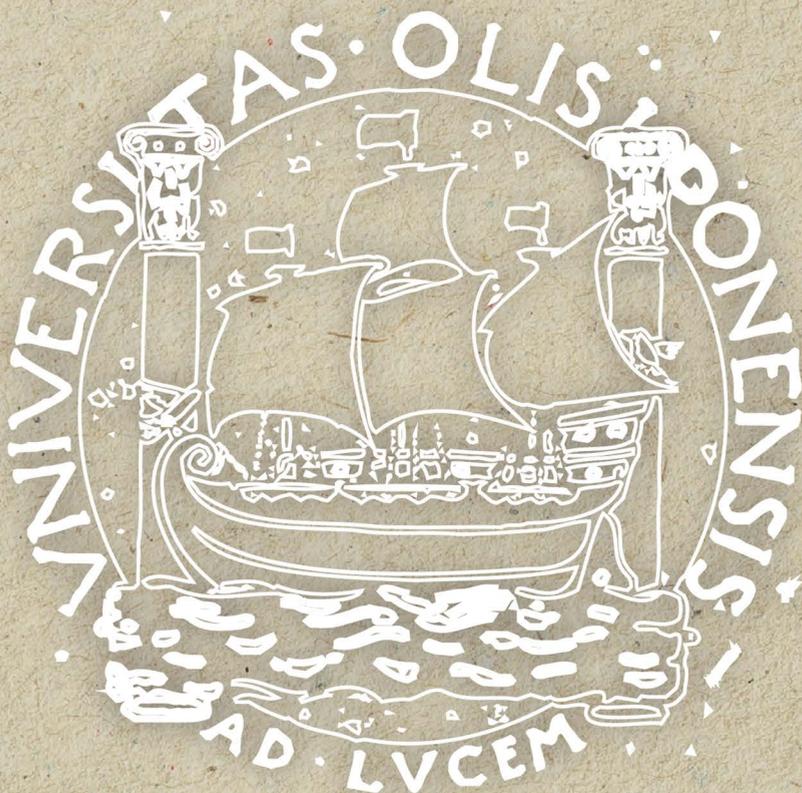


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Vulnerabilidades e Direito civil

Vulnerabilities and Civil Law

António Menezes Cordeiro*

Resumo: O artigo delimita o princípio da tutela civil dos fracos, desde o Direito romano: exemplifica com a responsabilidade pelas dívidas e com a proteção das mulheres e dos menores; sublinha o papel do cristianismo, em especial na proibição dos juros; no Direito lusófono, o artigo recorre aos institutos da *culpa in contrahendo*, dos deveres acessórios e da impossibilidade, para documentar níveis gerais de tutela civil dos fracos; conclui que, no Direito atual, as vulnerabilidades são compensadas por ramos especializados, como o Direito do trabalho e o Direito do consumo; além disso, existe um princípio que, conjugado com outros, opera na concretização de cláusulas gerais e na composição de modelos de decisão.

Palavras-chave: vulnerabilidade; Direito civil; tutela romana dos fracos; cristianismo e proibição dos juros; *culpa in contrahendo*; deveres acessórios; impossibilidade; princípio da tutela dos fracos.

Abstract: The article delimits the principle of civil protection of the weak, starting in Roman law: it exemplifies this with liability for debts and the protection of women and minors; it underlines the role of Christianity, especially in the prohibition of interest on loans; in the law of Portuguese speaking countries, the article has recourse to the concepts of *culpa in contrahendo*, accessory duties and impossibility, in order to document general levels of civil protection of the weak; it concludes that, in contemporary law, vulnerabilities are compensated for by specialist branches, such as labour law and consumer law; in addition, there exists a principle which, combined with others, contributes to the production of general clauses and the design of decision-making models.

Keywords: vulnerability; Civil law; Roman protection of the weak; Christianity and prohibition of interest on loans; *culpa in contrahendo*; accessory duties; impossibility; principle of the protection of the weak.

Sumário: I – Introdução: 1. Âmbito tendencial e delimitação; 2. A construção de princípios; 3. Nas origens do Direito civil. II – Tópicos histórico-dogmáticos: 4. *Lex Poetelia*, *SC Velleianum* e *SC Macedonianum*; 5. A influência cristã nas garantias, na cessão de créditos e na lesão; 6. As limitações aos juros; 7. Evolução lusófona. III – Institutos gerais: 8. *Culpa in contrahendo*; 9. A reconstrução do vínculo obrigacional; 10. Deveres acessórios; 11. A impossibilidade. IV – Construção e limites do princípio geral: 12. Formulação; 13. Concretização.

* Professor Catedrático e Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

I – Introdução

1. Âmbito tendencial e delimitação

I. Correspondendo à gentil solicitação do Prof. Doutor Januário da Costa Gomes, ilustre diretor da nossa *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vamos estudar o tema das vulnerabilidades no Direito, compartilhando, com o público interessado, o produto das nossas reflexões. O tema é inesgotável: em rigor, todo o Direito visa colmatar vulnerabilidades, protegendo os fracos e assegurando, pela sua simples existência, o predomínio de decisões previsíveis. Sem esta previsibilidade, as soluções passam para o domínio dos imponderáveis e do arbítrio. Os fracos são, sempre, os mais prejudicados.

II. Ao longo da História, para além do radicar de uma Ciência do Direito de exigência e de diferenciação crescentes, foram surgindo diversos esquemas especificamente dirigidos a certas categorias de pessoas vulneráveis. No século XIX, a defesa dos trabalhadores originou o Direito do trabalho e, no século XX, a defesa dos consumidores deu azo ao Direito do consumidor¹. Neste, ocorrem diferenciações: pense-se no consumidor de produtos financeiros e na contratação à distância. E no Direito público, toda uma bateria de institutos, com relevo para os níveis constitucionais e os direitos fundamentais, vem sendo afeiçoada, para defesa dos sujeitos fragilizados. A tutela penal desempenha, neste como noutros planos, um núcleo protetor sempre necessário.

III. A tutela da parte fraca ou do sujeito vulnerável preenche, na atualidade, numerosas intervenções, em artigos especializados e em manuais. Para além dos campos tradicionais da proteção dos fracos no exercício da autonomia privada² no Direito europeu dos contratos³ e no Direito internacional privado da União

¹ No clássico de EIKE VON HIPPEL, *Der Schutz des Schwächeren* (1982), VII + 213, são analisadas, sucessivamente, as proteções dos trabalhadores (2 ss.), do locatário (19 ss.), do consumidor (29 ss.), da criança (55 ss.), da mulher (74 ss.), do idoso (93 ss.), do pobre (115 ss.), dos países em desenvolvimento (131 ss.) e das gerações futuras (140 ss.). Nas considerações finais (169 ss.), von Hippel aponta outras categorias carecidas de tutela.

² STEPHEN WEATHERILL/STEFAN VOGENAUER/PETRA WEINGERL, *Private Autonomy and Protection of the Weaker Party*, em STEFAN VOGENAUER/STEPHEN WEATHERILL, *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (2017), 255-268; numa perspetiva histórica desde o séc. XVII: HECTOR L. MACQUEEN/STEPHEN BOGLE, *Private Autonomy and the Weaker Party: Historical*, *idem*, 269-296.

³ HANNES RÖSLER, *Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht / Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenprivatrecht*, *RabelsZ* 73 (2009), 889-911 (894 ss.).

Europeia⁴, no Direito do consumo⁵ e no da proteção de dados⁶, especialmente quanto ao consentimento dos particulares⁷, encontramos incursões significativas, por exemplo, na mediação⁸. Na literatura dos últimos anos, sublinhamos intervenções no domínio dos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade⁹, com tónica na tutela do ambiente¹⁰, na sua eficácia externa¹¹ e em temas de discriminação¹². A *Internet* e as denominadas redes sociais constituem um bem extraordinário, que abre perspectivas ilimitadas à Humanidade. Infelizmente, ela tem dado campo livre à agressividade irresponsável¹³, com novas exigências de proteção no tocante ao comércio de massas¹⁴ e aos bens envolvidos¹⁵. Colocam-se, sempre com níveis de proteção, com questões dogmáticas no plano do próprio método¹⁶ e nas dimensões funcionais¹⁷. O advento da inteligência artificial, com o inerente risco para o emprego dos juristas, coloca novos temas¹⁸. A tutela de

⁴ GIESELE RÜHL, *The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: a Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy*, JRIL 10 (2014), 335-358 (356 ss.), sublinhando a sua insuficiência e a sua falta de coesão.

⁵ NORBERT REICH, *General Principles of EU Civil Law* (2013), 37-58, quanto à proteção da parte fraca e 47 ss., quanto à tutela do consumidor.

⁶ BART W. SCHERMER/BART CUSTERS/SIMONE VAN DER HOF, *The Crisis of Consent in Data Protection*, *Ethics & Information Technology*, 2014, 1-19.

⁷ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Comentário ao Regulamento geral de proteção de dados e à Lei nº 58/2019* (2021), 690 pp., 120 ss..

⁸ FELIX WENDENBURG, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation* (2013), XX + 413 pp., especialmente 237 ss..

⁹ MATHIAS HABERSACK/MAX EHRL, *Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – de lege lata und de lege ferenda*, AcP 219 (2019), 155-210, sublinhando o fenómeno da globalização; ALEXANDER BECHTEL, *Differenzierungsansätze im Lebens-Dilemma*, Jura 2021, 14-22.

¹⁰ WOLFGANG KAHL, *Klimaschutz und Grundrechte*, Jura 2021, 117-129 (119/I).

¹¹ HENNING SCHAAF, *Drittwirkung der Grundrechte / Dogmatik und Fallbearbeitung*, Jura 2021, 249-257.

¹² HANNES LUDYGA, *Rasse als Rechtsbegriff?*, NJW 2021, 911-914.

¹³ CARSTEN KÖNIG, *Vertragliche Gestaltung der Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken*, AcP 219 (2019), 611-645.

¹⁴ MORITZ HENNEMANN, *Die personalisierte Vertragsanbahnung / Regulierungsbedarf für die digitalen Massenverkehr*, AcP 219 (2019), 818-854.

¹⁵ BERND HOLZNATEL/LORNA WOODS, *Rechtsgüterschutz im Internet / Regulierung durch Sorgfaltspflichten in England und Deutschland*, JZ 2021, 276-285.

¹⁶ KARL RIESENHUBER, *Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung?*, AcP 219 (2019), 892-923; Jan Oster, *“Information” und “Daten” als Ordnungsbegriffe des Rechts der Digitalisierung*, JZ 2021, 167-175.

¹⁷ JOHANNES UNTERREITMEIER, *Funktion und Zweckbindung der Nachrichtendienste*, JZ 2021, 175-185.

¹⁸ VERONICA R. S. HOCH, *Anwendung künstlicher Intelligenz zur Beurteilung von Rechtsfragen im unternehmerischen Bereich / Zulässigkeit, Grenzen und Haftungsfragen beim Einsatz von Legal Robots*, AcP 219 (2019), 646-707 (647 ss.).

vulnerabilidades ocorre em dimensões inovadoras da compra e venda¹⁹. A sempre presente utilização de cláusulas contratuais gerais tende para um certo alargamento (há muito previsto no Direito português), dispensando-se a multiplicidade de potenciais aderentes, a favor (apenas) da rigidez²⁰. O Direito do trabalho está sempre na linha da frente de esquemas de tutela²¹. Por seu turno, a (já) vasta literatura relativa ao *Coronarecht* disponibiliza, sempre sobre temas de tutela, neste ano de 2021, dezenas de títulos²². A problemática decorrente da vacinação presta-se, por seu turno, a interessantes análises: nos planos constitucional²³, do igual tratamento²⁴ e do Direito do trabalho²⁵. Medidas de proteção (por exemplo, no arrendamento) colocam novas áreas problemáticas²⁶.

IV. O universo apontado é inabarcável. Quedando-nos pelo Direito civil, encontramos planos de proteção no Direito das pessoas: menoridade, acompanhamento de maiores e ausência são pilares de tutelas especializadas, dirigidas a classes

¹⁹ DAVID MARKWORTH, *Die Dogmatik der Selbstvornahmetatbestände des Leistungsstörungenrechts*, AcP 219 (2019), 63-99; Jan D. Lüttringhaus, *Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei "ethischen" Produkten und öffentlichen Aussagen zur Corporate Social Responsibility*, AcP 219 (2019), 29-62; com efeito, os negócios da atualidade têm, na base, por vezes, considerando morais, como a tutela do ambiente, o comprar nacional ou o não consumir carne ou determinados tipos de carne; tudo isso deve ser acautelado.

²⁰ VEDAT BUZ, *Immer noch "allgemeine" Geschäftsbedingungen? / Kritik Gedanken zum Vielzahlkriterium nach § 305 Abs. 1 BGB*, AcP 219 (2019), 1-28.

²¹ Um apanhado da evolução recente: FRANK ZUNDEL, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2020 / Arbeitsvertragliche und individualarbeitsrechtliche Entwicklungen*, NJW 2021, 123-131; *idem*, *Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie prozessuale und kollektivarbeitsrechtliche Fragestellung*, NJW 2021, 282-286.

²² Sublinhamos, pelo seu relevo dogmático: DIRK HECKMANN/SARAH RACHUT, *Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser*, COVuR 2021, 194-200; MICHAEL FRANZENBURG, *Freiheitsbeschränkungen aus Solidarität und gegen eine Zweiklassengesellschaft*, COVuR 2021, 207-211; PETER HÄBERLE/MARKUS KOTZUR, *Die Covid-19 Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre*, NJW 2021, 132-137; OLIVER TOLMEIN, *Die Zuteilung vor Lebenschancen in der Pandemie – Medizinische Kriterien und die Rechte der Patienten*, NJW 2021, 270-274.

²³ ANNA LEISNER-EGENSPERGER, *Impfpriorisierung und Verfassungsrecht*, NJW 2021, 202-208; STEFAN SCHÄFERLING/LAUREN TONTI, *Corona-Impfstoff: Wunderwaffe oder neuer verfassungsrechtlicher Zankapfel?*, COVuR 2021, 73-77.

²⁴ FRIEDMANN KAINER, *Impfstoff und privatrechtliche Gleichbehandlung*, NJW 2021, 816-820; JÖRG KRAENER, *Corona-Schutzimpfung von hochbetagten Patienten*, NJW 2021, 350-354.

²⁵ MICHAEL FUHLROTT, *Impflicht im Arbeitsverhältnis?*, NJW 2021, 657-661; GREGOR THÜSING/LENA BLECKMANN/SEBASTIAN ROMBEY, *Impflicht des Arbeitsnehmers?*, COVuR 2021, 66-72.

²⁶ VOLKER RÖRMERMANN, *Mietrechtliche "Blitzgesetzgebung" in Pandemiezeiten / Vermutung einer Geschäftsgrundlagenstörung und Prozessbeschleunigung*, NJW 2021, 265-269.

específicas de beneficiários. Tais planos prolongam-se no Direito da família e no Direito das sucessões: séculos de esforços para tutela da materialidade subjacente na qual emergem as situações de vulnerabilidade. No Direito patrimonial, os aparentemente acéticos Direitos Reais, com princípios clássicos como os da publicidade e da tipicidade²⁷ visam, tudo visto, a tutela dos sujeitos mais frágeis. O núcleo da matéria comporta-se, finalmente, no Direito das obrigações. Aí foram, ao longo de muitos séculos, forjados os grandes princípios do Direito civil, com relevo para a autonomia privada, a boa-fé, a responsabilidade civil e a circulação livre de bens. Terá o maior relevo dogmático pesquisar, nesse imenso domínio, traços diferenciados de tutela de vulnerabilidades.

V. A análise poderia ser prolongada nos contratos. Figuras como a locação, o mútuo e as próprias compra e venda e empreitada apresentam níveis elevados de tutela das partes (em princípio) fracas. Na locação temos, em especial, uma longa experiência de vinculismo no arrendamento urbano, politicamente desenvolvido em torno da proteção dos inquilinos. Todavia, sob pena de se desembocar num tratado sobre contratos, vamos quedar a análise pelas obrigações em geral e, ainda aí, na base de alguns institutos emblemáticos: primeiro de ordem especial e, depois, de ordem geral.

2. A construção de princípios

I. Os princípios são proposições linguísticas que exprimem linhas valorativas suscetíveis de harmonização em sistema²⁸. Distinguem-se das normas: (1) estas obtêm-se pela interpretação das fontes, enquanto os princípios derivam da construção jurídico-científica²⁹; (2) as normas operam no seu campo de aplicação, em exclusividade; os princípios podem conjugar-se, no caso concreto, com normas ou com outros princípios; (3) as normas não se contradizem: outras normas (ditas de conflitos) dirão, na eventualidade de contradição, qual a prevalecente; os

²⁷ JENS THOMAS FÜLLER, *Eigenständiges Sachenrecht?* (2006), XVI + 604 pp., 13 ss..

²⁸ A noção de “princípio” varia de autor para autor: BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER/AXEL BIRK, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre*, 11ª ed. (2020), XXVIII + 627 pp., Nr. 756 ss. (467 ss.) e THOMAS M. J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 3ª ed. (2020), 321 ss., para figuras afins; damos a nossa própria noção, que se nos afigura articulável com qualquer outra; *vide* o nosso *Tratado de Direito civil*, I, 4ª ed. (2019, reimp.), 495 ss. e *passim*; referimos, aqui, apenas doutrina recente.

²⁹ FRANZ REINER, *Juristische Methodenlehre*, 2ª ed. (2020), 269 ss.; THOMAS M. J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre* cit., 3ª ed., 324 ss..

princípios podem ser contraditórios, cabendo, ao aplicador, no caso concreto, verificar qual o prevalente.

II. Os princípios são suscetíveis das mais diversas classificações³⁰: imperativos ou supletivos, efetivos ou programáticos, públicos ou privados e concretos ou indeterminados, como exemplos. Têm um papel diversificado: na exposição, na fundamentação, na complementação, no preenchimento de conceitos indeterminados e na correção de normas injustas³¹. O seu papel, no Direito privado, é reconhecido: exige-se uma dogmática responsiva, que não pode deixar de se articular com princípios³², enquanto o Direito privado faz apelo à teoria do Direito, como modo de delimitar o arbítrio e de afirmar a previsibilidade das soluções³³.

III. No presente escrito, o âmbito a considerar para a construção de princípios atinentes às vulnerabilidades que o Direito não deva ignorar é imenso. A pesquisa anuncia-se curiosa e estimulante. Recordamos, todavia, que nenhuma teoria é juridicamente válida se não for praticável, isto é: se não contribuir para a solução de casos concretos. Vamos, por isso, limitar a análise à parte geral do Direito das obrigações³⁴. A matéria – como é normal em Direito civil – não pode ser desarticulada das suas origens históricas. De resto, estas permitem apurar os contornos dos institutos aqui em jogo. A História confirma que, como motor essencial do Direito civil, desde sempre esteve a intenção normativa de proteger os fracos. Alguns institutos significativos comprovam esse ponto e facultam úteis parâmetros para a evolução subsequente. Vamos, pois, usar um método tópico por amostragem.

³⁰ ROLF WANKE, *Juristische Methodenlehre* (2020), § 5, Nr. 336 ss. (115 ss.), com algumas indicações.

³¹ A mais recente produção retoma, a esse propósito, temas eternos. CHRISTOPH-ERICK MECKE/JOCHEN HUCK, *Billigkeit im Recht oder Billigkeit versus Recht?*, AcP 220 (2020), 861-892.

³² MICHAEL GRÜNBERGER, *Responsive Dogmatik – Eine Skizze*, AcP 219 (2019), 924-942 (937 ss., referindo um pensamento sistemático em vários planos e 940 ss., quanto a uma dogmática jurídica informada por teorias).

³³ HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Anforderungen des Privatrechts na die Rechtstheorie*, em Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), 52-78 (56 ss.).

³⁴ Sem prejuízo de conservar uma visão interdisciplinar renunciada pela introdução acima realizada; vide DIETER GRIMM, *Notwendigkeit und Bedingungen interdisziplinäre Forschung in der Rechtswissenschaften* (2016), 21-34; a unidade do Direito constitui, sempre, um importante tópico argumentativo. REINHOLD ZIPPELIUS/THOMAS WÜRTEMBERGER, *Juristische Methodenlehre*, 12^a ed. (2021), XIV + 98 pp..

3. Nas origens do Direito civil

I. Descontente com os usurários e os esquemas relativos à responsabilidade por dívidas, a plebe romana abandonou a cidade e retirou-se para o monte Sacro. A reconciliação era imprescindível. Foi então decidido enviar à plebe Menénio Agripa, pessoa eloquente e estimado pelo Povo, pelas suas origens plebeias. Menénio Agripa dirigiu-se aos plebeus com a fábula seguinte³⁵:

Quando o corpo humano não formava um todo harmonioso, dispendo cada membro de uma opção e de uma linguagem próprias, todos se revoltaram contra o ventre, porque este obtinha tudo à custa do trabalho e dos serviços deles, segundo ele próprio, ocioso entre eles, nada mais fazia do que gozar das benesses que lhe eram dadas. Então todos conspiraram para que a mão não levasse mais o alimento à boca, nem a boca o recebesse, nem os dentes o mastigassem. Mas querendo dominar o ventre pela fome, os membros e o próprio corpo chegaram a um completo enfraquecimento. Entenderam, nessa altura, que o ventre não vivia na ociosidade, sendo alimentado por eles, mas antes entregando a todas as partes do corpo o sangue que dá vida e força, distribuindo-o pelas veias depois da digestão dos alimentos.

II. Este episódio, provavelmente lendário, é apontado como estando na base de reformas democráticas na Roma antiga, com reconhecimento e proteção da plebe. E foi ainda na base de reivindicações plebeias, entre 451 e 449 a. C., que os decênviros, após uma viagem à Grécia para estudar as leis de Solón, redigiram as primeiras dez das que viriam a ser as XII Tábuas³⁶. A publicação de leis preveniu o esquema anterior de um conhecimento reservado aos sacerdotes e permitiu a introdução de reformas suavizadoras. Podemos concluir que os pais fundadores do Direito romano, base dos ordenamentos ocidentais, tiveram, à cabeça, a ideia de proteger os fracos.

III. Essa proteção dos mais vulneráveis não tinha, na época, uma exteriorização expressa. De resto, faltava um sistema de exposição coerente, que apenas seria alcançado pelos jurisprudentes elegantes da primeira sistemática, no século XVI, em França. Todavia, em numerosos institutos romanos, a preocupação de tutela dos mais frágeis foi um objetivo assumido. Recordá-los permite uma maior perceção do Direito civil, no seu esforço milenário para proteger os frágeis.

³⁵ TITO LÍVIO, *Ab urbe condita* (27 a. C.), II, 32 = ed. anot. Arn. Drakenborch, Amsterdão, 1738, 1, 381-383 = ed. Immanuel Bekker, Berlim, 1829, 122; trad. livre de nossa autoria.

³⁶ *Idem*, III, 34 = ed. Arn. Drakenborch cit., 1, 674 = ed. Immanuel Bekker cit., 1, 202; quanto às duas últimas tábuas, que não chegaram a ser votadas, *idem*, III, 37 = ed. cit., 686-687 e 207, respetivamente.

II – Tópicos histórico-dogmáticos

4. *Lex Poetelia, SC Velleianum e SC Macedonianum*

I. A Tábua III ocupava-se do que hoje chamamos responsabilidade obrigacional: a sequência a dar na hipótese do inadimplemento das obrigações³⁷. O processo era, em síntese: confessada a dívida ou obtida uma condenação, seguiam-se trinta dias de benevolência (*dies iusti*); não sendo paga a dívida, ocorria a *manus iniectio* ou apreensão da pessoa do devedor, levado a tribunal; não havendo cumprimento ou não surgindo ninguém a cumpri-lo, o devedor era entregue ao credor, em cárcere privado, o qual o podia atar com grilhetas de peso não superior a quinze libras, devendo alimentá-lo com não menos de uma libra de farinha por dia; não havendo inadimplemento ou não sendo acordado o *se nexum dare* (entrega voluntária como escravo), o devedor era, no período de sessenta dias, levado a três feiras consecutivas, para que alguém pagasse; não havendo pagamento, o devedor era vendido como escravo para além do Tibre ou morto e esartejado (*partes secanto*): as *partes*, na hipótese de concurso, eram proporcionais às dívidas; mas se alguém cortasse mais do que o devido, não se considerava haver dolo³⁸.

II. A Tábua III, mau grado os laivos bárbaros que hoje apresenta, tem, toda ela, uma preocupação de tutela do devedor infeliz. O esartejamento nunca teria lugar, uma vez que o devedor praticava o *se nexum dare*. Mas a escravização do devedor manteve-se. Particularmente gravosa era a situação dos soldados que davam o seu sangue por Roma e que, de regresso, impossibilitados de pagar os impostos e as dívidas, perdiam tudo e eram conduzidos à escravidão, por vezes em condições deploráveis. Várias sublevações populares, relatadas em Tito Lívio³⁹, conduziram, em 362 a. C. (data provável) à aprovação da *lex Poetelia*

³⁷ Quanto à reconstituição da Tábua III, cuja lei V é conhecida por citações: OKKO BEHRENDTS, *Der Zwölfstafelprozess / Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* (1974), X + 228 pp., 137 ss.; DIETER FLACH/ANDREAS FLACH, *Das Zwölfstafelgesetz / Leges XII tabularum* (2004), VIII + 242 pp., 70 ss., com comentários, 190 ss., com a importante recensão de FRANZ HORAK, *Kreditvertrag und Kreditprozess in den Zwölfstafeln*, SZRom 93 (1976), 261-286; MICHEL HUMBERT, *La loi des XII Tables / Edition et commentaire* (2018), 952 pp., 125 ss.; entre nós: SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano / Introdução, fontes*, 3ª ed. (1980), 185 ss..

³⁸ FEODOR KLEINEIDAM, *Die Personalexekution der Zwölfstafeln* (1904), IV + 285 pp., § 28 (251), quanto a *partes secanto*; MAX KASER/KARL HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed. (1996), § 20, VII (142-144).

³⁹ Vide indicações no nosso *Da boa fé no Direito civil* (2020, 8ª reimp.), 63, nota 46.

*Papiria de nexis*⁴⁰, a qual pôs termo ao *se nexum dare* e, daí, à escravização ou à morte do devedor inadimplente⁴¹.

III. As garantias em Roma, designadamente a *fideicomisso*, antepassada da nossa fiança, eram muito agressivas: não havia, ainda, o *beneficium excussionis*, surgido apenas no século V, por influência cristã. O Senado, sensibilizado para o problema, decidiu proteger as mulheres, através de um *senatus consultum*, proposto pelo Cônsul Velleius, provavelmente datado de meados do séc. I d. C.⁴². Esse SC, nos dizeres de Ulpiano⁴³, decidiu que:

(...) no que respeita a fianças e à concessão de mútuos a favor de outrem, nos quais subingressavam mulheres (...), nem uma pretensão do garantido nem uma ação contra a mulher seriam concedidas, porque não seria équo que as mulheres assumissem os negócios dos homens e ficassem adstritas a vinculações desse tipo (...)

Esta medida, que subsistiu durante séculos, aflorando ainda no artigo 819º do Código de Seabra (1867), é considerada ambígua: protegendo aparentemente as mulheres, ela vinha assegurar que as mesmas se mantivessem fora do âmbito dos negócios.

IV. De acordo com um relato de Roma, o jovem Macedo levaria uma vida dissoluta, tendo ficado crivado de dívidas. Ameaçado pelos seus credores, planeou

⁴⁰ FEODOR KLEINEIDAM, *Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia* (1905), 30 pp.; JEAN IMBERT, “*Fides*” et “*nexum*”, St. Arangio-Ruiz (1953), 339-363 (342 e *passim*); MAX KASER/KARL HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed. (1996), § 20, VII.2 (145), com indicações.

⁴¹ A prisão por dívidas manteve-se, durante muitos séculos, vindo a ser abolida, progressivamente, nos diversos países, no séc. XIX (entre nós, em 1774).

⁴² MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, 1 – *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2ª ed. (1971), § 156 (667): sobre esse tema, cumpre citar, além das antigas, como L. D. KATTENHORN, *Veber Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten* (1840), IV + 220 pp., quatro monografias incontornáveis: JOSEPH VON EDLINGER, *Die Voraussetzung des Senatusconsultum Velleianum* (1929), II + 47 pp.; HEINRICH VOGT, *Studien zum Senatus Consultum Velleianum* (1952), VI + 88 pp., com rec. HANS KRELLER, SZRom 72 (1955), 400-406, apreciativo; DIETER MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum* (1957), VIII + 143 pp., com rec. Hans-Erich Kaden, SZRom 75 (1958), 422-426, também apreciativo; ULRIKE MÖNNICH, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften / Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatbeschuß* (1999), XXVII + 183 pp.. Como obras mais gerais: CHRISTIAN FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie* (2010), 45 ss. e, entre nós, com indicações: JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida* (2000), 531 ss..

⁴³ ULPIANO, D. 16.1.2.1 = ed. Okko Behrends e outros, *Corpus iuris civilis* (bilingue) (1995), III, 307-308, em trad. livre nossa, na base de Behrends e de Ulrike Mönnich, *Frauenschutz* cit., 37.

matar o próprio pai, para receber a herança⁴⁴. Chocado, o Senado, ao tempo de Vespasiano (69-79 d. C.), adotou um *senatus consultum* – o SC Macedoniano – o qual proibiu a concessão de mútuos a filhos-famílias. Esta medida, presente nas Ordenações⁴⁵, constava ainda do anteprojeto de Vaz Serra, quanto à fiança⁴⁶. Hoje, está absorvida pelos preceitos relativos à (in)capacidade dos menores.

V. Muitas outras medidas pontuais de proteção de pessoas vulneráveis podem ser apontadas no Direito romano clássico. No seu conjunto, elas inserem, nas raízes profundas do Direito civil, uma ideia de tutela dos fracos. Em termos atualistas, elas podem ser tomadas como pontos de partida para a construção de princípios.

5. A influência cristã nas garantias, na cessão de créditos e na lesão

I. Na sequência de Constantino (312 d. C., data oficial da sua conversão), os imperadores romanos adotaram o Cristianismo. Essa orientação, designadamente no Oriente, foi uma fonte de diversas medidas de proteção aos intervenientes mais vulneráveis e que hoje subsistem. Uma primeira vertente relativa a esta tendência foi a das garantias. Estas são, potencialmente, muito gravosas: o garante, levado porventura por um sentimento momentâneo de simpatia ou de benevolência, pode afiançar, com isso envolvendo todo o seu património. As crises do final do Império do Ocidente levaram o legislador a intervir. Uma Novela de Justiniano de 535⁴⁷ veio estabelecer o *beneficium excussionis*. Este benefício, pelo qual o fiador podia deter a investida do credor garantido enquanto não se mostrassem excutidos todos os bens do devedor principal, atravessou os séculos, foi consignado nos códigos do racionalismo jurídico, como o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756)⁴⁸ e o *Allgemeines Landrecht* Prussiano (1794)⁴⁹. Daí decorre

⁴⁴ DAVID DAUBE, *Did Macedo murder his father?*, SZRom 65 (1947), 261-311 (274 ss.); MAX KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, 2ª ed., § 124, II (532); ANDREAS WACKE, *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft / Der Macedonische Senatsbeschluß in Theorie und Praxis*, SZRom 112 (1995), 239-329 (245 ss.), quanto à origem e ao funcionamento deste instituto.

⁴⁵ *Ord. Fil.*, Liv. IV, tit. 50, § 2 = ed. Gulbenkian, 4-5, 843/II.

⁴⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e figuras análogas*, BMJ 71 (1957), 17-183 (56 e 292).

⁴⁷ Nov. 4,1 = *Corpus iuris civilis*, III, *Novellae*, ed. Rudolf Schoell (1895), 24-25; na trad. alemã de Carl Eduard Otto/Bruno Schilling/Carl Friedrich Sintenis, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt*, VII (1830), 29-30.

⁴⁸ CMB Parte IV, cap. 10, § XI; vide Wiguläus X. A. FREYHERRN VON KREITTMAYER, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem*, IV, 9ª ed. (1821), 565 ss..

⁴⁹ ALR, 1, Tit. 14, § 283; vide A. J. MANNKOPFF, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, I (1837), 140.

a regra da subsidiariedade das garantias, fundamental para a tutela do garante: isso ao ponto de ser considerada um elemento imanente e inerente ao Direito civil⁵⁰. Hoje, encontramos-na no artigo 638º do nosso Código Civil.

II. A cessão de créditos, após uma evolução prolongada, foi admitida no Direito romano pós-clássico, com ou sem o consentimento do devedor⁵¹. Surgiam dois problemas: o da venda de créditos a poderosos, em condições desfavoráveis, mercê da especial influência destes e o das cessões feitas por baixo preço, por força de situações de carência de pequenos credores. A influência cristã jogou: os imperadores Honório e Teodósio proibiram, no ano de 422, as cessões a um *potentior* (mais poderoso)⁵². Esta solução passou à História como lei ou remédio Teodosiano, surgindo, ainda hoje, no artigo 579º do Código Civil, como proibição de cessão de créditos litigiosos a pessoas com poderes no processo⁵³. Quanto às vendas de direitos por baixo preço, mercê de prementes necessidades do credor, acudiu o remédio Anastasiano: uma Lei do Imperador Anastásio, de 506, permitiu que o devedor se liberasse do seu crédito pagando, ao cessionário, apenas o preço pelo qual ele houvesse adquirido o direito em causa⁵⁴. Esta solução, ainda presente nos clássicos da pré-codificação⁵⁵, foi ponderada por Vaz Serra⁵⁶. Não passou ao Código Civil de 1966, por influência italiana: poderia prejudicar a circulação dos créditos, com danos para o comércio. Fica, todavia, como mais um exemplo histórico de tutela dos vulneráveis.

⁵⁰ JOSEPH UNGER, *Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurf*, JhJb 29 (1890), 1-28 (14-15); vide HANS-PETER HAFERKAMP, no *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, III – *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 2, §§ 657-853 (2013), §§ 765-778, Nr. 60-72 (2294-2304).

⁵¹ ERNST LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (1956), XX + 384 pp., 149 ss.; MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, 2 – *Die nachklassischen Entwicklungen*, 2.ª ed. (1975), § 276, I, 2 (452), com indicações.

⁵² C. 2.13.2 = *Corpus iuris civilis*, II, ed. Paul Krüger, 106/II; vide MAX KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 2, 2.ª ed., § 276, I, 3 (453).

⁵³ CIDP / *Código Civil Comentado*, II (2021), 694 ss..

⁵⁴ C. 4.35.22 = ed. Paul Krüger II (1895), 175/II; GUIDO ASTUTI, *Cessione (storia)*, ED VI (1960), 805-821 (809/II); CHRISTIAN HATTENHAUER, HKK/BGB cit., II/2, §§ 398-413, Nr. 10 (2298-2299). Quanto à Lei Anastasiana, FERDINAND REGELSDORFER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, AcP 63 (1880), 157-207 (160).

⁵⁵ J. H. CORREIA TELES, *Digesto* cit., 3, 94 (artigos 661.º e 662.º); M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições* cit., § 156 (1, 105-106).

⁵⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, BMJ, número especial (1955), 9-374 (46-54).

III. A influência cristã esteve presente no instituto da lesão. Na origem, a célebre “lei segunda”: um rescrito dos imperadores Diocleciano e Maximiano, de 286 d. C. que permitia, quando um fundo fosse vendido por baixo preço, que o vendedor anulasse o negócio ou que o comprador o consolidasse, pagando a cifra em falta⁵⁷. Na evolução subsequente, diversas recolhas de leis precisaram a doutrina da “lei segunda”, sublinhando a sua consistência em face do espírito cristão. Presente no *Brachylogus* (recolha de Direito romano vulgar dos séculos XI ou XII⁵⁸), ela deu azo, pela pena do glosador Hugolinus (1216), à *laesio enormis*⁵⁹. Ocorreria quando um imóvel fosse vendido por menos de metade do seu valor (*ultra dimidium*)⁶⁰. O canonismo, nos primeiros textos do século XII, não reconhecia esse instituto⁶¹. Depois, recebeu-o dando-lhe substância e alcance. Na origem, Santo Ambrósio (340-397) considerou que é pecado contratar por um preço que não seja o justo. A doutrina da justiça distributiva, de raiz aristotélica, divulgou-se⁶², dando corpo a uma conceção de “preço justo”, depois retomada ao longo dos séculos. S. Tomás de Aquino (1225-1274) conferiu, ao respeito pelo preço justo, uma cobertura ética mais precisa. Explica⁶³:

Et ideo carius vendere aut vilius emere rem quam valeat, est secundum se iniustum et illicitum.

⁵⁷ Com indicações: ALESSANDRO PICCIRILLO, *Rescissione (diritto romano)*, NssDI XV (1968), 573-579; WOLFGANG GEORG SCHULTZE, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte* (1973), XXXIII + 144 pp., 4 ss.; KLAUS RÜHLE, *Das Wucherverbot/effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?* (1978), 129 pp., 25 ss.; THEO MAYER-MALY, *Renaissance der laesio enormis?*, FS Larenz 80. (1983), 395-409 (395 ss.); SEVERINO CAPRIOLI, *Rescissione (storia)*, ED XXXIX (1988), 933-966; CHRISTOPH BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik/Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB* (1993), XIII + 287 pp., 10 ss., com rec. Elisabeth Koch, SZGerm 113 (1996), 623-625; MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht / Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten* (2010), XXXV + 507 pp., 45 ss..

⁵⁸ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2, 2.^a ed. (1834), § 88 (251 ss.); RENÉ DEKKERS, *La lésion enorme / Introduction à l'histoire des sources du droit* (1937), 176 pp., 43.

⁵⁹ Hugolinus foi um glosador da escola de Bolonha, que terá vivido nos finais do século XII, inícios do século XIII; *vide*, com indicações, HERMANN LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, I – *Die Glossatoren* (1997), § 31 (271-278).

⁶⁰ Outras indicações: REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations / Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996), LXIV + 1241 pp., 259 ss..

⁶¹ CHRISTOPH BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., 17-18.

⁶² MARGARETHE BECK-MANNAGETTA, *Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre*, FS Theo Mayer-Maly 65. (1996), 73-80 (74 ss.).

⁶³ TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologica*, II/2, Quaestio LXXVII, Art. I (utrum aliquis licite vendere rem plus quam valeat = *Opera omnia*, ed. Leão XIII, vol. IX (1897), 147/II.

O pensamento cristão veio enriquecer a *laesio* com elementos subjetivos⁶⁴: a culpa, o aproveitamento da necessidade ou o erro. Os canonistas alargaram o instituto a outros contratos, para além da compra e venda. Além disso, apuraram uma *laesio enormissima*: o que resultasse de o preço nem atingir um terço do valor da coisa⁶⁵. A lesão manteve-se, como instituto, ao longo da História. Ainda hoje surge no artigo 157º do Código Civil brasileiro de 2002. Em Portugal, ela deu corpo ao instituto dos negócios usurários: artigos 282º a 284º do Código Civil⁶⁶

6. As limitações aos juros

I. A prática dos juros nos mútuos tem raízes na Antiguidade. E já na Antiguidade, os legisladores tomaram medidas de defesa dos fracos: a natureza humana e as leis implacáveis da economia levam a que os vulneráveis contraíam os juros mais elevados, sob pena de não conseguirem empréstimos imprescindíveis. Em Roma, usava-se a *centesima usura*: 1% ao mês, o que dava 12% ao ano⁶⁷. Tinha aplicação supletiva e operava como limite máximo, segundo as XII Tábuas⁶⁸. A medida caiu em desuso, o que causou problemas sociais em Roma. No ano de 89 a. C., o pretor Asélio decidiu proceder em juízo, para restabelecer o limite, vindo a ser assassinado. O Senado ofereceu uma recompensa a quem testemunhasse o sucedido: ninguém apareceu. Os usurários teriam a mão longa⁶⁹. Seguiram-se as *leges fenebres*, com relevo para a *lex Cornelia Pompeia unciaria*, de 88 a. C.⁷⁰, a *lex Marcia de fenore*, de 104 d. C.⁷¹ e a *lex Porcia fenebris*, de 118 d. C.⁷². Ao longo do período clássico, as *centesimae usurae*, equivalentes a 12% anuais, mantiveram-se, não sendo admitidos

⁶⁴ CHRISTOPH BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., 83; vide RENÉ DEKKERS, *La lésion enorme* cit., 66 ss..

⁶⁵ WOLFGANG GEORG SCHULTZE, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte* (1973), XXXIII + 144 pp., 17.

⁶⁶ CIDP / *Código Civil Comentado*, I (2020), 826-836.

⁶⁷ MAX KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, 2.ª ed., § 116, III, 2 (497); REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 166.

⁶⁸ Tábua VIII, 18; vide MICHAEL HUMBERT, *La loi des XII Tables* cit., 578 (*unciarium fenus*), com indicações: este ponto é discutido.

⁶⁹ APPIANO (DE ALEXANDRIA), *Bellorum civilium, Liber primus*, LIV = Appian von Alexandria, *Römische Geschichte*, II – *Die Bürgerkriege*, trad. Otto Veh (1989), 48-49.

⁷⁰ GIOVANNI ROTONDI, *Leges publicae populi Romani/Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani* (1912), VII + 522 pp., 344.

⁷¹ *Idem*, 326.

⁷² *Idem*, 320.

juros de juros⁷³. Alexandre Severo recomendou aos senadores as *usurae dimidiaae centesimae* (6%), parece que sem grande êxito. A limitação legal foi sempre uma regra, ainda que não cumprida. Sob influência do Cristianismo, Justiniano baixou o limite máximo dos juros para 6%, sendo de 4% para os senadores⁷⁴.

II. A injustiça, para os pobres, de juros elevados motivou as três grandes religiões do Ocidente: a judaica, a cristã e a islâmica. Trata-se, curiosamente, da área jurídica patrimonial que mais implicações religiosas conheceu, ao longo da História, com interações entre as várias religiões⁷⁵: havia que proteger os fracos. No que toca ao credo judaico, diz-se, no Deuteronomio⁷⁶:

Ao teu irmão não emprestarás com juros, nem dinheiro, nem comida, nem qualquer coisa que se empreste com juros.

Ao estranho emprestarás com juros, porém ao teu irmão não emprestarás com juros; para que o Senhor teu Deus te abençoe em tudo que puseres a tua mão, na terra que vais possuir.

O Levítico retoma⁷⁷:

E quando o teu irmão empobrecer e as suas forças decaírem, então sustentá-lo-ás, como estrangeiro e o peregrino viverá contigo.

Não tomarás dele juros nem ganho; mas do teu Deus terás temor, para que o teu irmão viva contigo.

Não lhe darás o teu dinheiro com usura, nem lhe darás do teu alimento por interesse.

Destas passagens, inferiu-se que os judeus não podiam emprestar a juros entre si; poderiam todavia fazê-lo a não-judeus: não seriam “irmãos”. Ao longo da História, esta interpretação levou a que, durante muitos séculos, o comércio bancário fosse confiado a pessoas de credo judaico.

⁷³ ULPIANO D. 12.6.26.1 = ed. THEODOR MOMMSEN, 170/II.

⁷⁴ C. 4.32.26.2 = ed. PAUL KRÜGER cit., 173/I; *vide* indicações em REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 168-169.

⁷⁵ FABIAN WITTECK, *Interaktion religiöser Rechtsordnungen/Rezeptions- und Translationsprozesse dargestellt am Beispiel des Zinsverbots in den orientalischen Kirchenrechtssammlungen* (2009), 317 pp..

⁷⁶ *Deuteronomio*, 23, 19; 23, 20.

⁷⁷ *Levítico*, 25, 35; 25, 36; 25, 37.

III. Nos Evangelhos, embora de modo menos veemente, os juros também eram vedados. Assim, segundo S. Lucas⁷⁸, Jesus pregou:

Amai, pois, os vossos inimigos e fazei o bem, emprestando sem nada esperar, pois será grande a vossa recompensa e sereis filhos do Altíssimo; porque ele é benigno até para com os ingratos e maus.

Os protestantes contrapuseram a parábola dos talentos⁷⁹. O Cristianismo das origens era, todavia, igualitário e amigo dos pobres: visceralmente contrário a juros e, por maioria de razão, a juros excessivos. Esse ideário foi reforçado pela tradição aristotélica⁸⁰.

IV. O Cristianismo, desde cedo, tomou posição contrária aos juros. O Concílio de Elvira (cerca de 305)⁸¹, no seu cânone XX, decidiu⁸²:

Si quis Clericorum detectus fuerit usuras accipere, placuit eum degradari et abstinere. Si quis etiam laicus accepisse probatur usuras, et promiserit correctus jam

⁷⁸ S. Lucas, 6, 35; em latim, *mutuum date nihil inde sperantes*.

⁷⁹ S. Mateus, 25, 14-30; diz-se a 27:

Devas então ter dado o meu dinheiro aos banqueiros e, quando eu viesse, receberia o meu com os juros.

Afigura-se, porém, não ser esse o sentido literal do Evangelho: os talentos referem-se às qualidades de cada um e não a aplicações de capital.

⁸⁰ ARISTÓTELES, *Politica*, Liv. I (1257 b) = ed. bilingue grego/italiano de Roberto Radice/Tristano Gargiolo (2014), 35. Diz Aristóteles:

(...) a moeda surge como uma realidade inconsistente totalmente convencional, sem qualquer relação com a natureza, porque se aqueles que a usam modificarem o seu valor, ela perde qualquer eficácia e utilidade na aquisição dos bens necessários, sucedendo que um rico em dinheiro careça do alimento necessário. Por certo é bem estranha aquela riqueza que faz morrer de fome aquele que dispõe dela em abundância, tal como o Midas que, vítima da sua insaciabilidade, conseguiu, segundo o mito, que tudo o que pusesse na frente se transformasse em ouro.

Em Aristóteles, *Politics*, Book I and II, trad. e com. Trevor J. Sanders (1995), 14; *vide* o comentário ob. cit., 92. Quanto às origens da usura e da sua condenação, refira-se WILHELM ENDEMANN, *Uebersich über die Geschichte der Wucherlehre*, in *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre bis Gegen Ende des Siebenzehnten Jahrhunderts*, 1 (1874), XII + 471 pp., 7-71 (9 ss.).

⁸¹ Elvira (Eliberis) ficaria na região da atual Granada; o Concílio de Elvira, onde participaram os bispos de Évora e de Faro, foi o primeiro da Hispânia romana; *vide* CARL JOSEPH VON HEFELE, *Conciliengeschichte/Nach Den Quellen Bearbeitet*, 1, 2.^a ed. (1873), X + 844 pp., § 13 (148 ss.); esta obra, da qual existe uma tradução francesa, constitui ainda hoje uma referência para o estudo dos sínodos e dos concílios.

⁸² Versão retirada de CARL JOSEPH VON HEFELE, *Conciliengeschichte* cit., 1, 2.^a ed., § 13 (163).

se cessaturum, nec ulterius exacturum, placuit ei veniam tribui; si vero in ea iniquitate duraveraverit, ab ecclesia esse propiciendum [se algum clérigo for detetado envolvido em usura, deve ser censurado e afastado; se se mostra que um leigo aceita usuras e promete cessar essa prática, pode ser perdoado se fizer penitência; se preservar nessa iniquidade, seja expulso da Igreja].

O Concílio de Arles (314)⁸³ fixou, no seu cânone (*ut clerici foeneratores excommunicentur*) XII:

De ministris qui foenerant, placuit eos, juxta formam divinitus datum, a communione abstineri [Quanto aos clérigos que emprestam a juros, atentando contra as regras divinas, que sejam excluídos da comunhão].

O Concílio de Niceia (325)⁸⁴, no seu cânone XVII, afirmou⁸⁵:

Quoniam plerique qui in canone recensentur, avaritiam et turpem quaestum sectantes obliviscuntur divinae scripturae dicentis: pecuniam suam non dedit ad usurum, et foenerantes centesimas exigunt; aequum censuit sancta synodus, ut si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras sumere ex mutuo, vel aliter eam rem consecrari, vel rescupla exigere, vel omnino aliquid aliud excogitare turpis lucri gratia, e clero deponatur [dado que muitos são escolhidos para o clero seguindo a avareza e a cobiça por lucros e esquecendo a divina escritura que diz: não darás o teu dinheiro a juros e emprestam o dinheiro exigindo o centésimo, o santo sínodo entende, depois deste decreto, quem for achado em usura, ou se por via secreta pedir tudo e mais a metade ou excogitar qualquer outra via para obter lucros torpes deve ser removido do clero].

V. Estes cânones marcaram o jovem Cristianismo e a evolução subsequente. S. João Crisóstomo (347-407) chegou a afirmar:

⁸³ O Concílio de Arles, no Sul da França, foi convocado a pedido do Imperador Constantino para ultrapassar a heresia de Donatus; o texto aprovado pode, igualmente, ser confrontado em CARL JOSEPH VON HEFELE, *Conciliengeschichte* cit., 1, 2.^a ed., § 15 (211), quanto ao cânone XII.

⁸⁴ O Concílio de Niceia, na Bitínia (atual Turquia), também convocado pelo Imperador Constantino, visou, no fundo, estabelecer a unidade do Cristianismo, ameaçada por várias cisões, com relevo para a de Arius; *vide* HEFELE, ob. cit., §§ 18 ss. (252 ss.).

⁸⁵ O texto do cânone XVII, no original grego, com tradução em alemão, pode ser confrontado em CARL JOSEPH VON HEFELE, *Conciliengeschichte* cit., 1, 2.^a ed., § 42 (421).

(...) homo mercatur vix aut nunquam potest Deo placere. Et ideo nullus Christianus debet esse mercator aut si voluerit esse, propiciatur de ecclesia Dei [o comerciante nunca pode agradar a Deus. E assim nenhum cristão deve ser mercador ou, se o quiser ser, é afastado da Igreja de Deus].

Diversos concílios subsequentes⁸⁶ mantiveram e reforçaram as proibições: sinal de que a prática dos juros se mantinha.

VI. O Direito canónico vedou os juros. Nas Decretais de Gregório IX⁸⁷:

Manifesti usurarii ad communionem altaris et ecclesiasticam sepulturam, et obligationem offerendam admitti non possunt et clerici, contra hoc facientes, puniuntur, ut hic dicitur. [Os usurários patentes não podem ser admitidos à comunhão do altar, à sepultura da Igreja e à oferta de oblações: e os clérigos que atuem contra isso sejam punidos da mesma forma.]

Todavia, o desenvolvimento do comércio medieval, em especial após as Cruzadas, veio, por várias vias, requerer a remuneração do capital. Esta remuneração era conseguida através de expedientes. Como exemplo, é apontado o *contractus mohatrae*⁸⁸: são celebrados dois contratos de compra e venda, de sinal contrário: o vendedor recebe dinheiro e, mais tarde, recompra mais caro; a diferença traduz a remuneração do capital. Também o censo era usado, particularmente em Portugal: constituía-se, mediante um capital, um ónus censítico ou enfiteútico: o beneficiário ficava a pagar uma renda que, de facto, traduzia a remuneração do capital⁸⁹.

⁸⁶ Em ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Traité de l'usure* (1766), n.º 65 = em *Ceuvres de Pothier*, 5 (1847), publ. JEAN-Joseph Bugnet, 63-100 (69-70), podem ser confrontadas várias indicações.

⁸⁷ *Decretalis Gregoris* (1234), IX, Lib. V, tit. XIX, Cap. III = *Corpus iuris canonici*, II, ed. Heinrich Boehmer (1746), 777; vide MAX NEUMANN, *Geschichte des Wuchers in Deutschland bis zur Begründung der heutigen Zinsengesetze (1654) aus Handschriftlichen und gedruckten Quellen* (1865), XVI + 638 pp., 12 ss.. No tocante às posições da Igreja relativamente à prática dos juros temos, como obra de referência, JOHN T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury* (1957), XII + 432 pp., 11 ss. (doutrina básica e desenvolvimento), 44 ss. (teólogos), 51 ss. (S. Tomás), 193 ss. (teoria escolástica).

⁸⁸ *Mohatra* provém do árabe *mohatarah*, que significa assumir risco; vide HENRICUS GREGORIUS, *Dissertatio de mohatra contractu* (1672), 24 pp.; MAX KASER, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten "contractus mohatrae"*, em Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz 1 (1964), XXVII + 606 pp., 74-82.

⁸⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Raízes do censo consignativo/Para a história do crédito medieval português* (1961), *passim*; referimos ainda WILHELM ENDEMANN, *Der Rentenvertrag*, em *Studien cit.*, II (1883), XIII + 423 pp., 103-157, JOHN T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury cit.*, 230 ss. e WERNER OGRIS, *Der mittelalterliche Leibrentenvertrag: ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Privatrechts* (1961), 311 pp., 99 ss. (surgimento na alta Idade Média), 109 ss. (significado

VII. A inadmissibilidade dos juros consta ainda do Corão⁹⁰. Determina-se, aí⁹¹:

(...) Deus permitiu a venda, mas proibiu a usura (...)

A banca islâmica tem desenvolvido diversos tipos de negócios que permitem financiamentos, sem implicar juros. Designadamente: a compra com revenda por um preço superior; o financiamento com partilha de lucros; os empreendimentos mistos. Há, ainda, que atentar no tipo de empreendimento em jogo: negócios relativos a álcool ou a carne de porco não são aceitáveis⁹².

VIII. A reforma protestante alterou a posição tradicional quanto aos juros. Calvino explica que os Livros Sagrados apenas proíbem a usura feita aos pobres⁹³. Diversos autores, particularmente em França⁹⁴, retomaram o tema da admissibilidade dos juros: seriam uma retribuição e não um lucro (*usura non est lucrum sed merces*). Os Estados protestantes vieram admitir os juros. Foram seguidos, mais tardiamente, pelos Estados do Sul. A demora terá, entre outros fatores, dificultado o seu desenvolvimento.

económico), 133 ss. (posição do dador), 150 ss. (posição do tomador), 193 ss. (duração) e 213 ss. (cumprimento).

⁹⁰ Cotejamos as seguintes traduções: *Alcorão Sagrado/O significado dos versículos*, trad. port. Samir Al Hayek (1994); *The Qur'an/A new translation*, trad. ingl. Abdel Haleem (2005, reimp., 2008); *Der Koran*, trad. al. Max Henning (2006); *Le Saint Coran*, trad. francesa. intr. Lyess Chacal (2005).

⁹¹ Alcorão, 2, 275. As traduções variam; figura, no texto, a alemã: *Der Koran* cit., 65. Quanto à proibição islâmica dos juros: FABIAN WITTECK, *Interaktion religiöser Rechtsordnungen* cit., 64 ss..

⁹² Em geral: GABRIELLA GIMIGLIANO/GENNARO ROTONDO (org.), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea* (2006), 243 pp.; ISMAIL KARADÖL, *Islamic Banking/Alternatives Bankensystem* (2009), 96 pp.; DANIEL ECKE, *Islamic Banking/Grundlagen und Potenzial in Deutschland* (2012), 112 pp..

⁹³ PASCALINE DEPOUHON, *La légitimité du prêt à intérêt chez Jean Calvin*, disponível na Net.

⁹⁴ CARLUS MOLINAEUS (Charles Dy Molin), em *Tractatus commerciorum et usurarum reddituumque pecunia constitutorum monetarum: cum nova et analytica explicatione*, ed. Veneza (1576), 516 ss. (*usurae sunt fructus pecuniae*); CLAUDIUS SALMASIUS (Claude Saumaise), *De usuris liber*, ed. Lugdunum Batavorum (Leiden) (1638), 686 pp.; vide vários elementos em RAYMOND-THEODORE TROPONG, *Traité de l'usure* cit., nº 112-127 = em *Oeuvres* cit., 93-98; e em JOHN T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury* cit., 365 ss. (Calvino), 367 ss. (Dumoulin) e 370 ss. (Salmasius); REINER FRANKE, *Die Entwicklung des (Darlehens-)Zinses in Frankreich: Eine rechts- und wirtschaftsgeschichtliche Untersuchung von der kanonischen Usurlehre des 13. Jahrhunderts bis zur Französischen Revolution* (1996), 162 pp., 94 ss. (101, Melanchton e Calvino e 105 ss., Dumoulin). A análise prossegue com John Law (114) e com os fisiocratas (119 ss.), relevando Turgot (136 ss.). Tudo isso preparou o advento das soluções liberais subsequentes.

IX. As regras canônicas cedo contagiaram o Direito civil. No ano de 789, a capitular de Carlos Magno *Admonitio Generalis* veio reatar, no artigo V, o cânone XVII do Concílio de Niceia. Em França, Filipe o Belo, em 8 de dezembro de 1312, veio dizer⁹⁵:

(...) declaramos que temos reprimido e proibido e que reprimimos e proibimos ainda qualquer tipo de usuras (...)

A proibição foi mantida na Ordenança de Blois (1579, sob Henrique III) e por disposições subsequentes.

X. No campo dos juristas católicos, especialmente em França, surgiram alguns autores em defesa da usura, mormente no comércio⁹⁶. Mas a proibição manteve-se, com pequenas aberturas⁹⁷: designadamente quanto a juros compensatórios e a juros moratórios. Muito ventilada era a contraposição, de base romana, entre mútuos civis, essencialmente gratuitos e mútuos entre comerciantes, de tipo oneroso, visto que permitiam lucros para todos os intervenientes.

XI. Na Alemanha, leis imperiais de 1600 e 1654 vieram admitir juros. Fizeram-no apenas para a hipótese de moras; todavia, a jurisprudência alargou a sua admissibilidade aos casos em que houvesse um acordo nesse sentido⁹⁸. Esse acordo presumir-se-ia no caso do *foenus* e, portanto, em contratos com comerciantes e banqueiros. A pandectística, com o regresso ao Direito romano, voltou a exigir um acordo expresso⁹⁹. Quanto ao montante: no pico do liberalismo, no século

⁹⁵ Com diversas indicações: ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Traité de l'usure* n.º 67 ss. = em *Œuvres* cit., 5, 70 ss..

⁹⁶ *Idem*, n.º 68 ss. = *Œuvres* cit., 5, 72 ss..

⁹⁷ O próprio POTHIER, *Traité de l'usure* n.º 117 ss. = em *Œuvres* cit., 5, 93 ss., admitiu “interesses compensatórios”, a não confundir com usura lucrativa: visariam, apenas, indemnizar o credor pelo prejuízo sofrido mercê da privação do capital.

⁹⁸ SIEGBERT LAMMEL, no HKB/BGB cit., III/1, §§ 488-512, Nr. 18 (346). No tocante à usura no espaço germânico, às suas proibições e às exceções admitidas, cumpre ainda referir: MAX NEUMANN, *Geschichte des Wuchers in Deutschland* cit., 28 ss. (recepção do canonismo), 53 ss. (fontes até ao séc. XVI), 177 ss. (exceções), 212 ss. (censo), 292 ss. (judeus), 348 ss. (cambistas) e 506 ss. (empresas); WILHELM ENDEMANN, *Das Darlehen*, em *Studien* cit., II, 357-380, 359 ss. (proibição dos juros) e 366 ss. (exceções); WINFRIED TRUSEN, *Spätmittelalterliche Jurisprudenz und Wirtschaftsethik/Dargestellt na Wiener Gutachten des 14. Jahrhunderts* (1961), 245 pp., 57 ss..

⁹⁹ HEINRICH DERNBURG/JOHANNES BIERMANN, *Pandekten*, II – *Obligationenrecht*, 7.ª ed. (1903), § 29, I, 1 (85).

XIX, os juros eram os combinados, tendo chegado aos 100%. O legislador reagiu. Uma Lei prussiana de 24 de maio de 1880 veio incriminar os juros superiores ao permitido, num esquema que passou ao Código Penal¹⁰⁰.

XII. Em França, o mútuo a juros foi autorizado pela Lei de 3-12 de outubro de 1789. Fixava-se um juro de 5%. Todavia, a evolução subsequente, com a crise financeira e económica fez disparar os juros, mau grado medidas restritivas adotadas pela Convenção. Na preparação do Código Napoleão, era entendimento comum o de que os juros deviam ser admitidos; discutiu-se, porém, se a lei podia apor limites ou se o assunto ficava a cargo das partes. Prevaleceu a primeira opção, ainda que o Código se tenha limitado a remeter para os “limites legais”. Após muitas dúvidas sobre esses limites, uma Lei de 3 de outubro de 1807 fixou a taxa legal, em 5%, para mútuos civis e 6%, para os comerciais: taxas máximas.

Na evolução posterior francesa: a partir de 1886, fixou-se a liberdade total de juros, em matéria comercial e, a partir de 1918, também para a civil. Em 1935, regressou-se à limitação, mas com referência a uma taxa média, para operações idênticas; o método manteve-se no Código do Consumo de 1966, com um patamar de usura acima de um terço da taxa média praticada pelos bancos; Leis de 2003 e de 2005 suprimiram os limites para as empresas, adotando-os apenas para operações com não-profissionais; as taxas são fixadas semestralmente pelo Ministério da Economia¹⁰¹.

Na Alemanha, não há limite máximo. Os juros legais estão fixados, no § 288 do BGB, em 5%. As partes podem acordar juros superiores, até ao limite da usura, fixada no § 138, de acordo com múltiplas variáveis¹⁰².

XIII. A História, por vezes, é um permanente recomeçar. Não obstante, o percurso de milénios feito pelo tema dos juros permite optar pelas suas legitimidade e utilidade¹⁰³. O crédito está na base do desenvolvimento: permite canalizar investimento e faculta, às pessoas de menores posses, a elevação do nível de vida. O

¹⁰⁰ Vide o nosso *Tratado de Direito civil*, II, 5.ª ed. (2021), 481, onde a matéria é referida a propósito dos negócios usurários.

¹⁰¹ Com indicações: ALAIN BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civilis et commerciaux*, 12.ª ed. (2017), n.º 841 (562-563).

¹⁰² ROLF SACK/PHILIPP S. FISCHINGER, no *Staudingers Kommentar zum BGB*, I, §§ 134-138 (2017), § 138, Nr. 145 ss. (413 ss.), quanto aos elementos subjetivos, bem como JÜRGEN ELLENBERGER, no *Palandt / Kommentar zum BGB*, 80ª ed. (2021), § 138, Nr. 69-73 (151).

¹⁰³ Vide ROBERT SECKELMANN, *Zinsrecht/Das Problem, dessen Lösung es sein sollte. Ein Plädoyer für konsequent richtigen Umgang mit zu verzinsendem Geld* (1992), 288 pp..

dinheiro faz falta e pode ser “comprado”¹⁰⁴. Mas a mesma História mostra que o Direito deve intervir e que os juros têm limites: temos, aqui, uma vertente milenária da tutela de vulnerabilidades.

7. Evolução lusófona

I. Na tradição canónica, os mútuos onerosos eram vedados pelas Ordenações. Uma Lei de D. Afonso IV (século XIV), vertida nas Ordenações Afonsinas (século XV), dispunha¹⁰⁵:

(.....) porem querendo nós evitar este peccado assy reprovado pela Santa Ley: Hordenamos, e mandamos, e poemos por Ley, que nom seja nenhuñ tam ousado, de qualquer estado e condiçom que seja, que dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada a usura, per que possa aver, ou dar alguã vantagem, assy per via d’emprestido, como de qualquer outro contrauto, de qualquer qualidade natura e condiçom que seja, e de qualquer nome que possa seer chamado. E aquelle, que o contrairo fizer, e ouver de receber gaança algũa do dito contrauto, perca todo o principal, que deu, por aver a dita gaança; e aquelle, que ouver de dar a dita gaança, perca outro tanto, como for o principal que recebeo, e seja todo pera a Corôa dos nossos Regnos: e per aqui entendemos, que poderá o contrauto usureiro tam ilícito da nossa terra, e Senhorio seer esquivado. E se acontecesse, que o devedor ouvesse pagada a divida ao creedor com a crecença, ante que nós delles ouvessemos sabedoria ou ante que fosse feita por nossa parte a demanda ao dito devedor, e creedor sobre a dita razom, em tal caso deve o dito creedor perder e pagar a nós todo aquello, que houver, a saber o principal, e crecença, que ouve do dito devedor; e a dita crecença deve seer descontada ao devedor do que ha de pagar, a saber, d’outro tanto como he o principal, que ja pagou ao credor.

Por seu turno, as Ordenações Filipinas dispunham¹⁰⁶:

Nenhuma pessoa, de qualquer stado e condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada à usura, por que possa haver, ou dar alguma vantagem, assi por via de emprestimo, como de qualquer outro contracto, de qualquer qualidade, natureza e condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado.

¹⁰⁴ REINER FRANKE, *Die Entwicklung des (Darlehens-) Zinses in Frankreich* cit., 145.

¹⁰⁵ *Ord. Fil.*, Livro IV, tit. XIX, § 1.º = ed. Gulbenkian, 94-95.

¹⁰⁶ *Ord. Fil.*, Livro IV, tit. LXVII, corpo, 1ª parte = ed. Gulbenkian, 871-874.

O prevaricador perderia o montante mutuado para a Coroa e seria degradado dois anos para África; pela segunda vez, essas penas seriam dobradas e, pela terceira, trespobradas¹⁰⁷. As Ordenações permitiam depois, em certos limites, alguns negócios que, de facto, facultavam ultrapassar a proibição da usura: desde que razoáveis¹⁰⁸.

II. A proibição da prática de usura fez retardar, quiçá por séculos, a construção de sistemas financeiros, nos países do Sul da Europa. No que tange ao Reino de Portugal, operava uma ironia: o Estado tinha de recorrer ao crédito externo, naturalmente usurário; *intra muros*, os juros eram proibidos.

A situação alterou-se, na sequência do Terramoto de 1755. A reconstrução de Lisboa exigia muito capital. O Marquês de Pombal, por alvará de 17-jan.-1757, sob a capa de uma limitação de juros, admitiu a usura. Transcrevemos¹⁰⁹:

Sou servido ordenar, que nestes Reinos, e seus domínios, se não possa dar dinheiro algum a juro, ou a risco, para a terra ou para fóra della, que exceda o de cinco por cento cada anno: proibindo igualmente o abuso praticado por alguns homens de negócio, de darem e tomarem dinheiro de emprestimo com o interesse de um por cento ao mês.

Seguiam-se diversos preceitos sancionatórios, que remetiam para as penas das *Ordenações*. Fixavam-se regras destinadas a evitar o contornar dos limites.

O alvará de 17-jan.-1757 permite inferir que, até aos 5%, eram permitidos os contratos de mútuo oneroso. Com isso, antecipou-se em mais de trinta anos idêntica medida, tomada em França.

III. O problema dos juros, oscilante entre as necessidades de financiamentos e a tutela dos fracos, conheceu uma evolução oscilatória. O Código Comercial de Ferreira Borges (1833), fortemente liberal, acolheu, no seu artigo 280º, o princípio da liberdade de juros. Aquando da preparação do Código de Seabra, foi ponderada a eventualidade de introduzir limites. Assim, segundo o artigo 1728º do projeto primitivo, correspondente ao artigo 1640º do Código¹¹⁰:

¹⁰⁷ *Ord. Fil.*, Livro IV, tit. LXVII, corpo, 2ª parte = ed. Gulbenkian, 874/II.

¹⁰⁸ *Ord. Fil.*, Livro IV, tit. LXVII, § 2 = ed. Gulbenkian, 875/I, como exemplo: venda de um bem de raiz, acordando-se a recompra, havendo o comprador os frutos e as rendas.

¹⁰⁹ O alvará de 17-jan.-1757 pode ser confrontado na ed. da Gulbenkian das *Ord. Fil.*, em anexo: 1044-1045.

¹¹⁰ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez annotado*, 2, 1ª ed. (1871), 228 e 3, 2ª ed., 222-223.

Os estipulantes poderão convencionar a retribuição que bem lhes parecer, com-tantoque o interesse annual não passe de 5 por cento do capital.

§ 1º Esta taxa não terá logar nos contratos a risco ou sem garantia.

§ 2º Dá-se garantia sempre que o obrigado preste fiança ou hypotheca, ou tenha bens por que responda pela sua divida.

O projetado preceito não passou ao Código.

IV. Na verdade, para além dos preconceitos liberais, jogavam, no sentido da liberdade na fixação dos juros, alguns postulados. Assim: (1) a moeda, na época, era estável, porquanto indexada ao ouro; logo, não havia razões para, pelo juro, compensar a depreciação; (2) em termos de mercado, os juros tenderiam a baixar até ao mínimo possível: quem oferecesse dinheiro a juros elevados não encontraria interessados; (3) havendo liberdade no estrangeiro, a fixação de limites internos apenas iria originar uma fuga de capitais; (4) a experiência traumática dos séculos de repressão à usura mostrou que, para um necessitado, mais vale dinheiro caro do que dinheiro nenhum; além disso, o usurário, sabendo que corre riscos desmesurados (confiscos, prisão e degredo), ainda sobe mais a retribuição, para compensar tudo isso. Estes argumentos são sérios. Mas a cupidez humana não é racional. O mercado manteria os juros baixos se não estiver, com combinações ou sem elas, cartelizado; paralelamente, seria necessário que cada interessado tivesse, em termos práticos, a possibilidade de se dirigir ao mercado, fazendo as consultas completas. Não é realista e, em qualquer caso: não sucede. Particularmente vulneráveis eram os agricultores e os pequenos comerciantes.

V. Em Portugal, os juros mantiveram-se elevados, ao longo do século XIX. Após a Guerra de 1914-1918, a timidez do mercado de capitais e a desconfiança na solidez da moeda levaram a que, mesmo com garantia hipotecária, se praticassem juros de 30% e, com garantia pignoratícia, de 60%¹¹¹. As técnicas usadas pelas casas de penhores, fortemente impressivas no espírito popular, elevavam os juros: eram cobradas “taxas” de avaliação, de depósito e de restituição¹¹². Tais técnicas,

¹¹¹ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil / em comentário ao Código Civil português*, VIII (1934), 289.

¹¹² Por exemplo, em 1972 – e mau grado haver, nessa ocasião, taxas máximas em vigor, apenas formalmente respeitadas: um empréstimo de 500\$00 mediante o penhor de uma máquina de escrever obrigava o devedor, passados dois meses, a pagar 560\$00, para reaver a máquina empenhada. O juro real era de 72% ao ano. O escudo era, então, uma moeda sólida, sendo a inflação baixa.

de resto, operam hoje em certas operações bancárias: juros aparentemente baixos são majorados através de comissões “de gestão” periodicamente cobradas, a taxas elevadas.

VI. Seguindo, com atraso, um movimento verificado noutros países¹¹³, o Decreto nº 20:983, de 7 de março, veio limitar as taxas de juro de descontos e empréstimos efetuados pelos bancos e casas bancárias: não poderiam exceder a taxa de desconto do Banco de Portugal, acrescida de 1,5% (1º). E sendo cobradas quaisquer comissões, seriam elas consideradas conjuntamente com o juro, para efeitos do apontado limite (*idem*, § 1º)¹¹⁴.

VII. Seguiu-se o importante Decreto nº 21:730, de 14 de outubro de 1933. Com um preâmbulo esclarecedor, do qual se destacam elementos históricos e comparatísticos, esse diploma veio dispor¹¹⁵:

Artigo 1º Não é permitido estipular nos contratos de mútuo ou usura taxas de juro, cláusulas penais ou quaisquer outras obrigações para os devedores, superiores às que se indicam nos artigos seguintes.

Artigo 2º Nos empréstimos com garantia real a taxa de juro nunca será superior a 8 por cento; nos outros empréstimos não poderá exceder 10 por cento.

Os prevaricadores deveriam restituir a demasia (4º). Além disso, incorreriam em prisão correccional até um ano e em multa até três meses (6º), sendo a tentativa punível (*idem*, § 1º). Salientamos, ainda, os sugestivos §§ 3º e 4º desse mesmo preceito¹¹⁶:

§ 3º Se concorrerem as circunstancias agravantes de o empréstimo ser feito valendo-se o mutuante da inexperiencia ou das paixões de um menor ou da deficiência ou doença mental de alguém, ainda que não esteja interdito, ou abusando de circunstancias aflitivas em que se encontre o mutuário, ou de simulação em um dos elementos do contrato para disfarçar a verdadeira taxa, a pena de prisão correccional poderá elevar-se até dois anos e multa até seis meses.

¹¹³ *Vide* as indicações dadas por LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado* cit., VIII, 289, retiradas do preâmbulo do Decreto nº 21:730, de 14 de outubro, abaixo referido.

¹¹⁴ DG I, nº 56, de 7-mar.-1932, 429/II.

¹¹⁵ DG I, nº 241, de 14-out.-1932, 2027-2029.

¹¹⁶ *Idem*, 2028/II.

§ 4º No caso de reincidência, a prisão correccional poderá elevar-se até três anos e a multa até um ano.

VIII. Na atualidade, a matéria dos juros conhece regras ditadas pelas técnicas modernas da regulação. As regras do mercado, servidas pela moeda europeia e pelo Banco Central Europeu, permitem juros baixos, ainda que à custa de esquemas paralelos, como o das comissões. Ontem, como hoje, os juros e, em geral, o custo do dinheiro, traduzem, sempre, um ponto sensível na defesa das partes vulneráveis.

III – Institutos gerais

8. *Culpa in contrahendo*

I. A *cic* é, *grosso modo*, o instituto que pauta a conduta das partes aquando da preparação e da celebração de um negócio jurídico. Devida, na sua formulação linguística, a um artigo de Jhering (1861)¹¹⁷, ela foi progredindo, nos diversos ordenamentos, tendo sido expressamente acolhida no artigo 227º do nosso Código Civil¹¹⁸. Na prática alemã, a *cic* foi usada para colmatar as insuficiências do sistema aquiliano da responsabilidade civil, tal como resulta dos §§ 823 e 826 do BGB. Todavia, ela evoluiu, assumindo um papel na proteção do contraente débil.

II. Na negociação preliminar, as partes são formalmente iguais. No terreno, essa igualdade nem sempre se verifica. Por razões de ordem social, económica, científica ou de apoio jurídico, uma das partes pode encontrar-se em situação de total supremacia. No limite, é configurável uma posição de monopólio, numa área vital e sem sucedâneos: a não haver uma intervenção do Direito, a parte forte ditará, pura e simplesmente, as suas condições à parte fraca¹¹⁹. O Direito pode, aqui, por norma expressa ou *ex bona fide*, impor uma obrigação de contratar.

¹¹⁷ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, JhJb 4 (1861), 1-113, com múltiplas reimpressões posteriores. Existe uma tradução portuguesa de Paulo Mota Pinto: *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição* (2008), XIX + 91 pp., com uma interessante nota introdutória do tradutor; há 2.ª ed. (2020), 119 pp.. Quanto aos antecedentes, JÖRG BENEDICT, *Culpa in contrahendo*, I – *Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung* (2018), XXI + 813 pp., 133 ss..

¹¹⁸ Quanto à sua receção lusófona, vide o nosso *Tratado de Direito civil*, II, 5ª ed. (2021), 251 ss..

¹¹⁹ MANUEL NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência* (2007), 1335 pp. e Miguel Moura e Silva, *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial* (2008), 1002 pp..

III. A proteção do contratante débil é assegurada através de diversos dispositivos, fundamentalmente virados para deveres de informar e alojados na Lei sobre Cláusulas Contratuais Gerais¹²⁰ ou nos diversos diplomas de defesa do consumidor¹²¹. Interessa, agora, verificar se a cic pode ser usada para dar corpo, *in concreto*, a este importante vetor dos nossos dias. À partida, mantém-se a liberdade de contratação. Esta pressupõe riscos e livre arbítrio assentes, naturalmente, na ideia de que cada um deve tomar conta de si. Uma intervenção paternalista omnipresente acabaria por negar a autonomia. Exigiria uma planificação da vida económica e social, num modelo já testado pela História e que parece não ter sido sustentável. Pontualmente, porém, ocorrem contratos injustos, isto é, contratos que, uma vez celebrados, revelam desequilíbrios não pretendidos pelas partes¹²² e não ocasionados por ocorrências extrínsecas.

III. Vamos colocarmo-nos fora de cenários específicos, que disponham de concretas normas de proteção, ficando-nos por regras gerais. Quando surja um contrato que patenteie desequilíbrios não queridos por alguma das partes, algo terá corrido mal nos preliminares. A parte que, de antemão, conheça ou deva conhecer o desequilíbrio em causa tem o dever de, disso, dar conhecimento à contraparte. Chega-se, por esta via, à ideia da proteção da parte fraca num contrato. Ao contratante que, por razões económicas ou de conhecimentos, se deva considerar inferiorizado, são devidos, na fase preliminar, esclarecimentos e lealdade acrescidos; quando os correspondentes deveres não sejam acatados, pode haver responsabilidade, por inobservância da boa-fé.

V. O papel da cic na correção de contratos injustos, através da boa-fé e do dever de informar, não levanta dúvidas¹²³, embora não possa ser levado ao ponto de pôr em causa a autonomia privada¹²⁴, cerne do Direito privado. Deve frisar-se que a “parte fraca” carecida de proteção não equivale, neste campo, a um estereotipo.

¹²⁰ MANFRED LIEB, *Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge*, AcP 178 (1978), 196-226 (199 ss.).

¹²¹ KATHLEEN SEDLMEIER, *Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag* (2012), XX + 582 pp., 143 ss. e *passim*, com teorias da solidariedade contratual.

¹²² A simples ocorrência de equilíbrio contratual não é, em si, injusta: se uma pessoa pode doar (940.º/1) também pode, por maioria de razão, firmar contratos que a prejudiquem; necessário é, porém, que o faça livremente, conhecendo e querendo as consequências.

¹²³ Vide o trabalho sugestivo de OSKAR HARTWIEG, *Culpa in contrahendo als Korrektiv für “ungerechte” Verträge/Zur Aufhebung der Vertragsbindung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss*, JuS 1973, 733-740.

¹²⁴ Vide as prevenções feitas no nosso *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, BMJ 357 (1986), 5-66 (36 ss.). Num plano mais vasto: JÖRG BENEDICT, *Culpa in contrahendo* cit., 1, 565 ss..

Resta acrescentar que a codificação da *culpa in contrahendo*, ocorrida com a reforma do BGB, em 2001 (§ 311)¹²⁵, não prejudicou a jurisprudência que mantém a linha anterior e na do Código Civil francês, em 2016 (artigo 1112º)¹²⁶.

9. A reconstrução do vínculo obrigacional

I. A construção atual da *culpa in contrahendo* passa pela reconstrução do vínculo obrigacional. Efetivamente, a cic documenta, antes de mais, um relacionamento juridicamente relevante, entre os dois parceiros na negociação. A obrigação é, hoje, tomada como uma estrutura complexa, que une o credor ao devedor¹²⁷. De resto e em regra, é uma via de duplo sentido, uma vez que as partes tendem a ser, em simultâneo, credoras e devedoras uma da outra.

II. Em termos gerais e sintéticos, uma obrigação comporta, numa estruturação típica: (1) as prestações principais; (2) as prestações secundárias; (3) os deveres acessórios.

As prestações principais traduzem as atuações primordialmente atribuídas às partes e que dão o teor básico da obrigação considerada. Por exemplo, na compra e venda, elas consistem nos deveres recíprocos de entregar a coisa e de pagar o preço.

As prestações secundárias exprimem outras atuações, acordadas pelas partes ou integrantes do tipo negocial perfilhado e que se destinam a complementar as prestações principais. Por exemplo, na mesma compra e venda, elas podem consistir nos deveres de embalar a coisa e de a entregar em certa morada.

Finalmente, os deveres acessórios correspondem a exigências do sistema jurídico, veiculadas pela ideia de boa-fé. Eles asseguram que os objetivos últimos do vínculo obrigacional complexo sejam efetivamente prosseguidos, na sua materialidade. Além disso, os deveres acessórios protegem o património e as próprias partes, prevenindo danos. Digamos que os deveres acessórios dão corpo às exigências axiológicas nucleares da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente, protegendo, precisamente, as concretas vulnerabilidades.

¹²⁵ CHRISTIAN GRÜNEBERG, *Palandt's Kommentar zum BGB*, 80ª ed. (2021), § 311, Nr. 11 ss. (489 ss.).

¹²⁶ GUY VENANDET e outros, *Code Civil*, 120ª ed. (2021), 1349.

¹²⁷ Sobre toda esta matéria, com indicações, *vide* o *Tratado VI*, 3.ª ed., 337 ss.; como referências (neste momento) recentes: GREGOR BACHMANN, no *Münchener Kommentar*, 2, 8ª ed. (2019), § 241 (24 ss.); STEFAN KORCH, *Leistungs- und Schutzpflichten*, ZfPW 2020, 189-219; IVO BUCH, *Der Inhalt des Schuldverhältnis*, no *Kommentar / Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7ª ed. (2020), 308 ss..

III. Na base da *culpa in contrahendo*, da manutenção de deveres recíprocos mesmo na hipótese de nulidade do contrato, da observância de deveres acessórios na constância do mesmo contrato e da sua sobrevivência *post pactum finitum*, particularmente na sequência dos estudos de Karl Larenz e de Claus-Wilhelm Canaris, construiu-se um esquema de deveres unitários de proteção, que podem manter-se mesmo na ausência de prestações principais. Neste momento, é a leitura mais avançada que a Ciência do Direito permite alcançar: a *culpa in contrahendo* equivale a uma designação tradicional, que exprime, desde o momento em que as partes iniciem contactos preliminares, uma relação obrigacional que se constitui entre ambas, sem dever de prestar principal. Essa relação exprime, em cada situação concreta, as exigências profundas do sistema jurídico, veiculadas pela exigência tradicional de boa-fé.

IV. A obrigação *in contrahendo* é específica: une duas concretas pessoas e assume um conteúdo moldado pelo caso concreto, mas previsível e cognoscível. Por isso, a sua violação dá azo a uma clara responsabilidade obrigacional. Quanto ao seu teor: ele depende de cada situação. Pode ser muito ténue, quando se trate de contactos pouco mais do que ocasionais. Mas podem, igualmente, atingir uma grande intensidade, chegando a dar azo a obrigações de contratar. Exprime-se nos nossos conhecidos deveres de proteção, de informação e de lealdade e concretiza-se nos diversos grupos típicos de casos, acima examinados: vulnerabilidade pré-negocial, contratação ineficaz, interrupção injustificada de negociações, tutela da parte fraca e responsabilidade por atos de terceiros¹²⁸.

10. Deveres acessórios

I. Os vínculos obrigacionais oferecem ligações abstratas entre as partes. Duplamente irrealis: por um lado, esquecem que, quando duas pessoas se encontram como credor e devedor, o entrecruzamento das esferas é, em regra, mais intenso do que o expresso pela obrigação linear; por outro, desconsideram toda a inserção dos sujeitos no meio social. O irrealismo em causa é uma fatalidade: limitados pela linguagem, os seres humanos só são capazes de comunicar e, logo, de raciocinar, em planos bidimensionais muito simples.

A simplificação daí resultante reflete-se no regime aplicável, sendo fonte de injustiças. Estas são empiricamente perceptíveis, pelo que, desde sempre, se procuraram

¹²⁸ Desenvolvidamente, o nosso *Tratado de Direito civil* cit., II, 5ª ed., 220 ss..

soluções. Tais soluções, pelo que hoje sabemos, passam por uma ideia simples: quando envolvidas numa relação obrigacional, as partes, para além dos direitos e deveres inerentes à prestação principal e às prestações secundárias, resultantes do vínculo, ficam ainda adstritas a uma série de deveres que visam:

- acautelar materialmente o vínculo obrigacional;
- proteger as partes, nas suas pessoas e no seu património;
- proteger terceiros que, com a obrigação, tenham um especial contacto.

Tais deveres têm base legal e um regime próprio, claramente diferenciado dos deveres de prestar: principal e secundários. São os deveres acessórios, de acordo com a terminologia que temos vindo a usar¹²⁹⁻¹³⁰.

Aparentemente simples, esta matéria exige um grande afinamento conceitual e uma elevada capacidade de abstração. Embora com significativos antecedentes, ela só estabilizou na segunda metade do século XX, tendo atingido a sua maturidade nos finais desse século. Em termos de Direito civil, ela é muito jovem, traduzindo um campo de expansão e de investigação que só nos últimos anos pôde ser explorado. A generalidade dos avanços jurídico-científicos tem ocorrido, precisamente, nesta área¹³¹.

¹²⁹ A doutrina alemã, onde toda esta matéria foi desenvolvida, fala em *Nebenpflichten* (deveres laterais), a não confundir com os *Nebenleistungspflichten* (deveres de prestar laterais: os “nossos” deveres secundários). Aparecem, também, *Schutzpflichten* (deveres de proteção), *Rücksichtspflichten* (deveres de consideração) e *Sorgfaltspflichten* (deveres de cuidado).

¹³⁰ Em especial: KAI KUHLMANN, *Leistungspflichten und Schutzpflichten/ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungenrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission* (2001), 424 pp.; WOLFGANG SCHUR, *Leistung und Sorgfalt/zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht* (2001), XX + 390 pp. (123 ss. e *passim*); HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, FS Canaris I (2007), 275-306; DIETER MEDICUS, *Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten*, FS Canaris I (2007), 835-855 (837 ss.); PETER KREBS, no *NomosKommentar*, 2/1, 3.^a ed. (2016), § 241, Nr. 44 ss. (18 ss.); HANS PETER MANSEL, no *Jauernig/ BGB*, 17.^a ed. (2018), § 241, Nr. 9 ss. (208 ss.); REINER SCHULZE, *HandKommentar*, 10.^a ed. (2019), § 241, Nr. 4 ss. (279 ss.); MARTIN SCHMIDT-KESSEL/MALTE KRAMME, no *PWW/BGB*, 14.^a ed. (2019), § 241, Nr. 17 ss. (340 ss.); DIRK OLZEN, no *Staudinger Kommentar zum BGB*, §§ 241-243, *Treu und Glauben*, §§ 241-243 (2019), 823 pp., § 241, Nr. 142 ss. (186 ss.); IVO BACH, *Der Inhalt des Schuldverhältnisses*, no *Staudinger / Eckpfeiler des Zivilrechts* (2020), 307-350 (308 ss.); Christian Grüneberg, no *Palandt*, 80.^a ed. (2021), § 241 (263-264).

¹³¹ Trata-se, nas palavras de PETER KREBS, *Sonderverbindung und ausserdeliktische Schutzpflichten* (2000), 9, de um dos principais novos conhecimentos de Direito das obrigações; na mesma linha, também a conferência de 20-mai.-1987, em Berlim, de DIETER MEDICUS, *Probleme um das Schuldverhältnis* (1987), 16.

II. A doutrina moderna dos deveres acessórios na execução das obrigações deve-se a Hugo Kress (1874-1958)^{132/133}. Este Autor, numa exposição geral de obrigações datada de 1929¹³⁴, vem explicar que a ilicitude de atuações danosas não provém apenas da violação de bens juridicamente tutelados, enquanto tais, mas também da violação de deveres de conduta e de proteção. Tais deveres cominam ao vinculado o não atingir os direitos, os bens jurídicos e os interesses patrimoniais do parceiro¹³⁵.

Punha-se, todavia, um problema clássico: a indemnização surgia com a violação e os danos, apenas nessa altura se manifestando a existência de deveres de proteção. Kress responde com uma hábil teoria: a da pretensão não-desenvolvida¹³⁶: apenas se manifestaria com a violação.

III. O passo seguinte foi dado por Heinrich Stoll (1891-1937), em 1932. Confrontado com a doutrina de Hermann Staub (1856-1904) sobre a violação positiva do contrato, Stoll censura-lhe a falta de unidade intrínseca¹³⁷. Tentando uma rearrumação da matéria, este Autor vem explicar que, por exigência da boa-fé, as partes não devem, apenas, procurar a realização exata do escopo da prestação: antes ocorre uma relação

¹³² Muitas vezes era apontado, em seu lugar, Heinrich Stoll: nesse sentido, KARL LARENZ, *Schuldrecht*, I/1, 14.^a ed. (1987), 10-11 e ERNST A. KRAMER, no *Münchener Kommentar* cit., 2, 5.^a ed., Intr., Nr. 80 (37). Também CLAUS-WILHELM CANARIS, no seu decisivo *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträge/Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzung*, JZ 1965, 475-482 (476/I), limita-se, em nota, a indicar Kress como precursor. Repondo a justiça histórica: Dorn, no HKK/BGB cit., II/1, § 241, Nr. 98 (235), bem como as indicações aí dadas em pé-de-página. Quanto a esta questão: a anterioridade de Kress era conhecida nos meios da especialidade, sendo referida pelo próprio Stoll; vide o nosso *Da boa fé*, 598, nota 255 (esse texto data de 1983).

¹³³ Muitas vezes era apontado, em seu lugar, Heinrich Stoll: nesse sentido, LARENZ, *Schuldrecht* cit., I/1, 14.^a ed., 10-11 e ERNST A. KRAMER, em anterior versão do *Münchener Kommentar*, 2, 5.^a ed. (2007), Intr., Nr. 80 (37). Também CLAUS-WILHELM CANARIS, no seu decisivo *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträge/Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzung*, JZ 1965, 475-482 (476/I), limita-se, em nota, a indicar Kress como precursor. Repondo a justiça histórica: Franz Dorn, no HKK/BGB, II/1 (2007), § 241, Nr. 98 (235), bem como as indicações aí dadas em pé-de-página. Quanto a esta questão: a anterioridade de Kress era conhecida nos meios da especialidade, sendo referida pelo próprio Stoll; vide *Da boa fé*, 598, nota 255 (esse texto data de 1983).

¹³⁴ HUGO KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts* (1929), 654 pp..

¹³⁵ IDEM, 3 (*Nebenansprüche*), 5-9 (*der unentwickelte Schutzanspruch*) e 578-595 (*idem*).

¹³⁶ *Lehre vom unentwickelten Anspruch*; vide Kress, *Lehrbuch* cit., 5 ss..

¹³⁷ HEINRICH STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung/Betrachtungen zum dreissigjährigen Bestand der Lehre*, AcP 136 (1932), 257-320 (262 e 314). Esta crítica já havia sido formulada por Heinrich Lehmann (1905) e por Zittelmann (1911).

especial entre elas, representada pela ordem jurídica como uma relação de confiança. Esta relação teria um conteúdo negativo, visando não o interesse da prestação, mas o da proteção¹³⁸: vedaria, nesse plano, as atuações danosas. É certo que a tutela da pessoa e a do património dos parceiros na obrigação já é assegurada pelas normas gerais. Todavia, a presença de uma relação especial entre eles abre claras hipóteses de mútua interferência: donde os deveres especiais de não o fazer¹³⁹.

Em 1936, Heinrich Stoll voltou ao tema, revestindo-o, sem necessidade, de fórmulas em voga sob o nacional-socialismo¹⁴⁰. Tais fórmulas vieram, de resto, aproveitar conceitos e terminologias que, em si, nada têm a ver com regimes totalitários¹⁴¹. Stoll apela, agora, ao princípio da lealdade, alicerçado na comunidade do povo, base de uma relação comunitária; daí adviria uma relação de confiança, assente na boa-fé, que deveria ser respeitada¹⁴². O próprio Stoll propõe, para um futuro código civil então em estudo (*Volksgesetzbuch*), um preceito destinado a completar o § 242, assim pensado¹⁴³:

- (1) O devedor e o credor ficam, desde o início das negociações contratuais até ao termo da relação obrigacional, numa relação de confiança recíproca (dever de lealdade).
- (2) Na realização do fim da prestação, o credor e o devedor devem colaborar como o exige a boa-fé, com consideração pelos usos do tráfico.
- (3) O devedor e o credor devem velar, com mútua consideração, para que nenhum deles seja prejudicado pela atuação do outro (dever mútuo de proteção).

IV. Na sequência, as ideias de Heinrich Stoll foram aprofundadas: por Dölle (1943), através da doutrina dos “deveres de proteção extralegais derivados de contactos sociais”¹⁴⁴; por Canaris (1965), mediante a doutrina da relação legal unitária de confiança¹⁴⁵. Para além das sempre interessantes pormenorizações, toda

¹³⁸ HEINRICH STOLL, *Abschied* cit., 288 ss., citando, de resto, Kress.

¹³⁹ HEINRICH STOLL, *Abschied* cit., 298-301.

¹⁴⁰ FRANZ DORN, no HKK/BGB cit., II/1, § 241, Nr. 101 (237).

¹⁴¹ HEINRICH STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen* (1936), 145 pp., que conclui com um projeto de articulado (129-145).

¹⁴² *Idem*, 10-11.

¹⁴³ *Idem*, 129-130.

¹⁴⁴ HANS DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, ZstaaW 103 (1943), 67-102; vide a súmula deste escrito em *Da boa fé*, 560-561.

¹⁴⁵ CLAUD-WILHELM CANARIS, *Ansprüche* cit., 475 ss. e *Schutzgesetze* cit., 84 ss..

esta doutrina conflui na existência, ao lado do dever de prestar propriamente dito, de deveres acessórios, com fins alargados de tutela, ditados pelo sistema e que acompanham o dever de prestar, quando exista¹⁴⁶.

Alguma doutrina tem pretendido reconduzir os deveres de proteção à responsabilidade delitual: seriam parte dos deveres do tráfico¹⁴⁷. Assim o entendem autores como Mertens¹⁴⁸, von Bar¹⁴⁹, von Caemmerer¹⁵⁰, Stoll¹⁵¹ e Medicus¹⁵². Todavia, isso equivaleria a deixar “de parte” os deveres de lealdade e de informação; além disso, significaria, perante o Direito português, retirar-lhes sentido útil. Embora ainda se discuta, a reforma de 2001/2002, ao introduzir o § 241, II, resolveu a questão: há um dever legal específico.

O aspeto mais interessante transcende, porém, esta discussão central sobre o tema. Ele foi relançado e aprofundado na periferia, mercê de uma série de problemas concretos, que exigiram solução: precisamente aqueles em que um sujeito surge em especial vulnerabilidade.

V. A execução das obrigações não tem a ver com uma realização física ou matemática das prestações principais. Pelo contrário, o devedor deve ter em conta as realidades axiológicas em causa, colmatando, pela segurança, pela lealdade e pela informação, as vulnerabilidades do credor. Estas serão – como é expectável – tanto mais acentuadas

¹⁴⁶ Além de Canaris, como exemplos: WOLFGANG THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung/ Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzung in das Haftungssystem des Zivilrechts*, JZ 1967, 649-657 (653); ULRICH MÜLLER, *Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung*, NJW 1969, 2169-2175 (2174); WALTER GERHARDT, *Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses*, JZ 1970, 535-539 (535 ss.) e *Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positiver Vertragsverletzung, culpa in contrahendo)*, JuS 1970, 597-603 (598); MARINA FROST, “Vorvertragliche und “vertragliche” Schutzpflichten (1981), 212 e 241; EDUARD PICKER, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo/Zur Problematik der Haftungen “zwischen” Vertrag und Delikt*, AcP 183 (1983), 369-520 (460 ss.) e *Vertragliche und deliktische Schadenshaftung/Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme*, JZ 1987, 1041-1058 (1047 ss.); LOTHAR A. MÜLLER, *Schutzpflichten im Bürgerlichen Recht*, JuS 1998, 894-898 (896-897).

¹⁴⁷ Vide DIRK OLZEN, no *Staudingers Kommentar*, § 241, Nr. 386 (240); entre nós, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção* (1994), 55 ss. e 118 ss..

¹⁴⁸ HANS-JOACHIM MERTENS, *Deliktsrecht und Sonderprivatrecht/Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes vom Vermögensinteressen*, AcP 178 (1978), 227-262 (261-262).

¹⁴⁹ CHRISTIAN VON BAR, *Verkehrspflichten* cit., 220 ss. e 312 ss. e *Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?*, JuS 1982, 637-645 (645).

¹⁵⁰ ERNST VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, FS 100. DJT (1960), 49-136 (56-58).

¹⁵¹ HANS STOLL, *Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen*, FS Flume, 741-773 (752).

¹⁵² DIETER MEDICUS, *Vertragliche und Deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln*, FS Eduard Kern (1968), 313-334 (327 ss.).

quanto mais modesta for a posição do credor. A defesa dos “pequenos” credores é o grande alvo da técnica dos deveres acessórios: numa obrigação-padrão, ambas as partes são credoras e devedoras uma da outra.

11. A impossibilidade

I. A distinção básica no domínio da dogmática da impossibilidade, fortalecida e divulgada por Friedrich Mommsen (1818-1892), contrapõe a inicial à superveniente¹⁵³. Ela tem sólidas raízes históricas¹⁵⁴: a inicial era já apontada por Gaio (século II) como provocando a nulidade, enquanto a segunda era remetida para o *casus*¹⁵⁵. E ao longo da evolução subsequente, ambas as “impossibilidades” foram mantidas em separado, até à aproximação, primeiro linguística e, depois, dogmática, levada a cabo pelo pandectismo. O Código Civil acolheu essa tradição. Usa o termo impossibilidade para ambas as realidades, mas dá-lhes diversas posições sistémáticas. Assim¹⁵⁶:

- (1) a impossibilidade inicial consubstancia-se no momento da conclusão do negócio jurídico: dá azo à sua nulidade (280.º/1 e 401.º/1);
- (2) a impossibilidade superveniente manifesta-se na vigência de uma relação obrigacional; extingue a obrigação quando a prestação se torne impossível por causa não imputável ao devedor (790.º/1) ou é equiparada ao não-cumprimento culposo, quando imputável ao próprio devedor (801.º/1).

Recordamos que, segundo o antigo § 306 do BGB, a impossibilidade inicial conduzia à nulidade, enquanto o também antigo § 275 do mesmo BGB previa a extinção da obrigação por impossibilidade superveniente. Após a *Schuldrechtsmodernisierung*

¹⁵³ FRIEDRICH MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht 1 – Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse* (1853), XX + 420 pp..

¹⁵⁴ MAX KASER, *Das römische Privatrecht* cit., I, 2.ª ed., § 115, II (489-490), FRANK PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, FS Max Kaser 70. (1976), 285-307, fazendo o confronto com o Direito vigente; REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 686 ss., ambos com indicações e Martin Josef Schermaier, no HKK/BGB cit., II/1, vor §§ 275, Nr. 16 (865-866).

¹⁵⁵ Vide o nosso *Tratado de Direito civil*, IX, 3ª ed. (2017), 303 ss. e 305 ss., respetivamente. Referência: CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da prestação* (2017), 885 pp..

¹⁵⁶ Vide: STJ 11-out.-2001 (Miranda Gusmão), CJ/Supremo IX (2001) 3, 81-87 (85/II); STJ 3-nov.-2009 (Moreira Alves), Proc. 9647/03.

de 2001, o novo § 311a veio consagrar a solução oposta: a impossibilidade inicial não obsta à eficácia do contrato¹⁵⁷. Por seu turno, o novo § 275, sem quaisquer distinções, exclui a prestação, quando ela se torne impossível para o devedor ou para cada uma das outras pessoas¹⁵⁸.

II. Na transposição possível da doutrina alemã – correspondente, *grosso modo*, à europeia¹⁵⁹ – devemos ponderar se as realidades axiológicas lusófonas são compatíveis com essa receção. Neste como noutros pontos, é fundamental o conhecimento das doutrinas de ponta: mas sem servilismos e sem esquecer a realidade sócio-cultural a que ela se aplique.

No artigo 280.º/1 do Código Civil, não há nada de axiologicamente indiferente. A lei diz, de modo enfático, que não quer negócios cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. Considera essas ocorrências como valores negativos e reforça a mensagem nos artigos 294.º (nulidade dos negócios celebrados contra disposição legal imperativa) e 401.º/1 (a impossibilidade originária produz a nulidade do negócio jurídico).

Inferimos, daqui, que a impossibilidade originária não é meramente neutra, limitando-se o legislador a constatar algo que já resultaria da natureza das coisas. A lei não quer mesmo negócios física ou legalmente impossíveis. Esta proibição liga-se ao princípio geral da irrenunciabilidade antecipada aos direitos¹⁶⁰, patente nos artigos 809.º (é nula a renúncia antecipada aos direitos), 942.º/1 (doação não pode abranger bens futuros) e 994.º (proibição de pactos leoninos)¹⁶¹. Com efeito, admitir a validade de um negócio física ou legalmente impossível equivale a permitir que o devedor embarque numa aventura de final infeliz. Sendo o conteúdo impossível, haverá outras consequências. Quais? De antemão, ninguém saberá responder: muito menos o devedor, que se irá vincular no escuro. Poderemos admitir

¹⁵⁷ ASTRID STADLER, no *Jauernig / BGB* cit., 17.ª ed., § 311a (463 ss.); quanto às bases da alteração, JAN DIRK HARKE, no *HKK/BGB*, II/2 (2007), § 311a, Nr. 9-10 (1567-1568).

¹⁵⁸ ASTRID STADLER, *Jauernig / BGB* cit., 17.ª ed., § 275 (320 ss.); na evolução, recordamos o incontornável MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *HKK/BGB* cit., II/1, § 275 (941-1027).

¹⁵⁹ DCFR, II, 7:102 e III, 3:101.

¹⁶⁰ O nosso *Tratado* VI, 3.ª ed., 68 ss..

¹⁶¹ Esse vetor explica, ainda, os artigos 448.º/1 (revogabilidade da promessa a favor de terceiro, enquanto este não aderir), 457.º (a promessa unilateral só obriga nos casos previstos na lei), 812.º/1 (redução da cláusula penal manifestamente excessiva), 863.º/1 (natureza contratual da remissão), 947.º/2 (doação de móveis não seguida de tradição exige a forma escrita), 669.º/1, 1129.º, 1142.º e 1144.º e 1185.º (natureza real *quoad constitutionem* dos contratos de penhor, de comodato, de mútuo e de depósito) e 1245.º (jogo e aposta são fontes de meras obrigações naturais). Outros preceitos depõem na mesma linha.

essa hipótese para a realidade sócio-cultural norte-europeia, onde as pessoas são (mais) frias e ponderadas e onde, desde as escolas, há uma cultura de cuidado e de informação. Mas não nos países do Sul, onde domina a emoção, o êxito fácil e um otimismo tantas vezes infundado e onde, além disso, há menos coesão na defesa dos cidadãos.

Entendemos, hoje, que a regra da nulidade dos negócios inicialmente impossíveis é social e culturalmente útil, justificando-se, neste como noutros pontos, uma solução diversa da alemã e salvo o que abaixo se dirá quanto aos limites da apontada nulidade. Com efeito, a reforma alemã das obrigações suprimiu, tendencialmente, as diferenças entre as impossibilidades inicial e superveniente¹⁶²: uma solução a seguir com cuidado, mas que não transpomos para o nosso sistema jurídico¹⁶³.

III. Quanto à impossibilidade superveniente, a situação é diversa. Desde logo, não acolhemos a ideia de que a fronteira entre a impossibilidade original e a superveniente dependa de um mero fator cronológico, difícil de determinar e, quiçá, aleatório¹⁶⁴. Não se trata de um fenómeno meramente cronológico: antes de um dado ontológico irresistível. No momento em que alguém se vincula, não pode haver um juízo (necessariamente humano) de que deverá fazer o impossível. Quanto à prova, valem as regras do respetivo ónus: quem se quiser prevalecer seja do que for, deve prová-lo. No resto: adotar uma conduta impossível é visceralmente diferente de optar por uma possível mas que, por superveniências não imputáveis, venha a ser impossibilitada. O Direito veda a primeira hipótese, mas deve aceitar a segunda, regulando-a. A eventualidade de alguém, com consciência ou sem ela, se obrigar ao impossível é suficientemente grave, num plano social e humano, para merecer um juízo valorativo próprio.

IV. As lições da reforma alemã de 2000/2001 podem, todavia, ser aproveitadas noutra dimensão. Digamos que põem em causa a nulidade dos negócios por impossibilidade inicial; de igual modo, pode-se questionar uma radical eficácia extintiva da impossibilidade superveniente. Os interesses e os valores em presença, sem prejuízo pelo que ficou exarado sobre as particularidades dos Países do Sul e

¹⁶² GEORG CASPERS, no *Staudingers Kommentar*, Vorbem zu §§ 275-278, Nr. 5 (269) e § 275, Nr. 6 (281).

¹⁶³ O nosso *Tratado de Direito civil* cit., IX, 3ª ed., 331.

¹⁶⁴ *Contra* NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contributo para a “modernização” das disposições do Código Civil português sobre a impossibilidade da prestação*, em *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações* (2007), 22.

a necessidade de vedar a assunção, *ab initio*, de negócios impossíveis, recomendam uma interpretação restritiva das regras em presença.

V. Os artigos 280.º/1 e 401.º/1 reportam a nulidade dos negócios cujo objeto ou cuja prestação sejam impossíveis. Compaginando essas normas com a atual conceção da obrigação como vínculo complexo, deve entender-se que são nulos os deveres de prestação principais atingidos. As prestações secundárias podem manter-se, o mesmo sucedendo, *a fortiori*, com os deveres acessórios. Isso significa que o vínculo obrigacional pode sobreviver, ainda que apenas pelo tempo necessário, sem as prestações principais. A obrigação, enquanto vínculo complexo, não desaparece *in totum*. Dependendo das situações concretas, haverá deveres de segurança, de custódia, de lealdade e de informação a observar. Quando na fase inicial, há lugar para a *culpa in contrahendo*, desde que se verifiquem os seus pressupostos¹⁶⁵. Na hipótese de impossibilidade superveniente, esses deveres também se podem manifestar, ao abrigo do artigo 762.º/2, do Código Civil¹⁶⁶. São possíveis inúmeras configurações, a determinar em cada situação.

No seu conjunto, a dogmática atual da impossibilidade permite liberar o devedor da vulnerabilidade máxima de se obrigar, *ab initio*, ao impossível. E permite ainda, com recurso à técnica dos deveres acessórios, temperar as impossibilidades supervenientes assegurando, para além do bloqueio das prestações principais, a manutenção do vínculo obrigacional, com fins de restituição ou de liquidação, enquadrando-o na segurança, na lealdade e na informação. A tutela da parte fraca é uma realidade.

IV – Construção e limites do princípio geral

12. Formulação

I. A auscultação de um princípio civil de tutela das vulnerabilidades passaria, para ser rigorosa, por uma análise geral das diversas disciplinas. A regra da praticabilidade levou-nos a cingir a análise a tópicos histórico-dogmáticos e a alguns institutos gerais, havidos como significativos. Isto dito, fica a questão: será viável, na base das inúmeras normas que protegem, em certas situações, as pessoas vulneráveis, explicitar um princípio?

¹⁶⁵ *Tratado* II, 5.ª ed., 221 e 247 ss..

¹⁶⁶ *Tratado* VII, 648 ss..

II. A resposta é positiva, desde que se trabalhe com a dogmática própria dos princípios. Estes não valem em absoluto, antes traduzindo parâmetros axiológicos do sistema em que se inseriram. Devem ser conjugados com outros princípios, como o da autonomia ou o da propriedade privadas, de modo a respeitar a lógica do sistema. E os princípios cedem, ainda, em face de normas jurídicas que disponham de campos claros de aplicação.

III. Enquanto tópico argumentativo, a tutela dos fracos tem lugar em qualquer modelo de decisão. Isso não implica um controlo ou, sequer, uma dominância, no seio desse modelo. Historicamente, há inúmeras normas específicas de tutela, normas essas que, recentemente e em especial no sector do crédito e das garantias, têm vindo a recuar, perante princípios agressivos de eficiência económica. Pense-se na proibição de pactos comissórios, sancionada pelo imperador Constantino, em 326 d. C.¹⁶⁷ e firme, ao longo da História, até ao artigo 694º do Código Civil¹⁶⁸. O Decreto-Lei nº 105/2004, de 8 de maio, seguindo a Diretriz 2002/47, de 6 de junho (ambos alterados posteriormente), veio permitir esses pactos, no âmbito do penhor financeiro: um exemplo de retrocesso. Mas o movimento de fundo é, de facto, o da tutela dos fracos.

IV. Podemos, em síntese, concluir. As vulnerabilidades são, pelo Direito civil e há 2.500 anos, progressivamente encaradas e reequilibradas por soluções concretas, adotadas em pontos especialmente visíveis, no momento histórico considerado. Além disso, temos disciplinas desenvolvidas em torno de áreas gerais sensíveis, como as do Direitos do trabalho, do consumo e do arrendamento habitacional. A partir daí, constrói-se um princípio cuja concretização exige cuidados especiais.

13. Concretização

I. As vulnerabilidades, na falta de normas específicas ou de princípios aplicáveis em áreas especializadas, dispõem de uma tutela que cede – salvo inconstitucionalidades – perante normas específicas ou princípios de sentido diverso. Todavia, a tutela reaparece no seio da concretização de conceitos indeterminados, e como auxiliar de interpretação em áreas que, por natureza, lhe sejam recetivas.

¹⁶⁷ C. 8.34.3 = *Corpus iuris civilis*, II, ed. Paul Krüger (1895), 348/II.

¹⁶⁸ CIDP / *Código Civil Comentado*, II (2021), 850-856.

II. Na concretização da boa-fé, *in contrahendo* (227º/1), no exercício de posições jurídicas (334º) e na execução das obrigações (762º/2), faz sentido a intervenção de uma ideia de equilíbrio, com óbvio reflexo na proteção dos fracos. Contratos bancários predadores, como os denominados *swaps* de taxas de juros, têm sido domados, em Portugal como no estrangeiro, com recurso aos deveres acessórios, prévios ou na constância das obrigações, de informação: o cliente do banqueiro, mesmo quando dotado de formação superior, só assina tais contratos por desconhecer o nível de risco incorrido e – o que é pior – por não ter a informação decisiva de que os juros iriam baixar.

III. A doutrina divide-se quanto ao papel do equilíbrio na interpretação dos contratos¹⁶⁹. No Direito português, o artigo 237º, mais generoso, fixa, na dúvida, a regra do maior equilíbrio entre as prestações, nos contratos onerosos¹⁷⁰. O preceito é relevante, ainda que não possa afastar a autonomia privada, quando exercida.

IV. Em suma: as vulnerabilidades no Direito civil são amparadas por normas específicas e, em articulação com os demais princípios, na concretização de conceitos indeterminados. Fora disso, elas dão azo a um princípio subjacente, auxiliar na concretização do Direito e capaz de estabelecer pontes dogmáticas entre institutos aparentemente dispersos.

¹⁶⁹ Pró: JAN BUSCHE, no *Münchener Kommentar zum BGB*, 1, 8ª ed. (2018), § 157, Nr. 7-15 (1815-1817); contra: JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12ª ed. (2020), § 35, Nr. 55 (419), com ressalvas.

¹⁷⁰ Maria Raquel Rei, no *CIDP / Código Civil Comentado*, I (2020), 697 ss..