entidades que adquiram bases de dados), sabendo ainda que as normas que visam a proteção de direitos económicos, sociais e culturais (art.ºs 58.º, e ss. da CRP) tem uma natureza essencialmente *programática* e, por conseguinte, sem suscetibilidade de eficácia direta. Isto significa que “se as normas não forem exequíveis por si mesmas, os direitos apenas poderão ser tornados plenamente efetivos com as providências legislativas subsequentes e, no caso das normas programáticas, observados os condicionalismos económicos indispensáveis” ⁽⁴⁸²⁾.

Acresce que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações obrigacionais deve ser perspetivada *cum grano salis*, para que o conteúdo essencial do princípio da autonomia privada não seja desvalorizado. Na verdade, porque a aferição da aplicação exige sempre uma *ocorrência em concreto* (ou seja, será muito mais provável que a sua invocação se efetive *a posteriori* à violação ou em situação de evidente ameaça da sua ocorrência), têm surgido algumas reticências sobre a verdadeira eficácia que a invocação possa ter na resolução *imediata* das vicissitudes do direito privado. Aliás, há Autores que entendem que a segurança e certezas jurídicas podem ser profundamente afetadas com a invocação dos direitos fundamentais, alicerçando essa afirmação com o argumento da “imensa constelação de ditames fundamentais, dos quais, num conflito jurídico, ambas as partes podem ser titulares” ⁽⁴⁸³⁾ — isto é, na prática, ambas as partes terem direitos fundamentais que queiram defender e que reversamente possam opor à contraparte.

Embora se compreenda o argumento aduzido, não se adere ao mesmo porque a segurança jurídica no âmbito das relações privadas não se pode reduzir aos termos das normas do direito civil nem às fontes das obrigações reconhecidas por esse mesmo direito

⁽⁴⁸¹⁾ A restrição dos direitos fundamentais está prevista nos n.ºs 2 e 3 do art.º 18.º da CRP, em quatro situações diferentes (a) quando a restrição seja expressamente admitida pela própria Constituição; (b) quando a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; (c) quando essa restrição seja apta para o efeito de salvaguarda e se limite à medida necessária para alcançar o objetivo; e, (d) desde que a restrição não elimine o direito em causa, atingindo o seu conteúdo essencial. As restrições fora destes pressupostos serão constitucionalmente inadmissíveis. Sobre esta matéria, vide NOVAIS, Jorge Reis. 2003. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 569 ss.

⁽⁴⁸²⁾ MIRANDA, Jorge. 2010. *O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais* [em linha]. Lisboa: Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa [referência de 12 de junho de 2011]. Disponível na Internet em < http://www.cjlp.org/principio_eficacia_juridica_direitos_fundamentais.html>.

⁽⁴⁸³⁾ HESSE, Konrad. 2001. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas Ediciones, pp. 59,60.

positivado. Essa seria uma segurança *formal*, quando é exigível uma segurança *material*, fundada nas específicas ocorrências concretas da relação jurídica, com avaliação permanente das condutas dos sujeitos e dos resultados objetivos prosseguidos e não apenas na simplicidade do cumprimento ou incumprimento. Aliás, a invocação dos direitos fundamentais (ou a sua simples possibilidade) permite enriquecer a responsabilidade de cada sujeito no cumprimento da respetiva prestação obrigacional. Na verdade, não se trata de *substituir* o princípio da autonomia da vontade pelo da aplicabilidade dos direitos fundamentais, através de uma eficácia *indiscriminada* em todos os níveis e contextos da relação privatística, mas a *garantia* que a possibilidade da sua aplicabilidade confere a *consolidação* da proteção dos direitos de cada sujeito, na perspetiva de um *desequilíbrio que pode ser negador da essência do princípio da autonomia da vontade*.

Aliás, afastando um pretense “fundamentalismo” ou “dirigismo” constitucional, Vieira de Andrade defende que, por encerrarem princípios de *valor objetivo*, os direitos fundamentais devem valer nas relações privadas, mas apenas e tão só quanto mais intensamente for a sua ligação ao valor da dignidade da pessoa humana; a *autonomia* do direito privado não pode significar *independência* em relação à Constituição, mas a esta deve reservar-se a essencialidade da garantia da unidade do ordenamento jurídico ⁽⁴⁸⁴⁾.

Considere-se, a este propósito, a hipótese de uma determinada entidade seguradora desaconselhar ou transmitir uma justificação aos seus clientes para que a reparação de um veículo automóvel *não ser* realizada numa determinada oficina, em virtude de litígio existente entre ambas pela alegada falta de cumprimento de um conjunto de formalidades e procedimentos reclamados pela seguradora. Poderá a oficina de reparação arguir e opor à seguradora a violação por esta do bom nome daquela, designadamente pela criação da desconfiança em relação à sua capacidade e idoneidade (com a inerente perda de clientela), para reverter essa “restrição” do seu direito fundamental no princípio da força obrigatória dos contratos, *maxime*, na prestação que ainda esteja em falta da sua parte?

Não há dúvida que o direito de personalidade, que consiste essencialmente no direito de não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social, também abrange as pessoas coletivas. Com efeito, as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza (art.º 12.º, n.º 2, do CC), entre os quais o direito ao seu bom nome, estando inclusivamente tutelada no art.º 484.º, do

⁽⁴⁸⁴⁾ ANDRADE, José Carlos Vieira. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 105.

mesmo Código, a ilicitude da divulgação de factos suscetíveis de ofender o crédito ou o bom-nome das referidas pessoas, pelo que não se encontram excluídos da capacidade de gozo das pessoas coletivas alguns direitos de personalidade, particularmente o direito ao bom nome e à honra na sua vertente da consideração social (art.^{os} 26.º, n.º 1, da CRP), ou seja, da sua credibilidade e prestígio social e, por conseguinte e necessariamente, *também* comercial.

No entanto, o que *subjetivamente* é passível ser considerado pela entidade coletiva visada como ofensa ao seu bom nome, pode consistir unicamente numa “valoração negocial” efetivada pela contraparte, sem que essa conduta possa, só por si, ser configurável numa instigação, ainda que reiterada, de *humilhação* da sua prática comercial (*bullying*) e, muito menos, que essa instigação possa constituir uma violação do direito fundamento ao bom nome — e, por conseguinte, insuscetível de ver contra si oposta, por aplicabilidade direta, tal “direito fundamental”, com invocação direta na relação obrigacional.

Aliás, ainda que tendo por base uma factologia não coincidente, o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a pronunciar-se precisamente sobre um pleito envolvendo uma oficina de reparação e uma seguradora, em que esta passou a informar os seus clientes que passaria a recusar as reparações e perícias que fossem realizadas por aquela, na sequência de um litígio existente entre ambas. Estaria em causa o prejuízo ao crédito e bom nome que tal conduta produziu na esfera da oficina reparadora e, por essa razão, foi invocado esse direito fundamental. Apreciando a questão, o Tribunal considerou que a relevância do direito ao bom nome “não pode de modo algum comprimir a importância de outros direitos que, como ele, gozam de igual estatuto (direitos fundamentais), como é o caso da liberdade de expressão contemplada no art.º 37.º, n.º 1, da CRP, sendo certo que a Lei Fundamental não estabeleceu qualquer hierarquia entre os mesmos” e que, pela mesma medida, “o direito de informação e de livre expressão do pensamento (sendo a crítica uma das formas de manifestação do pensamento e a expressão máxima da liberdade da pessoa humana) constitui um pilar essencial do Estado de direito democrático garantido na Constituição, o certo é que o mesmo não poderá ser exercido com ofensa de outros direitos, designadamente os de personalidade, desde logo, o direito ao bom nome e reputação”. No entanto, como “*não ficou indiciada qualquer intenção malévola ou*

persecutória”⁽⁴⁸⁵⁾ por parte da seguradora, subjacente ao comportamento comercial que passou a assumir perante a oficina, concluiu que o “veto da confiança” desta por aquela, insere-se “numa tolerável liberdade de expressão e de opção comercial”⁽⁴⁸⁶⁾.

Deste modo, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas deve reclamar a devida *ponderação* com o princípio da autonomia privada, designadamente mediante a aferição da *necessidade* da sua oponibilidade *em concreto*, quando os princípios e as normas do direito civil, bem como as cláusulas fixadas pelas partes não sejam suficientes, idóneas ou adequadas para garantir o equilíbrio obrigacional.

Esta é, talvez, uma das mais complexas operações — a de fazer a devida ponderação aquando da *colisão entre princípios* — porque a apreciação fáctica do peso relativo de cada princípio e que proporciona numa situação concreta conceder uma precedência valorativa a um determinado princípio, não fica condicionada a valoração distinta, perante outras condições fácticas ou jurídicas. Por isso, reconhece-se, salvo se a contraparte aceitar a invocação dos direitos fundamentais, a sua arguição muito dificilmente não deixará de ser objeto de posterior apreciação, designadamente jurisdicional, em procedimento a instaurar pela parte que pretenda ver reconhecida a precedência do princípio referente ao direito fundamental ou pela parte que se considere prejudicada pela imposição que a contraparte lhe tenha oposto. O que, no entanto, não diminui a relevância da possibilidade da sua invocação.

Por conseguinte, conclui-se *que os direitos fundamentais podem limitar o conteúdo da relação obrigacional* e, dentro desta, do princípio *pacta sunt servanda*, quando estes últimos, na ponderação com os princípios constitucionais, ostentem ou tenham deixado conduzir a um manifesto desequilíbrio entre as prestações e/ou os sujeitos da aludida relação.

⁽⁴⁸⁵⁾ A ter ocorrido, entendemos que subsumir-se-ia no que no presente estudo se qualifica de “*bullying obrigacional*”.

⁽⁴⁸⁶⁾ O acórdão em referência foi proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 9 de setembro de 2008 (proc. 3541/2008-7, bjdj-itij), foi sumariado da seguinte forma pela própria Relatora (Graça Amaral): “I - Encontra-se legalmente protegido o bom-nome das pessoas coletivas na vertente da imagem de honestidade na ação, de credibilidade e de prestígio social e, por isso, necessariamente comercial. II - A informação prestada pela Companhia de Seguros a terceiros justificando a não escolha de determinada oficina para reparação dos veículos da sua responsabilidade cabe no pleno direito de discordar e agir comercialmente no mercado, não constituindo comportamento atentatório do bom nome daquela. III - A licitude de tal conduta afasta que possa ser imputada à seguradora qualquer responsabilidade pelos prejuízos que para a oficina possam dela advir, designadamente a falta de clientela e a diminuição dos respetivos lucros”.

5.2. O princípio do equilíbrio obrigacional

5.2.1. O equilíbrio do sistema jurídico

Numa primeira abordagem, o equilíbrio obrigacional (ou contratual) é *precedido* do equilíbrio do sistema jurídico, em particular do subsistema normativo, que exige coerência dos conceitos e das soluções. As regras são reconhecidas pelo sistema quando obedecem aos requisitos formais de formação e, por outro lado, correspondam ao princípio de organização normativa. A coerência é atingida quando o sistema controla a existência de normas contraditórias (nas suas previsões ou nas suas sanções), desadequadas (pelo desenvolvimento da vida em sociedade e dos novos fenómenos que o mesmo suscita) ou inclusivamente aquelas que já sejam inaplicáveis (por derrogação tácita, por termo ou cessação da situação que visava regular).

Embora raramente seja afirmado, o alcance do equilíbrio obrigacional e/ou contratual, não depende unicamente das partes contraentes, das cláusulas convencionais e das regras jurídicas reguladoras e conformadoras de um determinado negócio jurídico. Esse equilíbrio só é atingível quando as partes, observando os subsistemas de *positivação*, *interpretação* e *aplicação*, tenham confiança na vigência das normas, na *auctoritas* da doutrina, bem como na eficiência e eficácia do sistema de justiça.

Com efeito, se um sujeito da relação obrigacional tiver *incerteza* sobre o direito positivo em vigor — *v.g.*, por excesso de alterações e retificações sucessivas a um diploma ou por contradição de normas plasmadas em diplomas distintos ⁽⁴⁸⁷⁾ —, sentir-se-á sem sustentáculo de rumo e sem perspectiva no seu horizonte de atuação ⁽⁴⁸⁸⁾. Por outro lado, se os intervenientes numa relação jurídica tiverem conhecimento que existe uma divergência radical entre posições e teses doutrinárias, relativamente a uma determinada conduta,

⁽⁴⁸⁷⁾ O Dec.-Lei n.º 70/2011, de 16 de junho, constitui um esforço de *simplificação do ordenamento positivado*, pelo qual foi determinada a não vigência de mais de duas centenas de decretos-lei, desnecessários e já não aplicados atualmente, abrangendo os casos em que o ato normativo estava apenas revogado tacitamente mas não expressamente, gerando a inexistência dessa revogação expressa dúvidas quanto à sua vigência; bem como os casos em que, por via da sua caducidade, o ato normativo já não produzia efeitos, mas continuava a ser dado como vigente nas bases de dados legislativas; e ainda os casos em que o ato normativo tinha-se tornado efetivamente desnecessário, mas nunca tinha sido objeto de qualquer revogação material ou expressa, o que constitui uma “*clarificação do ordenamento jurídico*” (*cfr.* preâmbulo do citado diploma).

⁽⁴⁸⁸⁾ À semelhança do que sucede noutras ciências sociais, no direito não há escassez de informação. Pelo contrário, verifica-se muitas vezes um *excesso*, conducente a um *congestionamento da informação*, sendo indispensável a *organização e distribuição* adequada da informação, segundo a *necessidade prática* de cada interveniente, já que só existirá verdadeira informação, se for apta a ajudar o utilizador a tomar uma decisão ou configurar uma determinada situação fáctica, mediante a *articulação da informação*, ou seja, uma ordenação da informação jurídica de acordo com metodologias de sistematização, para que a informação *relevante* seja *acessível* no momento e por quem dela careça.

designadamente quanto ao seu conteúdo, objeto ou abrangência, sentir-se-ão tentados a praticar os atos que apesar de serem suscetíveis de conduzir ao desequilíbrio relativo, encontram fundamento em argumentos revestidos de *auctoritas*. Mas, independentemente da existência ou não de teses contraditórias, que só por si não constituem qualquer entrave, antes consubstanciam uma mais-valia reflexiva, muitas das quais em *iure condendo* têm sido a semente que posteriormente germina em princípios, normas e regras jurídicas, o equilíbrio claudicará quando exista uma *insegurança* sobre a aplicação do direito (decorrente de jurisprudência divergente entre Tribunais e da prática forense, que muitas vezes difere não apenas entre Tribunais, mas inclusivamente entre juízos do mesmo Tribunal) ⁽⁴⁸⁹⁾.

Ora, o *equilíbrio* do sistema jurídico pode ser perspetivado em *dois níveis*:

(a) Um nível *normativo*, referente à *organização* do sistema, na medida em que não basta que o ordenamento jurídico, designadamente o positivado, seja certo e que o interpretativo seja seguro, pois coloca-se um problema de *justiça*. Aliás, no seu argumento sobre a injustiça de um sistema simplesmente normativo, Radbruch que, na sua crítica a Kelsen ⁽⁴⁹⁰⁾, chegou a questionar qual a precedência relevante — se do Estado ou do

⁽⁴⁸⁹⁾ No processo civil, está previsto o julgamento ampliado da revista quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência, o qual pode ser requerido por qualquer das partes e deve ser proposto pelo relator, por qualquer dos adjuntos, pelos presidentes das secções cíveis ou pelo Ministério Público (art.º 732.º-A do Código de Processo Civil). No processo penal, existe igualmente um recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, quando, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de direito, assentem em soluções opostas (art.º 437.º do Código de Processo Penal).

Além destas soluções processuais, de acordo com a nova redação da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 721.º-A do Código de Processo Civil, é admitido, excecionalmente, recurso de revista do acórdão da Relação que confirme, sem voto de vencido e ainda que por diferente fundamento, a decisão proferida na 1.ª instância, quando “o acórdão da Relação esteja em contradição com outro, *já transitado em julgado*, proferido por qualquer Relação ou pelo Supremo Tribunal de Justiça, no domínio da *mesma legislação* e sobre a *mesma questão fundamental de direito*, salvo se tiver sido proferido acórdão de uniformização de jurisprudência com ele conforme” (itálicos nossos). Deste preceito é passível extrair-se que a adequada classificação e organização da jurisprudência é necessária à identificação das decisões transitadas em julgado que possam constituir fundamento para o recurso de revista excecional para o Supremo Tribunal de Justiça [para além dos casos em que se verificam os requisitos para fixação de jurisprudência]. Essa classificação deve abranger as três fontes primordiais:

a) A jurisprudência, porque incidente sobre acórdãos transitados em julgado, que tenham sido proferidos, quer pelo Supremo Tribunal de Justiça, quer por qualquer Tribunal da Relação, exigindo-se que a classificação e catalogação dos descritores seja precisa, objetiva, mas igualmente densa e especificada;

b) A legislação, porque as decisões em causa devem ter por objeto o *domínio* da mesma legislação, isto é, das mesmas normas ou do mesmo regime jurídico (que não se confunde necessariamente com um preceito em concreto);

c) A doutrina, os acórdãos em conflito devem ter versado sobre *a mesma questão fundamental de direito* — instituto ou conceito jurídico e enquadramento doutrinário do direito subjacente.

⁽⁴⁹⁰⁾ Kelsen defendeu na sua obra *Teoria Pura do Direito* (“Reine Rechtslehre”), um ideal de “purificação” do método jurídico, considerando o direito como um sistema especial de normas, cujo fundamento não se situava noutros ordenamentos (v.g., o da moral), porque a norma jurídica não tinha vigência por ser moral ou

Direito ⁽⁴⁹¹⁾ —, arguiu haver “leis que não são direitos e há um direito acima das leis” e que “quando nem sequer se aspira a realizar a justiça, quando na formulação do direito positivo se deixa de lado conscientemente a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, então não estamos diante de uma lei que estabelece um ‘direito defeituoso’, mas o que ocorre é que estamos diante de um caso de ausência de Direito” ⁽⁴⁹²⁾;

(b) Um outro nível, o das *relações jurídicas* que são estabelecidas ao abrigo do ordenamento jurídico e que é definido por Ugo Pagano como o conjunto dos direitos e obrigações correlativas, considerados como *bens posicionais* ⁽⁴⁹³⁾. Este Autor também sustenta que a existência desta correspondência derivada de uma primeira *ordem*, tem outra ordem a sustentá-la, a saber, a da relação entre a *exposição* (“de estar exposto”) e da *liberdade* (“de estar submetido à liberdade”) do sujeito correlativo, concluindo pela existência de dois tipos de relação: um, de direitos e deveres; e outro, de exposições e liberdades. Embora não se concorde totalmente com as conclusões axiológicas pugnadas

útil, mas por ser uma norma conforme ao direito — e ser conforme ao direito é ser obrigatória em virtude de uma “norma superior”: o Direito constituiria uma “pirâmide normativa” (“*stufentheorie*”), no topo da qual se encontra a Constituição. Mas como a própria Constituição carece de um fundamento jurídico, Kelsen alude a uma “norma fundamental” (“*Grundnorm*”), validadora da Constituição, com um comando: ‘toda a norma jurídica legítima (i.e., estabelecida de acordo com o direito) deve ser observada’. Sendo uma norma autorreferencial, aplica-se a si mesma, legitima-se a si mesma e a todas as demais. Este pensamento teve a virtude de sublinhar a autonomia do saber jurídico e a sua relativa indisponibilidade em relação a projetos de poder autoritários ou ditatoriais numa época particularmente periclitante (décadas 30 a 50 do século XX): a jurisdição decorre de valores internos ao discurso do direito, os quais não podem ser livremente substituíveis pela simples vontade política ou pela mera “utilidade social”. (Vide KELSEN, Hans. 2008. *Teoria Pura do Direito*. 7.ª edição da tradução portuguesa de Baptista Machado. Coimbra: Almedina). Apesar da “teoria pura do direito” aceitar como Direito tudo o que provinha da vontade do Estado, constituiu um “manifesto” contra a funcionalização do Direito em relação às conveniências do poder, o que suscita António Hespanha a afirmar que esta conceção ainda é útil contra outras formas de funcionalização do direito, designadamente a tendência para justificar *sempre* como *justas* as medidas – formal ou informalmente corretas – de um poder legitimado pelo voto, ou as medidas dirigidas à simples consecução de finalidades de desenvolvimento social ou económico (HESPANHA, António Manuel. 2003. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3.ª edição. Mem Martins: Publicações Europa América, pp. 309, 310).

⁽⁴⁹¹⁾ “É o Estado anterior ao Direito ou o Direito antecede ao Estado?”. Se o Estado é quem determina o que é justo e o que não é, o que se pode fazer e o que é proibido baseando-se pura e simplesmente na *vontade do legislador*, ficaria justificada qualquer agressão dos direitos dos cidadãos, porque essa “agressão” estaria prevista no ordenamento jurídico. Considere-se a este propósito, com especial acuidade na vivência social atual, o princípio da confiança relacionado com princípio dos direitos adquiridos, que por um simples ato legislativo ou normativo, podem ser alterados e derogados na sua essência, a coberto de fins estritamente políticos ou económicos: o que hoje é *direito*, amanhã pode *deixar de sê-lo*, por simples vontade política ?

⁽⁴⁹²⁾ RADBRUCH, Gustav. 1997. *Filosofia do Direito*. 6.ª edição (Trad. L.Cabral Moncada). Coimbra: Arménio Amado, pp. 86, 415-418.

⁽⁴⁹³⁾ PAGANO, Uno. 2004. *Legal Positions and Institutional Complementarities* [on-line]. Siena: Università degli Studi di Siena - Itália [referência de 2 de junho de 2011]. Disponível na Internet em <<http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/pagano.pdf>>: “Legal positions can be considered as *positional goods* defining equilibrium conditions that may be violated ex-ante but that must hold ex-post as an accounting identities. (...) The positional nature of legal relations implies that ex-ante disequilibrium is

por este Autor, na medida em que além da distinção entre direitos e deveres, deve ser avocada a problemática do *conflito de direitos* (com o respetivo conflito de interesses), que reclama uma solução sistémica superior (com a intervenção de princípios gerais de direito, designadamente o da proporcionalidade, harmonização e concordância prática), poder-se-á, partindo daquela distinção, sustentar-se que quem tem um *direito*, tem o *poder* de *expor-se* e, por outro lado, quem tem uma *obrigação*, fica *responsável* pelo incumprimento do seu dever, por nessa parte, estar submetido à liberdade do sujeito correlativo. No entanto, o poder e a liberdade daquele não podem ultrapassar o *limite*, aferido segundo critérios de boa fé objetiva, a partir do qual o obrigado fique atingido ou limitado ou restringido na sua capacidade em cumprir. Se esse limite for transposto, não pode o obrigado continuar submetido à “liberdade” do credor, *usada abusivamente* por este, caso em que a proteção do sistema jurídico deve *acentuar-se* em favor do obrigado.

5.2.2. O interesse creditório

O direito obrigacional tem por baluarte o interesse do *credor*, que prevalece sobre o interesse do *devedor* ⁽⁴⁹⁴⁾. Esse predomínio manifesta-se desde logo pela própria noção de *obrigação* enquanto “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa *fica adstrita* [isto é, subordinada] para com outra à realização de uma prestação” (art.º 397.º, do CC), embora esse interesse tenha de ser *lícito* em todas as suas dimensões (art.º 281.º, do CC) e “digno de proteção legal” ⁽⁴⁹⁵⁾ (art.º 398.º, n.º 2 *in fine*, do mesmo Código), ou seja, um interesse

very likely to arise and to generate a constant oversupply of positions such as rights and powers with respect to correlated positions such as duties and liabilities”.

⁽⁴⁹⁴⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, p.109.

⁽⁴⁹⁵⁾ Uma das matérias na qual se concentra grande parte dos litígios na aferição da dignidade da proteção legal, consiste nos *contratos a favor de terceiro*, onde o *credor* é um *terceiro*. O Código Civil define-o como “aquele em que uma das partes assume perante outra que tenha na promessa um interesse digno de proteção legal, a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio” (art.º 443.º, n.º 1), ressaltando dois requisitos para a subsunção neste tipo de contrato, a saber, a existência de um terceiro e a aquisição por este de um direito próprio a um benefício (cfr. CAMPOS, Diogo Leite de. 1980. *Contrato a Favor de Terceiro*. Coimbra: Almedina, p. 13).

É no âmbito dos contratos de seguro do ramo vida que mais se tem discutido a natureza da posição jurídica do beneficiário: para uns, limita-se a ratificar posteriormente o negócio aceitando o benefício; para outros é um simples donatário, o que o tornaria sucessor do estipulante e, para outros, o segurador compromete-se a realizar certa prestação a favor do beneficiário, ou seja, há uma estipulação a favor de terceiro. É esta última tese a seguida pela maioria da doutrina e jurisprudência (cfr., ALMEIDA, José Carvalho Moutinho de. 1971. *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*. Lisboa: Sá da Costa, pp. 362-366; GONÇALVES, Luís da Cunha. *Comentário ao Código Comercial Português, Vol. II*. Lisboa: Empresa Editora José Bastos, p. 620; GARRIGUES, Joaquín. 1983. *Contrato de Seguro Terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre, p. 495)

Mas, dependendo das relações existentes entre o estipulante-tomador do seguro e o terceiro-beneficiário, a designação beneficiária pode configurar uma liberalidade (indireta) ou um ato oneroso, designadamente quando seja condição da obtenção de crédito ou garantia de pagamento de dívida e é precisamente nesta

sério, juridicamente relevante ⁽⁴⁹⁶⁾, tendo na sua base o fim social de permitir a justa composição dos interesses numa relação jurídica e, por conseguinte, reclamando uma ponderação de interesses na qual devem estar presentes exigências de idoneidade, adequação, necessidade e proporcionalidade.

Essa proporcionalidade é exigida desde a origem e até à extinção da prestação creditória, que encontra o expoente de proteção na ação executiva ⁽⁴⁹⁷⁾ em que a satisfação da pretensão do credor opera-se quer *imediatamente* (nas ações executivas para pagamento de quantia certa e nas destinadas à entrega de coisa certa), quer *mediatamente* (nas execuções para prestações de facto convoladas em execução para pagamento de quantia certa), com sacrifício do património do devedor, ainda que tendo por limite a salvaguarda das necessidades básicas ⁽⁴⁹⁸⁾ e com respeito pelas garantias de propriedade privada ⁽⁴⁹⁹⁾ conferidas ao executado.

Com efeito, a lei não se limita a reconhecer ao credor a titularidade do direito de crédito, com o correlativo dever de prestar, mas também prevê e faculta vários mecanismos idóneos e adequados a essa realização, se necessário por via coativa, sem prejuízo do direito que, em certos casos, cabe ao credor de resolver o contrato ou de recusar

última situação que podem existir condutas, *pelo credor*, que podem, no limite, ser enquadradas em pressões juridicamente inadequadas, de ilicitude atípica e, neste sentido, abrangidas no fenómeno em análise.

⁽⁴⁹⁶⁾ Não podem considerar-se relevantes as convenções das partes que correspondam “(...) a manifestações de oportunismo, capricho ou mera comodidade. Quando tal ocorre, pode acontecer que o exercício do direito ofenda o sentimento da justiça dominante na comunidade social. Comunidade que há de ser a nossa, aquela em que estamos inseridos. A ofensa pode até não ser intencional, bastando que, objetivamente, atinja a consciência pública, sendo suficiente que o exercício do direito, o seu uso, se mostre antifuncional” (Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Pereira da Graça. 1998. *Acórdão de 5 de novembro de 1998*, in *BMJ*, 481.º. Lisboa: Ministério da Justiça, p. 426).

⁽⁴⁹⁷⁾ Conforme o vocábulo latino, *actio autem nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debeat* (a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido).

⁽⁴⁹⁸⁾ Todos os bens do devedor (que constituem o seu património), respondem pelo cumprimento da obrigação (art.º 601.º, do CC) e apenas as obrigações naturais são inexequíveis (art.º 401.º, do CC). Mas, de acordo com o princípio da proporcionalidade *apenas* devem ser penhorados os bens *suficientes* para satisfazer a prestação exequenda, só sendo admissível a penhora por excesso de bens imóveis ou do estabelecimento comercial, quando a penhora de outros bens presumivelmente não permita a satisfação integral do credor no prazo de seis meses (art.º 834.º, n.º 2, do CPC), estabelecendo-se como parcialmente impenhorável o estritamente necessário para a salvaguarda da dignidade de vida do executado (art.º 824.º, do CPC). A violação deste princípio, designadamente quanto à extensão dos bens penhorados, é fundamento de oposição à penhora [art.º 863.º-A, n.º 1, al. a), do CPC].

⁽⁴⁹⁹⁾ SILVA, Paula Costa e. 2010. “As garantias do executado”, in *Civil Procedure Review*, volume 1, n.º 1 (março-junho de 2010), pp. 3-19. Disponível na Internet em <<http://www.civilprocedurereview.com>>, analisa a tensão entre o direito à satisfação efetiva do direito do credor e o direito do devedor à integridade ao seu património, designadamente na vertente da tutela constitucional à habitação, na dignidade da pessoa humana e no direito de propriedade.

legitimamente o cumprimento da obrigação que recaía sobre ele próprio, até que a devedor se decida a cumprir (a já abordada *exceptio*).

A *ação creditória* é um desses mecanismos, consubstanciada no poder conferido ao credor de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação ⁽⁵⁰⁰⁾, quando o devedor não cumpra voluntariamente — ou quando o devedor declare antecipadamente a sua recusa em cumprir ⁽⁵⁰¹⁾ —, e ainda no poder de executar o património deste (art.º 817.º, do CC), o qual constitui a *garantia* do cumprimento da obrigação pelo que ficam sujeitos à integração dos mesmos aos fins específicos da execução forçada. A lei reconhece ainda *meios de conservação* desta garantia patrimonial, designadamente quanto concede legitimidade aos credores para invocar a nulidade dos atos praticados pelo devedor, quer estes sejam anteriores, quer posteriores à constituição do crédito, desde que tenham interesse na declaração da nulidade e sem necessidade que o ato produza ou agrave a insolvência do devedor (art.º 605.º, do CC); a sub-rogação do credor ao devedor (art.º 606.º, do CC); a impugnação dos atos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal (art.º 610.º, do CC), bem como, quando o credor

⁽⁵⁰⁰⁾ O recurso do credor à ação inibitória significa que ocorre o incumprimento da obrigação, caso em que não é lícito à contraparte pretender cumprir parcialmente essa obrigação. *Vide*, neste sentido, Acórdão TRP, de 23 de setembro de 2008 (Vieira e Cunha, proc. 0824321, bdjd-itij): “I - Face ao incumprimento de uma obrigação, o accipiens pode recorrer à chamada ação creditória, na respetiva componente declarativa, não tendo que sujeitar-se a pedir tão só indemnização pela mora do devedor, ou, no caso de incumprimento definitivo, retirar as consequências necessárias da resolução do contrato. II- Não pode colher a invocação de normas que se reportam à impossibilidade, ainda que parcial, da prestação – art.ºs 793.º e 795.º, CC – e que, por essa razão, esteja a Ré ainda em condições de exigir da Autora o cumprimento da segunda parte da prestação de entrega de coisa e de facto a que ela Autora se obrigou”. Por seu turno, “não constitui obrigação, judicialmente, exigível, aquela que não dá lugar à ação creditória, como acontece nas obrigações a termo quando o prazo ainda se não tenha vencido”.

⁽⁵⁰¹⁾ Sobre a circunstância do devedor declarar antecipada e unilateralmente ao credor não pretender cumprir a prestação a que está obrigado, *vide* PROENÇA, José Carlos Brandão. 2003. “A hipótese da declaração (lato sensu) antecipada de incumprimento por parte do devedor”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 359-401. Considerando que “a possibilidade de o credor poder exigir imediatamente o cumprimento se sintoniza com uma *perda de confiança* na capacidade de cumprimento do devedor”, conclui pela *extensão* teleológica do art.º 429.º, do CC, a essa situação, de modo a justificar a *exceptio* por parte do credor, obrigado a cumprir antes do devedor. No entanto, no caso de não ser sustentável esse alargamento e mesmo que a ação de cumprimento se justifique pela conduta violadora do devedor, entende que “a perda de benefício do prazo se legitima no plano dos princípios, na medida em que uma declaração categórica enfraquece gravemente o sentido do *favor debitoris*. E se o credor não quiser exigir imediatamente o cumprimento, há que entender que também não pode recusar um cumprimento posterior — com interesse ou não para si — não sendo abusiva a invocação de um benefício de que o credor abdicou” (p. 400).

Num estudo de direito comparado, sobre a evolução doutrinal e da utilidade da introdução desse instituto no direito português, *vide* ainda FARRAJOTA, Joana. 2011. “Anticipatory Breach no direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II. Coimbra: Almedina, pp.287-320.

tenha um justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito, poder requerer o arresto de bens do devedor (art.º 619.º, do CC).

É por esta razão que Antunes Varela qualifica a obrigação como “*elemento do património do credor*”⁽⁵⁰²⁾, na medida em que a obrigação não vale apenas em função do comportamento que o credor possa vir a exigir do devedor no futuro, mas antes que a mesma possa ser exigida, já o credor detém um *poder jurídico* e que representa (quando suscetível de avaliação pecuniária) “um elemento atual do seu património”⁽⁵⁰³⁾.

No entanto, nem toda a doutrina tem este entendimento. Menezes Leitão entende que “a obrigação não se pode considerar um direito incidente sobre os bens do devedor, sendo antes um *vínculo pessoal* entre dois sujeitos, através do qual um deles pode exigir que o outro adote determinado comportamento em seu benefício”⁽⁵⁰⁴⁾, enunciando ser esta a conceção adotada pelo legislador no art.º 397.º, do CC.

Parece, efetivamente, mais conforme à proteção jurídica atribuída pelo legislador ao direito de crédito, a posição enunciada pela doutrina unitária, mas também será de reconhecer que assiste ao credor uma *expectativa* sobre o património do devedor, juridicamente tutelada através dos meios de conservação de garantia⁽⁵⁰⁵⁾.

Com efeito, o modo normal da satisfação do interesse do credor é através do cumprimento da obrigação (art.º 762.º, n.º1, do CC). Mas esse interesse pode realizar-se por forma diversa do cumprimento, designadamente pela realização de uma outra prestação (dação em cumprimento - art.º 837.º), pela liberação de uma dívida do credor

⁽⁵⁰²⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I., 10.ª edição. Coimbra: Almedina, p.161.

⁽⁵⁰³⁾ É fundado no poder de disposição que deriva deste princípio, que a lei prevê a *cessão de créditos*, pela qual o credor transmite a terceiro a titularidade do seu direito ou parte dele, *independentemente do consentimento do devedor* (art.º 577.º, do CC). Por exemplo, no comércio jurídico, é comum o *desconto bancário* de títulos de crédito ainda não vencidos: a entidade bancária, sob a contrapartida de uma taxa de juros (prémio), antecipa ao portador do título a quantia monetária referente ao crédito não vencido, mediante cessão do crédito à entidade bancária (o titular endossa o título ao banco e este lança o respetivo crédito em favor do titular). No entanto, pelo Assento do STJ, n.º 17/94 (in *DR*, I Série, de 3 de dezembro de 1994), atualmente com força de acórdão uniformizador de jurisprudência, foi decidido que “contrato de desconto bancário tem natureza formal, para cuja validade e prova é exigida a existência de um escrito que contenha a assinatura do descontário, embora tal escrito possa ter a natureza de documento particular”.

⁽⁵⁰⁴⁾ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010a. *Direito das Obrigações*. Volume I. 9.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 91. Mesmo assim, o Autor entende que “tem que se reconhecer [ao credor] um direito subjetivo à prestação, uma vez que o devedor está vinculado ao cumprimento, sendo que a existência de um direito apenas depende do seu reconhecimento por uma norma, independentemente de ser garantido por uma sanção e muito menos por uma sanção com plena eficácia”.

⁽⁵⁰⁵⁾ TELLES, Inocêncio Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, p. 16, critica a teoria dualista — que dissocia a relação de crédito no direito à prestação e no direito sobre o património —, pugnando pela teoria unitária, em virtude de o credor não ter “qualquer *direito autónomo* sobre o património do devedor”.

(compensação - art.º 847.º), pelo depósito da coisa devida à ordem do credor (consignação em depósito - art.º 841.º) e ainda pela constituição de uma nova obrigação em lugar da primitiva (novação - art.º 857.º, todos do CC). Todos estes são meios lícitos e legalmente previstos e em nenhum deles está admitida qualquer forma instigadora, de assédio ou acozamento, só se admitindo o cumprimento *coercivo* (contra a vontade do devedor) na referida ação creditória.

5.2.3. O *favor debitoris*

Pelo lado oposto, encontra-se o interesse do devedor, que na sua essência final, corresponde à desoneração do vínculo a que está sujeito. Mas o direito não deixa de reconhecer a necessidade da sua proteção — o *favor debitoris* — desde que não seja posta em causa a satisfação do interesse do credor ⁽⁵⁰⁶⁾.

Na verdade, “a lei cuida efetivamente dos interesses debitórios, como o mostram, designadamente, diversas soluções de favorecimento da posição do devedor expressas na lei ou coenvolvidas no princípio da boa fé. Fala-se de um princípio geral de proteção do devedor, sem que esse princípio prejudique a proeminência do interesse do credor, em conformidade com a função da relação obrigacional” ⁽⁵⁰⁷⁾.

No entanto, é reduzido, em termos de consequências práticas, o benefício subjacente. A possibilidade do executado indicar bens à penhora (art.º 833.º-B, n.º 4, do CPC) ou as regras de competência territorial que, salvo os casos em que é admissível convenção em contrário, impõem a demanda do devedor no tribunal do seu domicílio (*cfr.* art.º 74.º, do CPC para as ações declarativas destinadas a exigir o cumprimento de obrigações e art.º 94.º, do CPC para as ações executivas), são inspiradas no princípio do *favor debitoris*. A regra da conjunção nas obrigações civis, quando haja pluralidade de sujeitos passivos, salvo quando regime diverso estiver estabelecido na lei ou convencionado pelas partes (art.º 513.º, do CC) e o benefício de excussão prévia concedida ao fiador, são também manifestações deste princípio. Já no caso da venda de coisa

⁽⁵⁰⁶⁾ Sobre a evolução do *favor debitoris* desde o direito ao romano e sobre a eventual consagração no código civil espanhol, *cfr.* VIDE, Carlos Rogel. 2010. *Favor debitoris. Análisis crítico*. Madrid: Editorial Reus, que fazendo referência às obrigações alternativas, a não presunção de solidariedade, modificação equitativa da sanção, pagamento no domicílio do devedor e imputação de pagamento, mas tendo em consideração o prazo como benefício recíproco, a compensação de créditos e débitos e o *genus numquam perit*, levam-no a concluir que o princípio do *favor debitoris* deve ser substituído pelo da proteção da parte mais débil da relação obrigatória derivada do contrato, embora concluindo que só está consagrado o princípio, sendo prevaletentes os preceitos da ausência de *favor* ou da consagração única do *favor creditoris*.

⁽⁵⁰⁷⁾ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde / RIBEIRO, Sousa / SÁ, Almeno de / PROENÇA, J.C. Brandão. 1983 (polic.). *Direito das Obrigações*. Coimbra: João Abrantes, p. 71.

defeituosa, em que o comprador goza, independentemente da culpa do vendedor, o direito de anulação do contrato ou da redução do preço (art.º 905.º, *ex vi* art.º 913.º, do CC), assim como do direito de exigir a reparação da coisa ou, ainda, em certos casos, a sua substituição, é — *fora das relações de consumo, por terem regime específico* — concedido um *favor debitoris* ao vendedor, de exclusão da obrigação de substituição se o mesmo desconhecia *sem culpa* o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece (art.ºs 913.º e 914.º, do CC) ⁽⁵⁰⁸⁾ —, tal *favor debitoris* mereceu crítica de Calvão da Silva, que o considerando injustificado, propôs a revogação do n.º 2 do citado art.º 914.º, do CC ⁽⁵⁰⁹⁾.

De resto, como descreve Luís Correia de Mendonça, apesar da Comissão Revisora do Código Civil de 1966 ter deliberado que o Código Civil viesse a ser um código social, em que a ordem pública e a proteção dos fracos saíssem reforçadas, não foram significativas as alterações introduzidas nesse sentido. Por exemplo, refere o citado Autor, “em relação ao direito anterior, o Código Civil de 1966 introduziu (...) o art.º 777.º n.º 1, que permite ao devedor exonerar-se a todo o tempo da obrigação na falta de estipulação ou determinação da lei. *Mas, em contrapartida, favoreceu o credor* noutros lugares, como a inovação do artigo 809.º, considerando «nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente» a determinados direitos (art.ºs 798.º e 804.º; 799.º; 801.º, n.º 2; 802.º; 803.º-794.º; 807.º)” ⁽⁵¹⁰⁾. Aliás, Pessoa Jorge, que fazia parte da comissão revisora, terá enunciado que o *favor debitoris*, “não possui qualquer valor percetivo”, só tendo o mérito de permitir a compreensão de determinadas soluções legais, designadamente: “a) Quando, estando assegurada a satisfação do interesse do credor, a lei dá ao devedor supletivamente certas faculdades; b) Quando a conduta do credor, apesar de lícita, representa um agravamento injusto da situação do devedor” ⁽⁵¹¹⁾.

Importa reconhecer que o *desequilíbrio* manifesta-se sobretudo quando o credor é detentor de um elevado poder económico e social, *v.g.*, entidades prestadoras de serviços

⁽⁵⁰⁸⁾ Que contudo, por existir presunção de culpa (art.º 799.º, do CC), caberá ao vendedor o respetivo ónus de elidi-la.

⁽⁵⁰⁹⁾ SILVA, João Calvão da. 2008. *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 64 ss.

⁽⁵¹⁰⁾ MENDONÇA, Luís Correia. 1982. “As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição”, in *Análise Social*, Vol. XVIII (n.ºs 72-73-74). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, p. 858. Disponível na Internet em <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223400454E2rSU3ia8Fq53XH9.pdf>>.

⁽⁵¹¹⁾ SERRA, Adriano Pais Silva Vaz. 1946. “A Revisão Geral do Código Civil”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXII. Coimbra: FDUC, p. 505 *apud* MENDONÇA, Luís Correia, *Idem*, p. 858, nota 79.

públicos essenciais ⁽⁵¹²⁾, operadoras de comunicações, sociedades com elevada proporção de mercado e instituições bancárias e financeiras. Mas *esse desequilíbrio não é, necessariamente, sinónimo de ilicitude, no cotejo da boa fé negocial*, como a jurisprudência portuguesa tem afirmado, quando chamada a pronunciar-se sobre comportamentos concretos dessa contraparte depositária desse maior poderio. A título de exemplo, tem sido entendido que a atuação de um banco em *fazer cessar* o financiamento destinado a um determinado investimento e que por essa razão tenha inviabilizado a continuação do objeto previamente financiado, quando haja incumprimento — ainda que involuntário — do financiado na apresentação de determinados documentos, não é enquadrável na violação do princípio da boa fé nem no instituto do abuso de direito ⁽⁵¹³⁾, já que aquela conduta corresponde ao exercício adequado à natureza bilateral e sinalagmática de um contrato de financiamento (cfr. art.ºs 428.º e 801.º, n.º 1, do Código Civil).

Nesta conformidade, não será por esta via (do *favor debitoris*) que poderá haver conformação da relação obrigacional, designadamente no âmbito do princípio *pacta sunt servanda*, na sequência da prática, pelo credor, de atos de bullying obrigacional. Mesmo quando se faz alusão à *proteção da parte mais débil*, designadamente em matéria do direito do consumo ou das cláusulas contratuais gerais, essa proteção faz-se com referência aos princípios gerais de direito, em particular pela aferição das condutas em conformidade com a boa fé objetiva, ordem pública, bons costumes e fim económico e social do direito, sem prejuízo dos regimes especiais estabelecidos para casos previstos expressamente na lei de

⁽⁵¹²⁾ A Lei n.º 23/96, de 26 de julho (alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro), que criou no ordenamento jurídico português alguns mecanismos destinados a proteger os utentes de serviços públicos essenciais, elenca-os no seu artigo 2.º: fornecimento de água, energia elétrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, comunicações eletrónicas, serviços postais, recolha e tratamento de águas residuais e serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos. Em 2004, com a publicação da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), o serviço telefónico fixo deixou de estar abrangido pela Lei dos Serviços Públicos Essenciais.

Neste âmbito, a jurisprudência tem sido muito restritiva na responsabilização das entidades fornecedoras. Numa circunstância em que o fornecedor de energia elétrica efetuou uma contagem e faturação de energia errada, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que a mesma não tem obrigação de indemnizar a cliente pelos prejuízos decorrentes conduta por esta não consubstanciar um ilícito (cfr. Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Salvador da Costa. 2008. *Acórdão de 7 de fevereiro de 2008*. Lisboa: bdjd-itij, processo n.º 50/2008).

⁽⁵¹³⁾ Supremo Tribunal de Justiça / Cons. Neves Ribeiro. 2005. *Acórdão de 27 de abril de 2005*. Lisboa: bdjd-itij, processo n.º 05B687, disponível na Internet em <<http://www.dgsi.pt/jsjt>>: “I - Não cumpre pontualmente um contrato de financiamento, o cliente que não apresenta os documentos relativos ao objeto da garantia hipotecária demonstrativos de ausência de qualquer ónus ou encargo incidente sobre a coisa hipotecada, como condição essencial de financiamento exigida pelo banco. II - Esta exigência, (...) não pode considerar-se violadora de qualquer princípio estruturante do direito civil contratual, nomeadamente o da boa-fé, nem traduz um comportamento abusivo do direito à exigência da plena eficácia da garantia hipotecária, não dando lugar, conseqüentemente, a responsabilidade negocial ou pré-negocial do financiador”.

inexigibilidade da obrigação, da excessiva dificuldade da prestação ou da doutrina do limite do sacrifício, que *infra* se analisam.

5.2.4. O limite do sacrifício

O art.º 790.º, n.º 1, do CC apenas exonera o devedor, extinguindo a obrigação, “quando a prestação se tornou impossível” por *causa que lhe não seja imputável*, sabendo que cabe ao devedor o ónus probatório que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (art.º 798.º, do CC), e que “a culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo” ⁽⁵¹⁴⁾.

Mas Antunes Varela também assinala que “para que a obrigação se extinga, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado *verdadeiramente impossível*, seja por determinação da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou de força maior) ou por ação do homem. *Não basta que a prestação se tenha tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil para o devedor*, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos. Causa de extinção da obrigação é a impossibilidade (física ou legal) da prestação (a que pleonasticamente se poderia chamar impossibilidade absoluta), não a simples *difficultas praestandi*, a impossibilidade relativa” ⁽⁵¹⁵⁾. Com efeito, muitas vezes o devedor invoca razões (dificuldades) de ordem económica, mas o regime jurídico vigente, apenas liberta o devedor se o incumprimento radicar em facto fortuito ou de força maior, ou se emergir da impossibilidade objetiva de cumprir. O devedor — por regra — *tem de cumprir*, ainda que o faça com grande sacrifício, por não gozar do chamado *beneficium competentiae* ⁽⁵¹⁶⁾.

Estas asserções convidam a refletir sobre a aplicação da doutrina do “limite do sacrifício” (*der Opfergrenze*), a qual sustenta que o devedor não deverá prestar mais do que aquilo que razoavelmente lhe for exigível, à luz dos princípios da boa fé: se a impossibilidade não for absoluta mas, apesar de relativa, exigir um sacrifício considerado

⁽⁵¹⁴⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I., 10.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 566

⁽⁵¹⁵⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em geral*, Vol. II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 68

⁽⁵¹⁶⁾ VARELA, Antunes. *Ibidem*, pp. 70 e 16.

desproporcionado ou exagerado ao devedor, este fica liberado sem que tenha efetuado a sua prestação.

À semelhança dos ordenamentos jurídicos francês, espanhol e italiano, a generalidade dos Autores tem sancionado o entendimento que esta doutrina *não foi* acolhida no Código Civil Português, aduzindo-se para a sua recusa os perigos da incerteza e da possível arbitrariedade a que daria lugar. No entanto, ainda que residualmente, Vaz Serra admite a aplicação desta doutrina, por um lado, através do princípio da *boa fé* e, por outro lado, pela adequada *interpretação* das declarações negociais que fundam a obrigação ⁽⁵¹⁷⁾. E apesar de Antunes Varela não ser apologista dessa doutrina, não deixou de alvitrar que “há que ter em conta, no tratamento dos casos de *excessividade* da prestação, o disposto nos artigos 437.º, 566.º, 762.º, 812.º e, principalmente, no art.º 334.º”, ou seja, particularmente as situações de abuso de direito, e ainda, “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)” ⁽⁵¹⁸⁾.

Sem pretender negar razão à maioria da doutrina, considera-se que, ainda que de forma mitigada, a limitação do sacrifício tem consagração na ordem jurídica portuguesa em duas situações: no domínio laboral e no processo de insolvência.

Quanto ao primeiro (*domínio laboral*), têm surgido posições no sentido de que o carácter absoluto e definitivo da impossibilidade da prestação do trabalhador deve ser analisado apenas no plano jurídico, abandonando-se o enfoque naturalístico, por forma a considerar verificada a caducidade em situações em que a impossibilidade, apesar de temporária, é tão longa que não se deve exigir ao empregador a manutenção do contrato de trabalho; ou que a impossibilidade, apesar de relativa, deva ser compaginada como absoluta, não sendo de exigir ao empregador que conceda, por exemplo, a um trabalhador que ficou afetado, por doença natural, com incapacidade absoluta para o trabalho habitual, um outro posto de trabalho ou outras funções, que não exercidas anteriormente pelo

⁽⁵¹⁷⁾ SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz. 1970. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 1970”, in *RLJ*, Ano 104.º. Coimbra: Coimbra Editora, p. 214. A este argumento, Antunes Varela contrapõe a observação feita por Larenz, de que o devedor não se obriga a despender um determinado esforço, mas a *realizar a prestação*, efetuando todas as diligências que para tal se mostrem necessárias (VARELA, 1990, *Op. cit.*, vol. II, p. 68, nota de rodapé 1).

⁽⁵¹⁸⁾ VARELA, João de Matos Antunes. 1990. *Das Obrigações em geral*, Vol. II. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 70, nota de rodapé 2.

trabalhador, mesmo que existentes na empresa. Para estes, o empregador só estaria obrigado a fornecer ao trabalhador um posto de trabalho compatível com as lesões, desde que o mesmo se enquadrasse no leque de funções para que foi contratado *ab initio* ⁽⁵¹⁹⁾. Em causa está, precisamente, a limitação do sacrifício que deve ser imposto ao devedor ⁽⁵²⁰⁾.

Relativamente ao *processo de insolvência*, o art.º 235.º, do CIRE, estabelece que se o devedor for uma pessoa singular, pode ser-lhe concedida a *exoneração dos créditos* sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste ⁽⁵²¹⁾. O deferimento da pretensão não significa a total expurgação do passivo restante, porque durante os cinco anos subsequentes ao encerramento do processo de insolvência, o rendimento disponível que o devedor venha a auferir continuará a ser entregue a um fiduciário que procede ao pagamento das custas e despesas, bem como à distribuição do remanescente pelos credores da insolvência (art.º

⁽⁵¹⁹⁾ A título meramente exemplificativo, debruçaram-se sobre esta questão, CORDEIRO, António Menezes. 1991. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, pp. 792,793; NETO, Abílio. 1989. *Despedimentos e Contratação a Termo*. Lisboa: Petrony, pp. 22-25 e MARTINS, Pedro Furtado. 1984. *Cessação do Contrato de Trabalho*. Parede: Princípa Editora, p. 48.

No entanto, a maioria da jurisprudência tem seguido entendimento diverso, a saber, que o empregador deve efetuar a sua prestação de *dare* - trabalho - ao trabalhador que entretanto ficou afetado de incapacidade para o trabalho habitual, uma atividade compatível com a sua capacidade funcional residual, desde que na empresa existam funções ou postos de trabalho compatíveis com as lesões, o que implicará a alteração do objeto do contrato de trabalho. *Cfr.*, entre outros, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 6 de abril de 2000, *in CJSTJ*, Ano VIII, Tomo II, pp. 255-257 e Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 117/2001 (proc. n.º 320/2000), *in DR*, II Série, de 14 de março de 2001, pp. 7252-7254.

⁽⁵²⁰⁾ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira também sustentam esta doutrina no domínio do *direito da família*, em caso do comprometimento definitivo da vida em comum: “tal impossibilidade da vida em comum não é um facto. É, antes, um juízo, uma conclusão que o julgador deverá retirar (ou não) da avaliação que fez sobre a gravidade da violação dos deveres invocada. E a rutura só deverá ser admitida quando a violação dos deveres conjugais assumiu contornos tais que em face das circunstâncias do caso, seja inexigível a um ou aos dois cônjuges a manutenção da vida conjunta. E esta impossibilidade da vida em comum é algo também a aferir segundo a «doutrina do limite do sacrifício»: se, depois de toda a análise referida, o julgador entender que a manutenção do vínculo conjugal representa um verdadeiro e injustificável sacrifício para os cônjuges ou um deles (o ofendido), não fará qualquer sentido prosseguir em uma situação que continuará... a deteriorar-se no futuro, tal como se deteriorou no passado” (COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme. 2003. *Curso de Direito da Família*, Volume I. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 678).

Na jurisprudência, aderindo a tal conceção, *cfr.* Tribunal da Relação de Lisboa / Granja da Fonseca. *Acórdão de 23 de fevereiro de 2006* (proc. n.º 660/2006-6, bjd-itij): “Poder-se-á argumentar que a possibilidade da vida em comum nunca fica comprometida: tudo depende da capacidade de sacrifício. Mas a “doutrina do limite do sacrifício”, elaborada no direito das obrigações, valerá igualmente neste domínio: a continuação da vida em comum não deve ser para o cônjuge ofendido um sacrifício exorbitante e, por isso, inexigível. A possibilidade da vida em comum fica comprometida se exceder o limite razoável do sacrifício”.

⁽⁵²¹⁾ Segundo Assunção Cristas, “trata-se de uma solução inspirada no chamado modelo de *fresh start*: o devedor pessoa singular liberta-se daquele peso e pode recomeçar de novo a sua vida. Os cinco anos assemelhar-se-ão, pois, a um purgatório: durante esse período, o devedor vai pagando as suas dívidas, adotando um comportamento adequado, mas esse período é considerado por lei o suficiente para que venha o perdão e com ele lhe seja dada uma nova oportunidade. (...) O objetivo é que o devedor pessoa singular não fique amarrado a essas obrigações” (CRISTAS, Assunção. 2005. “Exoneração do devedor pelo passivo restante”, *in Themis*, N.º Extra 1 - “Novo direito da insolvência”. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 167).

241.º, do CIRE). Mas mesmo nessa situação, salvaguarda-se em benefício do devedor o que seja *razoavelmente necessário* para “o exercício pelo devedor da sua atividade profissional” e para “o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar”, que não pode exceder, salvo decisão do juiz em contrário, o correspondente a três vezes o salário mínimo nacional [art.º 239.º, n.º 3, al. *b*), sub. *i*) e *ii*), do CIRE] ⁽⁵²²⁾.

Estas salvaguardas decorrem da designada *função interna do património*, enquanto suporte de vida económica do seu titular, sabendo que o critério da lei não foi o do “mínimo de sobrevivência”, mas o “sustento minimamente digno”. Mesmo assim, o legislador quis *limitar o sacrifício* do devedor a um período temporal de cinco anos, findo o qual, cessa o passivo restante que não tenha sido objeto de pagamento pelo fiduciário ⁽⁵²³⁾.

De qualquer modo, esta *exoneração do passivo* não é nem automática, nem significa um *convite à desresponsabilização*. Conforme salienta Catarina Serra, o objetivo do instituto da exoneração do passivo restante é “a extinção das dívidas e a libertação do devedor, para que, «*aprendida a lição*», este não fique inibido de começar de novo e de, eventualmente, retomar o exercício da sua atividade económica” ⁽⁵²⁴⁾. Por conseguinte, a atribuição deste *benefício* pressupõe uma rigorosa análise sobre o comportamento do devedor/insolvente, sendo “necessário que o devedor preencha determinados requisitos de ordem substantiva. A saber, que *tenha tido um comportamento anterior ou atual pautado pela licitude, honestidade, transparência e boa fé no que respeita à sua situação económica e aos deveres associados ao processo de insolvência*. (...) A conduta do devedor é devidamente analisada através da ponderação de dados objetivos passíveis de revelarem se a pessoa se afigura ou não merecedora de uma nova oportunidade e apta para observar a conduta que lhe será imposta” ⁽⁵²⁵⁾, só devendo ser concedido, atendendo às

⁽⁵²²⁾ O preceito *exclui* ainda do *rendimento disponível* as cessões de créditos feitas pelo devedor, ou seja, créditos futuros emergentes de contratos de trabalho, de prestação de serviços (ou de prestações sucedâneas futuras, nomeadamente, subsídios de desemprego ou pensões de reforma) ou de rendas ou alugueres, cedidos antes da declaração de insolvência.

⁽⁵²³⁾ No entanto, a exoneração dos créditos é passível de revogação durante o ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração (art.º 246.º, n.º 2, do CIRE), se porventura o devedor violar de forma culposa as obrigações impostas, embora não seja suficiente qualquer violação, porque o legislador exige que essa violação prejudique “de forma relevante” a satisfação dos credores de insolvência (art.º 246.º, n.º 1, *in fine*). A revogação da exoneração dos créditos tem por consequência a reconstituição (ou seja, a ressurreição) de todos os créditos anteriormente extintos (art.º 246.º, n.º 4, do CIRE).

⁽⁵²⁴⁾ SERRA, Catarina. 2010. *O Novo Regime Português da Insolvência - Uma Introdução*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 73,74.

⁽⁵²⁵⁾ CRISTAS, Assunção. *Op. cit.*, p. 170.

circunstâncias da vida, a quem de modo *imprevisto, fortuito ou acidental*, tenha sido conduzido à situação de inadimplemento. Na verdade, a exoneração do passivo consubstancia um *prejuízo* para os credores, pelo que não pode constituir um “prémio” para condutas irresponsáveis, designadamente as relacionadas com esquemas de *sobreendividamento*, praticados por quem saiba que não tem condições para pagar, mas mesmo assim persiste em acumular dívidas e mútuos sobre mútuos, na medida em que “o objetivo precípuo do processo de insolvência constitui o pagamento, na maior medida possível, dos credores da insolvência, não podendo o hodierno fenómeno social do sobreendividamento - abarcado pelo carácter amplo e abrangente da figura da exoneração do passivo restante - ser erigido em objeto imediato deste mesmo instituto” ⁽⁵²⁶⁾.

5.2.5. Inadmissibilidade da “prisão por dívidas”

Em Portugal não é possível a restrição da liberdade ⁽⁵²⁷⁾, tendo por fundamento a falta de pagamento de uma dívida, ou seja, por incumprimento obrigacional. No entanto, até 1993, ano em que foi proferido o Assento n.º 6/93 ⁽⁵²⁸⁾, como tinha afirmado Figueiredo Dias ⁽⁵²⁹⁾, havia uma “distorção profundíssima da função dos cheques, que são um meio de pagamento e nunca foram, em parte nenhuma, meio de garantia”. Em virtude desta situação, qualquer credor “quer ter um cheque, pois fica com um instrumento excelente para pressionar o devedor: ou paga ou vai para a cadeia. Isto é algo que não diverge muito

⁽⁵²⁶⁾ Tribunal da Relação de Lisboa / Luís Espírito Santo. *Acórdão de 7 de dezembro de 2010* (proc. 10439/10.8T2SNT-C.L1-7, bdjd-itij). Neste acórdão foi decidido que “a conduta, prosseguida conscientemente ao longo de anos, que permite ao devedor aparentar não o ser, gastando mais do que auferir, num ciclo de *endividamento sem freio*, sempre à custa do engrossar do rol dos credores e da contínua multiplicação do respetivo saldo devedor, não reveste as características de proceder honesto, lícito, transparente e de boa fé, que justificam, no plano substantivo, a concessão do benefício, de natureza excepcional, da exoneração do passivo restante. Afigura-se pedagógica e profilática a recusa do sistema jurídico quanto à proteção e condescendência com este tipo de práticas. Entender-se o contrário é permitir, através duma generalização reclamada pelo princípio da igualdade, que em todas as situações de não cumprimento das obrigações pelo sistemático e irresponsável recurso ao crédito sobre crédito, o devedor veja ser-lhe oferecida, numa bandeja, a benesse da exoneração do passivo restante, bastando para tal que a ela recorra logo que alguma entidade financiadora relevante decida “fechar-lhe a torneira” (perdoe-se-nos a expressão). Passados cinco anos, recomeçará tudo de novo, devidamente branqueado, *enterrando-se o princípio pacto sunt servanda* juntamente com os concretos interesses/direitos dos credores assim defraudados”.

⁽⁵²⁷⁾ Não era assim no direito romano: se o devedor deixasse de solver sua obrigação, o credor tinha uma *actio in personam* contra ele para forçá-lo à execução, que nas origens era efetivamente pessoal (o seu próprio corpo, que podia ser retalhado em partes pelos credores, conforme disposição das XII Tábuas). Posteriormente, a responsabilidade do devedor passou a ser apenas patrimonial.

⁽⁵²⁸⁾ Acórdão de 27 de janeiro de 1993, in *DR*, I Série-A, de 7 de abril de 1993.

⁽⁵²⁹⁾ Afirmção citada no Assento referenciado, que foi proferida na edição do Diário de Notícias, de 22 de dezembro de 1990.

da prisão por dívidas, do século XVIII”⁽⁵³⁰⁾. Na verdade, até então proliferava o expediente do credor apresentar queixa-crime contra o sacador de um cheque que, apresentado junto do Banco sacado, não tinha obtido pagamento por falta de provisão. O devedor era formalmente acusado da prática do crime previsto no art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de dezembro, em concurso real com a prática de um crime de burla — o que acabava por constituir uma autêntica prisão por dívidas, destinada a sancionar criminalmente a falta de cumprimento de uma obrigação pecuniária dentro de um prazo de moratória legal concedido ao devedor — durante o qual *a ameaça da prisão* configurava um *meio de pressão* sobre o devedor.

Ora, nos termos do art.º 1.º do Protocolo n.º 4 Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), “ninguém pode ser privado da sua liberdade pela única razão de não poder cumprir uma obrigação contratual”. A consagração desta proibição teve por fundamento a conceção sobre a designada “prisão por dívidas” ser contrária à noção de *liberdade* e de *dignidade* humanas: privar alguém da sua liberdade apenas porque não dispõe de bens materiais para cumprir as suas obrigações contratuais, contende com o respeito devido a esses valores.

No entanto, conforme tem decidido o Tribunal Constitucional, a “privação da liberdade não é proibida se outros factos se vêm juntar à incapacidade de cumprir uma obrigação *contratual*”⁽⁵³¹⁾. No caso de a impossibilidade de cumprir não ser devida a negligência, o direito penal pode prever tipos de crimes puníveis com prisão.

⁽⁵³⁰⁾ Sobre a evolução da prisão por dívidas no ordenamento jurídico português, *vide* ALBUQUERQUE, Pedro. 2005. “O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*”, in *ROA*, Ano 65.º, Vol. II (setembro 2005). Lisboa: Ordem dos Advogados, § 2., ponto VIII, destacando-se os seguintes extratos: “O primeiro diploma a tratar o instituto parece ter sido um Regimento da Casa Real de 1258 que estabeleceu, designadamente, a proibição de aprisionamento do devedor se ele fosse solvente. A satisfação do credor fazia-se à custa dos bens do devedor, conforme os costumes e foro da terra onde o mesmo se encontrasse. Anos volvidos, em Lei de 24 de agosto de 1282, D. Dinis estabeleceu que a execução deveria correr primeiramente contra os bens móveis e, apenas na respetiva falta ou insuficiência, contra os imóveis, desde que o devedor, se porventura casado não atuasse com fraude ou dolo em detrimento da respetiva mulher. Em caso de dolo ou fraude, com subtração de bens pelo devedor à execução, seria ele preso, mesmo na eventualidade de ter possibilidade de pagar a dívida, assim permanecendo até a integral satisfação do credor, exceto se este consentisse que o soltassem. (...) O regime manteve-se e desenvolveu-se nas Ordenações Manuelinas (L. IV, T. 52, sob a epígrafe *Dos que podem ser presos por dividas civis, ou criminaes, ou recomendados na cadea*) e nas Filipinas (L. IV, 76, epigrafada *Dos que podem ser presos por dividas cíveis, ou crimes*). Seria necessário esperar pelo § 19 da Carta de Lei de 20 de junho de 1774, depois interpretado em assento da Casa da Suplicação, para que a prisão por dívidas fosse abolida, passando apenas a ser admitida nalguns poucos casos, como simples meio de forçar o devedor ao cumprimento”.

⁽⁵³¹⁾ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 663/98, de 25 de novembro de 1998 (Cons. Sousa Brito), in *DR*, II Série, II Série, n.º 12, de 15 de janeiro de 1999, pp. 592 ss., também disponível na Internet no endereço: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980663.html>>.

Assim, estando em causa apenas uma relação contratual, a tutela das respetivas obrigações deve fazer-se exclusivamente através das sanções do direito privado. Uma eventual prisão por dívidas violaria “o princípio da necessidade da restrição dos direitos fundamentais, designadamente, da pena (art.º 18.º, n.º 2 da CRP) e da culpa (decorrente da dignidade da pessoa humana)”. No entanto, se além da violação de deveres de natureza relativa, ocorrer igualmente a violação de bens ou valores que, na perspetiva da culpa, provoque grave alarme social e que justifique uma reprovação mais grave, a prevenção dessas infrações reclama o recurso às sanções penais. Ou seja, como se enuncia no citado Acórdão do Tribunal Constitucional, o princípio da proibição da prisão por dívidas só deve aplicar-se aos “devedores de boa fé”, dele ficando excluídos os “casos de *provocação dolosa de incumprimento*” ⁽⁵³²⁾. E pelas mesmas razões, foi também considerado que a proibição da “prisão por dívidas” não se aplica quando a obrigação não deriva de contrato mas da lei ⁽⁵³³⁾; neste particular, o pormenor da redação do citado art.º 1.º do Protocolo anexo à CEDH — restringindo a proibição da privação da liberdade *meramente* com base na impossibilidade de cumprimento de uma obrigação *contratual* — é a pedra de toque, designadamente para admitir-se a estatuição de sanções privativas da liberdade para condutas de falta de cumprimento de *obrigações legais* qualificadas como crime (v.g., falta de entrega à Administração Fiscal de impostos retidos) ⁽⁵³⁴⁾, bem como a decisão jurisdicional (fundada na lei) de suspender a execução de pena de prisão ⁽⁵³⁵⁾ ou

⁽⁵³²⁾ Conforme refere Irineu Cabral Barreto: “Esta proibição diz respeito aos devedores que estejam de boa fé e não àqueles que não cumprem por uma intenção fraudulenta ou por negligência grave” (BARRETO, Irineu Cabral. 2010. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*. 3.ª edição: Coimbra: Coimbra Editora, p. 363).

⁽⁵³³⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto / António Gama. *Acórdão de 11 de novembro de 2009* (proc. 338/05.0IDPRT.P1, bdjd-itij): “Não é inconstitucional o condicionamento da suspensão da execução da pena de prisão ao pagamento da prestação tributária e acréscimos legais em falta: a obrigação em causa – pagar impostos em dívida – é uma obrigação pública fiscal que deriva da lei e não tem por fonte qualquer contrato”.

⁽⁵³⁴⁾ Na verdade, o Estado *não contrata* com os contribuintes o pagamento de impostos ou a entrega de impostos retidos por entidades a terceiros (v.g., IVA e IRS de trabalhadores por conta de outrem). A obrigação de pagar impostos deriva da imperatividade da lei e não tem por fonte qualquer contrato. A história do aludido preceito do Protocolo adicional à CEDH é paradigmática: quando o Protocolo n.º 4 estava a ser considerado em 1960, a Assembleia Consultiva propôs adotar o texto das Nações Unidas sem alteração, de modo a reforçar as garantias existentes no art.º 5.º da Convenção relativas ao direito à liberdade e segurança da pessoa. A nova garantia aplicar-se-ia a obrigações contratuais de todo o tipo, incluindo a não entrega e a não execução, e não apenas dívidas monetárias. Ao mesmo tempo, não se aplicaria a obrigações públicas (fiscais ou militares), nem a obrigações civis impostas por estatuto ou por ordem de um Tribunal.

⁽⁵³⁵⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2009. *Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 353: “Já se suscitou entre nós a questão – absolutamente infundada – de saber se o condicionamento da suspensão pelo pagamento da indemnização não configuraria, quando aquele pagamento não viesse a ser feito, uma (inconstitucional) prisão por dívidas! A alegação foi (obviamente) afastada pelo AcTC de 87NOV02, com o argumento irrecusável de que, nesse caso, a prisão é

inclusivamente fazer depender a concessão de liberdade condicional ⁽⁵³⁶⁾ à condição do pagamento de uma quantia monetária ao ofendido ou a instituição que prossiga fins filantrópicos, de solidariedade ou beneficência.

Face a este enquadramento, é certo que *ainda será possível ao credor exercer alguma pressão sobre o devedor*, quando estejam preenchidas as condições objetivas de punibilidade previstas no art.º 11.º, n.º 1 do Dec.-Lei n.º 454/91, ou seja, quando o credor seja titular de um cheque que não tenha sido pago, por falta de provisão ou por irregularidade do saque, sendo esse cheque de valor superior à quantia de 150 euros, assim como se antes ou após a entrega de cheque, o devedor levantar os fundos necessários ao seu pagamento, proibir à instituição sacada o pagamento desse cheque, encerrar a conta sacada ou, por qualquer modo, alterar as condições da sua movimentação, assim impedindo o pagamento do cheque, ou se endossar cheque que recebeu, conhecendo as aludidas causas de não pagamento integral, desde que tal conduta provoque prejuízo patrimonial ao credor (além do necessário dolo na prática dos aludidos atos), por tal consubstanciar a prática de um crime de emissão de cheque sem provisão ⁽⁵³⁷⁾.

Contudo essa “pressão” não pode considerar-se como assédio integrante de bullying obrigacional, já que a participação criminal na sequência do preenchimento dos tipos objetivo e subjetivo de um ilícito crime, constitui o *exercício regular de um direito*. Se assim não fosse, qualquer outra forma de pressão sobre o devedor — *v.g.*, cláusula penal,

cumprida por força da condenação nela, feita pelo tribunal ao determinar a pena. Só uma completa incompreensão do que seja uma pena de substituição pode ter conduzido a um tal equívoco”.

Este princípio tem sido entendido pela jurisprudência que “a imposição de deveres condicionadores da suspensão da pena deve ter na devida conta as «forças» dos destinatários (ou seja, as suas condições pessoais e patrimoniais e o nível de rendimentos de que dispõe) de modo a não frustrar à partida o efeito reeducativo e pedagógico que se pretende extrair da medida, sem contudo se cair no extremo de tudo se reconduzir e submeter às possibilidades financeiras oferecidas pelos proventos certos e conhecidos do condenado, sob pena de se inviabilizar, na maioria dos casos, o propósito que lhe está subjacente, qual seja o de dar ao arguido margem de manobra suficiente para que possa desenvolver diligências que lhe permitam obter os recursos indispensáveis à satisfação da condenação” (Ac. STJ, de 19 de maio de 2005, proc. 770/05 – 5.ª Secção, in *Boletim Interno*, disponível em <<http://www.stj.pt>>).

⁽⁵³⁶⁾ Cumpre consignar que o Código Penal prevê mecanismos que obstam à revogação da suspensão da execução da pena, e também, por inerência, à da liberdade condicional, *por mero efeito automático* do incumprimento dos deveres e regras impostos. Desde a *modificabilidade* dos deveres, em virtude da ocorrência superveniente de circunstâncias que justifiquem a sua reconformação (art.ºs 51.º, n.º 3 e 52.º, n.º 4), à previsão de sanções decorrentes da falta de cumprimento culposa e ocasional e que permitem a preservação da liberdade (art.º 55.º), bem como com a restrição da revogação da suspensão da execução da pena ou da liberdade condicional, quando baseada na infração de deveres ou regras de conduta impostos, aos casos em que ela seja grosseira ou repetida [art.º 56.º, n.º 1, al. a)].

⁽⁵³⁷⁾ Atualmente, punível com pena de prisão até três anos ou com pena de multa ou, se o cheque for de valor elevado, com a pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

sanção pecuniária compulsória ⁽⁵³⁸⁾ — seria sempre considerado ilegítimo, o que seria contrário ao fim útil do direito subjetivo reconhecido ao credor.

E, por conseguinte, apesar da inexistência da prisão por dívidas constituir *a garantia* que por essa via não é possível a criação de um *desequilíbrio na relação obrigacional* (o credor não pode instigar o devedor com essa ameaça), o uso da faculdade do credor em participar criminalmente o devedor, quando além da relação obrigacional *também* ocorram factos subsumíveis numa prática criminal, não pode (essa participação criminal) servir de fundamento para qualquer tratamento mais favorável ao devedor no âmbito da relação jurídica creditória.

5.3. Alteração das circunstâncias

5.3.1. O “Direito da Perturbação das Prestações”

O *bullying* obrigacional, embora possa ser praticado pelo credor sobre um devedor relapso, tem por característica essencial a incidência sobre quem tenha ficado numa situação de inadimplemento *involuntário*, fruto de decorrências externas que não lhe sejam imputáveis a título de culpa. Sobre esta matéria, Menezes Cordeiro, a propósito da reforma do direito civil alemão (do *BGB*, em 2001/2002) e da modernização do direito das obrigações, abordou o que designou de “*o direito da perturbação das prestações*” ⁽⁵³⁹⁾: a fórmula “*recht der leistungstörungen*” abrange várias realidades, entre as quais as hipóteses de incumprimento definitivo, de mora e de cumprimento defeituoso, a *impossibilidade*, a culpa *in contrahendo*, a *alteração das circunstâncias* e outros institutos.

⁽⁵³⁸⁾ Dentro do estrito contexto obrigacional, há *previsões legais que funcionam como forma de pressão sobre o devedor*. A sanção pecuniária compulsória é um mecanismo coercitivo cujo campo de ação está limitado às obrigações *de facere* e de *non facere* cujo cumprimento exige a intervenção insubstituível do devedor, um processo subsidiário aplicável onde a execução específica não tenha lugar. Como refere Calvão da Silva, “graças a esse mecanismo, ao constrangimento que ele exerce sobre a vontade do devedor rebelde, “o credor pode alimentar a esperança de obter a originária prestação infungível que lhe é devida – seja contratual ou extracontratual, autónoma ou não autónoma, patrimonial ou extrapatrimonial – sem ter de cingir-se e resignar-se à execução por equivalente” (SILVA, João Calvão da. 2002. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina., p. 450). O fim da sanção pecuniária compulsória não é, pois, o de indemnizar os danos sofridos pelo credor com a mora, mas o de *forçar o devedor a cumprir*, de o determinar a realizar o cumprimento devido e no qual foi condenado por decisão jurisdicional, vencendo a resistência da sua oposição ou da sua inação.

Sobre a função preventiva e coerciva da sanção pecuniária compulsória, que “assume a natureza de pena derivada”, vide CORDEIRO, António de Menezes. 1998. “Embargos de terceiro, reintegração do trabalhador e sanções pecuniárias compulsórias”, in *ROA*, ano 58 (dezembro 1998), Lisboa: Ordem dos Advogados, pp. 1228, 1229. E sobre a evolução da figura na doutrina, vide LOURENÇO, Paula Meira. 2006. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 304-309.

⁽⁵³⁹⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 2002. “A Modernização do Direito das Obrigações”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62.º, Volume II (abril 2002).

A própria “noção de obrigação é *compreensiva*; o seu conteúdo é agora reconduzido a deveres, a determinar caso a caso, de base analítica”.

Entre os vários itens que marcaram as alterações no direito civil alemão, está uma *nova conceção de impossibilidade do cumprimento*. O regime anterior era muito semelhante ao direito português, a saber: **(a)** Quanto a impossibilidade seja *inicial*, a mesma pode impedir a prestação principal efetivamente atingida. No entanto, a obrigação que decorre do contrato pode ser muito mais vasta e abrangente que essa prestação impossível, razão por que não faz sentido considerar inválido todo o contrato, sendo suficiente que *essa* prestação impossível fique “bloqueada”, mantendo-se válido todo o seu restante conteúdo; **(b)** Se a impossibilidade for *superveniente* [sendo nesta que se pode revelar o centro do *bullying* obrigacional], a distinção do ordenamento jurídico vigente processa-se entre essa impossibilidade ser ou não *imputável* ao devedor; em caso afirmativo, apenas concede o direito de indemnizar ao credor.

Ora, a nova redação do n.º 2 do § 275 do BGB, revela uma nova conceção quando a causa do inadimplemento não seja imputável ao devedor, verificando-se a exclusão da responsabilidade, entre outros quando: “(2) O devedor pode recusar a prestação sempre que esta requeira 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. Na determinação dos *esforços imputáveis* ao devedor deve considerar-se se o *impedimento da prestação deve ser imputado a este último*”⁽⁵⁴⁰⁾.

Recorrendo de novo ao anunciado por Menezes Cordeiro⁽⁵⁴¹⁾, este n.º 2 consigna a impossibilidade prática ou fáctica, que constitui uma exceção em sentido técnico e que cabe ao devedor decidir se lança mão dela, configurando-se uma “situação na qual a prestação prevista ainda seria, em rigor, possível; todavia, nenhum credor razoável esperaria que ela tivesse lugar”.

A pedra de toque está em que esta impossibilidade de facto não tem propriamente uma relação com a indisponibilidade ou dificuldade económica do devedor, mas determina-se “*mercê de um crasso desequilíbrio, inadmissível perante a boa fé*”. O conceito é merecedor de consideração, mas como adverte, “as dificuldades de interpretação são patentes: a casuística será decisiva”. Por isso, para o mesmo Autor “o alargamento da

⁽⁵⁴⁰⁾ Tradução livre do alemão. Fonte: texto integral atualizado do BGB, disponível no sítio Internet do Ministério da Justiça da Alemanha, no endereço: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>.

⁽⁵⁴¹⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 2002. “A Modernização do Direito das Obrigações”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62.º, Volume II (abril 2002), ponto 18.II..

impossibilidade à «impossibilidade de facto», operada pelo BGB/2002, visa a depuração da alteração das circunstâncias. A impossibilidade deve ser tomada em sentido sócio-cultural: não físico ou naturalístico”.

Ora, este conceito será perfeitamente ajustável a uma situação de *bullying* sofrida pelo devedor. Não se trata de beneficiar o devedor pela sua impossibilidade ou indisponibilidade económica, por alguma situação temporária ou pela ocorrência de alguma circunstância exterior não controlável e alheia à sua vontade — terá sido esse o *leitmotiv* da sua vulnerabilidade — , mas precisamente por causa dela, o credor utiliza-a como pretexto para exercer sobre o devedor um acossamento com consequências *próprias* (decorrentes desse acossamento), que provocam uma situação de manifesto desequilíbrio na relação obrigacional.

Poder-se-á dizer que nessa situação, ocorre uma “*perturbação da prestação debitória*”, que não exime o devedor do seu cumprimento, mas que deve ser tratada, de uma forma peculiar, pelo ordenamento jurídico, em termos de soluções para esse manifesto desequilíbrio.

5.3.2. O não cumprimento por inevitabilidade ou imprevisibilidade

5.3.2.1. *Bullying e inadimplemento*

O instituto da alteração das circunstâncias, plasmado no art.º 437.º, do CC, envolve o confronto entre dois princípios que regem as relações obrigacionais, a saber; o princípio *da autonomia privada* e mais concretamente o princípio *pacta sunt servanda*, que exige o cumprimento pontual (estrito) dos contratos livremente celebrados e, por outro lado, o *princípio da boa fé*, na vertente em que se considera não ser lícito a uma das partes exigir da outro o cumprimento das suas obrigações quando se assista a uma alteração do *status quo*, com referência ao momento da contratação originária e que, por essa via, conduza a um *desequilíbrio* entre as prestações.

O *bullying* obrigacional não envolve apenas o sujeito *ativo* (o credor), mas também o devedor. Por regra, o *bullying* ocorre sobre quem se encontra numa situação de *vulnerabilidade*. Não se trata, portanto, de tutelar os *devedores relapsos*, aqueles que se colocam em posição de incumprimento ou quase incumprimento, por opções irresponsáveis, decisões irrefletidas ou escolhas negligentes motivadas pela futilidade, pela luxúria, pelo hiperconsumismo ou pela realização de atos meramente voluptuários, para mera satisfação dos seus deleites.

Com efeito, nesses casos, deve considerar-se que o devedor se *posicionou* como *incumpridor* por factos causais que lhe são imputáveis (não são alheios à sua vontade, ou se o são, decorrem da sua negligência grosseira). Faltando *culposamente* ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelos prejuízos sofridos pelo credor, decorrentes conduta daquele, quer se trate de incumprimento definitivo, quer de mora ou de cumprimento defeituoso (art.^{os} 798.º, 799.º, 801.º e 804.º, todos do CC). Aliás, a lei estabelece uma *presunção de culpa do devedor*, cabendo-lhe o ónus da elisão dessa presunção, sendo a culpa apreciada segundo os critérios estabelecidos para a responsabilidade civil, ou seja, “pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” (art.º 487.º, n.º 2, *ex vi* art.º 799.º, n.ºs 1 e 2, ambos do CC), de acordo com uma conduta que uma normalmente diligente se absteria de praticar.

Deste modo, nos casos em que a causa *seja imputável ao devedor*, ainda que o credor pratique atos de instigação, assédio ou acossamento, *por não se verificar o requisito do aproveitamento da vulnerabilidade do devedor*, não há verdadeiramente bullying obrigacional, devendo esses atos ser enquadrados de forma distinta e autónoma, caso tenham relevância em termos de sanção do ordenamento jurídico, mas sem qualquer repercussão na relação obrigacional.

É nos outros casos, isto é, naqueles em que efetivamente *há* bullying obrigacional, porque os atos de acossamento são praticados sobre o *inadimplente não culposo*, que se justifica a apreciação sobre o regime da alteração superveniente das circunstâncias ou da teoria da imprevisibilidade. Este inadimplemento, em princípio, não exonera o devedor do cumprimento. Mas poderá, efetivamente, ficar liberto do cumprimento, conforme a modalidade da obrigação que esteja em causa. Conforme ensina Almeida Costa ⁽⁵⁴²⁾, são três as modalidades a considerar: obrigação de meios, obrigação de resultado ou obrigação de garantia:

(a) Quanto à primeira, o devedor compromete-se apenas a desenvolver prudente e diligentemente certa atividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem se comprometer à efetiva produção do mesmo (*v.g.*, obrigação do advogado em aplicar todos os seus conhecimentos para o vencimento da causa do seu constituinte). Neste caso, se o cumprimento exigir uma diligência superior àquela que o devedor possa realizar, dela

⁽⁵⁴²⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 1039, 1040.

ficará liberto, não podendo a falta de realização ser-lhe imputável (art.^{os} 790.º e 791.º, do CC).

(b) Relativamente à obrigação de resultado, quando o devedor esteja obrigado a obter um efeito útil (v.g., entrega de uma coisa, pagamento de quantia monetária), só a impossibilidade *objetiva e não culposa* da prestação é idónea a exonerá-lo da obrigação (art.º 790.º, do CC).

(c) Finalmente, na obrigação de garantia, o devedor não se limita a obrigar-se a um resultado, como *assume* o risco em caso desse resultado não se verificar. Em tal situação, ser-lhe-á sempre imputável o cumprimento ou, não sendo este realizado, fica obrigado à indemnização do prejuízo que advier para o credor, desde que se verifiquem os demais pressupostos da responsabilidade civil, sabendo que o art.º 801.º, do CC, *equipara* a incumprimento definitivo a *impossibilidade* da prestação quando esta seja *imputável ao devedor* ⁽⁵⁴³⁾.

5.3.2.2. O regime da alteração das circunstâncias

A teoria da imprevisão, anteriormente controvertida na doutrina ⁽⁵⁴⁴⁾, foi entretanto vertida para preceitos normativos (art.^{os} 437.º a 439.º, do CC de 1966). São, essencialmente, três as questões que o instituto da alteração das circunstâncias visa tutelar:

⁽⁵⁴³⁾ Uma questão muito relevante consiste em que termos deve ser aferida a *imputabilidade* pelo não cumprimento. Conforme preconiza Patrícia Guia Pereira, “há que saber se a imputabilidade se esgota numa mera averiguação *causal objetiva* do incumprimento, ou se implica um *juízo subjetivo* acerca da atuação do inadimplente. No primeiro caso, o incumprimento seria imputável sempre que derivasse de uma atuação (positiva ou negativa) que contribuísse para a verificação do efeito, sem que dele estivessem dependentes juízos de censurabilidade acerca dessa atuação. No segundo caso, o incumprimento seria imputável sempre que se concluísse que à falta de cumprimento corresponde um juízo de censura ético-jurídica” Vide PEREIRA, Patrícia da Guia. 2011. “Nótula sobre Tipologia do Incumprimento”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II. Coimbra: Almedina, p. 647. A Autora, percorrendo a referência expressa que é feita no art.º 488.º, do CC, no âmbito da responsabilidade civil (que deve ser entendida como a capacidade de entender ou querer, que se distingue da culpabilidade), ao facto de a *culpa*, por seu turno, ser referida como “nexo de imputação” do facto ao lesante, surgindo nesse contexto, não como uma mera atribuição de um facto a um sujeito, mas exigindo um juízo de reprovação pessoal, atendendo ao comportamento do agente, considera que “a qualificação do incumprimento como imputável prende-se usualmente com a indagação da culpa no agente na situação do inadimplemento; assim, quando o CC alude ao incumprimento imputável ao devedor, entende-se que se refere às situações em que o devedor *incumpre culposamente* a sua obrigação” (p. 649), embora quando a referência é ao cumprimento defeituoso, é tratado na perspetiva da *desconformidade*. Assim, postula que “há que concluir que dividir o cumprimento através do critério distintivo da culpa do inadimplente nem sempre se mostra profícuo, já que muitas vezes, esta não é relevante na determinação da solução do incumprimento”. Mas, concretamente em relação ao art.º 790.º e ss. do CC, é “a culpa que assume preponderância enquanto elemento de diferenciação n que respeita às situações de retardamento (...) ou de impossibilitação da prestação” (p. 650).

⁽⁵⁴⁴⁾ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho. 1963. “A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português, in *BMJ*, n.º 128 (Separata). Lisboa: Ministério da Justiça.

a) **O erro.** O instituto da alteração das circunstâncias deve ser observado através de uma conceção *objetiva*, em virtude de ter por referência as circunstâncias efetivamente existentes *no momento* da celebração do contrato. A questão que se tem suscitado é, no confronto com o art.º 252.º, n.º 2, do CC, a propósito do *erro sobre a base do negócio* ⁽⁵⁴⁵⁾ e da sua remissão deste para o regime da alteração das circunstâncias, se não deve concluir-se por uma conceção *subjetiva* do mesmo (ou falsa representação dessas circunstâncias): “pode dar-se o caso de as partes terem assentado o regime do seu negócio na falsa representação (previsão) ou da subsistência de certas realidades em certo sentido, diferente do previsível” ⁽⁵⁴⁶⁾. Menezes Cordeiro e Oliveira Ascensão rejeitam este entendimento, pondo em causa a remissão constante no citado n.º 2 do art.º 252.º, do CC e reconduzindo a questão para um *problema de erro, nos termos gerais*, com a consequente *anulação* do negócio jurídico e não pela via da *resolução* ou *modificação* segundo juízos de equidade (como decorre do art.º 437.º, do CC). E é esse o sentido quase unânime da doutrina: o negócio ferido de erro sobre a base, sem prejuízo de poder ser modificado, é anulável e não resolúvel ⁽⁵⁴⁷⁾. De qualquer modo, esta questão permitiu centrar a conceção que, nos casos em que se aplique o regime da alteração das circunstâncias, só as alterações

⁽⁵⁴⁵⁾ Segundo Castro Mendes, “chama-se base do negócio ao conjunto das circunstâncias, conhecidas das partes ou que se pode esperar que o sejam, com fundamento na atual ou superveniente verificação das quais o contrato foi celebrado, e que explicam ou justificaram essa celebração nos seus termos concretos” (MENDES, João de Castro. 1979. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume III. Lisboa: AAFDL, p. 214). Também para A. Pinto Monteiro (in *RLJ*, ano 131.º, pp. 221-224), “no erro sobre a base do negócio a vontade está viciada à data da celebração do contrato por uma falsa ou deficiente representação da realidade, logo, de circunstâncias ou factos já ocorridos, no passado ou no presente”. Este mesmo Autor, noutra local (2003. “Erro e teoria da imprevisão, in *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*. Milán: Giuffrè, pp. 65 ss) concretiza que o erro sobre a base do negócio seria um mero erro sobre os motivos, se não houvesse disciplina particular, e que se a parte se enganar na previsão de uma evolução subsequente não está em erro, porque não há erro sobre o futuro. Finalmente, Menezes Cordeiro, focando a questão em sede de bilateralidade, refere: “Na sequência de Castro Mendes, a doutrina tem vindo a exigir, para o art.º 252.º, n.º 2, um erro bilateral. Todavia, nada na lei exige a bilateralidade. O erro é-o do declarante, recaindo embora sobre um elemento decisivo do contrato, conhecido pela outra parte, a qual, sobre ele, podia não ter qualquer opinião” (António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 833).

Na jurisprudência, vide Acórdão do TRC, de 24 de junho de 2008 (Hélder Roque), proc. 119/03.6TBANS.C1, bdjd-itij: “O erro sobre a base do negócio consiste na representação de uma das partes, conhecida da outra e relativa a certa circunstância basililar respeitante ao próprio contrato, e que foi essencial para a decisão de contratar, sendo constituída pelas circunstâncias determinantes da decisão do declarante que, pela sua importância, justificam, segundo os princípios da boa fé, a invalidade do negócio, em caso de erro daquele, independentemente de o declaratório conhecer ou dever conhecer a essencialidade, para o declarante, dessas circunstâncias e, por maioria de razão, sem necessidade de os dois se mostrarem de acordo sobre a existência daquela essencialidade”.

⁽⁵⁴⁶⁾ FERNANDES, Luís A. de Carvalho. 2001. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Lisboa: Quid Juris, pp. 264.

⁽⁵⁴⁷⁾ Vide, por todos, ASCENSÃO, José de Oliveira. 1999. *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume II - *Acções e factos jurídicos*. Coimbra: Almedina, pp. 132 ss. e CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 830-835.

supervenientes e imprevisíveis estão ao abrigo da possibilidade da aplicação do respetivo regime.

b) A impossibilidade de cumprimento. É incompatível com a aplicação do regime da alteração das circunstâncias (que estabelece como consequência em favor da parte lesada a resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade) a situação em que se verifique a *impossibilidade* superveniente de cumprimento da prestação obrigacional. Conforme refere Carvalho Fernandes, “o regime dos art.ºs 437.º a 439.º, só se aplica às alterações de circunstâncias que, perturbando a economia negocial, não envolvem, contudo, a relação a qualquer das obrigações emergentes do contrato, impossibilidade da correspondente prestação”⁽⁵⁴⁸⁾.

c) O risco. O risco é inerente a qualquer relação obrigacional. Como sustenta Menezes Cordeiro, “se o direito atribui a um sujeito, através do esquema do direito subjetivo, uma vantagem, é justo que corra, contra ele, a possibilidade de dano superveniente casual”⁽⁵⁴⁹⁾.

O art.º 437.º, do CC, exige que para aplicação do respetivo regime, a alteração não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato: “Não esteja coberta, o quê? Qual o sujeito da oração? Por conexão próxima seria a exigência das obrigações, mas não é decerto esta que não é abrangida pelos riscos próprios do contrato. A frase só pode referir-se à «alteração anormal» (...). Por outro lado, a frase final permite relacionar esta matéria com a do risco. A verificação de riscos que sejam próprios do contrato não basta para justificar a resolução ou modificação por onerosidade excessiva. Esta conexão não poderia deixar de se considerar implícita. Não é anormal o que está dentro dos riscos normais do contrato”⁽⁵⁵⁰⁾. Ou seja, há uma *alteração*, proveniente de um facto *superveniente*, mas essa

⁽⁵⁴⁸⁾ *Op. cit.*, p. 266.

⁽⁵⁴⁹⁾ CORDEIRO, António de Menezes. 1989. “Da Alteração das circunstâncias”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: AAFDL, pp. 293 ss.

⁽⁵⁵⁰⁾ ASCENSÃO, José de Oliveira. 2005. “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65.º, Volume III (dezembro 2005), ponto 5. No ponto seguinte, que designa de “*facto superveniente extraordinário*” o Autor densifica a fundamentação: “Muitos factos podem trazer alterações: quando são «anormais»? Na multidão das vicissitudes do dia a dia, quais provocarão os efeitos da resolução ou modificação do contrato? É preciso recorrer a outros trechos do artigo para alcançar esclarecimento. Na parte final do n.º 1 aparece o texto: «e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato». Qual o sujeito desta proposição? Aparentemente, seria a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada. Mas não é assim, porque não é a exigência que está ou não coberta pelos riscos próprios do contrato. O que pode estar ou não coberto pelos riscos do contrato é a alteração anormal. Temos aqui um esclarecimento essencial. A alteração é anormal quando não estiver coberta pelos riscos próprios do contrato. (...) Isto significa que uma alteração é anormal quando provoque uma alteração extraordinária das circunstâncias. Qualquer outro tipo de alteração que não mereça a mesma qualificação não pode ser considerada anormal. Só o que ultrapassar os riscos que foram assumidos representa para o art.º 437.º uma

alteração, que é *anormal*, completamente fora dos riscos próprios do negócio, atinge a *base* desse negócio, isto é, as próprias circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. O art.º 437.º só protege, portanto, o que *ultrapassa* o risco inerente a qualquer negócio. Mas para Oliveira Ascensão esta asserção será insuficiente, pois “muitos factos podem trazer alterações: quando são «anormais»? (...) Aparentemente, seria a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada. Mas não é assim, porque não é a exigência que está ou não coberta pelos riscos próprios do contrato. O que pode estar ou não coberto pelos riscos do contrato é a alteração anormal.

Não é, por isso, de estranhar, que o regime da alteração das circunstâncias tem sido aplicado *com muita prudência* pelos Tribunais, sendo manifesto o elevado grau de exigência para subsunção no respetivo regime. O padrão tem sido considerar que “a alteração das circunstâncias a que se reporta o artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil é a sua *modificação anómala*, ou seja, a que escapa ao curso ordinário ou à série natural dos acontecimentos, e a grave afetação dos princípios da boa fé consubstancia-se na perturbação do originário equilíbrio negocial” e quanto à perturbação do equilíbrio negocial “deve estar em relação de causalidade adequada com o acontecimento anormal ou imprevisível envolvido, e a exigência da obrigação assumida pela parte lesada estar coberta pelos riscos próprios do contrato se este for de natureza aleatória” ⁽⁵⁵¹⁾. A jurisprudência assinala igualmente que “a alteração das circunstâncias implica que, numa dada situação, a base circunstancial em que foi fundada a realização do negócio foi *acentuada ou gravemente alterada*, em termos de levar a considerar que aquilo que foi tido em consideração pelo declarante — que repousava a sua vontade, seja de forma consciente, seja de forma inconsciente, na verificação de um certo *status quo* —, só seria praticável se demandasse *incomportáveis ou insuportáveis* prejuízos ou lesões de interesses” ⁽⁵⁵²⁾.

5.3.2.3. Caso fortuito ou de força maior

Galvão Telles distingue o incumprimento definitivo imputável ao devedor do *incumprimento definitivo casual*. O primeiro, ocorre quando embora a prestação seja

alteração anormal. 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”.

⁽⁵⁵¹⁾ Acórdão do STJ, de 25 de novembro de 2004 (Cons. Salvador da Costa, proc. 04B3733, bdjd-itij).

⁽⁵⁵²⁾ Acórdão do STJ, de 19 de dezembro de 2007 (Cons. Bravo Serra, proc. 07S3387, bdjd-itij).

possível de ser realizada *de facto*, já não o seja no aspeto de *direito*, por se tornar inútil (art.ºs 792.º, n.º 2 e 808.º, do CC) ou quando seja mesmo impossível de facto (v.g. quando o depositário não possa restituir o bem, em virtude deste se ter perdido ou extraviado, por culpa do devedor). Já quanto ao incumprimento definitivo casual, o Autor faz alusão à situação em que a impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, devendo ser equiparada a “falta do interesse do credor”⁽⁵⁵³⁾.

O *caso fortuito* encontra-se ligado à ocorrência ou desenvolvimento de forças naturais, relativamente às quais o homem nada pode fazer (v.g., inundações, terremotos, incêndios, a própria morte), enquanto que a *força maior* diz respeito à ocorrência de ato(s) humanos de terceiro(s), relativamente aos quais o devedor não é responsável (v.g., guerra, terrorismo, roubo)⁽⁵⁵⁴⁾. O primeiro, é caracterizado pela *inevitabilidade* (ou irresistibilidade) e o segundo, pela *imprevisibilidade*⁽⁵⁵⁵⁾ — aliás, já assim o era no direito romano, quando Ulpiano designava o *casus maior* quando *omnem vim cui resisti non potest* (toda a força a que é impossível resistir), enquanto o *casus fortuitus* se definia como aquele quanto ao qual *nullum humanum consilium proevidere potest* (o caso que nenhum critério humano pode prever). No entanto, nem toda a doutrina aceita esta classificação, ou os termos da distinção, o que sucede, designadamente, com Dário Martins de Almeida⁽⁵⁵⁶⁾, Jorge Ribeiro de Faria⁽⁵⁵⁷⁾, Carneiro Pacheco⁽⁵⁵⁸⁾ e Oliveira Matos⁽⁵⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵³⁾ TELLES, Inocência Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, p. 328.

⁽⁵⁵⁴⁾ Em termos de direito positivo, na Portaria n.º 1318/95, de 7 de novembro (in *DR*, I Série-B, n.º 257, pp. 6851, 6852), que versa sobre o aluguer de circuitos do serviço público de telecomunicações, no seu art.º 7.º, n.º 2 considera-se “*caso de força maior*, todo o evento imprevisível e insuperável cujos efeitos se produzem independentemente da vontade do operador, designadamente as situações de catástrofe natural, atos de guerra, declarada ou não, de subversão, alteração da ordem pública, bloqueio económico e incêndio”. Parece-nos que a primeira situação enunciada no preceito (*catástrofe natural*), e eventualmente também a última (*incêndios*) deveriam enquadrar-se no conceito de “*caso fortuito*” e não no de “*caso de força maior*”.

⁽⁵⁵⁵⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 1073, 1074: “O conceito de caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências. Ao passo que o conceito de caso fortuito assenta na ideia de imprevisibilidade: o facto não se pôde prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto”. No mesmo sentido, *cfr.* ANDRADE, Manuel A. Domingues de / ALARCÃO, Rui. 1966. *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 421,422.

⁽⁵⁵⁶⁾ O estudo de Dário Martins de Almeida incidiu na problemática subjacente à responsabilidade civil emergente dos *acidentes de viação*. Assim, depois de apreciar as fórmulas subjetivistas (que classificavam a força maior como o fenómeno ou facto invencível e insuperável e caso fortuito a facto ou acontecimento não absolutamente insuperável) e as fórmulas objetivistas (que definiam o primeiro como acontecimento estranho ou externo a coisa, enquanto que o caso fortuito seria um acontecimento interno à coisa), concluiu pela seguinte definição: “o caso de força maior é todo o acontecimento (facto da natureza ou do homem) imprevisível e inelutável — mas estranho ao veículo — que faz deste mero objeto instrumental do acidente. Imprevisível como facto possível no próprio momento circunstancial, para as pessoas normalmente dotadas;

O Código Civil de 1966 — diversamente do Código de Seabra ⁽⁵⁶⁰⁾ —, não faz menção expressa, em matéria de *não cumprimento*, aos conceitos de caso fortuito ou de força maior, embora a doutrina considera que os mesmos encontram-se integrados na previsão do n.º 1 do art.º 790.º, nos termos do qual “a obrigação extingue-se quando a prestação se torna *impossível por causa não imputável* ao devedor”.

Ora, a prestação torna-se impossível, quando, “por qualquer circunstância (legal, natural ou humana), o comportamento exigível do devedor, segundo o conteúdo da obrigação, se torna inviável” ⁽⁵⁶¹⁾. Ou seja, *não é suficiente* a ocorrência dessa circunstância

inelutável, mesmo usando das cautelas normais exigíveis - «não influenciável» na palavra de Heck; e estranho ao funcionamento do veículo, quando, de um modo claramente preponderante, se destaca dos perigos próprios da viatura apesar de os por também porventura em movimento”.

Nesta conformidade, e segundo a definição assim ensaiada, constituiriam *casos de força maior*, “os atos de guerra ou subversão, epidemias, radiações atômicas, fogo, raio, ciclones, tomados, erupção vulcânica, terramoto, a explosão de gás, a tempestade, a inundação brusca, o golpe de vento brusco e violento, o choque de uma ave no para-brisas, a passagem brusca do animal selvagem na faixa de rodagem”. Já seriam *casos fortuitos* (enquanto passível de evitar, desde que tivesse sido previsível), “o rebentamento de um pneu, a fratura da barra de direção ou da manga do eixo, a derrapagem em estrada húmida ou coberta de gelo ou areia, a projeção de areia, a projeção de pedras ou gravilha como rolar dos pneus (quando imprevista), a síncope, a congestão cerebral ou outra doença semelhante”. Vide ALMEIDA, Dário Martins. 1987. *Manual de Acidentes de Viação*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 343, 344.

⁽⁵⁵⁷⁾ Adotou um critério mais objetivista: “Caso de força maior (na definição de Enneccerus-Nipperdey) é o acontecimento cognoscível, imprevisível e que não deriva da atividade em curso, e que, por isso mesmo, lhe é exterior, e cujo efeito danoso não pode evitar-se com as medidas de precaução que racionalmente seriam de esperar. Desta sorte, para se poder dizer que há uma causa de força maior é necessário que o acontecimento causal seja exterior à pessoa do detentor e da própria coisa que provoca ou produz o risco” (FARIA, Jorge Ribeiro de. 1990. *Direito das Obrigações*, Volume II. Coimbra: Almedina, p. 77).

⁽⁵⁵⁸⁾ Este Lente da FDUC (1887-1957), já entendia que “as expressões «causa fortuita» e «força maior» não correspondem a categorias jurídicas diversas. A velha distinção entre caso fortuito e força maior, a um tempo subtil, incerta e inútil, desde há muito em decadência, pode dizer-se abandonada hoje” (PACHECO, António Carneiro. 1914. *Revista dos Tribunais*, Ano 81.º, p. 253, nota 3).

⁽⁵⁵⁹⁾ Considera os dois conceitos equivalentes, exemplificando com o que sucede com a jurisprudência francesa. Vide MATOS, Manuel de Oliveira. 1991. *Código da Estrada Anotado*. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, p.522.

⁽⁵⁶⁰⁾ O Código de Seabra integrava o caso de força maior entre as três causas justificativas do incumprimento contratual, a saber: o facto do outro contraente, a força maior e o caso fortuito, embora não fornecendo definição para qualquer deles, o que levava a doutrina a classificá-los em três classes: cataclismos desencadeados pelas forças da natureza (tempestades, terramotos, inundações), atos de autoridade (*factum principis*) e atos de terceiro (nos quais se incluía a guerra).

Sobre a relação entre os conceitos usados no Código de Seabra e no Código de 1966, Antunes Varela esclarece que “a disposição do art.º 790.º, n.º 1, corresponde ao art.º 705.º, n.º1 do Código de 1867. Este recorria, porém, a uma enumeração de *conteúdo positivo*, para discriminar os casos em que o devedor ficava exonerado de responsabilidade: esses casos eram os de o obrigado ter sido impedido de cumprir por *facto do credor*, por *força maior* ou por *caso fortuito*. O novo Código usa, pelo contrário, uma fórmula de recorte *negativo* (*não ser* a causa de impossibilidade da prestação *imputável* ao devedor), semelhante à dos Códigos italiano, alemão, suíço e grego. É mais ampla do que a do Código anterior, pois abrange o caso de a impossibilidade ser imputável a terceiro ou à própria lei, que a outra não abarcava no seu texto, além de tocar *diretamente* as duas notas fundamentais (impossibilidade da prestação, por um lado; e não imputabilidade da causa ao devedor, por outro) justificativas da exoneração da responsabilidade do obrigado” (VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em geral*, Vol. II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, p.67).

⁽⁵⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 67.

para que a obrigação se extinga e o devedor dela fique exonerado. A prestação só se torna efetivamente impossível quando essa causa seja *absoluta* e não meramente relativa. “Não basta que a prestação se tenha tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos” ⁽⁵⁶²⁾. Por exemplo, o Tribunal da Relação de Lisboa ⁽⁵⁶³⁾, entendeu que o facto de um incêndio ter provocado a destruição das instalações de uma empresa, bem como a cessação da sua atividade comercial, não integra, por si só, impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação do pagamento das suas dívidas, porque sempre poderia proceder à venda do prédio e respetiva liquidação.

Todavia (sem pretender confundir com a mera *difficultas praestandi*), importa questionar se este critério não será demasiado rígido e se não deverá incluir-se no conceito outras situações em que a impossibilidade não é absoluta, mas dela se encontre muito próxima. Larenz aludiu ao caso em que a prestação só pode ser efetuada “com meios que estão de tal maneira fora de relação com o resultado que no comércio jurídico não são de modo nenhum tomados em consideração” ⁽⁵⁶⁴⁾, exemplificando com a hipótese de o anel que é devido ao credor cair num sítio profundo, lodoso e incerto de um lago; não será impossível recuperá-lo, mas para tal seria necessário fazer uma dragagem completa do lago, com trabalhos complexos e encargos elevados, em total desproporcionalidade com as vantagens (objetivas e subjetivas) que o anel propiciaria.

Noutro Acórdão da Relação de Lisboa fez-se a apreciação sobre esta “quase” impossibilidade, estando em causa a autorização camarária de loteamento para construção de um número de fogos inferior ao que constavam de um contrato-promessa, tendo sido decidido haver “impossibilidade da prestação, não só quando esta se torna seguramente inviável, mas também quando a probabilidade da sua realização, por não depender apenas de circunstâncias controláveis pela vontade do devedor, *se torne extremamente improvável*” ⁽⁵⁶⁵⁾.

⁽⁵⁶²⁾ *Ibidem*, p. 68.

⁽⁵⁶³⁾ Acórdão do TRL, de 11 de novembro de 2004 (Pereira Rodrigues), proc. 7516/2004-6, bjdj-itij.

⁽⁵⁶⁴⁾ Referido por SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1958b. “Objecto da obrigação - a prestação: suas espécies, conteúdo e requisitos”, in *BMJ*, n.º 74 (março 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, p. 99 (nota 182).

⁽⁵⁶⁵⁾ Acórdão do TRL, de 20 de abril de 2010 (Abrantes Galdes), proc. 741/07.1TBSSB.L1-7, bjdj-itij. A decisão acabou por julgar não verificado o incumprimento definitivo, por falta de elementos probatórios suficientes nesse sentido, mas ficou exarado o princípio mais abrangente do conceito de incumprimento definitivo não imputável ao devedor.

Será, por conseguinte, de ponderar se em determinadas situações de *excepcional onerosidade* — eventualmente um *excessivo sacrifício* ⁽⁵⁶⁶⁾—, designadamente em caso de alterações legislativas que se traduzam num aumento exponencial de encargos que restrinja os rendimentos do devedor ao limiar da sobrevivência, ou na sequência de revoluções políticas ou declaração de estado de sítio, que altere de forma radical ou anormal as circunstâncias face às quais as partes tenham fundado a sua decisão de contratar (sabendo que apenas relevam as alterações das circunstâncias efetivamente existentes à data da celebração do contrato, e que tenham sido causais em relação à sua celebração pelas partes) e que conduzam a um *desequilíbrio* grave entre as prestações contratuais, nomeadamente se a exigência do cumprimento nos termos em que foram estabelecidos *ab initio* apresentar-se contrária à boa fé, não poderá enquadrar-se no não cumprimento não imputável ao devedor, principalmente, ao abrigo da figura da *impossibilidade temporária*.

Com efeito, a consequência estabelecida na lei para a situação de efetivo não incumprimento por impossibilidade não imputável ao devedor, é a *extinção da obrigação* (art.º 790.º, n.º 1) ⁽⁵⁶⁷⁾ — enquanto que, se a *impossibilidade for temporária*, o devedor não responde pela mora no cumprimento (art.º 792.º, n.º 1 do CC). Necessariamente, a impossibilidade só será temporária se for suscetível de mora; nos casos em que “exista um *termo essencial* fixado por lei, estipulado pelas partes, resultante dos usos ou das circunstâncias concretas do caso, o retardamento da prestação, equivale à impossibilidade definitiva” ⁽⁵⁶⁸⁾. No entanto, o benefício concedido ao abrigo da subsunção no regime legal da “impossibilidade temporária” não está exclusivamente dependente da situação do devedor, ainda que objetivamente considerada, na medida em que o n.º 2 do art.º 792.º, estabelece que “a impossibilidade só se considera temporária enquanto, *atenta a finalidade*

⁽⁵⁶⁶⁾ Neste sentido, *vide* Acórdão do TRL, de 13 de novembro de 2008 (Ana Luísa Geraldes), proc. 8687/2008-8, bdjd-itij: “I- Enquanto forma de liberação do devedor e de extinção da obrigação, o facto fortuito ou de força maior, enquanto facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes, não pode ser qualquer um. Terá de conter potencialidades que permitam concluir que tal facto impossibilita, de todo, cumprir, ou impossibilita absolutamente de cumprir. II- Por conseguinte, só as circunstâncias anormais, estranhas ao próprio, e que não se possam evitar apesar da diligência empregue, a não ser através de excessivos prejuízos ou sacrifícios, apresenta aptidão para integrar tal conceito jurídico”.

⁽⁵⁶⁷⁾ Por não haver culpa, é inaplicável o regime geral previsto no art.º 798.º, do CC. Nos contratos sinalagmáticos, o credor fica desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa (art.º 795.º, n.º 1, do CC). Neste caso, de acordo com o disposto no art.º 479.º, a obrigação de restituir compreende tudo quando se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente. Há ainda regras especiais quanto à extinção da contraprestação quando estejam em causa contratos com eficácia real (art.ºs 796.º e 797.º, do CC).

⁽⁵⁶⁸⁾ LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1986. *Código Civil Anotado*. Volume II. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 46.

da obrigação, se mantiver o interesse do credor”, que se relaciona com a *frustração* do fim da obrigação, em caso de retardamento causado pela impossibilidade temporária..

Ora, embora não esteja no domínio do devedor nenhuma situação em que possa chamar para si, de forma exclusiva, o benefício concedido pela lei, se ocorrendo uma impossibilidade temporária, o credor praticar atos de *bullying* obrigacional sobre o devedor, essa sua conduta, ainda que ilícita, não poderá deixar de ser entendida que *mantém o seu interesse* no cumprimento, porque será com vista a esse cumprimento, que o credor instigará o devedor ao cumprimento. Só assim não sucederá se a intenção do credor for de causar perturbação no devedor e passar de imediato à instauração de ação judicial, para ressarcimento de danos, fundada no incumprimento do devedor ou invocando a perda de interesse face ao incumprimento temporário deste. Nesse caso, contudo, poderá verificar-se abuso de direito por parte do credor, aplicando-se o respetivo regime legal.

Ou seja, qualquer conformação da relação obrigacional (refletindo-a no princípio *pacta sunt servanda*), subsequente a *bullying* obrigacional do credor, só será de considerar se porventura o inadimplemento involuntário do devedor não se enquadrar nos casos de impossibilidade absoluta e definitiva ou impossibilidade temporária, reguladas nos art.^{os} 790.º e 791.º, do CC.

5.3.2.4. A impossibilidade pessoalíssima em cumprir

Questão diversa da anterior, ainda que conexas, prende-se com a ocorrência de circunstâncias, posteriores à celebração do negócio, mas que tenham uma relação *pessoalíssima* com o devedor. Esta matéria entronca, em certos aspetos, na já abordada doutrina do *limite do sacrifício*.

Na revisão operada em 2002 no *BGB*, estatuiu-se no § 275, n.º 3, que “o devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizar *pessoalmente* a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, *não possa ser exigível*”. A ideia subjacente parece ser a de que a “impossibilidade pessoal” em conjunto com uma “impossibilidade de facto”, obsta à realização da prestação, obrigando a “esforços, cujos custos excederem em muito os contratualmente previstos”, situando-se na “fronteira do sacrifício” e, portanto, “inexigíveis para o devedor”⁽⁵⁶⁹⁾. A alteração do *BGB* prevê ainda certas situações de *inexigibilidade da prestação* “assimiladas a uma ideia de

impossibilidade, pela *consequência unitária* – cessação do dever de prestação primária, ainda que a cessação ocorra *ipso jure*, quando se trate de impossibilidade efetiva, e deva ser *excepcionada* pelo devedor, nos dois outros casos, de impossibilidade fática e de impossibilidade pessoal”⁽⁵⁷⁰⁾.

A exposição de motivos que serviu de base a essa reforma, aponta um exemplo antes referenciado por Larenz, a saber, o caso da cantora que recusa atuar num espetáculo para estar à cabeceira do filho gravemente doente. Santos Júnior indica ainda outros dois exemplos: o do médico que, em razão das suas condições éticas ou religiosas se recusa a proceder no Hospital a uma interrupção voluntária da gravidez, ou o da trabalhadora de uma tipografia que se recusa a colaborar na produção de obras pornográficas, degradante da condição das mulheres”⁽⁵⁷¹⁾. Podemos ainda acrescentar outro exemplo referenciado por Larenz: a recusa de representação por parte do ator ou do músico, se o mesmo tiver a sua vida em perigo, por motivo de doença.

Os exemplos indicados parecem, contudo, situar-se mais no âmbito do *conflito (ou colisão) de deveres*, um de natureza obrigacional (o da prestação devida) e o outro relacionado com deveres de matriz familiar e social (o dever de assistência a familiar) ou com deveres de índole ética (objeção de consciência) ou de apologética de vida. A recusa fundar-se-ia num *interesse ou dever superior*, com grave sacrifício dos seus sentimentos pessoais ou de deveres para com terceiro ou com grave risco da vida ou da saúde do devedor ou dos seus familiares diretos⁽⁵⁷²⁾. Havendo esse conflito, o devedor tenderá a privilegiar o que se encontre ínsito ou mais próximo das suas vivências ou convicções, em detrimento do cumprimento de um dever que beneficia um terceiro. Ou seja, há uma *falta de predisposição pessoal para o cumprimento*, fundada num conflito de deveres. Mais uma vez, está em causa o princípio normativo da boa fé, exigindo-se que o devedor proceda como procederá uma pessoa razoável colocada perante a concreta situação.

⁽⁵⁶⁹⁾ JÚNIOR, Eduardo Santos. 2010. “Da ‘impossibilidade pessoal’ de cumprir. Breve confronto do novo Direito alemão com o Direito português”, in *O Direito*, Ano 142.º, Tomo III. Lisboa: Juridireito, p. 425, nota de rodapé 11.

⁽⁵⁷⁰⁾ JÚNIOR, Eduardo Santos, *Ibidem*, pp. 424, 425.

⁽⁵⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 425.

⁽⁵⁷²⁾ Von Thur *apud* SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1955. “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, in *BMJ*, n.º 46 (janeiro 1955). Lisboa: Ministério da Justiça, p. 14, refere: “as prestações pessoais reputam-se impossíveis quando importam um risco para a vida ou saúde do devedor, risco que exceda o grau, a que o obriga o seu lugar ou a sua profissão, ou quando o devedor se vê impedido de realizar a prestação por um imperativo de humanidade”.

Já Santos Júnior centra a questão na perspectiva da *desculpabilidade*: “a culpa, que na responsabilidade contratual se presume (art.º 799.º, do CC), é um juízo de censura ao devedor, por ter incumprido quando podia e devia ter cumprido. No caso da cantora, *prima facie*, a recusa a cantar é um incumprimento voluntário, suscetível de gerar a sua responsabilidade contratual. Mas pode atuar a *desculpabilidade* como causa de exclusão da culpa: há *desculpabilidade* quando ocorram situações de caráter excecional que diminuam aquele juízo de censura, nomeadamente porque a exigência do comportamento (em princípio) devido ofenderia gravemente o princípio da boa fé. A questão, pode, porém complicar-se quando se verifique a negligência do devedor na criação daquele estado de coisas. Parece que aí não há *desculpabilidade*. E o devedor será responsável pelo incumprimento”⁽⁵⁷³⁾.

Cumpra a este propósito assinalar que no direito alemão há previsão expressa e geral de casos referenciados de *impossibilidade moral ou pessoal*, ou de *inexigibilidade* de prestações com um caráter pessoal muito forte. Diversamente, no direito português não há previsão de uma impossibilidade dessa índole, só podendo considerar-se essa impossibilidade em sede de *caso de força maior*, que só não constitui o devedor em responsabilidade contratual se for subsumível no regime da alteração das circunstâncias, mas provando a *exclusão de culpa*.

À semelhança do que sucede noutros domínios, o Direito de cada país reflete também o contexto social e cultural do seu povo. Sendo Portugal um país onde é elevada a cultura da criação de artifícios para o incumprimento e residual a predisposição para a resolução extrajudicial do litígio (contrariamente ao que sucede na Alemanha), a previsão de uma norma que consagrasse a “impossibilidade pessoal ou moral” conducente à *inexigibilidade* da prestação, com a abrangência que parece decorrer do BGB, poderia ser nefasto para a confiança e o equilíbrio negocial.

De qualquer modo, não é este o campo de aplicação do bullying obrigacional. Não será em circunstâncias de impossibilidade derivada de uma determinada opção fundada em situações-limite, de ética, religião ou moral estritamente pessoais, que o credor exercerá instigação ou acossamento para o cumprimento (apesar do estado de vulnerabilidade do devedor, que será manifesto), porque o resultado seria contraproducente.

⁽⁵⁷³⁾ JÚNIOR, Eduardo Santos, *Op. cit.* (2010: p. 432) .

5.3.2.5. A *difficultas praestandi*

A doutrina tem sempre afirmado que para efeitos de não cumprimento inimputável ao devedor, não basta que a prestação se tenha tornado “extraordinariamente onerosa” ou “excessivamente difícil”, como pode suceder em determinados períodos (aumento da inflação, desvalorização monetária, aumento da carga fiscal, etc.). Nestas circunstâncias, a falta de liquidez ou as dificuldades de tesouraria, mesmo em situações conjunturais de crise económica ou financeira, não se traduz em qualquer benefício para o devedor, com fundamento em impossibilidade, ainda que temporária, por causa não imputável.

Aliás, a decisão de contratar envolve, por regra, a assumpção de riscos, pelo que só será de considerar a alteração das circunstâncias quando a lesão não se reconduza ao âmbito dos riscos inerentes a esse contrato. O art.º 437.º, n.º 1, *in fine*, consagra expressamente que só há lugar à aplicação do regime da alteração das circunstâncias, quando a exigência de obrigações, além de afetar gravemente os princípios da boa fé, “não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Por exemplo, num Acórdão da Relação de Guimarães, foi entendido não haver impossibilidade objetiva de cumprimento num caso em que uma parte “ao comprometer-se a entregar determinada quantidade de perus de incubação e crescimento, destinados à venda na época do Natal, cuja satisfação se antevia como difícil, deveria ter acautelado o risco inerente a esse compromisso, tanto mais que dependia do seu fornecedor francês, com quem trabalhava em exclusividade”, fundamentando que “a dificuldade ou onerosidade excessivas da prestação não acarreta a extinção da obrigação do devedor” ⁽⁵⁷⁴⁾. Noutra decisão, da Relação de Lisboa, por referência à eventual alteração das circunstâncias, foi decidido que “não releva a circunstância de uma das partes se ter colocado na situação de não poder pagar o empréstimo contraído para compra de um veículo automóvel *por ter ficado desempregada* e, conseqüentemente, por deixar de ter possibilidades económicas para efetuar o seu pagamento” ⁽⁵⁷⁵⁾. Neste sentido, citando a jurisprudência francesa, Vaz Serra assinala que “o obstáculo, que possa ser contornado ou afastado com maiores esforços ou com um sacrifício pecuniário, *por pesado que seja*, não o dispensa de cumprir a sua obrigação; a

⁽⁵⁷⁴⁾ Acórdão do TRG, de 1 de outubro de 2009 (António Sobrinho), proc. 127/06.5TBAMR.G1, bdjd-itij. No entanto, em sentido contrário, *admitindo* que a excessiva onerosidade pode ser fundamento de resolução contratual, *vide* Acórdão do TRL, de 6 de dezembro de 2005 (Fátima Galante, proc. 8940/2005-6, bdjd-itij): “A alteração anormal das circunstâncias, com fundamento no disposto no art.º 437.º, do CC, traduz-se, grosso modo, na perturbação do originário equilíbrio negocial, por exemplo a excessiva onerosidade económica da prestação devida por uma das partes”.

⁽⁵⁷⁵⁾ Acórdão do TRL, de 14 de dezembro de 2004 (Pimentel Marcos), proc. 9218/2004-7, bdjd-itij.

dívida tornou-se mais onerosa, mas não impossível; o credor conserva o direito de exigir o que lhe é devido” ⁽⁵⁷⁶⁾. De qualquer modo, ressalva que alguns tribunais franceses admitiam que determinadas circunstâncias exteriores (*v.g.*, aumento ou estabelecimento de novos impostos), embora não liberassem o devedor, poderiam justificar a *atenuação* do montante de indemnização pelo não cumprimento.

Seria completamente contrário à *necessidade de segurança* das relações jurídicas, que o devedor pudesse alegar qualquer dificuldade, ainda que pessoal, para se poder libertar da obrigação de realizar a prestação ⁽⁵⁷⁷⁾, embora Vaz Serra tenha admitido que “se a dificuldade é excessiva, de tal modo que o devedor só possa prestar com sacrifícios *tão desmedidos* que estariam *fora dos limites impostos pela boa fé e pela intenção presumível das partes*, afigura-se razoável dever ter-se em como impossível, sob o ponto de vista jurídico, a prestação” ⁽⁵⁷⁸⁾. No entanto, esse sacrifício desmedido *não resulta da simples afirmação do devedor*, nem do posicionamento que faça sobre a sua capacidade de (não) cumprimento. Na referência citada, há dois requisitos fundamentais: os limites impostos pela boa fé (presente em toda a vida do contrato) *e, cumulativamente*, a intenção presumível *das partes* — credor e devedor — e não apenas de uma delas ⁽⁵⁷⁹⁾.

Termos em que, “a *dificuldade grave* na realização da prestação não impede nem a manutenção da obrigação, nem a mora do devedor” ⁽⁵⁸⁰⁾. Aliás, cumpre salientar, a este propósito que, o art.º 438.º nega à parte lesada com a alteração das circunstâncias (por regra, o devedor), o direito à resolução ou modificação do contrato se se encontrava em mora no momento em que essa alteração se verificou ⁽⁵⁸¹⁾. Assim, se o devedor, por causa

⁽⁵⁷⁶⁾ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1955. “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, in *BMJ*, n.º 46 (janeiro 1955). Lisboa: Ministério da Justiça, p. 16.

⁽⁵⁷⁷⁾ Esta situação distingue-se da *impossibilidade subjetiva*, que está expressamente prevista no art.º 791.º, do CC — trata-se de uma impossibilidade relativa à própria pessoa do devedor, *v.g.*, quando ocorra a inaptidão do devedor: a prestação é possível, porém o devedor não tem capacidade ou condições para a realizar, podendo incluir-se nestas condições a própria capacidade económica e financeira do devedor na aquisição dos bens (instrumentos, matérias-primas, etc.), que sejam necessários para concretizar a prestação. Se o devedor não puder fazer-se substituir por terceiro, o preceito citado aceita a extinção da obrigação, sem prejuízo da responsabilidade a que dê lugar.

⁽⁵⁷⁸⁾ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1958b. “Objecto da obrigação - a prestação: suas espécies, conteúdo e requisitos”, in *BMJ*, n.º 74 (março 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, p. 95.

⁽⁵⁷⁹⁾ Importa notar que Vaz Serra não aceitava a teoria do limite do sacrifício (*vide*, SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. “Caso fortuito ou de força maior e teoria da imprevisão”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano 10.º, pp. 198 ss.)

⁽⁵⁸⁰⁾ Acórdão do STJ, de 17 de junho de 2004 (Cons. Ferreira Girão), proc. 04B1456, bjdj-itij.

⁽⁵⁸¹⁾ Há, contudo, uma ressalva legal, constante do disposto no art.º 830.º, n.º 3, 2.ª parte, do CC, no âmbito do *contrato-promessa de compra e venda de edifícios ou frações autónomas*, estatuiu-se que na ação de

que lhe é imputável, não cumprir na data aprazada, entende-se que assume o risco de verificação de posteriores desequilíbrios contratuais.

Mas, se assim o é, *por regra*, ou seja, quando quer o credor, quer o devedor, não ultrapassam os limites da boa fé objetiva, caso em que se aplicam, sem controvérsia as respetivas consequências substantivas, *quid juris* se, precisamente na situação de *dificuldade grave e não culposa* (involuntária) *do devedor*, o credor praticar atos de *bullying* obrigacional, aproveitando-se da vulnerabilidade do devedor? Deverá este manter-se desprotegido, por não poder a sua situação enquadrar-se nem no âmbito do art.º 437.º, nem dos art.ºs 790.º ou 792.º, n.º 1, todos do Código Civil e contra ele correr, quer o prazo moratório, quer a inversão do risco da prestação?

Convém observar que, verificando-se a ocorrência de *bullying* obrigacional, já não há fundamento para suscitar a *ressalva da necessidade de segurança das relações jurídicas*, na medida em que é o próprio *credor que pratica o ato motivador do desequilíbrio dessa relação* ao instigar e praticar atos de assédio ou acossamento sobre o devedor. É em relação a esta questão que se passará a apreciar do eventual reflexo dessa prática contrária ao Direito no princípio *pacta sunt servanda*.

5.4. Reflexos no princípio *pacta sunt servanda*

5.4.1. Valor intrínseco do princípio

O princípio *pacta sunt servanda* deve ser salvaguardado, pois é o garante da força obrigatória dos contratos, os quais devem ser cumpridos pontualmente (isto é, *ponto por ponto*), sem que haja qualquer margem nos termos exatos da realização das prestações, salvo se tiver sido convencionalmente prevista ou se resultar de uma determinação normativa, tal como acontece na “contratação em massa” (cláusulas contratuais gerais) ou nos setores que, de acordo com o que se designa “o fim social do contrato, o Estado pretenda submeter a regulação (quando o interesse coletivo deva prevalecer sobre o interesse individual).

É um *princípio*, porque tem um caráter *nuclear* no ordenamento jurídico. Ainda que plasmado numa norma, o princípio constitui uma referência para o *fundamento* da relação jurídica, sendo ele próprio *fundador*, por conferir significado legitimador às normas

execução específica, a sentença pode determinar a modificação do contrato (mas já não a resolução), nos termos do art.º 437.º, do CC, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora.

positivadas ⁽⁵⁸²⁾. Como tal, não pode ser excluído (sob pena de causar a perda de referência das normas que nele se baseiam ou se inspiram) e qualquer limitação tem de radicar numa justificação que não pode ser inferior ao plano em que o princípio se situa. Ou seja, enquanto princípio, só pode ser limitado pela *auctoritas* de outro princípio.

Entre outros (*v.g.*, o da legalidade, da ordem pública), um dos mais importantes princípios que podem servir de limite é o da *boa fé objetiva — enquanto imperativo* ⁽⁵⁸³⁾: as obrigações devem ser cumpridas, em obediência a este princípio, o que significa que o devedor não pode refugiar-se nos obstáculos que possam ocorrer ou no próprio risco que pode ser inerente, para obstar à realização da sua prestação, mas também o credor não pode abusar do exercício do seu direito de crédito, devendo ter um comportamento com lealdade e probidade para com o devedor, que assegure a manutenção da confiança e do justo equilíbrio entre as partes.

Mas o princípio da boa fé também não é absoluto e poderá, em algumas circunstâncias, ter de conformar-se ao princípio da autonomia da vontade, pois o sujeito de *bona fides* é o que “faz o que foi dito”, ou seja, é o que cumpre o que foi acordado, razão por que o princípio da boa fé *implica* o cumprimento dos compromissos assumidos, *subordinando-se*, portanto, ao princípio *pacta sunt servanda* — ou seja, enquanto sujeito de direito “eticamente responsável na sua autonomia” ⁽⁵⁸⁴⁾.

⁽⁵⁸²⁾ De acordo com o civilista brasileiro Flávio Barros, “[o] princípio lança a sua força sobre todo o ordenamento jurídico, atuando numa área muito mais ampla do que a norma, pois esta limita-se a regular situações específicas. Os princípios são as premissas éticas que inspiram a elaboração das normas jurídicas. São mais do que normas, pois a sua função primordial é servir como critério de interpretação destas, devendo ser observados pelo legislador, quando elabora as leis; pelos juízes, quando as aplica; e pelo cidadão, quando realiza o negócio jurídico” [BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. 2005. *Manual de Direito Civil, Volume II – Direito das Obrigações e Contratos*. São Paulo (Brasil): Método, pp. 213, 214].

⁽⁵⁸³⁾ Acórdão do TRL, de 14 de janeiro de 2010 (Teresa Albuquerque, proc. 1484/07.1TVLSB.L1-2, bdjd-itij): “Agir com boa fé, como repetidamente tem sido colocado em evidência pela jurisprudência, é agir com diligência, zelo e lealdade, *correspondente aos legítimos interesses da contraparte*; é ter uma conduta honesta e conscienciosa, uma linha de correção e probidade a fim de não prejudicar os legítimos interesses da contraparte e não proceder de modo a alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar. A boa fé no cumprimento das obrigações constitui *um imperativo tal para ambas as partes*, que um comportamento antiético no desenvolvimento das relações contratuais pode acabar por implicar o cumprimento defeituoso da obrigação. Ou quando se verifique pelo titular do direito um excesso manifesto dos limites que a boa fé implique no concreto relacionamento negocial, pode redundar em abuso de direito”.

⁽⁵⁸⁴⁾ Conforme a ideia de sujeito de direito qualificado por Castanheira Neves: “A Ideia de Direito é a intenção axiológica da realização comunitária (da existência humana em comunidade), e numa sua primeira dimensão compreendemo-la a repelir e a proscrever todos os obstáculos – de qualquer tipo – que tendam a impedir a autónoma afirmação da personalidade moral, enquanto manifestação da pessoa. Quer dizer, o primeiro sentido da Ideia de Direito é, certamente, o respeito incondicional da pessoa humana, pois que divergindo e convergindo a comunidade na pessoa moral – a comunidade é a convivência ética das pessoas –, o direito não pode sequer pensar-se se não for pensados através da pessoa e para a pessoa. Verdadeiramente «pessoa» e «direito» só tautologicamente se referem uma ao outro, já que ser pessoa é ser sujeito de direito e o direito só pode sê-lo de pessoas (de alguém eticamente responsável na sua autonomia).” — NEVES, António

Na verdade, a conduta que seja conforme ao princípio normativo da boa fé, não corresponde apenas a *honrar* os compromissos assumidos, mas também (para *ambas as partes*), obrar com fidelidade e coerência no respeito do direito da contraparte, indo de encontro às expectativas recíprocas. O que só é possível com uma visão mais ampla que *estritamente convencionado*, por apelar à cooperação e confiança no cumprimento de todas as prestações, quer principais, quer acessórias, de uma determinada relação obrigacional. Deste modo, porque a execução de um contrato pode contemplar vicissitudes não previstas, a atuação conforme à boa fé opera o *suprimento* do que não ficou exarado inicialmente no contrato, mas que seria o que resultaria da vontade das partes, caso o tivessem convencionado — num *processo dinâmico de construção objetiva do princípio pacta sunt servanda*. Nestes termos, *a violação deste princípio seria, aliás, também contrária ao princípio da boa fé*, porque redundaria na frustração da segurança, da confiança e da credibilidade das convenções firmadas entre as partes. Sem força obrigatória, o contrato seria um mero protocolo de boas intenções, sem qualquer relevo jurídico.

Isto significa que os princípios da boa fé negocial e da força obrigatória dos contratos solidificam-se num princípio de “*solidariedade negocial, enquanto concepção moderna da autonomia privada, quer na identificação de obrigações contratuais, quer sobre o equilíbrio de interesses contrapostos das partes*”⁽⁵⁸⁵⁾, impondo a estas uma *fidelidade ao vínculo* fundada na liberdade contratual, nas normas e nos princípios normativos, de acordo com o que poderíamos designar, uma “*custódia*” recíproca, de autocontrolo da observância do convencionado e da não ultrapassagem dos limites pela contraparte.

Destarte, o princípio *pacta sunt servanda*, ainda que deva ser cumprido, também deve ser *relativizado* se porventura os direitos e/ou obrigações emergentes da relação obrigacional estabelecida ao abrigo do princípio da autonomia da vontade, ou se decorrentes da execução dessa relação, não forem idóneos ao justo equilíbrio (não necessariamente *igualitarismo*) entre as partes. A liberdade contratual tem limites, a autonomia da vontade deve subordinar-se ao Direito e o cumprimento estrito dos contratos deve ser potenciadora da realização das prestações mas com observância da lealdade, da confiança, da informação, em todas as etapas do seu desenvolvimento. Por via da sua

Castanheira. 1967. *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, p. 572.

⁽⁵⁸⁵⁾ FALCO, Gianluca. 2010. *La buona fede e abudo del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, p. 14.

relatividade, é suscetível da limitação que for necessária para restabelecer a segurança e a prevalência dos direitos fundamentais e dos princípios normativos, eliminando ou corrigindo o que seja desconforme à proporcionalidade e ao equilíbrio negocial.

Será este o imperativo da “solidariedade negocial” ínsita ao princípio da força obrigatória dos contratos, através de uma conformação — mais ampla ou mais restritiva, conforme a especificidade do caso concreto — de modo que a obediência à legalidade estrita não resulte no sacrifício da justiça substantiva, com desconsideração do imperativo que deve acompanhar toda a vida do contrato, desde o conteúdo aos seus efeitos.

5.4.2. *Âmbito da conformação do princípio*

5.4.2.1. *Quadro da admissibilidade da conformação*

Conforme se referiu *supra*, o *bullying* obrigacional consubstancia uma conduta que se qualificou de *ato ilícito atípico*. Não se trata de um ato em conformidade com o conteúdo do direito subjetivo que o seu agente seja titular porque, quando é praticado pelo credor (será essa a regra), aproveita-se do estado de fragilidade ou vulnerabilidade da contraparte ou, quando é praticado pelo devedor, corresponde em arrogar-se de forma abusiva de alguma exceção à realização da sua prestação. Em qualquer dos casos, são utilizados, de forma reiterada, *meios desproporcionados* de instigação, assédio e coação, provocando uma *distorção do equilíbrio* anteriormente fixado aquando do início da respetiva relação jurídica. Apesar de, na sua origem, poder assistir ao agente uma razão ou fundamento para pretender da parte contrária a concretização de uma finalidade justa e lícita, o procedimento utilizado excede os limites da lei, dos princípios normativos ou dos valores constitucionais, conduzindo à corrosão da própria estrutura obrigacional anteriormente estabelecida.

A relação obrigacional funda-se num *vínculo*. É por essa razão que o art.º 762.º, do CC preceitua que “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação *a que está vinculado*”. O *bullying* obrigacional não destrói esse vínculo, nem liberta a vítima da *prestação* a que está obrigada, mas cria um *desequilíbrio ex novo*. Por outro lado, este fenómeno pode surgir *após* uma alteração das circunstâncias, tendo por referência a base negocial primitiva, mas não é de excluir que essa conduta também seja causadora (ou concausadora) de uma alteração das circunstâncias de tal forma gravosa que se enquadre no regime previsto nos art.ºs 437.º a 439.º, do CC. Todavia, não será essa a regra. E, sendo

suscetível de subsunção, aplicar-se-á o regime respetivo, que corresponde a uma conformação da relação obrigacional e do princípio *pacta sunt servanda*, em virtude de ter por consequência a resolução ou a modificação do contrato.

A questão subsiste para todas as demais situações, ou seja, aquelas não abrangidas pelo regime do abuso de direito *stricto sensu* e pelo instituto da alteração das circunstâncias, quer por *não consubstanciar* uma alteração das circunstâncias (v.g., a *difficultas praestandi*) ou, ainda que sendo passível de ser subsumida nessa qualificação (tendo por referência o quadro fáctico), a norma *exclua* o lesado do benefício subjacente (ou seja, a situação tipificada no art.º 438.º, do CC, quando o devedor – lesado, já se encontrasse *em mora* no momento em que esse quadro fáctico se verificou).

É precisamente nesses cenários que o princípio normativo da boa fé configura-se não apenas *necessário*, mas também *suficiente* para impor a conformação do princípio *pacta sunt servanda*, como meio da sua própria *consolidação*, isto é, operando-se a força obrigatória mas *expurgada* das consequências que o constrangimento tenha provocado. Dessa forma, nenhum dos princípios é frustrado; pelo contrário, surgem *ancorados* entre si.

5.4.2.2. Subsídios de conformação do princípio *pacta sunt servanda*

Como se referiu *supra*, a boa fé implica — *para cada sujeito* — uma conduta devidamente ponderada, visando não apenas o interesse do sujeito, mas respeitando também o interesse da contraparte, sem causar lesão ou desvantagem, cooperando para atingir o fim da obrigação. Assim, porque a relação contratual, fundada nesse princípio, é consubstanciada por efeitos jurídicos que a acompanham, desde os preliminares, passando pela sua execução e até depois da realização das prestações, não estão em causa apenas os *deveres principais*, mas também os designados “*deveres de conduta*” ou acessórios.

Por conseguinte, além do dever principal do devedor em realizar a prestação, o credor não deixa de estar sujeito ao cumprimento de deveres de conduta, não podendo na sua pretensão (lícita) de ver satisfeito o seu direito, desrespeitar os direitos da contraparte, agindo deslealmente ou abusando da sua posição contratual, designadamente quando esta seja preponderante ou quando a parte contrária esteja em situação débil ou vulnerável.

O bullying obrigacional consubstancia precisamente um *ato ilícito atípico*, de *violação dos deveres acessórios de conduta* por parte do credor. Deste modo, por aplicação do princípio normativo da boa fé, será justo, adequado e equitativo que enquanto essa

conduta se mantiver em prática, bem como por decorrência dessa conduta, o devedor fique *dispensado* do cumprimento das *obrigações acessórias* subjacentes à prestação principal. Ou seja, o núcleo da exigibilidade da prestação principal não fica afetado, pois esse é o cerne da força obrigatória do contrato (não pode o devedor, por causa do ato ilícito do credor, ficar exonerado do débito a que está obrigado), mas as obrigações acessórias devem ficar sujeitas a um regime distinto.

Se o devedor estiver em *mora* — situação mais paradigmática, porque catalisadora do descontentamento do credor, que pode a partir da mesma passar a praticar atos de acossamento contra o devedor —, fica este obrigado a reparar os danos causados ao credor (art.º 804.º, do CC), sabendo que, na obrigação pecuniária a indemnização corresponde *aos juros* a contar do dia da constituição em mora (art.º 806.º, n.º 1, do CC). Havendo *bullying* obrigacional, que tenha potenciado o desequilíbrio na relação jurídica, considera-se que a melhor forma de garantir o restabelecimento do equilíbrio, mediante a operação do princípio normativo da boa fé subjetiva, consistirá na inexigibilidade dessa indemnização pela mora (*juros*) durante todo o tempo em que tenha ocorrido ou que se mantenha o ato ilícito atípico de instigação ou assédio praticado pelo credor sobre o devedor. Na prática, se o devedor já estava constituído em mora há dois meses e o bullying tiver uma duração de três meses, não são devidos cinco meses de juros moratórios, mas apenas dois, considerando-se *inutilizado* o tempo correspondente à prática do aludido bullying.

Por outro lado, de acordo com o disposto no art.º 807.º, do CC, a constituição em mora, além de importar para o devedor a indemnização dos danos que a mesma cause ao credor, implica uma segunda obrigação acessória, a saber, a *inversão do risco pela perda ou deterioração da coisa devida*. Seguindo mesmo critério, designadamente nos contratos de compra e venda, havendo bullying obrigacional, deverá manter-se a repartição do risco estatuído no art.º 796.º, n.º 1, do CC (ou seja, *paralisando-se durante o período do bullying a aludida inversão do risco*): o risco deve continuar a ser imputado ao comprador, a partir da data da celebração do contrato, mesmo havendo mora do devedor, se sobre este aquele exercer o ato ilícito atípico de acossamento obrigacional.

Finalmente, cumpre considerar o instituto da alteração das circunstâncias. Conforme já foi enunciado, o art.º 438.º, do CC, é perentório: ainda que factualmente a situação preencha os requisitos integrativos do instituto, a parte lesada não goza do direito de resolução ou de modificação do contrato, *se estava em mora* no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou. Ora, se o bullying obrigacional potenciar,

contribuir ou for decisivo para a alteração das circunstâncias nos termos em que o art.º 437.º a caracteriza, aplicando-se o enunciado critério, o preceito do art.º 438.º deve *ceder* perante o princípio da boa fé objetiva, conformando-se o princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, admitindo-se que a parte lesada (o devedor) possa invocar o instituto, mesmo que estivesse em mora no momento da verificação da alteração das circunstâncias.

Aliás, ainda que a propósito do Código Civil Brasileiro de 2002, Oliveira Ascensão faz uma crítica ao regime plasmado no Código Civil Português, sustentando que a exclusão do lesado em invocar o instituto da alteração das circunstâncias, só faz sentido quando essa mora tenha sido *causal*: “[d]ecerto que a parte não pode invocar em seu benefício a alteração das circunstâncias se a sua mora foi causal para que aquela relação fosse atingida por essa alteração; quando portanto, se tivesse cumprido, a relação estaria já extinta. Pelo contrário, a parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevindo de qualquer modo e atuado sobre o contrato, houvesse ou não mora. Doutra maneira, a exclusão do efeito da alteração das circunstâncias só por haver mora seria injusta, por ser desproporcionada. A lei estabelece sanções próprias para a mora, que não abrangem a exclusão da invocação da alteração das circunstâncias”⁽⁵⁸⁶⁾. Ora, o mesmo argumento pode ser invocado em sede de bullying obrigacional, salvo se a mora tiver sido *causal*; se porventura atos de instigação tiverem potenciado ou incrementado a verificação da alteração de circunstâncias, independentemente da mora do devedor, este não deve ser prejudicado e deverá poder invocar essa alteração das circunstâncias (*não a mera onerosidade excessiva da prestação*), ainda que se encontrasse em mora⁽⁵⁸⁷⁾.

⁽⁵⁸⁶⁾ ASCENSÃO, José de Oliveira. 2004. “Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil” in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Vol. 8, n.º 25 (abril/junho 2004), p. 66. Curitiba: Juruá. Disponível na Internet em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/605>>. O Autor cita, a título de exemplo, a hipótese de “uma empresa que se obriga à reparação dum navio. Atrasa-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera. Já no período de mora, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias-primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. É nestes casos que a parte em falta não poderá prevalecer-se da alteração das circunstâncias”. Já sobre o caso em que uma dívida deva ser paga em prestações e o devedor se atrasar numa delas, quando ainda faltam outras, enuncia que “a questão que pode restar é a de saber se a própria prestação em mora está sujeita às consequências da revisão ou resolução do contrato, ou só o estão as prestações futuras. Em princípio, essa prestação não pode beneficiar da alteração. Mas a questão complica-se se a relacionarmos com outra, em que não vamos entrar: a do possível caráter retroativo das consequências da alteração das circunstâncias. Apenas observamos que a prestação ou mora deve estar sujeita ao mesmo regime das prestações anteriormente satisfeitas; e que talvez esse deva ser mais um aspeto que fica dependente da apreciação equitativa das circunstâncias contratuais”.

⁽⁵⁸⁷⁾ Nesta sede, “a revisão a que se procede no âmbito da alteração das circunstâncias não é inimiga da autonomia privada e do poder autovinculativo da vontade. A autonomia não sai diminuída: sai pelo contrário dignificada. (...) Respeita-se o que as partes quiseram, nas circunstâncias em que se encontravam. Havendo uma proporção ou equilíbrio que as partes estabeleceram entre si, é essa equação que deve ser determinante” (*Ibidem*, p. 67).

Nestas situações, como noutras em que estejam em causa *obrigações acessórias*, a *inexigibilidade temporária* destas (ao abrigo da figura da *suspensão* ⁽⁵⁸⁸⁾), apenas e tão somente, *enquanto perdurarem os atos de bullying obrigacional* — e que não atingem a obrigação principal (salvo a especificidade das consequências do instituto da alteração das circunstâncias) —, constitui uma conformação *adequada, proporcional e equitativa* do princípio *pacta sunt servanda*, para que este não possa servir de artifício ao desequilíbrio obrigacional intencionalmente criado por uma das partes (a que pratique atos de instigação, acoassamento ou assédio ilegítimo).

Pela via da operação do princípio normativo da boa fé objetiva na concretização desta conformação, será possível restituir e recompor o equilíbrio *no conjunto* das obrigações (principais e acessórias), *preservando a essência e o fim útil* do princípio da força obrigatória dos contratos, enquanto manifestação de uma autonomia da vontade, livre, isenta de pressões ilícitas, ajustada, reconciliada e harmonizada com o Direito.

5.4.2.3. Fundamento interpretativo para a conformação

A matéria que se pretendeu problematizar e refletir, tem por suporte uma realidade social que tem assumido facetas não previstas de forma expressa pelo direito positivado. Desde que os homens estabelecem relações jurídicas, tem havido vários métodos e meios de pressão do credor para a realização da prestação pelo devedor. No entanto, os que ora se enquadraram no *bullying* obrigacional, aprimoram o requinte do artifício, acentuam a gravidade dos efeitos e utilizam uma violência que embora muitas vezes não atinja o plano físico, tem uma severidade psicológica, ética e moral, constringendo o devedor no âmago da sua personalidade, humilhando-o, provocando intencionalmente a desonra ou vergonha pública, no aproveitamento de uma vulnerabilidade a que o devedor ficou involuntariamente sujeito e por fatores que, por regra, lhe são alheios (os demais não podem ser enquadrados neste fenómeno).

Perante este ato ilícito atípico, a interpretação dos textos legais não pode seguir um raciocínio exclusivamente formal ou de lógica dedutiva, antes exige-se do intérprete e aplicador uma conceção que privilegie o raciocínio teleológico, que tenha em consideração

⁽⁵⁸⁸⁾ Na *suspensão*, o tempo entretanto decorrido não fica inutilizado, ao contrário do que sucede com a *interrupção*, cujo efeito peculiar é o de tornar inútil o tempo decorrido antes de se produzir a causa interruptiva, começando a correr novo prazo (*cf.* art.º 326.º, n.º 1, do CC, a propósito da interrupção da prescrição). Aplicando-se o regime da *suspensão*, finda a conduta de *bullying* qualquer tempo de mora decorrido até ao início do *bullying* não se deve ter por perdido, antes acrescentar-se-á a outro que eventualmente siga após o termo dos atos de *bullying*.

não apenas as *normas positivadas*, mas também os *princípios normativos* e os *valores* (designadamente os constitucionalmente reconhecidos).

Deste modo, a solução proposta não se limita a assentar numa *interpretação extensiva* das normas citadas, ou seja no alargamento do sentido textual da norma no âmbito dos seus significados, afigurando-se mais conducente integrar os subsídios expostos na designada *interpretação teleológica* nos termos definidos por Castanheira Neves, em que se “se admite que o intérprete sacrifique (corrija) o texto da lei para realizar a intenção prática da sua norma sempre que, em virtude desde logo da alteração das circunstâncias que houvessem sido determinantes da previsão e da formulação expressa da lei, o respeito pelo teor verbal implicasse a frustração daquela intenção práctico-normativa”⁽⁵⁸⁹⁾. E se é certo que a interpretação teleológica permite compreender os sentidos que o texto da lei comporta, *além* do próprio texto, enfatizando a finalidade que as normas pretendem atingir, tal não significa promover a insegurança ou a incerteza jurídicas, na medida em que dos critérios aferidores não resulta de qualquer discricionariedade, mas de princípios normativos que estão expressamente consagrados e que vinculam as partes da mesma forma como as normas legais e a autonomia da sua vontade.

Na verdade, “uma boa interpretação da lei não é aquela que, numa perspetiva hermenêutico-exegética determina corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspetiva práctico-normativa utiliza bem a norma como critério de decisão do problema concreto”⁽⁵⁹⁰⁾. Para esse efeito, torna-se necessário adequar eficazmente o direito à realidade social da atualidade ou, como refere English, “o preceito da lei deve, na dúvida, ser interpretado de modo a ajustar-se o mais possível às exigências da vida em sociedade e ao desenvolvimento de toda a cultura”^{(591) / (592)} — valorizando o *conteúdo*, sem excluir a necessidade da observância da forma, enquanto solução alternativa de operacionalidade, face à *injustiça* e ao *desequilíbrio* obrigacional que uma conduta, como a do bullying, é suscetível de gerar.

⁽⁵⁸⁹⁾ NEVES, António Castanheira. 1976 (polic.). *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Interpretação Jurídica)*. Coimbra: João Abrantes, p. 69.

⁽⁵⁹⁰⁾ NEVES, António Castanheira. 1993. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 112.

⁽⁵⁹¹⁾ ENGLISH, Karl. 1988. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.^a edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 137.

⁽⁵⁹²⁾ Este entendimento foi acolhido no artigo 9.º do Código Civil, segundo o qual, a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir de textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Reconhece-se que o sustentáculo do subsídio proposto, por radicar em grande parte no princípio da *boa fé*, carece de uma sólida fundamentação na sua interpretação e aplicação prática, pois embora a utilização do conceito de *boa fé* não deva ser banalizada, é o apelo a ela que permite *adequar* a eficácia das relações obrigacionais e, por conseguinte, também não deve ser minorizada. Conforme refere Menezes Cordeiro, “a ponderação da mais recente casuística, sobre a boa fé, mostra que mantém uma capacidade de intervenção perante problemas novos, despidos, num primeiro momento de soluções estritas (...); ela empresta a sua linguagem e o seu poder de consenso aos equilíbrios, ainda instáveis”, pois até “os institutos autónomos, derivados da boa fé, retornam a ela, para efeitos de apuramento dogmático. A ciência do Direito, na base de um tratamento sistemático, corrige assimetrias, apura soluções, completa enquadramentos e alcança decisões mais diferenciadas e mais justificadas. A boa fé mantém, assim, um importante papel dogmático”⁽⁵⁹³⁾.

Conforme salienta Canaris, “por detrás da *lex* e da *ratio legis* colocam-se imediatamente os mais altos valores jurídicos”⁽⁵⁹⁴⁾. A conformação do princípio *pacta sunt servanda*, tendo por critério o princípio normativo da boa fé objetiva, pode constituir uma das formas de concretização do desiderato ínsito nesses valores.

⁽⁵⁹³⁾ CORDEIRO, António Menezes. 1996. “A boa fé nos finais do século XX”, in *ROA*, Ano 56.º, Vol. III, pp. 905, 906. No mesmo artigo, o Autor enuncia que “[a] boa fé ganha a sua plenitude num pensamento sistemático renovado. Assim, o sistema deverá ser aberto: ao exterior, porquanto admitindo a relevância jurídica de questões a ele estranhas, e que a boa fé, de resto, historicamente, tem contribuído para localizar, solucionar, e depois, integrar no sistema; ao interior, por comportar nele, elementos estranhos, também reduzidos pela boa fé: pense-se no abuso do direito. (...) Tudo isto se traduz, uma metodologia dogmática. O pensamento jurídico terá de repousar no estudo e na meditação dos casos, dos problemas, das regras e das soluções – ou já não será jurídico” (p. 909).

⁽⁵⁹⁴⁾ CANARIS, Claus-Wilhelm. 1997. *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*. *Contratos: atualidade e evolução* (coord. MONTEIRO, António Pinto). Porto: Universidade Católica do Porto, p. 61.

6. CONCLUSÕES

6.1. Enquadramento concetual

01. O direito das obrigações assenta numa conjunção da construção dogmática de normas reguladoras que convergem para a consagração do princípio do *equilíbrio de interesses juridicamente relevantes*.
02. Este *equilíbrio* não significa, necessariamente, igualdade plena, antes uma *igualdade relativa* entre as partes, para que nenhuma delas tenha uma posição excessivamente condicionadora na execução da relação obrigacional.
03. Do *interesse juridicamente relevante*, importa valorizar a sua *substância*, designadamente a necessidade de tutela da relação de confiança e do desiderato geral da comunidade na pacificação social.
04. A liberdade do exercício de um *direito subjetivo*, circunscreve-se ao uso *normal*, balizado pelos interesses privados reconhecidos pelo ordenamento jurídico e pelos interesses públicos inerentes aos fins sociais pretendidos salvaguardar.
05. A relação obrigacional sustenta-se na existência de um *dever jurídico*, que todavia, *não é irrestrito*, por, correspondentemente, o direito do credor não ser nem *absoluto* nem *obligatório* em si mesmo ou na forma do seu exercício.
06. Pelo contrato opera-se um acordo de *regulação* dos interesses, que poderá implicar um *maior ou menor sacrifício* para cada sujeito, sem que tal signifique o desrespeito pelo equilíbrio obrigacional, salvo se violar princípios normativos do ordenamento jurídico.
07. Todavia, o conteúdo contratual não é passível de ser regulado, na totalidade, exclusivamente pelas partes, devendo ser integrado pelo *ius cogens* e pelo *ius dispositivum*.
08. A obrigação deve ser perspectivada como a totalidade dos direitos e dos deveres, podendo ser enquadrada como abuso a unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável.

09. Perante a vulnerabilidade de uma das partes (a que a mesma seja alheia), é do interesse do ordenamento jurídico e social, a reprimenda do equilíbrio contratual.

6.2. O bullying obrigacional

10. O *bullying* obrigacional é caracterizado pela conduta que, quer seja praticada *pelo credor* (aproveitando-se de um estado de fragilidade ou vulnerabilidade da contraparte), *quer pelo devedor* (quando se arrogue de forma abusiva de alguma exceção à realização da sua prestação), utilize de forma reiterada *meios desproporcionados* de instigação, assédio, acozamento ou coação, provocando uma *distorção do equilíbrio* originário da respectiva relação jurídica.
11. Essa conduta pode ter na sua gênese uma *razão* (o retardamento da prestação da contraparte) e uma *finalidade* (a realização da prestação) justa e lícita, mas o *procedimento* é corrosivo dos vínculos obrigacionais.
12. São exemplos de *bullying* obrigacional, as listas públicas de devedores sem consagração legal e sem prévia autorização da entidade competente, a pressão persecutória e a cobrança forçada de créditos, com “visitas”, ameaças e “*vindictas*” sobre o devedor, na sua residência, na rua ou no local de trabalho, mediante *constrangimento*, com intenção de lhe causar vergonha e humilhação públicas.
13. Essa prática só é compaginável nos negócios jurídicos bilaterais entre particulares, estando excluídas as relações com entes públicos administrativos.
14. Não está excluída a possibilidade do assédio obrigacional ser exercido por um *terceiro*, que pretenda que a prestação lhe seja feita a seu favor (em substituição do credor), atento o disposto no art.º 770.º, do Código Civil.
15. O âmbito da sua ocorrência é prevacente nos casos de retardamento do cumprimento da prestação (mora), mas não está excluído em situações de cumprimento defeituoso, de não cumprimento e de recusa em cumprir.
16. O bullying obrigacional não se confunde com os vícios na formação da vontade.
17. Alguns comportamentos caracterizadores do *bullying* podem integrar o conceito de *coação*, se o coator não se limitar a ameaçar com o exercício de um direito,

mas em *abuso* nesse exercício, designadamente quando dele resulte um estado mais *gravoso* para devedor.

18. O *assédio* e a *influência indevida* previstos no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, são conceitos muito próximos do *bullying* obrigacional, pelo incremento dos atos praticados pelo acoessor, após cognoscida a fonte de vulnerabilidade do consumidor, visando a diminuição da resistência ou a limitação significativa da disposição do consentimento em fazer escolhas livres e esclarecidas.
19. A interpelação, designadamente a admonitória, enquanto ato lícito e, em certas circunstâncias, legalmente exigidas, inclui uma intimação formal, com advertência severa do devedor, só se transformando em *bullying* se forem transpostos os limites objetivos.
20. A ação direta, quando lícita, apesar de exercida contra a vontade de quem esteja sujeito a uma obrigação, se nega a cumpri-la, não constitui *bullying*.
21. A ação direta, se for praticada ilicitamente e mantida no tempo ou no espaço, poderá constituir um ato do processo de *bullying*.
22. O direito de retenção, apesar da sua natureza compulsória, não é enquadrável no *bullying* obrigacional, podendo apenas integrar, se ilícita, a figura do esbulho.
23. A exceção de não cumprimento de contratos, quando infundada, pode constituir um ato de *bullying* do devedor sobre o credor.
24. O *bullying* distingue-se da fraude à lei, porque naquele, o ilícito centra-se no *meio* (procedimento) utilizado, enquanto que nesta, radica no *fim* a atingir.
25. O *bullying* obrigacional *integra-se* nos principais carateres do abuso de direito e da violação do princípio normativo da boa fé.
26. O *bullying* obrigacional deve ser definido como *ato ilícito atípico*.

6.3. Reflexos no princípio *pacta sunt servanda*

27. O princípio *pacta sunt servanda* constitui o alicerce da eficácia das relações jurídicas e o sustentáculo do equilíbrio contratual e da segurança jurídica.

28. Os direitos fundamentais podem limitar o conteúdo da relação obrigacional e, dentro desta, do princípio *pacta sunt servanda*, quando ostente ou tenha deixado conduzir a um manifesto desequilíbrio entre as prestações e/ou os sujeitos da aludida relação.
29. O equilíbrio obrigacional reclama o prévio equilíbrio do sistema jurídico.
30. O *favor debitoris* é protegido pelo Direito desde que não seja posta em causa a satisfação do interesse do credor.
31. A doutrina do *limite do sacrificio*, apesar de não acolhida expressamente no Código Civil, tem uma consagração mitigada no domínio laboral e no processo de insolvência.
32. É inadmissível a *privação da liberdade* fundada *meramente* na impossibilidade de cumprimento de uma obrigação *contratual*.
33. A “*perturbação da prestação debitória*” não exime o devedor do cumprimento, mas deve ser tratada, de uma forma peculiar, pelo ordenamento jurídico, em termos de soluções em caso de manifesto desequilíbrio.
34. Não merece proteção o *devedor relapso*, que se coloque em posição de incumprimento ou quase incumprimento, por opções irresponsáveis, decisões irrefletidas ou escolhas negligentes.
35. O *bullying* obrigacional não destrói o vínculo contratual, nem liberta a vítima da *prestação* a que está obrigada, mas cria um desequilíbrio *ex novo*.
36. Pelo *bullying* obrigacional, ocorre a *violação dos deveres acessórios de conduta*, por parte do credor.
37. A reparação do desequilíbrio deve operar-se através da *inexigibilidade temporária* do cumprimento, pelo devedor, das *obrigações acessórias* subjacentes à prestação principal, enquanto perdurarem os actos de *bullying* obrigacional.
38. Porque fundada em *suspensão* e não em *interrupção* dos respectivos efeitos, constitui uma conformação adequada, proporcional e equitativa do princípio *pacta sunt servanda*.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João. 1989. *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português - Conceito e Fundamento*. Coimbra: Almedina.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. 1999 (Reimp.2006). *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina.
- ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes. “Práticas Comerciais – um estudo da Diretiva 2005/29/CE”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Volume I, n.º 1 (março 2011). Curitiba: Bonijuris/J.M.Editora, pp. 121-198.
- ALBUQUERQUE, Pedro. 2005. “O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65.º, Vol. II (setembro 2005). Lisboa: Ordem dos Advogados.
- ALEXY, Robert. 2002. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALMEIDA, Dário Martins. 1987. *Manual de Acidentes de Viação*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira. 1982. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de / ALARCÃO, Rui. 1966. *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1976. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1987a. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume I – *Sujeitos e Objecto*. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 1987b. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume II – *Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 1999. *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume II - *Acções e factos jurídicos*. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2000. *Direito Civil – Teoria Geral*, I, *Introdução. As pessoas. Os bens*. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2001. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. 11.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2002. *Direito Civil – Teoria Geral*, III, *Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Almedina.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2003. “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Volume 39. Curitiba: UFP, p. 6, disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1744/1441>>.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2004. “Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil” in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Vol. 8, n.º 25 (abril/junho 2004), p. 59-69. Curitiba: Juruá. Disponível na Internet em [referência de 20 de junho de 2011]: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/605>>.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2005. “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65.º, Volume III (dezembro 2005). Lisboa: Ordem dos Advogados.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2009. *A Nova Teoria Contratual* [em linha]. Escola Superior da Advocacia de S.Paulo [referência de 27 de janeiro de 2009]. Disponível na Internet em <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/artigos/nova_teorias_contratual.pdf>.
- ATIENZA, Manuel / MANERO, Juan Ruiz. 2000. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Editorial Trotta.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 1994. “Boa Fé”, in *CJSTJ*, Ano II, Tomo II, Coimbra: Casa do Juiz, pp. 14-19.
- BARRETO, Irineu Cabral. 2010. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*. 3.ª edição: Coimbra: Coimbra Editora.
- BATALLER, Bernardo Hernández. 2011. “Análisis y desarrollo de la Ley de Transposición que modifica el régimen legal de la competencia desleal”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Volume I, n.º 2 (junho 2011). Curitiba: Bonijuris/J.M.Editora, pp. 87-127.
- BETTI, Emílio. 2002. *Teoria generale del negozio giuridico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- CABRAL, Rita Amaral. 2001. “A Tutela Delitual do Direito de Crédito”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Lisboa: FDUL, pp. 1025-1053.
- CAMPOS, Diogo Leite de. 1980. *Contrato a Favor de Terceiro*. Coimbra: Almedina.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. 1996. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (introdução e tradução de António Menezes Cordeiro). 2.ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. 1997. *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*. *Contratos: atualidade e evolução* (coord. MONTEIRO, António Pinto). Porto: Universidade Católica do Porto, pp. 49-66.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital. 1993. *Constituição da República Portuguesa, Anotada*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1998. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, Orlando de. 1981 (polic.). *Teoria Geral do Direito Civil: seu sentido e limites (sumários desenvolvidos)*. Coimbra: Centelha.
- CARVALHO, Amético A. Taipa de. 1999. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARNEIRO, José Gualberto de Sá. 1969. “Alguns Problemas Suscitados pela Caducidade do Arrendamento”, in *Revista dos Tribunais*, Ano 87.º, pp. 243 ss..
- CASTEL, Robert. 2003. *L'Insécurité sociale: que'est-ce qu'être protégé?*. Paris: Seuil et La République des Idées.
- CASTRO, Artur Anselmo de. 1977. *A Acção executiva singular, comum e especial*. 3.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, Francisco M. Pereira. 1967. *Obrigações – Sumários das Lições ao Curso de 1966-67*, Coimbra [typescript].
- COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme. 2003. *Curso de Direito da Família*, Volume I. 3.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORDEIRO, António Menezes. 1980 (Reimp. 1994). *Direito das Obrigações*, Volume I. Lisboa: AAFDL.
- CORDEIRO, António de Menezes. 1981. “Violação Positiva do Contrato”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 41.º, Volume I. Lisboa: Ordem dos Advogados, pp. 123-152.
- CORDEIRO, António de Menezes. 1983. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, António de Menezes. 1984. *Da Pós-Eficácia das Obrigações* (Separata dos Estudos em honra do Prof. Doutor Cavaleiro Ferreira). Lisboa: FDUL.
- CORDEIRO, António de Menezes. 1989. “Da Alteração das circunstâncias”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: AAFDL.
- CORDEIRO, António Menezes. 1996. “A boa fé nos finais do século XX”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56.º, Volume III (dezembro 1996). Lisboa: Ordem dos Advogados, pp. 887-912.
- CORDEIRO, António de Menezes. 2002. “A Modernização do Direito das Obrigações”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62.º, Volume II (abril 2002). Lisboa: Ordem dos Advogados.
- CORDEIRO, António de Menezes. 2009. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral, Tomo I*. 3.^a edição. Coimbra: Almedina.

- CORDEIRO, António Menezes. 2010. *Tratado de Direito Civil Português - II – Direito das Obrigações, Tomo II*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. 1986. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de dezembro de 1984”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119.º. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 141 ss..
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2002. “A Eficácia Externa das Obrigações. Entendimento da Doutrina Clássica”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135.º, pp. 130-136.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2009. *Direito das Obrigações*. 12.ª edição. Coimbra: Almedina.
- CRISTAS, Assunção. 2005. “Exoneração do devedor pelo passivo restante”, in *Themis*, N.º Extra 1 (“Novo direito da insolvência”). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pp. 165-182.
- CUNHA, Paulo Olavo. 2009. “A revogabilidade do cheque no respetivo prazo de apresentação a pagamento: escrever Direito por linhas tortas. Anotação ao Acórdão do STJ n.º 4/2008”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 25 (janeiro/março 2009). Lisboa: CEJUR.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. 2009. *Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DRAY, Guilherme Machado. 2002. “Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente mais Débil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Coimbra: Almedina.
- ENGLISH, Karl. 1988. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- ESTORNINHO, Maria João. 2009. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina.
- FALCO, Gianluca. 2010. *La buona fede e abudo del diritto*. Milano: Giuffrè Editore.
- FARIA, Jorge Ribeiro de. 1990 (Reimp. 2001). *Direito das Obrigações*, Volume II. Coimbra: Almedina.
- FARRAJOTA, Joana. 2011. “Anticipatory Breach no direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II. Coimbra: Almedina, pp.287-320.
- FERNANDES, Luís A. de Carvalho. 2001. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Lisboa: Quid Juris.
- FERNANDES, Luís A. de Carvalho. 2009. *Teoria Geral do Direito Civil - Volume I - Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*. 5.ª edição. Lisboa: Universidade Católica.
- FONTANILLO, José António Pinto. 2005. “La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del derecho”, in *Raíces de lo Ilícito y Razones de Licitud*. Madrid: Dykinson.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. 1994. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Almedina.

- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. 2004. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina.
- FREITAS, José Lebre. 2009. *A acção executiva - Depois da reforma da reforma*. 5.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- FROTA, Mário. 2011. “Do Regime Jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: A inversão do paradigma”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Volume I, n.º 1 (março 2011). Curitiba: Bonijuris/J.M.Editora, pp. 43-77.
- GOMES, Carla Amado. 2008. “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 519-568.
- GOMES, Orlando. 1997. *Contratos*. 17.^a edição. Rio de Janeiro (Brasil): Editora Forense.
- GONÇALVES, Luís da Cunha. 1937. *Tratado de Direito Civil*, XII. Coimbra: Coimbra Editora.
- GONÇALVES, Pedro. 2003. *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*. Coimbra: Almedina.
- GONZÁLEZ, José Alberto. 2011. *Código Civil Anotado*, Volume I. Lisboa: Quid Juris.
- GUTIÉRREZ-PRIETO, Hernando. 2008. “Equilibrio Jurídico: bases para su conceptualización en una teoría dinámica del sistema jurídico”, in *Revista Vniversitas*, n.º 116. Bogotá (Colômbia): Pontificia Universidad Javeriana.
- HESPANHA, António Manuel. 2003. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3.^a edição. Mem Martins: Publicações Europa América.
- HÖERSTER, Heinrich Ewald. 1992. *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. 2006. *Repensando a Teoria do Abuso do Direito*. Salvador (Brasil): JusPodivm.
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. 1975. *Direito das Obrigações*. Lisboa: AAFDL [ed. Policopiada].
- JORGE, Fernando Pessoa. 1999. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- JÚNIOR, Eduardo Santos. 2003. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina.
- JÚNIOR, Eduardo Santos. 2010. “Da ‘impossibilidade pessoal’ de cumprir. Breve confronto do novo Direito alemão com o Direito português”, in *O Direito*, Ano 142.º, Tomo III. Lisboa: Juridireito, pp. 423-434.

- JUSTO, António Santos. 2008a. “Direito Privado Romano – I”, *Studia Iuridica n.º 50*, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- JUSTO, António Santos. 2008b. “Direito Privado Romano – II”, *Studia Iuridica n.º 76*, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 3.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- JUSTO, António Santos. 2010. *Breviário de Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010a. *Direito das Obrigações*. Volume I. 9.^a edição. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2010b. *Direito das Obrigações*. Volume II. 7.^a edição. Coimbra: Almedina.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1986. *Código Civil Anotado*. Volume II. 3.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1987. *Código Civil Anotado*. Volume I. 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes. 1992. *Código Civil Anotado*. Volume IV. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- KELSEN, Hans. 2008. *Teoria Pura do Direito*. 7.^a edição (da tradução de João Baptista Machado). Coimbra: Almedina.
- MARIANO, João Cura. 2011. *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, Pedro Soares Romano. 1989. *O Subcontrato*. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, Pedro Soares Romano. 2001. *Cumprimento Defeituoso, em especial na Compra e Venda e na Empreitada*. Coimbra: Almedina.
- MACHADO, João Baptista. 1991. “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, in *Obra Dispersa*, Volume I. Braga: Scientia Iuridica.
- MACHADO, João Baptista. 1999. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina.
- MELGARÉ, Plínio. 2004. “A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado”, in *Revista AJuris*, Ano XXXI, n.º 94 (junho de 2004). Porto Alegre: Ajuris, pp.227-250.
- MENDES, João de Castro. 1978. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I. Lisboa: AAFDL.
- MENDES, João de Castro. 1979. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume III. Lisboa: AAFDL.
- MENDES, João de Castro. 1999 (reimp). *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II. Lisboa: AAFDL.

- MENDONÇA, Estelita de. 1972. *Da sublocação*. Coimbra: Almedina.
- MENDONÇA, Luís Correia. 1982. “As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição”, in *Análise Social*, Vol. XVIII (n.ºs 72-73-74). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, p. 858. Disponível na Internet em <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223400454E2rSU3ia8Fq53XH9.pdf>>.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. 1954. *Tratado de Direito Privado*, Tomo LIII, Rio de Janeiro: Editor Borsoi.
- MIRANDA, Jorge. 2010. *O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais* [em linha]. Lisboa: Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa [referência de 12 de junho de 2011]. Disponível em <http://www.cjlp.org/principio_eficacia_juridica_direitos_fundamentais.html>.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. 1995 (Reimp.). *Lições de Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, António Pinto. 1985. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, Diogo Bernardo. 2009. “Compensação de créditos na fronteira de legalidade”, in *Vida Judiciária*, n.º 131 (fevereiro 2009). Lisboa: Vida Económica.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde / RIBEIRO, Sousa / SÁ, Almeno de / PROENÇA, J.C. Brandão. 1983 (polic.). *Direito das Obrigações*. Coimbra: João Abrantes.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. 1989. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina.
- MUÑOZ, Xavier O’Callaghan. 2001. *Código Civil Comentado y con jurisprudencia*. 3.ª edición. Madrid: La Ley.
- MÚRIAS, Pedro. 2003. *Eficácia externa das obrigações* [em linha]. Lisboa: Múrias Jurídico [ref.ª 05-05-2011]. Disponível na Internet em <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eEficaciaExterna.htm>>.
- NEVES, António Castanheira. 1967. *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina.
- NEVES, António Castanheira. 1993. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NEVES, F. Correia das. 1989. *Manual dos Juros*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- NOVAIS, Jorge Reis. 2003. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PAGANO, Uno. 2004. *Legal Positions and Institutional Complementarities* [em linha]. Siena: Università degli Studi di Siena - Itália [referência de 2 de junho de 2011]. Disponível na Internet em <<http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/pagano.pdf>>.

- PEREIRA, Patrícia da Guia. 2011. “Nótula sobre Tipologia do Incumprimento”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II. Coimbra: Almedina, pp. 637-679.
- PINTO Carlos Alberto da Mota. 1989. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 3.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. 2003 (Reimp.). *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina.
- PINTO Carlos Alberto da Mota / MONTEIRO, António Pinto / PINTO, Paulo Mota. 2005. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- PIRES, José Maria. 2000. *O cheque*. Lisboa: Rei dos Livros.
- PRATA, Ana. 1982. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina.
- PRATA, Ana. 2005. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Coimbra: Almedina.
- PRATA, Ana. 2008. *Dicionário Jurídico*, I. 5.^a edição. Coimbra: Almedina.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. 1982 (Reimp. 2006). *A Resolução do Contrato no Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. 1996. *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*. Coimbra: Almedina.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. 2003. “A hipótese da declaração (lato sensu) antecipada de incumprimento por parte do devedor”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RADBRUCH, Gustav. 1997. *Filosofia do Direito*. 6.^a edição (Trad. L.Cabral Moncada). Coimbra: Arménio Amado.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. 2000. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 1.^a edição. Coimbra: Almedina.
- RESCIGNO, Pietro. 1986. *Manuale del Diritto Privato Ilatiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- ROPPO, Enzo. 2009. *O Contrato*. Coimbra: Almedina.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de. 1973 (2.^a Reimp. 1997). *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina.
- SACCO, Rodolfo. 1987. “Cosa’è la buona fede oggettiva?”, in *Il principio de buona fede*, Milán (Itália): Giuffrè.
- SEIA, Jorge Aragão. 2004. *Arrendamento urbano: anotado e comentado*. 7.^a edição. Coimbra: Almedina.

- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1953. “Do cumprimento como modo de extinção das obrigações”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 34 (janeiro 1953). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 10 ss.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1955. “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 46 (janeiro 1955). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 5-152.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1957. “Exceção de contrato não cumprido”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 67 (junho 1957). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 5-172.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1958a. “Realização coativa da prestação (execução)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 73 — Separata (janeiro 1958). Lisboa: Ministério da Justiça.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1958b. “Objecto da obrigação - a prestação: suas espécies, conteúdo e requisitos”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74 (março 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 15-283.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1958c. “Efeitos dos contratos (princípios gerais)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74 (março 1958). Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 333-369.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1959a. “Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85. Lisboa: Ministério da Justiça.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1959b. “Responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85. Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 345-360.
- SERRA Adriano Paes da Silva Vaz. 1970. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 1970”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 104.º. Coimbra: Coimbra Editora.
- SERRA, Adriano Paes da Silva. 1977. “Mora do Devedor”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 110.º, Coimbra: Coimbra Editora.
- SERRA, Catarina. 2010. *O Novo Regime Português da Insolvência - Uma Introdução*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina
- SILVA, João Calvão da. 2002. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina.
- SILVA, Manuel Gomes. 1944. *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*. Lisboa: Livraria Moderna.
- SILVA, Paula Costa e. 2010. “As garantias do executado”, in *Civil Procedure Review - Electronic Law Review in the field of Procedural Law*, volume 1, n.º 1 (março-junho de 2010), pp. 3-19. Disponível na Internet em <[http:// http://www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)>.

- SILVA, Suzana Tavares da. 2010. “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (Especial). Porto: FDUP, pp. 520-544.
- TAVARES, José. 1928. *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, I. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora (1.^a edição de 1922, disponível para uso livre na Internet no endereço <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1237.pdf>>),
- TELES, Miguel Galvão. 2005. “Direitos Absolutos e Relativos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 649-676.
- TELLES, Inocêncio Galvão. 1987. “O direito de retenção no contrato de empreitada”, in *O Direito*, Anos 106.º a 109.º. Lisboa: Juridireito.
- TELLES, Inocêncio Galvão. 2002. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, Inocêncio Galvão. 2010. *Direito das Obrigações*. 7.^a edição (Reimp.). Coimbra: Coimbra Editora.
- VARELA, João de Matos Antunes. 1986. “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de janeiro de 1983”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119.º. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 273 ss.
- VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em geral*, Vol. I. 10.^a edição. Coimbra: Almedina.
- VARELA, João de Matos Antunes. 1997. *Das Obrigações em geral*, Vol. II. 7.^a edição. Coimbra: Almedina.
- VARELA, João de Matos Antunes. 2006. *Manual de Processo Civil*. 2.^a edição (2.^a reimp.). Coimbra: Coimbra Editora.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2010. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.^a edição. Coimbra: Almedina.
- VASQUES, José. 2005. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VELASCO, José Ignacio Cano Martinez de. 2011. *La decadencia del contrato*. Barcelona: Libreria Bosch.
- VIDE, Carlos Rogel. 2010. *Favor debitoris. Análisis crítico*. Madrid: Editorial Reus.
- VIEIRA, José Alberto. 2006. *Negócio Jurídico - Anotação ao Regime do Código Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VVAA. 2010. *Webster's New World Law Dictionary*. 2010. New Jersey: Wiley Publishing, Inc.