



Gustavo José Mizrahi

## **A VONTADE HIPÓTETICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Senhor Doutor Paulo Mota Pinto.

Julho de 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

GUSTAVO JOSÉ MIZRAHI

**A VONTADE HIPOTÉTICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO**  
*THE HYPOTHETICAL VOLITION IN THE INTEGRATION OF THE JURISTIC ACT*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Senhor Doutor Paulo Mota Pinto.

Coimbra, 2018

A meus pais, como gesto de reconhecimento do amor e do legado.

Ao meu irmão, quem muito me estima com sua coragem.

*“C'est l'esprit qui mène le monde et non  
l'intelligence.”* (SAINT-EXUPÉRY, Antoine de)

## **RESUMO**

Esta dissertação aborda descritiva e criticamente o tema da vontade hipotética na integração do negócio jurídico, que consiste em mecanismo de proteção da autonomia dos negociantes até mesmo na complementação negocial, sem deixar de observar os limites estabelecidos pela heteronomia, tudo em vista de posições humanas concretas.

Inicia-se o estudo com a análise do desenvolvimento histórico e comparado dos critérios de integração das convenções, com especial destaque para a construção alemã da teoria do negócio jurídico, da respectiva recepção pela experiência portuguesa e da mais atual defesa da interpretação complementadora. Segue-se com desenvolvimento dos pressupostos metodológicos e filosóficos do trabalho, encerrando-se com a primordial definição da linha limítrofe da vontade hipotética na integração do negócio jurídico: o conceito de lacuna negocial.

Em sequência, investiga-se o funcionamento da vontade hipotética na integração do negócio jurídico nos moldes em que determinado pelo art. 239º do Código Civil, atendendo-se à complexa hierarquia prevista, os ditames da boa fé e a problemática concreta da noção de recurso a elementos de prova indireta. Isso porque a se trata de uma construção probatória, de investigação da verdade contrafactual por meio de elementos concretos mediatos, sem deixar de respeitar a confiança depositada pelo declaratório hipotético normal colocado na posição do declaratório hipotético real, como corolário da boa fé.

Ao final, após a distinção negativa da vontade hipotética na integração do negócio jurídico com figuras próximas, desenvolve-se a resolução dos problemas gerais e especiais do tema, nomeadamente a vontade hipotética (i) na integração em sentido estrito (ii) na conversão, (iii) na redução, (iv) na modificação qualitativa por vício incidental, (v) no negócio formal, (vi) no testamento, (vii) no negócio gratuito, (viii) no negócio com cláusulas gerais (ix) no negócio comercial e (x) no ato constitutivo de sociedade.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Civil. Teoria do negócio jurídico. Integração. Vontade hipotética. Boa fé.

## **ABSTRACT**

This dissertation addresses descriptively and critically the theme of hypothetical volition (“vontade hipotética”) in the integration of a juristic act, as a mechanism with which to safeguard the autonomy of the contracting parties. It can be used as a complement to contractual terms, provided that the limits established by heteronomy are observed, in the light of the factual elements involved in the negotiation and conclusion of the contract.

The study begins with the analysis of the historical development and comparison of criteria for the integration of contracts, with particular emphasis on the German construction of juristic act theory, its reception and application in Portuguese Law and the current trends in complementary interpretation. Afterwards, it sets out the methodological and philosophical presuppositions of the problem and then looks at the limits on the application of hypothetical volition in the integration of a juristic act, examining the concept of a lacuna in legal transactions.

Next, it is considered the application of hypothetical volition in the integration of a juristic act, as provided for in art. 239º of the Portuguese Civil Code, taking into consideration the complex hierarchy provided for in the legislative provision, the requirement of good faith and the practical difficulties inherent to the recourse to indirect evidence. Hypothetical volition is an evidentiary construction that draws on concrete facts and relies on the reasonable perception of the adverse party, interpreted in light of the good faith.

Having drawn a distinction between hypothetical volition in the integration of juristic acts and other concepts that are similar to it, the study examines possible solutions to general and specific problems related to this issue, namely the application of hypothetical volition to (i) integration *strictu sensu*, (ii) conversion, (iii) reduction, (iv) qualitative modification due to incidental defect, (v) formal juristic acts, (vi) wills, (vii) gratuitous legal transactions, (viii) agreements containing standard general clauses, (ix) commercial agreements and (x) acts of incorporation of companies.

## **KEYWORDS**

Civil Law. Juristic act theory. Integration. Hypothetical volition. Good faith.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

Art. — Artigo

BGB — *Bürgerliches Gesetzbuch*

CCiv — Código Civil

CCom — Código Comercial

Cf. — Confira

CSC — Código das Sociedades Comerciais

LCCG — Lei de Contratação por Cláusulas Gerais

STJ — Supremo Tribunal de Justiça

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO — O problema</b> .....	<b>9</b>
<b>1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SISTEMAS DA INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS</b> .....	<b>12</b>
1.1. O DIREITO ROMANO .....	12
1.2. O DIREITO MEDIEVAL .....	13
1.3. O <i>CODE NAPOLÉON</i> .....	14
1.4. A EXPERIÊNCIA ITALIANA.....	16
1.5. OS <i>IMPLIED TERMS</i> DO DIREITO INGLÊS .....	18
1.5.1. A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO E O <i>BÜRGERLICHES GESETZBUCH</i> .....	20
1.5.2. A INTEGRAÇÃO NO CONTEXTO DA RECEPÇÃO PORTUGUESA DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO .....	24
1.5.3. O ESTADO DA ARTE DA INTEGRAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS ..	26
1.5.4. A INTERPRETAÇÃO COMPLEMENTADORA .....	29
<b>2. BASES METODOLÓGICAS E FILOSÓFICAS À COMPREENSÃO DA VONTADE HIPOTÉTICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO</b> .....	<b>31</b>
2.1. PROGRESSO SOCIAL E REGRESSO HUMANO — O SER HUMANO COM SEUS DIAS CONTADOS .....	31
2.2. A DESCONSTRUÇÃO DO PADRÃO ABSTRATO-NORMATIVO — A MÁXIMA ABRANGÊNCIA DE RECORTE POSSÍVEL, COM ENFÂSE DE UM PARTICULARISMO FILOSÓFICO A UM PARTICULARISMO JURÍDICO.....	34
2.3. A DIALÉTICA ENTRE O “SER” E O “DEVER SER”.....	36
2.4. POR UM ESTRUTURALISMO JURÍDICO HUMANISTA — QUEM TEM MEDO DO SER HUMANO? .....	37
2.5. RECURSO À RIQUEZA DOS DADOS CONCRETOS EM PARTICULAR — O JURISPRUDENCIALISMO CASTANHEIRIANO.....	38
2.6. UMA QUESTÃO HERMENÊUTICO-NORMATIVA — QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO .....	40

2.7.	A SUBSISTÊNCIA DE UMA CATEGORIA PRÓPRIA DA INTEGRAÇÃO — OS CONTORNOS PARA A COMPREENSÃO DE UMA DEFINIÇÃO TÉCNICA, RESIDUAL E NECESSÁRIA DE LACUNA.....	46
2.8.	A VONTADE HIPOTÉTICA COMO MODALIDADE DE PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL .....	49
3.	<b>O FUNCIONAMENTO DA VONTADE HIPOTÉTICA COMO REGRA DE INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....</b>	<b>51</b>
3.1.	A PREVALÊNCIA DAS NORMAS DISPOSITIVAS E IMPERATIVAS SOBRE A VONTADE HIPOTÉTICA .....	52
3.2.	A RELAÇÃO ENTRE VONTADE HIPOTÉTICA E BOA FÉ — CONCEITOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES ENTRE SI .....	54
3.3.	A BOA-FÉ COMO TUTELA DO DECLARATÁRIO HIPOTÉTICO.....	56
3.4.	A VONTADE HIPOTÉTICA COMO UM PROBLEMA DE PROVA MEDIATA.....	59
3.4.1.	A PROVA E A VERDADE OBJETIVA .....	63
3.4.2.	AS ESPÉCIES DE PROVAS .....	65
3.4.3.	OS ÔNUS DA PROVA.....	66
3.4.4.	AS PRESUNÇÕES .....	67
3.4.5.	OS ELEMENTOS MEDIATOS DE PROVA DA VONTADE HIPOTÉTICA.....	68
3.4.5.1.	ELEMENTOS POSITIVOS E NEGATIVOS À SOLUÇÃO DA INTEGRAÇÃO .....	69
3.4.5.2.	ELEMENTOS DE REPERCUSSÃO EFETIVA E FINALÍSTICA À PROFUNDIDADE DA COGNIÇÃO .....	70
3.4.5.3.	ELEMENTOS COM OU SEM ADERÊNCIA INTERNA À RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA.....	72
3.4.5.4.	ELEMENTOS COM OU SEM ADERÊNCIA INTRÍNSECA AO NEGÓCIO JURÍDICO.....	73
3.4.5.5.	ELEMENTOS DE RELEVÂNCIA UNILATERAL E NÃO UNILATERAL.....	75
3.4.5.6.	ELEMENTOS ANTERIORES E POSTERIORES À CONCLUSÃO DO NEGÓCIO .....	76

4.	<b>DELIMITAÇÃO OBJETIVA NEGATIVA COM FIGURAS PRÓXIMAS.....</b>	<b>78</b>
4.1.	REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL .....	78
4.2.	REDUÇÃO EQUITATIVA DO SINAL.....	80
4.3.	ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS .....	81
4.4.	COMPLEMENTAÇÃO DE LACUNAS SUPERVENIENTES .....	82
4.5.	NORMAS DISPOSITIVAS .....	82
5.	<b>DELIMITAÇÃO OBJETIVA POSITIVA — PROBLEMAS GERAIS E ESPECIAIS DE REGIME DA VONTADE HIPOTÉTICA .....</b>	<b>84</b>
5.1.	PROBLEMAS GERAIS DE REGIME DA VONTADE HIPOTÉTICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO .....	84
5.1.1.	NA INTEGRAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO.....	84
5.1.2.	NA CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	85
5.1.3.	NA REDUÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	88
5.1.4.	NA MODIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO INCIDENTAL.....	90
5.2.	PROBLEMAS ESPECIAIS DE REGIME DA VONTADE HIPOTÉTICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO .....	92
5.2.1.	NO NEGÓCIO JURÍDICO FORMAL .....	93
5.2.2.	NO NEGÓCIO JURÍDICO TESTAMENTÁRIO .....	95
5.2.3.	NO NEGÓCIO JURÍDICO GRATUITO.....	97
5.2.4.	NO NEGÓCIO JURÍDICO COM CLÁUSULAS GERAIS .....	98
5.2.5.	NO NEGÓCIO JURÍDICO COMERCIAL .....	103
5.2.6.	NO ATO CONSTITUTIVO DE SOCIEDADE.....	107
	<b>CONCLUSÃO — A solução .....</b>	<b>112</b>
	<b>SÚMULAS.....</b>	<b>114</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>126</b>
	<b>JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>130</b>

## INTRODUÇÃO — O problema

O agir humano de eficácia jurídica constituiu-se historicamente, tendo sido o seu apogeu teórico geral recente, nos séculos XIX e XX, a partir da teoria do negócio jurídico. Embora não reconhecida a ação humana como figura autônoma de valor abstrato próprio, já em Roma, através do mecanismo das *actios*, determinadas ações humanas típicas eram valoradas com eficácia jurídica. No avanço do canonismo e do direito comum medieval, a ideia de eficácia jurídica pôde desenvolver-se como noção importante. Mas foi na experiência pandectista que essa noção ganhou nome, substância e se tornou um verdadeiro sistema jurídico abstrato particular.

A percepção de que o negócio jurídico não estaria apto a dar conta de diversos problemas acabou por conduzir a uma relativização da teoria — seja por meio da extensão da sua abrangência típica<sup>1</sup>, seja através da expansão, ao menos, dos seus efeitos<sup>2</sup>. Enquanto alguns passaram a advogar que a teoria do negócio jurídico devesse abarcar outras modalidades de fatos jurídicos não antes qualificáveis como tal, outros passaram a sustentar, no mínimo, uma ampliação das suas consequências a essas novas figuras.

Para tanto, a batalha vem sendo travada em torno da percepção dos mecanismos de existência, validade e eficácia das ações humanas com valor jurídico. Na medida em que um ato jurídico poderá (i) sê-lo, (ii) ser válido e (iii) produzir efeitos, o principal campo de discussão do instituto do negócio jurídico passou a residir nas noções acerca da sua conclusão, sobre os aspectos e os pressupostos que envolvem o que veio a ser chamado de a concludência negocial<sup>3</sup>.

Sucedem que, tão ou mais importante do que as trincheiras da concludência do negócio jurídico, está a apreensão do sentido jurídico conclusivo do agir humano, a percepção do seu significado de conteúdo, da semântica. A higidez estrutural de um instituto jurídico pode alocar-se na absorção de hipóteses de sua aplicabilidade ou no próprio processo interno de sua aplicação, isto é, também no sentido de que os negócios individuais acabam por conformar. Dizendo de modo direto, a desnaturação do negócio jurídico não apenas pode advir da extensão de hipóteses ou da expansão dos seus efeitos

---

<sup>1</sup> Sobre as teses restritivas da teoria do negócio jurídico, porém extensivas dos seus efeitos: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. pp. 25-52.

<sup>2</sup> A respeito das teses extensivas da teoria do negócio jurídico: *Ibid.* pp. 53-68.

<sup>3</sup> Acerca da teoria do comportamento concludente do negócio jurídico: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

— pelo aumento da sua abrangência típica factual ou simples extensão dos seus efeitos a hipóteses não típicas —, mas também da modificação do sentido do comando obrigacional originalmente negociado. A interpretação encerra, nesse ponto, outro importante campo de duelo.

Se esses problemas, em matéria de interpretação dos negócios jurídicos, apresentam dificuldades de abordagem, no que diz respeito à integração, por certo, multiplicam-se. Atribuir uma semântica ao “dito” já acarreta inúmeras dificuldades operacionais que a atribuição de uma semântica ao “não dito” mostra-se uma tarefa ainda mais difícil — mesmo que necessária.

A lei, para esse fim, apresenta algumas pistas através das quais se pode melhor compreender, abordar e propor uma solução para o problema. O art. 239º do Código Civil assim estabelece:

Artigo 239º

(Integração)

Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

O aludido dispositivo, ao se referir à “vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo”, remete a resolução dos problemas de integração dos negócios jurídicos ao critério da vontade hipotética (ou conjectural), sem que isso importe em desrespeito aos padrões da boa fé. O Código Civil, nos artigos 292º e 293º, a propósito de tratar dos modelos especiais de integração via redução e via conversão do negócio jurídico, também se referiu ao critério da vontade hipotética<sup>4</sup>:

Artigo 292º

(Redução)

---

<sup>4</sup> Sobre o problema da unidade ou pluralidade de critérios de vontade hipotética no direito português: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 1071, para quem: “Numa primeira abordagem, parece, pois, que o Código Civil, em sede de vontade hipotética, consagrou sucessivamente: a vontade hipotética naturalística, na redução e no testamento, a vontade hipotética subjectiva, com limitações, na conversão e a vontade hipotética objectiva, na integração negocial. Mas este não pode ser o resultado final da interpretação dos preceitos em jogo: a sua consideração sistemática revela assimetrias estranhas ao espírito de uma codificação civil”.

A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.

Artigo 293º

(Conversão)

O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.

A noção de vontade hipotética apresenta-se como um problema comum do direito, da boa combinação entre o “ser” e o “dever ser” (ou entre o concreto e o sistema jurídico), dificuldade teórica e prática comum das questões que envolvem um fato jurídico (fato + direito) — no caso, ainda mais difícil, por se tratar de uma espécie de contrafato jurídico. Por “contrafato”, entenda-se a reflexão acerca de um fato que jamais foi fato concreto e que somente o seria numa intelecção do jurista que se engaje na tarefa de estabelecer o sentido de um querer potencial e não existente — ou, ainda que existente, não manifestado.

Indaga-se, assim, *quid iuris*.

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SISTEMAS DA INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A vontade hipotética na integração do negócio jurídico, como qualquer outra instituição jurídica e social, não representa uma solução abstrata e de iluminação espontânea. Trata-se de mecanismo encaixado em determinada realidade histórica concreta, devendo-se, do curso desses acontecimentos, compreender as suas estrutura e função.

### 1.1. O DIREITO ROMANO

A integração não era um problema enfrentado pelos romanos. O formalismo estruturado das convenções acabava por preestabelecer a eficácia jurídica dos atos humanos. A vontade, para os romanos, possuía um papel secundário, tendo em vista a sua utilização como mero recurso para se aderir ou não a determinada categoria jurídica reconhecida.

Os atos jurídicos, pela noção objetivada da época, acabavam por ganhar validade pelo seu papel público, de modo que a concludência convencional encerrava um ritual, o qual deveria ser seguido pelas partes. A convenção era o próprio rito submetido. O epicentro da questão romana era a forma jurídica<sup>5</sup>.

Por essa razão, não havia o que se cogitar de problemas de interpretação, muito menos de integração. A eficácia jurídica do ato ritualístico já era preestabelecida e conhecida por todos, de sorte a não haver gargalos intencionais ou comunicativos. Até porque não era a intenção efetiva do sujeito ativo nem a percepção subjetiva ou objetiva do sujeito passivo que seria valorado juridicamente. Não se admitia a criação, modificação ou extinção de um direito pautado na vontade imediata de um sujeito. Era o ato solene praticado em si quem tinha esse potencial.

Contudo, em um segundo momento evolutivo os romanos passaram a relativizar um pouco mais o regime formalista das convenções, com o desenvolvimento de importantes

---

<sup>5</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3ª ed. t. I. v. I. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 59-60, qualifica o direito romano da seguinte forma: (i) histórico-cultural, como construção paulatina da História, (ii) existencial, que se manifesta na repetição de fenômenos, (iii) sistematizado do ponto de vista interno, (iv) prudencial, porque não deriva de qualquer solução de um poder autoritário e (v) problemático, porquanto construído *a posteriori*, a partir dos problemas concretos típicos.

noções, como a *conditio tacita*<sup>6</sup>. Essa *conditio tacita* consistia numa disposição convencional entendida do sentido circunstancial da tratativa, embora não expressamente colocada pelos sujeitos; um modo romano de inserir efeitos puramente legais, similar à *conditio iuri*<sup>7</sup>. A *conditio tacita*, mesmo não expressa, delimitava o sentido do negócio<sup>8</sup>.

Embora assemelhada, a *conditio tacita* não pode ser confundida com a integração do negócio jurídico. A estrutura do negócio, como valorização de abstração do sujeito, por meio da teoria voluntarista, herdeira dos postulados do iluminismo, só veio a surgir em momento bem posterior, de tal modo que a *conditio tacita* ainda possuía uma estrutura bem formalista de aderência às convenções romanas.

## 1.2. O DIREITO MEDIEVAL

O direito medieval era constituído da ideia de continuidade do formalismo ritualístico romano com as fortes influências dos cânones da Igreja Católica, instituição de grande força à época. O mecanismo do *pacta* permitiu que se consolidasse a ideia de poder extremo da palavra do ponto de vista ético-cristão e jurídico, de sorte que o não cumprimento do que fora prometido passou a ser considerado mais do que uma mentira: era um pecado.

Começa, assim, inclusive com o desenvolvimento posterior de um humanismo, o lançamento das bases do voluntarismo posteriormente construído. O querer intencional passa a ganhar relevo paulatino com a vitória filosófica do humano como norte central das ciências, principalmente da jurídica. É possível observar-se de maneira crescente na história medieval o desenvolvimento de importância da vontade.

---

<sup>6</sup> PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp. 71-72, esclarece que o termo tácito tem sido usado na História, inclusive desde Roma, também como um mecanismo interpretativo, o que é objeto de constantes críticas.

<sup>7</sup> “Seja como for quanto à natureza — clássica ou não, e distinta das condiciones iuris ou não — das ‘condições tácitas’ de que se trata nas fontes, é certo que a separação em relação a condições resultantes do direito objectivo, isto é, pressupostas nos negócios por virtude da lei, não era, também aqui, traçada rigorosamente, servindo o adjectivo ‘tácito’ igualmente para abranger hipóteses em que faltava um consentimento particular negocial”. Ibid. pp. 82-83.

<sup>8</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 4ª ed. t. II. v. I. Coimbra: Almedina, 2014. p. 757.

Em relação à integração, a noção de *conditio tacita* evoluiu e ganhou bases bem claras. Eram três os pilares da sua utilização<sup>9</sup>: (i) a *clausula rebus sic stantibus*<sup>10</sup>, (ii) os sentidos estruturais do *naturalia negotii* e (iii) os usos e costumes do local da celebração. Os três referidos recursos complementares eram postulados que começaram a se justificar como meios de absorção de uma vontade presumível das partes.

De todo modo, complexo que já era o esquema de reflexão jurídica dos atos humanos, a nova conformação medieval também não representava com clareza uma espécie de integração do negócio jurídico. A uma, porque ainda não havia sido desenvolvida a técnica pandectista dos negócios jurídicos; a duas, porque o voluntarismo não havia avançado a ponto de colocar a vontade, ainda que não manifestada, como elemento central. Já se observou, todavia, a partir de uma leitura de vontade presumível como fundamento da cláusula *rebus sic stantibus*, das estruturas do *naturalia negotii* e dos usos e costumes, um princípio de recondução do problema das ações humanas, de modo mediato, à vontade.

### 1.3. O CODE NAPOLÉON

Com o advento da Revolução Francesa, de inspiração iluminista, o contrato foi alçado à condição de mecanismo precípua de transferência de propriedade. Se, para a revolução burguesa, a propriedade privada absoluta era encarada como sustentáculo dos novos tempos, o contrato tinha por função permitir a célere e segura troca dessa propriedade<sup>11</sup>.

Os anseios revolucionários foram cristalizados, juridicamente, por meio do Código Civil francês de 1804, o *Code Napoléon*, tido como lei de inspiração liberal e burguesa. A partir de uma noção de fim dos tempos, de que a revolução burguesa representaria o fim da história, germinou-se, no seio jurídico, a ideia de codificação, isto é, de reunião abstrata e definitiva do direito em um único texto concentrador de toda a emanação jurídica. O *Code Napoléon*, nesse sentido, representava, para os seus criadores e difusores, o fim do Direito

---

<sup>9</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, t. II, v. I, op. cit. p. 758.

<sup>10</sup> Sobre a construção histórica e fracasso na segunda sistemática do conceito de *clausula rebus sic stantibus*: CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 938-966.

<sup>11</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. pp. 41-46.

Civil na História<sup>12</sup>.

As normas sobre contratos foram entabuladas nos artigos 1101 e seguintes do *Code Napoléon*, identificadas no Título III, “*des contrats ou des obligations conventionnelles en général*”<sup>13</sup>, inserido no Livro III, o qual se destinava a regular “*Et des différentes modifications de la propriété*”<sup>14</sup>. Daí se observa, desde logo, o papel que os revolucionários atribuíam aos contratos naquela nova Era: mecanismo de transferência de propriedade.

A grande questão à época era a propriedade fundiária, e, nessa linha, o princípio da liberdade de contratar foi o caminho encontrado entre vitoriosos e perdedores — isto é, entre burgueses e a nobreza e o clero — para a transferência dessa e de outras riquezas. Em termos objetivos, a partir e nos termos da liberdade de contratar, a burguesia empreendedora ia adquirindo as riquezas das classes perdedoras, principalmente a fundiária, sob a garantia de que essa transferência jamais ocorreria sem o consentimento de ambos<sup>15</sup>.

Apesar disso, o sentido que a *conditio tacita* alcançou com o advento da Revolução Francesa foi de simples consolidação, nos dispositivos do *Code Napoléon*, do que já vinha sendo objeto de desenvolvimento<sup>16</sup>. Os artigos 1160 e 1135 acabaram por dar corpo aos critérios de aplicação dos usos e costumes, da equidade e da estrutura natural do negócio, como recursos que deveriam estar ao lado da interpretação meramente literal do texto contratual:

*Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*<sup>17</sup>.

*On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées*<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> Os revolucionários franceses pensavam que aquela revolução ilustrada era o fim da História, de modo que nada mais viria depois a ser constituído, do que faz prova a criação de um calendário revolucionário. O *Code*, nesse sentido, representou o encerramento da História para o Direito Civil, por meio da construção de um Direito Civil final, o qual desse conta, dali em diante, de todos os problemas civis existentes. Para mais acerca do fenômeno das codificações: António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, t. I, vol. I, op. cit. pp. 73-79.

<sup>13</sup> Em tradução livre, “dos contratos ou das obrigações convencionais em geral”.

<sup>14</sup> Em tradução livre, “e dos diferentes modos de modificação da propriedade”.

<sup>15</sup> ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 45.

<sup>16</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, t. II, v. I, op. cit. pp. 758-759.

<sup>17</sup> “As convenções obrigam não apenas ao que se expressa, mas também a todas as consequências que a equidade, o uso ou a lei dão à obrigação, de acordo com a sua natureza” (tradução livre).

<sup>18</sup> “O contrato deve conter as cláusulas que são costumeiras, mesmo que elas não estejam expressas nele” (tradução livre).

Repare-se que o texto legal do *Code Napoléon* não parte do pressuposto geralmente admitido de que os contratantes possam ter deixado determinado ponto fundamental de regulação omissos. O que dispõe a lei é que a leitura que se fará do contrato terá de levar em conta, como se escritos estivessem, os usos e costumes, a equidade e a natureza da avença. Por isso, há, propriamente, menos uma regra de integração do que uma regra semelhante a uma interpretação complementar<sup>19</sup>.

Logo, com a consagração de regras que remontam a critérios claramente objetivos, ou seja, que estão fora do âmbito subjetivo dos contraentes, é possível afirmar-se que o método integrativo francês ainda não havia encerrado o panorama de desenvolvimento liberal. Este encontraria o seu apogeu na integração pensada para a teoria do negócio jurídico, com o soerguimento do dogma da vontade como posição central para a integração dos negócios na experiência tardia, porém sofisticada e própria, da Alemanha.

#### **1.4. A EXPERIÊNCIA ITALIANA**

Inicialmente, as disposições sobre contratos no direito italiano foram fortemente influenciadas pela experiência principiante francesa, notadamente do *Code Napoléon*. Encravado no processo de *Risorgimento* e na vitória da corrente liberal, o Código Civil italiano de 1865, que viria a dar substrato à unificação dos estados italianos, foi marcado pelo tom daquelas disposições francesas. Não à toa, em 1927, tentou-se elaborar uma espécie de Projeto franco-italiano das obrigações e dos contratos.

A ascensão de Benito Mussolini ao poder alterou o panorama liberal, até então soberano no recente Estado Nacional transalpino. A ideologia marcada pelo corporativismo nacional fez emergirem novas noções de compreensão do direito civil e, nessa medida, do direito dos contratos. A antiga concepção de igualdade formal<sup>20</sup> deveria ceder a uma nova

---

<sup>19</sup> Acerca da interpretação complementar: cf. item 1.7.2, *infra*.

<sup>20</sup> A chamada igualdade formal acaba por montar um esquema negocial humanista, na medida em que permite aos sujeitos, sem interferência externa, melhor alocar as suas escolhas, como em um panorama puramente estruturalista. A igualdade material, por sua vez, propõe uma substituição, ainda que parcial e pontual, da função dos sujeitos negociantes para entregar a uma ação estatal preventiva ou repressiva, em busca de uma ideal equiparação de desigualdades. Sobre a dialética estrutura e função dos negócios jurídicos, cf. o item 2.4, *infra*. Na resolução do problema concreto dos contratos celebrados por adesão, bem como aqueles detentores de condições gerais, cf. MONTEIRO, António Pinto. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão /*

compreensão de uma desigualdade saudável ao regular desenvolvimento do coletivo. Como um corpo que seria o tecido social, para os fascistas, os humanos nele dispostos deveriam exercer diferentes funções e essas distinções deveriam ser objeto de tutela jurídica. Seria o reconhecimento de uma desigualdade funcional e, ao mesmo tempo, uso dela em favor do coletivo. Isso é o que veio a se chamar de princípio jurídico da solidariedade corporativa.

Para dar conta de uma tentativa de revolução das bases liberais, editou-se o *Codice Civile* de 1942, o qual ainda ostentou uma similaridade fisionômica às codificações liberais, com disposições na linha sistemática do *Code Napoléon*, mas, também, com o estabelecimento, pela primeira vez, de algumas normas contratuais abstratas de cunho coletivista. Era como se a estrutura do direito liberal não sofresse uma grande reforma, sendo a aposta jurídica dos fascistas a previsão de princípios gerais norteadores do sistema, os quais redirecionassem essa estrutura pouco alterada em prol da função coletivista<sup>21</sup>.

Para além da menção feita em determinados dispositivos à *norme corporative*<sup>22</sup>, o artigo 1175, hoje sob nova redação, determinava o padrão de conduta das partes de acordo com o princípio da solidariedade corporativa: “*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa*”<sup>23</sup>.

A redação original do artigo 1371, nº 2, daquele *Codice Civile*, por sua vez, colocava um princípio de ordem corporativa como critério de interpretação da intenção contratual das partes: “*La comune intenzione delle parti deve essere interpretata nel senso più conforme ai principi dell’ordine corporativo*”<sup>24</sup>.

No entanto, o dispositivo encerrava uma contradição, na medida em que vinculava a leitura da “intenção comum das partes” a uma noção de ordem corporativa, quando, de certo modo, uma intenção comum de partes só pode ser subjetiva, individualizada e concreta; jamais objetiva, generalizada e abstrata, como pretendeu o dispositivo<sup>25</sup>. O que se quis, em

---

*cláusulas contratuais gerais*. O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, a. 62, v. I, jan. 2002. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutriniais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

<sup>21</sup> ROPP, Enzo. Op. cit. pp. 54-59.

<sup>22</sup> Artigos 1474, 1515, 1596, 1616, 1623, 1628 1630, 1640, 1641, 1647 e 1750 do *Codice Civile* de 1942.

<sup>23</sup> “O devedor e o credor devem comportar-se de acordo com as regras de equidade, em relação aos princípios da solidariedade corporativa” (tradução livre).

<sup>24</sup> “A intenção comum das partes deve ser interpretada no sentido de que está mais em conformidade com os princípios da ordem corporativa” (tradução livre).

<sup>25</sup> Pelo desenvolvimento das noções de heteronomia à época, as quais ainda se chocavam com um forte voluntarismo liberal, o legislador italiano preferiu, em detrimento de esclarecer que as intenções das partes

verdade, foi estabelecer que deveria prevalecer, na interpretação, mais a função organizativa da sociedade, segundo os preceitos coletivistas do contrato estabelecidos centralizadamente por aquele Estado Italiano, do que aquilo que as partes efetivamente quiseram. Seria o fim da era das estruturas jurídicas sólidas à disposição das escolhas individuais soberanas, isto é, de cada indivíduo definir os seus próprios caminhos de vida; seria, então, o começo da liquidez principiológica, eficaz ferramenta de alteração das estruturas do direito, em prol de um controle social que se diga mais solidário.

A norma especificamente prevista para tratar da complementação dos contratos, insculpida no artigo 1374 daquele Código, em que pese fizesse referência expressa apenas aos critérios legal, costumeiro e de equidade, não impedia que se aplicasse, na compreensão da “intenção comum das partes”, o princípio de ordem corporativista<sup>26</sup>: “*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto é nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità*”.

Assim, o direito dos contratos na Itália, anteriormente marcado por preceitos liberais, passou, com a edição do *Codice Civile* do Duce, a incorporar influências coletivistas e abstratas, as quais viam não mais nos contratantes a força motriz do referido fenômeno jurídico, mas sim ao benefício social que ele era capaz de proporcionar. O Código sofreu profundas modificações antes de comportar a fisionomia atual, como não poderia ser diferente em um regime que se pretende democrático.

A integração dos contratos na experiência transalpina iniciou-se nos mesmos termos que a francesa, tendo avançado, em sequência, para a aplicação indiscriminada do princípio da solidariedade corporativa, para além dos critérios da equidade e dos usos e costumes. Apesar da legislação não fazer menção expressa à teoria dos negócios jurídicos, a doutrina acabou por incorporar, dentro da teoria dos contratos, os aspectos gerais daquela discussão de origem pandectista.

## **1.5. OS IMPLIED TERMS DO DIREITO INGLÊS**

Como mecanismo aproximado da *conditio tacita*, insere-se, no sistema jurídico

---

seriam controladas por um princípio de corporativismo, atribuir tal princípio como mecanismo interpretativo, para alterar, na raiz, a própria intenção das partes.

<sup>26</sup> Inclusive, tratava-se de mecanismo legal, conforme artigo 1371, n° 2.

anglo-saxão, a noção dos *implied terms*<sup>27</sup>. Os tribunais ingleses passaram, a partir do *leading case Stuart vs. Wilkins*, a fazer uma distinção entre as estipulações explícitas e implícitas do contrato. Naquela hipótese, o tribunal relativizou a noção de *caveat emptor*<sup>28</sup> de um contrato de compra e venda, considerando que haveria uma espécie de garantia implícita do vendedor. Antes, entretanto, os tribunais já haviam se confrontado com o problema, sem que houvessem acolhido a tese dos *implied terms*<sup>29</sup>.

No caso *Southern Foundries vs. Shirlaw*, julgado em 1939, a Câmara dos Lordes bem esclareceu que os *implied terms* seriam, numa expressão marcante, aquilo “*so obvious that it goes without saying*” que as partes, durante a negociação, teriam dito “*Oh, of course*”, a respeito da questão<sup>30</sup>.

Trata-se de instrumento através do qual a experiência inglesa reconhece a complementação dos contratos a partir de uma espécie de vontade presumível, usos e costumes, bem como de um sentido de boa-fé. Por isso, é comum serem essas modalidades de *implied terms* denominadas, respectivamente, (i) *terms implied in fact* ou *by court*, (ii) *terms implied in law* e (iii) *terms implied by custom or usage*.

Atiyah tece profundas críticas ao instituto dos *implied terms*, por considerar que os tribunais ingleses se valem do mecanismo para alcançar diversos fins que não estariam precisamente num sentido de termos implícitos da contratação. Acaba por ser utilizado, muitas das vezes, para se enxertar no contrato aquilo que as partes não teriam estipulado, ainda que tivessem pensado na questão, apenas por se tratar, aos olhos do tribunal, de um ajuste mais adequado da relação jurídica<sup>31</sup>.

A aludida reflexão crítica muito se assemelha com a que se oferece neste trabalho à integração do negócio jurídico. De certo modo, os *implied terms* — tal qual a integração — surgiram como instrumento para atribuir ao negócio uma leitura daquilo que, por uma

---

<sup>27</sup> Acerca do desenvolvimento dos *implied terms* e a sua aproximação da experiência jurídica inglesa e os efeitos tácitos da experiência continental: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. p. 132; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 395.

<sup>28</sup> Uma compra e venda sob o regime do *caveat emptor* aloca os riscos do objeto adquirido na esfera do próprio comprador, cabendo a ele, portanto, diligenciar por uma boa avaliação de tal bem.

<sup>29</sup> Acerca do desenvolvimento dos *implied terms*: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit. p. 392.

<sup>30</sup> ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the Law of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1989. pp. 224-227; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit. pp. 393-394.

<sup>31</sup> “*we imply a term to give effect to our sense of justice rather than to give effect to what these particular parties intended; but our sense of justice does derive in part from patterns of customary behaviour*”. ATIYAH, Patrick Selim. *Contract and Fair Exchange, Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1986 *apud* VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit. p. 392.

obviedade concreta, deveria ali estar previsto, se as partes soubessem que deveria estar regulado. Do mesmo modo, ambos institutos se encontram esgarçados pela tentativa geral de usá-los como meio de aperfeiçoamento negocial, ainda que contrário ao que os sujeitos participantes da relação jurídica teriam estabelecido se soubessem do ponto omissivo.

De toda forma, os *implied terms* passam por um juízo anterior de necessidade da complementação para a atribuição de eficácia contratual. Será aplicável apenas nos casos em que a complementação se mostre necessária, isto é, quando exista um espaço contratual que demande uma complementação sem a qual o contrato não será eficaz<sup>32</sup>, a aproximar os *implied terms* da noção de lacuna contratual do direito continental. Será dispensável o recurso à noção de necessidade de eficácia do contrato quando se puder dizer que a cláusula seria obviamente adotada pelas partes no caso de um terceiro apontar para a questão, conhecido como *officious bystander test*, modalidade também similar à da vontade hipotética aqui estudada<sup>33</sup>.

### **1.5.1. A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO E O *BÜRGERLICHES GESETZBUCH***

Diante do processo de formação tardia do Estado Nacional Alemão, a construção do seu direito civil apresentou determinadas peculiaridades da edificação do direito francês, marcada pela influência das densas reflexões problemáticas hegelianas e do idealismo alemão, e, com isso, pela sua alta carga de abstração e sistematicidade. É o espírito absoluto, a que faz referência Hegel, na compreensão jurídica<sup>34</sup>. Debruçados numa profunda intenção científica de reorganização do direito civil a partir do Digesto, no exercício de extração de conceitos por detrás das regras tradicionais, a chamada jurisprudência dos conceitos, observou-se uma espécie de generalização com a idealização de uma teoria geral<sup>35</sup>, sendo a

---

<sup>32</sup> “De acordo com esse princípio, uma cláusula só pode ser ‘implícada’ se for necessária para a eficácia da transação (“business efficacy”) ou do negócio”. PINTO, Paulo Mota *Declaração tácita...*, op. cit. p. 134.

<sup>33</sup> PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. p. 135.

<sup>34</sup> Para HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, em contraposição a Immanuel Kant, as parcelas somente possuem valor enquanto pertencentes e observadas diante do todo, da unidade sistêmica, sendo, desse modo, possível conhecer-se o objeto em si.

<sup>35</sup> Para críticas e debates acerca da existência de uma teoria geral do direito civil pandectista, CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 31 e ss., o qual se manifestou contrário a uma parte geral sistematizadora por reputar que tal estratégia encerraria um mecanismo de diluição do indivíduo frente aos bens e aos atos, e PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito*

teoria do negócio jurídico o seu ponto nodal. A escola do pensamento pandectista do direito desenvolveu em meados do século XIX, uma doutrina própria do direito civil, com acentuações distintas do modelo do *Code Napoleon* — até então, lei de representação maior dos ideais iluministas<sup>36</sup>.

Aquela teoria do negócio jurídico, debatida em larga escala antes da edição do *Bürgerliches Gesetzbuch*, colocou a teoria dos contratos em um patamar secundário de importância da reflexão jurídica. O BGB dedicou os §§ 116 a 144 à regulação do *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) e os §§ 145 a 157 ao *Vertrag* (contrato). O objeto de profunda inclinação daquela lei foi o negócio jurídico, o qual, pelo princípio de aplicação da regra geral, na ausência de regra especial, aplicava-se não apenas aos contratos, mas também aos casamentos, testamentos, etc. Se no modelo francês os contratos estariam sujeitos às regras especiais e às regras gerais sobre contratos, no modelo alemão os contratos estariam sujeitos, para além das regras especiais e gerais sobre contratos, às normas sobre negócio jurídico.

A crítica geralmente elaborada ao modelo genérico de abstração do negócio jurídico é a de que a necessidade de se abarcarem tantos conteúdos em um só conceito acaba por perder a atenção concreta que cada instituto mereceria, diante da especificidade e especialidade de cada qual. Por abranger tantos conceitos de matizes distintas, apesar da boa organização metódica das noções, o negócio jurídico carrega problemas de pouca concretude. Demanda-se, para tratar de um conceito abstrato de ação humana produtora de eficácia jurídica, dar um passo para trás dos fenômenos concretamente considerados.

Sob inspiração kantiana<sup>37</sup>, foi Savigny, autor do *System des Heutigen Römischen Rechts*, antes mesmo da elaboração do BGB, o responsável pelo erguimento da teoria do

---

*Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 17-22, que também traz alguns comentários, notadamente em relação à pretensão da parte geral de consagrar um sistema interno, isto é, como um retrato perfeito e acabado daquela normatividade do direito civil.

<sup>36</sup> “O Código Civil alemão corresponde ao ponto terminal de uma intensa actividade jurídico-científica, que se prolonga por todo o século XIX. Na base de um estudo aturado do Direito comum- o Direito romano com determinadas adaptações e em certa leitura – os pandectistas foram levados a confeccionar um novo sistema civil: as proposições jurídicas singulares, os institutos, os princípios e a ordenação sistemática sofreram remodelações profundas, aperfeiçoando-se, evitando, contradições e desarmonias e multiplicando o seu tecido regulativo de modo a colmatar lacunas”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, t. I, v. I, op. cit. p. 80.

<sup>37</sup> Tratando das influências kantianas e hegelianas no pensamento dos contratos: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp. 155-157 (notas 523 e 524, respectivamente).

negócio jurídico, por meio do seu tom marcadamente voluntarista<sup>38</sup>. O modelo voluntarista foi defendido em sequência por alguns autores alemães, com destaque para Windscheid, que via na vontade interna existente na *Willenserklärung* (declaração de vontade) o fundamento jurídico do negócio. Não se haveria falar, para os voluntaristas, de vício do negócio no caso de vício de vontade, pois se trataria, em verdade, de um não negócio — propriamente, de uma inexistência de negócio jurídico. Uma última referência importante entre os voluntaristas diz respeito à doutrina psicológico-naturalista de Zitelmann, representante do ápice da expressão concreta do voluntarismo.

Ainda nos debates de construção de um Código Civil alemão, autores iniciaram severas críticas ao modelo voluntarista do negócio jurídico, notadamente em função do desprestígio que a primeira formatação daquela teoria dava ao declaratório e à segurança do tráfico. Jhering formulou, no seu *culpa in contrahendo*<sup>39</sup>, uma premissa de responsabilidade civil pelo interesse contratual negativo do declaratório que confiou na conclusão hígida do negócio. Por isso, ainda numa linha jusracionalista de reflexão, se defendeu-se a *Erlärungstheorie* (teoria da declaração), que tinha por fundamento a confiança dos destinatários da declaração de vontade, de sorte que a declaração passaria a servir de núcleo central da teoria do negócio jurídico — como mecanismo apenas indireto de proteção da vontade do declarante — e não mais a vontade<sup>40</sup>.

Com a prevalência da teoria da declaração, as correntes encontraram um “armistício”, por meio do qual, positivou-se no BGB, em cada questão divergente, uma premissa de resolução distinta<sup>41</sup>. Se, por um lado, em relação à *Auslegung einer Willenserklärung* (interpretação do negócio jurídico), o § 133 do BGB estabeleceu que o significado do negócio jurídico será aquele atribuído à vontade real do manifestante; por outro, para a reserva mental e demais vícios de vontade, previu apenas a sanção de anulabilidade.

O § 157 do BGB, que trata da *Auslegung von Verträgen* (interpretação de contratos), admitida, de modo geral, como critério de interpretação complementadora,

---

<sup>38</sup> Sobre o embate entre voluntaristas e declarativistas, antes e depois da edição do BGB: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp. 10-58; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e Enunciado...*, op. cit. pp. 27-69.

<sup>39</sup> JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição* (trad. Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>40</sup> Em Portugal, como expoente da teoria da declaração: CORREIA, António Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2001.

<sup>41</sup> PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. p. 30.

estabelece que os negócios deverão ser complementados pela noção de boa-fé objetivamente perspectivada: “*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”.

Os §§ 139 e 140 do BGB tratam das *Teilnichtigkeit* (redução) e *Umdeutung* (conversão) do negócio jurídico e, para tanto, fazem remissão a uma espécie de vontade hipotética dos sujeitos do negócio jurídico:

*Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.*

*Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.*

A vontade hipotética estabelecida no BGB acabou por encerrar, dentro da lógica das disputas de correntes, uma vitória pontual dos voluntaristas. Uma vontade, ainda que construída a partir de elementos de contrafactualidade, foi erguida como limite às modificações dos negócios jurídicos no direito alemão<sup>42</sup>.

Os caminhos que a experiência alemã percorreu para chegar ao *status* atual da discussão mostram-se de extrema relevância para pensar os problemas atinentes à vontade hipotética na integração do negócio jurídico em Portugal. É grande a inspiração dos postulados germânicos aos juristas lusos dos séculos XIX, XX e XXI, a tal ponto que o Código Civil português de 1966 abraçou a vontade hipotética e ergueu-a a um patamar elevado no ordenamento jurídico.

---

<sup>42</sup> “Parece que, não obstante todos os esforços, a fórmula final do § 140 do Código Civil alemão não logra eliminar de todo a *contaminatio* — que vinha desde o direito medieval — entre a conversão do negócio jurídico e a cláusula codicilar subentendida ou tácita, mantendo, de certa maneira, o instituto nos domínios da prova. Como isso parece repugnar à sua função e conceituação jurídica, compreende-se a persistente tendência dos autores alemães em recorrer, por intermédio do fim econômico, à vontade ‘hipotética, irreal, fictícia ou presumida’ das partes, às vezes como fundamento, outras vezes como critério de conversão dos negócios jurídicos”. DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 221.

### 1.5.2. A INTEGRAÇÃO NO CONTEXTO DA RECEPÇÃO PORTUGUESA DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

A experiência portuguesa anterior ao Código Civil de 1966 não realizava uma distinção bem clara entre a interpretação e a integração dos negócios jurídicos<sup>43</sup>. Apesar disso, o art. 684 do Código de Visconde de Seabra, editado em 1867, acabou por atribuir valor jurídico aos usos e costumes como critério definidor do sentido jurídico válido da avença:

É nullo o contracto, sempre que dos seus termos, natureza e circumstancias, ou do uso, costume ou lei, se não possa deprehender, qual fosse a intenção ou vontade dos contrahentes sobre o objecto principal do mesmo contracto.

Com o avanço da recepção da então vanguardista doutrina germânica do negócio jurídico, também se intensificou o processo de destaque da integração como instituto autônomo em relação à interpretação dos negócios<sup>44</sup>. Sustenta Manuel de Andrade, um dos grandes importadores da teoria alemã da relação jurídica, notadamente do negócio jurídico, por uma noção de predomínio da vontade, a resolução dos problemas concretos de lacunas negociais com o recurso à vontade hipotética ou conjectural das partes. Seriam, então, os pontos omissos contratuais devidamente completados com o que se puder perceber que as partes, presumivelmente, teriam querido se tomassem ciência, em tempo, da lacuna<sup>45</sup>. Tratar-

---

<sup>43</sup> Como exemplo, cfr. MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil Português*: Parte Geral. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1907; trata-se de emblemático trabalho de recepção da teoria geral do direito civil pandectista, no qual não há um tratamento da integração.

<sup>44</sup> Vale ressaltar-se o destaque à categoria da integração dos negócios jurídico dado por ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. pp. 321-326.

<sup>45</sup> “Como os negócios jurídicos são, num certo sentido, o reino da vontade das partes, poderia argumentar-se daí a impossibilidade de suprir as lacunas das declarações negociais. Os espaços deixados em branco pelas estipulações das partes deveriam também ficar vazios de toda a regulamentação jurídica. Não haveria pois para os contraentes qualquer vinculação quanto a esses pontos, embora podendo isso eventualmente trazer como reflexo a nulidade total ou parcial.

[O critério é] o da vontade hipotética ou conjectural das partes. Não se trata aqui da vontade real provável das partes. Trata-se da vontade que presumivelmente elas teriam tido se tivessem previsto o ponto omissos; do modo como elas o teriam regulado se o ponto não tivesse ficado estranho às suas previsões. Para a determinação desta vontade deve o juiz, colocando-se no plano das partes, orientar-se, acima de tudo, por uma recta apreciação dos interesses em jogo, segundo as normas da boa fé; e também pelos usos da prática, e por quaisquer outras circunstâncias [sic] que razoavelmente possam ser chamadas ao caso. Noutros e mais precisos termos: em regra o juiz seguirá as indicações concretas de que disponha acerca do que provavelmente as partes teria querido, porque em princípio não é outra a justiça contratual; mas quando por aí seja conduzido a um resultado pouco equitativo (por ser de concluir que uma das partes estaria em condições de impor à outra uma cláusula mais ou menos leonina) poderá eventualmente o juiz decidir antes pelo que as partes deveriam ter

se-ia, aqui, como também esclarecido pela doutrina alemã, de uma vontade irreal de um prognóstico ulterior subjetivo<sup>46</sup>.

Um dos grandes discípulos de Manuel de Andrade foi Rui de Alarcão, que fora escalado por Adriano Vaz Serra para elaborar a Parte Geral do Código Civil que viria a ser editado em 1966. O avanço dos preparativos mostra com clareza a influência de Manuel de Andrade na redação daquilo que veio a se cristalizar como a atual norma do art. 239º, regra jurídica inovadora especificamente lapidada para dar conta do problema da integração dos negócios jurídicos<sup>47</sup>. Alarcão propôs, então, a seguinte redação para o preceito:

A integração da declaração negocial, quando não ocorram disposições especiais, deve fazer-se em harmonia com a *vontade que as partes presumivelmente teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo*, ou de acordo com as exigências da boa fé, se ela outra coisa reclamar<sup>48</sup>.

No Anteprojeto que reuniu todas as normas sobre negócio jurídico, Alarcão deu corpo à ideia anteriormente sustentada, redigindo o art. 11º daquele diploma da seguinte maneira:

A integração da declaração negocial, na falta de disposições especiais e se a boa fé outra coisa não reclamar, deve fazer-se em harmonia com a vontade presumível das partes<sup>49</sup>.

Após a primeira revisão ministerial, a regra sobre a integração dos negócios jurídicos, ali inserida como art. 210º, embora tenha mantido a referência à ideia de vontade presumida atrelada a uma contrafactualidade, referiu-se, expressamente, ao termo *integração*:

---

querido. É que também o legislador, ao editar as normas supletivas, não raro aproveita o silêncio das partes para fazer prevalecer o seu critério de justiça contratual ou até para dar satisfação a exigências sociais doutra ordem”. Ibid. pp. 331-325.

<sup>46</sup> Ibid. p. 325 (nota 1).

<sup>47</sup> “Não pode seriamente duvidar-se de que deve fazer a integração dos negócios jurídicos — mesmo na falta de disposições supletivas, se não mesmo imperativas, que a realizem —, quando assim seja preciso para dar execução ao restante do conteúdo das declarações negociais”. ALARCÃO, Rui de. “Interpretação e integração dos negócios jurídicos/Anteprojecto para o novo Código Civil”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 84, p. 339, 1961.

<sup>48</sup> Ibid. p. 338.

<sup>49</sup> Ibid. p. 256.

A declaração negocial deve, na falta de disposições especiais, ser *integrada* de harmonia com a intenção que as partes presuntivamente teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta<sup>50</sup>.

Apenas com a segunda revisão ministerial que se expurgou por completo a referência a qualquer ideia de vontade presumida para uma vontade realmente hipotética, isto é, aquela de acordo com o querer especificamente contrafactual, acolhendo-se, pois, integralmente, a posição de Manuel de Andrade:

Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta<sup>51</sup>.

### 1.5.3. O ESTADO DA ARTE DA INTEGRAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

A integração dos negócios jurídicos na sistemática do Código Civil de 1966, diante do quadro histórico acima observado e da posição de inferioridade genericamente atribuída em relação à interpretação em sentido estrito, acabou por ser relegada a uma categoria por muitos mencionada, mas por poucos efetivamente estudada. É grande a quantidade de autores portugueses que escreveram breves linhas sobre a integração e a vontade hipotética, mas raro encontrarem-se aqueles que tenham se dedicado com profundidade à complexidade do tema. Há, em verdade, um grande número de sucintas e desarmônicas opiniões.

É aceito, de maneira geral, que o critério estabelecido no art. 239º do Código Civil de 1966 somente seria aplicável na ausência de norma dispositiva acerca da questão<sup>52</sup>. Ou

---

<sup>50</sup> Cfr. PORTUGAL. “Código Civil, Livro I — Parte Geral (1ª Revisão Ministerial)”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 107, p. 92, 1961.

<sup>51</sup> Id. “Código Civil, Livro I — Parte Geral (2ª Revisão Ministerial)”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 107, p. 94, 1965.

<sup>52</sup> A respeito da prevalência das normas dispositivas sobre a vontade hipotética de boa fé: TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 448; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, op. cit. pp. 322-323; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2ª ed. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 196; HÖSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 513; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit. pp. 219 e 432-433.

seja, apenas se chamaria a vontade hipotética à colação quando a lacuna negocial também fosse legal. Essa questão, será devidamente aprofundada no momento oportuno, esclarecendo-se, desde já, que as normas dispositivas constituem mais do que uma vontade hipotética presumida e antecipada pela lei, a justificar, por essa razão, a sua aplicação prioritária. A própria parte inicial do ferido dispositivo coloca as normas dispositivas em um campo prioritário, a obstar, na largada, qualquer leitura *contra legem*. Não se pode perder de vista, outrossim, a possibilidade de aplicação de normas dispositivas por analogia, ainda que em contratos atípicos ou inominados<sup>53</sup>.

Outra questão de importância prática inequívoca é a da prevalência dos ditames da boa fé quando houver divergência entre ela e a vontade hipotética. Isto é, para todos os casos de integração do negócio jurídico deverão ser observados os parâmetros da boa fé, podendo-se, ainda, obedecer ao conteúdo específico da vontade hipotética das partes<sup>54</sup>. A vontade hipotética, por um lado, por se tratar de questão contrafactual, apresenta uma característica concreta e precisa — ou bem algo era, ou bem algo não era a vontade hipotética do sujeito. A boa fé, por outro, apresenta-se como abstrata e imprecisa — algumas soluções próximas a determinado círculo de soluções podem, de certo modo, estar conforme a boa fé. Entende-se que a solução da relação entre vontade hipotética e boa fé está calcada na distinção de textura de cada qual. A solução final da integração deverá levar em conta a vontade hipotética das partes, sem, contudo, desatender ao círculo de soluções possíveis que determinam os ditames da boa fé.

---

Note-se que PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 456-457, ainda sustenta que seria possível, pontualmente, o critério da segunda parte do art. 239 do Código Civil sobre a primeira, quando observada a hipótese de abuso de direito (art. 334º do Código Civil), e que FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5ª ed. v. II. Lisboa: Universidade Católica, 2010. p. 461, chega a falar numa compreensão, *de iure constituendo*, de uma necessidade de prevalência da boa fé sobre as normas dispositivas.

<sup>53</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit. pp. 388-389, estabelece uma espécie de distinção ampla e gradativa “entre os contratos típicos aqueles que pertencem mais e os que pertencem menos ao tipo, e dentro dos atípicos os que são construídos por referência a tipos e os que não são”.

PINTO, Carlos Alberto da Mota *Teoria Geral...*, op. cit. p. 455, admite a aplicação das normas dispositivas por analogia, mas apenas e tão somente aos negócios ditos nominados.

ANDRADE, Manuel de. Op. cit. pp. 322-323, já admitia, sem dificuldades, a sobreposição das normas dispositivas aplicáveis por analogia a contratos atípicos ao critério da vontade hipotética de boa fé.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pp. 30-34, de seu turno, assevera a aplicação por analogia das normas dispositivas à frente da segunda parte do art. 239º do Código Civil quando subsistir o nexó de analogia na hipótese, tal como ora sustentado.

<sup>54</sup> A respeito da necessidade de se compreender a vontade hipotética e a boa fé de modo unitário, como um único conceito: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos...*, op. cit. p. 391; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, op. cit. v. II. pp. 774-775.

Uma primordial distinção que se traça é entre uma vontade hipotética subjetiva e uma vontade hipotética objetiva. A subjetiva é aquela encontrada a partir do que efetivamente teriam querido os contraentes se soubessem do ponto omissis, pensada, com isso, numa perspectiva concreta e individualista<sup>55</sup>; já a objetiva é uma vontade hipotética obtida através do sistema regulativo estabelecido pelas partes, como que extraído do plano de abstração mais amplo do próprio negócio jurídico a ser integrado<sup>56</sup>. Enquanto a subjetiva teria fundamento na individualidade, a objetiva estaria mais associada a uma ideia de sistema regulativo privado.

Por fim, outro grande embate é se seria possível falar-se em “vontades hipotéticas”. Isto é, se a vontade hipotética estabelecida para a integração em sentido estrito possuiria características peculiares em relação àquela que deveria ser utilizada para a integração por conversão, por redução do negócio jurídico, etc.<sup>57</sup>. Não se afigura, todavia, possível a defesa de um sistema unitário de espécies de vontades hipotéticas. As hipóteses tipicamente previstas na lei possuem comandos próprios, justificados pelas razões de ser das fisionomias e circunstâncias de cada qual. Enquanto a conversão pretende alterar a qualificação jurídica de um negócio, a redução busca apenas manter intacta uma parcela saudável do negócio que restou imaculada. O legislador, na redação dos sequenciais artigos 292º e 293º, por exemplo, atribuiu, com clareza, uma diferença de regime especial, pautado na lógica de que o princípio da conservação do negócio jurídico tem percepções diferentes em cada um.

De certo modo, não há um grande consenso sobre a integração dos negócios jurídicos a partir do Código Civil de 1966, notadamente pela complexa solução proposta por Manuel de Andrade e acompanhada por Rui de Alarcão, a qual veio a ser acolhida pela lei. Essa é a incumbência que se atribui a este trabalho: entregar uma solução compatível com o sistema legal e, ao mesmo tempo, operável.

---

<sup>55</sup> A vontade hipotética individual ou subjetiva seria aquela que “*procura indagar-se, perante os dados concretos existentes, qual teria sido, em termos de probabilidade razoável, a vontade das partes, se tivessem previsto o ponto omissis*”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, op. cit. v. II. p. 772.

<sup>56</sup> A vontade hipotética objetiva corresponderia àquela que se efetua, “*perante a realidade e os valores da presença, a reconstrução da vontade justa das partes se, com razoabilidade, tivessem previsto o ponto omissis*”. *Ibid.* p. 772.

<sup>57</sup> Sustentando a existência de vontades hipotéticas distintas: CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 1068-1073 (nota 653).

#### 1.5.4. A INTERPRETAÇÃO COMPLEMENTADORA

A partir do postulado da cláusula geral de boa fé, as doutrinas alemã e italiana desenvolveram o conceito de interpretação contratual complementadora (ou integradora)<sup>58</sup>. Estar-se-ia diante de um critério bem menos subjetivo do que o promovido pela chamada integração através da vontade hipotética, como inicialmente pensado para a teoria da relação jurídica por Manuel de Andrade, porquanto livre das amarras daquele prognóstico ulterior subjetivo das partes<sup>59</sup>. Há menos foco no passado estipulativo e mais importância na estrutura regulativa atual daquela relação<sup>60</sup>.

A interpretação complementadora, diferente da integração<sup>61</sup>, não veria barreiras no subjetivismo dos contratantes para boa a conformação do conteúdo jurídico do negócio. Por isso, a interpretação complementadora pode, por um lado, servir com muito mais dinamismo a um sentido objetivo de equidade, mas, por outro, retira, por completo, o comando contratual das mãos dos próprios sujeitos. Mais do que isso: a noção de interpretação complementadora acaba por operacionalizar, por meio da boa fé, em termos grosseiros, uma cláusula geral de equidade contratual, com riscos a uma metodologia sincrética da interpretação e da integração, bem como de risco a uma arbitrariedade prática<sup>62</sup>.

O que está no cerne da interpretação contratual complementadora é, em termos diretos, uma ultrapassagem, no âmbito da integração, da condição da vontade como epicentro da teoria dos negócios jurídicos e da teoria geral dos contratos: um afastamento da

---

<sup>58</sup> Tratando a interpretação complementadora como corolário da boa fé: Ibid. pp. 1063-1080, para quem a interpretação complementadora (ou integradora) seria a própria integração por meio da vontade hipotética de boa fé, isto é, de que o art. 239 seria a verdadeira regra de interpretação complementadora em Portugal. Trata-se de uma distinção menos de conteúdo do que de linguagem.

<sup>59</sup> Em referência à expressão *prognóstico ulterior subjetivo*: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 325 (nota 1).

<sup>60</sup> “A interpretação integradora representa um passo em frente, um desenvolvimento na interpretação do contrato. Com ela, passa-se da interpretação das estipulações das partes para a descoberta e concretização do conteúdo do contrato como regulação. O contrato não se interpreta já como acto de estipular, mas sim como regulação vigente, como preceito”. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos...*, op. cit. p. 385. Ainda na defesa da interpretação complementadora ou integradora, embora sem manifestar essa adesão expressamente: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter: algumas reflexões”. In: AA. VV. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

<sup>61</sup> DUARTE, Rui Pinto. *A Interpretação dos Contratos*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 76, afirma, de modo direto, que a integração do direito português não equivale à interpretação complementadora do direito alemão. Outros autores, entretanto, v.g., CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 1063-1080, e VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, op. cit. pp. 385-391, tratam da integração do art. 239º do Código Civil como se fosse sinónimo daquela interpretação complementadora.

<sup>62</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. v. IV. Coimbra: Almedina, 2008. p. 320, fala expressamente sobre o risco do sincretismo e da arbitrariedade.

ideia de *lex privata*, e, de certa maneira, de um modelo privatista. Na medida em que o voluntarismo jurídico vem cedendo lugar a um sentido objetivo e coletivo dos pactos, obtido através do tecido social, a ideia de interpretação complementar representa tão somente a consequência dessa corrente no cenário da integração. Mais importante do que fazer valer os pactos enquanto queridos — ainda que hipoteticamente queridos —, seria fazer valer os pactos enquanto justos — sendo desimportante, para tanto, o próprio conceito de justiça, bem como os requisitos e balizas do prolator dessa justiça.

Sucedem que o legislador racional português (art. 9º do Código Civil) estabeleceu apenas um mecanismo de complementação dos negócios jurídicos, que é a integração do art. 239º, a qual será operacionalizada a partir da dialética vontade hipotética e boa fé<sup>63</sup>. Insustentável o modelo fluido de preenchimento do negócio jurídico através da interpretação complementar para dinâmica integrativa portuguesa<sup>64</sup>. Afinal de contas, *dura lex sed lex*.

---

<sup>63</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit. p. 433 (nota 196), observa que a legislação portuguesa não dá qualquer abertura à percepção de uma chamada interpretação complementar na dinâmica portuguesa. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 198, a propósito de refutar a teoria da interpretação complementar, esclarece que “a integração não é interpretação, porque as soluções encontradas não são o sentido da disciplina estabelecida pelas partes, apenas têm de ser congruentes com esta”. Sobre a interpretação complementar e a sua relação com a declaração tácita: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp.103-104 (nota 83).

<sup>64</sup> Para mais críticas sobre a teoria da interpretação complementar do negócio jurídico: ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. pp. 198-199.

## **2. BASES METODOLÓGICAS E FILOSÓFICAS À COMPREENSÃO DA VONTADE HIPOTÉTICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO**

Na sequência, serão tecidos breves comentários sobre o papel da integração do negócio jurídico no contexto filosófico e metodológico atuais, tendo-se em conta uma necessidade de valorização do indivíduo enquanto instância última da realidade. Ao final, considerando a dialética entre o “ser” e o dever ser”, será apresentada uma delimitação entre as questões de fato e as questões de direito, bem como um conceito geral de lacuna, apto a fazer nascer os problemas próprios de integração a serem enfrentados.

### **2.1. PROGRESSO SOCIAL E REGRESSO HUMANO — O SER HUMANO COM SEUS DIAS CONTADOS**

O processo de massificação da vida, notabilizado pelo avanço tecnológico e populacional, com a aceleração da globalização e dos meios gerais de intercomunicação entre pessoas, acabou por chegar no direito, como não poderia ser diferente. O “homem massa” a que faz referência Ortega y Gasset<sup>65</sup> revela-se, no campo do direito, com os fenômenos do “jurista massa”, do “processo massa”, do “juiz massa”, do “advogado massa”, do “negócio massa” e, por que não, de uma “integração massa”<sup>66</sup>.

A “integração massa”, nesse sentido analógico, seria a massificação das cautelas e preocupações com a complementação dos negócios jurídicos. Sob uma justificativa de operabilidade e de justiça substancial, recorre-se excessivamente a regras objetivas e abstratas, as quais pretendem desgrudar dos sujeitos concretos atuantes naquela relação jurídica o elemento chave da semântica negocial. Os sujeitos negociais deixaram de ser titulares dos negócios concluídos.

---

<sup>65</sup> GASSET, José Ortega y. *A Rebelião das Massas*. Campinas: Vide Editorial, 2016, fala da figura do homem massa, que seria aquele sujeito desindividualizado, isto é, objetificado, enquanto mera parte de um todo, de uma massa. Por isso, a figura do homem acaba por encerrar um verdadeiro sujeito padronizado, desumanizado.

<sup>66</sup> O verdadeiro espírito do art. 239º do Código Civil é justamente atacar a padronização da integração dos negócios jurídicos, permitindo retirarem-se dos elementos concretos do problema particularidades que deverão ser levadas em consideração. Há, ali, um princípio de vedação à “integração massa” dos negócios jurídicos. Sobre a intenção de se evitarem integrações padronizadas: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 455.

Sob o argumento da necessidade de dar conta de uma realidade complexa e acelerada, atropela-se o querer individual, essência do negócio jurídico, ainda que indireta. Abandona-se, por exemplo, uma boa fé atrelada à conduta dos sujeitos concretos, nas circunstâncias em que se encontram, para se construir um padrão centralizado, social e normativo, igual a todos os casos, estandardizado; abandonam-se os fundamentos da assunção individual de riscos da contratação para se lançar mão de uma função social e econômica dos negócios jurídicos<sup>67</sup>.

No campo da responsabilidade civil, por sua vez, recorre-se a mecanismos de objetivação com a presunção ou até mesmo exclusão da culpa *lato sensu* de seus pressupostos essenciais em determinadas hipóteses. É que a culpa acaba por encerrar o núcleo subjetivo da conduta lesiva, como que representando um centro volitivo daquele ato jurídico praticado pelo sujeito lesante — seja para atribuir um querer consequencial do lesante (dolo), seja para atribuir uma falta de cuidado devido (culpa *stricto sensu*)<sup>68</sup>.

No afã de construir uma situação de bem-estar social, costura-se um verdadeiro mal-estar dos indivíduos. De nada adianta uma sociedade saudável de pessoas doentes, uma sociedade rica de pessoas pobres, uma sociedade educada de pessoas ignorantes. O direito, hoje, pensa no bem da sociedade, mas não no bem do próximo. E é nesse panorama de aniquilamento do ser humano negociante que se encontram a interpretação e a integração do negócio jurídico. A tônica, em matéria de atribuição de sentido a um negócio jurídico, é a padronização, é o recurso a instrumentos iguais, tornando uma realidade particular juridicamente geral, como que num processo de desnaturação por generalização dos atos jurídicos. Primeiro o que deve ser, e depois o que é.

O cerne da problemática está, pois, dando-se um passo atrás, na compreensão da possibilidade de o sujeito conhecer ou não as propriedades de um objeto em si. A filosofia kantiana e pós-kantiana desenvolveu-se em torno dessa problemática na noção de

---

<sup>67</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 1230-1233, defende a inexistência de um princípio de função social e econômica utilitarista dos negócios jurídicos a partir da boa fé, por meio da leitura do art. 334º do Código Civil, o que não impediria, contudo, que o legislador seguisse esse caminho na edição de normas.

<sup>68</sup> A respeito do papel subjetivista da culpa na responsabilidade civil: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. Cascais: Principia, 2017. p. 228, *in verbis*: “Do ponto de vista do titular de um direito subjetivo que, com a sua atuação, lesa um terceiro, a ilicitude colima-se no mau uso da sua liberdade e apresenta um figurino eticamente cunhado que nos autoriza a encontrar para a responsabilidade civil um fundamento sancionatório que, não se confundindo com uma função punitiva, visa atualizar a personalidade do agente perpetrador do ato: é o resultado causado por um sujeito que desvalioso e não o resultado em si que é sancionado”.

conhecimento do objeto pelo sujeito, tendo por conta as limitações subjetivas e a tentativa de se edificar um sistema que resolvesse essa questão epistemológica.

Na medida em que se desenvolveu essa ideia, a própria verdade acaba perdendo-se em um problema de subjetivação. A saída foi o recurso a uma intersubjetividade ou a uma coletivização dos subjetivos. Ou seja, sendo a verdade conhecida deturpada pelo sujeito observador, a *verdadeira verdade* será aquela que passe pelo teste dos sujeitos concordantes. Na hipótese, um coletivismo normativista — ou subjetivismo por coletivização —, no qual a verdade estará, pois, no consenso coletivo acerca do objeto, e não na apreensão individual, nem no objeto em si. Daí que a metodologia da ciência forjou teorias coletivistas da verdade, como o falsificacionismo<sup>69</sup>, e também foi daí que o direito veio a elaborar teorias coletivistas da interpretação, como um redutivismo do negócio à linguagem que o simboliza<sup>70</sup> e o abandono do recurso às particularidades concretas da integração, em nome de uma situação social e economicamente típica<sup>71</sup>. A realidade estaria, enfim, no consenso social.

Uma das metas deste trabalho, assim, é a dissertação acerca de um sentido jurídico e sistemático da apuração semântica dos negócios jurídicos que consiga, de modo equilibrado, compreender a realidade empírica como ela se mostra ao mundo, com todas as limitações e os arranhões dessa relação sujeito e objeto, sem se descurar, como é o papel do direito, da necessidade de atribuição, a partir de condições possíveis, do sentido justo. Entenda-se, aqui, como justo o que, no direito romano, Ulpiano já sustentava sê-lo: dar a cada um aquilo que lhe cabe, dada a sua condição particular<sup>72</sup>. Trata-se, portanto, da compreensão de um particularismo jurídico.

---

<sup>69</sup> Em breves linhas, sobre o falsificacionismo de Karl Popper: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual...*, op. cit. pp. 74-79.

<sup>70</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit. pp. 177-201.

<sup>71</sup> BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 378.

<sup>72</sup> Sentido extraído do brocardo *Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere* (tradução livre: “Tais são os preceitos de direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence”).

## 2.2. A DESCONSTRUÇÃO DO PADRÃO ABSTRATO-NORMATIVO — A MÁXIMA ABRANGÊNCIA DE RECORTE POSSÍVEL, COM ENFÂSE DE UM PARTICULARISMO FILOSÓFICO A UM PARTICULARISMO JURÍDICO

Um trabalho que pretenda dar conta fiel da estrutura da realidade não poderia se iniciar se não pela avaliação da própria noção de realidade, notadamente dos limites subjetivos e objetivos da sua compreensão pelo ser humano. A percepção da dinâmica da relação sujeito e objeto encerra, pois, o *prius* da ciência, servindo o seu produto de norte para os problemas doravante.

O indivíduo carrega, na sua própria carne, o enigma da sua existência. A inescusável incompreensão humana da sua origem desemboca em uma questão causal, de redução etiológica, que, segundo os conhecimentos científicos atuais, apresentam, inequivocamente, uma lacuna compreensiva: qual foi a causa inicial? A redução causal coloca o ser humano em uma posição de impossibilidade de explicar a causa *prima* e, com isso, a totalidade. Há, inquestionavelmente, uma lacuna na compreensão segura do todo, ainda que se recorra a explicações teológicas ou de estado da ciência<sup>73</sup>.

Desse modo, a construção/identificação de um sistema perfeitamente cosmológico, em qualquer âmbito, é um expediente impossível. O ser humano, também pela natural disposição do mundo, depende-o de maneira limitada — não é por limitação do humano que um objeto só poderá ser aferido por um ângulo, mas também por limitação do próprio objeto. Então, a cognição da realidade do mundo apenas sucederá por meio de uma estratégia recortante das particularidades. O sujeito percebe o objeto a partir da sua própria limitação e diante da limitação do objeto observado, mostrando, assim, esse recorte possível, o componente da substância laboratorialmente contemplada pelo cientista.

É a partir da análise de um recorte da realidade que se conseguirá, o mais fiel possível, diante das sobrecitadas limitações, compreender os acontecimentos. É como o estudo da medicina através de um cadáver, da geografia a partir de uma montanha, da história mediante a leitura de um documento histórico ou do direito civil por meio da verificação de algum dispositivo do Código Civil. Tratam, esses exemplos, de meios de conhecimento da

---

<sup>73</sup> Qualquer apreensão da realidade objetiva que se pretenda completa será um expediente impossível. Isso porque a realidade objetiva completa é desconhecida, seja porque as ciências ainda não completaram o seu serviço, seja porque ela jamais terá a aptidão de compreender o todo.

realidade, os quais se prestam a tal fim quando não exclusivamente considerados. Prestam-se a auxiliar o conhecimento da realidade, mas não são a realidade total.

A faixa da realidade recortada e isolada para compreensão acaba por constituir um verdadeiro simulacro da realidade. Há, no cadáver, na montanha, no documento histórico e no dispositivo de lei, uma certa parcela do real, mas considerar, para fins de investigação, a realidade total é tentar conhecer o que ali não se encontra *in totum*. Ao assim fazer, o cientista cria um objeto inexistente e o estuda, o que leva a conclusões equivocadas sobre o real acontecimento dos fatos. Criam-se os problemas e se lhes responde, como que cavando buracos e os tampando.

Portanto, um estudo que busque responder a problemas reais, e não criados com o propósito de serem, então, respondidos, deverá basear-se pela noção contemplativa do maior número de recortes possíveis que se puder alcançar, superando, com isso, uma tentação científica de resposta aos problemas com o recurso a leis mais gerais possíveis, com a construção de estruturas as mais abstratas possíveis. A realidade deve ser buscada no maior número possível de partículas absorvíveis pela relação sujeito e objeto, distintamente da tentação abstrativa atual das ciências — ou intersubjetiva ou, ainda, subjetiva por coletivização —, como na jurídica.

No direito, tal qual em outras áreas do conhecimento, há uma tentação abstrativista, isto é, de recriação da realidade e tentativa de compreensão — ou “reconstrução” — dessa realidade bolada pelo jurista. A necessidade de observância de um padrão estritamente objetivo e particularmente estático de boa fé, e a busca por uma regra de interpretação de cunho estritamente normativista são apenas alguns exemplos. Em ambos, o sentido da regra estaria pautado no tecido social, sendo o primeiro os ditames éticos de uma conduta e o segundo, o sentido semântico de estabelecimento de obrigação em si. Nas duas hipóteses, frise-se, a verdade não estaria nas partículas do negócio ou contrato, mas sim no conjunto social, fazendo, com isso, relevante para sujeitos e objeto de uma relação jurídica bem delimitada o que está fora dela. Vale o que está dentro pelo que está fora<sup>74</sup>.

Ainda que a atribuição de extremo valor ao conjunto social para a conformação dos negócios de sujeitos e objeto estranhos e bem definidos fosse um expediente desejável, outro

---

<sup>74</sup> Na defesa de um sentido objetivo e normativo da integração dos atos jurídicos, BETTI, Emilio. Op. cit. p. 378, escreve que “faz sentido se referida [a integração] não ao caso concreto, mas àquelas do tipo do negócio naquela típica situação econômico-social, quando visa a justificar a disciplina ditada por normas supletivas como a mais oportuna e conforme com a causa típica do negócio a que essas normas se atêm”.

problema de grande relevo que se colocaria seriam a percepção e o estabelecimento legítimo dessa verdade coletivista. Quem teria legitimidade para fazê-lo com segurança? A partir de quais mecanismos de controle? Seria, então, o literário “Ministério da Verdade” propalado por George Orwell?<sup>75</sup>

No caminho em que se está, o próximo passo será a abolição do “ser” na dialética inevitável com o “dever ser”, tendo o direito uma função corretiva de um nada e sendo impotente para os fins tradicionalmente propostos. Será, a toda evidência, mero instrumento de alteração social, com fins a uma igualdade padronizada e desumanizadora. Cada negócio será um número, cada obrigação será um número, cada indivíduo será um número.

### 2.3. A DIALÉTICA ENTRE O “SER” E O “DEVER SER”

A dinâmica entre realidade e direito situa-se no âmbito da dialética entre o “ser” e o “dever ser”, tensão constante entre o estado real de situações e uma projeção ideal dele. É a compreensão do acontecimento e do seu respectivo controle normativo; é a apreensão do que sucedeu e do que deveria suceder.

O fato como tal, encarnado como um acontecimento no mundo, de apreensão empírica, é a natureza no exercício do seu papel puro; é a apreensão idealística de um estado de natureza vindicado pelos contratualistas da ciência política, uma ocorrência pré-jurídica ou ajurídica, por assim dizer. O sistema jurídico, por outro lado, é o corpo normativo criado a partir de uma noção marcadamente corretiva, com o fim, assim, de elaborar uma conformação dos fatos, *a priori* ou até *a posteriori*, tendo por norte princípios “de justiça”. Há, aí, uma relação indissociável entre fato e direito, pois o “fato justo” seria aquele inserido no direito.

Por isso, qualquer tentação redutiva dessa dialética, com uma hipertrofia dos fatos ou do sistema jurídico, tende a desnaturar o estado adequado da respectiva relação. No extremo, apenas o fato é a ausência de qualquer direito, de qualquer sentido corretivo aplicado sobre a realidade — é a liberdade não livre, já que a liberdade ostentada por um eliminaria a do outro<sup>76</sup> —; e apenas o direito é encerrar um exercício etéreo de correção do

---

<sup>75</sup> ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>76</sup> A liberdade, enquanto possibilidade absoluta de se fazer o que quiser, é um conceito autodestrutivo e, assim, autocontraditório. A partir do momento em que um indivíduo é livre, qualquer outro passará, imediatamente,

nada, fazendo do sistema jurídico verdadeiro instrumento heroico e cego, na crença de que não haveria limitação de condições possíveis da realidade<sup>77</sup> — tendência das correntes metodológicas objetivistas (ou intersubjetivistas ou, ainda, subjetivistas por coletivização). Basta “dever ser” para que passe a “ser”.

O problema do estrangulamento do ser humano pelo direito está pautado justamente nessa questão. Fundam-se sistemas jurídicos infinitos, de abrangência ilimitada sobre a realidade, não se deixando qualquer brecha para que os sujeitos possam transitar sobre as estruturas jurídicas montadas por longos anos de experiência histórica. É que a tremenda fluidez estrutural dos sistemas, com o estabelecimento de um grande arcabouço principiológico, de superfície típica de aderência elástica, não deixa nada escapar. Não se deixa ao querer individual um instante de suspiro. É o império das funções sobre as estruturas do direito.

#### **2.4. POR UM ESTRUTURALISMO JURÍDICO HUMANISTA — QUEM TEM MEDO DO SER HUMANO?**

Um funcionalismo jurídico apropria-se do sentido dos fatos, do querer do agir, da razão de ser das condutas, enquanto um estruturalismo jurídico se apropria das fórmulas jurídicas criadas e dispostas para o conjunto humano fazer uso, de modo a dar conta da vida que se quer viver. Como que em duas camadas da realidade, a estrutura responde pela disposição em si da relação jurídica, de sorte a caber à função o seu sentido transcendental<sup>78</sup>.

Admitir-se, portanto, o controle rigoroso das funções dos atos jurídicos é o mesmo que se permitir ao direito uma competência de dirigir as vidas das pessoas, a reduzir o

---

a não mais sê-lo, visto que a liberdade do primeiro seria tão abrangente a ponto de excluir a do segundo. A liberdade de todos, portanto, é impossível. Possível é, todavia, uma liberdade que não seja absoluta, mas apenas o significado do final de um processo de interação social. Mas, aí, o conceito já foi tão dilacerado que mais faz sentido construir-se um novo conceito de boa harmonia final dos sujeitos, atrelado às condições de possibilidade de ação.

<sup>77</sup> As condições possíveis da realidade seriam uma concepção que levaria em consideração não uma pura liberdade absoluta — impossível, segundo nota acima —, nem uma pura determinação absoluta dos sujeitos. Seria a compreensão da estrutura da realidade a partir de caminhos possíveis de serem tomados, dentro dos quais haveria essa estrutura de escolha individual. É como em um cinema, em uma alegoria, no qual o sujeito pode escolher o filme a que gostaria de assistir, mas apenas entre aqueles possíveis em cartaz nas salas.

<sup>78</sup> No epicentro da ideia de funcionalismo jurídico está a noção de causa do negócio jurídico. Para mais sobre a teoria causalista: ANTUNES, Ana Filipa Moraes. *A causa do negócio jurídico no Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica, 2016.

conceito de humanidade a uma mera extensão do querer legal — por *querer legal* leia-se um querer do coletivo disposto em sociedade, distribuído e consolidado através do direito, por meio do “jogo político”. O estruturalismo, nessa medida, é um humanismo, é a forma de franquear à pessoa humana (ou à pessoa coletiva, por analogia) mais do que uma liberdade de ação: uma liberdade de querer<sup>79</sup>.

Numa metáfora de simples compreensão, um sistema jurídico puramente estruturalista equiparar-se-ia a um cardápio de restaurante, o qual dispõe de pratos possíveis — entre aqueles que fazem bem e mal à saúde, mais saborosos, mais picantes, etc. —, sem obrigar, contudo, o cliente a escolher tal ou qual. O sistema funcionalista, ao revés, seria equiparável à própria exclusão do cardápio, com a escolha do prato sendo feita pelo próprio restaurante. Retirar-se-ia, com isso, a escolha do cliente, dentro de condições possíveis, a construir um mecanismo não mais de determinação das condições possíveis de escolha pelo interessado, mas de determinação da escolha propriamente: uma não escolha.

A indagação que se tem de responder, diante desse panorama, é qual o peso que cada um dos elementos estrutura e função deverá ter, ou seja, qual deles preponderará. Qual seria o papel do direito na conformação do querer humano? Até que ponto faz sentido colocar-se a condição individual a serviço da coletiva? Deve ser esquecida a razão de ser subjetiva, parcial e concreta do negócio jurídico?

## **2.5. RECURSO À RIQUEZA DOS DADOS CONCRETOS EM PARTICULAR — O JURISPRUDENCIALISMO CASTANHEIRIANO**

Não pode haver, na relação entre o “ser” e o “dever ser”, uma preferência. Muito ao contrário, é preciso tentar dar-se máxima eficácia à riqueza da dialética particular. O *prius* não é o fato, nem o direito é a relação entre eles. O elemento fundamental a ser percebido pelo jurista, pois, é o elo de imbricação particular entre o que sucedeu e o que deveria ter sucedido.

---

<sup>79</sup> Advoga-se, aqui, uma liberdade do querer individual imbricado nas condições reais possíveis das estruturas sociais postas. Nas palavras de BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições...*, op. cit. p. 267: “O plano do ser transmite-nos a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante”.

A questão não é a defesa de um excessivo conservadorismo jurídico ou de um excessivo reformismo jurídico. Trata-se de valorar adequadamente a riqueza da concretude particular do caso posto ao jurista, numa compreensão castanheiriana da metodologia, de sorte que somente na riqueza de dados do caso concreto — aí inseridos os dados fáticos e as normas que o sistema jurídico dispõe à resolução — é que será dada a adequada solução ao problema.

O esquema metódico proposto por António Castanheira Neves inicia da separação em dois elementos estruturais de análise: o problema e o sistema jurídico<sup>80</sup>. O primeiro seria o caso *decidendo* posto às mãos do julgador, enquanto o segundo corresponderia ao conjunto de regras e princípios dispostos *a priori* pelo legislador. O processo de resolução do problema concreto, portanto, somente seria tratado corretamente, segundo o jurisprudencialismo, se visto com ênfase à riqueza concreta do problema<sup>81</sup>, de tal modo que a solução jurídica de um problema não importa em solução padrão para os demais problemas. Problema e sistema estão em constante relação dialética, não sendo o resultado do choque para um caso o mesmo para o outro. Ainda que o sistema normativo permaneça o mesmo, a vida sempre dará conta, pela sua originalidade, pelo seu inevitável ineditismo, de colocar à frente do julgador particularidades aptas a alterar a resposta do esquema metódico.

Há, no modelo de Castanheira Neves, de modo geral, balizas bastante próximas das aqui defendidas, no sentido de regresso à concretude particular do problema, à realidade, enquanto proposta de dialética entre problema e sistema jurídico. O jurisprudencialismo acaba por abrir caminho para uma noção realista do direito e, por consequência, da integração do negócio jurídico, problema que toca ao presente trabalho.

É justamente no panorama geral desse esquema metódico que se tentará erigir uma boa solução para os problemas da integração pela vontade hipotética na teoria do negócio jurídico, não se olvidando do fato de que a aplicação do direito se dá sempre de acordo com a dialética do problema concreto em particular em confronto com o sistema jurídico.

---

<sup>80</sup> NEVES, António Castanheira, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 155-161.

<sup>81</sup> NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, op. cit. pp. 163-165.

## 2.6. UMA QUESTÃO HERMENÊUTICO-NORMATIVA — QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO

Os negócios jurídicos, em linhas gerais, são fatos jurídicos produzidos pelos efeitos prático-jurídicos<sup>82</sup> pretendidos por um sujeito, fundamentados pela dialética autonomia privada e heteronomia ético-jurídica<sup>83</sup> — uma liberdade de agir individual em constante e complexo conflito com as condições do possível. Portanto, o estabelecimento da bússola norteadora da apreensão do sentido jurídico válido dessas manifestações de pretensões fático-jurídicas constitui questão prejudicial à percepção das noções de existência, de interpretação e de integração de um negócio jurídico.

A disputa entre as correntes que sustentam a vontade (querer do manifestante) e a declaração (confiança do declaratário) como elemento de validade do negócio jurídico subsiste desde a formulação da teoria do negócio jurídico. Na primeira fase de desenvolvimento da teoria do negócio jurídico prevaleciam as teorias voluntaristas, isto é, aquelas que advogavam como fundamento de validade do negócio jurídico a correspondência entre a manifestação exterior e a vontade interior do declarante<sup>84</sup>. Em

---

<sup>82</sup> Para o representante da corrente da teoria dos efeitos prático-jurídicos, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 282-283: “Os autores dos negócios jurídicos visam certos resultados práticos ou materiais e querem realizá-los por via jurídica. Têm, pois, também uma vontade de efeitos jurídicos. A vontade dirigida a efeitos a efeitos práticos não é a única nem é a decisiva — decisiva para existir um negócio é a vontade de os efeitos práticos queridos serem juridicamente vinculativos, a vontade de se gerarem efeitos jurídicos, nomeadamente deveres jurídicos, correspondentes aos efeitos práticos”. Na mesma linha: CORREIA, Eduardo. *A conversão dos negócios jurídicos ineficazes. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. v. XXIV, p. 366, 1948*, para quem “não é possível esquecer que os negócios jurídicos são processo através do qual a vontade realiza a sua função modeladora na vida jurídica. E isso, não só fixado os fins práticos que concretamente se propõe, mas ainda delineado e escolhendo o meio, o conteúdo negocial específico através do qual os efeitos jurídicos se devem alcançar”. Para uma aprofundada do assunto: COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit. pp. 90-154.

<sup>83</sup> “O legislador prescinde da modelação de todos os aspectos das relações jurídicas privadas, reenviando parte dessa tarefa para a vontade dos contraentes, que assim gerem livremente a sua esfera de interesses.

A compreensão do direito contratual não é, pois, possível sem a referência ao princípio da autonomia privada, enquanto princípio estruturante do direito civil, mormente no que tange ao direito das obrigações. No fundo, assiste-se a uma repartição de competências entre o poder legislativo e os sujeitos privados, que participam activamente na modelação das regras a que se vão submeter. A par de normas imperativas que não poderão ser derogadas pela vontade das partes, somos confrontados com normas dispositivas que, correspondendo à solução tida como mais justa e equilibrada, podem ser afastadas por determinação daquelas”. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “O problema da integração...”, op. cit. p. 369.

<sup>84</sup> “Aquilo que se costuma designar por ‘teoria da vontade’ parece filiar-se, porém, sobretudo nos autores germânicos que divulgaram o negócio jurídico, e, designadamente, na construção teórica geral de Savigny (pelo menos tal como ela foi perspectivada), a qual viria a influenciar decisivamente a evolução posterior. Partindo de um fundamento ético-filosófico jusracionalista e — no plano filosófico mais geral — kantiano, o escritor prussiano perfilhava uma teoria da vontade que veio a ser considerada modelar, mesmo se se via obrigada em certos pontos à cedência a posições contrárias. A influência kantiana que levava Savigny a construir a relação jurídica a partir da ideia de limitação da liberdade de um pela liberdade de outro condu-lo,

seguida, foram verificados sucessivos avanços, no sentido de se abstrair a vontade do âmbito de validade do negócio jurídico, as quais vieram a ser chamadas de teorias da declaração (ou da confiança)<sup>85</sup>. No afã de se dar uma boa solução ao problema, tentou-se, sem sucesso,

---

por outro lado, a ver a autonomia da vontade, não como mera inexistência de influências exteriores — como parecia corresponder à anterior concepção —, mas enquanto possibilidade de actuar com base na vontade. (...).

A posição de Savigny foi seguida de perto por autores como Puchta, Keller, Wächter e designadamente, por Windscheid, o qual defendeu a teoria da vontade contra os seus detractores e veio a influenciar os projectos do código alemão. Para estes adeptos do ‘dogma da vontade’, segundo os quais o fundamento da vinculação negocial estaria na vontade do declarante, a de declara negocial — rectius, declaração de vontade (‘Willenserklärung’) — supunha necessariamente a existência de um elemento volitivo concordante com a declaração. (...).

A partir de meados do século, correspondendo ao ‘espírito do tempo’, nota-se uma mudança de tom no voluntarismo, no sentido da adopção de conceitos psicológicos de vontade. (...). Os representantes da teoria da vontade, designadamente a partir da ‘investigação psicológico-jurídica’ de Zitelmann, reduzem a vontade a um dado naturalístico-psicológico, de acordo com o ambiente positivista de então, perdendo-se, ou passando para segundo plano, a referência directa à originária ideia de vontade como modo de realização da autonomia ética de cada um”. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp. 20-22.

A ressaltar o papel da vontade na interpretação dos negócios jurídicos, cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit. pp. 70-72, para quem o “elemento verdadeiramente inovador na teoria do negócio jurídico, tal como foi exposta por Savigny é a atribuição à vontade de um poder criativo de efeitos jurídicos; o problema da vontade cristaliza-se no dogma da vontade, porque é afinal ‘tudo’ nop negócio jurídico. Nas declarações de vontade, cujo fundamento está na essência do que é querido (Dasein des Wollens), a vontade dirige-se directamente à criação ou extinção de relações jurídicas. Esta ideia foi aceite pela primeira comissão que preparou o BGB, vai persistir, de modo mais ou menos latente, na doutrina alemã dominante ou sob sua influência e assumir, por canais culturais relativamente autónomos, uma expressão igualmente exacerbada na doutrina francesa. (...).

Esta presença da vontade na declaração e o carácter instrumental da última constitui um traço permanente das construções voluntaristas do negócio jurídico: a declaração de vontade existe só se alguém declara a sua vontade, porque é expressão de uma vontade interna, um indício da vontade ou (com um acento enfático propositado) a expressão voluntarista de uma vontade, porque a vontade é parte e objecto da declaração de vontade. Corolário desta perspectiva é que o objecto da interpretação dos contratos e do negócio jurídico, em geral, é a determinação ou reconstituição da vontade, porque o acto jurídico é um substrato da vontade, através do qual se deve pesquisar a ‘intenção profunda’ dos seus autores ou partes, ‘aquilo que os interessados declararam querer’”.

<sup>85</sup> “A ‘injustiça e o carácter desconsolador práticos’, designadamente para proteger o declaratório e o comércio jurídico, das soluções propostas pelo voluntarismo, acompanhadas de outros factores, eventualmente mesmo extra-jurídicos, como a evolução na estrutura económica e social tudesca, com o início da economia industrial, levaram, efectivamente, ao surgimento de reacções contra aquelas soluções. Uma primeira, moderada, veio da parte de Jhering, que, no famoso trabalho em que divulgou a doutrina da culpa in contrahendo, defendeu como paliativo contra as consequências da teoria voluntarista, a imposição de um dever de indemnizar o ‘interesse negativo’ à parte culpada pela ineficácia do contrato. (...).

A verdadeiro reacção contra as soluções voluntaristas proviria, no entanto, apenas das fileiras da ‘teoria da declaração’. De acordo com o ‘princípio da declaração’, é determinante o sentido objectivo, não podendo o agente invocar qualquer elemento interno, como a falta de vontade, no sentido de se desvincular. Era, como se sabe, o que acontecia no período do formalismo arcaico, em que a certas palavras era atribuída uma força mágica, susceptível de desencadear a intervenção do Direito. Só as palavras em causa provocavam os efeitos jurídicos, e, por outro lado, desencadeavam-no sempre, independentemente da existência da vontade contrária. A declaração era, portanto, definitivamente imputado um sentido objectivo e geral.

Sob a designação ‘teoria da declaração’ albergam-se, contudo, se abstrairmos do formalismo arcaico, sobretudo pontos de vista que não obedecem estritamente a um princípio da declaração, atendendo antes, concretamente, à necessidade de protecção de terceiros — isto é, que obedecem, com maus ou menos nuances, a um princípio da confiança. (...). Assim, autores como Regelsberg, Schlossmann, Kohler, Hartmann, Isay, Danz, Rudolf Leonard, Binder, Ernest Jacobi, etc., sujeitaram a forte crítica a teoria da vontade, acentuando

ultrapassar o problema através das teorias da responsabilidade<sup>86</sup>, do comportamento socialmente típico (ou relações contratuais de fato)<sup>87</sup> e dos atos performativos<sup>88</sup>.

Não é possível dar-se conta da estrutura da realidade por meio de uma teoria unitária de fundamento de validade do negócio jurídico, uma vez que o querer do declarante, o confiado pelo declaratário e a impressão dos terceiros são suficientemente merecedores de proteção jurídica para que haja uma sobreposição absoluta e exclusiva de um(ns) sobre outro(s). A inevitável complexidade da questão impõe uma solução inevitavelmente complexa. Sucede que, pela estrutura dos interesses em cheque, é impossível também, no quadro da divergência de sentido do negócio jurídico, proteger a todos ao mesmo tempo. Caberia ao sistema jurídico, dessa forma, a construção de balanças de proteções absolutas e contraproteções absolutas a partir do que previamente se julgar adequado a cada uma das circunstâncias. Há, como se vê, uma necessidade de dar conta da realidade por meio de um fundamento único e, pela mesma razão, tentar, ao máximo, cobrir os interesses preteridos<sup>89</sup>.

---

sobretudo a necessidade de protecção do tráfico jurídico e da confiança do declaratário”. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp. 25-28.

<sup>86</sup> A teoria da responsabilidade pode ser tanto restritiva quanto extensiva da teoria do negócio jurídico. Na primeira, observa-se, na vontade, o único fundamento de validade do negócio jurídico, mostrando-se necessário o recurso a outras categorias que possam dar conta do problema de realidades contratuais por que os sujeitos se responsabilizam sem uma vontade deliberadamente dirigida ao propósito (cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit. pp. 35-40); na segunda, alarga-se o conceito do fundamento do negócio jurídico para nele se inserirem as relações jurídicas, as quais, pela responsabilidade, deveriam valer (cf. *Ibid.* pp. 53-59).

<sup>87</sup> Carlos Ferreira de Almeida explica o recurso à teoria do comportamento socialmente típico a partir da noção de que se partiu “do princípio de que as situações geralmente incluídas entre os comportamentos socialmente típicos não podem ser coberto nem pelas regras da responsabilidade civil (porque poderá inexistir um dano) nem do enriquecimento sem causa (porque não haveria meio de determinar a medida do enriquecimento e do empobrecimento) nem pelo princípio da boa fé, porque esta não é fonte de obrigações mas critério do seu desenvolvimento. Uma qualificação negocial não passaria de ficção, por faltar a vontade e até a consciência da declaração. Haveria então uma lacuna, cujo preenchimento se resolveria pela aplicação analógica do regime dos contratos”. *Ibid.* pp. 29-30.

<sup>88</sup> *Ibid.* pp. 29-30.

<sup>89</sup> “Para haver uma declaração a interpretar é necessário estarmos perante um acto ou conduta voluntária equiparável, uma acção ou omissão controláveis pela vontade. Não é declaração negocial — não é rigorosamente acto humano — uma manifestação feita durante o sono, em narcose ou em situação que exclua toda a direcção da vontade bem como a coacção absoluta.

Apesar de corresponder ao estado actual do nosso direito civil uma perspectiva objectivista da declaração negocial, não podemos ver nela uma mera notificação ou comunicação, um simples indício probatório da existência da correspondente vontade de efeitos jurídicos. Não pode deixar de a considerar como acto determinante, uma manifestação de validade que é o fundamento imediato da verificação dos efeitos jurídicos. Além de ser um acto determinante (meio de auto-determinação), a declaração é, também, porém, um acto social de comunicação, que tem de ter relação com aquele a quem se destina ou o conhece. Estes dois aspectos que, exacerbados, conduziram ao ‘dogma da vontade’ ou ao ‘dogma da declaração’ acerca da essência do negócio jurídico, conjugam-se na prevalência do elemento objectivo, não desprezível, porém, da existência de uma vontade de agir (com consciência de validade)”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 442.

Nesse sentido que se pode considerar que o Código Civil assumiu uma posição eclética entre um subjetivismo da vontade real e um objetivismo da confiança do declaratário normal. Segundo o art. 236º do Código Civil, quando o declaratário tenha conhecimento da vontade real do declarante, será esse o sentido do negócio jurídico (nº 2); quando o declaratário não tiver conhecimento do querer do declarante, valerá o sentido de um declaratário normal naquela posição (nº 1)<sup>90</sup>, *ipsis litteris*:

Artigo 236º

(Sentido normal da declaração)

1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.
2. Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

*De iure condito*, o sistema jurídico, por meio dessa solução, apresenta um sistema de dupla proteção, da vontade real do declarante quando sabido pelo declaratário (sentido subjetivo), e, residualmente, do confiado (sentido objetivo) — ou melhor, do dever de confiança, visto que se está a tratar de um declaratário objetivo. A despeito de, em ambos os casos, a proteção do ordenamento estar direcionada ao declaratário, na hipótese do nº 1, a lei determina a validade do sentido objetivo abstraído do texto (sentido normativo), enquanto que, no caso do nº 2, a lei impõe o querido real do declarante, em proteção também do confiado real do declaratário<sup>91</sup>.

---

Na lição de ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 179: “Uma coisa é o sentido juridicamente relevante, outra o sentido que venha a ser o juridicamente decisivo, porque resultante da valoração total do acto das partes. Ora, só dessa valoração total resultam afinal os efeitos jurídicos a atribuir ao negócio. Isto é coerente com o que dissemos sobre a autonomia privada, porque ordem jurídica dá relevância aos negócios porque queridos, mas não se compromete quanto a uma correspondência total dos efeitos queridos e dos que são afinal atribuídos”.

<sup>90</sup> PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. p. 220, conclui, em relação à interpretação dos negócios jurídicos, a desnecessidade da aferição de elementos subjetivos, como a vontade do declarante (ou o conhecimento do sentido que declaratário atribui à declaração), no que diz respeito à interpretação, de sorte a prevalecer um critério objetivista. Ainda pela teoria objetivista da impressão do destinatário, cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 444 e ss.; sustentando uma posição intermediária entre o subjetivismo e objetivismo: ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 184; TELLES, Inocência Galvão. Op. cit. pp. 444-445.

<sup>91</sup> PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp. 213-215, esclarece que a disposição do nº 2 do art. 236º do Código Civil não importa em desvio da noção exposta no nº 1: “Na verdade, quando o declaratário conhece a vontade real, o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, depreenderia do comportamento do declarante, seria igualmente o correspondente àquela vontade. Assim, se,

O negócio jurídico, diferentemente do que pensavam os juspositivistas, não é uma realidade marginal ao direito, exclusivamente social, como também não pode ser uma realidade puramente jurídica, sem um *príus* factual. Há uma concepção hermenêutico-normativa<sup>92</sup>, pois são os atos concretos dos sujeitos direcionados aos efeitos prático-jurídicos em diálogo com as predisposições, específica ou genericamente, no sistema de direito, que dão corpo a esse negócio jurídico. Se é certo que os negociantes se dirigem aos efeitos práticos da relação jurídica querida, não deixa de ser certo que o fazem sob a sanção e à luz do direito<sup>93</sup>. É por serem sabedores de que vige um sistema jurídico complexo de responsabilidade civil contratual, *e.g.*, com recursos a espécies de cláusulas penais, limitação ou exclusão da responsabilidade, sanção pecuniária compulsória, que os contratantes lançam mão desses expedientes; é porque reconhecem a regulação jurídica da arbitragem voluntária que se aventuram na inserção de cláusulas de resolução dos litígios através desse meio alternativo; e é por, em última hipótese, vislumbrarem a validade jurídica da autonomia privada que se enveredam em contratar.

Sob outro ângulo, também há, quando da aplicação das normas públicas ao caso concreto, a consideração dos aspectos concretos do caso em análise. Por um lado, o sistema jurídico é construído a partir dos casos concretos análogos àqueles em que se busca aplicar as normas jurídicas em questão; por outro, a própria normatividade volta as suas acepções à concretude ao recorrer a cláusulas gerais ou a conceitos abstratos. Quando o comando legal trata de boa fé ou razoabilidade, por exemplo, demanda do aplicador do direito recorrer à concretude, tendo em vista serem conceitos abrangentes o bastante para que uma leitura abstrata não dê conta do seu potencial jurídico — e até jurígeno. Se um juiz avalia que a

---

num contrato, o destinatário da proposta a aceita conhecendo a vontade real do proponente, entende-se que está a aceitar o sentido correspondente a essa vontade real, de acordo com o qual ‘vale a declaração emitida’, único sentido no qual podia legitimamente confiar (se não quiera aceitar, deveria ter-se esclarecido junto do declarante). O artigo 236.º, n.º 2 pressupõe, pois, que a vontade do declarante seja ‘filtrada’ através do seu conhecimento pelo declaratório, pelo que deixa intocada a orientação objectivista geral da nossa lei”.

<sup>92</sup> Hermes, para a mitologia grega, era uma espécie de mensageiro dos deuses, aquele que seria responsável por transmitir as mensagens divinas aos homens. Por essa razão, a hermenêutica, em um sentido histórico-etimológico, refere-se à arte de se obterem os melhores resultados possíveis na elucidação do efetivo conteúdo por detrás da limitada linguagem instrumental.

<sup>93</sup> Defende BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “O problema da integração...”, *op. cit.* p. 374, que “interpretar é muito mais do que averiguar o efectivamente querido, a intenção psicológica e real do autor ou autores da vontade comunicada. É muito mais o que averiguar um facto psicológico. Interpretar será, então, determinar uma vontade normativa. Será interpretar um corpo normativo particular na articulação como quadro normativo geral em que ele se insere. (...) O que nos permite concluir que o problema da interpretação do contrato é muito mais um problema normativo que um problema hermenêutico”.

postura de um dos contraentes não se coaduna com os ditames da boa fé, somente pode fazê-lo por analisar a riqueza fática do caso concreto.

Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) variou durante o século XIX em relação à percepção de que a interpretação contratual seria matéria de fato para admitir como matéria de direito e, como tal, apreciável pela Corte<sup>94</sup>. A posição aqui sustentada, como já se antecipou, é a de que a atividade não é puramente de fato nem de direito, de modo que se deveria apurar qual elemento efetivo estaria em causa<sup>95</sup>. Por exemplo, quando se apreciar a aplicação do princípio da boa fé nos contratos, será preciso compreender-se se o que se quer do STJ é a cognição dos pressupostos e do alcance do instituto como regra de interpretação ou integração — quando será uma análise de direito — ou o alcance de determinada postura para se depurar se ela ultrapassou o limite da conhecida boa fé<sup>96</sup>. Em linhas objetivas, ambos aspectos compõem o processo semântico, no entanto,

---

<sup>94</sup> Acerca da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça relativamente à natureza factual ou jurídica da interpretação dos contratos e, assim, se seria um exercício controlável por aquele Tribunal, cf. DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação...*, op. cit. Em importante precedente, o STJ decidiu, de modo unânime, que prepondera o aspecto de direito na interpretação e na integração do negócio jurídico, ao sumariar que “I - Sempre que estejam em causa os critérios jurídicos definidos nos artigos 236 a 239 do Código Civil, a interpretação e a integração de um negócio jurídico constitui matéria de direito cognoscível pelo Supremo como tribunal de revista. II - No tocante a interpretação, o artigo 236, determinado por razões de protecção ao declaratório e de segurança do tráfico, consagrou a denominada teoria da impressão do destinatário, vindo privilegiar o sentido objectivo da declaração negocial temperado por um elemento de inspiração subjectivista: aquele sentido deixa de prevalecer quando não possa razoavelmente ser imputado ao declarante (n. 1, in fine). O mesmo sentido objectivo igualmente e inatendível quando não coincida com a vontade real do declarante e esta seja conhecida do declaratório (n. 2). Semelhantes excepções constituem ou integram, todavia, matéria de facto - saber se o declaratório conhecia a vontade do declarante ou se este não podia contar com o sentido objectivo da declaração são acontecimentos da vida susceptíveis de ser captados pelos diferentes meios de prova. Assim, a interpretação das declarações negociais não se dirige, salvo no caso do artigo 236, n. 2, a fixar um facto simples - o sentido que o declarante quis imprimir a sua declaração -, mas o sentido jurídico, normativo, da declaração. III - A integração dos negócios jurídicos postula, por seu turno, duas exigências: investigar o que as partes teriam querido se houvessem previsto o ponto omissis, e o que os ditames da boa-fé impõem. Estando em causa a aplicação de critérios da lei, ainda que apoiados factualmente, trata-se, nos dois casos, de matéria de direito”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 075623, Relator Meneres Pimentel, j. 09 fev. 1988.

<sup>95</sup> DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação...*, op. cit. p. 79, identifica a interpretação mais como uma questão de fato, enquanto a integração seria mais uma questão de direito, mas não de maneira absoluta.

<sup>96</sup> “É, a nosso ver, matéria de facto [a interpretação dos negócios jurídicos] na medida em que se trata de averiguar o que as partes quiseram dizer. Será matéria de direito, sujeita à fiscalização do tribunal de revista, quando se trate de averiguar se as instâncias fizeram correcta interpretação e aplicação dos critérios legais cabíveis, como os constantes do artigo 236.” TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 446. Ainda nesse sentido, “Quando está em causa o entendimento da caso singular, a questão é de facto. Não pode ser objecto de recurso para o Supremo. Porém, quando está em causa o entendimento das regras sobre interpretação, ou a própria escolha destas, o problema é de direito. É então admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 181. Em sentido oposto, porém, cf. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “O problema da integração...”, op. cit. p. 374, para quem “o problema da interpretação do contrato é muito mais um problema normativo que um problema hermenêutico”.

como o STJ apenas pode conhecer de matérias de direito, será somente esse o aspecto jurídico cognoscível.

No que diz respeito à integração dos negócios jurídicos, a dificuldade com a qual se depara é a de que muitos dos elementos factuais que surgirão para o intérprete serão, em verdade, contrafactuais. Quando o artigo 239º do Código Civil determina investigar-se um *tivessem querido*, recoloca o panorama do concreto em cima de um pressuposto de um fato condicionado, de um fato que não aconteceu, mas que, pelo exercício de intelecção, deveria ter sucedido acaso outro fato tivesse ocorrido<sup>97</sup>. De resto, a problemática aponta para os mesmos sinais entre uma dada factualidade e o direito.

## **2.7. A SUBSISTÊNCIA DE UMA CATEGORIA PRÓPRIA DA INTEGRAÇÃO — OS CONTORNOS PARA A COMPREENSÃO DE UMA DEFINIÇÃO TÉCNICA, RESIDUAL E NECESSÁRIA DE LACUNA**

A crise de “hipertrofia” da teoria do negócio jurídico<sup>98</sup> acabou por deflagrar uma concepção aproximada da interpretação e da integração, categorias às quais o legislador de 1966 confere autonomia entre si. Sendo o processo interpretativo o meio de atribuição de um valor semântico ao negócio jurídico, para o que está em constante choque a autodeterminação dos sujeitos e a heterodeterminação social, acabou-se por considerar que a integração nada mais é do que uma interpretação, de sorte que as suas propriedades e pressupostos deveriam ser os mesmos. Afinal, a igualdade objetiva imporia uma igualdade de tratamento das situações jurídicas<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> “O apuramento da vontade hipotética constitui, a nosso ver, matéria de facto. Mas já será matéria de direito a interpretação e aplicação dos critérios legais orientadores desse apuramento” TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 449.

<sup>98</sup> Sobre a “hipertrofia” da teoria do negócio jurídico: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp. 71 e ss.

<sup>99</sup> Acerca da inexistência de uma distinção entre interpretação e integração: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “O problema da integração...”, op. cit. pp. 376-381. Nessa linha, sustentam uma doutrina da interpretação integradora ou complementadora: VASCONCELOS, Pedro Pais de *Contratos atípicos*, op. cit. p. 386, para quem “A integração operada através da interpretação integradora coloca-se já no plano do direito objectivo, na medida em que com ela se transita do campo da autonomia para o da heteronímia ou da valoração heterônoma”; e CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 1068-1073 (especificamente na nota nº 653). Em sentido contrário, entretanto, à interpretação complementadora: ASCENÇÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 198.

A integração, a partir disso, passou a ser levada a cabo como uma porta de entrada para enxertar nos contratos as disposições legais que por outras vias não estavam sendo possível serem inseridas, como no exemplo dos deveres de proteção<sup>100</sup>. Na ausência de uma manifestação específica a respeito de determinado assunto, poderia muito bem o intérprete fazer inserir os deveres e regras que bem entendesse, sob a alegação de que não houve regulação pelas partes e, com isso, desconfigurar o negócio. O processo integrativo, desse modo, passou a ser observado muito mais como o caminho de passagem da heteronomia sem qualquer outro critério. A integração que se está a defender não se coaduna com a complementação uniforme, isto é, padronizada a todos os negócios, como que esquecendo o contexto fático em que os sujeitos e aquele negócio a ser integrado estavam e estão inseridos<sup>101</sup>.

Não se pode negar que, para a própria constatação da existência de um negócio jurídico, será preciso, previamente, interpretar-se. Também não se nega que o processo de integração em si assemelha-se ao processo de interpretação, na medida em que ambos buscam encontrar o sentido juridicamente válido de uma normatividade jurídica particular em um processo de recompreensão explícita dessa concreta juridicidade. Muito diferente é reconhecer-se que a interpretação e a integração são objetos idênticos e que, por isso, se deva abandonar a categoria da integração e adotar como pressupostos para todos os casos aqueles da interpretação. A *uma*, porque o Código Civil deu tratamento diferenciado às duas categorias nos arts. 236º e 239º; a *duas*, porque há, na estrutura da realidade, uma diferença insuperável: *a interpretação realiza-se sobre a declaração em sentido técnico e a integração sobre o vácuo dela*, quando se constatar que não há uma manifestação expressa, tácita ou até silenciosa, nos termos dos arts. 217º e 218º do Código Civil, e, ainda assim, mostrar-se *necessário complementar-se o negócio para que se possa dar, na prática, uma execução global*<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> A respeito da tentativa de se classificarem os deveres de proteção como de natureza contratual por meio de uma integração generalizada: FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, para quem os aludidos deveres deveriam inserir-se em uma terceira via da responsabilidade civil.

<sup>101</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota *Teoria geral...*, op. cit. p. 455, sobre isso, lembra que “No Código de Seabra ocupava-se do problema [da integração] o artigo 704.º, que mandava suprir as deficiências das estipulações contratuais através dos usos do tráfico. O Código de 1966 considera que a integração deve ser determinada para cada negócio e não, genericamente, para os vários tipos de negócios, como aconteceria se mandasse colmatar as lacunas negociais pelo recurso aos usos, consagrando, assim, uma solução plenamente de acordo com a ideia de que o negócio jurídico é, em princípio, *lex privata* das partes.”

<sup>102</sup> Trata-se de conceito similar ao apresentado por ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 324-325, e acolhido também por FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 459-460.

O que distingue a interpretação da integração é a existência de lacunas. Essas lacunas, ao contrário do que se sustentou tradicionalmente, não representam a falta de clareza, mas a ausência de manifestação, propriamente — entendida tal manifestação nos termos estabelecidos pelas modalidades legalmente típicas, isto é, expressa, tácita ou silenciosa.

Negar-se a diferença entre a interpretação e a integração seria, por decorrência lógica, negar-se a possibilidade de existirem negócios com hiatos de manifestação ou negar-se a pertinência jurídica da manifestação de vontade em si. Afinal, se o tratamento sob o privadamente regulado é o mesmo do não privadamente regulado, a autonomia privada deixa de servir como sustentáculo fundamental da teoria do negócio jurídico. É claro que a operação de identificação do não manifestado e do manifestado — principalmente em matéria de declaração tácita ou silenciosa — não é um expediente simples, mas não se pode negar a necessidade de se realizar esse exercício. Na ausência de um elemento factual direito (ou imediato) necessário à execução global do negócio jurídico, estar-se-á perante uma lacuna em sentido técnico, a qual imporá lançar-se mão do processo integrativo do art. 239º do Código Civil.

A compreensão da lacuna é a pedra de fundamental da questão<sup>103</sup>. Ainda se faz necessário o recurso a uma categoria de integração, pois, do contrário, se dará tratamento igual a duas situações jurídicas diferentes<sup>104</sup>. Enquanto a interpretação se presta aos casos em que existe um elemento factual direto, decorrente de uma manifestação em sentido técnico, a integração presta-se justamente pela ausência desse elemento factual direto. É pela impossibilidade de se obter um elemento factual direto que a lei determinou que se recorra a elementos factuais indiretos (ou mediatos), mas concretos: elementos de prova aptos a demonstrar uma vontade hipotética. Em suma, o Código Civil determina que o intérprete se valha, sempre, de fatos concretos e que, na impossibilidade de construir uma vontade real, pela ausência de uma manifestação, recorra a fatos concretos para reconstrução de uma vontade hipotética<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Para um conceito de declaração: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita...*, op. cit. pp. 523 e ss.

<sup>104</sup> “Negar fronteiras entre interpretação do contrato e integração do contrato é negar fronteiras entre objetos interpretativos que são diversos”. DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação...*, op. cit. p. 80.

<sup>105</sup> O Supremo Tribunal de Justiça, nessa linha, já decidiu, por unanimidade, que “A lacuna contratual de previsão, a preencher nos termos gerais da integração das lacunas contratuais, pressupõe uma situação concreta carecida de regulamentação”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 284-C/1995.C1.S1, Relator Hélder Roque, 07 jul. 2009.

Por fim, é possível traçar-se uma distinção entre uma categoria de lacunas típicas e a atípicas. As primeiras são aquelas decorrentes de uma disposição legal específica, que seriam os casos, por exemplo, da redução e da conversão do negócio jurídico, a que a lei também estabeleceu alguns critérios, conforme se infere dos arts. 292º e 293º do Código Civil. Já uma lacuna atípica seria aquela que se enquadrasse no conceito subsidiário de lacuna formulado, isto é, de uma ausência de manifestação em sentido técnico que se mostrasse necessária à execução global do negócio jurídico.

## **2.8. A VONTADE HIPOTÉTICA COMO MODALIDADE DE PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL**

Por recapitulação, constata-se que a interpretação e a integração são processos hermenêutico-normativos, de modo que não há apenas um sentido factual ou um sentido jurídico de validade das manifestações, mas, em paralelo à teoria dos efeitos prático-jurídicos, há uma imbricação indissociável entre aspectos componentes de um único objeto, concreto e normativo.

Na sequência, verificou-se que a integração permanece como uma categoria independente da interpretação por se tratar de instrumentos destinados a problemas jurídicos distintos. Enquanto a interpretação estaria a serviço dos casos em que há uma manifestação em sentido técnico (arts. 217º e 218º do CCiv), a integração se prestaria às situações em que não há essa manifestação que dê um substrato factual direto a uma apuração de um querer ou de um confiado concreto sobre algum aspecto que necessitaria de complementação para execução global do negócio jurídico.

A vontade hipotética (ou conjectural) surge da necessidade de apreensão de um elemento concreto sem o qual o processo de integração restaria completamente arbitrário<sup>106</sup>. Na falta de uma manifestação, não sobrou outro recurso a que o intérprete possa fazer uso para atribuir um sentido de querer ou de confiado. Não fosse uma vontade hipotética, a integração seria um processo desvinculado dos próprios sujeitos e, mais uma vez, permitiria um estrangulamento da autonomia privada pela heteronomia pública<sup>107</sup>. A outra saída seria

---

<sup>106</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 455.

<sup>107</sup> A esse propósito, a doutrina fala de uma vontade hipotética subjetiva e de uma vontade hipotética objetiva, como VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, op. cit. p. 390: “No modo subjectivo, a vontade

apenas se permitir a integração por meio de uma vontade concreta — o chamado negócio jurídico com vontade alternativa —, mas, nesse caso, como a vontade só se percebe enquanto manifestada, já não mais se estaria no campo da integração, e sim no da interpretação, quando os hiatos negociais acabariam por conduzir a uma nulidade do negócio com um todo — nem mesmo se poderia recorrer à redução ou à conversão<sup>108</sup>.

Afigura-se, assim, que o Código Civil busca, com a integração do negócio jurídico, a consagração de um princípio de proteção da autonomia e de maior eficácia possível das pretensões prático-jurídicas dos sujeitos, sem descurar, também, dos importantes sentidos de proteção do querer do declarante, do confiado pelo declaratório e da impressão do tráfico, em observância aos ditames da boa fé. Tantos objetos de proteção não colocam a operabilidade da vontade hipotética na integração do negócio jurídico em posição confortável.

---

hipotética concretiza-se como a vontade que aquelas partes teriam provavelmente tido se tivessem previsto a questão ou se sobre ela tivessem querido estipular; no modo objectivo, a vontade hipotética concretiza-se como um desenvolvimento do sistema regulativo do contrato, de acordo com as coordenadas normativas e com o sentido que a estipulação revelar. O primeiro está ligado às partes e o segundo está mais ligado ao contrato como regulação”. Para mais, cf. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 1069.

<sup>108</sup> “Como os negócios jurídicos são, num certo sentido, o reino da vontade das partes, poderia argumentar-se daí a impossibilidade de suprir as lacunas das declarações negociais. Os espaços deixados em branco pelas estipulações das partes deveriam também ficar vazios de toda a regulamentação jurídica. Não haveria pois para os contraentes qualquer vinculação quanto a esses pontos, embora podendo isso eventualmente trazer como reflexo a nulidade total ou parcial do negócio”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 323-324.

### 3. O FUNCIONAMENTO DA VONTADE HIPOTÉTICA COMO REGRA DE INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Como se viu, a vontade hipotética representa uma medida contrafactual de reconstrução da vontade negocial<sup>109</sup>. Na ausência de uma manifestação em sentido técnico referente a um aspecto do negócio e a concomitante necessidade de complementação para dar a respectiva execução global prática, o ordenamento jurídico lançou mão de um expediente concreto para coibir as soluções de integração padronizadas e, com isso, arbitrárias<sup>110</sup>.

Por essa razão, compreender o funcionamento da vontade hipotética no processo de integração do negócio jurídico é perceber os mecanismos probatórios e de cognoscibilidade estabelecidos pelo sistema jurídico à vontade das partes — uma vontade construída normativamente a partir da realidade, e não por ausência de elementos concretos<sup>111</sup>.

Sucedem que a boa compreensão do funcionamento da vontade hipotética passa pela leitura do modelo de integração do negócio jurídico do art. 239º do Código Civil, o qual estabeleceu critérios complexos e hierarquizados, sendo necessário resolver os problemas de lacuna na seguinte sequência de prevalência: (i) normas dispositivas e imperativas, (ii) vontade hipotética devidamente temperada pela boa fé e (iii) apenas a boa fé. Não havendo norma jurídica a complementar o negócio, será preciso intentar encontrar-se a vontade hipotética — nos termos dos critérios levantados a seguir —; não se podendo provar a vontade hipotética ou não se compatibilizando com o amplo espectro que apresenta a boa fé, recorrer-se-á, exclusivamente, ao que determinaria essa boa fé.

---

<sup>109</sup> “(...) a declaração se deve autonomizar da vontade real, vindo a tomar o conteúdo efectivo ou hipotético, que o cruzamento daquela vontade psicológica com outros valores ou interesses impõe — corresponde claramente a uma concepção em que o homem integra ou limita os seus fins e valores individuais pelos da sociedade, donde resulta um novo plano, com os seus significados próprios”. Eduardo Correa, op. cit., p. 365.

<sup>110</sup> Segundo PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 455, “Hão-de considerar-se circunstâncias que dão ao contrato concretamente celebrado a sua individualidade e não as características do tipo contratual”.

<sup>111</sup> A propósito das três correntes responsáveis pela conversão do negócio jurídico — da vontade real, da vontade hipotética e da desnecessidade de uma vontade —, os defensores da vontade hipotética podem ser qualificados como participantes da “corrente que desprende a vontade do domínio psicológico em que ela se esgota no plano naturalístico e a coloca no plano teleológico-normativo — em que todo fenômeno jurídico se situa — dando-lhe o conteúdo que o cruzamento da sua função modeladora com outros interesses e valores jurídicos impõe”. CORREIA, Eduardo. Op. cit. p. 364.

### 3.1. A PREVALÊNCIA DAS NORMAS DISPOSITIVAS E IMPERATIVAS SOBRE A VONTADE HIPOTÉTICA

Antes de se investigar a relação existente entre a vontade hipotética e a boa fé, será preciso perquirir-se a existência de alguma norma dispositiva aplicável ao caso<sup>112</sup>. A razão mais óbvia é o próprio texto inequívoco do art. 239º do Código Civil, o qual condiciona o recurso da vontade hipotética — de acordo com os ditames da boa fé — à ausência de uma norma dispositiva.

Para casos extraordinários, poder-se-ia sustentar até mesmo a prevalência da boa fé sobre eventual norma dispositiva<sup>113</sup>, notadamente nos casos de abuso de direito<sup>114</sup>, com o que não se concorda, tendo em vista a segurança jurídica e o papel que as normas especiais exercem no ordenamento jurídico. É que o direito é uma realidade histórica e talhada sobre sentidos axiológicos e teleológicos, sendo as normas dispositivas uma consagração dessa ideia<sup>115</sup>. Por exemplo, as normas dispositivas de determinado contrato especial são verdadeiras estruturas herdadas de séculos de desenvolvimento experimental e de boa combinação de valores e fins. O sistema jurídico e as suas normas são construídos a partir de uma longa experiência histórica e cultural, não como uma descoberta generalizante e

---

<sup>112</sup> Acerca da prevalência das normas dispositivas sobre a vontade hipotética de boa fé: TELLES, Galvão. Op. cit. p. 448; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 322-323; ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit. p. 196; HÖSTER, Heinrich Ewald. Op. cit. p. 513; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit. pp. 219 e 432-433.

<sup>113</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 456-457, sustenta que seria possível, pontualmente, o critério da segunda parte do art. 239º do Código Civil sobre a primeira, quando observada a hipótese de abuso de direito (art. 334º do Código Civil). Por sua vez, FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 461 ainda fala em uma compreensão, *de iure constituendo*, de uma necessidade de prevalência da boa fé sobre as normas dispositivas.

<sup>114</sup> CARVALHO, Orlando de *Teoria geral...*, op. cit. pp. 21-79, traça uma distinção entre o direito subjetivo e o exercício jurídico, sendo o abuso de direito a respectiva dissonância. Ou seja, o abuso de direito seria o exercício descompassado com a sua finalidade, mantendo-se, contudo, intacta a noção absoluta do direito subjetivo. Trata-se de uma visão um tanto quanto mais purista de um direito subjetivo estruturado, estando a influência moral na percepção do exercício. Já NEVES, António Castanheira. Op. cit. pp. 165 e ss., apresenta uma posição monista, consistente na observação de um dos conceitos de direito subjetivo e o seu exercício, de sorte que os fins do ordenamento jurídico se entrelaçariam com a compreensão do direito subjetivo. O direito subjetivo somente seria um direito subjetivo se fundado na própria compreensão axiológica do ordenamento jurídico. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições...*, op. cit. pp. 182-202, nessa linha, ainda assevera que um direito subjetivo não seria absolutamente válido, mas, nesses casos, a própria compreensão do ordenamento de modo acoplado permitiria perceber-se que haveria, nesses casos, uma ilicitude *ab initio*. Ainda nessa linha monista da concepção do abuso de um direito subjetivo: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Boa fé...*, op. cit. pp. 879-885.

<sup>115</sup> As normas dispositivas, na visão de COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit. p. 32, têm a ver “não apenas com critérios de segurança na aplicação uniforme do direito, mas também com a circunstância de que muitas vezes as regras supletivas, mais do que pretender suprir a falta de vontade das partes com aquela que seria a sua vontade ‘média’ ou ‘previsível’”, isto é, “critérios de razoabilidade ou justiça”.

instantânea — como que por uma iluminação racional ou divina —, de tal modo que as normas especiais são um produto que nenhum conjunto de indivíduos passageiros de um determinado período histórico poderá erigir com tamanha riqueza.

Indo adiante, as normas dispositivas aplicáveis por analogia também se sobrepõem ao critério da segunda parte do artigo 239º do Código Civil, independentemente de o negócio jurídico a ser integrado ser típico, atípico ou misto<sup>116</sup>. Isso porque a aplicação da norma dispositiva não possui uma relação direta e imediata à tipicidade, como se poderia pensar *ab initio*. A existência da semelhança própria da analogia faz grudar na experiência privada particular aquela regulação dispositiva, ainda que não se possa falar imediatamente que o negócio possui as exatas fisionomias dos elementos essenciais do tipo abstrato<sup>117</sup>. A

---

<sup>116</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit. pp. 388-389, estabelece uma espécie de distinção ampla e gradativa “entre os contratos típicos aqueles que pertencem mais e os que pertencem menos ao tipo, e dentro dos atípicos os que são construídos por referência a tipos e os que não são”; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 455, sustenta a aplicação das normas dispositivas por analogia, mas apenas e tão somente aos negócios ditos nominados; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 322-323, já admitia, sem dificuldades, a sobreposição das normas dispositivas aplicáveis por analogia a contratos atípicos ao critério da vontade hipotética de boa fé; e COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit. pp. 30-34, pugna pela aplicação, por analogia, das normas dispositivas à frente da segunda parte do art. 239º do Código Civil quando subsistir o nexo de analogia na hipótese, tal como aqui sustentado.

<sup>117</sup> A qualificação dos negócios envolve, independentemente da posição adotada, um exercício de aproximação entre o concreto e o abstrato. A dificuldade está na identificação do recorte elementar apto à referida aproximação, em encontrar e restringir o elo entre o contrato abstratamente estabelecido na lei e o contrato concretamente celebrado.

Sobre o assunto, três são as principais escolas de pensamento: (i) a doutrina dos *essentialia*; (ii) a doutrina da causa do negócio; e a (iii) a doutrina tipológica. Numa perspectiva morfológica dos tipos legais, a doutrina dos *essentialia* vê, nos elementos essenciais do contrato, o elo da questão da qualificação, de tal modo que, havendo identidade dos elementos essenciais do tipo concreto com os elementos essenciais do tipo abstrato, estar-se-á diante de um caso de tipicidade. A reflexão da qualificação dos negócios dessa maneira remete à compreensão de que o direito responderia a uma demanda estritamente de natureza estrutural do contrato e relegando às partes o livre estabelecimento das funções.

A doutrina causal, como antítese própria dos *essentialia*, compreende que a qualificação não se daria no campo da estrutura, mas na causa, entendida ela como a função que o negócio exerceria. Tal reflexão possui adesão considerável nos países onde se estabeleceu a causa como requisito do negócio jurídico (*e.g.*, França e Itália), razão pela qual, os países que não adotaram, como Portugal, necessitariam, para avalizar essa tese, de extrair uma ideia de causa do objeto, como uma espécie de objeto transcendental do negócio jurídico, o chamado objeto *lato sensu* (CARVALHO, Orlando de. *Escritos: Páginas de Direito I*. Coimbra: Almedina, 1998).

Por último, a corrente de pensamento tipológico (do alemão, *Typuslehre*), em ataque à noção estática da metodologia jurídica de utilização do método puramente subsuntivo, apresenta como solução a relativização dos conceitos jurídicos em tal frequência que não seriam eles mais posicionados como um “sarrafo jurídico” de aplicação dos respectivos regimes dos negócios típicos. Os tipos, para essa corrente de pensamento, seriam como definições abertas a abraçar um número maior de hipóteses do que no modelo conceitual clássico. Para mais sobre o assunto: DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e Atipicidade*. Coimbra: Almedina, 2000; CARVALHO, Orlando de. *Escritos...*, op. cit.; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit.; e COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit.

A doutrina dos *essentialia* está apta a entregar um instrumento ao intérprete capaz de proporcionar uma adequada intervenção jurídica sem, com isso, ferir de morte a liberdade contratual (artigo 405.º do Código Civil). A doutrina causal, por interferir diretamente na função do contrato, acaba por reduzir, excessivamente, a autonomia privada — fundamento *primo* dos contratos, eis que, sem impulso individual, não há negócio

regulação estatal especial desenvolveu-se em torno de problemas concretos a serem solucionados. Estando o negócio jurídico, ainda que por semelhança, no âmbito problemático daquela norma, deverá a solução regulativa sobrepor-se à vontade hipotética de acordo com a boa fé.

Por fim, se as normas dispositivas não de prevalecer sobre a vontade hipotética, por mais razão ainda, também deverão prevalecer as normas de caráter imperativo. A razão é simples: *in eo quod plus est semper inest et minus*<sup>118</sup>.

### **3.2. A RELAÇÃO ENTRE VONTADE HIPOTÉTICA E BOA FÉ — CONCEITOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES ENTRE SI**

Na ausência de uma norma dispositiva, o art. 239º do Código Civil determina que as partes investiguem a vontade hipotética das partes sem perder de vista os ditames da boa fé, em uma relação dual, isto é, não simbiótica entre vontade hipotética e boa fé. Trata-se de dois conceitos autônomos e independentes entre si, os quais deverão ser devidamente combinados casuisticamente. Será o resultado do ajuste entre o que verdadeiramente teriam querido as partes e o que deveriam ter querido.

O próprio recurso ao vocábulo “ou” do dispositivo dá a entender que são conceitos distintos, razão pela qual a solução da integração passará, necessariamente, pelo duplo juízo previsto: (i) ou bem a vontade hipotética ajustada pelo amplo espectro da boa fé, (ii) ou bem

---

jurídico, e sem negócio jurídico não há contrato. O direito atuaria, dessa forma, sobre a morfologia dos contratos, sob a premissa de construir regras que influenciassem o processo de decisão individual. Embora o pensamento tipológico entregue um importante esclarecimento sobre as dificuldades práticas da linguística jurídica, não se pode considerá-lo uma verdadeira posição sobre o problema do critério de qualificação dos contratos, tendo em vista que não se entrega um instrumento de solução, mas apenas uma reflexão de abrandamento dos conceitos, o que poderia, sem qualquer dificuldade, conviver com as doutrinas dos elementos essenciais ou da causa.

Concorda-se, portanto, com a posição da doutrina dos *essentialia*, de modo que a estrutura contratual dos contratos representa o verdadeiro norte qualificativo. Em sentido similar, CARVALHO, Orlando de. *Escritos...*, op. cit. p. 61, para quem “O papel do negócio jurídico é, desta maneira, um papel de meio ou de processo para a livre obtenção de escopos individuais. Os objetivos, precisamente porque são, como já vimos, inumeráveis e imprevisíveis, foram deixados num plano extra-jurídico, contentando-se o Direito em averiguar a licitude dos meios e presumir por ela a licitude dos fins”.

<sup>118</sup> Assinala FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral...*, op. cit. p. 460, que “os elementos então recolhidos permitem excluir do campo da integração as normas imperativas, sem necessidade de mais desenvolvimentos”.

apenas uma das soluções possíveis dessa gama da boa fé que deverá ser aplicada — nunca uma terceira modalidade gerada a partir da combinação entre essas premissas<sup>119</sup>.

Deverá prevalecer a boa fé em todos os casos, mas, quando possível quebrar uma lógica padronizada e conhecer a vontade hipotética das partes que esteja de acordo com a boa fé, será essa última a solução da integração a ser adotada<sup>120</sup>. Com isso, embora sempre que inexista norma dispositiva ou imperativa a solução final deverá estar sempre de acordo com a boa fé, tal constatação não importa que a integração será necessariamente a mesma. A vontade hipotética apresenta um espectro de aplicação preciso, ao passo que a boa fé é dotada de textura abrangente, a admitir uma série maior de possibilidades de soluções, sendo adequada, quando possível, aquela que também atenda à vontade hipotética das partes. A boa fé, como conceito abrangente que é, admite um campo bastante amplo de possibilidades de solução, enquanto que a vontade hipotética, pela sua textura, condiciona soluções mais específicas<sup>121</sup>. O exercício da integração é o de recorrer à vontade hipotética abrangida pelo conjunto das soluções admitidas pela boa fé e, somente quando não for possível, vislumbrar uma solução que parta exclusivamente dessa boa fé, a impedir uma redução conceitual do sentido normativo da lei<sup>122</sup>.

Justamente pela necessidade de combinação obrigatória da vontade hipotética com a boa fé para todos os casos é que poderia haver uma tentação simplificadora de reduzir o texto da lei, a compreendê-lo como se a solução da integração fosse exclusivamente uma

---

<sup>119</sup> Pode dizer-se que se discorda, aqui, do início das soluções apresentadas por VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit. p. 391 e CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. pp. 774-775, porquanto unitaristas, de integração da vontade hipotética à boa fé, como que reconstruindo um terceiro conceito que não está na lei, de vontade hipotética objetiva. De todo modo, concorda-se com a noção final de uma possibilidade de prova da vontade hipotética subjetiva em sentido contrário ao extraído da vontade hipotética objetiva, como apontado expressamente pelo primeiro. O segundo, em uma posição intermediária, afirma que a “ponderação de interesses há-de obedecer não a uma justiça generalizante, para a qual o Direito não dá, aliás, bitolas, nem a uma justiça do caso concreto, numa queda na equidade estranha ao Direito sistemático, mas a uma justiça individualizante, isto é, que parta do módulo engendrado pelas partes no contrato inicialmente projetado” (p. 773).

<sup>120</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 449; FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 460-461; HÖRSTER, Heinrich Ewald. Op. cit. pp. 513-514, também aderem a uma posição dualista, escalonada, de sorte que a permanência do conceito de boa fé e vontade hipotética em um mesmo dispositivo legal não redunde na criação de um terceiro conceito autônomo a eles: uma vontade hipotética necessariamente objetiva.

<sup>121</sup> Sobre uma distinção entre as noções de tipicidade e conceito, com vistas a um estudo sobre aos problemas de textura jurídica: DUARTE, Rui Pinto. Op. cit.; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos...*, op. cit.

<sup>122</sup> A esse propósito, o Supremo Tribunal de Justiça já decidiu, por unanimidade, que, “Nos termos do citado artigo 239 do Código Civil, os ditames da boa fé impõem-se sempre ao resultado a que chegue a vontade conjectural que com eles conflitue, pelo que a integração se deve fazer na obtenção de uma solução justa e adequada à economia do acto, ponderado o ‘occasio negoti’ e as estipulações nele contidas”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 085739, Relator Torres Paulo, 30 nov. 1994.

recondução ao problema da boa fé<sup>123</sup>. Em que pese a norma do art. 239º do Código Civil atribua uma espécie de *preferência* integrativa da *vontade hipotética respeitadora dos ditames da boa fé* em detrimento da *boa fé isolada*, a leitura exclusivista da boa fé não absorve toda a riqueza que o texto com o qual se lida. Até mesmo se poderia afirmar que compreensão do aludido dispositivo legal desrespeitaria o princípio do legislador racional (art. 9.º, n.º 3, do Código Civil)<sup>124</sup>, por desconsiderar, em absoluto, determinado conteúdo normativo expresso.

Assim, será preciso admitir-se uma espécie de prova complementar ao negócio jurídico como regra geral, a qual adicionará um conteúdo normativo. Constatada a presença de uma lacuna, estará facultada às partes a apresentação de provas extrínsecas do sentido que teriam querido e atribuído àquele ponto omissivo, a assegurar a autonomia das partes na submissão a esse negócio modificado. Na ausência, o próprio conteúdo declarado poderá ser levado à colação com vistas a uma integração objetiva. Em último caso, o negócio jurídico restará integrado apenas pelos ditames da boa fé.

### **3.3. A BOA-FÉ COMO TUTELA DO DECLARATÁRIO HIPOTÉTICO**

Como se demonstrou até aqui, a vontade hipotética (i) funciona como um mecanismo de concretude e vedação à padronização, na integração do negócio jurídico, (ii) apenas se aplica na ausência de normas especiais dispositivas e imperativas e (iii) não pode contrariar um amplo espectro da boa fé — (iv) e, se contrariar, deverá respeitar apenas tais ditames éticos. Então, o processo integrativo chama à colação a boa fé como critério limitador (negativa) e, na falha da sua combinação com a vontade hipotética, como critério integrador propriamente dito (positiva). Mas qual seria o significado dessa boa fé?

Apesar de passar por uma construção histórica de maneira não sistemática, a noção de boa fé no direito civil ganhou uma organização sistemática com o trabalho de António Menezes Cordeiro<sup>125</sup>. Objetivamente, a boa fé manifesta-se através de três noções:

---

<sup>123</sup> Nesse sentido: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit., p. 390, para quem também seria uma espécie de leitura imprecisa do dispositivo.

<sup>124</sup> Código Civil, artigo 9.º, n.º 3: Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

<sup>125</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, op. cit.

(i) do *princípio da confiança*, (ii) do *princípio da materialidade da relação jurídica* e (iii) da *reconstrução da ideia de sistema jurídico*<sup>126</sup>.

A relação da boa fé do art. 239º do Código Civil com a integração está atrelada à proteção do que se poderia denominar de *declaratório hipotético normativo* — se a vontade é hipotética, a declaração é hipotética e, por sua vez, também o é o declaratório. É que a boa fé se manifesta como uma modalidade de apreensão do princípio da confiança no processo integrativo, de modo que a vontade hipotética que se deve observar deve ir além do que as partes teriam querido, mas seria também *o que as contrapartes esperariam materialmente daquela relação negocial a ser integrada*. Será possível dizer-se que valerá a vontade hipotética que esteja de acordo com o espírito do resto do conjunto da relação jurídica a ser integrada.

A integração conforme a boa fé representa a reconstrução daquilo que estaria no âmbito de confiança das contrapartes, bem como o sentido da prioridade da substância da relação jurídica sobre a sua forma. Atender-se aos ditames da boa fé é respeitar-se a *confiança das partes*, a *segurança do tráfico* e a *substância do negócio*. Nem mesmo a vontade hipotética, nessa medida, poderia suplantar tais ditames. Seria integrar o negócio conforme o que “*as partes devem querer agora*”<sup>127</sup>. A integração do negócio jurídico deve levar em consideração as *circunstâncias do momento dessa complementação* negocial a partir das noções da tutela de uma confiança legitimamente depositada, sob pena de violação de uma perspectiva da boa fé<sup>128</sup>.

Todavia, a vontade hipotética objeto de reconstrução também não poderá estar em desacordo com uma boa fé observada no plano temporal *pretérito*. Não se pode admitir uma solução de aplicação de uma vontade hipotética que, no momento da celebração, já estivesse desarmonizada com os ditames da boa fé. Se é certo que as partes devem estar de boa fé ao

---

<sup>126</sup> A boa fé encerra, notadamente, duas modalidades de corolários: os princípios da confiança e da prioridade da substância sobre a forma. Para mais sobre essas noções: Ibid. pp. 1234-1257; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 161-194.

<sup>127</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 459.

<sup>128</sup> Ibid. p. 457, esclarece que “A integração negocial tem limites. Deve atender-se à regulamentação concretamente estipulada e devemos situar-nos no círculo por ela delimitado, isto é, considerar o que um contraente honesto e razoável há-de admitir como exigido pelo contrato. Não pode proceder-se na integração como se se estivesse a aplicar uma nira estranha ao contrato. Certos problemas, mesmo que seja evidente a prova da vontade hipotética das partes, a partir da finalidade e da conexão dos significados manifestados na regulamentação contratual, não podem ser equacionados e resolvidos em sede de integração negocial. Designadamente, não pode a integração conduzir a uma ampliação do objecto negocial, que foi pretendido pelas partes”. Ainda nesse sentido: HÖRSTER, Heinrich. Op. cit. p. 154.

negociarem, não poderia tal reconstrução intelectual do que teriam negociado contrariar essa premissa preteritamente.

Diante dessa necessidade de equilibrar a vontade hipotética com as soluções de um declaratório hipotético normativo, a vontade hipotética deverá sempre ter alguma correspondência com a *relação obrigacional complexa* existente entre as partes, ainda que de modo não tão preciso. A solução da integração não poder contrariar a boa fé significa que todo e qualquer elemento probatório da vontade hipotética, ainda que extraído de fora da relação contratual, ainda assim deverá repousar nela alguma *aderência*. Será preciso investigar se a solução da integração está de acordo com a *impressão do declaratório hipotético normal colocado na posição do declaratório hipotético real*.

Definitivamente, não se pode, após o resultado da integração, encontrar um resultado que altere todo o domínio negocial traçado pelas partes. No exemplo de manual, se A vende a B mil toneladas de açúcar por um certo preço unitário, não pode agora pretender-se a entrega de mil e quinhentas toneladas ao mesmo preço por unidade, mesmo que se prove que, no momento da celebração do contrato, A teria vendido e B teria comprado mais essas quinhentas toneladas<sup>129</sup>.

Esse é o sentido prático da boa fé na integração: impedir que a solução particularizada do caso concreto se afaste por completo da confiança emanada da relação existente entre as partes. Não pode tão somente a prática particular e desconhecida de uma das partes, que não guarde qualquer relação com a relação obrigacional complexa entre ambas mantida, servir de elemento para a construção da vontade hipotética do caso concreto. Do contrário, poder-se-ia admitir que soluções totalmente desconhecidas e surpreendentes seriam adotadas se provada uma vontade hipotética exclusivamente externa. Outro problema é o dos negócios formais, para os quais a lei determina mais do que uma aderência interna à relação jurídica: impõe uma *correspondência intrínseca* ao negócio jurídico em si, como estipulado.

Com esse controle de boa fé não se mostra possível uma utilização abusiva das lacunas do negócio a partir de elementos concretos exclusivamente unilaterais, totalmente desconhecidos e inesperados pelos sujeitos impactados, pois, desse modo, a vontade não manifestada jamais estaria concorde com a noção de confiança<sup>130</sup>. Nessas hipóteses,

---

<sup>129</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 457-458.

<sup>130</sup> “(...) em regra o juiz seguirá as indicações concretas de que disponha acerca do que provavelmente as partes teriam querido, porque em princípio não é outra a justiça contratual; mas quando por aí seja conduzido a um

inclusive, a questão poderia ser resolvida, a depender do caso, até mesmo através dos recursos aos institutos da simulação (arts. 240º e 241º do Código Civil) e da reserva mental (art. 244º do Código Civil)<sup>131</sup>.

Tratou-se de uma saída do legislador pensada na ética da integração ao sempre exigir uma solução de acordo com a boa fé, mas que, quando possível, também leve em consideração o querer contrafactual das partes, mantendo a fundamental autonomia negocial<sup>132</sup>. Mas de que modo seria possível demonstrar-se essa vontade conjectural das partes?

### **3.4. A VONTADE HIPOTÉTICA COMO UM PROBLEMA DE PROVA MEDIATA**

A vontade hipotética constitui um expediente contrafactual: quando a lei determina que se investigue a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ela impõe um recurso ao conhecimento de um fato condicionado, de um fato que não ocorreu — ou, ao menos, não foi exteriorizado —, mas que, para uma construção conjectural dos fins da integração, teria sido. Busca-se uma realidade potencialmente querida A, acaso o evento B fosse concretizado. Trata-se de um fato que não ocorreu, mas que, a partir de

---

resultado pouco equitativo (por ser de concluir que uma das partes estaria em condições de impor à outra uma cláusula mais ou menos leonina) poderá eventualmente o juiz decidir antes pelo que as partes deveriam ter querido” Manuel de Andrade, op. cit., p. 325.

<sup>131</sup> Heinrich Ewald Höster, op. cit., p. 513, ainda acrescenta que “Se as partes conhecem as lacunas, trata-se de um caso abrangido pelo art. 232º, segundo o qual o contrato não se concluiu. Na medida em que intervém o art. 232º, faltam os pressupostos lógicos da aplicação do art. 239º. Mas pode haver não concordância entre as partes acerca de uma cláusula não essencial, de modo que, segundo o disposto no art. 232º, o contrato ficou concluído. Nesta situação pode mostrar-se necessária a integração da lacuna segundo as regras do art. 239º”. Em sentido próximo, o Supremo Tribunal de Justiça já decidiu, de maneira unânime, que “I - Um contrato de venda a contento de máquinas não fica perfeito se, na proposta do vendedor, se diz, no tocante as condições do pagamento do preço, "a pronto com o desconto de 3% ou outras a combinar" e se, confiadas as máquinas ao comprador, a experiência, pelo prazo de 3 dias, ele dentro desse prazo, nenhuma comunicação fez ao vendedor, nem restituir as máquinas. II - Não existindo quaisquer outros elementos escritos pactuados nem correspondência trocada pelas partes, e impossível fazer uma integração da declaração negocial de harmonia com a vontade previsível deles. III - O vendedor conserva, pois, a propriedade das máquinas e pode exigir a sua restituição ao seu simples possuidor ou detentor. IV - Não sendo líquida a boa fé do adquirente das máquinas nem estando demonstrado que a sociedade a quem as comprou negoceie em coisa do mesmo ou semelhante gênero não pode ser reconhecido aquele o direito a restituição do preço que deu por elas, com o inerente direito de regresso contra a vendedora”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 072692, Relator Magalhães Baião, 05 jun. 1985.

<sup>132</sup> A esse respeito: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 459, observa, no início da sua explicitação acerca da integração, que “Sendo o negócio produto da vontade das partes, poderia argumentar-se que, quanto aos pontos omissos, não seria lícito impor-lhes a regulamentação proveniente de outra fonte”.

critérios naturalísticos, seria capaz de ser reconstruído por meio de um juízo intelectual de relação de causa e efeito. *Não se trata de uma vontade naturalística, mas de elementos naturalísticos a reconstruir uma realidade hipotética*<sup>133</sup>.

O fato hipotético é o suposto efeito de uma causa não sucedida, como seria o exemplo de se responder o que teria sucedido com o mundo se o exército alemão tivesse vencido a Batalha de Stalingrado ou se um avião não tivesse atingido as torres gêmeas do World Trade Center, em Nova Iorque, no fatídico episódio ocorrido em 07 de setembro de 2001. A definição dessa contrafactualidade acaba por ser um movimento de reconstrução da realidade por um novo elemento causal a entrar no esquema por mera intelecção, sem uma concretude direta. O princípio da vontade hipotética é exatamente esse efeito não causado, por meio do qual o intérprete poderá remodelar a estrutura da realidade<sup>134</sup>.

Será preciso analisar uma *vontade hipotética pretérita*, daquele momento da celebração do negócio jurídico, o momento próprio para a manifestação e consolidação da vontade. Quando a lei utiliza a voz passiva pretérita, o faz direcionada ao julgador da integração e indica o princípio da reflexão ao momento da celebração, como uma espécie de construção a partir de uma matéria-prima pretérita. É nessa etapa temporal que relevaria, com maior ênfase, a possibilidade de geração de efeitos jurídicos.

Para se pensar no reconhecimento de um fato condicionado pretérito, seria necessário vislumbrar-se a inevitável possibilidade de produção de uma prova, inclusive uma externa à relação jurídica. Os sujeitos poderiam comprovar as suas intenções gerais — se a lei autorizar uma *vontade hipotética finalística*<sup>135</sup> —, a sua *vida negocial pregressa*, o *contexto daquela negociação*, a *execução posterior* e tudo quanto mais útil à construção intelectual do que se teria querido pelas partes se soubessem da omissão<sup>136</sup>.

Abre-se um parêntesis para lembrar, com já se defendeu *supra*, que, independentemente da prova externa para reconstrução da vontade hipotética das partes, dever-se-á demonstrar uma *aderência interna à relação jurídica*, em observância ao

---

<sup>133</sup> Sobre os elementos concretos probatórios mediatos a colaborar com o processo da integração, cf. item 3.4.5, *infra*.

<sup>134</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 325, inclusive, aponta para o fato de, na doutrina alemã, a vontade hipotética ainda ser chamada de um prognóstico ulterior subjetivo.

<sup>135</sup> A respeito da vontade hipotética finalística, cf. item 3.4.5.2, *infra*.

<sup>136</sup> “Para a determinação desta vontade deve o juiz, colocando-se no plano das partes, orientar-se, acima de tudo, por uma recta apreciação dos interesses em jogo, segundo as normas da boa fé; e também pelos usos da prática, e por quaisquer outras circunstâncias que razoavelmente possam ser chamadas ao caso”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 325.

*conteúdo jurídico da confiança* emanado pela boa fé, em proteção do *declaratório hipotético normativo*<sup>137</sup> — o conteúdo protetivo da boa fé variará de acordo com a espécie negocial que se estiver integrando.

Diante do que se esclareceu até aqui, o problema da vontade hipotética constitui-se de uma questão probatória, de demonstração pela parte interessada com recurso a elementos concretos que apontem de maneira indireta para determinado sentido da integração, como são exemplos (i) *minutas, documentos e comunicados anteriores à celebração*, (ii) *dados e informações sobre a execução do negócio*, (iii) *práticas comuns de cada sujeito* e (iv) *até mesmo documentos estranhos ao negócio, como informações particulares sobre a vida pessoal ou negocial de cada qual*.

Mas não é só. Imagine-se que a solução da integração do negócio jurídico possa envolver um problema *subjetivo* de inserção de um *terceiro na relação jurídica*, com quem uma das partes não tenha uma boa relação pessoal, como seria o exemplo de uma ex-esposa, uma sociedade comercial concorrente, um sujeito brigador contumaz ou, até mesmo, um político rival. O problema também poderia ser *objetivo*, como com a inserção de *obrigação que contrarie preceitos individuais* não só ordem econômica, mas também ética, religiosa ou social de um dos negociantes. Seria possível admitir que um judeu ortodoxo não teria querido o negócio jurídico que o levasse a descumprir as regras do Shabbat, que um muçulmano não quebraria as normas do Ramadã, que um católico infringiria as da Semana Santa, que um naturalista buscaria agredir determinada vegetação, etc. Cada indivíduo constrói a sua própria bússola ética, religiosa e social, de modo que circunstâncias particulares podem ser desejadas ou não, como é o exemplo de doação de órgãos, transplante de sangue, cobrança de juros a determinadas pessoas, o cumprimento de obrigações em determinados dias sagrados do ano. Esse é o verdadeiro conteúdo de uma autonomia negocial e, conseqüentemente, da vontade hipotética na integração do negócio jurídico. Nesses casos, é preciso concluir-se que, provada a vontade hipotética nesses termos, a solução da integração não poderá levar as partes a tal resultado.

---

<sup>137</sup> Embora se admita uma prova extrínseca ou externa, o resultado final da integração jamais poderá descurar-se de uma noção de vontade hipotética interna à relação obrigacional complexa, como determinaria o conteúdo da confiança da boa fé, tal qual uma tutela do declaratório hipotético. Então, a prova extrínseca ou externa deverá, a toda evidência, apresentar alguma correspondência interna, ainda que imprecisa, do panorama geral da relação jurídica — e, nos negócios jurídicos formais, intrínseca àquela avença. Para uma compreensão da vontade hipotética interna e da intrínseca, cf. itens 3.4.5.3 e 3.4.5.4, *infra*.

Ocorre que a *vontade hipotética subjetiva* — aquela que seria obtida através de elementos concretos de prova retirados diretamente dos sujeitos negociantes — não é um recurso de fácil operação, de sorte que restaria um recurso subsidiário a uma espécie de *objetivação* da vontade hipotética, partindo-se de elementos extraídos não mais dos sujeitos, mas do diretamente próprio objeto a ser integrado, intrinsecamente. Seria investigação da vontade hipotética das partes, mas, por uma questão de operabilidade, encontrá-la indiretamente, através de uma representação, que, na hipótese, seria o próprio negócio jurídico a ser complementado. O próprio negócio celebrado pelas partes será, verdadeiramente, o cenário de análise *primo ictu oculi* da integração<sup>138</sup>, salvaguardada a possibilidade de quaisquer das partes quebrarem essa lógica ao produzirem uma *prova extrínseca da vontade hipotética*.

Diante disso, admite-se que poderá haver casos em que serão apenas mecanismos obtidos da própria avença ou da relação jurídica a serem utilizados como elementos concretos da integração, por uma questão de ausência de outro mecanismo viáveis, por operabilidade da integração propriamente, e não por uma questão de combinação entre os conceitos de vontade hipotética e boa fé<sup>139</sup>.

Apesar de difícil operação, nada impede que uma das partes prove que uma delas teria querido ou não o negócio modificado pela integração com a apresentação de outros negócios anteriores celebrados por uma delas, através de *minutas anteriormente trocadas*, de *e-mails prévios e posteriores à celebração do negócio* e até mesmo *dados unilaterais*, como *ofertas públicas ou privadas ao mercado*, v.g., *comunicados internos* de cada uma das partes — sendo uma pessoa coletiva. O campo probatório é inesgotável.

As provas que demonstrarão a vontade hipotética não se direcionam a um *fato concreto*, mas a um *fato indireto*<sup>140</sup>. Trata-se de uma *prova mediata da vontade hipotética*;

---

<sup>138</sup> ALARCÃO, Rui de. “Interpretação e integração...”, op. cit. pp. 340-341; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 456; e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 461 fazem referência ao conceito de justiça interna do negócio jurídico, com o que não se pode, aqui, concordar, na medida em que a legislação não suporta, na hipótese, uma solução que tome por base a equidade. A integração é um procedimento técnico previsto no art. 239º do Código Civil, e o recurso a uma ideia de equidade do negócio jurídico, por mais desejável que possa ser, não encontra guarida na lei. Há de se recorrer ao resto do negócio jurídico como prova intrínseca para dele se extraírem os elementos concretos necessários à reconstrução de uma vontade hipotética que se coadune com os ditames da boa fé.

<sup>139</sup> Acerca disso, VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, op. cit. p. 391, e CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, op. cit. v. II. pp. 774-775, consideram que a necessidade de combinar a vontade hipotética com a boa fé, necessariamente, reconduziria a uma leitura unitária e objetiva de ambos institutos, isto é, o art. 239º do Código Civil, nessa visão, consagra uma vontade hipotética objetiva.

<sup>140</sup> Como sustentado, a vontade hipotética presta-se à manutenção do concreto com centro de referência da integração, ainda que de modo indireto ou mediato.

jamais tendo havido manifestação negocial no sentido da lacuna, a vontade hipotética, como já se viu, será um expediente construído a partir dos *elementos concretos* levantados em juízo, de modo que as espécies de provas vão se dirigir a esse caldo de reconstrução. Do contrário, não se estaria mais a tratar da *integração*, mas sim da *interpretação*.

Ciente disso, resta saber os limites e possibilidade da prova como mecanismo de demonstração da realidade de um fato.

### 3.4.1. A PROVA E A VERDADE OBJETIVA

É crescente no seio acadêmico, por influência da filosofia, uma relativização do conceito de verdade como algo objetivo e absoluto. Como superação, emerge uma noção de verdade dialética, uma ideia de que a verdade não passaria de um resultado a ser obtido mediante um processo dialético previamente estabelecido para tanto<sup>141</sup>.

Diante desse quadro, intenta-se revalorar a ideia de prova, a qual, tradicionalmente, estaria atrelada à identificação de uma verdade *objetiva e absoluta*, para que ganhe o contorno de elemento do *processo dialético* de construção de “uma verdade” contextual<sup>142</sup>. Veja-se que a verdade dialética é construída *post factum*, que o seu resultado variará de acordo com os demais elementos a sopesar no caldo do processo dialético.

Não é essa a noção que se quer atribuir ao conceito de prova da vontade hipotética com o qual se lida neste trabalho. Na medida em que a prova deve remontar, no máximo de esclarecimento possível, a situação concreta de um sujeito — o titular da vontade hipotética a ser investigada —, ela deve ter, por finalidade, alcançar o mais próximo possível a *verdade objetiva*, a verdade segura, porquanto *imutável*, isto é, independente de desvios e sabores *subjetivos* do investigador dessa vontade hipotética. Trata-se de uma verdade *objetiva e absoluta*, mas, ao mesmo tempo, pelas dificuldades naturais, *prática*.

---

<sup>141</sup> FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. “El juez frente a la prueba”. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba*. La Plata: Platense, 1996. p. 42, sustenta uma concepção de prova que a afaste como um valor absoluto e, assim, mais humano e realista. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barviery (trad.). Campinas: Bookseller, 1999. pp. 270-271, sobre a responsabilidade que se coloca sobre ombros do juiz, afirma que “Todo o sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilhança”.

<sup>142</sup> Na defesa da verdade probatória contextual: TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 154, 2007.

A questão da prova da vontade hipotética não é importante apenas como esclarecimento *post factum*. Serve, a toda evidência, também como importante mecanismo de direcionamento das partes *pre factum*. Sabedores da necessidade de eventual produção de prova futura sobre os acontecimentos que permeiem a relação negocial, os sujeitos aventuram-se em firmar sobre as obrigações contratuais, gravar reuniões, enfim, registrar todos os acontecimentos relevantes. Afinal, a prova da vontade hipotética far-se-á, notadamente, mediante recurso a *elementos concretos indiretos* do fato que se pretende provar diretamente, as chamadas *fontes indiretas*<sup>143</sup>.

Dizer que as provas se prestam a demonstrar, na medida do possível, a verdade sobre um acontecimento é responsabilizar as partes pela construção de mecanismos anteriores aos fatos. É claro que nem todos os elementos dos fatos poderão ser reconstruídos — como um contrato celebrado por coação, será preciso provar-se a coação; e, numa gravação de áudio, faltará a imagem, que pode ser fundamental a esclarecer-se algum ponto faltante. De todo modo, considerar-se que há *limitação cognitiva*, decorrente de limitações na relação sujeito e objeto temporal e espacialmente, não é o mesmo que se negar a verdade como padrão norteador das provas. Se destruída a verdade para a prova, tudo valerá. Se se colocar a dialética, isto é, o próprio processo cognitivo (meio) como fim, acabar-se-á por criar uma “*máquina desgovernada da verdade*”, através da qual todos os absurdos passarão a ser possíveis, contanto que passados pelo *processo dialético*. O quadrado possui quatro lados e nenhum processo dialético poderá contrariar tal constatação.

Mais do que isso, e pisando na ferida do modernismo científico, a *verdade objetiva*, independentemente de desvios do sujeito investigador dessa verdade, existe. Existente, pode servir, em determinadas hipóteses, de recurso jurídico para realização das suas pretensões. Se uma *verdade objetiva* sequer existisse, seria o mesmo que se dizer que o direito estaria, por um absurdo, sustentado sob uma *base subjetiva do jurista investigador* — ou *coletiva*, ou *intersubjetiva*<sup>144</sup>, do *conjunto de juristas observadores* —, o que não sucede.

Portanto, sob essa ótica, de que a prova representa elemento de busca da verdade, é que se deve realizar a integração do negócio jurídico, isto é, aferir-se a vontade hipotética de algum sujeito envolvido na relação jurídica. É isso que estabelece o Código Civil, ao prever, no seu artigo 341º, que “As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

---

<sup>143</sup> Sobre a distinção entre meios e fontes de prova: CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Lis Pary Scarpa (trad.). 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 209.

<sup>144</sup> Acerca da recondução da verdade a um critério intersubjetivo ou coletivo, cf. itens 2.1 a 2.4, *supra*.

### 3.4.2. AS ESPÉCIES DE PROVAS

O Código Civil, dos arts. 352º a 396º, tratou da admissão e da regulação das provas em especial, nomeadamente da confissão (arts. 352º a 361º do Código Civil), da prova documental (arts. 362º e 387º do Código Civil), da prova pericial (arts. 388º e 389º do Código Civil), da prova por inspeção (arts. 390º e 391º do Código Civil) e da prova testemunhal (arts. 392º a 396º do Código Civil). Sobre o regime das provas em espécie, remete-se, sem grandes dificuldades, ao referido regime estabelecido no Código Civil de 1966, tendo em vista que, para a demonstração da vontade hipotética das partes, não existirão grandes considerações.

Acerca da confissão, cabe esclarecer-se inexistir grande óbice à sua admissão. Nada impede que uma das partes admita, judicial ou extrajudicialmente (art. 355º do Código Civil), um fato que lhe seja desfavorável na integração do negócio jurídico (art. 352º do Código Civil). Uma das partes pode muito bem reconhecer que costuma celebrar contratos similares sem inserir cláusula penal, a demonstrar, *ab initio*, que eventual invalidade dessa cláusula não poderá provocar a invalidação completa do negócio se essa disposição lhe favorecia.

A prova documental também não apresentará enormes dificuldades. Os documentos apresentados em juízo pelas partes tendem a ser, na maioria dos casos, para resolução dos problemas com negócio jurídico, e a compreensão da vontade hipotética não fica de fora. Todas as informações sobre o contexto do negócio jurídico, as práticas anteriores e posteriores, as comunicações, etc., na maioria das vezes, são reduzidas a escrito e, assim, podem ser colacionadas aos autos do respectivo processo de investigação da vontade hipotética.

Todavia, no que respeita à prova testemunhal, impõe esclarecer-se que, apesar de o art. 394º, nº 1, do Código Civil estabelecer ser “inadmissível a prova por testemunhas, se tiver por objecto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento”, a integração pela vontade hipotética por meio de prova testemunhal extrínseca ou externa em negócios documentados não constituiria uma convenção contrária ou adicional ao conteúdo do documento. Isso porque a convenção contrária ou adicional seria o caso de uma

verdadeira manifestação provada por testemunha, sendo, pois, matéria de interpretação, e não de integração através da vontade hipotética. O objetivo da prova testemunhal extrínseca ou externa em questão é demonstrar o contexto do negócio jurídico que aponte para um juízo probabilístico daquilo que teriam querido as partes se soubessem da lacuna, em um juízo de prova mediato. Admissível, desse modo, o recurso à testemunha para a construção da vontade hipotética por uma leitura *a contrario sensu* do referido dispositivo. Não fosse o bastante, segundo a inteligência da norma do art. 393º, nº 3, do Código Civil, a qual pode ser estendida à restrição do art. 394º, nº 1, do Código Civil, “as regras dos números anteriores não são aplicáveis à simples interpretação do contexto do documento”, sendo certo que, pelo comando da proteção do declaratório hipotético, a prova testemunhal não poderá contrariar o sentido de uma vontade hipotética interna à relação obrigacional complexa<sup>145</sup>.

Por fim, há casos em que os elementos concretos indiretos podem ser até mesmo demonstrados através de perícia. Imagine-se que a vontade hipotética de uma das partes possa estar atrelada à perspectiva econômico-financeira do negócio ou ao nível de dificuldade de cumprimento de uma obrigação. Para esses casos, a perícia poderá servir para delimitar o objeto técnico do novo negócio jurídico e, conseqüentemente, das suas novas obrigações.

### **3.4.3. OS ÔNUS DA PROVA**

Os ônus da prova da vontade hipotética não recaem sobre *o titular da vontade conjectural* a ser comprovada, como poderia ser pensado inicialmente. A regra de distribuição dos ônus da prova do art. 342º, nº 1, do Código Civil aloca sobre *o interessado* na solução apontada a incumbência de demonstrar a verdade das suas razões.

Esse não é apenas o caminho legal, mas uma ideia lógica de distribuição do jogo processual, eis que impõe a cada parte o ônus de comprovar a aderência dos seus interesses apresentados em juízo à realidade dos fatos. Aquele que pretende demonstrar que as partes teriam querido que um contrato fosse celebrado em determinado sentido deverá fazer prova mediata desse fato.

---

<sup>145</sup> A respeito da necessidade de aderência da prova à relação jurídica como emanção da boa fé do art. 239º do Código Civil, cf. itens 3.3, *supra*, e 3.4.5.3, *infra*.

No entanto, a regra de distribuição do ônus da prova ao respectivo interessado, na existência de uma presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção, restará invertida, conforme art. 344º, nº 1, do Código Civil.

#### 3.4.4. AS PRESUNÇÕES

A prova em si da vontade hipotética permanece sendo um expediente difícil na prática. Sabedor das dificuldades próprias em matéria probatória, o legislador estabeleceu, ainda dentro da sistemática do direito das provas, a possibilidade de se recorrer a presunções, isto é, a “ilações que a lei ou julgador tira de facto conhecido para firmar um facto desconhecido” (art. 349º do Código Civil). Nada impede o uso, para identificação da vontade hipotética, das presunções legal e judicial (arts. 350º e 351º do Código Civil) também em matéria de vontade hipotética<sup>146</sup>.

Alguns exemplos de presunções legais que poderão aparecer no contexto da integração são o da conservação do negócio jurídico<sup>147</sup>, o da menor gravidade em matéria de negócio gratuito e o do sentido favorável ao maior equilíbrio das prestações no negócio oneroso<sup>148</sup> (art. 237º do Código Civil). O efeito prático, conforme o art. 350º, nº 1, do Código Civil, é a imposição do ônus da prova em desfavor daquele contra quem haja recaído a presunção legal.

Já em matéria de presunções judiciais, o art. 351º do Código Civil estabeleceu a sua admissão e força nos exatos termos em que o fez para a prova testemunhal, de sorte que, em matéria de vontade hipotética, como visto, constitui expediente válido (art. 393º, nº 3, do Código Civil) e a ser livremente apreciado pelo julgador (art. 396º do Código Civil).

---

<sup>146</sup> A respeito das presunções como fontes de prova indiretas: CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. p. 120.

<sup>147</sup> Sobre o princípio da conservação do negócio jurídico como uma maneira de atribuir a maior eficácia possível às pretensões prático-jurídicas das partes: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Quid Juris, 1993; SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986; e, ainda, CORREIA, Eduardo. Op. cit. p. 372, para quem “justamente a instabilidade e a confiança ligadas á ideia de conservação e da economia dos efeitos jurídicos que, na primeira parte desta lição, vimos dominar toda a teoria da ineficácia e dos seus remédios, impõe justamente tal instituto e de tal forma que, com base nessas considerações e ainda que não expressamente previsto, ele se poderia dizer consagrado pelo nosso sistema jurídico”.

<sup>148</sup> Acerca das presunções em matéria de negócios gratuitos e onerosos: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 314.

Cumpra ressaltar-se, por fim, que ambas as espécies de presunções, pela sua natureza, são afastáveis mediante a realização de prova em contrário, como já aduz o artigo 350º, nº 2, do Código Civil relativamente às presunções legais. Para as presunções judiciais — as quais, segundo a lógica legal de equiparação com a prova testemunhal, estariam em um patamar abaixo das presunções legais —, não poderia ser diferente, pois *in eo quod plus sit semper inest et minus*.

### 3.4.5. OS ELEMENTOS MEDIATOS DE PROVA DA VONTADE HIPOTÉTICA

Como visto, a vontade hipotética não é uma questão puramente de direito nem puramente de fato. Trata-se de um problema de conformação entre fatos e direito, sendo, pois, a prova mediata a sua verdadeira chave. A vontade hipotética está alocada no ordenamento jurídico como modalidade de tutela da autonomia dos sujeitos negociais, ou melhor, como proteção para que a configuração do negócio resultado da integração não alcance uma formatação contrária ao panorama geral querido inicialmente. Nessa medida, a vontade hipotética não apresenta apenas uma questão de direito, mas um problema fáctico-jurídico e, como tal, tem, também, por mecanismo essencial, a prova indireta, enquanto instrumento de alcance da verdade<sup>149</sup>.

O trabalho de coleta de elementos concretos é um problema de cunho probatório, a saber a sua solução, *a priori*, na bitola dos elementos apresentados pelos sujeitos negociantes judicialmente<sup>150</sup>. Nesse sentido, a solução proposta é a reconstrução da vontade hipotética por meio de elementos concretos de força probatória mediata, os quais podem ser classificados como:

- (i) elementos positivos e negativos à solução da integração;

---

<sup>149</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 449, explica que a “vontade hipotética constitui, a nosso ver, matéria de fato” e que “será matéria de direito a interpretação e aplicação dos critérios legais orientadores desse apuramento”.

<sup>150</sup> “Quando uma parte allega um direito em juízo e a outra o impugna, é necessário que a parte que allega prove a legitimidade e a realidade do seu direito. As regras que determinam os meios por que pode convencer-se o juiz da verdade dos factos controvertidos entre as partes, dos quais deriva o direito, constituem o systema ou a theoria das provas. (...) A prova versa sobre o facto e não sobre o direito: jus allegatur, non probatur; jura novit curia. Assim, se empresto 400\$000 réis, devo provar o facto do empréstimo e não que a lei obriga o mutuário a restituir-me a quantia que recebeu no tempo convencionado”. MOREIRA, Guilherme Alves. Op. cit. pp. 647-649.

- (ii) elementos de repercussão efetiva e finalística à profundidade da cognição;
- (iii) elementos com ou sem aderência interna à relação obrigacional complexa;
- (iv) elementos com ou sem aderência intrínseca ao negócio jurídico;
- (v) elementos de relevância unilateral e não unilateral; e
- (vi) elementos anteriores e posteriores à conclusão do negócio jurídico.

### 3.4.5.1. ELEMENTOS POSITIVOS E NEGATIVOS À SOLUÇÃO DA INTEGRAÇÃO

Em determinados casos, a lei exige, para a integração do negócio jurídico, que se prove a vontade hipotética das partes no sentido da nova conformação negocial (vontade hipotética positiva), como na integração em sentido estrito e na conversão do negócio jurídico, e, em outros, estabelecerá um sentido presuntivo imediato, quando a vontade hipotética funcionará para impedir aquela solução, como na redução do negócio jurídico (vontade hipotética negativa).

Nos primeiros casos, a prova apresentada pelas partes operará como elemento positivo quanto à solução da integração. O detentor do ônus da prova deverá apresentar, em juízo, os elementos concretos acerca do querer hipotético das partes favorável àquele resultado integrador. Seria o caso, por exemplo, de se demonstrar que as partes admitiriam permanecer no negócio jurídico ainda que envolvesse (i) uma repercussão política ou social indesejada, (ii) uma obrigação extremamente onerosa como aquela<sup>151</sup>, (iii) que envolvesse determinado terceiro<sup>152</sup>, (iv) que prolongasse até determinado período de tempo a relação jurídica<sup>153</sup>, (v) que tivesse obrigações a serem cumpridas em determinada localidade, etc.

---

<sup>151</sup> Sobre os problemas relativos à alteração de circunstâncias, cf. item 4.3, *infra*.

<sup>152</sup> Quanto aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, cf. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/manuel-a-carneiro-da-frada-sobre-a-responsabilidade-das-concessionarias-por-acidentes-ocorridos-em-auto-estradas>>. Acesso em: 16 jun. 2018; para mais sobre a eficácia externa das obrigações com vistas a proteger terceiros: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições...*, op. cit. pp. 153-155.

<sup>153</sup> A temporalidade dos pactos é um aspecto fundamental, a tal ponto que a ordem pública veda os pactos perpétuos: MONTEIRO, Pinto. *Contratos de Distribuição*. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 136-137. É que as

No caso segundos, por sua vez, a prova das partes funcionará como uma espécie de elemento negativo à solução da integração, como é o exemplo da redução do negócio jurídico. O interessado pela quebra da lógica presuntiva da lei poderá apresentar em juízo os elementos concretos indiretos aptos a afastem a conclusão inicial, isto é, com a construção de uma espécie de vontade hipotética em sentido contrário.

Os meios para a demonstração da vontade hipotética positiva e negativa são infinitos. O que importa, aqui, é a necessidade de se demonstrarem os elementos positivos ao sentido da integração ou em sentido contrário, questão relevante para cada uma das espécies abordadas na sequência do trabalho.

### **3.4.5.2. ELEMENTOS DE REPERCUSSÃO EFETIVA E FINALÍSTICA À PROFUNDIDADE DA COGNIÇÃO**

A autonomia individual constitui verdadeiro fundamento da teoria dos negócios jurídicos e dos contratos. A obrigação negocial possui validade na medida em que erigida pelo próprio sujeito, por meio de uma eficácia prático-jurídica<sup>154</sup>, geralmente, em vista de um benefício contraposto. A vontade, nesses termos, reside na baliza de desenvolvimento do próprio privatismo jurídico.

Para determinados casos, a partir de uma dificuldade de qualificação jurídica de determinado negócio jurídico, como mecanismo de simplificação do processo de integração,

---

obrigações impõem ao sujeito passivo a adoção de determinados atos pertinentes ao seu bom cumprimento, não se restringindo ao comando restrito da prestação principal, mas também se devendo observar deveres acessórios. O descumprimento dessas obrigações poderá receber forte intervenção judicial, como seria o caso do credor recorrer à execução específica da obrigação (art. 827.º do CCiv) com a cominação de uma medida de reforço (art. 829-A.º do CCiv) ou uma indenização pela responsabilidade civil contratual pelo interesse contratual positivo (art. 798.º do CCiv).

<sup>154</sup> Tendo em vista a posição majoritária da teoria dos efeitos prático-jurídicos, não são os contratantes que estão aptos a estabelecer a relação típica do negócio jurídico — embora as indicações sejam sempre provas da vontade e, como tal, apta à valoração jurídica —, devendo buscar-se, no ordenamento, a resposta para os efeitos jurídicos, sempre à luz dos comandos práticos emanados pelas partes no negócio. Se A entrega a B uma determinada quantia em dinheiro e, por meio de um instrumento, denominado “contrato de compra e venda”, estabelecem que B, no prazo de um ano, pagará a A a mesma quantia, acrescida dos juros e da correção monetária, não se pode conceber que estará o contrato regido pelas regras da compra e venda. Como num procedimento bifásico, as partes direcionam as suas vontades e, respectivamente, as suas declarações para os efeitos práticos do negócio, sendo do ordenamento jurídico (*rectius*: do intérprete), numa segunda etapa, a competência para bem conformar aquele fato jurídico. Para mais sobre a teoria dos efeitos prático-jurídicos: COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit. pp. 90 e ss.; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 380 e ss.

a lei reserva a possibilidade de se abandonar uma vontade hipotética efetiva, atrelada à precisa compreensão prático-jurídica do negócio, em busca apenas de preservação da ampla concepção de *finalidade*. Por uma questão de operabilidade, o ordenamento jurídico autoriza, por exemplo, para a conversão do negócio jurídico, a integração de acordo com um interesse concreto das partes, como que em um exercício de leitura de eficácia *quase* prática<sup>155</sup>.

A isso que se denomina de precisão da vontade hipotética: a dicotomia entre uma vontade hipotética efetiva<sup>156</sup> e uma vontade hipotética finalística. Trata-se de uma investigação sobre o sentido legal no comando da integração do negócio jurídico, se de um prognóstico ulterior subjetivo ou apenas daquilo que estaria dentro de um certo grau de âmbito da finalidade que as partes poderiam ter querido.

Os *elementos concretos efetivos* ou finalísticos apontam justamente para a construção desse *grau cognitivo e probatório da vontade hipotética*. É que a questão está muito mais atrelada ao grau de certeza cognitiva depositada pelos elementos probatórios, dentro de um plano vertical de cognição, isto é, da profundidade de conhecimento do juiz sobre a vontade hipotética das partes, do que no sentido da qualificação jurídica<sup>157</sup>. Admite-se, aqui, uma rarefação da vontade, sendo o nome dado a esse ambiente menos airado de finalidade.

Essa finalidade representa um querer de *juízo verticalmente cognitivo e probatório*, mas menos preciso do que aquele que demandaria um *querer hipotético em si*. É a contraposição de um *prognóstico ulterior subjetivo* ao *interesse concreto das partes, entendido como escopo geral almejado naquele negócio jurídico a ser integrado, dos fins concretos que agregariam uma intenção financeira, social e política*.

Por isso, os elementos concretos aptos à construção de uma vontade hipotética demandarão maior grau de certeza sobre o juízo integrador no caso da exigência legal de uma vontade hipotética efetiva. A vontade hipotética finalística, distintamente, facilita o

---

<sup>155</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 381, esclarece que, para a doutrina da teoria dos efeitos práticos, “as partes manifestam apenas uma vontade de efeitos práticos ou empíricos, normalmente económicos ou sociais, sem carácter ilícito. A estes efeitos práticos ou empíricos manifestados, faria a lei corresponder efeitos jurídicos concordantes”. Ainda sobre a teoria dos efeitos práticos: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral...*, op. cit. pp. 43 e ss.

<sup>156</sup> Fala-se em “efetiva” para se traçar uma distinção clara com aquele conceito de vontade real (art. 236º, nº 2, do Código Civil).

<sup>157</sup> Para uma doutrina sobre o juízo vertical de cognição judicial: WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 2012. pp. 118 e ss.

exercício da integração, porque bastará a demonstração de que o novo negócio jurídico estaria, em um patamar de abstração superior, conforme um plano geral do querer negocial das partes, dentro de um grau de aceitação delas — uma não repulsa. Seria o caso de se demonstrar que, diante do quadro indiciário aparente, as partes não teriam qualquer problema com a solução assumida.

Seria possível assumir-se, de antemão, que as alterações negociais via integração que não afetem significativamente a compreensão prática do negócio admissíveis pela vontade hipotética finalística, uma vez que, se as partes admitiram celebrar o negócio não integrado A, faz sentido prever que elas ainda poderiam ter querido o negócio integrado B.

Como se vê, essa é apenas uma medida de abrandamento operacional da vontade hipotética, sendo sempre admissível, caso possível, a apresentação de elementos concretos efetivos da vontade hipotética — ainda que a lei especifique que seria bastante perquirir a finalidade das partes —, tudo isso nos termos em que determinarem os ditames da boa fé nos termos em que se sustenta, de proteção da confiança legítima.

### **3.4.5.3. ELEMENTOS COM OU SEM ADERÊNCIA INTERNA À RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA**

Para além da compreensão estática do negócio jurídico e das obrigações legais e negociais, as partes, do ponto de vista dinâmico, podem estabelecer verdadeiras relações jurídicas obrigacionais complexas, realidades bem distintas da ideia estática dos negócios jurídicos. Deveres acessórios, como são os de proteção e de informação, agarram-se às relações jurídicas, conforme destacado no paradigmático trabalho de Carlos Alberto da Mota Pinto sobre o fenômeno da cessão da posição contratual<sup>158</sup>.

Visto isso, a prova da vontade hipotética pode não estar atrelada, necessariamente, ao negócio jurídico a ser integrado, mas à relação obrigacional complexa estabelecida entre as partes. Distintamente dos elementos intrínsecos ao negócio jurídico, os elementos internos à relação obrigacional complexa não impõem uma correlação do resultado da integração

---

<sup>158</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, desenvolveu uma distinção entre a ideia de negócio jurídico e a relação jurídica obrigacional complexa, por meio da reflexão do instituto da cessão da posição contratual e as suas diferenças com a cessão de crédito e a assunção de dívida. A compreensão da distinção aqui traçada entre elementos intrínsecos ao negócio e internos à relação está umbilicalmente ligada à separação de Mota Pinto.

com o conteúdo específico entabulado, mas uma aderência ao sentido geral pensado para a relação. Esse é o verdadeiro comando da boa fé prevista no art. 239º do Código Civil.

Afirmar que se deve proteger o declaratório hipotético normativo é zelar pelo sentido da integração demonstrada pelos elementos concretos mediatos que, necessariamente, possa conferir a impressão geral passada pela relação jurídica a qualquer outro declaratório hipotético colocado naquela posição. Ao assim fazer não se tutela apenas o respectivo declaratório hipotético, mas, além disso, o próprio tráfico jurídico: aquela vontade hipotética a ser lapidada na integração do negócio jurídico não surpreenderá quaisquer dos sujeitos afetados<sup>159</sup>.

Portanto, ainda que admissível uma prova externa, obtida de fora da relação jurídica, deverá, nela, encontrar guarida, sob pena de violação aos ditames da boa fé, enquanto fundamento da proteção da confiança.

Por exemplo, o juiz não poderá alterar todo o panorama do negócio jurídico por meio da integração para alterar, significativamente, o objeto, o quadro subjetivo e a repercussão financeira daquele negócio sem que se possa extrair da relação dinâmica que tal sentido seria possível ser previsto pela outra parte.

Em todo e qualquer caso, no mínimo, os ditames da boa fé impõe a proteção do declaratório hipotético normativo, o que significa, em termos concretos, a necessidade de aderência dos elementos concretos de construção da vontade hipotética à impressão uma geral emanada da respectiva relação jurídica.

#### **3.4.5.4. ELEMENTOS COM OU SEM ADERÊNCIA INTRÍNSECA AO NEGÓCIO JURÍDICO**

A pedra fundamental da noção de vontade hipotética gira em torno, então, da questão da prova do negócio jurídico, notadamente a extrínseca<sup>160</sup>. Na ausência de

---

<sup>159</sup> A propósito da defesa de uma proteção do tráfico através da boa fé: “a opção de preterir a confiança de uma pessoa a favor da de uma outra, numa escolha que ao legislador, em princípio, compete, equivale, no fundo, a premiar a circulação dos bens, em detrimento da sua conservação estativa. O fenómeno é claro na tutela de terceiros em actos jurídicos ou de proteção de certas conjunturas possessórias ou tabulares”. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Boa fé...*, op. cit. p. 1247.

<sup>160</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 197, fala em “*recorrer a elementos extrínsecos que auxiliem o intérprete na sua busca da vontade tendencial*”.

manifestação em sentido técnico necessária à execução prática global do negócio jurídico, o exercício de complementação do conteúdo normativo será realizado pelo que se puder depreender de um querido contrafactual, podendo até ir além do próprio quadro do negócio. Como esse querer hipotético não foi manifestado — ou nem mesmo chegou a efetivamente existir internamente no sujeito —, os elementos probatórios da vida pregressa dos sujeitos, do contexto do negócio a ser integrado, do modo de execução posterior à conclusão<sup>161</sup>, entre outros, apresentarão os elementos concretos necessários à construção da conjectura demandada pela lei.

Pode muito bem a vontade hipotética ser provada com os documentos preparatórios e atos posteriores à celebração do negócio. Ainda podem, igualmente, ser fonte de prova os documentos unilateralmente produzidos, como manifestações internas de uma pessoa coletiva em relação àquele negócio jurídico a ser integrado ou em relação a outros negócios similares, retirado de reuniões de administradores — até mesmo poderia ser pensado, em termos de documentos divulgados externamente, como comunicados aos investidores, propagandas aos consumidores, etc., como já se salientou.

Sucedem que, em determinados casos, por uma necessidade de proteção especial, a lei reclama uma aderência não mais à relação jurídica, enquanto mecanismo protetivo da confiança das partes, corolário da boa fé. Notadamente para os negócios de natureza formal, nos quais o instrumento do negócio jurídico ganha especial destaque, essa aderência não será mais com a relação jurídica, mas como os próprios termos do corpo materializador da forma legal. Um exemplo relevante de aderência intrínseca é aquela exigida para a complementação dos testamentos do art. 2187º, nº 2, do Código Civil, quando se admite o recurso a elemento concreto exterior expressamente, mas se ressalva a necessidade de uma adstrição textual, ainda que imperfeita, do sentido a ser integrado.

Não obstante, será possível observar-se algum cenário em que uma das partes utilize o próprio negócio jurídico a ser integrado como elemento concreto de construção de uma vontade hipotética, sem o uso de elementos extrínsecos. O instrumento contratual, seja de que natureza for<sup>162</sup>, pode apresentar, a partir das finalidades ali expostas, o querer

---

<sup>161</sup> “É natural que a maneira como as partes executaram o negócio seja elucidativa sobre a maneira como estas o entenderam. Pode por isso estabelecer-se a presunção facti de que o comportamento das partes traduz o entendimento comum, ou a interpretação que comumente dão ao negócio”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 175.

<sup>162</sup> Para uma doutrina reducionista do conceito de negócio jurídico à uma teoria da linguagem (ou da performance): ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit.

contrafactual de uma ou de ambas as partes, principalmente em matéria de uma *vontade hipotética finalística*.

#### **3.4.5.5. ELEMENTOS DE RELEVÂNCIA UNILATERAL E NÃO UNILATERAL**

Como é cediço, os negócios jurídicos podem ser unilaterais, bilaterais ou até plurilaterais<sup>163</sup>. Na integração dos negócios unilaterais, basta a prova da vontade hipotética do seu único manifestante, enquanto que, no caso dos negócios não unilaterais, ainda seria preciso perquirir-se a existência de uma espécie de acordo hipotético de vontades hipotéticas<sup>164</sup>.

Quando da apuração da vontade hipotética necessária à integração do negócio, mostra-se imperiosa a avaliação de todas as vontades hipotéticas que deveriam ter sido manifestadas pelas partes que compuseram aquele negócio jurídico, pois, no esquema da realidade contrafactual construída pelo direito, seriam todas a somar. Portanto, basta a apresentação de elementos concretos aptos a demonstrar que uma das vontades hipotéticas não se daria no sentido aventado para se impedir determinado sentido de integração.

Por exemplo, se se estiver em busca das vontades hipotéticas de um negócio jurídico que pode estar sujeito à integração em sentido estrito, bastaria a comprovação de que uma das partes não teria querido determinado sentido ao novo negócio jurídico. Se o sujeito A não quisesse o negócio integrado, por conta de eventual (i) extensão do prazo de duração de determinada obrigação, (ii) inclusão de terceiro naquele negócio, (iii) aumento dos custos totais daquele contrato, etc., não será possível, em um cenário contrafactual, reconstruir-se o acordo hipotético de vontades. Na sabedoria anglófona, *it takes two to tango*.

No caso da vontade hipotética que exija apenas elementos concretos à reconstrução de um negócio jurídico unilateral, o sentido da boa fé protetiva do “declaratório hipotético” e de terceiros será consideravelmente menos relevante. Embora o art. 239º do Código Civil não elabore uma distinção expressa sobre a aplicação dos preceitos da boa fé nos negócios

---

<sup>163</sup> Para ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. pp. 372 e ss., os atos constitutivos de sociedade são considerados contratos (negócios) plurilaterais, isto é, não comutativos.

<sup>164</sup> Não se deve “construir ou reconstruir a vontade hipotética de cada uma das partes, mas o que teria sido o consenso negocial hipotética”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 563.

unilaterais e bilaterais, a própria ideia de confiança da relação jurídica acaba perdendo relevo quando se trata de uma estipulação negocial de obrigação para apenas uma das partes. Por essa razão, aos negócios unilaterais é possível dispensar-se a aludida aderência interna à relação obrigacional complexa<sup>165</sup>.

Por fim, importa registrar-se que, para a integração por conservação do negócio jurídico mediante invalidação — conversão, redução e modificação qualitativa por vício de incidentalidade —, em função do sentido axiológico do ordenamento jurídico de vedação às condutas culposas, mostra-se possível uma presunção da vontade hipotética do sujeito culpado favorável à vítima negocial<sup>166</sup>. Essa medida tem o potencial de facilitar significativamente a defesa da conservação do negócio jurídico por parte e no interesse da vítima da invalidação.

#### **3.4.5.6. ELEMENTOS ANTERIORES E POSTERIORES À CONCLUSÃO DO NEGÓCIO**

Antes mesmo de celebrarem o negócio jurídico que eventualmente será objeto do processo de integração, as partes deixam pela vida rastros dos seus quererres hipotéticos, ainda que não venham a guardar um nexos direto com aquele negócio jurídico ou com aquela relação obrigacional complexa, como se fosse uma espécie de usos e costumes particulares. Exemplos disso são negócios jurídicos anteriores, ofertas públicas e privadas anteriores, execuções contratuais anteriores, etc.

É possível, ainda, que haja elementos anteriores que guardem, também, uma relação direta com o negócio jurídico a ser integrado ou com a relação obrigacional complexa. Esse seria o caso de minutas previamente trocadas entre as partes, comunicados, cartas, e-mails, entre outros. Trata-se de elementos que, retirados da própria relação existente entre as partes, por óbvio, não apenas atenderão aos ditames da boa fé, enquanto compreensão da noção de tutela da confiança legítima, mas, principalmente, apresentarão um maior grau de fidelidade

---

<sup>165</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 454, a respeito da interpretação de testamentos, assevera que, por se tratar de um “negócio fora do comércio jurídico”, se justificaria uma abordagem subjetivista, a abrandar o conteúdo da boa fé na hipótese.

<sup>166</sup> Sobre o problema da prova de uma vontade hipotética da parte que agiu com culpa na invalidade do negócio jurídico: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual...*, op. cit. pp. 1417-1423.

com a vontade hipotética necessária — uma espécie de elemento concreto deliberativo, eis que extraído do processo de deliberação do negócio jurídico objeto de integração.

Ainda como uma vontade hipotética extraída de elementos anteriores ao negócio, é possível pensar-se, para o caso de pessoas coletivas, nos atos societários necessários à aprovação daquela avença, como a autorização de administradores, diretores, conselho fiscal, assembleia, etc. Em se tratando de sociedade que admita alienação pública de valores mobiliários, seria possível extrair-se a vontade hipotética de publicações obrigatórias das sociedades<sup>167</sup>.

Mas não é apenas na etapa anterior à conclusão do negócio jurídico que as partes podem deixar os rastros do seu querer hipotético. Após a celebração do negócio jurídico a ser integrado, pode haver os elementos necessários a serem coletados, ainda que não se refiram diretamente ao negócio ou à relação obrigacional complexa. Cabe destacar-se, mais uma vez, que não se verifica na lei essa admissão direta, devendo haver alguma aderência casuística ao negócio ou à relação contratual no mínimo imprecisa. A forma por excelência de identificação de um elemento posterior seria aquela obtida da extração do próprio modo de execução do negócio, sendo certo que as posturas das partes se mostram uma das melhores maneiras de se perceber o querer potencial de cada qual.

Seria o exemplo de contraentes de uma relação jurídica continuada que pretendem a realização de um empreendimento comum de produção de determinado material que não estipularam o que fazer com o excedente. No caso de uma das partes passar um significativo período com o excedente em sua propriedade, tendo jamais a contraparte reclamado, é razoável supor-se que a integração deverá atender ao comando executivo adotado pelos sujeitos sobre a avença. Afinal, essa é a vontade hipotética do proprietário de excedente e não contraria a legítima expectativa do declaratório hipotético que venha a perceber a dinâmica dessa relação jurídica.

---

<sup>167</sup> Para uma compreensão das publicações obrigatórias das sociedades: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Sociedades*. v. I. Coimbra: Almedina, 2011. pp. 595-597.

#### 4. DELIMITAÇÃO OBJETIVA NEGATIVA COM FIGURAS PRÓXIMAS

Para a integração do negócio jurídico, a vontade hipotética funciona como mecanismo de proteção da autonomia privada, na medida em que se requer uma avaliação de elementos concretos para a percepção de uma espécie de vontade indireta. É o legislador informando que não abandonou a teoria da vontade até mesmo na ausência de uma manifestação em sentido técnico própria para que se possa interpretar de acordo com um querido real (art. 236º, nº 2, do Código Civil) ou um confiado normativo (art. 236º, nº 1, do Código Civil). Portanto, a vontade hipotética é erigida por meio desse elemento subjetivo da complementação das lacunas negociais<sup>168</sup>.

A fim de facilitar a compreensão acerca da vontade hipotética na integração do negócio jurídico, apresentar-se-á, doravante, uma análise objetiva negativa da vontade hipotética na integração do negócio jurídico e figuras próximas. São elas:

- (i) a redução equitativa da cláusula penal do art. 812º do Código Civil;
- (ii) a redução equitativa, por analogia, do *sianl*;
- (iii) a modificação do contrato por alteração das circunstâncias do art. 437º do Código Civil;
- (iv) a complementação de lacunas supervenientes; e
- (v) as normas dispositivas espalhadas pela legislação.

##### 4.1. REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL

O art. 812º do Código Civil estabeleceu as duas modalidades de redução da cláusula penal, quais sejam, (i) quando, pela equidade, se contatar excessiva para os fins previstos, ainda que supervenientemente, bem como (ii) diante do cumprimento parcial da obrigação a que a cláusula penal estaria atrelada<sup>169</sup>:

Artigo 812º

---

<sup>168</sup> Vide item 2.8 deste trabalho, *supra*.

<sup>169</sup> Sobre a redução da cláusula penal: MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra: Almedina, 1999.

(Redução equitativa da cláusula penal)

1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário.
2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.

António Pinto Monteiro leciona, desde a sua tese de doutoramento, que o legislador português teria previsto três modalidades de cláusulas penais *lato sensu*, distinguíveis a partir da finalidade da disposição: (i) a *cláusula de liquidação antecipada do dano*, (ii) a *cláusula penal em sentido estrito* e (iii) a *cláusula puramente compulsória*<sup>170</sup>. A primeira delas presta-se apenas a antecipar o cálculo de um possível dano contratual, mostrando uma natureza preponderantemente indenizatória; a segunda estatui, duplamente, uma indemnização e um *plus*; já a terceira visa acrescer à indenização ou ao cumprimento específico da obrigação, numa espécie de *plus*. Independentemente da modalidade, seria aplicável a redução do art. 812º do Código Civil.

Trata-se, na realidade, de verdadeira medida de equidade prevista antecipadamente pelo legislador, como que num exercício de relativização da autonomia privada<sup>171</sup>. Enumeram-se, como pressupostos objetivos específicos da redução da cláusula penal, (i) o pedido, ainda que mediato, do devedor, (ii) a gravidade da infração, (iii) o grau de culpa do devedor e (iv) o manifesto excesso do valor frente à finalidade da cláusula<sup>172</sup>.

Portanto, *primo icto oculi*, há um elemento subjetivo da redução. No entanto, ele jamais deverá ser confundido com o elemento subjetivo da integração do negócio jurídico, por meio da vontade hipotética, de que se está a tratar neste trabalho. É que a subjetividade em questão se refere à qualificação da cláusula penal, entre as suas três sobreditas espécies para avaliação, no momento de se qualificar a natureza da cláusula penal e questão entre (i) a cláusula de liquidação antecipada do dano, (ii) a cláusula penal em sentido estrito e (iii) a cláusula puramente compulsória.

Não há um problema de integração negocial, mas sim de interpretação, isto é, de se apurar, a partir da própria estrutura da cláusula penal, a finalidade almejada pelas partes, dos

---

<sup>170</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal...*, op. cit. pp. 601-678.

<sup>171</sup> “Esse manifesto exagero deve definir-se em função do valor dos interesses em jogo e não em atenção à circunstância fortuita de — eventualmente — os prejuízos se revelarem muito mais baixos ou até inexistentes”. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 442.

<sup>172</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal...*, op. cit. pp. 734-741.

elementos concretos negociais, a espécie de cláusula penal<sup>173</sup>. Afinal, se as partes quieriam apenas estabelecer, antecipadamente, a liquidação do dano, por certo, o excesso manifesto acabará por ser observado de modo diferente em comparação à cláusula estabelecida com exclusivamente um *plus*; o mesmo ocorrerá com aquela disposta com indemnização e um *plus*.

Há, assim, uma diferença substancial na integração do negócio, objeto do presente estudo, e na redução da cláusula penal, a qual está prevista tipicamente na legislação como uma modalidade de equidade obrigacional. O único elemento verdadeiramente subjetivo será a qualificação jurídica da cláusula penal, à qual o jurista deverá ser convocado para os ditames da interpretação do negócio jurídico, e não para a integração.

Por fim, o art. 935º do Código Civil reserva uma espécie objetiva de redução de cláusula penal em contratos de compra e venda, à qual não se exige a avaliação de qualquer elemento de índole subjetiva. Não há, tampouco, por essa razão, semelhança dessa modalidade de redução de cláusula penal e a integração do negócio jurídico.

## 4.2. REDUÇÃO EQUITATIVA DO SINAL

Nos ensinamentos de António Pinto Monteiro, os ditames da redução do art. 812º do Código Civil aplicam-se, *mutatis mutandi*, à figura jurídica do sinal. Em que pese o sinal não seja verdadeiramente uma espécie de cláusula penal, o princípio geral que se retira daquela norma, pela fisionomia do instituto do sinal, faz parecer viável a sua aplicação por analogia<sup>174</sup>.

Nesse caso, a mesma distinção que se fez entre a redução da cláusula penal e a integração do negócio jurídico aplica-se aqui, da mesma maneira.

---

<sup>173</sup> Na realidade, a redução da cláusula penal não passará apenas por pressupostos objetivos, mas também por um subjetivo, qual seja, a espécie de cláusula penal utilizada pelas partes: “o tribunal tenha de apurar a finalidade com que a pena foi estipulada, ou seja, a espécie prevista pelos contraentes, uma vez que a pena poderá não ser ‘manifestamente excessiva’, se houver sido determinada por um intuito compulsório, mas já poderá sê-lo, todavia, se ela tiver sido acordada a título de mera liquidação prévia do quantum respondeatur”. Ibid. pp. 739-740.

<sup>174</sup> Ibid. pp. 195-224.

### 4.3. ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

A alteração de circunstâncias é menos um instituto jurídico do que um grupo de problemas concretos com os quais a prática acabou tendo de lidar com o curso da história. O art. 437º do Código Civil é resultado do processo de desenvolvimento histórico dos problemas surgidos no Terceiro Reich, notadamente em relação à alteração extrema das condições da contratação, diante da volatilidade da economia alemã após a Primeira Grande Guerra<sup>175</sup>. Muitas foram as tentativas, a partir da noção de boa fé, de se criar um mecanismo unitário de solução do problema, como foram os exemplos da teoria da pressuposição, da base do negócio e da interpretação complementadora<sup>176</sup>.

A regra do art. 437º do Código Civil cristalizou, pois, a saída final do problema, isto é, os casos de alteração de circunstâncias que não puderem ser resolvidos por outros mecanismos dispersos pela legislação civil deverão receber o seu tratamento:

#### SUBSECÇÃO VII

Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias

#### ARTIGO 437º

(Condições de admissibilidade)

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.
2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

Desse modo, não se trata de uma tentativa de investigação interpretativa ou integradora, mas de uma correção propriamente dita, de sorte que as intenções das partes não terão qualquer relevância nessa apreciação. Por isso, inexistente investigação sobre uma vontade hipotética integradora, calcada numa autonomia negocial, mas sim na heteronomia

---

<sup>175</sup> A respeito da evolução dos problemas de alteração de circunstâncias dos contratos: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 903-1114.

<sup>176</sup> Para um desenvolvimento e crítica sobre os mecanismos tentados para resolução dos problemas de alteração de circunstâncias: Ibid. pp. 1032-1097. Ainda sobre a teoria da base do negócio jurídico em relação à alteração de circunstâncias: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 606-612.

legal. Para tanto, a lei faz referência, tão somente, à remodelação conforme a equidade quando ferida a boa fé<sup>177</sup>.

#### **4.4. COMPLEMENTAÇÃO DE LACUNAS SUPERVENIENTES**

António Menezes Cordeiro sustenta que, para além de uma categoria original de lacunas, haveria uma categoria para lacunas supervenientes, na medida em que “a falha regulativa pode manifestar-se logo no momento da conclusão ou, apenas, em momento ulterior”<sup>178</sup>. E, dessa forma, defende a possibilidade de aplicação, na hipótese, dos pressupostos da integração do negócio jurídico<sup>179</sup>.

Ocorre que, segundo o conceito de lacuna que se defende no presente trabalho, não há como se estabelecer uma categoria de lacuna superveniente. A ausência de uma manifestação em sentido técnico sobre um aspecto necessário para que se possa executar a globalidade do negócio jurídico jamais se enquadraria nessa ideia<sup>180</sup>.

Ou bem há uma lacuna inicial, a qual será preciso integrar, ou bem há um problema de interpretação de uma manifestação, quando as partes jogarem para momento posterior, mediante estabelecimento prévio de respectivo critério complementador. Lacuna superveniente, em verdade, parece mais uma representação para se enxertar, por dentro do negócio, aquilo que os sujeitos não pretendiam, como poderia ser, por exemplo, o dever de renegociar em contexto de dificuldade de situação econômica difícil. Então, não é lacuna; então, não há o que se integrar.

#### **4.5. NORMAS DISPOSITIVAS**

---

<sup>177</sup> A posição de CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, op. cit. pp. 1107-1114, é a de que a solução dos problemas de alteração de circunstâncias deve ser realizada casuisticamente, podendo, para tanto, recorrer-se a categorias de interpretação e integração, inclusive, servindo, pois, a mecânica do art. 437º do Código Civil de recurso subsidiário.

<sup>178</sup> Id. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 777.

<sup>179</sup> Ibid. pp. 777-778.

<sup>180</sup> Vide item 2.7 deste trabalho, *supra*.

Como já sinalizado no item 3.1 deste trabalho, *supra*, a propósito de se sustentar a prevalência das normas dispositivas sobre a integração do negócio, realizada de acordo com a vontade hipotética das partes adequada à boa fé, não seria possível dizer-se, em absoluto, que as normas dispositivas representam uma espécie de vontade hipotética ou presumida<sup>181</sup>. Também não seria possível afirmar-se que tal suposição subjetiva da lei não estaria compondo o caldo da ponderação regulativa.

As normas dispositivas representam a construção do direito por meio da experiência histórica, depois de inúmeros problemas com os quais já se deparou em relação a situações jurídicas concretas e particulares. Desse modo, as normas dispositivas acabam por não apenas se antecipar às partes, mas, além disso, também inserir, no contexto negocial, valores objetivos, como é o exemplo das normas dispositivas de proteção do arrendatário nos contratos de arrendamento<sup>182</sup>. Certamente, elas nada têm a ver com o que as partes teriam querido regular no contrato.

Assim, as normas dispositivas não podem ser confundidas com a vontade hipotética na integração do negócio jurídico, uma vez que o legislador, na edição dessas normas, não se restringe a sopesar uma vontade pressuposta que as partes teriam se tivessem previsto o ponto omissis, mas além disso.

---

<sup>181</sup> COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit., p. 32, fala em vontade média ou previsível, mas admite, para a hipótese, que a lei ainda aproveita o silêncio das partes para fazer valer a aplicação de critérios de razoabilidade ou justiça.

<sup>182</sup> Sobre a evolução histórica dos contratos de arrendamento urbano e a compreensão maior de que se deveria intervir para privilegiar valores naquela relação contratual: MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações (Parte Especial)*: Contratos. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. pp. 233-239.

## 5. DELIMITAÇÃO OBJETIVA POSITIVA — PROBLEMAS GERAIS E ESPECIAIS DE REGIME DA VONTADE HIPOTÉTICA

Após a (i) descrição histórica da integração dos negócios jurídicos, (ii) análise dos pressupostos jusfilosóficos e metodológicos, (iii) apreciação do funcionamento da vontade hipotética como um problema de prova e a sua relação com a boa fé e (iv) distinção de figuras próximas, impõe delimitar-se o objeto do trabalho a partir dos problemas gerais e especiais da vontade hipotética.

### 5.1. PROBLEMAS GERAIS DE REGIME DA VONTADE HIPOTÉTICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

A vontade hipotética na integração do negócio jurídico possui quatro espécies gerais: a vontade hipotética (i) na *integração em sentido estrito*, (ii) na *conversão do negócio jurídico*, (iii) na *redução do negócio jurídico*, bem como (iv) na *modificação do negócio jurídico por vício incidental*<sup>183</sup>.

#### 5.1.1. NA INTEGRAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO

Como se viu até então, a integração em sentido estrito, determinada pelo art. 239º do Código Civil, será realizada (i) pela *norma dispositiva* ou *imperativa*, (ii) pela *vontade hipotética que esteja de acordo com os ditames da boa fé* e, em último caso, (iii) *apenas pelo conteúdo emanado desse preceito da boa fé*.

---

<sup>183</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Boa fé...*, op. cit. pp. 1068-1073 (nota 653) esclarece que a leitura, *a priori*, envolveria um regime de espécies distintas de vontades hipotéticas, sendo, (i) na redução, uma vontade hipotética naturalística; (ii) na conversão, uma vontade hipotética subjetiva; e, (iii) na integração, uma vontade hipotética objetiva, acaba por reconhecer um regime unitário. Assevera que “Os dispositivos referentes à redução, conversão e à integração dos negócios jurídicos devem, pois ser interpretados em conjunto. Sendo-o, desprende-se deles, como instituto jurídico apto a solucionar os problemas agrupados sob essas rubricas, a ideia unitária da interpretação complementadora, ligada à vontade hipotética objectiva das partes. Esta emerge de uma síntese entre o contrato, projectado das declarações de vontade individuais, e a boa fé, entendida como regra de ponderação objectiva, equilibrada e equitativa — mas não de equidade! — das situações em presença”.

Ainda como foi esclarecido, essa vontade hipotética se apresenta como uma questão de prova a ser demonstrada pela parte interessada a partir dos mecanismos existentes na legislação, sendo certo que em todas as hipóteses deverá ser respeitada a boa fé, isto é, a confiança de um declaratório hipotético<sup>184</sup> normal colocado na situação do declaratório hipotético real, consistente na *aderência necessária dos elementos concretos mediatos que apontem para um sentido da vontade hipotética das partes à relação jurídica a ser integrada*.

Acaba que a solução proposta para a integração em sentido estrito encerra um paralelismo ao modelo da interpretação do negócio jurídico previsto no art. 236º do Código Civil, a ratificar a umbilical vinculação entre ambos os institutos, sem deixar de demarcar, ao mesmo tempo, a sua distinção. Conforme já se analisou, a interpretação também protege o declaratório, na medida em que o sentido válido de uma manifestação será o perceptível por um declaratório normal, ressalvada a hipótese em que o declaratório concreto souber da vontade real do declarante, quando serão essa vontade e percepção reais<sup>185</sup>.

Trata-se de uma vontade hipotética (i) *positiva*, porque deve ser demonstrado o sentido da integração; (ii) *efetiva*, porque deve ser demonstrado o verdadeiro querer contrafactual; e (iii) de *aderência interna*, em respeito aos ditames da boa fé.

A conversão, a redução e a modificação por vício incidental do negócio jurídico são espécies de integração, de modo que o que se sustentou para a integração em sentido estrito deverá ser observado, *mutatis mutandi*, às modalidades que serão descritas adiante. Afinal, como é cediço, as normas gerais aplicam-se às espécies quando inexistente regulação específica.

### 5.1.2. NA CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

O direito civil português estabeleceu um princípio de conservação dos negócios jurídicos como um mecanismo de máximo aproveitamento das declarações de vontade<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado...*, op. cit. p. 94, inclusive, fala em uma declaração hipotética ao tratar do assunto.

<sup>185</sup> A relação de paralelismo entre a interpretação e a integração do negócio jurídico dos arts. 236º e 239º do Código Civil, respectivamente, também foi realizada por HÖSTER, Heinrich Ewald. Op. cit. pp. 513-514.

<sup>186</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão...*, op. cit., defende que a conversão é menos um problema de aproveitamento da eficácia jurídica de um ato invalidado e mais um problema de qualificação do negócio

Uma das repercussões práticas dessa noção é a chamada conversão do negócio jurídico, prevista no art. 293º do Código Civil:

Artigo 293º

(Conversão)

O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.

Quando a qualificação de um negócio jurídico for inválida (ou ineficaz<sup>187</sup>), o negócio poderá sê-lo válido (ou eficaz) como outro, caso estejam presentes os requisitos desse segundo negócio. Seriam os casos (i) da disposição inválida converter-se em promessa de disposição, (ii) da constituição inválida de sociedade valer como copropriedade, (iii) da aquisição inválida de parte específica de uma coisa servir como aquisição de uma quota ideal do todo, (iv) da disposição *inter vivos* da própria herança valer como disposição testamentária e (v) do contrato nulo por falta de forma converter-se em negócio com forma e efeitos correspondentes à utilização<sup>188</sup>. Há casos, todavia, por previsão expressa da lei, em que a conversão dispensará a vontade hipotética<sup>189</sup>.

Não obstante, o art. 293º do Código Civil não determina apenas a observância de um elemento objetivo, isto é, a invalidade como negócio A e validade como negócio B. Há, ainda, um elemento subjetivo fundamental, sem o qual não haverá a conversão: uma *vontade hipotética positiva e finalística*<sup>190</sup>.

Positiva, porque a lei determina que o novo negócio jurídico tenha sido querido, de certo modo, por ambas as partes. É preciso que haja um quadro concreto direcionado ao

---

jurídico, de “re-valoração”. No mesmo sentido monista da conversão: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, op. cit. p. 955; TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 376.

<sup>187</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão...*, op. cit. pp. 685-886, defende a possibilidade de conversão do negócio jurídico também na hipótese de ineficácia, e não apenas no vício de invalidade.

<sup>188</sup> Exemplos apresentados por ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. pp. 424-425; para um rol extenso e bem desenvolvido de modalidades de conversões: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão...*, op. cit. pp. 769-886.

<sup>189</sup> Essa posição é sustentada por HÖSTER, Heinrich Ewald. Op. cit. p. 600; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 642-643.

<sup>190</sup> “A conversão só realiza, portanto, quando seja de admitir que as partes teriam querido o negócio sucedâneo caso se tivessem apercebido da deficiência do negócio principal e não o pudessem ter realizado com a observância do requisito infringido. Esta vontade hipotética será a alma do negócio sucedâneo, mas construída sobre a base do negócio principal”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 434.

novo negócio, que se possa extrair dos elementos concretos — sejam eles intrínsecos ou extrínsecos, sejam eles unilaterais ou bilaterais, sejam eles anteriores ou posteriores, sejam eles internos ou externos<sup>191</sup>. Mas a lei, repita-se, exige um acordo hipotético de vontades na reconstrução do negócio jurídico convertido<sup>192</sup>.

A determinação legal de uma vontade hipotética positiva deve-se à ideia de que, na conversão do negócio jurídico, distintamente do que se observa em outros fenômenos — como na redução e na modificação por incidentalidade do negócio jurídico —, o novo negócio erigido mostra-se integralmente distinto, não restando uma parte saudável sequer<sup>193</sup>.

A exigência de uma convergência de duas vontades hipotéticas poderia acarretar um grau acrescido de dificuldades na operação da conversão. Por essa razão, a vontade hipotética da conversão refere-se ao “*fim prosseguido pelas partes*” que “*permita supor que elas teriam querido, se tivessem previsto a invalidade*”. A lei, como se viu, ultrapassa o grau inicial do querer hipotética das partes e remete ao “*fim*” querido por elas. A isso que se chama de uma vontade hipotética finalística, que permanece sendo subjetiva — como é próprio de uma vontade —, mas deve ser extraída do jogo de interesses concretos das partes<sup>194</sup>.

Apesar disso, restará sempre o direito de a parte interessada provar uma divergência da vontade hipotética subjetiva de qualquer delas, mediante recurso aos elementos concretos exteriores. Até porque, provada uma vontade hipotética efetiva contrária de qualquer das partes, não será possível reconstruir-se o quadro finalístico contrário a essa premissa, pois a finalidade do negócio jurídico nada mais é do que um patamar de abstração superior, menos

---

<sup>191</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 955, reconhece, na investigação da vontade hipotética da conversão do negócio, uma questão mais de direito, sem excluir, contudo, a importância dos elementos fáticos.

<sup>192</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão...*, op. cit. pp. 499-500, refere-se a uma vontade hipotética negativa para a conversão. Em sentido contrário: ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 425; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 648.

<sup>193</sup> “A razão da diferença [entre os regimes da redução e conversão] está em o legislador português ter considerado a redução um efeito normal, que só uma demonstração contrária exclui; inversamente, a conversão sai dos trilhos comuns, pelo que esta transformação do que realmente foi querido só poderá basear-se numa vontade, tendencial embora, das partes. É ainda a autonomia da vontade a fundar o fenómeno d[*a*] conversão”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 425.

<sup>194</sup> “Essa vontade não é ‘objectiva’, porque não existe vontade que não seja subjectiva, mas tem de ser apurada, como vontade negocial hipotética, com referência ao tempo e às circunstâncias da celebração do negócio”. SOARES, Teresa Luso. Op. cit. p. 43, por sua vez, sustenta que “Não se exige que a intenção das partes se dirija de modo eventual ao negócio sucedâneo. Basta que se possa presumir que teria sido querido, caso conhecessem a invalidade, atendendo ao fim prosseguido pelas partes. Desde que com este negócio se alcance o fim económico do primeiro, ainda que só parcialmente ou de modo não tão perfeito, justifica-se aquela suposição”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 648.

preciso. O que a lei fez, portanto, foi esclarecer que será necessária uma *convergência positiva finalística*.

Por fim, caso as partes tenham previsto, negocialmente, a consequência para a sua invalidade, a questão não alcança os problemas da conversão, uma vez que ficam, ainda, restritas ao campo próprio da interpretação de uma manifestação<sup>195</sup>.

### 5.1.3. NA REDUÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Outro corolário do princípio da conservação do negócio jurídico<sup>196</sup> é a redução, prevista expressamente no art. 292º do Código Civil nos seguintes termos:

Artigo 292º

(Redução)

A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.

A invalidade de parte do negócio jurídico<sup>197</sup> poderá afetar a parcela aprioristicamente saudável, a depender se as partes quisessem a nova conformação negocial, acaso soubessem dessa possibilidade de nulidade ou anulação parcial<sup>198</sup>. Seria, por exemplo, o caso (i) da venda de um terreno que se descobrisse que uma parte não era daquele vendedor ou (ii) do arrendamento de uma habitação com cláusula de preferência na venda do imóvel, sendo o pacto de preferência clausulado no contrato de arrendamento nulo por vício de forma

---

<sup>195</sup> “Não se confunde com a figura da conversão o caso do negócio com vontade alternativa. Neste caso, as partes, prevendo a hipótese de ser nulo o negócio que querem celebrar, convencionam que então valerá um outro. Este segundo negócio apoia-se na vontade real das partes, enquanto na conversão o segundo negócio faz apelo à simples vontade conjectural ou hipotética”. VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil: Anotado*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 269. Nesse mesmo sentido, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 435-436; HÖSTER, Heinrich Ewald. Op. cit. p. 600; TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 375.

<sup>196</sup> Sobre o princípio da conservação, aproveitamento ou *favor negotii*, enquanto forma de defesa da máxima eficácia das manifestações de vontade: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão...*, op. cit. pp. 515-518; ASCENSÃO, José Oliveira de. Op. cit. pp. 408-409; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 642-644.

<sup>197</sup> “Em caso de *indivisibilidade* do negócio, não há sequer lugar à prova da vontade conjectural ou hipotética, prevista na parte final do artigo 292.º”. TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 373.

<sup>198</sup> “Estabelece-se uma presunção de divisibilidade ou separabilidade do negócio, sob o ponto de vista da vontade das partes. Tal solução corresponde à ideia de proporcionalidade entre vício e a sanção”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 635.

(art. 415º do Código Civil)<sup>199</sup>. Outros exemplos seriam a redução pela invalidação de uma cláusula penal, de uma cláusula limitativa ou de exclusão da responsabilidade civil, de uma cláusula de garantia, de um sinal, de uma sanção pecuniária compulsória, etc.<sup>200</sup>.

Por subsistir uma parcela sã do negócio jurídico original, a lei apenas exigiu que não haja uma vontade hipotética em *sentido contrário* ao novo negócio. Essa mudança de perspectiva, de *vontade hipotética positiva da conversão* para a *negativa na redução*, é decisiva, na medida em que a prova da vontade conjectural não se mostra um expediente simples. Acaba vigendo, na hipótese, um verdadeiro princípio de *in dubio pro* redução ou de *utile per inutile non vitiatur*<sup>201</sup>. Trata-se de uma vontade hipotética negativa e efetiva<sup>202</sup> que deve ser provada pelo seu interessado<sup>203</sup>, mas que deverá, nos elementos concretos mediatos da relação jurídica, encontrar aderência, em respeito aos ditames da boa fé<sup>204</sup>.

Como a lei aduz ser preciso demonstrar-se que o negócio jurídico reduzido não seria celebrado, bastará, para se evitar a operação de redução de um negócio bilateral, como seria o exemplo de um contrato, a reconstrução de uma *única vontade hipotética contrária*, mediante um *elemento concreto mediato unilateral*<sup>205</sup>. A vontade hipotética do culpado pela invalidação parcial, como já esclarecido, deve ser dispensada, considerando-se, para todos

---

<sup>199</sup> Exemplos elaborados por Ibid. p. 633. Para mais exemplos de redução do negócio jurídico: VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. Op. cit. pp. 267-268, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 427-428.

<sup>200</sup> Todos institutos desenvolvidos em MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal...*, op. cit.; Id. *Cláusula limitativa...*, op. cit.

<sup>201</sup> O § 139 do BGB adotou posicionamento diverso da lei portuguesa, exigindo, à redução do negócio jurídico, uma vontade conjectural no sentido da conservação: ASCENSÃO, José Oliveira de. Op. cit. pp. 422-423, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 430; TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 372; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 645.

<sup>202</sup> Os principais comentaristas do Código Civil, VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. Op. cit. p. 267, afirmam que “Está consagrada como regra, neste artigo 292.º, a *redução* dos negócios jurídicos. O negócio só não será reduzido quando se mostrar que, sem a parte viciada, não teria sido concluído. Não é preciso provar, portanto, a vontade de limitar os efeitos jurídicos”. Em sentido contrário, defendia ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 430-431, que “a dúvida sobre a vontade hipotética das partes será de resolver no sentido da nulidade total do negócio”.

<sup>203</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. pp. 372-383 ensina que “o interessado no aproveitamento de parte do negócio, tem de alegar e provar os *factos* donde decorre a natureza meramente parcial da invalidade; o opositor tem de alegar e provar os *factos* donde se conclui que sem a parte viciada não se teria celebrado o negócio, visto ser essa a *vontade conjectural ou hipotética* dos interessados”.

<sup>204</sup> ASCENSÃO, José Oliveira de. Op. cit. p. 424, afasta a necessidade de observância da boa fé na redução do negócio jurídico; em sentido contrário: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 949; FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, v. II, op. cit. pp. 526-527.

<sup>205</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 636-639, sustenta que há casos em que deverá ocorrer a invalidação total do negócio jurídico, ainda que esta não seja a vontade hipotética das partes; são as hipóteses de (i) norma de proteção de uma parte contra a outra, (ii) contrariedade a uma boa fé atual da integração, (iii) contratos de adesão e (iv) contratos de consumo.

os fins, a partir de um critério axiológico, uma presunção absoluta de manutenção do negócio, com a exceção da vontade hipotética contrária da vítima<sup>206</sup>.

Exatamente pela lógica de a redução funcionar com a vontade hipotética de modo negativo, isto é, sendo realizada na ausência de uma vontade hipotética em sentido contrário ao novo negócio, é que será, agora, uma vontade hipotética efetiva, não mais aquela extraída do fim das partes.

A mesma lógica aplicável à redução do negócio jurídico deverá ser observada para o caso de invalidade de um dos negócios jurídicos componentes de um grupo de negócios. Ou seja, na anulação de um dos contratos coligados, presumir-se-á a conservação dos demais, salvo se provada uma vontade hipotética em sentido contrário<sup>207</sup>.

Em determinados casos, a lei irá prever uma redução obrigatória, isto é, uma garantia de salvaguarda de parcela do negócio, quando estará dispensada a avaliação da vontade hipotética das partes. Essa é a chamada redução automática (ou legal)<sup>208</sup>, em contraposição à redução potestativa (ou voluntária), que tem como exemplo a redução automática do mútuo usurário do art. 1146º, nº 3, do Código Civil<sup>209</sup>.

#### **5.1.4. NA MODIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO INCIDENTAL**

Diante de um vício de erro, dolo ou coação, é possível vislumbrar-se um cenário no qual determinado comprador teria querido, acaso soubesse do vício de natureza meramente incidental (ou relativamente essencial)<sup>210</sup>, ainda assim, o objeto daquele contrato, mas em

---

<sup>206</sup> Sobre a possibilidade de presunção da vontade hipotética do culpado pela invalidação parcial do negócio, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual...*, op. cit. pp. 1418-1419.

<sup>207</sup> Sobre a aplicação dos pressupostos da redução do negócio jurídico em problemas de invalidação parcial de complexos contratuais: COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit. pp. 356-361. No mesmo sentido, VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. Op. cit. p. 268: “O disposto neste artigo [292º] pode ser aplicado, por analogia, aos casos de ineficácia do negócio ou àqueles em que haja pluralidade de negócios relacionados entre si”, bem como HÖSTER, Heinrich Ewald. Op. cit. p. 599.

<sup>208</sup> Sobre a redução legal ou automática, FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...* v. II, op. cit. pp. 527-528.

<sup>209</sup> “3. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes”.

<sup>210</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. pp. 84-85 critica a nomenclatura erro essencial e erro incidental e adota essencialidade absoluta e essencialidade relativa, sendo que, no caso da segunda, “o negócio considera-se feito, validamente, nos termos em que o declarante, se não estivesse em erro, o teria querido, suposto o declaratório assim o aceite”. No mesmo sentido: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 238.

um ajustamento diverso<sup>211</sup>. É que a invalidade que acomete o negócio jurídico, em determinados casos, pode não ser suficiente para se alterar a qualificação jurídica do negócio ou excluir, integralmente, uma parcela dele, mas apenas modificar a sua qualidade, como nos casos de simples modificação de preço<sup>212</sup> de contratos “indesejados”<sup>213</sup>. As partes poderiam ter querido o negócio jurídico em qualidades distintas, dadas as circunstâncias do negócio jurídico<sup>214</sup>.

Seria o exemplo de um sujeito que adquire um apartamento que acaba por se revelar extremamente úmido e, como tal, gravemente prejudicial à saúde, a supor que, se conhecesse o defeito, não teria realizado a compra por preço algum, tudo conforme determinar a vontade hipotética das partes. Diferente seria se o erro estivesse em crer que o contrato abrangeria, também, uma vaga na garagem, que ignorava encontrar-se arrendada a terceiro, sendo de se admitir que o sujeito ainda teria adquirido o imóvel, mas por preço inferior, tudo conforme determinar a vontade hipotética das partes<sup>215</sup>.

Para esses casos, a lei não estabeleceu nenhum regime geral de adequação do negócio jurídico, como fez para os vícios essenciais, os quais se submetem ao sistema da conversão e redução dos arts. 293º e 292º do Código Civil. A redução qualitativa do negócio jurídico<sup>216</sup> possui pertinência sistemática para o direito português, devendo-se, pois, direcionar o julgador aos citados regimes especiais e ao modelo geral de adaptação dos negócios maculados por vícios essenciais por analogia<sup>217</sup>.

---

<sup>211</sup> “Nos casos referidos, em que, sem a violação de deveres pré-contratuais, nomeadamente de informação, o lesado teria concluído com o lesante um contrato em condições mais vantajosas, a jurisprudência alemã aceita que aquele *opte* por manter o contrato, sendo tratado ‘como se tivesse conseguido, em caso de conhecimento da verdadeira situação material, concluir o contrato de compra e venda por um preço mais favorável’”. PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual...*, op. cit. pp. 1413-1414. No mesmo sentido: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 508, afirma que “O erro incidental não será, todavia, irrelevante: o negócio deverá fazer-se valer *nos termos em que teria sido concluído sem o erro*”. Em sentido contrário: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. I, t. 1, op. cit. pp. 817-818, para quem “A essencialidade permite excluir o erro indiferente e o erro incidental”.

<sup>212</sup> Embora possível na prática, o direito português não admitiria a modificação que aumente o objeto, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual...*, op. cit. pp. 1425-1426.

<sup>213</sup> Sobre a redução de preços e a modificação dos contratos “indesejados”: Ibid. pp. 1412-1447.

<sup>214</sup> Ibid. pp. 1425-1426, esclarece que, embora viável do ponto de vista prático eventual aumento de preço ou objeto do contrato, essa não parece uma solução admissível na sistemática portuguesa dos vícios incidentais do negócio jurídico.

<sup>215</sup> Exemplos levantados por TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 85.

<sup>216</sup> A redução qualitativa é uma nomenclatura utilizada por ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. pp. 421-422.

<sup>217</sup> Segundo TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. pp. 84-85, os problemas de vícios acidentais chamarão à colação, no mais das vezes, a redução, em vez da conversão do negócio. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 238, n. 3, já falava, expressamente, na admissão de nulidade do negócio, pois “seria injusto deixar sem qualquer protecção o errante no caso de erro incidental”.

O tratamento da vontade hipotética, nos casos de vícios incidentais do negócio jurídico, deve ser o da redução do negócio jurídico, de uma *vontade hipotética negativa e efetiva*, tendo em vista o *telos* distintivo dos arts. 292º e 293º do Código Civil<sup>218</sup>. Enquanto à conversão a lei aponta para uma vontade hipotética positiva, diante da necessidade de se alterar completamente a qualificação jurídica do primeiro negócio, na redução, a intervenção jurídica mantém sã uma parte do negócio. Há, assim, uma diferença clara: a conversão constitui um mecanismo mais agressivo à autonomia do que a redução, a exigir uma vontade hipotética no sentido da integração, e não para exigir, como se fez na redução, a ausência de uma vontade hipotética em sentido contrário<sup>219</sup>.

Visto esse quadro, a redução qualitativa do negócio maculado por vício incidental mais se assemelha ao grupo de problemas da redução do que aos da conversão. As bases estruturais do negócio jurídico permanecem, sendo alterada, acidentalmente, a qualidade de determinado aspecto. Com isso, não se quer negar o importante impacto que a redução qualitativa implicará, mas, por uma questão de semelhança, ante o aludido *telos* de proteção da autonomia, reconhecer-se a aplicação por analogia do art. 292º do Código Civil.

Logo, a vontade hipotética relacionada à modificação dos negócios jurídicos por razão de um vício incidental será *negativa*<sup>220</sup> e *efetiva*. O interessado poderá produzir prova de uma vontade hipotética contrária ao sentido da redução qualitativa em favor de uma invalidação integral.

## **5.2. PROBLEMAS ESPECIAIS DE REGIME DA VONTADE HIPOTÉTICA NA INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO**

A integração do negócio jurídico pode apresentar enormes diferenças problemáticas e, conseqüentemente, de solução a depender da natureza jurídica do negócio objeto da

---

<sup>218</sup> A vontade hipotética, nos termos em que se defende para os problemas de vícios incidentais dos negócios, também deverá ser observada para a resolução dos problemas de redução de preço da compra e venda do art. 911º do Código Civil: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual...*, op. cit. pp. 1429-1431.

<sup>219</sup> “A razão da diferença está em o legislador português ter considerado a redução um efeito normal, que só uma demonstração contrária exclui; inversamente, a conversão sai já dos trilhos comuns, pelo que esta transformação do que realmente foi querido só poderá basear-se numa vontade, tendencial embora, das partes”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 425.

<sup>220</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 508, todavia, em uma abordagem positiva da vontade hipotética sobre o problema, assevera que “o negócio deverá fazer-se valer *nos termos em que teria sido concluído sem o erro*”.

integração, quais sejam, da vontade hipotética (i) no *negócio jurídico formal*, (ii) no *negócio jurídico testamentário*, (iii) no *negócio jurídico gratuito*, (iv) no *negócio jurídico com cláusulas gerais*, (v) no *negócio jurídico comercial*, (vi) no *negócio jurídico constitutivo de sociedade* e (vii) no *negócio jurídico laboral*.

### 5.2.1. NO NEGÓCIO JURÍDICO FORMAL

Os negócios que demandam forma especial<sup>221</sup> merecem uma atenção destacada, sendo consagrados na legislação diante de uma necessidade de maior segurança às partes. Isso porque, por exemplo, a exigência (i) de documento autêntico para constituição de associações (art. 168º), instituição por ato entre vivos (art. 185º, nº 3), testamento (art. 2204º e ss.), compra e venda imobiliária (art. 875º), doação de imóveis (art. 947º), etc.; e (ii) documento particular para doações de móveis não acompanhadas de tradição da coisa (art. 947º, nº 2), mútuo superior a dois mil euros e igual ou inferior a vinte mil euros (art. 1143º), em certos casos de contrato promessa (art. 410º, nº 2) e pacto de preferência (art. 415º)<sup>222</sup>. Deve-se a uma necessidade diferenciada de segurança textual<sup>223</sup>, pelo que os problemas de integração do negócio jurídico se mostram ainda mais delicados nessas espécies.

Nessas circunstâncias, permanece admissível o recurso à integração mediante a vontade hipotética do art. 239º Código Civil, principalmente em razão da impossibilidade prática de dispensa de uma integração<sup>224</sup>. A ideia do negócio jurídico perfeitamente regulado é apenas um ideal, e não uma realidade. A ninguém é dado conhecer tudo e, diante disso, anteciparem-se todos os problemas concretos possíveis de uma relação.

---

<sup>221</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 48, define a forma dos negócios jurídicos, com referência a Von Tuhr, como “uma determinada *figura exterior* prescrita para a respectiva declaração ou declarações de vontade”.

<sup>222</sup> Exemplos de PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 393-395.

<sup>223</sup> “A razão de ser deste regime especial está na tutela da aparência e da confiança de quem tenha sido ou venha a ser depositada por terceiros no sentido objetivo do negócio”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 477. De todo modo, o próprio autor ressalva que a proteção de terceiros só se encerra, efetivamente, quando a lei exigir, para além da forma, a publicidade: Ibid. pp. 477-478.

<sup>224</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 462, dá dois motivos para a admissão da integração aos negócios formais: (i) “a forma legal não cobre necessariamente todo o conteúdo do negócio” e (ii) o fato de que “não há razão para não adoptar na integração do negócio a solução flexível estatuída na lei quanto à interpretação”. A respeito dessa não cobertura da razão de forma, devendo prevalecer uma vontade real na interpretação: ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 194 — e, aqui, para a integração, uma vontade hipotética com aderência meramente interna e não intrínseca.

De todo modo, os elementos concretos a compor a construção da vontade hipotética, ainda que extrínsecos<sup>225</sup>, deverão corresponder a uma impressão intrínseca do negócio, mesmo que imprecisamente<sup>226</sup>. Assim determina o art. 238º do Código Civil:

Artigo 238º

(Negócios formais)

1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso.
2. Esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.

Na integração do negócio jurídico formal, exigir-se-á uma vontade hipotética (i) positiva — exceto se se tratar de uma redução, como se viu —, (ii) efetiva — v.g., para os negócios convencionais —, mas que possua alguma (iii) aderência intrínseca aos termos do negócio.

A exigência de forma especial pode redundar em um problema de redução do negócio jurídico, com necessidade de investigação de uma vontade hipotética negativa. Exemplo disso é o mútuo superior a dois mil euros, quando o art. 1143º do Código Civil exige documento particular: se não demonstrada uma vontade hipotética contrária, mostra-se possível a redução para um mútuo no limite legal<sup>227</sup>.

Uma questão de grande relevância, no tocante à integração de negócios formais, é a admissibilidade da prova indireta desse querer contrafactual construído por meio de testemunhas. Isso porque o art. 393º do Código Civil impede o recurso a testemunhas para a prova dessas modalidades de negócios:

---

<sup>225</sup> Em uma leitura indutiva das regras sobre testamento, pode concluir-se que “Não se exclui [dos negócios formais] todavia o recurso à prova extrínseca”, sendo certo que “A limitação não está nos meios a que se recorre, mas no controlo final do resultado a que se chega: só é admissível se ainda puder caber no texto, mesmo que a expressão seja deficiente”. Ibid. p. 194. VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. Op. cit. p. 226, também admitem, para os negócios formais, a possibilidade de se recorrer a elementos exteriores ao contexto dos documentos.

<sup>226</sup> “Vale quanto a eles [negócios formais], dum modo geral, o sentido objetivo correspondente à impressão do destinatário, mas é preciso que tal sentido encontre nos próprios termos da declaração formalizada (documento) uma qualquer expressão, embora imperfeita, sendo inoperante se lá não estiver reflectido, nem mesmo segundo os usos de linguagem próprios do auto da declaração”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 315. Sobre a relação entre a formalidade dos negócios e a *falsa demonstrativo*: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 752.

<sup>227</sup> Exemplo retirado de PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 633-634.

## Artigo 393º

### (Inadmissibilidade da prova testemunhal)

1. Se a declaração negocial, por disposição da lei ou estipulação das partes, houver de ser reduzida a escrito ou necessitar de ser provada por escrito, não é admitida prova testemunhal.
2. Também não é admitida prova por testemunhas, quando o facto estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena.
3. As regras dos números anteriores não são aplicáveis à simples interpretação do contexto do documento.

Acontece que o n.º 3 do referido dispositivo aceita o uso testemunhal para prova não mais da declaração negocial, mas do “*contexto do documento*”, de sorte que admitido o uso de testemunhas para a demonstração, *mediante elementos indirectos*, da vontade hipotética das partes. Falar-se de vontade hipotética pode ser também falar-se de uma interpretação de um contexto documental.

Atenção ainda mais redobrada impõe-se à compreensão da integração de uma das espécies de negócios formais: os testamentários.

### 5.2.2. NO NEGÓCIO JURÍDICO TESTAMENTÁRIO

Os testamentos, como qualquer outro negócio jurídico, podem demandar uma complementação casuística, ante a necessidade de se dar execução global aos termos da transmissão *causa mortis*<sup>228</sup>. As mesmas razões que levam a se concluir pela aplicação da integração aos negócios jurídicos formais podem servir aos testamentos<sup>229</sup>. A noção de que

---

<sup>228</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, discorre sobre a possibilidade de integração do testamento, por meio da vontade conjectural do testador, nos casos de invocação de uma “causa falsa” a que fazia referência o art. 1745º do Código de Seabra, de 1867. Trata-se de estudo que se inicia pela análise dos pressupostos objetivos e subjetivos daquele art. 1745º (pp. 75-208), passa pela avaliação dos casos particulares mais relevantes (pp. 209-262) e, ao final, investiga a possibilidade construção de uma espécie de noção geral de vontade conjectural do testador, quando ineficaz determinada disposição testamentária, que possa ultrapassar os restritos limites do instituto da “causa falsa” (pp. 263-351).

<sup>229</sup> “A doutrina do n.º 1 [do art. 238º] identifica-se com a regra de interpretação da lei estabelecida no n.º 2 do artigo 9.º e com a da interpretação dos testamentos continua no n.º 2 do artigo 2187.º. A base é comum: não há sentido possível que não tenha no texto do preceito um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expresso, a não ser que se trate de matéria relativamente à qual se não exija a forma prescrita na lei (n.º 2)”.

o testador sempre exaurirá os problemas atinentes à sucessão é um ideal; a integração é um imperativo da prática<sup>230</sup>.

O art. 2187º do Código Civil estabelece uma premissa de máximo aproveitamento da vontade do testador e elabora, para tanto, uma prevalência subjetivista<sup>231</sup>. O interessado poderia valer-se de uma *prova extrínseca ao testamento*<sup>232</sup>, contanto que se fundasse em alguma *relação com o seu texto, ainda que de modo impreciso*<sup>233</sup>. A lei faculta aos interessados a obtenção de um elemento probatório mediato totalmente estranho ao testamento, desde que, no entanto, da leitura dele, se possa, ainda, extrair alguma *correlação*.

É que o testamento, além de ser um negócio formal, é também um “*negócio fora do comércio jurídico*” e *gratuito*<sup>234</sup>, motivo pelo qual o conteúdo jurídico da boa fé deverá ser proporcionalmente mitigado. Portanto, para uma compreensão da integração do testamento, mais importará aquilo que efetivamente teria querido o testador — mediante prova ampla — do que aquilo que esperavam herdeiros e terceiros. Confira-se, a propósito, o que dispõe o aludido dispositivo:

---

VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. Op. cit. p. 225. No mesmo sentido, TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 447; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 751.

<sup>230</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. Op. cit. pp. 462-463, ainda destaca, como fundamento à admissão da integração dos testamentos, além das razões gerais para a sua aceitação aos negócios formais, a leitura a contrário senso do art. 2185º do Código Civil, que “permite que, por *qualquer modo*, para efeito da sua validade, se possa tornar certa pessoa a favor de quem se faz uma atribuição patrimonial, na deixa testamentária a pessoa certa”.

<sup>231</sup> Sobre o cariz subjetivista da compreensão do sentido válido para os testamentos — para tratar da interpretação, mas de reflexão, *mutatis mutandi*, similar à da integração —, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 450-454; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 478, ainda afirma que “O respeito à última vontade das pessoas é uma exigência de Direito Natural que implica, na interpretação do testamento [aqui, integração], o respeito escrupuloso pela vontade real [aqui, hipotética efetiva] do testador em tudo aquilo que não seja contrário à Lei imperativa e à Moral ou que não seja impossível”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 316, ressalta “um certo ingrediente objectivista, consequência aliás da própria natureza formal do negócio a interpretar”. Por sua vez, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Boa fé...*, op. cit. pp. 1068-1073 (nota 653) defende uma vontade hipotética naturalística do testador.

<sup>232</sup> Trata-se de “elementos ou circunstâncias estranhas aos termos do testamento, fundadas em qualquer dos meios de prova geralmente admitidos”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit. p. 451. Para ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. p. 316: “É decisiva a intenção testatária, procurada por todos os meios possíveis, ainda que exteriores ao testamento, incluídas quaisquer circunstâncias que o instituído não conhecia nem lhe eram cognoscíveis ao tempo da abertura da herança (apontamentos ou correspondência do testador, conversas dele com quaisquer pessoas, etc.)”.

<sup>233</sup> A limitação do contexto do testamento já era defendida por CORREIA, António Ferrer. Op. cit. pp. 224-234, para o Código Seabra, de 1867; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit. pp. 316-317, ultrapassa a referida limitação objetiva quando o testador “se servir de certo termo tomando-o numa acepção pessoal, inteiramente fora dos usos da língua, mas isso mesmo dar a entender por qualquer forma no próprio testamento (pondo-o entre aspas, ou sublinhando-o ou fazendo-o anteceder ou seguir de reticências, etc.)”.

<sup>234</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 454; ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 195, ainda lembram que os negócios *mortis causa* são gratuitos, na medida em que não se há contar com contraprestações dos destinatários.

Artigo 2187º

(Interpretação dos testamentos)

1. Na interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento.
2. É admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa.

Sendo os herdeiros agraciados com os bens do testador, não faz tanto sentido estatuir uma reforçada proteção a eles ou a terceiros. Realidade distinta, todavia, apresentam outras realidades negociais, como os negócios gratuitos e aqueles celebrados com cláusulas gerais.

### 5.2.3. NO NEGÓCIO JURÍDICO GRATUITO

Os negócios jurídicos podem ser *onerosos* ou *gratuitos*<sup>235</sup>, quando a predisposição da integração deverá pautar-se sobre premissas distintas. Nos negócios jurídicos perfeitamente gratuitos<sup>236</sup>, o art. 237º do Código Civil estabelece uma verdadeira presunção relativa de que o resultado deverá ser aquele que menos onerar o disponente<sup>237</sup>:

Artigo 237º

(Casos duvidosos)

Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos *negócios gratuitos*, o *menos gravoso para o disponente* e, nos *onerosos*, o *que conduzir ao maior equilíbrio das prestações*.

---

<sup>235</sup>Os negócios gratuitos são aqueles que se caracterizam “pela intervenção de uma intenção liberal (*animus donandi, animus beneficiandi*)”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 401.

<sup>236</sup> O critério distintivo de casos duvidosos de negócios gratuitos e onerosos aplica-se apenas às noções de gratuidade e onerosidade perfeitas, não se admitindo para contratos atípicos ou menos típicos que não sejam nem perfeitamente gratuitos nem perfeitamente onerosos: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 475-477.

<sup>237</sup> “Como não há dúvidas irredutíveis, em matéria de interpretação, a expressão tem de entender-se, como noutras hipóteses legais, no sentido que se aplica àquelas situações que suscitem dificuldades que só pudessem ser vencidas com uma grande margem de insegurança”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 193.

Não se trataria, aqui, pensando-se na integração do negócio jurídico, de uma nova espécie de vontade hipotética propriamente, mas de um novo *princípio de compreensão da integração negocial de acordo com o resultado menos gravoso ao disponente*<sup>238</sup>. A vontade hipotética permanece sendo a mesma traçada nas condições gerais do art. 239º do Código Civil, sendo de se aplicar, ainda, uma presunção ilidível de que a vontade hipotética do disponente será no sentido que menos o oneraria nos negócios gratuitos.

#### 5.2.4. NO NEGÓCIO JURÍDICO COM CLÁUSULAS GERAIS

O avanço tecnológico e dos meios de produção em massa levou à alteração da realidade contratual<sup>239</sup>. A maior parte dos negócios jurídicos celebrados em sociedade são contratos com cláusulas gerais, diante do qual uma das partes contraentes vê esvaziada, por uma questão prática de distribuição de poderes, a sua liberdade contratual (art. 405º do Código Civil)<sup>240</sup>. O modelo clássico do contrato deliberado, mediante mútua concessão das partes, a encontrar um acordo final, cedeu espaço a contratos estipulados por um e aderido por outro. Os contratos com cláusulas gerais são esquemas preestabelecidos unilateralmente por um sujeito privado, sem que haja negociação prévia de seus termos pela contraparte.

---

<sup>238</sup> VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. Op. cit. pp. 224-225, restringem a aplicabilidade do art. 237º do Código Civil para “os casos em que a declaração, consultados todos os elementos utilizáveis para a sua interpretação [aqui poderíamos pensar também para a integração] de harmonia com o critério fixado no artigo anterior [236º e, aqui, 239º], comporta ainda dois ou mais sentidos, baseados em razão de igual força”. CORREIA, António Ferrer. Op. cit. p. 224, trata o art. 685º do Código Civil de 1867 — equivalente ao art. 237º do Código Civil de 1966 — como “critério que o oriente [juiz] nessa função de criar normas singulares para a resolução dos problemas que as partes não conseguiram relas próprias resolver”.

<sup>239</sup> A exposição introdutória do Decreto-Lei nº 446/1985 consignou, em seu item 3, que “As sociedades técnicas e industrializadas da actualidade introduziram, contudo, alterações de vulto nos parâmetros tradicionais da liberdade contratual. A negociação privada, assente no postulado da igualdade formal das partes, não corresponde muitas vezes, ou mesmo via de regra, ao concreto da vida. Para além do seu nível atomístico, a contratação reveste-se de vectores colectivos que o direito deve tomar em conta. O comércio jurídico massificou-se: continuamente, as pessoas celebram contratos não precedidos de qualquer fase negociatória. A prática jurídico-económica racionalizou-se e especializou-se: as grandes empresas uniformizam os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias à colocação dos produtos e a planificar, nos diferentes aspectos, as vantagens e as adscrições que lhes advêm do tráfico jurídico”.

<sup>240</sup> A exposição introdutória do Decreto-Lei nº 446/1985 consignou, em seu item 4, que “As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual. Numa perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E, fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela”.

Nesse contexto, com inspiração constitucional<sup>241</sup> e continental<sup>242</sup>, editou-se o Decreto-Lei nº 446/1985, também conhecido como Lei de Cláusulas Contratuais Gerais (com alterações do Decreto-Lei nº 220/1995, decorrente de orientações comunitárias da Diretiva nº 93/13/CEE<sup>243</sup>), para regular essa nova realidade socialmente típica<sup>244</sup>, dentro da qual também se fez referência às normas gerais sobre integração, assim como se estabeleceu um regime especial para a compreensão dos seus possíveis problemas de integração de lacunas<sup>245</sup>.

O art. 10º da Lei de Cláusulas Contratuais Gerais remeteu os problemas de integração dos contratos com cláusulas gerais para o regime geral do Código Civil, tomando-se por base, ainda, o *contexto singular* da contratação a ser integrada. Foi a consagração da tutela do *aderente concreto*, transformando-se o comando geral de defesa do *declaratório hipotético normativo*<sup>246</sup> do art. 239º do Código Civil na proteção do *declaratório hipotético concreto*<sup>247</sup>:

#### Artigo 10º

(Princípio geral)

As cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam.

---

<sup>241</sup> Dispõe o art. 99º, alínea “e)”, da Constituição da República Portuguesa que “São objetivos da política comercial: [...] e) A proteção dos consumidores”.

<sup>242</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 15, lembra que o Conselho da Europa não apenas recomendou a edição de uma legislação especial sobre as cláusulas contratuais gerais, mas também estabeleceu as respectivas diretrizes, sobretudo na Resolução (76) 47, adotada pela Comissão de Ministros do Conselho da Europa, em 16 de novembro de 1976. Para mais sobre a influência continental na elaboração e atualização de tal legislação especial: TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. pp. 316-318.

<sup>243</sup> Sobre as orientações comunitárias e a alteração da Lei de Cláusulas Contratuais Gerais: Ibid. pp. 317-318.

<sup>244</sup> Sobre as regras protetivas do Código Civil de 1867 para as cláusulas contratuais gerais; já sobre as regras do Código Civil de 1966, utilizadas antes da edição da legislação especial acerca das cláusulas contratuais gerais: COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit. pp. 13-14; TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. pp. 311-315.

<sup>245</sup> De maneira geral, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 655, elabora três grandes focos da Lei de Contratos com Cláusulas Gerais: (i) a busca pelo “*efectivo e real acordo* sobre todos os aspectos da regulação contratual”, (ii) a “*proibição de cláusulas abusivas*” e (iii) a “*atribuição de legitimidade processual activa a certas instituições* [...] para desencadear um *controlo preventivo*”.

<sup>246</sup> Posição defendida no item 3.3, *supra*.

<sup>247</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. pp. 436-437, a esse respeito, esclarece que seria o caso de uma justiça individual do contrato, e não generalizadora, a admitir, para um mesmo modelo contratual, soluções distintas e acrescenta que, a prazo, isso deverá levar os utilizadores de cláusulas contratuais gerais a desenvolver os seus formulários de modo a prevenir os hiatos. TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 323, acrescenta que “as cláusulas contratuais gerais só adquirem vida quando se inserem em *determinado contrato singular ou concreto*”.

Tratou-se de solução que visou, na realidade, afastar o uso de outras regras de integração convencionadas nos próprios instrumentos<sup>248</sup>. De toda forma, outros dispositivos dão conta de afastar bastante o regime da integração dos contratos com cláusulas gerais do regime geral.

O art. 11º, nº 2, da lei estabelece uma regra de casos duvidosos, do mesmo estilo que se fez no art. 237º do Código Civil, a funcionar, aqui, como presunção. Parte-se do princípio de que a integração deverá respeitar a vontade hipotética do aderente, em detrimento da do estipulante<sup>249</sup>.

O art. 11º, nº 1, da lei, por sua vez, em regra paralela àquela do art. 236, nº 1, do Código Civil, elabora um critério de proteção do aderente objetivo, isto é, do aderente normal colocado na posição do aderente real. Busca-se, na hipótese especial, como na hipótese geral do art. 236º, nº 1, do Código Civil, uma proteção mais objetivista<sup>250</sup>, de maior observância dos ditames da boa fé:

Artigo 11º  
(Cláusulas ambíguas)

- 1 - As cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real.
- 2 - Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente.

---

<sup>248</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 436.

<sup>249</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 480, explicita que se trata de uma decorrência da *ratio legis* de proteção da parte mais fraca. Acerca da inaplicabilidade da regra de presunção favorável ao aderente às ações inibitórias: COSTA, Mario Júlio de Almeida. Op. cit. p. 23.

<sup>250</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 479, defende uma aplicação mais objetivista dos problemas de interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais, tendo em vista a sua natureza como estipulações pré-elaboradas e aplicadas indiscriminadamente na contratação em massa; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 437, reconhece uma contradição aparente entre os arts. 10º e 11º, nº 1, da LCCG e propõe a seguinte solução, considerando três classes de problemas — (i) “cláusulas de negócios correntes, de execução instantânea”, (ii) “cláusulas de negócios duradouros, inseridos em áreas dominadas pela normalização e onde, de todo, não seja possível reconstruir a vontade real das partes e os termos concretos da negociação, com exemplo básico na banca e nos seguros” e (iii) “cláusulas de negócios duradouros, altamente personalizados: seguros inabituais com grandes empresas, empréstimos sindicados e contratos com derivados, tipo *swap* e outros”: “Nas duas primeiras hipóteses, mau grado a valia do artigo 10.º da LCCG, a interpretação tende a ser objetiva: não há elementos que permitam a intervenção dos meandros do artigo 236.º Já na terceira, esse preceito, em conjunto com o 237.º e o 239.º, impõe-se. Há que ver o sentido dado, à luz do artigo 236.º, às ccg. A experiência mostra que, aí, o artigo 10.º da LCCG atinge a plenitude”.

Em especial, para os contratos singulares, o art. 13º, nº 1, da lei registrou que a redução, em razão da nulidade de umas das suas cláusulas, *não* levará em conta uma *vontade hipotética*, mas *sim* uma *vontade atual* do aderente no sentido de perseguir ou não com o restante da contratação. Caberá ao aderente *optar* pela redução ou pela nulidade integral do negócio jurídico. A invalidade parcial ainda pode escancarar uma lacuna contratual superveniente, o que conduzirá a um problema distinto, o qual deverá ser resolvido (i) pelas normas supletivas e, na sua ausência, (ii) pelos sobreditos critérios especiais da legislação para a integração dos negócios com cláusulas gerais, a que se fez referência, do art. 10º da lei<sup>251</sup>:

#### Artigo 13º

(Subsistência dos contratos singulares)

1 - O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas.

2 - A manutenção de tais contratos implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos.

Nos casos em que, independentemente do negócio jurídico sofrer uma redução causada pela nulidade de uma de suas cláusulas, o contrato com cláusulas gerais conduzir a relação jurídica a um desequilíbrio obrigacional a atentar de modo grave a boa fé, o art. 14º da lei soluciona o problema mediante recurso à redução:

#### Artigo 14º

(Redução)

Se a faculdade prevista no artigo anterior não for exercida ou, sendo-o, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos.

---

<sup>251</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 463, sustenta, para a hipótese, a aplicação das regras gerais do art. 239º do Código Civil, e não a especial do art. 10º da LCCG. Esclarece que “Regem nestas matérias [art. 8º e arts. 15º e ss.], os arts. 9º, n.º 1, e 13º, n.º 2, respectivamente; a solução neles consagrada será exposta em sede de invalidade parcial. Em qualquer dos casos, quando o contrato se mantenha, apesar de neles se conterem cláusulas contratuais gerais nulas, valem, na parte afectada, as normas supletivas que seriam aplicáveis na falta das cláusulas inválidas. Fica, porém, ressalvado, por efeito, tanto do n.º 1 do art. 9º como do n.º 2 do art. 13º, o *recurso às regras gerais da integração do negócio jurídico, para colmatar a lacuna criada pela eliminação da cláusula proibida*” (grifou-se).

A lei fugiu das soluções tradicionais existentes no ordenamento jurídico para solução dos problemas de desequilíbrio dos contratos, *e.g.*, a usura dos arts. 282º e 283º do Código Civil e a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias do art. 437º do Código Civil, e submeteu a resolução da questão, nos casos dos contratos com cláusulas gerais, à redução especial do art. 13º, nº 1<sup>252</sup>. Nesse caso, o aderente poderá simplesmente *optar* pela (i) redução com vista a reequilibrar o contrato ou (ii) pela invalidação integral com a conseqüente indenização pelo seu interesse negativo<sup>253</sup>.

Importa destacar-se que as cláusulas excluídas dos contratos singulares estabelecidas no art. 8º, quais sejam, as cláusulas (i) que não tenham obedecido as regras de comunicação do art. 5º, (ii) com violação do dever de informação do art. 6º, (iii) que passem desapercibidas a um aderente normal e (iv) se insiram em formulário depois da assinatura constituem casos de inexistência jurídica<sup>254</sup>. Por isso, não se há cogitar da redução do contrato, e sim da simples desconsideração da respectiva cláusula no conjunto contratual. Sucede que a desconsideração da respectiva cláusula tem o grande potencial de acarretar a superveniência de uma lacuna negocial, quando o art. 9º da lei manda que se recorra à regra especial da integração do art. 10º, de defesa do “declaratório hipotético” concreto<sup>255</sup>:

#### Artigo 9º

(Subsistência dos contratos singulares)

---

<sup>252</sup> Contrariamente: COSTA, COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit. p. 23, sustenta que “se admite a possibilidade de manutenção do contrato atingido [pela nulidade], por escolha do aderente (artigo 13.º) ou através do instituto da redução (artigo 14.º), previsto no Código Civil (artigo 292.º)”.

<sup>253</sup> A respeito da indenização do interesse contratual negativo: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual...*, op. cit. pp. 1197 e ss.

<sup>254</sup> No mesmo sentido, TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. 322, defende que “Todas essas cláusulas, pelo circunstancialismo de que se revestem, são pura e simplesmente *excluídas* do contrato. Têm-se por não *escritas*. Mais do que simples *nulidade*, afecta-se autêntica *inexistência jurídica*. O contrato, *em princípio*, permanece de pé, mas *esvaziado* de tais cláusulas, que se mostram desprovidas de qualquer valor ou efeito, ainda que provisório ou secundário”. No mesmo sentido: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 656. Em sentido contrário: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 463, para quem os vícios do art. 8º constituem hipótese de nulidade, e não de inexistência. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit., embora reconheça a hipótese como de desconsideração da cláusula (pp. 433-435), defende a manutenção do restante do contrato “em princípio” — não como regra absoluta, como seria decorrência automática da admissão da inexistência jurídica (p. 435).

<sup>255</sup> Em sentido oposto, TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. p. 322; FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral...*, op. cit. p. 463, remetem o problema da integração dessas lacunas ao regime geral do art. 239º do Código Civil, e não ao modelo especial temperado pelo art. 10º da LCCG; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado...*, v. II, op. cit. p. 435, a esse propósito, defende uma manutenção do restante do contrato como princípio — não como regra absoluta, decorrência automática da admissão de inexistência jurídica.

1 - Nos casos previstos no artigo anterior os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração. dos negócios jurídicos.

2 - Os referidos contratos são, todavia, nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé.

Inseridos, também, no âmbito da prática comum de mercado, mas firmados por sujeitos com posição de poder contratual horizontal, são os negócios jurídicos comerciais, os quais, por essa razão, merecem uma atenção destacada acerca da aplicação da vontade hipotética na sua integração.

### 5.2.5. NO NEGÓCIO JURÍDICO COMERCIAL

O Código Comercial não estabeleceu regra própria para a integração dos negócios que possam ser qualificados como comerciais<sup>256</sup>. O sistema incompleto do direito comercial teria sido uma opção do legislador de posicionar o sistema do direito civil — pretensamente completo — subsidiariamente, sendo apresentada, nesse contexto, a “comercialidade” (ou “empresarialidade”<sup>257</sup>) como uma noção adjetiva da ideia geral de relação jurídica<sup>258</sup>. Os negócios comerciais seriam negócios civis “comercializados”, isto é, dotados de uma particularidade que exija do legislador, pontualmente, uma preocupação própria<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Qualificam-se como negócios comerciais aqueles identificados como atos de comércio, na forma do art. 1º do Código Comercial, e os atos das empresas comerciais, conforme art. 230º, sem prejuízo das respectivas entidades análogas. Para um conceito atualizado dos atos jurídicos regidos pelo sistema do direito comercial: SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. *Direito Comercial Português: Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. pp. 60-117.

<sup>257</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial: Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*. v. I. Almedina: Coimbra, 2009. pp. 16-20, prefere denominar o objeto jurídico em questão de “direito dos actos de comércio e dos comerciantes — embora actos e sujeitos em regra ligados às empresas comerciais”; também em ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Da empresarialidade (As empresas no direito)*. Almedina: Coimbra. 1996.

<sup>258</sup> “[O] direito comercial é um direito especial face ao direito civil, e isso significa que ele apenas prevê os aspectos que carecem de uma regulamentação que se afaste do estabelecido no direito geral ou comum — o que pressupõe a aplicação do Código Civil, em certas circunstâncias, às relações mercantis”. SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. Op. cit. p. 125.

<sup>259</sup> Para uma leitura sobre as fontes internas e externas do direito comercial: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso...*, v. I, op. cit. pp. 29-32.

A vontade hipotética, na integração do negócio jurídico comercial, somente surgiria da leitura do art. 3º do Código Comercial, que estabelece, previamente, a tentativa de resolução dos problemas de lacunas por meio (i) do *texto da lei comercial*, (ii) do *espírito da lei comercial* e, por último, (iii) da *analogia*. Mesmo que não exposto como regra geral no Código Comercial, os *usos e costumes* podem ser considerados critérios de integração da lei e, conseqüentemente, do negócio jurídico<sup>260</sup>. Antes de observar a vontade hipotética do art. 239º do Código Civil, impõe-se investigar a legislação comercial de maneira geral — texto, espírito e casos análogos, bem como os usos e costumes comerciais —, após a qual fará sentido resolver a questão pela vontade hipotética. Confirma-se o que dispõe o aludido dispositivo:

Art.º 3º

Critério de integração

Se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos, serão decididas pelo direito civil.

Essa *natureza subsidiária do direito civil* deve levar em consideração a prevalência do texto legal e, de maneira geral, do sentido jurídico da tutela do sistema pensado e construído sobre bases *teleológicas* e *axiológicas* para relações jurídicas detentoras dessa *peculiaridade comercial* — o que poderia, de certo modo, resumir as expressões “espírito” e “casos análogos” a que faz referência<sup>261</sup>.

Por essa razão, ao constatar-se a ausência de uma norma específica para tratar dos problemas de integração dos negócios comerciais, abstratamente, recorrer-se-á aos critérios

---

<sup>260</sup> Ibid. p. 32, admite a aplicação dos usos e costumes para a integração dos negócios jurídicos-mercantis; em sentido oposto, SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. Op. cit. pp. 57-58, ensina que o direito comercial foi construído em torno dos usos e costumes do comércio, mas que, hoje, funcionaria apenas como fonte mediata, isto é, quando a lei assim determinar expressamente — e o faz por diversas vezes, como são os exemplos da remuneração do mandato comercial (art. 232, § 1º, do Código Comercial), do conteúdo do mandato comercial (art. 238º), conteúdo do contrato de transporte (arts. 373º, parágrafo único, e 382º) e remuneração do depositário (art. 404º, parágrafo único).

<sup>261</sup> “[A]o estabelecer que ‘as questões sobre direitos e obrigações comerciais’ que ‘não puderem ser resolvidas’ diretamente ou por integração pelo direito comercial ‘serão decididas pelo direito civil’, o art. 3.º parte da natureza especial (e, portanto, fragmentária) do direito comercial, mas estabelece justamente a precedência dele, e a aplicação tão somente subsidiária, depois de esgotada a possibilidade de resolução no quadro do direito comercial, do direito civil — o qual se aplica, assim, não enquanto direito civil, mas antes na qualidade de direito comum das relações jurídico-privadas”. SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. Op. cit. p. 125-126.

do direito civil<sup>262</sup>. Não se pode perder de vista que a relação jurídica concreta pode apresentar particularidades que impeçam a aplicação imediata da norma civil, como no caso da existência de regras dispositivas do Código Comercial, da subsistência de casos análogos<sup>263</sup> ou da possibilidade de aplicação “espiritual” imediata do sistema comercial<sup>264</sup>.

Se, no que diz respeito aos contratos civis, já se mostra difícil se sustentar a prevalência da vontade hipotética sobre as normas dispositivas<sup>265</sup>, relativamente aos contratos comerciais importaria, para se admitir tal solução, uma leitura flagrantemente *contra legem* do preceito do art. 3º do Código Comercial. A escala estabelecida pelo dispositivo não é randômica, baseia-se no fundamento teleológico da subsistência de um direito das obrigações e dos contratos comerciais enquanto necessidade de proteção do dinamismo do respectivo tráfico jurídico.

As relações jurídicas comerciais notabilizam-se por esse grande dinamismo das relações jurídicas, de sorte que, para o bom desenvolvimento dos mercados, o direito precisa, *a priori*, determinar um conjunto de regras dispositivas que permitam uma boa estruturação dos conflitos de poder. Um exemplo disso foi a necessidade de se prever uma presunção da solidariedade dos codevedores de uma obrigação comercial (art. 100º do Código Comercial)<sup>266</sup>, diferentemente do que aconteceria se fosse uma obrigação civil (art. 513º Código Civil)<sup>267</sup>.

Não está em causa uma pura e simples compreensão da inexistência de uma norma comercial para a lacuna em questão. A relação jurídica comercial foi desenhada com propósitos próprios, diversos daqueles da relação jurídica civil, a tal ponto que determinadas situações jurídicas que não encontrem solução direta das leis comerciais podem ser retiradas

---

<sup>262</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso...*, v. I, op. cit. pp. 32-35, sustenta que a lei civil não é fonte do direito comercial, mas que a própria estrutura especial e fragmentária montaria um sistema aberto direito ao direito comum em geral.

<sup>263</sup> MONTEIRO, Pinto António. *Contratos de Distribuição...*, op. cit. pp. 66-71, defende que a Lei do Contrato de Agência apresenta-se como diploma mais bem vocacionado, a princípio, a aplicar-se sobre os demais contratos de distribuição, notadamente de concessão e franquia.

<sup>264</sup> SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. Op. cit. pp. 129-130, por exemplo, sustenta a desnecessidade do consentimento da contraparte para a cessão da posição contratual com base no espírito percebido de modalidades típicas de prevista na lei comercial, como nos casos dos contratos de arrendamento mercantil, de locação financeira e de seguro.

<sup>265</sup> A respeito da prevalência das normas dispositivas sobre a vontade hipotética: COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit. pp. 30-34.

<sup>266</sup> “Nas obrigações comerciais os co-obrigados são solidários, salva estipulação contrária”.

<sup>267</sup> “A solidariedade de devedores ou credores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes”.

do seu sentido geral ao invés das leis civis<sup>268</sup>, como seria o caso da necessidade de consentimento para a cessão da posição contratual<sup>269</sup>.

Portanto, constatada existência de uma lacuna no negócio comercial, mostra-se necessário avaliar a existência de uma norma comercial dispositiva aplicável ao negócio concreto — isto é, (i) uma *norma de aplicação direta*, (ii) de *aplicação analógica* ou, (iii) se do *conjunto normativo comercial* seria possível, “*espiritualmente*”, resolver a omissão — (iv) dos *usos e costumes* comerciais —; na ausência, (v) averiguar a existência de uma *norma civil dispositiva* aplicável, como já se viu<sup>270</sup>; e, em último caso, (vi) recorrer-se à *parte final do art. 239º do Código Civil*, de modo a atribuir-se o sentido válido da regulação da lacuna a partir da vontade hipotética, nos termos em que se sustentou<sup>271</sup>.

Diante disso, restou quase que esvaziada a pertinência prática da vontade hipotética na integração do negócio comercial, sendo mais atuante nos casos de redução e conversão do que na integração em sentido estrito. De todo modo, não se há como fugir da vontade hipotética, pois determinados casos deverão ser resolvidos por tal critério, enquanto concordante com os ditames da boa fé, à luz do art. 239º do Código Civil. Distintamente da relação jurídica civil, a relação jurídica comercial demanda um maior objetivismo das transações como forma de garantia da segurança jurídica e da confiança do mercado na célere circulação da propriedade e do crédito. Esse é o “espírito” da lei comercial (art. 3º do Código Comercial).

Nesse contexto, o cariz subjetivista da vontade hipotética deverá ser relativizado da sistemática geral da integração para compreender apenas o sentido *extraído do próprio texto*, a partir de uma *aderência intrínseca ao negócio comercial*. Ou seja, poderão as partes demonstrar a sua vontade hipotética com qualquer elemento, mesmo que estranho ao negócio, mas que, ao final, se possa observar algum ajuste, ainda que de modo impreciso, no próprio negócio. Trata-se da interpretação do preceito de acordo com o “espírito” da lei comercial de proteção do dinamismo e da segurança do tráfico jurídico. Se, relativamente

---

<sup>268</sup> Nem toda ausência de regulamentação seria uma lacuna: “Há, em primeiro lugar, que verificar se o próprio direito comercial renunciou a um tratamento especial, por assumir a conveniência do regime de direito comum e supor a aplicação do Código Civil”. SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. Op. cit. p. 129. Daí se falar em “omissões [que] estão de acordo com o plano da lei comercial”. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso...*, v. I, op. cit. p. 33.

<sup>269</sup> SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. Op. cit. pp. 189-130.

<sup>270</sup> Em relação à prevalência da norma dispositiva sobre a vontade hipotética, item 3.1.

<sup>271</sup> Na impossibilidade de se construir uma vontade hipotética de acordo com a boa fé, faz-se necessário recorrer apenas à boa fé, como já se defendeu.

aos negócios civis, a boa fé impõe um respeito à confiança de uma contraparte naquela relação jurídica, concernentemente aos negócios comerciais ela determina uma maior correspondência com o negócio em si, tendo em vista a *demandada especial de proteção de terceiros*.

De resto, o panorama geral da aplicação da vontade hipotética do art. 239º do Código Civil é igual ao que já se sustentou. Uma *vontade hipotética demonstrada por meio de elementos indiretos*, a qual deva estar de acordo com a *confiança legitimamente depositada por um declaratório hipotético normal colocado na posição do declaratório hipotético real*. Em razão do seu papel relevante, os usos e costumes comerciais também podem servir de elemento de prova mediata da vontade hipotética das partes<sup>272</sup>.

Ainda que se possa qualificar o contrato de sociedade como um negócio jurídico comercial de vontade e de organização, a compreensão da aplicação da vontade hipotética na sua integração, diante das suas peculiaridades, demanda uma abordagem especial.

#### **5.2.6. NO ATO CONSTITUTIVO DE SOCIEDADE**

Quando os sócios se reúnem para a constituição de uma sociedade, praticam um ato de natureza dúplice: (i) de *vontade* e (ii) de *organização*. Por um lado, prepondera uma natureza negocial do ato constituinte de sociedade, como um *ato jurídico* baseado na vontade de criação de um ente coletivo e autônomo pelos sócios fundadores, e, por outro, uma *natureza normativa* para circunstâncias futuras, de regulação doravante para aquela vida societária — não apenas para sócios, mas também para terceiros estranhos e credores<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> A esse respeito, SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. Op. cit. p. 59, observa uma identidade entre a vontade hipotética e os usos e costumes, para quem “os usos têm, nas relações comerciais, um valor de integração do contrato, por força do art. 239.º do CCiv: com efeito, no âmbito mercantil, deve entender-se que os usos, pelo seu especial relevo, correspondem por regra (e são, por isso, fontes da sua determinação) àquilo que as partes teriam previsto se houvessem considerado o ponto ou inscrevem mesmo os ditames da boa fé — elementos com os quais se faz a integração das lacunas dos contratos em geral”. Ele conclui que, com o que se concorda, “no domínio comercial, pode presumir-se que, havendo usos fixados, e não tendo as partes disposto sobre a matéria deles objeto, é porque os aceitaram implicitamente como primeiro elemento para a integração do contrato”.

<sup>273</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial: Das sociedades*. v. II. Coimbra: Almedina, 2017. p. 137, estabelece uma dupla natureza para o contrato de sociedade: (i) de negócio jurídico de “ordenação baseada na vontade dos sócios fundadores (e, quando seja caso disso, dos sócios participantes nas alterações estatutárias)” e (ii) de negócio jurídico “de organização, relevando não apenas para os sócios iniciais mas também para futuros sócios e terceiros; contém várias disposições de carácter geral (aplicáveis a

Nesses termos, o ato constituinte de sociedade está imbricado na interseção de uma natureza própria de negócio jurídico e de uma natureza própria de um instrumento organizativo, devendo encontrar-se a solução da integração dentro dessa complexidade que lhe é própria. Dito isso, importa aferirem-se os mecanismos para a integração a que se refere a lei societária.

Na ausência de norma jurídica no Código de Sociedades Comerciais aplicável à integração do ato constituinte de sociedade — nem mesmo por analogia ou por meio dos princípios gerais ou informadores do ordenamento societário —, o art. 2º da lei determina que se recorra, estruturalmente, às normas do Código Civil:

#### Artigo 2º

##### Direito subsidiário

Os casos que a presente lei não preveja são regulados segundo a norma desta lei aplicável aos casos análogos e, na sua falta, segundo as normas do Código Civil sobre o contrato de sociedade no que não seja contrário nem aos princípios gerais da presente lei nem aos princípios informadores do tipo adoptado.

Quando os sócios se encontrarem diante de necessidade de uma complementação do ato constitutivo de sociedade por qualquer razão predominantemente negocial, isto é, de efeitos relevantes para os sócios — fundadores ou não —, poder-se-ia pensar numa integração que fosse processada nos termos do art. 239º do Código Civil<sup>274</sup>, como um sistema similar ao adotado para os contratos comerciais<sup>275</sup>. Sucede que o ato constitutivo de sociedade, na prática, *sempre envolverá interesse de terceiros estranhos ou credores*<sup>276</sup>, porquanto se trata de instrumento formal e uno, embora funcionalmente duplo, de modo que

---

número indeterminado e indeterminável de sujeitos) e abstracto (aplicáveis a número indeterminado e indeterminável de casos — dizendo com outras palavras, contêm cláusulas de natureza ‘normativa’”.

<sup>274</sup> Admitindo a aplicação do art. 239º do Código Civil para a integração do estatuto de sociedade e, com isso, “as lacunas dos estatutos devem em primeira linha ser preenchidas através dos *preceitos dispositivos do CSC* (cfr. também o art. 3, deste Código); inexistindo ou sendo eles insuficientes, recorrer-se-á à *vontade hipotética ou conjectural dos sócios*, ou aos *princípios da boa fé* quando estes imponham solução diversa da decorrente daquela vontade (dado o dinamismo da vida societária e o carácter ‘normativo’ de muitos espaços estatutários, natural que os ditames da boa fé prevaleçam mais vezes nestes negócios)”: Ibid. p 139.

<sup>275</sup> Para uma crítica à artificialidade da tendência de distinção de naturezas negocial e organizacional do ato constitutivo de sociedade para fins de interpretação e integração: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Sociedades*, op. cit. pp. 496-497.

<sup>276</sup> Falando da eficácia subjetiva do ato constitutivo de sociedade para (i) novos sócios, (ii) terceiros estranhos e (iii) terceiros credores da sociedade: Ibid. p. 494.

a respectiva segregação para aplicação de regimes distintos se mostra um mecanismo inviável<sup>277</sup>.

O ato constitutivo societário nasce como o rosto comercial da sociedade, razão pela qual a sua principal *função* é a de informar terceiros acerca das circunstâncias daquela sociedade. Tanto é que (i) o art. 9º do Código das Sociedades Comerciais estabelece um rol de “elementos do contrato” de sociedade, (ii) o art. 12º exige o estabelecimento de uma sede em “local concretamente definido”, (iii) o art. 14º demanda a expressão do capital social em “moeda com curso legal em Portugal” e, principalmente, (iv) o art. 18º ainda requer o registro do referido ato constitutivo.

Basta pensar-se, como exemplo, que a atividade societária está umbilicalmente relacionada com a prática da atividade bancária, sendo frequente, a propósito das mais variadas operações bancárias possíveis, a entrega dos atos constitutivos de sociedade aos funcionários do respectivo banco, o qual deverá não só ter a possibilidade de interpretar os seus termos apenas com aquele objeto, mas, eventualmente, também integrar<sup>278</sup>.

Dessa feita, por uma questão de necessidade de se protegerem os terceiros, a integração deverá ser levada a cabo por meio do art. 10º do Código Civil, o qual, a serviço da integração legal<sup>279</sup>, não dispensa totalmente *uma noção de vontade hipotética* — a manter, aqui, a pertinência do tema. Assim, dispõe o referido dispositivo de integração objetiva das normas do Código Civil:

#### Artigo 10º

(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

---

<sup>277</sup> A questão deve ser resolvida através da chamada doutrina da absorção de contratos mistos, sendo prevalecente, na hipótese, o aspecto protetivo de terceiros. Para uma compreensão dos problemas de contratos mistos e da doutrina da absorção: COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Op. cit. pp. 287-291. Embora se trate de realidade não complexa, há uma complexidade de valores em proteção, devendo-se, por um problema de operabilidade, entregar uma solução única: integração subjetiva (em proteção dos sócios) ou integração objetiva (em proteção de terceiros). A ponderação da “intensidade dos interesses em jogo” impõe a subordinação dos interesses dos sócios aos interesses de terceiros (pp. 403-407), tendo em vista, inclusive, que são os sócios quem elaboram o ato constitutivo, devendo-se, pelo binómio liberdade vs. responsabilidade, responder-se pela respectiva lacuna.

<sup>278</sup> O exemplo bancário foi retirado de CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Sociedades*, op. cit. p. 498.

<sup>279</sup> Sobre a integração legal: BETTI, Emilio. Op. cit.

2. Há analogia sempre que no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.
3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Portanto, a integração do ato constitutivo de sociedade efetiva-se mediante recurso ao art. 10º do Código Civil, motivo pelo qual se faz preciso aferir (i) a existência de uma norma interna do ato aplicável por *analogia* e (ii) de uma *vontade hipotética puramente normativa*<sup>280</sup>. A analogia, nos termos gerais, constitui-se da utilização de normas dispostas para casos que guardem nexos de semelhança<sup>281</sup>. A *vontade hipotética legislativa*, no entanto, envolverá o reconhecimento de que os *elementos concretos da integração* somente poderão ser *extraídos do próprio texto, intrinsecamente*, mediante a identificação *lógico-indutiva do princípio formal e do princípio material* que permearam a construção do ato constitutivo daquela sociedade<sup>282</sup>. *Não se admitiria uma prova externa, mesmo que com aderência intrínseca, como nos demais negócios formais.*

Ultrapassada a possibilidade de integração analógica do ato constitutivo de sociedade, a integração a ser realizada no sentido que seria deduzido do declaratório hipotético normal colocado na posição do declaratório real, sem qualquer recurso a um elemento de índole subjetiva dos sócios. No exemplo do bancário, seria aquilo que o bancário compreenderia da complementação, tomando por base o próprio espírito do ato constitutivo.

Respeitadas, com essa noção, as razões de ordem (i) *estrutural* do ato constitutivo de sociedade, de observância da integração segundo as normas do Código Civil na ausência de norma especial sobre direito das sociedades ou direito comercial (art. 3º do Código das

---

<sup>280</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2015. pp. 398-408, defende que não existiria propriamente uma hierarquia entre os critérios da analogia e da regra hipotética, pois, na realidade, ambas redundariam na busca do princípio formal e do princípio material que deva orientar o intérprete na busca da regra hipotética.

<sup>281</sup> Para uma melhor compreensão da analogia: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “O problema...”, op. cit. pp. 238-276; Teixeira de Souza, op. cit. pp. 398-408.

<sup>282</sup> SOUSA, Teixeira de. Op. cit. pp. 409-411.

Sociedades Comerciais), e (ii) *funcional*<sup>283</sup> do ato constitutivo de sociedade, de proteção integral dos terceiros estranhos e credores<sup>284</sup>.

Enquanto (i) a generalidade dos casos de integração em sentido estrito admite uma integração da vontade hipotética combinada com a compreensão do declaratório normativo, (ii) os casos de integração das cláusulas contratuais gerais da vontade hipotética ajustada com o declaratório concreto e (iii) o ato constitutivo afasta a vontade hipotética individual do manifestante e recorre única e exclusivamente de uma compreensão hipotética normal (ou normativa)<sup>285</sup>.

Para recapitular: diante do caso concreto de lacuna de um ato constitutivo de sociedade, o juiz deverá investigar, nessa ordem, (i) as normas dispositivas do Código das Sociedades Comerciais de aplicação direta (art. 2º do CSC), (ii) as normas dispositivas analógicas da legislação societária (art. 2º do CSC) — como um contrato comercial que é<sup>286</sup> — (iii) as normas dispositivas da lei comercial (art. 3º do CCom), (iv) as normas de aplicação analógica da legislação mercantil (art. 3º do CCom), (v) do conjunto “espíritual” do ordenamento comercial (art. 3º do CCom), (vi) dos usos e costumes comerciais, (vii) da analogia interna do ato societário (art. 10º, nºs 1 e 2, do CCiv) e (viii) da vontade hipotética puramente normativa (art. 10º, nº 3, do CCiv). Na impossibilidade de se solucionar a integração, não restará, no entanto, outra saída que não a declaração de invalidade do ato (art. 36 e ss. do CSC).

---

<sup>283</sup> Distinguindo a estrutura e a função da relação jurídica: CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral...*, op. cit. pp. 90-98.

<sup>284</sup> “[O] terceiro que contrate com a sociedade não pode ser confrontado com sentidos que só a ‘declarantes’ e ‘declaratórios’ digam respeito”. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Sociedades*, op. cit. pp. 497-498.

<sup>285</sup> Solução também admitida por Ibid. pp. 499-500, para quem o ato constitutivo é (i) “o ‘contrato’ de sociedade [que], uma vez instituído o novo ente coletivo, liberta-se dos seus celebrantes iniciais” e (ii) “oponível a terceiros, os quais devem poder prever as linhas da integração de lacunas”. Por essa razão, sustenta “soluções de tipo objetivo” e recomenda “recorrer à lei das sociedades comerciais; na falta desta, caberá seguir as vias subsidiárias do artigo 2.º e, no limite, as regras do artigo 10.º, do Código Civil”.

<sup>286</sup> Para ASCARELLI, Tullio. Op. cit., o ato constituinte de sociedade é um contrato plurilateral; também o admite como contrato em sentido amplo: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Sociedades*. Op. cit. pp. 482-488, o qual ainda esclarece que a constituição de sociedade pode dar-se por negócio não contratual, por diploma legal ou judicial.

## CONCLUSÃO — A solução

A vontade hipotética é um instituto jurídico construído no seio do desenvolvimento histórico do direito civil, notadamente no contexto das reflexões pandectistas. O iluminismo jurídico alemão trouxe à luz a vontade e a teoria do negócio jurídico como importantes noções de valorização do indivíduo como ente jurígeno de tal modo que até mesmo para as questões negociais incompletas mostrar-se-ia fundamental a investigação de uma vontade hipotética.

A integração do negócio jurídico está imbricada em questões de fato e questões de direito, isto é, de valorização de um “ser” próprio do querer hipotético humano e de um “dever ser” de apreciação do comando exarado pelo ordenamento jurídico, de uma boa conformação da vida entre pessoas em sociedade. A vontade conjectural, nessa medida, constitui o mecanismo de proteção da autonomia com observância dos limites da heteronomia, tudo em vista de posições humanas concretas.

Portanto, a linha limítrofe da integração somente pode estar na compreensão concreta do negócio jurídico a ser objeto de integração, apresentando-se a lacuna como a necessidade de complementação do negócio jurídico para que se possa dar execução prática e global diante da inexistência de uma manifestação em sentido técnico.

A boa compreensão do funcionamento da vontade hipotética passa pela leitura do modelo de integração do negócio jurídico do art. 239º do Código Civil, o qual estabeleceu critérios complexos e hierarquizados, sendo imperioso resolver os problemas de lacuna na seguinte sequência de prevalência: (i) normas dispositivas e imperativas, (ii) vontade hipotética devidamente temperada pela boa fé e (iii) apenas a boa fé.

A vontade hipotética constitui-se de uma construção probatória, de investigação da verdade contrafactual por meio de elementos concretos mediatos, sem deixar de respeitar a confiança depositada pelo declaratário hipotético normal colocado na posição do declaratário hipotético real, como corolário da boa fé. Em termos concretos, essa vontade hipotética temperada pela boa fé pode ser observada sob a ótica de uma (i) demonstração positiva ou negativa, (ii) profundidade efetiva e finalística, (iii) aderência interna ou não à relação jurídica, (iv) aderência intrínseca ou não ao negócio jurídico, (v) relevância unilateral ou não e (vi) anterioridade ou posteridade negocial.

Por fim, na medida em que a integração do negócio jurídico é um problema de conformação das questões de fato com as questões de direito, a solução pensada para a vontade hipotética jamais poderá ser única. Trata-se de um exercício de acomodação das premissas gerais com os problemas gerais e especiais de cada caso, como (i) na integração em sentido estrito (ii) na conversão, (iii) na redução, (iv) na modificação qualitativa por vício incidental, (v) no negócio formal, (vi) no testamento, (vii) no negócio gratuito, (viii) no negócio com cláusulas gerais (ix) no negócio comercial e (x) no ato constitutivo de sociedade.

Apesar disso tudo, a experiência do real é de tão modo rica que a pretensão de colmatar todas as questões que a realidade possa apresentar para a vontade hipotética na integração do negócio jurídico mostra-se expediente impossível. Intentou-se apresentar premissas de largada da compreensão do problema, devendo, pois, a fortuna da realidade, junto de novos estudiosos que resolvam debruçar-se sobre o tema, aperfeiçoar a sua abordagem.

Como é próprio do princípio do andar, esses primeiros passos — verdadeiro engatinhar desconjuntado —, não garantem a retidão dos próximos. Esse, contudo, é o risco naturalmente envolvido para aqueles que se aventuram no engenho de principiar. Em último caso, ainda que de nada possa valer de construtivo o que se investigou, sabe-se que a criança que não cai não aprende a andar, mostrando-se o erro um acerto, propriamente.

## SÚMULAS

### INTRODUÇÃO — O problema

A noção de vontade hipotética apresenta-se como um problema comum do direito, da boa combinação entre o “ser” e o “dever ser” (ou entre o concreto e o sistema jurídico), dificuldade teórica e prática comum das questões que envolvem um fato jurídico (fato + direito) — no caso, ainda mais difícil, por se tratar de uma espécie de contrafato jurídico. Por “contrafato”, entenda-se a reflexão acerca de um fato que jamais foi fato concreto e que somente o seria numa intelecção do jurista que se engaje na tarefa de estabelecer o sentido de um querer potencial e não existente — ou, ainda que existente, não manifestado.

### O DIREITO ROMANO

Embora assemelhada, a *conditio tacita* não pode ser confundida com a integração do negócio jurídico. A estrutura do negócio, como valorização de abstração do sujeito, por meio da teoria voluntarista, herdeira dos postulados do iluminismo, só veio a surgir em momento bem posterior, de tal modo que a *conditio tacita* ainda possuía uma estrutura bem formalista de aderência às convenções romanas.

### O DIREITO MEDIEVAL

Complexo que já era o esquema de reflexão jurídica dos atos humanos, a nova conformação medieval também não representava com clareza uma espécie de integração do negócio jurídico. A uma, porque ainda não havia sido desenvolvida a técnica pandectista dos negócios jurídicos; a duas, porque o voluntarismo não havia avançado a ponto de colocar a vontade, ainda que não manifestada, como elemento central. Já se observou, todavia, a partir de uma leitura de vontade presumível como fundamento da cláusula *rebus sic stantibus*, das estruturas do *naturalia negotii* e dos usos e costumes, um princípio de recondução do problema das ações humanas, de modo possivelmente mediato, à vontade.

### O CODE NAPOLEÓN

Com a consagração de regras que remontam a critérios claramente objetivos, ou seja, que estão fora do âmbito subjetivo dos contraentes, é possível afirmar-se que o método integrativo francês ainda não havia encerrado o panorama de desenvolvimento liberal.

## **A EXPERIÊNCIA ITALIANA**

A integração dos contratos na experiência transalpina iniciou-se nos mesmos termos que a francesa, tendo avançado, em sequência, para a aplicação indiscriminada do princípio da solidariedade corporativa, para além dos critérios da equidade e dos usos e costumes. Apesar da legislação não fazer menção expressa à teoria dos negócios jurídicos, a doutrina acabou por incorporar, dentro da teoria dos contratos, os aspectos gerais daquela discussão de origem pandectista.

## **OS IMPLIED TERMS DO DIREITO INGLÊS**

Os *implied terms* surgiram como instrumento para atribuir ao negócio uma leitura daquilo que, por uma obviedade concreta, deveria ali estar previsto, se as partes soubessem que deveria estar regulado. Deve-se passar, antes, por um juízo de necessidade da complementação para a atribuição de eficácia contratual, isto é, sobre a existência de um verdadeiro espaço contratual que demande uma complementação sem a qual o contrato não será eficaz, a aproximar tal perspectiva da necessidade à noção de lacuna contratual do direito continental.

## **A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO E O *BÜRGERLICHES GESETZBUCH***

A vontade hipotética estabelecida no BGB acabou por encerrar, dentro da lógica das disputas de correntes, uma vitória pontual dos voluntaristas. Uma vontade, ainda que construída a partir de elementos de contrafactualidade, foi erguida como limite às modificações dos negócios jurídicos no direito alemão.

## **A INTEGRAÇÃO NO CONTEXTO DA RECEPÇÃO PORTUGUESA DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO**

Com o avanço da recepção da então vanguardista doutrina germânica do negócio jurídico, também se intensificou o processo de destaque da integração como instituto autônomo em relação à interpretação dos negócios. Seriam, então, os pontos omissos contratuais devidamente completados com o que se puder perceber que as partes, presumivelmente, teriam querido se tomassem ciência, em tempo, da lacuna. Tratar-se-ia de uma vontade irreal de um prognóstico ulterior subjetivo.

## **O ESTADO DA ARTE DA INTEGRAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS**

De certo modo, não há um grande consenso sobre a integração dos negócios jurídicos a partir do Código Civil de 1966, notadamente pela complexa solução proposta por Manuel de Andrade e acompanhada por Rui de Alarcão, a qual veio a ser acolhida na lei.

### **A INTERPRETAÇÃO COMPLEMENTADORA**

O que está no cerne da interpretação contratual complementadora é, em termos diretos, uma ultrapassagem, no âmbito da integração, da condição da vontade como epicentro da teoria dos negócios jurídicos e da teoria geral dos contratos: um afastamento da ideia de *lex privata*, e, de certa maneira, de um modelo privatista. Na medida em que o voluntarismo jurídico vem cedendo lugar a um sentido objetivo e coletivo dos pactos, obtido através do tecido social, a ideia de interpretação complementadora representa tão somente a consequência dessa corrente no cenário da integração.

### **PROGRESSO SOCIAL E REGRESSO HUMANO — O SER HUMANO COM SEUS DIAS CONTADOS**

Sob o argumento da necessidade de dar conta de uma realidade complexa e acelerada, atropela-se o querer individual, essência do negócio jurídico, ainda que indireta. No afã de construir uma situação de bem-estar social, costura-se um verdadeiro mal-estar dos indivíduos. E é nesse panorama de aniquilamento do ser humano negociante que se encontram a interpretação e a integração do negócio jurídico. A tônica, em matéria de atribuição de sentido a um negócio jurídico, é a padronização, é o recurso a instrumentos iguais, tornando uma realidade particular juridicamente geral, como que num processo de desnaturação por generalização dos atos jurídicos. Primeiro o que deve ser e depois o que é.

### **A DESCONSTRUÇÃO DO PADRÃO ABSTRATO-NORMATIVO — A MÁXIMA ABRANGÊNCIA DE RECORTE POSSÍVEL, COM ENFÂSE DE UM PARTICULARISMO FILOSÓFICO A UM PARTICULARISMO JURÍDICO**

Um estudo que busque responder a problemas reais, e não criados com o propósito de serem, então, respondidos, deverá basear-se pela noção contemplativa do maior número de recortes possíveis que se puder alcançar, superando, com isso, uma tentação científica de resposta

aos problemas com o recurso a leis mais gerais possíveis, com a construção de estruturas as mais abstratas possíveis.

### **A DIALÉTICA ENTRE O “SER” E O “DEVER SER”**

Fundam-se sistemas jurídicos infinitos, de abrangência ilimitada sobre a realidade, não se deixando qualquer brecha para que os sujeitos possam transitar sobre as estruturas jurídicas montadas por longos anos de experiência histórica. É que a tremenda fluidez estrutural dos sistemas, com o estabelecimento de um grande arcabouço principiológico, de superfície típica de aderência elástica, não deixa nada escapar. Não se deixa ao querer individual um instante de suspiro. É o império das funções sobre as estruturas do direito.

### **POR UM ESTRUTURALISMO JURÍDICO HUMANISTA — QUEM TEM MEDO DO SER HUMANO?**

Um funcionalismo jurídico apropria-se do sentido dos fatos, do querer do agir, da razão de ser das condutas, enquanto um estruturalismo jurídico se apropria das fórmulas jurídicas criadas e dispostas para o conjunto humano fazer uso, de modo a dar conta da vida que se quer viver. Como que em duas camadas da realidade, a estrutura responde pela disposição em si da relação jurídica, de sorte a caber à função da relação jurídica o seu sentido transcendental.

### **RECURSO À RIQUEZA DOS DADOS CONCRETOS EM PARTICULAR — O JURISPRUDENCIALISMO CASTANHEIRIANO**

A questão não é a defesa de um excessivo conservadorismo jurídico ou de um excessivo reformismo jurídico. Trata-se de valorar adequadamente a riqueza da concretude particular do caso posto ao jurista, numa compreensão castanheiriana da metodologia, de sorte que somente na riqueza de dados do caso concreto — aí inseridos os dados fáticos e as normas que o sistema jurídico dispõe à resolução — é que será dada a adequada solução ao problema.

### **UMA QUESTÃO HERMENÊUTICO-NORMATIVA — QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO**

O negócio jurídico, diferentemente do que pensavam os juspositivistas, não é uma realidade marginal ao direito, exclusivamente social, como também não pode ser uma realidade

puramente jurídica, sem um *prius* factual. São os atos concretos dos sujeitos direcionados aos efeitos prático-jurídicos em diálogo com as predisposições, específica ou genericamente, no sistema de direito, que dão corpo a esse negócio jurídico. Se é certo que os negociantes se dirigem aos efeitos práticos da relação jurídica querida, não deixa de ser certo que o fazem sob a sanção e à luz do direito.

### **A SUBSISTÊNCIA DE UMA CATEGORIA PRÓPRIA DA INTEGRAÇÃO — OS CONTORNOS PARA A COMPREENSÃO DE UMA DEFINIÇÃO TÉCNICA, RESIDUAL E NECESSÁRIA DE LACUNA**

A interpretação realiza-se sobre a declaração em sentido técnico e a integração sobre o vácuo dela, quando se constatar que não há uma manifestação expressa, tácita ou até silenciosa, nos termos dos arts. 217º e 218º do Código Civil, e, ainda assim, mostrar-se necessário complementar-se o negócio para que se possa dar execução prática e global do negócio jurídico.

### **A VONTADE HIPOTÉTICA COMO MODALIDADE DE PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL**

Com a integração do negócio jurídico, o Código Civil busca a consagração de um princípio de proteção da autonomia e de maior eficácia possível das pretensões prático-jurídicas dos sujeitos, sem descuidar, também, dos importantes sentidos de proteção da confiança do declaratório e da impressão do tráfico, em observância aos ditames da boa fé.

### **A PREVALÊNCIA DAS NORMAS DISPOSITIVAS E IMPERATIVAS SOBRE A VONTADE HIPOTÉTICA**

Antes de se investigar a relação existente entre a vontade hipotética e a boa fé, será preciso perquirir-se a existência de alguma norma dispositiva ou imperativa aplicável ao caso. É que o sistema jurídico e as suas normas são construídos a partir de uma longa experiência histórica e cultural, não como uma descoberta generalizante e instantânea, de tal modo que as normas especiais são um produto que nenhum conjunto de indivíduos passageiros de um determinado período histórico poderá erigir com tamanha riqueza.

## **A RELAÇÃO ENTRE VONTADE HIPOTÉTICA E BOA FÉ — CONCEITOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES ENTRE SI**

A norma do art. 239º do Código Civil atribui uma espécie de preferência integrativa da vontade hipotética respeitadora dos ditames da boa fé em relação à solução integrativa da boa fé isolada. O exercício da integração é o de recorrer à vontade hipotética abrangida pelo conjunto das soluções admitidas pela boa fé e, somente quando não for possível, vislumbrar uma solução que parta exclusivamente dessa boa fé.

### **A BOA-FÉ COMO TUTELA DE UM DECLARATÁRIO HIPOTÉTICO**

A integração conforme os ditames da boa fé é reconstruir, também, aquilo que estaria no âmbito de confiança da contraparte, bem como o sentido da prioridade da substância sobre a forma negocial. Atender-se aos ditames da boa fé é respeitar-se a confiança das partes, a segurança do tráfico e a substância do negócio. Nem mesmo a vontade hipotética, nessa medida, poderia suplantar tais ditames. Seria integrar o negócio conforme o que “as partes devem querer agora”.

### **A VONTADE HIPOTÉTICA COMO UM PROBLEMA DE PROVA MEDIATA**

As provas que demonstrarão a vontade hipotética não se direcionam a um fato concreto, mas a um fato indireto. Trata-se de uma prova mediata da vontade hipotética. Jamais tendo havido manifestação negocial no sentido da lacuna, a vontade hipotética será um expediente construído a partir dos elementos concretos levantados em juízo, de modo que as espécies de provas vão se dirigir a esse caldo de reconstrução. Do contrário, não se estaria mais a tratar da integração, mas sim da interpretação.

### **A PROVA E A VERDADE OBJETIVA**

Na medida em que a prova deve remontar, no máximo de esclarecimento possível, a situação concreta de um sujeito — o titular da vontade hipotética a ser investigada —, ela deve ter por finalidade alcançar o mais próximo de uma verdade objetiva prática, independente de desvios e sabores subjetivos do investigador dessa vontade hipotética.

## **AS ESPÉCIES DE PROVAS**

Sobre o regime das provas em espécie remete-se, sem grandes dificuldades, ao regime estabelecido no Código Civil de 1966, tendo em vista que, para a demonstração da vontade hipotética das partes, não existirão grandes considerações.

## **OS ÔNUS DA PROVA**

Os ônus da prova da vontade hipotética não recaem sobre o titular da vontade conjectural a ser comprovada, como poderia ser pensado inicialmente. A regra de distribuição dos ônus da prova do art. 342.º, nº 1, do Código Civil aloca sobre o interessado na solução apontada a incumbência de demonstrar a verdade das suas razões.

## **AS PRESUNÇÕES**

A prova em si da vontade hipotética permanece sendo um expediente difícil na prática. Sabedor das dificuldades próprias em matéria probatória, o legislador estabeleceu, ainda dentro da sistemática do direito das provas, a possibilidade de se recorrer a presunções, isto é, a “ilações que a lei ou julgador tira de facto conhecido para firmar um facto desconhecido” (art. 349º do Código Civil).

## **OS ELEMENTOS MEDIATOS DE PROVA DA VONTADE HIPOTÉTICA**

A vontade hipotética não é uma questão puramente de direito nem puramente de fato. Trata-se de um problema de conformação entre fatos e direito, sendo, pois, a identificação dos elementos concretos por meio de provas mediatas a sua verdadeira chave.

## **ELEMENTOS POSITIVOS E NEGATIVOS À SOLUÇÃO DA INTEGRAÇÃO**

Em determinados casos, a lei exige, para a integração do negócio jurídico, que se prove a vontade hipotética das partes no sentido da nova conformação negocial, como na integração em sentido estrito e na conversão do negócio jurídico, e, em outros, estabelecerá um sentido presuntivo imediato, quando a vontade hipotética funcionará para impedir aquela solução, como na redução do negócio jurídico.

## **ELEMENTOS DE REPERCUSSÃO EFETIVA E FINALÍSTICA À PROFUNDIDADE DA COGNIÇÃO**

Os elementos concretos aptos à construção de uma vontade hipotética demandarão maior grau de certeza sobre o juízo integrador no caso da exigência legal de uma construção efetiva. A construção finalística, distintamente, facilita o exercício da integração, porque bastará a demonstração de que o novo negócio jurídico estaria, em um patamar de abstração superior, conforme um plano geral do querer negocial das partes, dentro de um grau de aceitação delas — uma não repulsa. Seria o caso de se demonstrar que, diante do quadro indiciário aparente, as partes não teriam qualquer problema com a solução assumida.

## **ELEMENTOS COM OU SEM ADERÊNCIA INTERNA À RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA**

Quando se trata da proteção de um declaratório hipotético normativo, a sua tutela demandaria, sempre, a conferência dos elementos probatórios apresentados em juízo vista à conformação com a impressão geral passada pela relação jurídica. Tal solução não só protege esse declaratório hipotético, mas, em função do seu sentido normativo, também o tráfico: aquela vontade hipotética a ser lapidada na integração do negócio jurídico não surpreenderá quaisquer dos sujeitos potencialmente afetados.

## **ELEMENTOS COM OU SEM ADERÊNCIA INTRÍNSECA AO NEGÓCIO JURÍDICO**

Haverá momentos em que a lei exigirá que a solução da integração, mediante a extração inicial dos elementos concretos mediatos, a aderência não mais à compreensão interna da relação jurídica, mas ao próprio sentido textual, por uma questão de proteção especial de terceiros, como seria o caso dos negócios formais.

## **ELEMENTOS DE RELEVÂNCIA UNILATERAL E NÃO UNILATERAL**

Quando da apuração da vontade hipotética necessária à integração do negócio, mostra-se imperiosa a avaliação de todas as vontades hipotéticas que deveriam ter sido manifestadas pelas partes que compuseram aquele negócio jurídico, pois, no esquema da realidade contrafactual construída pelo direito, seriam todas a somar.

## **ELEMENTOS ANTERIORES E POSTERIORES À CONCLUSÃO DO NEGÓCIO**

Antes mesmo de celebrarem o negócio jurídico que eventualmente será objeto do processo de integração, as partes deixam pela vida rastros dos seus quereres hipotéticos, ainda que não venham a guardar um nexo direto com aquele negócio jurídico ou com aquela relação obrigacional complexa. Após a celebração do negócio jurídico a ser integrado, pode haver os elementos necessários a serem coletados, ainda que não se refiram imediatamente ao negócio ou à relação obrigacional complexa.

## **REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL**

Uma diferença substancial na integração do negócio e na redução da cláusula penal, a qual está prevista tipicamente na legislação como uma modalidade de equidade obrigacional. O único elemento verdadeiramente subjetivo existente na cláusula penal é a sua qualificação jurídica, quando o intérprete deverá ser convocado para os problemas da interpretação do negócio jurídico, não para a integração.

## **REDUÇÃO EQUITATIVA DO SINAL**

A mesma distinção que se fez entre a redução da cláusula penal e a integração do negócio jurídico aplica-se à redução do sinal.

## **ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS**

Não se trata de uma tentativa de investigação interpretativa ou integradora, mas de uma correção propriamente dita, de sorte que as intenções das partes não terão qualquer relevância nessa apreciação. Por isso, inexistente investigação sobre uma vontade hipotética integradora, calcada numa autonomia negocial, mas sim na heteronomia legal.

## **COMPLEMENTAÇÃO DE LACUNAS SUPERVENIENTES**

Ou bem há uma lacuna inicial, que é preciso ser integrada, ou bem foi estabelecido os sentidos de complementação. Lacuna superveniente, em verdade, parece mais uma representação para se enxertar, por dentro do negócio, aquilo que os sujeitos não pretendiam. Então, não há o que se integrar, mas sim interpretar.

## **NORMAS DISPOSITIVAS**

Não seria possível dizer-se, em absoluto, que as normas dispositivas representam uma espécie de vontade hipotética ou presumida. Também não seria possível afirmar-se que tal suposição subjetiva da lei não estaria compondo o caldo da ponderação regulativa. As normas dispositivas representam a construção do direito por meio da experiência histórica, depois de inúmeros problemas com os quais já se deparou em relação a situações jurídicas concretas e particulares. Elas acabam por não apenas se antecipar às partes, mas, além disso, também inserir, no contexto negocial, valores objetivos

### **NA INTEGRAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO**

Trata-se de uma vontade hipotética (i) positiva, porque deve ser demonstrado o sentido da integração, (ii) efetiva, porque deve ser demonstrado o verdadeiro querer contrafactual e (iii) de aderência interna, em respeito aos ditames da boa fé.

### **NA CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO**

O art. 293º do Código Civil não determina apenas a observância de um elemento objetivo, isto é, a invalidade como negócio A e validade como negócio B. Há, ainda, um elemento subjetivo fundamental, sem o qual não haverá a conversão: uma vontade hipotética positiva e finalística.

### **NA REDUÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO**

Por subsistir uma parcela sadia do negócio jurídico original, a lei apenas exigiu que não haja uma vontade hipotética em sentido contrário ao novo negócio. Essa mudança de perspectiva, de vontade hipotética positiva da conversão para a negativa na redução, é decisiva, na medida em que a prova da vontade conjectural não se mostra um expediente simples. Acaba vigendo, na hipótese, um verdadeiro princípio de *in dubio pro* redução ou de *utile per inutile non vitiatur*. Trata-se de uma vontade hipotética negativa e efetiva a afastar o sentido presuntivo com a prova da vontade hipotética em sentido contrário pelo respectivo interessado.

### **NA MODIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO INCIDENTAL**

A vontade hipotética relacionada à modificação dos negócios jurídicos por razão de um vício incidental será negativa e subjetiva. O interessado poderá produzir prova de uma vontade hipotética contrária ao sentido da redução qualitativa em favor de uma invalidação integral.

### **NO NEGÓCIO JURÍDICO FORMAL**

Na integração do negócio jurídico formal exigir-se-á uma vontade hipotética (i) positiva — exceto se se tratar de uma redução, como se viu —, (ii) efetiva — como para os negócios convencionais —, mas que possua alguma (iii) aderência intrínseca aos termos do negócio.

### **NO NEGÓCIO JURÍDICO TESTAMENTÁRIO**

O art. 2187º do Código Civil estabelece uma premissa de máximo aproveitamento da vontade do testador e elabora, para tanto, uma prevalência subjetivista. O interessado poderia valer-se de uma prova extrínseca ao testamento, contanto que se fundasse em alguma relação com o seu texto, ainda que de modo impreciso. A lei faculta aos interessados a obtenção de um elemento probatório mediato totalmente estranho ao testamento que, contudo, da leitura dele, possa-se, ainda, extrair alguma correlação interna.

### **NO NEGÓCIO JURÍDICO GRATUITO**

A vontade hipotética permanece sendo a mesma traçada nas condições gerais do art. 239º do Código Civil, sendo de se aplicar ainda uma presunção ilidível de que a vontade hipotética do disponente será no sentido que menos o oneraria nos negócios gratuitos.

### **NO NEGÓCIO JURÍDICO COM CLÁUSULAS GERAIS**

O art. 10º Lei de Cláusulas Contratuais Gerais remeteu os problemas de integração dos contratos com cláusulas gerais para o regime geral do Código Civil, tomando-se por base, ainda, o contexto singular da contratação a ser integrada. Foi a consagração da tutela do aderente concreto, transformando-se o comando geral de defesa do declaratório hipotético normal do art. 239º do Código Civil na proteção do declaratório hipotético real.

## **NO NEGÓCIO JURÍDICO COMERCIAL**

Constatada existência de uma lacuna no negócio comercial, mostra-se necessário avaliar a existência de uma norma comercial dispositiva aplicável ao negócio concreto — isto é, (i) uma norma de aplicação direta, (ii) de aplicação analogia ou (iii) se do conjunto normativo comercial seria possível, “espiritualmente”, resolver a omissão — (iv) dos usos e costumes comerciais —; na ausência, (v) averiguar a existência de uma norma civil dispositiva aplicável, como já se viu; e, em último caso, (vi) recorrer à parte final do art. 239º do Código Civil, de modo a atribuir o sentido válido da regulação da lacuna a partir da vontade hipotética nos termos em que se sustentou.

## **NO ATO CONSTITUTIVO DE SOCIEDADE**

Diante do caso concreto de lacuna de um ato constitutivo de sociedade, o juiz deve investigar, nessa ordem, (i) normas dispositivas do Código das Sociedades Comerciais de aplicação direta (art. 2º do CSC), (ii) normas dispositivas analógicas da legislação societária (art. 2º do CSC), — como um contrato comercial que é — (iii) normas dispositivas da lei comercial (art. 3º do CCom), (iv) normas de aplicação analógica da legislação mercantil (art. 3º do CCom), (v) do conjunto “espiritual” do ordenamento comercial (art. 3º do CCom), (vi) dos usos e costumes comerciais, (vii) da analogia interna do ato societário (art. 10º, nºs 1 e 2, do CCiv) e (viii) da vontade hipotética puramente normativa (art. 10º, nº 3, do CCiv). Não impossibilidade de solucionar a integração, não resta outra saída diferente da declaração de invalidade do ato (art. 36 e ss. do CSC).

## BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial: Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*. v. I. Almedina: Coimbra, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial: Das sociedades*. v. II. Coimbra: Almedina, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Da empresarialidade (As empresas no direito)*. Almedina: Coimbra. 1996.
- ALARCÃO, Rui de. “Interpretação e integração dos negócios jurídicos/Anteprojecto para o novo Código Civil”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 84, pp. 329-345, 1961.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. v. IV. Coimbra: Almedina, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ANTUNES, Ana Filipa Moraes. *A causa do negócio jurídico no Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica, 2016.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2ª ed. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the Law of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. Cascais: Principia, 2017.
- \_\_\_\_\_. “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter: algumas reflexões”. AA. VV. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 378.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barviery (trad.). Campinas: Bookseller, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Lis Pary Scarpa (trad.). 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

- CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Direito das Sociedades*. v. I. Coimbra: Almedina, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. 3ª ed. t. I. v. I. Coimbra: Almedina, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. 4ª ed. t. I. v. II. Coimbra: Almedina, 2014.
- CORREIA, António Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CORREIA, Eduardo. *A conversão dos negócios jurídicos ineficazes*. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. v. XXIV, pp. 360-389, 1948.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DUARTE, Rui Pinto. *A Interpretação dos Contratos*. Coimbra: Almedina, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Tipicidade e Atipicidade*. Coimbra: Almedina, 2000.
- FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. “El juez frente a la prueba”. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba*. La Plata: Platense, 1996.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5ª ed. v. II. Lisboa: Universidade Católica, 2010.
- \_\_\_\_\_. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Quid Juris, 1993.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/manuel-a-carneiro-da-frada-sobre-a-responsabilidade-das-concessionarias-por-acidentes-ocorridos-em-auto-estradas>>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- GASSET, José Ortega y. *A Rebelião das Massas*. Campinas: Vide Editorial, 2016.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- HÖSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1992.
- JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição* (trad. Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2008.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações (Parte Especial): Contratos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Contratos de Distribuição*. Coimbra: Almedina, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*. O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, a. 62, v. I, jan. 2002. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutrinais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>>. Acesso em: 14 jun. 2018.
- MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil Português: Parte Geral*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1907.
- NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- PORTUGAL. “Código Civil, Livro I — Parte Geral (1ª Revisão Ministerial)”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 107, 1961.

- \_\_\_\_\_. “Código Civil, Livro I — Parte Geral (2ª Revisão Ministerial)”. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 107, 1965.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 072692, Relator Magalhães Baião, 05 jun. 1985.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 075623, Relator Meneres Pimentel, j. 09 fev. 1988.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 085739, Relator Torres Paulo, 30 nov. 1994.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 284-C/1995.C1.S1, Relator Hélder Roque, 07 jul. 2009.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SANTOS, Filipe Cassiano Nunes dos. *Direito Comercial Português: Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2015.
- TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 154, 2007.
- TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.
- VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil: Anotado*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 2012.

## **JURISPRUDÊNCIA**

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 072692, Relator Magalhães Baião, 05 jun. 1985.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 075623, Relator Meneres Pimentel, j. 09 fev. 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 085739, Relator Torres Paulo, 30 nov. 1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 284-C/1995.C1.S1, Relator Hélder Roque, 07 jul. 2009.