

O caso das fianças revisitado

— Em torno do acórdão do STJ de 9 de Julho de 2015 —

Nuno Manuel Pinto Oliveira

(Professor Associado da Universidade do Minho)

SUMÁRIO : 1. O caso apreciado e decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015. 2. (Cont.) Os argumentos deduzidos pelos Conselheiros Ana Paula Boularot e Fernando Pinto de Almeida. 3. (Cont.) Os contra-argumentos deduzidos pelo Conselheiro Júlio Gomes. 4. O problema das fianças intrafamiliares no direito comparado. 5. Os *ponto de partida* para a construção de critérios de decisão constitucionalmente adequados. O caso das *fianças intrafamiliares* como um problema de protecção da *autonomia privada (em sentido material)*. 6. (Cont.) O dever de protecção da *autonomia privada*. 7. (Cont.) O dever de protecção da *autonomia privada* no caso das fianças. 8. (Cont.) Os critérios da *carência de protecção* do fiador. 9. (Cont.) Os critérios da *validade* ou da *invalidade* das fianças intrafamiliares prestadas por fiadores *carecidos de protecção*. 10. O caso das fianças intrafamiliares como um problema de protecção da *família (da solidariedade familiar)*. 11. (Cont.) O dever de protecção da *família (da solidariedade familiar)*. 12. (Cont.) O dever de protecção da *família (da solidariedade familiar)* no caso das fianças. 13. (Cont.) Os critérios da *carência de protecção da família (da solidariedade intrafamiliar)*. 14. (Cont.) Os critérios de *validade* ou *invalidade* das fianças intrafamiliares. O princípio da proibição das fianças intrafamiliares *ameaçadoras da existência* ou *ruinosas*. 15. Complementaridade entre os *deveres de protecção da autonomia* e os *deveres de protecção da família*. 16. O problema das *fianças intrafamiliares* nos projectos de harmonização do direito privado europeu — em especial, no *anteprojecto* de um *quadro comum de referência*. 17. O problema das *fianças intrafamiliares* no direito português. 18. O dever pré-contratual de esclarecimento do fiador acerca do alcance e dos riscos da garantia. 19. (Cont.) Comparação entre os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *fiador*, e os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *aderente*. 20. (Cont.) Comparação entre os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *fiador*, e os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *consumidor*. 21. O dever (ou ónus?) pré-contratual de conselho do fiador acerca do alcance e dos riscos da garantia. 22. O princípio da proibição das fianças *ameaçadoras da existência* ou *ruinosas*. 23. O problema dos deveres pré-contratuais no caso apreciado e decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015. 24. Os deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento e de informação do fiador

como *aderente*. 25. Os deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação do fiador como *consumidor*. 26. Os deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação do fiador como *fiador*. Conclusão.

1. O caso apreciado e decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015¹

O caso apreciado e decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015, relatado pela Conselheira Ana Paula Boularot, pode descrever-se nos seguintes termos :

Em 1999, foi concluído um contrato de compra e venda de um imóvel para habitação, em que a dívida dos compradores perante o mutuante — perante o banco — era garantida por dois cônjuges, como fiadores.

O conteúdo do contrato de fiança foi pré-formulado pelo mutuante — pelo banco. Entre as cláusulas do contrato estava a cláusula de renúncia à excussão prévia. Os factos dados como provados não esclarecem se havia alguma relação familiar entre os compradores e os fiadores — esclarecem que a recorrida tinha um reduzido nível de instrução (“tinha como habilitações literárias a quarta classe”) e que, no contexto das suas relações familiares, “delegara” a competência para as decisões financeiras. “O marido da [recorrida] pedia-lhe com frequência para assinar papéis, sem que lhe explicasse do que se tratava”. O contrato foi-lhe lido pela notária. A recorrida declarou que conhecia *perfeitamente* o conteúdo do contrato — e, declarando que o conhecia *perfeitamente*, não pediu esclarecimentos suplementares.

Os compradores não cumpriram o contrato de mútuo e o mutuante intentou acção executiva contra todos os compradores e todos os garantes. A recorrida opôs-se à execução, alegando que não lhe tinha sido comunicado o conteúdo

¹ O presente texto adapta e desenvolve os argumentos deduzidos no artigo « Contrato e família — as relações familiares como limite da liberdade de conformação das relações contratuais », publicado em Helena Mota / Maria Raquel Guimarães (coord.), *Autonomia e heteronomia no Direito da família e no Direito das sucessões*, Centro de Investigação Jurídico-Económica / Livraria Almedina, Porto / Coimbra, 2016, págs. 313-329.

das cláusulas pelas quais assumia a qualidade de *fiadora* e, em especial, pelas quais renunciava à *excussão prévia*. “não lhe teria sido explicado o sentido e alcance das expressões ‘fiadores’, ‘solidários’, ‘principais pagadores’ [ou] ‘benefício de excussão prévia’”. Ignorando o sentido da fiança, a recorrida teria tão-só assinado “uns papéis que o marido lhe deu para assinar”.

2. (Cont.) Os argumentos deduzidos pelos Conselheiros Ana Paula Boularot e Fernando Pinto de Almeida

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu-o distinguindo dois tipos de deveres pré-contratuais: em primeiro lugar, os deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento e de informação do fiador como *aderente* a um contrato não-negociado e, em segundo lugar, os deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação do fiador como *consumidor*. Os primeiros — os deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento e de informação do fiador como *aderente* — aplicar-se-iam ao caso concreto ². Os segundos — os deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação do *consumidor* previstos nos arts. 8.º e 9.º da Lei de Defesa dos Consumidores —, esses, não se lhe aplicariam. O fiador não seria um consumidor, “na verdadeira [acepção] do termo” — participaria no contrato “numa qualidade diversa da de consumidor[]”.

Excluída a aplicação dos arts. 8.º e 9.º da Lei de Defesa dos Consumidores, o Supremo Tribunal de Justiça explica que o dever pré-contratual de comunicação, previsto no art. 5.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, não foi infringido pelas seguintes razões. Em primeiro lugar, o conteúdo do contrato foi comunicado à recorrida pela notária. Em segundo lugar, o contrato foi assinado pela recorrida. Como a assinatura da recorrida consta da última

² As *razões justificativas* dos deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento e de informação do *aderente* previstos nos arts. 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais procederiam, *a pari*, para os casos em que o *aderente* fosse um *fiador*. “Os deveres de comunicação e de informação decorrentes da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais abrange[riam] as cláusulas das quais resulta[ssem] obrigações para o fiador, sendo irrelevante que as mesmas t[ivessem] como destinatário principal e originário o devedor principal”.

página, teria sido cumprido *pela mutuante* o dever de comunicação previsto pelo art. 5.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Em terceiro lugar, a recorrida declarou que conhecia “perfeitamente” o conteúdo do contrato. O Supremo Tribunal de Justiça chama ao caso um princípio de *auto-responsabilidade*, declarando que a recorrida tinha o ónus de se *esclarecer* ou de se *informar* a si própria : “não tendo sido provado que a Recorrida tivesse sido pressionada ou coagida a assiná-lo de imediato, se tivesse agido com a devida diligência, teria dispendido algum tempo a ler as cláusulas que estava a subscrever, pedindo os esclarecimentos que entendesse necessários”.

Entre a alegação da recorrida de que desconhecia o conteúdo do contrato e a declaração, constante de documento autêntico, de que o conhecia “perfeitamente” haveria uma *contradição*. O acórdão sugere, sem o sustentar, que a *contradição* faria com que devesse aplicar-se o princípio da proibição do *abuso do direito*, concretizado no sub-princípio da proibição do *venire contra factum proprium*:

“a recorrida [...] declarou conhecer perfeitamente o conteúdo do documento complementar, não tendo portanto requerido qualquer esclarecimento adicional[;] não pode agora vir invocar o desconhecimento [das] cláusulas, para efeitos de se eximir ao respectivo cumprimento, quando esse desconhecimento apenas resultou da sua falta de diligência”.

O Supremo Tribunal de Justiça dá como exemplo os casos “em que o contraente foi colocado em posição de conhecer [as] cláusulas [não negociadas] e assina sem ler o que estava a assinar e sem ter qualquer preocupação de se assegurar do respectivo teor”.

Finalmente, o Supremo declara que não ficou provado que tivesse sido o marido da recorrida a dar-lhe “uns papéis para assinar” e que, ainda que tal tivesse ficado provado, a “delegação” da competência para as decisões financeiras no marido não excluía que fosse responsável pelas decisões

delegadas. “[S]e o marido da Recorrida lhe dava papéis para assinar e esta os assinava sem ler, *sibi imputet*”.

3. (Cont.) Os contra-argumentos deduzidos pelo Conselheiro Júlio Gomes

O acórdão foi tirado por maioria, com um voto de vencido do Conselheiro Júlio Gomes. Os pontos da discórdia eram sobretudo três. Em primeiro lugar, o Conselheiro Júlio Gomes colocava em dúvida a afirmação de que o fiador não é um consumidor, “pelo menos quando o devedor principal é, ele próprio um consumidor e o fiador presta a fiança fora de qualquer actividade profissional”. Em segundo lugar, sustentava que tinha sido infringido o dever pré-contratual de *comunicação* do art. 5.º e, em terceiro lugar, que tinham sido infringidos os deveres pré-contratuais de *esclarecimento* e de *informação* do art. 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

O art. 5.º, n.º 1, exigiria que a comunicação fosse feita pelo autor ou, pelo menos, pelo utilizador das cláusulas contratuais não negociadas — e o utilizador das cláusulas não provou que a tivesse feito. O art. 5.º, n.º 2, exigiria que a comunicação fosse feita com a “antecedência necessária para que [...] se torn[asse] possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem us[asse] de normal diligência”.

Os dois Conselheiros, que fizeram a maioria no colectivo, aceitavam que a comunicação das cláusulas à fiadora, feita através da leitura do conteúdo do documento no momento da escritura pública, era uma comunicação adequada e com a “antecedência necessária”.

O Conselheiro Júlio Gomes impugnava-o, alegando que o momento da escritura não seria o momento adequado para pedir “grandes esclarecimentos” sobre o alcance e os riscos da fiança.

Por um lado, por causa da “pressão social” — por ser “delicado” perguntar pelo alcance das cláusulas contratuais pré-elaboradas, pondo em perigo a conclusão de um contrato de que os compradores precisavam — e, por outro lado, por ser

“delicado” perguntar pelos riscos do não cumprimento (não pagamento do preço) no momento da conclusão do contrato. O Conselheiro Júlio Gomes falava, p. ex., de “colocar os cenários do incumprimento em cima da mesa”.

O art. 5.º, n.º 2, exigiria ainda que a comunicação fosse feita de forma adequada “para que [...] se torn[asse] possível o seu conhecimento completo e efectivo” e o art. 6.º, que a comunicação fosse completada pelo esclarecimento “[dos] aspectos cuja aclaração se justificasse”.

O utilizador não teria feito da prova de que cumprira o dever de comunicação do art. 5.º — e, ainda que o tivesse feito, não poderia ter feito a prova de que cumprira o dever de esclarecimento do art. 6.º, por se justificar, pelo menos, a aclaração do significado dos termos “exclusão do benefício da excussão prévia”.

“Para um leigo — mormente com a 4.ª classe como a autora — é apenas mais uma frase ininteligível, no meio da ‘algaraviada’ jurídica. Em suma, o leigo muitas vezes não sabe sequer o suficiente para se aperceber das cláusulas ou de todas as cláusulas que lhe são prejudiciais”.

O Conselheiro Júlio Gomes concluía sustentando, *explicitamente*, que as cláusulas não tinham sido comunicadas com a antecedência necessária e, *implicitamente*, que, ainda que tivessem sido comunicadas com a antecedência necessária, sempre o teriam sido com violação dos deveres de esclarecimento e de informação do art. 6.º, “de molde a que não [seria] de esperar o seu conhecimento efectivo”. A circunstância de não terem sido comunicadas com a antecedência necessária faria com que devessem ter-se por excluídas do contrato singular, por aplicação da alínea a) do art. 8.º; a circunstância de terem sido comunicadas com violação dos deveres de esclarecimento e de informação do art. 6.º, essa, faria com que devessem ter-se por excluídas do contrato singular por aplicação da alínea b) do art. 8.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

4. O problema das fianças intrafamiliares no direito comparado

Michael J. Trebilcock, autor de um dos livros mais importantes sobre a liberdade contratual publicados no último meio-século ³, tem uma frase particularmente significativa sobre as relações familiares : “*Family relations are often characterized by both overt and covert coercion*” ^{4 5}. O caso das *garantias* e, sobretudo, das *garantias pessoais* prestadas no contexto das relações familiares é um caso paradigmático. Em quase todos os casos de *garantias pessoais* prestadas no contexto de relações familiares há uma *diminuição da liberdade* ou, pelo menos, o *perigo* de uma *diminuição da liberdade*.

Na Alemanha, o *leading case* foi decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Federal de 16 de Março de 1999 e pelo acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 19 de Outubro de 1993 ⁶; na Inglaterra, pelo acórdão da *House of Lords* de 21 de Outubro de 1993 (*Barclays Bank plc v. O'Brien*) e, na Holanda, pelo acórdão do Supremo Tribunal de 1 de Junho de 1990 (*van Lanschot Bankiers v. Bink*).

³ Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1993 ; sobre o contributo de Trebilcock para a filosofia do direito dos contratos, vide designadamente Peter Benson, “Introduction”, in: Peter Benson (coord.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, págs. 1-18; Jody S. Kraus, “Philosophy of Contract Law”, in: J. Coleman and S. Shapiro (coord.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 687-751; Peter Benson, “Contract”, in: Dennis Patterson (coord.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Wiley-Blackwell, Chichester (West Sussex), 2010, págs. 29-63.

⁴ Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, in: Peter Benson (coord.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, págs. 45-85 (59).

⁵ O termo *coercion* não é particularmente fácil de traduzir : por um lado, parece designar um comportamento determinado por uma *intenção* ; por outro lado, parece designar um comportamento determinado por uma *intenção específica* — pela intenção de limitar a liberdade de outrem [cf. Scott Anderson, “Coercion”, in: Edward N. Zalta (coord.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), in: WWW: = < <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/coercion/> >]. Em termos muito amplos e genéricos, o termo *coercion* designa uma *perturbação significativa da possibilidade fáctica de autodeterminação*.

⁶ O acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão é transcrito, ainda que parcialmente, em Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3.^a ed., Springer, Wien / New York, 2009, págs. 1308-1312, e está traduzido para inglês em Basil S. Markesinis / Hannes Unberath / Angus Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, págs. 744-751.

Os factos apreciados e discutidos pelos tribunais alemães e pelos tribunais holandeses relacionavam-se com uma *garantia pessoal* prestada nas relações entre pais e filhos. No caso alemão, a garantia fora prestada por uma filha ao seu pai. Entre a *dívida garantida* e o *património do garante*, ou entre a *divida garantida* e os *rendimentos do garante*, havia uma *grosseira desproporção* : a *divida garantida* era cerca de 100 vezes superior ao rendimento mensal do garante ⁷. No caso holandês, a garantia fora prestada por uma mãe a um filho ⁸. Os factos apreciados e discutidos pelos tribunais ingleses, esses, relacionavam-se com uma garantia pessoal prestada nas relações entre cônjuges. Com algum sentido de humor, falou-se a propósito de *divida sexualmente transmitida* (*sexually transmitted debt* ⁹) ¹⁰.

⁷ Sobre o desenvolvimento da jurisprudência dos tribunais alemães, em tema de *validade* das garantias prestadas no contexto das relações familiares, antes e depois do acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 19 de Outubro de 1993, vide, p. ex., sobre as suas *causas* e as suas *consequência*, vide, p. ex., Mathias Habersack / Reinhard Zimmermann, “Legal Change in a Codified System : Recent Developments in German Security Law”, in : *Edinburgh Law Review*, vol. 3 (1999), págs. 272-293 (esp. págs. 275-280) ; Daniel Schnabl, *Neue Entwicklungen der Rechtssprechung zu sittenwidrigen Bürgschaften*, institut für Deutsches und Internationales Bank- und Kapitalmarktrecht, Leipzig, 2002, in : WWW : < <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2002-12-07-06.pdf> >; Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, G. J. Wiarda Institute / Utrecht University Institute for Legal Studies, Utrecht, 2007, págs. 272-293.

⁸ Para a apresentação do problema como um *problema comum a todos os Estados europeus*, vide designadamente Mathias M. Siems, “No Risk, No Fun? Should Spouses Be Advised before Committing to Guarantees? A Comparative Analysis”, in: *European Review of Private Law*, vol. 10 (2002), págs. 509-528; Aurelia Colombi-Ciachi, “Non-Legislative Harmonization : Protection from Unfair Suretyships”, in : Stefan Vogenauer / Stephen Weatherill (coord.), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, págs. 197-205 ; Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, cit., esp. págs. 2-14 e 479-512 ; para a representação do problema como um *problema europeu*, em relação ao qual o anteprojecto de um “quadro comum de referência” continha princípios e regras específicos, Martijn W. Hesselink, *CFR & Social Justice*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2008.

⁹ Belinda Fehlberg, *Sexually Transmitted Debt. Surety Experience and English Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

¹⁰ Para a explicitação das diferenças entre o tratamento dado pelos tribunais alemães ao caso das fianças entre cônjuges e ao caso das fianças entre pais e filhos, vide Mathias Habersack / Reinhard Zimmermann, “Legal Change in a Codified System : Recent Developments in German Security Law”, cit., págs. 282-286.

O Tribunal Constitucional Federal alemão propôs-se relacionar o problema com o fenómeno da *constitucionalização do direito civil* ¹¹.

Entre os *pontos assentes*, por serem *pontos de consenso* entre as doutrinas da *eficácia imediata* e da *eficácia mediata* dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, encontrar-se-ia o dever de concretização das cláusulas gerais do direito civil de acordo com os princípios e aos valores do direito constitucional (= de acordo com a “ordem de valores” do direito constitucional)

¹². O Tribunal Constitucional convocava a cláusula geral dos *bons costumes* do §

¹¹ Considerando o caso apreciado e decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 19 de Outubro de 1993 como o *caso mais célebre* de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (= entre sujeitos de direito privado), Jan M. Smits, “Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View”, in: Tom Barkhuysen / Siewert Lindenbergh (coord.), *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2006, págs. 9-22 (12).

¹² Cf. designadamente Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184 (1984), págs. 201-246 e vol. 185 (1985), págs. 9-12 = *Gesammelte Schriften*, vol. I — *Rechtstheorie*, De Gruyter, Berlin, 2012, págs. 727-773; Johannes Hager, “Grundrechte im Privatrecht”, in: *JZ. Juristenzeitung*, 1994, págs. 373-383; Benedita MacCrorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005; Aurelia Colombi-Ciacchi, “The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice”, in: *European Review of Contract Law*, 2006, págs. 167-180; Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits of Freedom of Contract in Europe”, in: *European Review of Contract Law*, 2006, págs. 257-274; Johannes Hager, “Fundamental Rights in National (namely, German) Contract Law”, in: Stefan Grundmann (org.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, págs. 21-34; Olha Cherednychenko, “Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?”, in: Stefan Grundmann (org.), *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., págs. 35-60; Aurelia Colombi-Ciacchi, “Social Rights, Human Dignity and European Contract Law”, in: Stefan Grundmann (org.), *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., págs. 149-160; Jörg Neuner, “O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental”, in: *Revista da ESMESC*, vol. 15 (2008), págs. 75-106; Roberto Calvo, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Giuffrè, Milano, 2010; Aurelia Colombi Ciacchi, “National and European Fundamental Rights in European Private Law: A Shield Against the Instrumentalisation of Private Law”, in: Christian Joerges / Tommi Ralli (coord.), *European Constitutionalism without Private Law. Private Law without Democracy*, in: ARENA Report No 3/11 / RECON Report No 14, págs. 111-125; Karl Larenz / Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10.^a ed., C. H. Beck, München, 2012, págs. 44-52; Benedita MacCrorie, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Livraria Almedina, Coimbra, 2013, págs. 191-213 e, de uma forma mais desenvolvida, Benedita MacCrorie, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e os contratos de longa duração”, in: Nuno Manuel Pinto Oliveira / Benedita MacCrorie (coord.), *Em torno de Life time contracts. Actas do colóquio internacional organizado pelo pelo grupo de investigação em Direito privado — fenómenos de constitucionalização, de materialização e de socialização do Centro de investigação interdisciplinar em Direitos humanos da Universidade do Minho no dia 15 de Maio de 2015*, págs. 115-129, in: WWW: < https://issuu.com/direitoprivado/docs/em_torno_de_life_time_contracts

138, n.ºs 1 e 2, do Código Civil alemão ¹³, para concluir que devia concretizar-se de acordo com os princípios e valores protegidos pelo *direito ao desenvolvimento da personalidade* ¹⁴. “Se o conteúdo de um contrato é excepcionalmente oneroso para uma das partes [...], [os tribunais] devem averiguar se tal conteúdo é a consequência de uma *desequilíbrio estrutural* entre as partes e, caso afirmativo, devem corrigi-lo, convocando as cláusulas gerais do direito privado” ¹⁵.

Entre os *critérios relevantes* para determinar se a *fiança* ainda era ou já não era compatível com a cláusula geral dos *bons costumes*, concretizada através do *direito ao desenvolvimento da personalidade* — entre os *critérios relevantes* para determinar se a *fiança* ainda era *válida* ou já era *inválida* — encontrar-se-iam, em especial, os dois seguintes. Em primeiro lugar, um *critério objectivo*, concretizado na *proporção* ou na *desproporção entre a dívida garantida e o património* do garante ou na *desproporção entre a dívida garantida e os rendimentos* do garante (= do fiador). Em segundo lugar, um *critério subjectivo*, concretizado na *situação de dependência ou de independência, de experiência ou de in experiência, de fragilidade ou de não fragilidade* do garante em relação ao devedor ou ao credor ¹⁶.

Evitando os percursos sinuosos da *constitucionalização do direito civil* ¹⁷, os tribunais holandeses sustentaram que o problema estava sobretudo em que a

>.

¹³ O n.º 1 do § 138 corresponde sensivelmente ao art. 280.º do Código Civil português ; o n.º 2 do § 138 do Código Civil alemão, aos arts. 282.º e 283.º do Código Civil português, sobre os *negócios usurários*, com a diferença de que no § 138 do Código Civil alemão os negócios usurários são *nulos* e nos arts. 282.º e 283.º do Código Civil português eles são, tão-só, *anuláveis*.

¹⁴ Cf. art. 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha : “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”

¹⁵ Cf. acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 19 de Outubro de 1993 (C — II, 3).

¹⁶ Sobre os fundamentos constitucionais da correcção judicial dos contratos cujo conteúdo seja injusto, vide designadamente Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, esp. nas págs. 132-176.

¹⁷ Em todo o caso, conhecidos ou, pelo menos, não desconhecidos da doutrina e da jurisprudência da Inglaterra [cf. designadamente Stathis Banakas, “The Constitutionalisation of Private Law in the UK: Is There an Emperor Inside the New Clothes?”, in: Tom Barkhuysen /

decisão do garante não uma *decisão esclarecida* e os tribunais ingleses, que não era uma *decisão livre*, por ter sido contaminada por uma *influência indevida* (por uma *undue influence*).

O tema encontra-se dentro de uma *área* ou de um *domínio* localizado a *meio-caminho* entre o *direito da família* e o *direito das obrigações*. Peter Gauch propôs designá-lo falando de um *Familienschuldrecht* ¹⁸ — de um “direito obrigacional da família” ou de um “direito familiar das obrigações”. Os artigos publicados sobre o tema, em especial os comentários ao acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 19 de Outubro de 1993, oscilam entre os dois pólos — entre o pólo do *contrato* e o pólo da *família*; entre o pólo constituído pelo princípio ou valor da *liberdade* (no *contrato*) e o pólo constituído pelo princípio ou valor da *solidariedade* (na *família*). Entre os corolários da *bipolaridade* do tema está o contraste entre os argumentos deduzidos por dois grandes civilistas alemães, de excepcional prestígio e qualidade — Canaris e Teubner.

Canaris representa o problema situando-o sobretudo no sistema do direito das obrigações e, em especial, do direito dos contratos ¹⁹; Teubner representa-o, situando-o sobretudo no sistema do direito da família ²⁰. Em Canaris, o *dever de protecção* relacionar-se-ia com o princípio ou o valor constitucional da *liberdade*; em Teubner, com o princípio ou o valor constitucional da

Siewert Lindenbergh (coord.), *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2006, págs. 83-96] e da Holanda [cf. designadamente Siewert Lindenbergh, “The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands”, in: Tom Barkhuysen / Siewert Lindenbergh (coord.), *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2006, págs. 97-128].

¹⁸ Peter Gauch, “Familienschuldrecht”, in: *Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag / Famille et droit : mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65e anniversaire*, Universitätsverlag, Freiburg / Schweiz, 1995, págs. 249-272.

¹⁹ Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht — eine Zwischenbilanz”, in: *Schriftenreihe des Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, vol. 159 (1999), págs. 5-7 e 9-98 = *Gesammelte Schriften*, vol. I — *Rechtstheorie*, De Gruyter, Berlin, 2012, págs. 641-725 — com tradução para português de Paulo Mota Pinto e de Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado* (título original: *Grundrechte und Privatrecht*), Livraria Almedina, Coimbra, 2003, esp. págs. 73 e 107 ss.

²⁰ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 83 (2000), págs. 388-404.

solidariedade — não de uma *solidariedade genérica*, e sim de uma *solidariedade específica*; não daquela *solidariedade genérica* que se encontra entre os membros de uma *sociedade*, e sim daquela *solidariedade específica* que se constitui, e só se constitui, entre os membros de uma *família*.

5. Os pontos de partida para a construção de critérios de decisão constitucionalmente adequados. O caso das fianças intrafamiliares como um problema de protecção da autonomia privada (em sentido material)

Canaris pressupõe que o problema está, exclusiva ou essencialmente, na representação do sentido do conceito constitucional de *autonomia*. Entre os princípios ou valores protegidos pelas normas de direitos fundamentais encontrar-se-ia a *autonomia privada* — o art. 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha protegeria a *autonomia privada* e, como corolário da autonomia privada, a *liberdade contratual* ²¹. Ora conceito de *autonomia privada* implícito no art. 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental pode designar duas coisas — a *autonomia privada* em sentido *formal* ou a *autonomia privada* em sentido *material*. O conceito de *autonomia* em sentido formal refere-se a uma *autonomia de direito*, insensível aos contextos de facto (contextos sociais) em que a autonomia há-de concretizar-se; o conceito de *autonomia* em sentido material, a uma *autonomia* simultaneamente *de direito e de facto* ²². Entre os

²¹ Claus-Wilhelm Canaris, “Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft”, in: Peter Badura / Rupert Scholz (coord.), *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1993, págs. 873-891 = *Gesammelte Schriften*, vol. I — *Rechtstheorie*, De Gruyter, Berlin, 2012, págs. 871-890 — com tradução para português: “A liberdade e a justiça contratual na ‘sociedade de direito privado’”, in: *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica, Porto, 1997, págs. 49-66.

²² Sobre os conceitos de autonomia privada em sentido formal e em sentido material, Franz Wieacker, *História do direito privado moderno* (título original: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*), 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, págs. 679-722; Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*), Milan, Guerini, 1996, págs. 463-484; Claus-Wilhelm Canaris, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts — Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200 (2000), págs. 273-364 =

dois termos da alternativa, Canaris prefere o segundo : “a autonomia privada — constitucionalmente garantida — não pode[ria] ser entendida apenas num sentido formal, mas antes também materialmente” ^{23 24}.

6. (Cont.) O dever de protecção da *autonomia privada*

Explicitado o conceito de *autonomia privada* implícito no art. 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, como designando uma *autonomia privada* em sentido material, pôr-se-ia o problema da vinculação dos particulares pelos princípios e valores constitucionais. Canaris propõe-se reconstruí-lo, distinguindo dois tipos de deveres do Estado em tema de *direitos fundamentais*.

Em primeiro lugar, as normas de direitos fundamentais constituiriam o Estado em deveres de conteúdo negativo (em *deveres de omissão*). Canaris fala dos

Gesammelte Schriften, vol. III — *Privatrecht*, De Gruyter, Berlin, 2012, págs. 259-348; Graf-Peter Callies, “Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips”, in: *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2000 — *Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart / München / Hannover / Berlin / Weimar / Dresden, 2001, págs. 85-110; Stefan Grundmann, “European Contract Law(s) — Of What Colour?”, in: *European Review of Contract Law*, vol. 1 (2005), págs. 184-210; Marietta Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2005; Michael Martinek, “Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch” (2005), in: WWW: < <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=375#sdfootnote7sym> >; Ralf Michaels, “Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht” (2011), in: WWW: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938441 >, págs. 29-31; Stefan Grundmann, “The Future of Contract Law”, in: *European Review of Contract Law*, vol. 6 (2011), págs. 490-527 (sobretudo págs. 500-509) ; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Formalisation’ et ‘matérialisation’ en droit européen des contrats”, em curso de publicação em *Jurisprudence — revue critique*; Idem, “Os princípios de um ‘personalismo ético’ como projecto de ‘materialização’ do direito privado”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013; Idem, “O conceito de ‘materialização’ da liberdade contratual”, in: Yanko Marcus de Alencar Xavier / Fabrício Germano Alves / Anderson Souza da Silva Lanzillo / José Carlos de Medeiros Nóbrega (coord.), *Perspectivas atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa*, vol. II — *Relações Contratuais e Comércio Eletrónico*, EDUFRRN — Editoria da UFRN, Natal, 2014, págs. 25-47.

²³ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 73.

²⁴ Cherednychenko usa a expressão (algo enigmática) *society-based contract law — Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, cit., pág. 10.

direitos fundamentais como “proibições de intervenção” (*Eingriffsverbote*). Em segundo lugar, as normas de direitos fundamentais constituiriam o Estado em deveres de conteúdo positivo (em *deveres de acção*). Canaris fala dos direitos fundamentais como “imperativos de intervenção” e, sobretudo, como “imperativos de tutela” (*Schutzgebote*)²⁵. Os efeitos dos direitos fundamentais como “proibições de intervenção” seriam *mais fortes*; os efeitos dos direitos fundamentais como “imperativos de intervenção”, esses, seriam *mais fracos* (“mais ténue[s]”): “não pode[ria] [...] impor-se ao Estado, no âmbito das omissões, o mesmo ónus de fundamentação e de legitimação que no domínio das actuações interventivas”²⁶.

Entendidos como “imperativos de intervenção” e, em especial, como “imperativos de tutela”, como *Schutzgebote*, os direitos fundamentais exigiriam ao Estado duas coisas: por um lado, que a intervenção não ficasse *abaixo* do *mínimo necessário* (princípio da “proibição da insuficiência” ou *Untermassverbot*)²⁷ e, por outro lado, que, caso a intervenção ficasse *acima* do *mínimo necessário*, não fosse *excessiva* (princípio da “proibição do excesso” ou *Übermassverbot*)²⁸.

7. (Cont.) O dever de protecção da *autonomia privada* no caso das fianças

O caso das garantias pessoais prestadas no contexto das relações familiares relacionar-se-ia precisamente com os “imperativos de intervenção” e, em especial, com os “imperativos de tutela”.

²⁵ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 56-75.

²⁶ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 65.

²⁷ Como explica Canaris, a “proibição da insuficiência” destinar-se-ia a garantir que a protecção dos direitos fundamentais satisfizesse “exigências mínimas”, “deixa[ndo] frequentemente diversas possibilidades de variação em aberto” (*Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 119, 122-125 e 138-139).

²⁸ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 65.

O aplicador do direito deveria perguntar-se: O Estado terá um *dever de intervenção* nas relações jurídicas privadas para proteger a *autonomia privada* em sentido material do *garante*?

Canaris dá-lhe uma *resposta afirmativa*: Em princípio, “[a] função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela desenvolve os seus efeitos [...] em relação à autovinculação das partes por contrato”²⁹.

O Estado teria um dever ou uma incumbência (nos precisos termos de Canaris: uma “genuína incumbência”) de protecção³⁰ — o dever ou a incumbência de “assegurar, tão amplamente quanto possível, que o acto de autonomia privada pelo qual se restringe um direito fundamental se baseia, não apenas formalmente, isto é, juridicamente, mas também materialmente, isto é, facticamente, numa decisão livre da parte contratual afectada”³¹.

Face à *resposta afirmativa* à questão da *existência* de um dever de protecção do *garante*, deveria pôr-se a questão do *conteúdo* do dever de protecção, cuja *existência* ficara estabelecida; ou seja: dos critérios adequados para proporcionar ao *garante* o *mínimo de protecção* exigido pelos princípios e pelos valores constitucionais.

Entre os dois requisitos da intervenção do Estado — entre a “proibição da insuficiência” e a “proibição do excesso” —, deveria atender-se sobretudo ao primeiro, ou seja: à “proibição da insuficiência”. O Estado deveria “proteger os bens jurídicos fundamentais perante intervenções fácticas pelos outros sujeitos de direito e o de assegurar a sua efectiva capacidade funcional”³².

Estando em causa garantias prestadas no contexto de relações familiares, há um *perigo sério* de que a *intervenção fáctica de sujeitos de direito privado* corresponda a uma *diminuição*, por *instrumentalização*, da autonomia privada — em sentido formal (jurídico), o *garante* terá, sempre ou quase sempre, plena *autonomia privada*; em sentido material (fáctico), poderá tê-la ou não. O facto

²⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 71.

³⁰ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 71.

³¹ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 72-73.

³² Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 107.

de as relações familiares serem, *frequentemente*, caracterizadas pela diminuição da liberdade, faz com que uma a “capacidade funcional” do bem jurídico fundamental *autonomia privada* fique, *frequentemente*, comprometida — o garante que desconhece o alcance da sua vinculação ou que, conhecendo-o, decide sob a influência dos seus *sentimentos* não dispõe de *autonomia privada* em sentido material.

Canaris admite que “uma concreta parte pode carecer em determinadas condições de ser protegida perante a vinculação a um contrato que lhe é desvantajoso ou perigoso” ³³. O critério da *carência de protecção* deveria encontrar-se na *afecção considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação* — a protecção de uma “concreta parte” perante a vinculação a um contrato desvantajoso é exigida pelos princípios e pelos valores constitucionais em todas as circunstâncias, “em que, por ocasião da [...] conclusão [do contrato], estivesse consideravelmente afectada a sua possibilidade fáctica de autodeterminação, no exercício da autonomia privada” ³⁴.

8. (Cont.) Os critérios da *carência de protecção do fiador*

I. — Os critérios da *carência de protecção* de cada concreta parte, por causa da *afecção considerável da sua possibilidade fáctica de autodeterminação*, seriam sobretudo os três seguintes :

Em primeiro lugar, a *ilicitude* da intervenção de terceiros ³⁵.

Em segundo lugar, a *tipicidade* das *situações de perigo*.

Canaris explica que “a ordem jurídica tem de facultar instrumentos tais que, vistos na sua globalidade e para situações de perigo típicas, garantam uma protecção suficiente dos bens jurídicos fundamentais” ³⁶. Em relação a *situações de perigo típicas*, o Estado tem um “imperativo de intervenção”; a ausência de

³³ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 73.

³⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 73.

³⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 110.

³⁶ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 110.

intervenção do Estado deve ser tratada constitucionalmente sob o ponto de vista da “proibição da insuficiência” ; em relação a *situações de perigo atípicas*, i.e., a “facto[s] de perigo individual”, não o tem ³⁷.

Em terceiro lugar, como contributo para a distinção entre *situações de perigo típicas* e *situações de perigo atípicas*, encontrar-se-ia o critério da *dependência* ³⁸. Caso a concreta parte dependesse, material ou moralmente, de terceiros (p. ex., da concreta contraparte, ou das concretas partes de um contrato coligado), haveria um indício de uma *afecção considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação*.

II. — Os três critérios principais articular-se-iam entre si nos termos do chamado “sistema móvel” ³⁹ : por um lado, seriam critérios “abertos a uma [...] uma ponderação” e, por outro lado, seriam critérios sujeitos a uma substituição recíproca, desde que o seu “peso” relativo o explicasse e/ou justificasse ⁴⁰. O facto de não haver, p. ex., *ilicitude* poderia ser compensada pela particular *intensidade* da *dependência* do titular do direito fundamental em relação a terceiros ou pela particular *frequência* da *situação de perigo típica*.

III. — Canaris complementa-os com quatro critérios acessórios : a relação de *hierarquia* entre os direitos fundamentais; a *gravidade* da ofensa, ou da ameaça de ofensa, e a *probabilidade* de consumação da ameaça de ofensa ao bem jurídico-constitucionalmente protegido ⁴¹ ; a possibilidade de *auto-protecção* do titular do direito fundamental ⁴². Os quatro critérios “funciona[riam]

³⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 110: “sem que concomitantemente a criação de cada facto de perigo individual deva ser tratado constitucionalmente sob o ponto de vista da proibição da insuficiência”.

³⁸ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 111: “*dependência* do titular do direito fundamental em relação ao comportamento do outro sujeito de direito privado”.

³⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 112 ss.

⁴⁰ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 112.

⁴¹ Canaris fala, alternadamente, da “*intensidade* da ameaça”, do maior ou menor perigo (de consumação da ameaça) e da “*intensidade* do perigo” — *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 113-114.

⁴² Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 112-115.

conjuntamente”⁴³, havendo de descrever-se a sua inter-relação através de “proposições comparativas, com a estrutura ‘quanto mais e quanto mais forte, tanto mais’”⁴⁴: “quanto maior é o nível do direito fundamental afectado, quanto mais [grave] a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção”⁴⁵.

9. (Cont.) Os critérios da *validade* ou da *invalidade* das fianças intrafamiliares prestadas por fiadores *carecidos de protecção*

O problema da *validade* ou da *invalidade* das garantias pessoais prestadas no contexto de relações familiares consistiria em determinar se o Estado tem um dever de protecção da *autonomia privada* de cada uma das partes de um contrato. Em determinar se o Estado tem um dever de protecção do *garante*. Os critérios deduzidos conduziriam à conclusão de que o Estado tem um “imperativo de intervenção”, concretizado através de um “imperativo de tutela” do *garante*.

Entre os instrumentos adequados para a “intervenção” encontrar-se-ia, ou deveria, encontrar-se a cláusula geral dos *bons costums* do § 138, n.ºs 1 e 2, do Código Civil alemão : a cláusula geral dos *bons costumes* deveria ser interpretada de forma a proteger a *autonomia privada* em sentido material contra *situações de perigo típicas*, designadamente por causa da dependência do *garante* em relação ao comportamento do *familiar*, devedor do crédito garantido.

⁴³ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 138.

⁴⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 114 e 138.

⁴⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 114.

10. O caso das fianças intrafamiliares como um problema de protecção da família (da *solidariedade familiar*)

Entre Canaris e Teubner há uma diferença fundamental :

Canaris representa as garantias pessoais prestadas no contexto de relações familiares como um problema de *perturbação do equilíbrio* na relação entre dois indivíduos (entre as *partes* de uma *relação contratual*). Teubner representa-o como um problema de *perturbação da estabilidade* na relação entre duas instituições (como um problema de “colisão de instituições sociais” ⁴⁶). Implícita na diferença entre as *representações* do problema, de alcance mais restrito, das “garantias intrafamiliares” está a diferença entre as *representações* de um problema de alcance mais amplo. A *construção* preconizada por Canaris pressupõe uma *compreensão individual* das normas de direitos fundamentais. O *ponto de referência* das normas de direitos fundamentais seria o indivíduo. A *reconstrução* preconizada por Teubner, essa, pressupõe uma *compreensão institucional* ⁴⁷. — Em texto recente, Teubner alega que os direitos fundamentais devem interpretar-se atendendo, simultaneamente, à sua dimensão *individual* e à sua dimensão *colectivo-institucional* ⁴⁸. — O *ponto de referência* das normas de direitos fundamentais seriam (sobretudo ?) as *instituições* de uma “ordem social diferenciada” ⁴⁹. Em Canaris as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação entre o Estado e os indivíduos (*eficácia vertical*) ou na relação entre indivíduos (*eficácia horizontal* ou *eficácia em relação a terceiros*) ; em Teubner produzem (sobretudo) efeitos na relação entre *instituições*.

⁴⁶ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 390.

⁴⁷ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 390.

⁴⁸ Cf. Isabell Hensel / Gunther Teubner, “Matrix Reloaded. Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias”, in: *Kritische Justiz*, 2014, págs. 152-170 (153).

⁴⁹ Sobre a *compreensão institucional* dos direitos fundamentais, vide desenvolvidamente Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1974 — com tradução para castelhano : *Los derechos humanos como institución (aportación a la sociología política)*, Universidad Iberoamericana, México, 2010.

11. (Cont.) O dever de protecção da *família* (da *solidariedade familiar*)

Teubner dá ao termo *família* o sentido de uma “esfera de autonomia protegida pelas normas de direitos fundamentais” ⁵⁰ — p. ex., pelo art. 6.º, n.º 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha ⁵¹, ou pelo art. 36.º da Constituição da República Portuguesa.

A *esfera de autonomia da família* deveria ser protegida, simultaneamente, contra os sistemas de acção política (contra o Estado) e contra os sistemas de acção social (p. ex., contra a economia) ⁵². O caso das fianças *ameaçadoras da existência* ou *ruinosas* seria, precisamente, um caso de conflito entre a *lógica de acção* do sistema social “economia” e a *lógica de acção* do sistema social “família”. Ora o conflito entre as duas *lógicas de acção* — entre as *lógicas de acção* dos dois *sistemas sociais* — deveria reconstruir-se como um *conflito entre direitos fundamentais*. Entre as normas de *direitos fundamentais* por que se protege a liberdade de cada indivíduo agir de acordo com a *lógica de acção* do sistema “economia” e as normas de *direitos fundamentais* por que se protege a liberdade de cada indivíduo agir de acordo com a *lógica* do sistema “família”.

O problema seria sobretudo um problema de protecção do *sentido da família* contra o perigo de uma “colonização” pela *lógica da acção económica (racional)*. Teubner põe a pergunta se “[a] ‘colonização do mundo da vida’ — no caso, a ‘colonização’ da *família* — através da *acção económica racional* é um caso de eficácia em relação a terceiros, de *Drittwirkung*, do art. 6.º da Lei Fundamental [...]?” ⁵³ — e, pondo a pergunta, dá-lhe uma resposta afirmativa. A esfera de autonomia protegida pelo art. 6.º da Lei Fundamental produziria ou, pelo

⁵⁰ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 390.

⁵¹ “O casamento e a família estão sob a protecção especial da ordem estatal”.

⁵² Sobre as razões explicativas / justificativas da protecção constitucional da família, como “espaço de auto-apresentação pessoal” ou “esfera de autonomia”, vide Niklas Luhmann, *Los derechos humanos como institución (aportación a la sociología política)*, cit., págs. 200-204.

⁵³ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 388.

menos, deveria produzir efeitos em relação a terceiros ⁵⁴. O perigo para a *família* relacionar-se-ia sobretudo com a *subversão* da *lógica* do altruísmo e da solidariedade pela interferência da *lógica* do egoísmo.

“O espaço das comunicações intra-familiares, como uma esfera de autonomia protegida pelas normas de direitos fundamentais, [seria] lesado pela interferência da racionalidade económica” ⁵⁵.

O problema das garantias pessoais não seria um problema de *perturbação do equilíbrio* entre as partes no contrato ; por não ser um problema de *perturbação do equilíbrio*, não poderia resolver-se compensando algum *desequilíbrio* ou algum *equilíbrio perturbado* ⁵⁶.

Em lugar de um problema de perturbação do equilíbrio entre as partes de um contrato, Gunther Teubner encontra um conflito entre diferentes *áreas de acção* ou *espaços de acção* ⁵⁷. A *lógica da acção económica*, implícita no conceito de *contrato*, conflituaria com a *lógica da acção não-económica* implícita no conceito de *família*. A *lógica de acção* característica das

⁵⁴ Como Teubner tem uma *compreensão institucional* dos direitos fundamentais, o termo *eficácia em relação a terceiros* significa *eficácia dos direitos fundamentais* em relação a *instituições* ou a *sistemas sociais* [cf. Christoph Beat Graber / Gunther Teubner, “Art and Money : Constitutional Rights in the Private Sphere ?”, in : *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18 (1998), págs. 61-73 ; Varios Karavas / Gunther Teubner, “<http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegen- über „Privaten“ im autonomen Recht des Internet?”, in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Karl-Heinz Ladeur (coord.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Nomos, Baden-Baden, 2003, págs. 249-272; Isabell Hensel / Gunther Teubner, “Matrix Reloaded. Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias”, cit., págs. 152-170]. Christian Cappel sugere que o contributo de Teubner significa uma superação dos termos em que a controvérsia sobre *eficácia em relação a terceiros* (p. ex., a controvérsia entre a *eficácia mediata* e a *eficácia imediata* das normas de direitos fundamentais) era enunciada [cf. “Anachronismus einer ‘Drittwirkung’. Das kognitivistischen Konzept Karl-Heinz Ladeurs und die Matrix Gunther Teubners in grundrechtstheoretischen Spannungsfeld”, in : *Ancilla juris* (anci.ch), 2006, págs. 41-53].

⁵⁵ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 390.

⁵⁶ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 388.

⁵⁷ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 388.

comunicações não económicas, como as comunicações familiares, está ligada ao *altruísmo* e a *lógica de acção* característica das comunicações económicas, ao *egoísmo*.

Teubner fala de um choque ou de um conflito entre *lógicas de acção* incompatíveis ^{58 59} e Emmenegger, forçando um pouco as coisas, fala de um “*choque de civilizações em ponto pequeno*» ⁶⁰.

O problema jurídico das garantias prestadas no contexto de relações familiares seria o problema da instrumentalização da *família* ⁶¹: se as garantias pessoais fossem prestadas por *altruísmo* ou por *solidariedade*, a *lógica de acção* característica das comunicações não económicas seria instrumentalizada pela *lógica de acção* característica das comunicações económicas. O *altruísmo* e a *solidariedade do garante* seriam, simplesmente, *meios* para a realização dos *fins egoístas* do devedor ou do credor. Teubner fala de uma “*corrupção estrutural*” na relação entre as áreas ou espaços de acção do contrato e da família — da economia e da não economia ^{62 63}.

⁵⁸ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 390.

⁵⁹ Concordando com a *representação* do problema, Susan Emmenegger, “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft — vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen”, in : ZBJV. Zeitschrift der bernischen Juristenvereins, 2007, págs. 561-582 ; Peer Zumbansen, “Public Values, Private Contracts and the Conflicting Worlds of Family and Market”, in: *Feminist Legal Studies*, vol. 11 (2009), págs. 71-84.

⁶⁰ Susan Emmenegger, “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft — vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen”, cit., pág. 575: “‘Clash of Civilizations’ im Kleinen”.

⁶¹ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 390.

⁶² Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 392.

⁶³ Explicando, em nota de rodapé, o significado do termo “*corrupção estrutural*”, Teubner contrapõe-no a “*corrupção individual*”. “*Corrupção estrutural*” é a *corrupção das estruturas* ou das *instituições*. O termo não diz nada, de positivo ou de negativo, sobre os *participantes* nas comunicações. “*Corrupção individual*” ou “*corrupção pessoal*” é a *corrupção dos indivíduos* ou das *pessoas* (“Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 392 — nota n.º 21).

12. (Cont.) O dever de protecção da família (da *solidariedade familiar*) no caso das fianças

O raciocínio de Teubner confronta-se aqui com uma alternativa.

O fenómeno da *instrumentalização* dá-se em todas as *garantias intra-familiares*, sejam ou não garantias ameaçadoras da existência ou ruinosas. Os termos da alternativa eram dois : o primeiro consistia em aplicar os critérios desenvolvidos para a *determinação do sentido* da cláusula geral dos *bons costumes* a *todas* as garantias prestadas no contexto de relações familiares e o segundo, em aplicá-los (só) a *algumas* — às garantias ruinosas. Entre os dois, Teubner prefere o segundo — a cláusula geral dos *bons costumes* só proibiria o devedor principal de aceitar o auxílio dos seus familiares, determinado pelo altruísmo ou pela solidariedade, desde que um determinado *limite do sacrificio* fosse excedido ⁶⁴. Se as garantias se tornassem ameaçadoras da existência, só tendo sido contraídas por causa das relações familiares, não seriam só criticáveis do ponto de vista jurídico-constitucional — seriam, ou deveriam ser, proibidas ⁶⁵.

Teubner refere-se a uma *sabotagem* dos limites do sacrificio da solidariedade intra-familiar : “[n]as garantias pessoais prestadas no contexto das relações familiares, as normas que definem eficazmente os limites da solidariedade são sabotadas e, em última análise, tornadas ineficazes [deixadas sem aplicação]” ⁶⁶. O problema estaria em encontrar o *limite do sacrificio* ; em determinar o *limite antes* do qual a *garantia* seria válida e *depois* do qual seria inválida.

⁶⁴ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 392.

⁶⁵ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 390 — “[a] sua proibição está indicada”.

⁶⁶ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 392.

13. (Cont.) Os critérios da *carência de protecção da família (da solidariedade intrafamiliar)*

O *limite do sacrifício* poderia ser determinado de duas formas : *directamente*, através de *normas jurídicas* ou, *indirectamente*, através da remissão para *normas sociais*. Entre os dois termos da alternativa, deveria preferir-se o primeiro — determiná-lo *directamente*, através de *normas jurídicas* (substantivas). O legislador, com a *remissão* para *normas sociais*, faria com o julgador se confrontasse com um problema : Os *critérios demasiado abstractos* deveriam evitar-se, por significarem uma *generalização* de relações *individuais*. Teubner parte da *premissa* de que “[c]ada relação íntima procura e encontra o seu próprio limite do sacrifício” ⁶⁷ para sustentar a *conclusão* de que “[a]s relações de comunicação nas ligações íntimas são tão individuais, tão idiossincráticas, tão diferentes de família para família” que não podem ou pelo menos, não devem ser sujeitas a *standardização* “através de uma norma social geral, que deveria ser reconhecida e respeitada pelo direito” ⁶⁸. Os *critérios demasiado concretos*, esses, deveriam evitar-se, por significarem uma *juridificação* de relações *sociais* ; uma “grotesca juridificação das relações intra-familiares” ⁶⁹.

Evitando os dois extremos, os critérios demasiado abstractos e os critérios demasiado concretos, Teubner propõe um critério especificamente jurídico, consubstanciado numa *norma de incompatibilidade* (numa *strikte Inkompatibilitätsnorm* ⁷⁰) : todas as garantias pessoais *ameaçadoras da*

⁶⁷ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 393.

⁶⁸ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 393 — a *standardização* é, em princípio, o caminho errado.

⁶⁹ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 396.

⁷⁰ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 396.

existência ou *ruinosas* prestadas no contexto das relações familiares são, por si, proibidas ⁷¹.

14. (Cont.) Os critérios de *validade* ou *invalidade* das fianças intrafamiliares. O princípio da proibição das fianças intrafamiliares ameaçadoras da existência ou ruinosas

O *critério especificamente jurídico* enunciado careceria de um duplo esclarecimento. O *primeiro esclarecimento* relaciona-se com o seu *âmbito objectivo* — Que são garantias pessoais ameaçadoras da existência ? Que são garantias pessoais ruinosas, no sentido de Teubner ? — O *segundo* relaciona-se com o seu *âmbito subjectivo*. — Que são garantias “*prestadas no contexto de relações familiares*” ?

Em relação ao primeiro problema, Teubner propõe o critério da *previsível impossibilidade de pagamento pontual dos juros da dívida principal*. O garante ficaria sobrecarregado, de forma grosseira, se fosse previsível, aquando da conclusão do contrato, que não poderia sequer pagar os juros da dívida principal ⁷². Em relação ao segundo problema, Teubner propõe o critério da *proximidade emocional* ou *sentimental* — seriam garantias prestadas no contexto de relações familiares todas aquelas em que o devedor tivesse alguma *proximidade emocional* ou *sentimental* com o garante. O *âmbito subjectivo* da proibição compreenderia, ou deveria compreender, *cônjuges, unidos de facto, ascendentes, descendentes* e *afins*, sem diferenciações determinadas pela maior ou menor proximidade com o garante ⁷³.

⁷¹ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 397.

⁷² Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 398.

⁷³ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 398.

15. Complementaridade entre os *deveres de protecção da autonomia* e os *deveres de protecção da família*

Confrontando as duas perspectivas, sente-se que os dois, Canaris e Teubner, têm alguma razão. Canaris tem razão em representar a *liberdade* como uma *liberdade perturbada* ; em sustentar que a acção económica deveria conservar-se livre, ou libertar-se, da pressão familiar ⁷⁴. Teubner tem razão em representar a *solidariedade* (intra-familiar) como uma *solidariedade perturbada* ; em sustentar que a acção não-económica, determinada pelo *altruísmo* ou pela *solidariedade*, deveria conservar-se livre, ou libertar-se, da pressão económico-financeira ⁷⁵. O facto de os dois terem razão depõe fortemente no sentido de que a *alternativa* entre um “*imperativo de tutela*” da *liberdade*, tomando como *ponto de referência* o *indivíduo*, e um “*imperativo de tutela*” da *solidariedade*, tomando como *ponto de referência* as *instituições sociais*, é uma *falsa alternativa*.

O direito constitucional, seja o direito constitucional alemão, seja o direito constitucional português, pressupõe a imagem do homem como pessoa. Konrad Hesse fala, impressivamente, do “tipo de homem chamado pessoa”. O “tipo de homem chamado pessoa” estaria, simultaneamente, livre e integrado na sociedade; “por isso, [seria] convocado para colaborar na construção dos projectos de vida colectiva” ⁷⁶. Quando se atribui às normas de direitos fundamentais (só) uma *dimensão individual* ou (só) uma *dimensão colectiva-institucional* está a sobrevalorizar-se uma das dimensões da “imagem de homem” — ou a sobrevalorizar-se a representação do homem como ser *livre*, ou a sobrevalorizar-se a representação do homem como ser *integrado na sociedade*. Entre as necessidades humanas fundamentais está a de *fazer comunidades* ou de *fazer parte de comunidades* (de ser-com-o-outro) ⁷⁷. “O Estado deve protegê-

⁷⁴ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 391.

⁷⁵ Gunther Teubner, “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, cit., pág. 391.

⁷⁶ Konrad Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, pág. 43.

⁷⁷ Winfried Brugger, “Communitarianism as the Social and Legal Theory Behind the German Constitution”, in: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2 (2004), págs. 431-460 (435).

las e respeitá-las, de forma a que possam desenvolver-se tão livremente quanto possível, coordenando-se e distinguindo-se” ⁷⁸.

O “imperativo de tutela” dos princípios e dos valores constitucionais tem, consequentemente, dois corolários. Em primeiro lugar, o Estado tem um “imperativo de tutela” da *liberdade* e, em segundo lugar, tem um “imperativo de tutela” da *solidariedade familiar*. O “imperativo de tutela” da *autonomia privada*, concretizada através da *liberdade contratual*, concretiza-se, ou deve concretizar-se, em *normas sobre o procedimento* e o “imperativo de tutela” da *solidariedade (familiar)*, esse, concretiza-se ou deve concretizar-se em *normas sobre o resultado do procedimento* (em normas sobre o *conteúdo do contrato*).

Entendendo-se — como entende Canaris — que o problema é, essencialmente, um problema de *constitucionalização* e/ou de *materialização da autonomia privada*, o juízo sobre a validade ou a invalidade da *garantia* dependeria do *procedimento de formação do contrato*. Caso a *decisão* fosse *livre e esclarecida*, a *garantia* seria válida, ainda que fosse *desproporcionada* em relação ao património ou aos rendimentos do garante ⁷⁹. Entendendo-se — como entende Teubner — que o problema é, essencialmente, um problema de *juridificação* das *lógicas de acção* de instituições sociais incompatíveis, o juízo sobre a validade ou invalidade da *garantia* dependeria do *resultado do procedimento de formação do contrato* :

A fiança seria válida desde que a *diferenciação funcional* entre as duas *lógicas de acção* incompatíveis, a *lógica de acção económica*, típica da *instituição social* “contrato”, e a *lógica de acção não económica*, típica da *instituição social* “família”, estivesse *garantida pelo direito* — desde que a *fiança* pudesse explicar-se e justificar-se exclusivamente pela *lógica* de *acção económica*. A fiança não seria válida desde que a *diferenciação funcional* entre as duas *lógicas de acção*

⁷⁸ Winfried Brugger, “Communitarianism as the Social and Legal Theory Behind the German Constitution”, cit., pág. 438.

⁷⁹ Cf. Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, cit., págs. 239-240.

incompatíveis não estivesse *garantida* — desde que a *fiança* só pudesse explicar-se ou justificar-se por uma *lógica* de acção não económica.

O facto de a decisão do garante ser *livre* e *esclarecida* seria insuficiente. Caso a *garantia* fosse *desproporcionada* em relação ao património ou aos rendimentos do garante [em termos de se tornar uma garantia “ameaçadora da existência” ou “ruinosa”], seria inválida, ainda que a decisão do garante fosse *livre* e *esclarecida*. A *lógica de acção* económica da *instituição social* “contrato” teria sido *perturbada* pela *lógica de acção* não-económica da *instituição social* “família”; ter-se-ia ultrapassado o *limite do sacrifício* — a *área de acção* ou o *espaço de acção* da família teria deixado de ser a área ou o espaço privilegiado para a *auto-apresentação da personalidade*.

16. O problema das *fianças intrafamiliares* nos projectos de harmonização do direito privado europeu — em especial, no anteprojecto de um *quadro comum de referência*

O anteprojecto de um *quadro comum de referência* conforma-se com a representação de Canaris de que o problema é, essencialmente, um problema de *materialização da autonomia privada* e de que, como problema de *materialização da autonomia privada*, deve resolver-se através de *princípios* e de *regras* sobre o *procedimento*. O capítulo intitulado “*Special rules for personal security of consumers*”⁸⁰ consagra, por um lado, deveres pré-contratuais de *esclarecimento* e de *informação*⁸¹ e, por outro lado, deveres de *conselho*⁸². Existindo uma relação de confiança (*trust and confidence*) entre o devedor e o

⁸⁰ Livro IV — *Specific contracts*, Parte G — *Personal security*, Capítulo 4 — *Special rules for personal security of consumers*.

⁸¹ Cf. art. IV. G. – 4:103, n.º 1: “Before a security is granted, the creditor has a duty to explain to the intending security provider: (a) the general effect of the intended security; and (b) the special risks to which the security provider may according to the information accessible to the creditor be exposed in view of the financial situation of the debtor.”

⁸² Cf. art. IV. G. – 4:103, n.º 2: “If the creditor knows or has reason to know that due to a relationship of trust and confidence between the debtor and the security provider there is a significant risk that the security provider is not acting freely or with adequate information, the creditor has a duty to ascertain that the security provider has received independent advice”.

garante, o credor, p. ex., o banco, deveria assegurar-se de que o garante recebeu conselho independente (*independent advice*)⁸³.

A circunstância de não terem sido prestados ao garante os *esclarecimentos* ou as *informações* adequadas para que compreendesse o alcance e os riscos da decisão, ou de não ter sido prestado ao garante um *conselho independente*, faria com que o garante dispusesse do direito de denunciar o contrato⁸⁴.

17. O problema das *fianças intrafamiliares* no direito português

Os argumentos de Canaris, confortados pelo anteprojecto de um “quadro comum de referência”, fazem com que deva pôr-se uma *primeira questão* : O direito português contém *normas sobre o procedimento* adequadas para proteger a *autonomia privada* em sentido material do garante (do fiador) ? Concretizando-o, perguntar-se-á duas coisas : O credor — p. ex., o banco — terá um dever ou, pelo menos, um ónus de esclarecer o fiador sobre o *alcance* e sobre os *riscos* da garantia ? Caso o credor — p. ex., o banco — saiba, ou deva saber, que há um *risco sério* de que o garante não esteja a agir de forma esclarecida e livre, terá um dever ou, pelo menos, um ónus de assegurar que o fiador recebe *conselho independente* ?

Independentemente de um qualquer anteprojecto de um qualquer “quadro comum de referência”, os argumentos de Teubner fazem-se com que deva pôr-se uma *segunda questão*. As *fianças* ameaçadoras da existência ou ruinosas, prestadas no contexto de relações familiares, serão *permitidas* ou *proibidas* ? Serão permitidas, por serem conformes aos *bons costumes*, ou serão proibidas, por lhes serem desconformes (cf. art. 280.º, n.º 2, do Código Civil) ?

⁸³ Sobre os fundamentos de um *dever de conselho*, vide desenvolvidamente Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit, págs. 45-85.

⁸⁴ Cf. art. IV. G. – 4:103, n.º 3: “If the information or independent advice required by the preceding paragraphs is not given at least five days before the security provider signs the offer of security or the contract creating the security, the offer can be revoked or the contract avoided by the security provider within a reasonable time after receipt of the information or the independent advice. For this purpose five days is regarded as a reasonable time unless the circumstances suggest otherwise”.

Emmenegger alega que a aplicação dos princípios e das regras sobre o procedimento significa um controlo oculto do conteúdo do contrato (*verdeckter Inhaltskontrolle*)⁸⁵. Colombi-Ciacchi sugere que os tipos legais aplicados são, em substância, “criptotipos”⁸⁶. As *normas sobre o procedimento*, concretizadas em “tipos”, ocultariam *normas sobre o resultado do procedimento* [sobre o conteúdo do contrato] — *criptotipos*. Colombi-Ciacchi fala de um *cripto-tipo* de alcance mais amplo — *invalidade dos contratos gravemente desequilibrados concluídos em contextos de desigualdade de poder* — e de um *cripto-tipo* de alcance mais restrito — *invalidade dos contratos de garantia gravemente desequilibrados, por significarem a assunção, pelo garante, de uma obrigação desproporcionada ao seu património ou ao seu rendimento, concluídos em contextos de dependência ou de fragilidade* (por “pessoas vulneráveis”) ⁸⁷. Evitando qualquer *criptotipo* de que decorra um *controlo oculto* do conteúdo do contrato, perguntar-se-á: As cláusulas gerais do direito civil deverão concretizar-se, em termos de se concluir que uma fiança “ameaçadora da existência” ou “ruinosa” prestada no contexto de relações familiares é inválida (= nula) — designadamente, por ser ofensiva dos bons costumes ?

18. O dever pré-contratual de esclarecimento do fiador acerca do alcance e dos riscos da garantia

Estudemos o primeiro problema : — poderá afirmar-se que o credor (quase sempre, o banco) tem o dever do credor de esclarecer o garante (quase sempre, o fiador) acerca do alcance e dos riscos da garantia ?

I. — O direito português deve interpretar-se de forma a dar ao problema uma resposta positiva. O alcance do *princípio* de que o *credor* — p. ex., o banco —

⁸⁵ Susan Emmenegger, “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft — vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen”, cit., págs. 578-579.

⁸⁶ Aurelia Colombi-Ciachi, “Non-Legislative Harmonization : Protection from Unfair Suretyships”, cit., pág. 202.

⁸⁷ Aurelia Colombi-Ciachi, “Non-Legislative Harmonization : Protection from Unfair Suretyships”, cit., pág. 202.

não tem nenhum dever de esclarecer ou de informar o *fiador*⁸⁸ deve *restringir-se*, de forma a que não se aplique a casos, como o da *fiança* prestada no contexto de *relações familiares*, em que o *garante* tem uma particular *carência de protecção*.

Em anterior trabalho, propusemos um *princípio geral* sobre os deveres pré-contratuais de esclarecimento : Cada uma das partes (só) tem o dever jurídico de comunicar à outra elementos não solicitados desde que sejam essenciais a uma decisão esclarecida e que a outra parte nem os conheça, nem tão-pouco deva conhecê-los⁸⁹.

O primeiro requisito, de que os elementos *sejam essenciais a uma decisão esclarecida*, não deverá causar dificuldades. Se o *fiador* desconhece o alcance e os riscos da garantia, a sua decisão não pode representar-se como *esclarecida*. O segundo requisito, de que o *fiador* não os conheça e não deva conhecê-los, esse, poderá causá-las.

Poderá dizer-se que o *fiador* tem um dever de se esclarecer a si próprio sobre o alcance e sobre os riscos da *fiança* ; poderá dizer-se-se, porventura com alguma razão, que o *credor* não tem o dever de esclarecer um *fiador* que não se esclareceu a si próprio.

O caso convoca a distinção entre uma *autonomia privada em sentido formal* e uma *autonomia privada em sentido material*.

Quando se afirma que o *fiador*, que garante uma dívida de um cônjuge, de um pai ou de um filho, sem se ter esclarecido acerca do alcance e dos riscos da sua vinculação, está a actuar ou a exercer a *autonomia privada*, dá-se ao termo *autonomia privada* um sentido exclusivamente *formal* ; representa-se o caso,

⁸⁸ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro / André Gonçalo Dias Pereira, "Portuguese Report: Unfair Sureties", in: Aurelia Colombi-Ciacchi (coord.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden Baden, Nomos, 2007, págs. 231-246 (n.º 10) (= "Portuguese Report: Unfair sureties", in: Aurelia Colombi-Ciacchi / Stephen Weatherhill (coord.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal suretyships*, Oxford University Press, Oxford, 2010, págs. 453-467).

⁸⁹ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 188.

sem atender aos *contextos sociais* da autonomia — sem atender aos *contextos sociais* em que a autonomia há-de actuar-se ou exercer-se.

Quando se afirma que o *fiador* que garante uma dívida de um familiar, sem se ter esclarecido acerca do alcance e, sobretudo, acerca dos riscos da sua vinculação, não está a exercer *autonomia privada* alguma, dá-se ao termo um sentido essencialmente *material*.

O caso das garantias prestadas no *contexto social* das relações familiares liga-se com dois fenómenos particularmente difíceis de tratar ⁹⁰ pelo direito dos contratos. O primeiro é o fenómeno do *altruísmo* e da *solidariedade* e o segundo, o fenómeno da *coerção* ⁹¹.

Em contextos sociais de *altruísmo* ou de *coerção*, afirmar-se que o *fiador* tem um dever de se esclarecer a si próprio, ou de se informar a si próprio, é *negar* a autonomia privada. O facto de a garantia ser prestada no contexto de uma *relação familiar* é uma *situação de perigo típica* para a autonomia privada em *sentido material* do fiador.

“O reconhecimento de que, nos contratos de consumo, a ideia de uma negociação livre é um mito, e nada mais que um mito, tendo o acordo perdido a sua intangibilidade como expressão da vontade de ambos os indivíduos, deve estender-se, por igualdade de razão, aos contratos de garantia concluídos entre um banco e um garante / fiador não profissional, para proporcionar crédito a um dos seus familiares próximos” ⁹².

II. — Manuel Januário da Costa Gomes ⁹³ e, em artigo recente, Miguel Brito Bastos ⁹⁴ chegam a resultados em tudo, ou em quase tudo, semelhantes.

⁹⁰ Cf. Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit., pág. 49: “*particularly intractable*”.

⁹¹ Cf. Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit., pág. 49: “*particularly intractable*”.

⁹² Aurelia Colombi-Ciachi, “Non-Legislative Harmonization: Protection from Unfair Suretyships”, cit., pág. 204.

⁹³ Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, págs. 584 ss.

Manuel Januário da Costa Gomes alega que o *princípio da boa fé* do art. 227.º do Código Civil deve concretizar-se de forma a fazer com que as partes fiquem adstritas a dois tipos de deveres pré-contratuais.

Em primeiro lugar, a *deveres de conteúdo negativo*. O *credor* teria um dever de *abstenção* ou de *omissão* de comportamentos adequados a induzir o *fiador* em erro, designadamente dando-lhe a impressão de que a *fiança* não tem *riscos*. Em segundo lugar, a *deveres de conteúdo positivo*. O *credor* teria um dever de *acção*, esclarecendo ou informando o *fiador*, desde que o *fiador* não soubesse o que está a fazer (p. ex., porque desconhece os *riscos* da *fiança* ou porque, conhecendo-os, os representa de uma forma inexacta) ⁹⁵.

Miguel Brito Bastos distingue três elementos relevantes para a apreciação do *peso relativos* de dois *bens* ou *valores* conflitantes — a *genérica* liberdade de *acção* do *credor* (p. ex., do banco) e a *específica* liberdade contratual do *fiador* : deveria atender-se, *por um lado*, à *carência da informação* por quem, potencialmente, deveria recebê-la ⁹⁶ e, *por outro lado*, à *disponibilidade da informação* por quem, potencialmente, deveria prestá-la ⁹⁷ ; *por último*, deveria fazer-se uma *ponderação* entre os dois *bens jurídicos*. O caso dos *deveres pré-contratuais de esclarecimento* seria, em substância, um caso de *restrição da genérica liberdade de acção* do *credor*, para proteger a *específica liberdade contratual* do garante pessoal (do *fiador*) ⁹⁸.

Ora o caso das *fianças* prestadas no contexto de relações familiares é *situação de perigo típica* para a autonomia privada em sentido material. Os dois primeiros elementos causam a impressão de que o *credor* tem um dever de

⁹⁴ Miguel Brito Bastos, “Deveres acessórios de informação — em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in : *Revista de direito das sociedades*, ano 5.º (2013), págs. 181-281.

⁹⁵ Concordando com o argumento, *vide*, p. ex., Jorge Ferreira Sinde Monteiro / André Gonçalo Dias Pereira, “Portuguese Report: Unfair Sureties”, cit., n.º 10.

⁹⁶ Miguel Brito Bastos, “Deveres acessórios de informação — em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, cit., págs. 225-231.

⁹⁷ Miguel Brito Bastos, “Deveres acessórios de informação — em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, cit., págs. 232-234.

⁹⁸ Miguel Brito Bastos, “Deveres acessórios de informação — em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, cit., págs. 234-237.

esclarecimento do *fiador*. O *credor* dispõe de *toda a informação necessária* e o *fiador* não dispõe, frequentemente, de *nenhuma* ou *quase nenhuma*. O terceiro elemento, a *ponderação* entre as duas liberdades, confirma a impressão causada. Entre os dois *bens jurídicos*, a liberdade específica do *fiador* tem alguma *precedência* ou *prioridade* sobre os interesses económicos e sobre a liberdade genérica (“liberdade geral de acção”) do *credor*. Os interesses económicos do *credor* (só) devem ser protegidos, desde que a *fiança* corresponda à actuação da autonomia privada em sentido material do *fiador*.

III. — O dever pré-contratual de esclarecimento do garante acerca do alcance e dos riscos da fiança deve em todo o caso autonomizar-se, distinguindo-se de dois tipos de deveres pré-contratuais conexos :

Em primeiro lugar, dos deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento, de informação e de transparência orientador para a *protecção do aderente, consumidor ou não consumidor, perante cláusulas contratuais não negociadas* (p. ex., *cláusulas contratuais gerais*) e, em segundo lugar, dos deveres de esclarecimento e de informação orientados para a *protecção do consumidor*.

19. (Cont.) Comparação entre os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *fiador*, e os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *aderente*

Em primeiro lugar, deve autonomizar-se dos deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento, de informação e de transparência orientados para a *protecção do aderente, consumidor ou não consumidor, perante cláusulas contratuais não negociadas*.

O art. 5.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais ⁹⁹ consagra um dever de comunicação. As cláusulas contratuais que não tenham sido objecto de

⁹⁹ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterada, pela última vez, pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

negociação individual devem ser comunicadas ao aderente ¹⁰⁰, “com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência” ¹⁰¹. O art. 6.º, n.º 1, consagra um *dever de esclarecimento* e o art. 6.º, n.º 2, um *dever de informação* — o art. 6.º, n.º 1, diz que o proponente deve esclarecer a contraparte dos aspectos “cuja aclaração se justifique” e o art. 6.º, n.º 2, que deve informá-la de tudo quando tenha sido solicitado, desde que a solicitação seja razoável. O art. 9.º, n.º 2, alínea a), da Lei de Defesa dos Consumidores, esse, enuncia um *dever de transparência*.

“Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados [...] [à] redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares”.

O *perigo* contra o qual os deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento, de informação e de transparência dos arts. 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e do art. 9.º, n.º 2, da Lei de Defesa dos Consumidores ¹⁰² pretendem proteger o aderente, é um *perigo próprio* das cláusulas contratuais não negociadas — o *perigo* de que o *aderente* fique vinculado a cláusulas contratuais cujo conteúdo *desconhece*, por não terem sido objecto de negociação individual —; o *perigo* contra o qual o dever pré-contratual de esclarecimento do garante (do fiador) acerca do alcance e dos riscos da fiança é um *perigo comum* a todos os contratos de garantia pessoal concluídos no contexto de relações familiares. O facto de o fiador conhecer o conteúdo das cláusulas contratuais pré-elaboradas pelo credor (p. ex., pelo

¹⁰⁰ Cf. art. 5.º, n.º 1, da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

¹⁰¹ Cf. art. 5.º, n.º 2, da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

¹⁰² Aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, e alterada, pela última vez, pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

banco) não significa, só por si, que a sua decisão seja *livre e esclarecida*, com uma representação exacta dos seus riscos.

20. (Cont.) Comparação entre os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *fiador*, e os deveres pré-contratuais de esclarecimento do fiador, como *consumidor*

Em segundo lugar, o *dever pré-contratual* de esclarecimento e/ou de informação do fiador acerca do alcance e dos riscos da fiança deve distinguir-se dos deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação orientados para a *protecção do consumidor*.

O art. 8.º, n.º 1, da Lei de Defesa dos Consumidores confere ao consumidor o direito a uma informação “clara, objectiva e adequada” sobre as *características principais dos bens ou dos serviços* ¹⁰³ e sobre as *consequências do não pagamento do preço dos bens ou dos serviços recebidos* ¹⁰⁴. O alcance do direito à informação deverá determinar-se atendendo, designadamente, ao art. 9.º, n.º 1 — as relações de consumo devem caracterizar-se pela “boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos” e pela “igualdade material dos intervenientes”. Os deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação são (podem ser) exigidos pela boa fé, para promover a “igualdade [...] dos intervenientes”.

O dever de o credor esclarecer o garante sobre o alcance e os riscos de uma garantia pessoal (p. ex., de uma fiança) prestada no contexto das relações familiares deve autonomizar-se dos deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação previstos nos arts. 8.º, n.º 1, e 9.º, n.º 1, da Lei de Defesa dos Consumidores por, pelo menos, três razões : por um lado, porque o garante pessoal (p. ex., o fiador) não é *sempre* um consumidor, por outro lado, porque é diferente o *fundamento* e, por último, porque é diferente o *conteúdo* dos dois deveres.

¹⁰³ Cf. art. 8.º, n.º 1, alínea a), da Lei de Defesa dos Consumidores.

¹⁰⁴ Cf. art. 8.º, n.º 1, alínea i), da Lei de Defesa dos Consumidores.

I. — O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias — hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia — enunciou dois requisitos para que um *fiador* devesse representar-se como um consumidor.

Em primeiro lugar, que o *fiador* seja uma “pessoa singular que [...] age com fins que podem ser considerados como alheios à sua actividade profissional” e, em segundo lugar, que a *fiança* seja “acessória a um contrato pelo qual um consumidor se comprometeu [...] em relação a um comerciante para dele obter bens ou serviços” ^{105 106}.

Ora a *fiança* prestada no contexto de relações familiares pode ser acessória a um contrato comercial — pode dar-se o caso de um cônjuge não comerciante garantir a dívida contraída por um cônjuge comerciante ; pode dar-se o caso de um filho não comerciante garantir a dívida contraída pelo pai ou pode dar-se o caso de o pai garantir a dívida contraída por um filho (de um filho que, p. ex., está a começar a sua actividade comercial). Em tais circunstâncias, o *garante* precisa de protecção. Colombi-Ciacchi chama ao caso um argumento *a fortiori* ou, pelo menos, *a pari* : “renunciar a um determinado bem, ou renunciar a um determinado serviço, pode ser menos difícil do que recusar o auxílio a um pai ou um filho cuja empresa precisa, urgentemente, de um empréstimo” ¹⁰⁷. O problema está em que a protecção de que o garante precisa não lhe pode ser

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 1998, no processo C-45/96 (*Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG* contra *E. Dietzinger*); sobre o conceito de *consumidor*, e sobre a relação entre os conceitos de *consumidor* e de *fiador*, vide designadamente Horst Hammen, “Nichtkaufleute, Verbraucher, Privatanleger – 100 Jahre Schutz des Schwächeren im deutschen Recht”, in : WWW : < <https://www.uni-giessen.de/fbz/fboi/professuren/hammen/item4/download/publikationen/nichtkaufleute> >; Ulrich Kulke, “Haustürwiderrufsrecht und Bürgschaft”, in : *Juristische Rundschau*, 1999, págs. 485-495 ; Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, cit., págs. 188-190.

¹⁰⁶ Os argumentos deduzidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 17 de Março de 1999, proferido a propósito da Directiva 1985/577/CEE, foram de alguma forma confirmados pelo acórdão de 14 de Março de 2013, no processo C-419/11 (*Česká spořitelna, a.s.* contra *Gerald Feichter*), proferido a propósito do Regulamento (CE) n.º 44/2001.

¹⁰⁷ Aurelia Colombi-Ciacchi, “Non-Legislative Harmonization : Protection from Unfair Suretyships”, cit., pág. 201.

prestada pela aplicação dos princípios e das regras do direito do consumo, pela razão (simples) de que o *garante* não é um *consumidor*.

II. — O dever pré-contratual de o profissional esclarecer e/ou informar o consumidor sobre as *características* dos bens e serviços ou sobre as *consequências do não pagamento do preço* dos bens e dos serviços recebidos destina-se a *compensar* um *desequilíbrio* na relação entre as duas partes do contrato — entre o *profissional* e o *consumidor*.

O *profissional* é, tipicamente, a parte mais forte e o *consumidor* é, tipicamente, a parte mais fraca. O dever de esclarecer e/ou de informar destina-se a compensar a *perturbação* da igualdade.

O dever pré-contratual de o credor, profissional ou não profissional, esclarecer o garante sobre o alcance e os riscos de uma garantia pessoal (p. ex., de uma fiança) prestada no contexto das relações familiares, esse, não se destina a compensar nenhum *desequilíbrio* entre as partes do contrato ; entre um *profissional* forte e um *consumidor* fraco. O credor pode ser um *profissional* ou não ; pode ser *forte* ou *fraco*. O garante pode ser um *consumidor* ou não. O problema é sempre um, e um só : o garante não pode tomar uma decisão *esclarecida*, ou não pode tomar uma decisão *livre*, por causa das *relações de solidariedade* constituídas no contexto da família.

Aurelia Colombi-Ciacchi alega que há alguma *semelhança* entre a protecção do *consumidor* e a protecção do *fiador* : em *contratos de consumo* e em *contratos de garantia concluídos no contexto de relações familiares*, há ou, pelo menos, pode haver uma *afecção considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação*. “A autonomia dos fiadores em situação de *dependência* ou de *fragilidade* é restringida de uma forma ainda mais grave que a autonomia do consumidor que compra, ou que não compra, um determinado produto” ¹⁰⁸.

A frase *sobrevaloriza a semelhança e subvaloriza a dissemelhança* :

¹⁰⁸ Aurelia Colombi-Ciacchi, “Non-Legislative Harmonization : Protection from Unfair Suretyships”, cit., pág. 204.

Em cada um dos dois casos, o perigo de uma *afecção considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação* tem causas diferentes. Em contratos de consumo, há o perigo de que o *consumidor* tome uma decisão de transacção representando de uma forma incorrecta ou inexacta as *características da prestação*, ou a *relação de valor entre a prestação e a contraprestação*; em contratos de garantia (p. ex., de fiança) concluídos no contexto de relações familiares, há o perigo de que o *consumidor* tome uma decisão representando de uma forma incorrecta ou inexacta os *riscos do contrato* — e, sem uma representação correcta e exacta dos riscos, não há liberdade.

III. — Michael Trebilcock e Steven Elliot sublinham que faz, ou que pode fazer sentido, que os membros da família deleguem a competência para tomar decisões financeiras ¹⁰⁹. O *dever social* de altruísmo e de solidariedade constituído no contexto da *instituição social* explica que cada um dos membros da família tenha a *expectativa* de que as decisões tomadas por aquele que é mais capaz ou mais experiente sejam tomadas no interesse de todos. O caso é que a *delegação* da competência coenvolve dois riscos — o membro da família escolhido nem sempre é tão capaz etão experiente; ainda que o seja, nem sempre toma as decisões no interesse de todos ¹¹⁰. O dever pré-contratual de o credor esclarecer o garante sobre o alcance e os riscos de uma garantia pessoal (p. ex., de uma fiança) destina-se a compensar a perturbação da *liberdade de uma das partes*.

O corolário da diferença de *fundamento* é uma diferença entre o *conteúdo* dos dois deveres — diferença que pode descrever-se através da fórmula *centralidade da informação sobre o risco*. O dever de o *profissional* esclarecer o consumidor deve incidir sobre as *características*, ou sobre o *preço*, dos bens e serviços. O

¹⁰⁹ Cf. Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit., pág. 52: “*It may seem rational for a family member to delegate financial decision making to another family member as an efficient division of labour*”.

¹¹⁰ Cf. Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit., pág. 52: “*Unfortunately, having placed her financial her financial affairs in the hands of that family member, she may find that her interests are detrimentally ignored*”.

esclarecimento sobre *riscos* do contrato é (tão-só) *periférico*. O dever de o *credor, profissional ou não*, esclarecer o garante (p. ex., o fiador), esse, deve incidir sobre os *riscos* da garantia (p. ex., da fiança). O esclarecimento sobre os *riscos* do contrato é de todo em todo *central*.

21. O dever (ou ónus ?) pré-contratual de conselho do fiador acerca do alcance e dos riscos da garantia

Estudado o primeiro problema, examinemos agora o segundo :

O dever pré-contratual de esclarecimento e de informação do garante carecerá de *complementação* através de um dever pré-contratual de conselho ? O anteprojecto de um “quadro comum de referência” fala de um *conselho independente*. Como o termo *independente* significa pelo menos *prestado por terceiros*, perguntar-se-á: O banco terá o dever de proporcionar ao fiador um *conselho independente*?

I. — Os conceitos de esclarecimento e de informação, de conselho e de recomendação, andam frequentemente ligados. Sinde Monteiro, em texto clássico da doutrina jurídica portuguesa, admitia que os conceitos de *conselho*, *recomendação* ou *informação* deviam receber o sentido que lhes é dado pela linguagem corrente ¹¹¹.

A *informação* consistiria na “comunicação de factos objectivos” ¹¹², distinguindo-se pela *ausência* de uma qualquer “proposta de conduta” ¹¹³. O *conselho*, esse, compor-se-ia de dois elementos :

Em primeiro lugar, quem dá um conselho dá a conhecer a outra pessoa aquilo que considera mais adequado ou mais vantajoso ; diz-lhe aquilo que faria, se estivesse no seu lugar. Em segundo lugar, diz-lhe para agir, ou para não agir, de

¹¹¹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pág. 14.

¹¹² Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 15.

¹¹³ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 15.

forma correspondente ¹¹⁴. “O conselho contém, pois, um juízo de valor acerca de um acto futuro do aconselhado, em regra ligado a uma explicação” ¹¹⁵. A *recomendação* seria uma espécie do género *conselho* : “traduz[ir]-se[-ia] na comunicação de boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar aquele a quem [a recomendação] é feita” ¹¹⁶. Entre o *conselho* e a *recomendação* só haveria uma diferença de *grau* ou de *intensidade*. O conselho seria mais forte e a recomendação seria mais fraca. “[O] conselho implicaria [...] uma exortação mais forte ao seu segmento” ¹¹⁷.

II. — Explicitados os conceitos, deve explicar-se os termos do problema.

O dever pré-contratual de esclarecimento / de informação faz pleno sentido em *todas* as garantias prestadas no contexto de relações familiares ; o dever pré-contratual de conselho, não — só em *algumas*.

O anteprojecto de um “quadro comum de referência” do direito europeu dos contratos restringe-o aos casos em que o credor conheça, ou deva conhecer, duas coisas : *primeiro*, que há uma relação de confiança entre o devedor e o garante e, *segundo*, que, por causa da relação de confiança, há um risco significativo de que o garante não esteja a decidir de forma *esclarecida*, com base em *informação adequada*, ou de que não esteja a decidir de forma *livre*.

Em termos práticos, o alcance das regras de comportamento relacionadas com o *dever pré-contratual de conselho* aproximar-se-ia do alcance das regras de validade relacionadas com a *usura*.

O anteprojecto de um “quadro comum de referência” define o requisito subjectivo das *regras de comportamento* referindo-se a confiança e o requisito subjectivo das *regras de validade* referindo-se a confiança e a dependência ¹¹⁸. O

¹¹⁴ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 14.

¹¹⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 14.

¹¹⁶ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 15.

¹¹⁷ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 15.

¹¹⁸ Cf. art. II.-7:207: “A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

direito civil alemão define-o, ao requisito subjectivo das *regras de validade*, referindo-se a “falta de capacidade de juízo”, de “inexperiência” e de “significativa fraqueza de carácter” e o direito civil português, a “dependência”, de “inexperiência”, de “fraqueza de carácter” e de de “ligeireza”.

Caso o credor conheça, ou deva conhecer, a “dependência”, a “inexperiência”, ou a “fraqueza de carácter” do potencial fiador, terá o dever de lhe proporcionar um *conselho independente* ?

III. — O dever de o credor comunicar “factos objectivos”, dando ao garante *esclarecimentos* ou *informações* sobre o alcance e sobre os riscos da garantia pode ser insuficiente. Embora, em termos práticos, a distinção entre as figuras do *conselho*, da *recomendação* e da *informação* seja “extremamente difícil” — o conselho contém, frequentemente, informações ¹¹⁹ e as informações contém, frequentemente, um conselho, explícito ou implícito ¹²⁰ —, o *dever de conselho*, concretizado em “propostas de conduta”, é, ou pelo menos, pode ser mais adequado que um *dever de informação*.

Ben-Shahar e Schneider dizem, de uma forma muito genérica, que os deveres de *esclarecimento* e de *informação* exprimem uma representação *irrealista* dos processos de decisão ¹²¹. Independentemente da *razão*, ou da *sem razão*, de Ben-Shahar e de Schneider, o caso das garantias pessoais prestadas no contexto das relações familiares é um caso específico. O *conselho independente* contribui, ou

(a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage”.

¹¹⁹ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 17 : “O conselho, a título de fundamentação, implica informações”.

¹²⁰ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 17 : “a informação pode [...] ser prestada com o sentido de um conselho ou recomendação”.

¹²¹ Omri Ben-Shahar / Carl E. Schneider, “The Failure of Mandated Disclosure”, in: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159 (2011), págs. 647-749 (746): “When we abandon the unreal world of mandated disclosure and ask how people really make decisions, we see that they generally seek— and that the market often supplies—not data, but advice”.

pode contribuir, para *corrigir a perturbação* da liberdade contratual provocada pela *pressão* das relações familiares.

Trebilcock e Elliot, p. ex., sustentam que a resposta adequada para o problema das garantias intrafamiliares está em proporcionar aos contraentes *frágeis* ou *vulneráveis* um conselho independente acerca do alcance e dos riscos da garantia ¹²². O conselheiro, como interlocutor desinteressado (como *desinterested interlocutor*) contribuiria ou, pelo menos, poderia contribuir para que o fiador superasse algumas formas de incapacidade intelectual e volitiva:

Em primeiro lugar, o conselheiro poderia auxiliar o fiador a reflectir sobre a sua hierarquia de interesses e a decidir, sustentando-se na sua reflexão ¹²³ e, em segundo lugar, se concluísse que o fiador era incapaz de reflectir, ou de decidir sustentando-se na sua reflexão, ele poderia opor-se ao contrato. Trebilcock e Elliot falam de um *direito de veto*, aplicável aos casos em que o procedimento de formação do contrato fosse contaminado por uma *salient contract failure* ¹²⁴.

O problema está em que o direito civil português não permite colocar a cargo do credor um dever de conselho. Os bancos não têm o dever de proporcionar ao fiador um *conselho independente*. Em todo o caso, ainda que não permita colocar a cargo do credor um *dever*, o direito português permite colocar a seu cargo um *encargo* ou *ónus*.

O contrato de fiança, contaminado pela *dependência*, pela *fraqueza de carácter* ou pela *ligeireza* do fiador, é um contrato anulável. O banco corre o risco de sofrer uma *desvantagem*, concretizada na anulação da fiança. Ora o *conselho independente* corrige a *dependência* ou a *ligeireza* do fiador, e pode corrigir a sua *fraqueza de carácter*. O banco, ao proporcionar ao credor um *conselho independente*, está a adoptar um comportamento que lhe permite conseguir

¹²² Cf. Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit., pág. 47: “*the optimal approach is to insist that vulnerable contractors proposing to enter potentially disadvantageous arrangements be independently advised as to their nature and risks*”.

¹²³ Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit., pág. 64-66.

¹²⁴ Michael J. Trebilcock / Steven Elliot, “The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements”, cit., pág. 66.

uma vantagem — *corrigir* um contrato inválido, anulável ou modificável por usura (arts. 282.º e 283.º do Código Civil), *convolando-o* em contrato *válido*.

22. O princípio da proibição das fianças ameaçadoras da existência ou ruinosas

Finalmente, o *terceiro problema* : poderá afirmar-se que as fianças ameaçadoras da existência ou ruinosas são proibidas pelo art. 280.º, n.º 2, do Código Civil, por serem contrárias aos bons costumes ?

I. — O caso deve pôr-se nos precisos termos de Teubner, dividindo-se em duas questões : Em primeiro lugar, poderá dizer-se que a fiança é proibida, por ser contrária aos bons costumes, desde que seja ameaçadora da existência? Em segundo lugar, e em caso de resposta afirmativa à primeira questão, poderá porventura dizer-se que a fiança é ruínosa desde que seja previsível que o fiador não poderá sequer pagar pontualmente os juros da dívida principal ? ¹²⁵

Manuel Januário da Costa Gomes propõe uma adequada *delimitação* do problema, distinguindo os casos em que o fiador *era* e os casos em que o fiador *não era* responsável pela dívida ¹²⁶. Os casos em que o fiador era responsável pela dívida dão-se nas relações entre cônjuges. Costa Gomes alega que o problema da aplicação do art. 280.º do Código Civil não se põe “nos casos em que o cônjuge fiador já seria responsável nos termos do art. 1691.º do Código Civil” ¹²⁷ : “a exigência de prestação de fiança pelo cônjuge visará, então, a

¹²⁵ Emmenegger põe o problema de forma algo distinta. O controlo do conteúdo do contrato seria um “processo de ponderação”, em que deveria atender-se a um conjunto de bens e de interesses conflituantes do credor, do devedor e do garante (Susan Emmenegger, “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft — vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen”, cit., pág. 578). O resultado da concepção descrita é a redução do problema a um problema de *materialização* da liberdade e da justiça contratual, em que o critério decisivo da *validade* ou da *invalidade* da garantia é a autonomia privada, ainda que da autonomia privada *em sentido material*, do garante.

¹²⁶ Concordando com a distinção, Jorge Ferreira Sinde Monteiro / André Gonçalo Dias Pereira, “Portuguese Report: Unfair Sureties”, cit., n.º 11.

¹²⁷ Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., págs. 376 ss. — e, de forma mais resumida, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos*

melhor salvaguarda da posição do credor, tendo em vista a segurança da vinculação do cônjuge e a facilitação da execução futura”¹²⁸. Os casos em que o fiador não era responsável, esses, dão-se quer nas relações entre cônjuges, quer nas relações entre pais e filhos.

Excluídos os casos em que o *fiador* é responsável pela dívida, por aplicação do art. 1691.º do Código Civil, perguntar-se-á : O facto de, “em grande número de situações, [...] o fiador não te[r] [...] alguma possibilidade de, alguma vez, [...] pagar a dívida”¹²⁹, será, só por si, suficiente para que a fiança seja declarada inválida (= para que seja declarada nula), por ser ofensiva dos *bons costumes* ?

Manuel Januário da Costa Gomes¹³⁰, com o assentimento de Jorge Sinde Monteiro e de André Dias Pereira¹³¹, alega que não — a *validade* ou a *invalidade* da fiança dependeria de um *juízo global*.

Entre os “*índices* do carácter ofensivos dos *bons costumes*” encontrar-se-iam (i) a desproporção clara entre a dívida e a “capacidade de cumprimento”, concretizada no património ou nos rendimentos do garante, (ii) a escassa experiência ou o reduzido nível de instrução do fiador, (iii) a dependência afectiva ou económica do fiador, (iv) o não fazer sentido económico a fiança ou, fazendo ou não sentido económico, (v) o não saber o fiador aquilo que está a fazer¹³².

Os cinco *índices* articular-se-iam entre si nos termos de um *sistema móvel* (“[n]a lógica do sistema móvel de Wilburg”) : “a ocorrência de cada índice pode[ria] ser, em concreto, suficiente para que o tribunal conclu[ísse] pelo

25 anos da Reforma de 1977, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 79-119 (109).

¹²⁸ Manuel Januário da Costa Gomes, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 109.

¹²⁹ Manuel Januário da Costa Gomes, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 106.

¹³⁰ Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., págs. 559 e 565.

¹³¹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro / André Gonçalo Dias Pereira, “Portuguese Report: Unfair Sureties”, cit., n.º 10.

¹³² Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., pág. 565 ; Idem, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 110.

carácter ofensivo dos bons costumes”¹³³. — O carácter ameaçador da existência ou ruinoso da fiança seria só uma das *forças móveis* ou dos *índices* relevantes para a ponderação.

O credor poderia exigir a prestação de uma garantia pessoal pelo cônjuge do devedor, p. ex., por uma de duas razões — por ter algum receio de “deslocações patrimoniais entre cônjuges, para furtar bens a uma execução”¹³⁴ ou por ser previsível¹³⁵ o aumento do património do cônjuge garante¹³⁶. O facto de o cônjuge não ter capacidade para cumprir, por não ter património ou rendimento, não sustentaria, só por si, a conclusão de que a fiança é ofensiva dos bons costumes¹³⁷.

II. — O problema só poderá pôr-se de uma forma adequada — e, por isso, só poderá resolver-se de uma forma adequada — convocando a distinção de Teubner entre o perigo de uma *perturbação* do sentido do *contrato* e o perigo de uma *subversão* do sentido da *família* (da instituição *família*), como espaço de altruísmo e de solidariedade.

Se o perigo fosse, tão-só, o perigo de uma *perturbação* do sentido do *contrato*, os princípios e as regras sobre o *procedimento* — como o dever pré-contratual de informação ou o ónus pré-contratual de conselho — seriam sempre, ou quase sempre, adequados para proteger o *fiador*. Em coisas como o *contrato* não há propriamente um *limite do sacrifício*. Se o perigo é, porém, o perigo de uma *subversão* do sentido da família, como espaço de altruísmo e de solidariedade, os princípios e as regras sobre o procedimento são *inadequados* ou, pelo menos, *insuficientes*. Em coisas como a *família* há um *limite do*

¹³³ Manuel Januário da Costa Gomes, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 109.

¹³⁴ Manuel Januário da Costa Gomes, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 109

¹³⁵ Costa Gomes escreve : “perspectivável”.

¹³⁶ Manuel Januário da Costa Gomes, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 109.

¹³⁷ Manuel Januário da Costa Gomes, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 109: “não seria motivo para concluir pelo carácter ofensivo dos bons costumes da fiança”.

sacrifício. Instrumentalizar a família, através de contratos ameaçadores da existência ou ruinosos, é excedê-lo.

Os *índices* do carácter ofensivo dos bons costumes apresentados por Manuel Januário da Costa Gomes pressupõem que o *perigo*, para os bons costumes, seja a *afecção considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação*. Entendendo-se, como entende Manuel Januário da Costa Gomes, que as fianças prestadas por quem não tenha património ou de rendimento relevantes “podem corresponder a uma esclarecida e, no caso concreto, tolerável assunção do risco” ¹³⁸, o caso consistiria, essencialmente, em distinguir uma *assunção do risco* esclarecida e uma *assunção do risco* não esclarecida (p. ex., de quem “não sabe o que está a fazer”). — O *ponto* é que a *representação do risco* pressuposta é inadequada ou, pelo menos, *insuficiente*.

As garantias pessoais prestadas no contexto de relações familiares põem sempre um perigo para o *homem isolado* — o perigo de uma *afecção considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação* —; as garantias pessoais ameaçadoras da existência, essas, põem um perigo suplementar para o *homem integrado na comunidade* “família” — o perigo de uma *afecção considerável da possibilidade fáctica de participação na comunidade “família”*, por causa da *instrumentalização do altruísmo* em termos de exceder o *limite do sacrifício*.

O livro de Luhmann sobre os direitos fundamentais, em especial o capítulo sobre o direito fundamental à *família*, é elucidativo.

Em sociedades diferenciadas, “não há muitas oportunidades para que se apresente a pura personalidade” ¹³⁹ : — não há, quase nunca, uma relação entre *pessoas* (de *pessoa a pessoa*) ; há, quase sempre, uma relação entre *funções sociais* ou *papéis sociais específicos* ¹⁴⁰. A *família* é a *única área de acção* ou o *único espaço de acção* em que um ser humano pode apresentar a sua “pura

¹³⁸ Manuel Januário da Costa Gomes, “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, cit., pág. 106.

¹³⁹ Niklas Luhmann, *Los derechos humanos como institución (aportación à la sociología política)*, cit., pág. 201.

¹⁴⁰ Niklas Luhmann, *Los derechos humanos como institución (aportación à la sociología política)*, cit., pág. 201.

personalidade”. Em que todas as *funções sociais* ou *papéis sociais específicos* são apresentadas e (re)conhecidas como *funções* ou *papéis sociais* de uma *pessoa* ¹⁴¹.

Por muito que se discorde de Luhmann, poderá porventura discordar-se de que a razão de ser da protecção da família pelas *normas de direitos fundamentais* reside sobretudo no seu significado para a apresentação da “pura personalidade”? Poderá porventura renunciar-se a representar a *família* como um “pequeno sistema relativamente autónomo, assente sobre a intimidade pessoal” ¹⁴²?

Caso se desloque a *representação do risco* — caso se desloque a representação de um risco do *homem isolado* para um risco do *homem integrado na comunidade* “família” —, o único *índice* com algum significado é a a desproporção clara entre a dívida e a “capacidade de cumprimento”, concretizada no património ou nos rendimentos do garante. As garantias pessoais ameaçadoras da existência, por serem desproporcionadas ou excessivas, devem ser proibidas pelos bons costumes por contaminarem a *área de acção* em que o ser humano apresenta a sua pura personalidade, *instrumentalizando-a*.

III. — O princípio da proibição das garantias pessoais ameaçadoras da existência ou ruinosas pode confrontar-se com três objecções.

Em primeiro lugar, alega-se que o direito da insolvência, ao admitir a exoneração do devedor ¹⁴³, faz com que nenhuma garantia pessoal seja *ameaçadora da existência* ou ruínosa ; em segundo lugar, sugere-se que uma garantia pessoal *ameaçadora da existência* pode justificar-se pela probabilidade de deslocações patrimoniais entre cônjuges “para furtar bens a uma execução” e, em terceiro lugar, sugere-se que uma garantia *ruínosa* pode justificar-se pela probabilidade de um *aumento* do património ou do rendimento do garante.

¹⁴¹ Niklas Luhmann, *Los derechos humanos como institución (aportación à la sociología política)*, cit., pág. 201.

¹⁴² Niklas Luhmann, *Los derechos humanos como institución (aportación à la sociología política)*, cit., pág. 202.

¹⁴³ Cf. arts. 235.º a 248.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, sobre a exoneração do passivo restante.

Ora bem : O direito da insolvência só admite a exoneração do devedor depois da declaração de insolvência ¹⁴⁴ e, ainda assim, só a admite subordinando-a a requisitos restritivos ¹⁴⁵ ¹⁴⁶. O facto de o devedor ficar *desproporcionada* ou *excessivamente* exposto ao perigo da insolvência, por não ter *capacidade de cumprimento*, é ou parece ser suficiente para que a fiança seja *ameaçadora* ou *ruinosa*.

Como sublinha Sangiovanni ¹⁴⁷, o argumento de que o direito da insolvência faz com que nenhuma garantia pessoal seja *ruinosa* decorre de uma *confusão* entre duas coisas. A qualificação da *fiança* como *ruinosa*, por expor o fiador a um *risco desproporcionado da insolvência*, deve distinguir-se dos efeitos da *insolvência*.

Em tema de qualificação da *fiança* (como *ruinosa*), o instituto da *exoneração do passivo restante* não diz nada ; em tema de efeitos da *insolvência*, sim. O facto de a insolvência ter sido causada por uma *fiança ruinosa*, ou não, é de todo em todo irrelevante.

Estamos, por isso, convencido de que a primeira objecção não procede — uma fiança será *ruinosa*, desde que o fiador não tenha capacidade para fazer frente à *dívida principal* ou aos *juros da dívida principal*, e uma fiança *ruinosa* será ofensiva dos *bons costumes*. O credor, ao explorar a “ligação afectiva e sentimental entre os cônjuges”, para induzir o fiador, “com uma limitada capacidade de cumprimento”, a assumir uma dívida a que não pode fazer frente, faz com que fique preenchida a previsão do art. 280.º, n.º 2, do Código Civil ¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Cf. art. 235.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas : “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”.

¹⁴⁵ Cf., designadamente, os arts. 236.º a 238.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

¹⁴⁶ Sobre a conformação do instituto da *exoneração do passivo restante* no direito da insolvência português, vide Catarina Serra, *O regime português da insolvência*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2012, págs. 154-168.

¹⁴⁷ Valerio Sangiovanni, “La fideiussione nel diritto tedesco”, in: *I contratti*, 2009, págs. 190-199.

¹⁴⁸ Valerio Sangiovanni, “La fideiussione nel diritto tedesco”, cit., pág. 191.

A *segunda objecção* não nos parece ser particularmente grave — caso haja deslocações patrimoniais entre os cônjuges, o fiador ficará impedido de arguir a invalidade do contrato, pelo princípio da proibição do abuso do direito — e a *terceira*, também não.

Manuel Januário da Costa Gomes, ao afirmar que uma garantia pessoal *ruinosa* pode justificar-se pela probabilidade de um *aumento* do património ou do rendimento do garante, está a confirmar que o critério da *previsível impossibilidade de pagamento pontual dos juros da dívida principal* é um critério adequado. Se é provável ou, pelo menos, perspectivável um aumento do património ou do rendimento do garante, a fiança será quase sempre válida, por não ser previsível a *impossibilidade de pagamento pontual dos juros da dívida principal*; se, porém, não é perspectivável um aumento do património ou do rendimento do garante, a fiança será sempre inválida.

Estamos, por isso, convencido de que a *segunda* e a *terceira* objecções também não procedem. As *fianças ruinsas, prestadas no contexto de relações familiares*, são, como devem ser, *proibidas*.

IV. — Maria Rosaria Marella critica os argumentos de Gunther Teubner, descrevendo-os como a “reação de um teórico liberal (*sic* !) contra a concepção dos limites da liberdade contratual implícita no ‘modelo social’”¹⁴⁹. Em Teubner, não haveria um problema de desigualdade de poder entre as partes; não haveria um problema de justiça contratual; não haveria um problema de violação de direitos fundamentais do indivíduo; não haveria, sequer, um problema de justiça política ou de justiça social — haveria, tão-só, um “conflito de esferas jurídicas”. O facto surpreende-a: “Qualquer preocupação pela

¹⁴⁹ Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, in: *European Review of Contract Law*, ano 2 (2006), págs. 257-274 (264); na pág. 269, nota n.º 31, reafirma-se que o artigo de Teubner contém uma “*liberal interpretation*” da cláusula geral dos bons costumes.

justiça, [seja pela justiça contratual, seja pela justiça social,] é banida. Simplesmente, [a justiça] não é aqui uma questão” ¹⁵⁰.

Entendido o problema como um “conflito de ‘lógicas de acção’ jurídicas”, caracterizado pela “corrupção da esfera familiar [...] pela lógica do direito dos contratos, à qual está subjacente a dinâmica do mercado” ¹⁵¹, deveria resolver-se fixando “fronteiras mais rigorosas para a liberdade contratual” ¹⁵². Os sistemas sociais desligados do mercado (*non-market like systems*), como a *família*, deveriam distinguir-se estritamente dos sistemas sociais ligados ao mercado, para ficarem protegidos da sua “influência corruptora” ¹⁵³.

O resultado da distinção estrita entre os dois sistemas seria um resultado criticável, por causa do seu *paternalismo* ¹⁵⁴. Os direitos fundamentais definiriam “áreas de inalienabilidade (*market-inalienability*)”, subtraindo ao indivíduo a faculdade de as alienar, ou de delas dispor — designadamente, através de um contrato ¹⁵⁵.

Crítica. — O argumento desvaloriza o facto de as duas liberdades, a liberdade de acção determinada pelo *egoísmo* de um indivíduo e a liberdade de acção determinada pelo *altruísmo* e pela *solidariedade* de uma família, estarem ligadas a *lógicas de acção* incompatíveis.

Marella admite a impossibilidade de o garante agir de acordo com duas lógicas incompatíveis — de o garante agir de acordo com a lógica da liberdade individual e com a lógica da solidariedade familiar, com o típico individualismo

¹⁵⁰ Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, cit., pág. 265.

¹⁵¹ Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, cit., pág. 265.

¹⁵² Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, cit., pág. 265.

¹⁵³ Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, cit., pág. 265.

¹⁵⁴ Explicitando o argumento, Marella diz o seguinte : “Embora a interpretação de Teubner [...] rejeite expressamente o paternalismo, pela simples razão de que não foca a relação entre o indivíduo e a sociedade, em última análise corresponde ao esquema geral do [modelo paternalista]” (“The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, cit., pág. 265).

¹⁵⁵ Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, cit., pág. 265.

de um participante no mercado (*market-actor*) e com o típico solidarismo de um participante na família ¹⁵⁶.

Como o garante não pode agir de acordo com duas lógicas incompatíveis, deve distinguir-se as esferas sociais caracterizadas pela “alienabilidade”, por que se protege a liberdade do homem isolado, e as esferas sociais caracterizadas pela “inalienabilidade”, por que se protege a liberdade do homem integrado na comunidade — p. ex., na família. O problema é *precisamente* um problema de *fronteiras*.

O texto de Marella causa a impressão de que a crítica a Teubner decorre, sobretudo, do facto de Teubner desvalorizar os temas da *justiça* — seja da *justiça contratual*, seja da *justiça social* ¹⁵⁷.

Caso a *impressão* esteja correcta, deverá dizer-se duas coisas :

O argumento procede, ao alegar que as duas perspectivas concorrentes, a perspectiva da liberdade e a perspectiva da solidariedade familiar, são perspectivas parciais. Canaris tem razão, mas só tem uma *parte da razão*, em representar o caso como um problema de perturbação da liberdade e Teubner tem razão, mas só tem uma *parte da razão*, em representar o caso como um problema de perturbação da solidariedade (familiar). O argumento só não procede ao “totalizar” uma das perspectivas concorrentes — a perspectiva da tensão entre a *liberdade* e a *justiça* do contrato.

Os argumentos da *justiça contratual* são necessários para a resolução do problema, por contribuírem, p. ex., para a *fundamentação* dos deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação ; ainda que sejam necessários, não são suficientes. A justiça contratual é *uma questão* — só não é, porque não pode ser, *toda a questão*.

¹⁵⁶ Maria Rosaria Marella, “The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe”, cit., pág. 265.

¹⁵⁷ Em termos semelhantes, Gert Brüggemeier, “Constitutionalisation of Private Law — The German Perspective”, in: Tom Barkhuysen / Siewert Lindenbergh (coord.), *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2006, págs. 59-82 (73-74): “It becomes evident that it is less the case of applying fundamental rights in private law than evoking the principle of social responsibility and solidarity in contract law”.

23. O problema dos deveres pré-contratuais no caso apreciado e decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015

Como no caso apreciado e decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015 não estava em causa nenhuma fiança *ameaçadora da existência* ou *ruinosa*, o problema relacionava-se essencial ou exclusivamente com os deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento e de informação do fiador :

- em primeiro lugar, poderia haver deveres de comunicação, de esclarecimento e de informação do *fiador* como *aderente* ;
- em segundo lugar, poderia haver deveres de esclarecimento e de informação do *fiador* como *consumidor* ;
- e, em terceiro lugar, poderia haver deveres de esclarecimento e de informação do *fiador* como *fiador*.

O fundamento dos deveres de comunicação, de esclarecimento e de informação do fiador como *aderente* decorreria dos arts. 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. O fundamento dos deveres de esclarecimento e de informação do fiador como *consumidor*, dos arts. 8.º e 9.º da Lei de Defesa dos Consumidores. O fundamento dos deveres de esclarecimento de informação do fiador como tal — como *fiador* —, do art. 227.º do Código Civil. O dever de boa fé na *formação do contrato* deveria concretizar-se de acordo com os princípios e com os valores do direito constitucional — e, em especial, de acordo com o princípio e valor da autonomia privada, *em sentido material*.

O problema mais sério relaciona-se com o dever pré-contratual de esclarecimento e de informação do fiador sobre os *riscos da fiança*. Qual é o alcance do dever de hetero-esclarecimento ou de hetero-informação do credor ? Qual é o alcance do ónus de auto-esclarecimento ou de auto-informação do devedor ou do fiador ?

O princípio de que o fiador tem um ónus de auto-esclarecimento ou de auto-informação sobre os riscos da fiança deve restringir-se, desde que haja uma *situação típica de perigo* para o bem jurídico *autonomia privada*. As fianças

prestadas por pessoas com uma reduzida educação são fianças prestadas numa *situação de perigo* para o bem jurídico autonomia privada ; as fianças prestadas por pessoas com uma reduzida educação no contexto de relações familiares são fianças prestadas numa *situação de perigo agravado*. Existindo um dever de esclarecimento e de informação do potencial fiador sobre os *riscos* do contrato, a fiança poderá ser prestada de uma forma livre ; ainda poderá corresponder à actuação ou ao exercício da autonomia privada; não existindo nenhum dever de esclarecimento ou de informação, a fiança não poderá ser prestada de uma forma livre ; já não poderá corresponder à actuação ou exercício da autonomia privada, desde que à *autonomia* seja dado um *sentido material*.

24. Os deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento e de informação do fiador como *aderente*

Em primeiro lugar, parece-nos que o Supremo Tribunal de Justiça teve razão em sustentar que o credor, como contratante que recorre a cláusulas contratuais não negociadas, tinha deveres de comunicação, para com o *fiador*, como *aderente*, e que não teve razão em sustentar, sem mais, que os deveres de comunicação foram cumpridos.

O acórdão chama ao caso dois indícios de que os deveres de comunicação foram cumpridos — o primeiro decorreria do facto de o contrato ter sido assinado e o segundo, do facto de a fiadora ter declarado que conhecia perfeitamente o seu conteúdo. O valor dos dois indícios é duvidoso — nem um nem outro valem grande coisa.

O facto de um contrato de adesão ter sido *assinado* não nos dá nenhum indício de que o aderente conhecia o seu conteúdo.

O Supremo alega que o aderente teria um *dever* ou, pelo menos, um *ónus* de ler as cláusulas do contrato. Caso o assinasse sem o ter lido, “e sem ter qualquer preocupação de se assegurar do respectivo teor”, o não conhecimento do conteúdo do contrato decorreria, exclusivamente, da sua negligência. O

problema está em que o *dever* ou *ónus* de ler as cláusulas do contrato causa profundas reservas.

Causa reservas, por um lado, por estar em conflito com as alíneas a), b) e d) do art. 8.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

Se o aderente tivesse um dever ou, pelo menos, um ónus de ler todas as cláusulas do contrato, a diferenciação, feita pelo legislador, entre as alíneas a), b) e d) seria desnecessária e, por desnecessária, injustificada. O aderente só não teria, e não poderia ter, *conhecimento efectivo* das cláusulas inseridas em formulários depois da assinatura.

Causa reservas, por outro lado, por estar em conflito com a *realidade* — a afirmação de que o aderente tem um *dever* de ler todas as cláusulas faria com que o aderente *devesse* mais do que *pode*.

O tema do *dever* ou do *ónus* de ler todas as cláusulas do contrato é um tema *recorrente* da análise *económica* e *sociológica* do direito ¹⁵⁸.

Em texto recente, Charles L. Knapp propõe três premissas para uma reconstrução adequada dos princípios e das regras sobre os contratos de adesão: *ninguém lê tudo aquilo que assina; ninguém pode ler tudo aquilo que assina; ninguém quer ler tudo aquilo que assina* ¹⁵⁹. Conformando-nos com as três premissas, deverá dizer-se que a fiadora não tinha nem o dever, nem tão-pouco o ónus de conhecer as cláusulas do contrato: por um lado, não poderia exigir-se-lhe que lesse o contrato e, por outro, não poderia exigir-se-lhe que, tendo lido o contrato, pedisse esclarecimentos ou informações ao credor.

A declaração de voto do Conselheiro Júlio Gomes denuncia, *justificadamente*, o *irrealismo* dos deveres ou dos ónus de *auto-esclarecimento* ou de *auto-*

¹⁵⁸ Cf. designadamente Stewart Macaulay, “Private Legislation and the Duty to Read — Business Run By IBM Machine, the Law of Contracts and Credit Cards”, in: *Vanderbilt Law Review*, vol. 19 (1966), pp. 1051-1121. — O artigo de Stewart Macaulay, com quase sessenta anos, é hoje um dos textos clássicos do movimento *Law and Society* [sobre a *Law and Society*, vide, p. ex., Lawrence M. Friedman, *American Law in the 20th. Century*, Yale University Press, New Haven / London, 2002, págs. 502-503].

¹⁵⁹ Charles R. Knapp, “Is There a ‘Duty to Read?’”, in: Jean Braucher / John Kidwel / William C. Whitford (coord.), *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: On the Empirical and the Lyrical*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2013, págs. 314-343 (339).

informação construídos pelo Supremo, ao dizer que “o leigo [...] não sabe sequer o suficiente para se aperceber das cláusulas ou de todas as cláusulas que lhe são prejudiciais”¹⁶⁰.

Independentemente de o dever pré-contratual de comunicação ter sido, ou não, cumprido de forma adequada, não o terá sido de forma atempada (com a “antecedência necessária”). O credor tinha o ónus de alegar e de provar que tinha comunicado o conteúdo do contrato à aderente, como fiadora, antes da escritura pública — e não o fez.

25. Os deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação do fiador como consumidor

Em segundo lugar, pensamos que o Supremo não teve razão em sustentar que o credor não tem deveres de comunicação, de esclarecimento e de informação para com o fiador, como consumidor.

Os dois critérios enunciados pelo Tribunal de Justiça para que um *garante pessoal*, como, p. ex., um *fiador* ou um *avalista*, fosse qualificado como *consumidor* encontravam-se preenchidos.

O primeiro requisito relacionava-se com o *contrato principal* ou com o *devedor principal*. O Tribunal de Justiça formulava-o em termos objectivos, como uma relação entre *dois contratos* — entre um *contrato principal* e um *contrato acessório* — e, concordando em substância com o Tribunal de Justiça, o Conselheiro Júlio Gomes reformulava-o em termos subjectivos, como uma relação entre *dois devedores* — entre um *devedor principal* e um *devedor acessório*, o *fiador*.

A fiança deveria ser acessória a um contrato de consumo ; ou seja — a um contrato pelo qual uma pessoa singular se comprometesse em relação a um comerciante para dele obter bens ou serviços¹⁶¹.

¹⁶⁰ Cf. designadamente Ian Ayres / Alan Schwartz, “The No-Reading Problem in Consumer Contract Law”, in : *Stanford Law Review*, vol. 66 (2014), págs. 546-609.

O segundo requisito, esse, relacionava-se com o contrato acessório (fiança) ou com o devedor acessório (fiador). O *devedor acessório* ou *fiador* deveria ser uma “pessoa singular que [...] age com fins que podem ser considerados como alheios à sua actividade profissional”.

Ora os *compradores*, como os *fiadores*, eram pessoas singulares que agiam com fins alheios à sua actividade profissional. Estando preenchidos os dois requisitos enunciados, os *compradores* e os *fiadores* deveriam ser qualificados como *consumidores*.

26. Os deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação do fiador como fiador

Em terceiro lugar, pensamos que o Supremo Tribunal de Justiça não teve razão em sustentar que o credor não tem deveres de esclarecimento e de informação para com o fiador, como *fiador*.

O contrato principal poderia ser, ou não ser, um contrato de consumo ; o contrato acessório (contrato de fiança) poderia ser, ou não ser, um contrato de adesão ; o fiador poderia ser, ou não ser, um consumidor ; poderia ser, ou não ser, um aderente — ainda que o contrato principal não fosse um contrato de consumo, ainda que o contrato acessório não fosse um contrato de adesão, ainda que o fiador não fosse um consumidor, ou ainda que não fosse um aderente, o credor poderia ter deveres pré-contratuais de esclarecimento e de informação. O Supremo Tribunal de Justiça, ao desvalorizar os deveres de esclarecimento e de informação do fiador *como fiador*, esquecendo-os, desvaloriza, injustificadamente, a *carência de protecção* do fiador perante uma *situação de perigo típica*.

Estando em causa uma fiança prestada no contexto de uma relação familiar, o Supremo deveria ter considerado três circunstâncias :

¹⁶¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 1998, no processo C-45/96 (*Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG contra E. Dietzinger*).

Em primeiro lugar, que a possibilidade de *auto-protecção* da fiadora era reduzida — em particular, por causa do seu nível de instrução. Em segundo lugar, que havia uma considerável *dependência* da fiadora em relação a terceiros. O facto de “[o] marido da [recorrida] [lhe pedir] com frequência para assinar papéis, sem que lhe explicasse do que se tratava”, não pode ser reduzido à irrelevância por um simples *sibi imputet*. Em relações familiares — e, em especial, em relações conjugais — a “delegação” da competência para as decisões financeiras é uma circunstância comum ; ainda que não fosse comum, sempre seria um indício de uma *afecção considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação*, por denunciar *dependência*.

Como havia uma *considerável dependência*, a afirmação da recorrida de que conhecia *perfeitamente* o conteúdo do contrato deveria desvalorizar-se — a recorrida, ao *afirmar* que conhecia, e que conhecia *perfeitamente* o conteúdo do contrato, estava simplesmente a *confirmar* que quem o conhecia, ou quem devia conhecê-lo, era o seu marido, por ter “competência” para decidir pelos dois.

Em terceiro lugar, o Supremo deveria ter considerado que não havia nenhuma forma de a fiadora superar a *afecção considerável da sua possibilidade fáctica de autodeterminação* sem que o credor (sem que o banco) fizesse alguma coisa, como *esclarecê-la* ou *informá-la*.

Ora as três circunstâncias descritas, confirmando a *carência da informação* por parte de quem devia recebê-la (da fiadora), a *disponibilidade da informação* por parte que quem devia prestá-la e a *prioridade do bem jurídico constitucionalmente protegido* “autodeterminação do fiador”, fazem concluir que o credor (banco) tinha um *dever pré-contratual de esclarecimento e de informação*.

Conclusão. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, ao pretender que as fianças prestadas *dentro* da família são em tudo semelhantes às fianças prestadas *fora* da família — ao considerar que as fianças *intrafamiliares* eram em tudo semelhantes às fianças *extrafamiliares* —, está a pretender uma *re-formalização* do conceito de autonomia privada, tornando-o *insensível* aos *contextos de facto* (*contextos sociais*) *em que a autonomia há-de concretizar-se*. Ora uma *afirmação formal* do *princípio da autonomia privada*, insensível aos contextos de facto em que a autonomia há-de realizar-se, significa (só) a sua *negação*.

Em particular, nos casos de conflito entre *lógica de acção* característica do sistema social *contrato* e a *lógica de acção* característica do sistema social *família*, uma *afirmação formal* do *princípio da autonomia privada* significa (só) a *negação dos factos* — do facto de que a *liberdade contratual* perturba a *solidariedade familiar* e do facto de que a *solidariedade familiar* perturba a *liberdade contratual* — de que depende a *realização material* do *princípio afirmado*.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça desvaloriza o *conflito entre as duas lógicas de acção*: O facto de a fiança ser prestada no contexto de relações familiares não deveria perturbar a liberdade contratual — se tal sucedesse, *sibi imputet*. O problema está em que desvalorizar o *conflito entre as duas lógicas de acção* é desvalorizar os *contextos de facto* (*contextos sociais*) da *autonomia* — e em que, ao desvalorizar os *seus contextos de facto*, se desvaloriza a própria *autonomia* ¹⁶².

¹⁶² Sobre a necessidade de uma *protecção social* dos sujeitos de direito privado, orientada para a reconstrução das condições de facto de uma capacidade de acção e de decisão livre e responsável, vide, p. ex., Karl Larenz / Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., págs. 104-111.