

A jurisprudência modera a liberdade contratual?

Manuel Lopes Madeira Pinto

(Juiz Desembargador, Tribunal da Relação do Porto)

I – Introdução⁽¹⁾

No mundo contemporâneo, a vida em comunidade suscita uma infinidade de conflitos de interesses entre pessoas singulares entre si e com outras pessoas colectivas ou entidades públicas.

O Direito Civil tem de servir de afirmação prática entre a ideia da **Justiça** em sentido jurídico, ou seja, como virtude atinente à *constante vontade de dar a cada um o seu direito*, na fórmula de Ulpiano (Digesto), “*constans et pertetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”² e a vida real em comunidade de acordo com a consciência jurídica geral.

Esta é a metodologia jurídica da jurisprudência dos interesses, que se impôs no mundo civilizado desde meados do século passado e assenta no

¹ O texto corresponde à intervenção do autor no Congresso Internacional de Direito Civil (CIDC) – Contributos para uma reflexão sobre a autonomia privada, realizado em 23/11/2018 no ISCET, Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo.

Texto escrito na ortografia anterior ao Acordo Ortográfico de 1990.

² Decorrente da experiência prática e científica do direito romano.

primado da investigação da vida e da valoração da vida, nas palavras de Philipp Heck³.

Esse papel cabe em última ratio ao juiz, chamado a dirimir os litígios apresentados ao Tribunal competente, apurando os factos e sobre os mesmos aplicando o direito positivado nas leis, através de decisão devidamente fundamentada⁴, para tal devendo fazer a sua justa interpretação e integração das lacunas que a lei padeça, de acordo com a legitimidade democrática e independência conferidas pelos artigos 202.º, n.ºs 1 e 2,⁵ e 203.º⁶ da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Ao contrário do sistema jurídico anglo-saxónico do *common law*, onde as decisões judiciais concretas valem como precedentes vinculantes nas decisões judiciais posteriores similares, é sabido que no nosso ordenamento jurídico apenas existia a figura do assento, enquanto decisão judicial obrigatória, nos termos do artigo 2.º do Código Civil de 1966. Após uma longa querela doutrinária⁷, com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 2.º do Código Civil de 1966 pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96, de 28.05 e a subsequente revogação desta norma pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12.12, a jurisprudência deixou de ser fonte de Direito e apenas é permitido a prolação de Acórdãos para Uniformização de Jurisprudência pelo pleno das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça⁸.

A jurisprudência, na acepção jurídica do conceito, constitui a orientação que as decisões proferidas pelos tribunais em casos concretos, nomeadamente as

³ Abandonada que foi a jurisprudência dos conceitos, assente na concepção da ciência jurídica nos princípios da lógica formal, sistemática e dedutiva, que fez escola na Europa e em muitos cantos do mundo durante fins do século XIX até meados do Século XX.

⁴ De acordo com as disposições dos artigos 8.º a 11.º do Código Civil de 1966 e artigos 154.º, n.º 1, e 607.º, n.º 3, do CPC, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26.06.

⁵ “1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

⁶ “Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”.

⁷ Na qual teve especial relevância o nosso saudoso mestre Prof. Doutor Castanheira Neves.

⁸ Nos termos do disposto nos artigos 686.º e 688.º do CPC.

que merecem publicação pública, imprimem à interpretação e integração do Direito.

Isto posto, é indubitável que a jurisprudência hoje tem um papel fundamental na modelação⁹ das normas jurídicas e na moderação¹⁰ da aplicação prática do Direito, não podendo o jurista de qualquer área e em qualquer das actividades profissionais específicas, dispensar-se de conhecer as correntes jurisprudenciais firmadas sobre as diversas questões jurídicas, sob pena de se ver ultrapassado no conhecimento do Direito com os inerentes prejuízos profissionais.

Acresce que a publicação das decisões dos Tribunais Superiores nas mais variadas plataformas, quer em papel, quer por meios informáticos e a cada vez mais assídua e reconhecida como importante partilha de conhecimentos entre a doutrina e a jurisprudência nos mais diversos fóruns (como este), tem vindo a revelar-se uma contribuição generosa para tal.

II – Liberdade contratual

Descendo ao tema da minha intervenção, procuraremos apontar situações da prática judicial onde a jurisprudência tem vindo a ter um papel moderador fundamental da liberdade contratual.

Aponta-se o negócio jurídico como instrumento principal da realização da autonomia privada.

Nesta existem duas valorações jurídicas e normativas diferentes: uma correspondente à valoração pelo legislador acerca do comportamento das partes e outra anterior que as partes fazem dos seus próprios interesses.

O princípio da autonomia da vontade, tutelado constitucionalmente, está ligado ao valor de autodeterminação da pessoa, à sua liberdade, como o direito de conformar o mundo e conformar-se a si próprio.

⁹ Conformar, retocar, *Dicionário da Língua Portuguesa, Academia das Ciências de Lisboa*, Verbo Editora, 2001.

¹⁰ Fazer diminuir a intensidade de algo que é excessivo ou exagerado.

Como princípio não tem valor absoluto: há que combiná-lo com outros e, quando estes entrem em oposição, tem que se ajustar ou até sacrificar, quando na ponderação dos interesses aqueles apresentem peso igual ou superior. Entre estes termos os princípios da confiança e da boa fé.

Corolário daquela autonomia da vontade apresenta-se no direito civil o princípio da liberdade contratual. Desdobra-se em liberdade de celebração ou conclusão dos contratos – liberdade de contratar, como faculdade de realizar ou não determinado contrato – e liberdade de modelação do conteúdo contratual – perspectivando a escolha do tipo de negócio atinente à melhor e mais eficaz satisfação dos seus interesses e à maneira de preencher o seu conteúdo concreto.

Tem consagração no artigo 405º do Código Civil de 1966 e dele resultam quatro faculdades:

- livre opção de escolha de qualquer tipo contratual, com submissão às suas regras imperativas – 1.ª parte do n.º 1;
- livre opção de celebrar contratos diferentes dos típicos, designados por contratos atípicos – 2.ª parte do n.º 1;
- possibilidade de introdução no tipo contratual de cláusulas defensivas dos interesses das partes, mas que não quebram a função sócio económica assumida pelo respectivo tipo – 3.ª parte do n.º 1; e
- reunião no mesmo contrato de dois ou mais contratos típicos (contratos mistos) – n.º 2¹¹.

No mundo económico-finaceiro contemporâneo, a tensão entre a autonomia e a heteronomia contratual apresenta-se muito intensa, revelando uma tentativa de equilíbrio nem sempre fácil de alcançar. A composição espontânea ou paritária dos interesses a que se referia Orlando de Carvalho (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2012, pp. 16 ss., 90 ss., 227 ss.), regra no direito privado, aparece-nos nestes domínios temperada por interferências de natureza

¹¹ "Sem embargo da eventual existência de normas imperativas próprias, no regime de ambos ou de um deles apenas" – Prof. A. Varela, *ob. cit.*, pg. 46, e na globalidade das anteriores considerações – Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), n.º 128, pgs. 370 e seg..

heterónoma, no sentido de reequilibrar a autonomia da vontade com princípios de justiça contratual, quer a montante, através de disposições legais imperativas que se impõem aos contraentes, quer a jusante, mediante a intervenção modeladora dos tribunais perante textos contratuais iníquos ou excessivamente desequilibrados.

A autonomia da vontade é posta em causa e uma ingerência de tipo hierárquico começa a emergir sempre que é questionada a “eficácia económica da liberdade contratual”, gerando-se “falhas do mercado”¹². Quando os resultados de uma actividade de natureza privada contendem com os princípios enformadores do ordenamento jurídico, contrariando aquelas que são as “traves mestras” do nosso sistema, é desencadeada uma reacção “superior” que trava os efeitos da autocomposição. Evidentemente que, em regra, o exercício da liberdade contratual traduz um jogo de forças do qual, com toda a probabilidade, sai vencedor o contraente mais hábil, mais experiente, o mais preparado económica e juridicamente, em suma, o mais forte. Mas o prejuízo de um dos contraentes e a vantagem do outro, em si mesmos, não põem em causa a subsistência do contrato. A essência do contrato comporta ganhos e perdas, e a sua recondução à vontade dos contraentes transforma as vantagens de alguns em vantagens de todos. Ainda assim, cumpre-se, nestas hipóteses, a liberdade contratual.

Nessa área económica, o exercício pelos contraentes de um poder regulamentar paralelo à normação positiva, está limitado, em primeiro lugar, pelo disposto em matéria de cláusulas contratuais gerais, de negócios usurários, de vícios da vontade e por diversa regulamentação legal específica relativa às actividades bancárias e financeiras e, em segundo lugar, poderá ser limitado sempre que viole os princípios jurídicos vigentes no direito português.

Desde logo, a cláusula geral da ordem pública prevista no artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil, integrada pelos princípios fundamentais constitucionalmente consagrados e que tem hoje na sua base uma economia de mercado conformada

¹² Claus-Wilhelm Canaris, *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado», “Contratos: actualidade e evolução”, 1997, pg. 57.*

pelas regras europeias, permite uma grande plasticidade e consequente declaração da nulidade total ou a redução e conversão dos negócios jurídicos financeiros, mesmo officiosamente pelos tribunais¹³, de acordo com o disposto nos artigos 286.º, 289.º, n.º 1, 292.º e 293.º do Código Civil.

III – Impugnação pauliana

Nas relações contratuais entre particulares e empresas, assume grande importância a protecção dos credores através da garantia patrimonial do património dos devedores com os quais contrataram aquando da celebração do negócio jurídico.

Frequentemente ocorre a perda ou diminuição dessa garantia patrimonial por actos jurídicos realizados posteriormente pelos devedores.

A impugnação pauliana consiste na faculdade que a lei concede aos credores de atacarem judicialmente certos actos válidos ou mesmo nulos celebrados pelos devedores em seu prejuízo (artigo 610.º do Código Civil).

Nos termos desta disposição legal e do artigo 612.º do mesmo diploma, essa impugnação depende da verificação simultânea destes requisitos:

- a existência de determinado crédito;
- que esse crédito seja anterior à celebração do acto ou, sendo posterior, tenha sido o acto realizado dolosamente visando impedir a satisfação do direito do credor;
- resultar do acto a impossibilidade para o credor de obter a satisfação plena do seu crédito ou o agravamento dessa impossibilidade;
- que tenha havido má fé, tanto da parte do devedor como do terceiro, tratando-se de acto oneroso, entendendo-se por má fé a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor.

¹³ É vasta a recente jurisprudência sobre contratos de *swap* (*swap* de taxa de juros: troca da taxa de juros prefixados por juros pós-fixados ou o inverso, para quem quer evitar o risco de uma futura alta nos juros e *swap* cambial: troca de taxa de variação cambial, *v.g.*, variação do preço do dólar americano, por taxa de juros pós-fixados) de depósito bancário, mútuo, desconto bancário, locação financeira mobiliária e imobiliária, factoring, leasing, garantias bancárias acessórias e autónomas, cartas de conforto, etc..

Como resulta do n.º 2 do artigo 612.º, a má fé consiste apenas na consciência do prejuízo que o acto causa ao credor, não se exigindo a intenção de prejudicar o credor.

É sabido que não basta para a existência de má fé do devedor e de terceiro, partes no acto impugnado, que tenham conhecimento da situação precária do devedor. Por outro lado, a má fé não se identifica com a intenção de prejudicar ou com o conhecimento da insolvência do devedor. Essencial é que o devedor e terceiro tenham consciência do prejuízo que a operação causa aos credores.

Esta é jurisprudência que foi sendo firmada nos nossos tribunais superiores¹⁴.

O requisito da má fé é dispensável se o acto impugnado for um acto gratuito, conforme resulta *a contrario* do disposto no citado artigo 612.º.

Se o acto for gratuito, e verificando-se os demais requisitos, a impugnação pauliana procede sempre, ainda que o devedor e o terceiro adquirente estejam de boa-fé, pelo que não há que averiguar da existência desta.

A diferença de soluções legais para o acto oneroso e o acto gratuito assenta precisamente no facto de neste último não entrar no património do devedor uma contrapartida. Afigurou-se, assim, ao legislador como mais digno de protecção o interesse do credor (que procura evitar um prejuízo) do que o interesse do terceiro (que procura uma vantagem).

Nos termos do artigo 616.º, n.º 1, do Código Civil, julgada procedente a impugnação, o credor tem direito à restituição dos bens na medida do seu interesse, podendo executá-los no património do obrigado à restituição e praticar os actos de conservação da garantia patrimonial autorizados por lei.

¹⁴ V., entre muitos, os acórdãos do STJ de 25.11.2014 (Pinto de Almeida) e de 28.06.2018 (Olindo Geraldes), do TRP de 19.03.2009 (por nós relatado) e do TRL de 04-10-2018 (Carla Mendes).

IV – Boa fé

A boa-fé é um princípio primordial da nossa ordem jurídica, enquanto impõe a criação de deveres acessórios que não foram expressamente pactuados aquando da contratação e identifica quais os comportamentos a serem seguidos.

Apesar de invadir todas as áreas do Direito, revela-se com grande impacto no âmbito dos contratos.

Impõe que as partes do contrato ajam de modo honesto, correcto e leal, e que se comportem de modo a não frustrar a posição da contraparte. É, portanto, um padrão normativo de conduta que conforma toda a relação contratual desde o seu surgimento até à sua extinção (e até mesmo depois). Esta é a dimensão objectiva do princípio da boa fé, patente no artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil: “[q]uem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve (...) proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Em termos subjectivos, reporta-se ao estado de um sujeito que considera estar a actuar em conformidade com o Direito, como acontece no artigo 243.º, n.º 2, do Código Civil, por exemplo: “[a] boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos”. Neste prisma, como afirma Almeida Costa, (*Direito das Obrigações*, 2006, pág. 120), a boa fé reconduz-se a um conceito técnico-jurídico utilizado numa multiplicidade de normas para descrever ou delimitar um pressuposto de facto da sua aplicação.

Há uma grande semelhança entre o primado da boa fé e o princípio da confiança dos contraentes, na medida em que se impõe que ajam e acreditem na actuação séria do outro e na mútua cooperação para a realização dos fins contratuais.

Com este princípio o juiz contemporâneo tem em conta valorações que não estão legalmente contempladas, ultrapassando uma visão estrita e formal do Direito, procurando que a virtude da Justiça a que aludimos *ab initio* (distribuir a cada um o que lhe pertence) atinja o fim social e económico do Direito.

A jurisprudência nacional recente vem dando relevância neste âmbito aos deveres acessórios de conduta, ou seja, aqueles que, *“não respeitando directamente, nem à perfeição, nem à correcta realização da prestação principal, interessam todavia ao regular desenvolvimento da relação obrigacional, nos termos em que ela deve processar-se entre os contraentes que agem honestamente e de boa-fé nas suas relações recíprocas”*¹⁵.

Tem especial acuidade no âmbito dos contratos de adesão sujeitos a cláusulas contratuais gerais, enquanto se exige que a interpretação dessas cláusulas privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes, sendo vasta a jurisprudência publicada nessa matéria.

V – Abuso do direito

Finalmente, não podemos deixar de referir como campo essencial da actividade jurisprudencial no equilíbrio dos interesses em litígio e na realização da ideia de Justiça, o instituto do abuso do direito na vertente da conduta contraditória de uma parte no percurso contratual (*venire contra factum proprium*).

Assim, citemos alguns acórdãos nesta matéria, até para alívio dos destinatários desta já longa exposição.

No acórdão do STJ de 12-11-2013 (Nuno Cameira), *in* www.dgsi.pt, que versa sobre uma oposição à execução, agora embargos de executado, em que estava em causa um aval numa livrança em branco, decidiu-se, por unanimidade, que: *“I – A proibição do comportamento contraditório configura actualmente um instituto jurídico autonomizado, que se enquadra na proibição do abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil), nessa medida sendo de conhecimento oficioso; no entanto, não existe no direito civil um princípio geral de proibição do comportamento contraditório. II – São pressupostos desta modalidade de abuso do direito: a existência dum comportamento anterior do agente susceptível de basear uma situação objectiva de confiança; a imputabilidade das duas condutas (anterior e*

¹⁵ Citando o douto acórdão do TRP de 27.11.2017 (Jorge Seabra).

actual) ao agente; a boa fé do lesado (confiante); a existência dum “investimento de confiança”, traduzido no desenvolvimento dum actividade com base no factum proprium; o nexu causal entre a situação objectiva de confiança e o “investimento” que nela assentou. III – O princípio da confiança é um princípio ético fundamental de que a ordem jurídica em momento algum se alheia; está presente, desde logo, na norma do artigo 334.º do Código Civil, que, ao falar nos limites impostos pela boa fé ao exercício dos direitos, pretende por essa via assegurar a protecção da confiança legítima que o comportamento contraditório do titular do direito possa ter gerado na contraparte. IV – Actua com abuso do direito, na modalidade de venire contra factum proprium, o banco que acciona uma livrança, que os executados avalizaram em branco, oito anos depois de estes se terem afastado da sociedade subscriitora, na qual tinham interesse, tendo o exequente conhecimento que estes só avalizaram a livrança por serem pessoas com interesse na sociedade subscriitora, sendo que, na altura do afastamento (meados de 2003), a conta caucionada de que a sociedade era titular encontrava-se regularizada e, posteriormente (já depois de 2004), o exequente, sabendo que os executados se sentiam desobrigados e que era bastante a garantia dos restantes avalistas, continuou a conceder crédito à sociedade através da renovação do contrato de abertura de crédito que tivera início em 03-07-2002. V – Perante estes dados de facto, verifica-se que os executados podiam fundadamente confiar que, tanto tempo depois de se terem apartado da sociedade subscriitora, o banco não accionaria o aval que prestaram: é inadmissível e contrária à boa fé a conduta assumida pelo exequente, na exacta medida em que trai a confiança gerada nos executados pelo seu comportamento anterior, confiança essa objectivamente reforçada pelo decurso de um tão dilatado lapso de tempo”.

No Acórdão do TRP, de 21-02-2018 (Filipe Carço), in www.dgsi.pt, sobre a interpretação do invocado contrato de seguro facultativo, decidiu-se, por unanimidade que, “[t]endo a R. aceite o contrato nas condições em que o fez, podendo e devendo ter colhido da tomadora elementos detalhados, relativos a aspectos muito relevantes para a apreciação do risco, não pode agora, ante a verificação do sinistro, pretender a declaração da sua nulidade para se desobrigar

do pagamento de indemnizações que resultem do accionamento da respectiva apólice. A inobservância da diligência mínima, com vista ao exacto conhecimento do risco a que aceitou dar cobertura, implica, por aplicação dos princípios da boa fé e do abuso do direito, na modalidade de venire contra factum proprium, que aquela deverá suportar as inerentes consequências, não podendo, para se desvincular da execução do contrato, escudar-se posteriormente numa nulidade do contrato para a qual, com a sua omissão, contribuiu e teve oportunidade (e o dever) de evitar, solicitando informação essencial e mais detalhada à tomadora. Com efeito, não pode a R. seguradora prevalecer-se da nulidade do contrato, quando facilmente poderia conhecer, por meras declarações que solicitasse à tomadora, aspectos indispensáveis da cobertura do risco, como era a identificação do segurado e a definição da titularidade do interesse digno de protecção legal no âmbito da cobertura, principalmente ao saber que o condutor habitual do veículo não era a tomadora do seguro”.

No Acórdão do TRC, de 24-04-2012 (Carlos Querido), in www.trc.pt, decidiu-se que: “[t]endo os réus (locadores) assumido numa transacção judicial celebrada com os autores (locatários), o compromisso de autorizar a realização de obras no arrendado indispensáveis ao regular funcionamento do estabelecimento comercial ali sediado, recusando mais tarde conceder autorização para a realização dessas obras, o que justificou o indeferimento camarário do pedido de licenciamento, vindo depois peticionar a resolução do contrato com fundamento na falta de licenciamento do estabelecimento (motivada pela sua recusa de autorização de obras), mostram-se verificados todos os pressupostos da litigância de má fé por abuso de direito na modalidade de venire contra factum proprium”.

*

Concluindo, creio que a resposta à pergunta “a jurisprudência modera a liberdade contratual?” (que dá o título a esta minha exposição) é afirmativa, mas “não se é bom juiz em causa própria”.

(Porto, 23.11.2018)