

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
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: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil

*On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code**

João de Oliveira Geraldes**

Resumo: neste artigo é analisada a tese que sustenta que os designados negócios de acerto estão previstos no artigo 458.º do Código Civil. A esse respeito, é primeiramente descrita a evolução geral da teoria do negócio de acerto, sucedendo-lhe a explicitação dos elementos constituintes da formulação normativa constante do artigo 458.º do Código Civil. Conclui-se que no artigo 458.º do Código Civil não estão previstos os negócios declaratórios de acerto.

Palavras-chave: negócio de acerto, promessa unilateral de prestação, causa, abstração, reconhecimento de dívida.

Abstract: in this article it is examined the theory sustaining that the designated declaratory agreements are contained on the article 458 of the Civil Code. In this regard, it is firstly described the general evolution of the theory of declaratory agreements, followed by the explicitation of the constitutive elements of the normative formulation of article 458 of the Civil Code. It is concluded that article 458 of the Civil code does not contain the declaratory agreements.

Keywords: consideration, abstraction, declaratory agreements, recognition of debt, unilateral promises.

Sumário: I. Introdução: §1. Ordem de razão; II. Coordenadas gerais; §1. Os §§780 e 781 BGB e a doutrina alemã do “*Festellungsgeschäft*”; §2. O artigo 1988 do *Codice Civile* e a doutrina italiana do “*negozio di accertamento*”; §3. O artigo 458.º do Código Civil e a doutrina portuguesa do negócio declaratório de acerto; III. Considerações finais: crítica à teoria do negócio de acerto no artigo 458.º do Código Civil português.

* São devidos agradecimentos a Gregor Albers e Luís Faustino.

** Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

I. Introdução

§1. Ordem de razão

1. Visando determinar o significado do enunciado normativo do artigo 458.º do Código Civil (doravante CC), tem sido proposta a sua aproximação qualificativa ao universo dos negócios de acertamento. Precisamente neste plano, na doutrina portuguesa, Pais de Vasconcelos descortina no artigo 458.º CC a previsão de negócios jurídicos unilaterais causais, atribuindo-lhes a natureza jurídica de negócio declaratório com eficácia jurídica de acertamento^{1/2}. Procurando definir e explicitar a função deste tipo de negócio, o referido Autor sublinha que “o negócio de acertamento tem por função tornar algo certo que, sem ele, é ou poderá ser incerto”³.

De modo geral, não se considerando neste conspecto as concretas fontes de cada sistema jurídico, importa salientar que esta corrente liga-se a desenvolvimentos da doutrina alemã que conduziram à progressiva modelação do negócio de fixação ou acertamento (*Festellungsgeschäft*). Surgindo muito embrionariamente teorizada por Savigny⁴ quando analisada a possibilidade de negócios jurídicos serem perfilados como equivalentes da sentença judicial⁵, no contexto do poder de autocomposição de litígios, a ideia de acertamento negocial virá a ser desenvolvida por vários autores alemães, ditando a emergência do *Festellungsgeschäft*. No caminho das várias receções que encontrou depois do seu desenvolvimento na doutrina alemã, é possível observar que o *Festellungsgeschäft* foi sequentemente recebido pela doutrina italiana⁶, com elevada variação na sua configuração, surgindo como *negozio di accertamento*.

¹ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 447.

² Fora do âmbito de aplicação do artigo 458.º do Código Civil, Menezes Leitão refere que se a promessa e o reconhecimento forem formulados mencionando expressamente a sua causa, nestes casos verifica-se um “*negócio com fim de pacificação*”. Menezes Leitão admite a figura dos negócios jurídicos de acertamento, aditando que, em face do artigo 457.º CC, apenas serão possíveis “com base na liberdade contratual (art. 405.º), constituindo um contrato análogo à transacção”: L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, I, Introdução. Da constituição de Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 274.

³ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 447.

⁴ F. C. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Veit & Comp., Berlin, 1848, VII, pp. 2 e segs.

⁵ Ensaaiando, de igual modo, a comparação diferenciadora entre sentença judicial e os contratos de acertamentos (*Feststellungsverträge*): M. PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Vahlen, Berlin, 1904, pp. 94 e segs e pp. 135 e segs.

⁶ A admissibilidade deste tipo de negócio, legalmente atípico, não está isenta de críticas: por exemplo, Falzea entende que apenas por meio de sentença judicial será possível justificar a produção de um efeito jurídico preclusivo integral, que se exprime juridicamente por intermédio do caso julgado:

O mesmo veio a suceder na doutrina portuguesa^{7/8}, através da divulgação do negócio de acertamento. Fruto dessa disseminação doutrinária⁹, também nas instâncias judiciais portuguesas a teoria que identifica a figura dos negócios de acertamento na previsão do artigo 458.º CC fez o seu curso. Assim, em 2010, o Supremo Tribunal de Justiça fundamentou uma decisão salientando precisamente que “os negócios jurídicos unilaterais causais (*correspondem*) à previsão do artigo 458.º. (...) tendo a natureza jurídica de negócio declaratório, de negócio de acertamento”¹⁰.

2. Ao longo de décadas, o negócio de acertamento tem recebido configuração muito variável e inconstante, nomeadamente quanto ao tipo de eficácia jurídica, declarativa ou constitutiva, que dele resulta, sendo usualmente teorizado na frágil linha de fronteira entre direito material e direito processual^{11/12}. É também frequentemente modelado através de demarcação diferenciadora com a transação e com a confissão¹³, o que fomenta múltiplas tentativas de qualificação e de identificação do regime que lhe é aplicável¹⁴. Dessa modelação tem resultado progressivamente, como traço típico, a sua eficácia preclusiva como resultado lógico do acertamento negocial. De um plano originariamente meramente facilitador da posição processual, paulatinamente, foi elevada a teorização para a dimensão preclusiva.

A. FALZEA, *Accertamento*, Enc. Dir., I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 205 e segs., p. 214. No mesmo sentido, Santoro-Passarelli enfatiza que à autonomia privada está vedado entrar no domínio da função judicial (*ius dicere*), não podendo as partes *regular* a certeza jurídica de uma situação jurídica: F. Santoro-Passarelli, *L'accertamento negoziale e la transazione*, Riv. trim. e proc. civ., 1956, pp. 1 e segs.

⁷ Com considerações sobre o efeito de acertamento: A. VAZ SERRA, *Sobre a Impugnação da Confissão, Desistência e Transação*, R.L.J. n.º 100, p. 66.

⁸ Por exemplo: P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 447.

⁹ Com dúvidas quanto à sua “grande utilidade”, J. LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 581 (nt. 2).

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. 373/08.7TBOAZ-A.P1.S1, 07 de Julho de 2010.

¹¹ G. WAGNER, *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Jus Privatum, Band 33, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 610 e segs, pp. 620 e segs. e pp. 640 e segs.

¹² Por todos, sobre as dificuldades de construção jurídica na fronteira entre direito material e direito processual: PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, e *id.*, *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*, Negócios processuais, Juspodivm, Salvador, 2016, pp. 409 e segs.

¹³ J. LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, cit., pp. 580 e segs.

¹⁴ G. WAGNER, *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, cit., pp. 610 e segs. e pp. 649 e segs.

Apesar da comumente assinalada variação na sua modelação, com consequentes matizes, o negócio de acertamento surge tradicionalmente perfilado como um tipo de negócio que as partes adotam visando alterar uma relação ou situação previamente existente, tipicamente caracterizada por algum tipo de dúvida ou incerteza (*res dubia*), real ou potencial, objetiva ou subjetiva, tornando-a definitiva e certa. O negócio de acertamento tem vindo a ser tentativamente definido como negócio mediante o qual as partes visam fixar ou acertar a relação ou a situação jurídica pré-existente, determinando a existência, o conteúdo e os limites de determinada situação ou relação jurídica, ou a inexistência dessa situação ou relação¹⁵. Pode estar em causa, por exemplo, a interpretação de um negócio antecedente¹⁶ ou a eliminação de um estado de incerteza quanto a esse mesmo negócio mediante exclusão da via impugnatória. É típico associar as declarações de reconhecimento de situações ou relações jurídicas à figura dos negócios de acertamento. Ao reconhecer determinada situação ou relação, o declarante, segundo este entendimento, estará também a acertar a existência ou a inexistência, o conteúdo e/ou os limites dessa mesma situação ou relação. Neste plano, é decisiva a configuração do negócio de acertamento como negócio em *situação de relação* com uma realidade jurídica antecedente que é o seu objeto. Sem esse objeto não há possibilidade lógica de acertamento, dado que o efeito de acertamento dele necessita para nele se poder repercutir, no plano da sua eficácia preclusiva¹⁷.

3. Postas estas primeiras linhas de contexto geral, explicita-se que o objetivo do presente texto é o de enunciar as coordenadas gerais do desenvolvimento do negócio jurídico de acertamento, procurando sobretudo verificar a possibilidade de qualificar os negócios jurídicos previstos no artigo 458.º CC como negócios de acertamento. Esse é o objetivo deste estudo, tendo em consideração que essa

¹⁵ M. DI PAOLO, *Negozió di accertamento*, Dig. priv., sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 55.

¹⁶ No contexto italiano, por exemplo, é usualmente apontada a definição que foi dada aos negócios de acertamento pela *Cassazione*, em 1958, acentuado esta instância superior que através desses negócios as partes podem ditar a “interpretação autêntica” de uma relação jurídica anterior cujo conteúdo e limites estejam em dúvida, ou “clarificar” juridicamente uma situação pré-existente, a fim de se chegar a um estado jurídico de certeza sobre a relação jurídica anterior ou sobre a situação jurídica pré-existente: cfr. *Cassazione* n.º 2164 (20 de Junho de 1958): “nella possibilità per le parti di dettare l’interpretazione autentica di un anteriore rapporto giuridico il cui contenuto e i cui limiti si presentino dubbi, ovvero chiarire una preesistente e ambigua situazione in qualche maniera riguardante i rapporti giuridici esistenti tra le stesse parti, e ciò al fine di raggiungere una certezza sulla portata del negozio anteriore ovvero sulla situazione oggettiva preesistente”.

¹⁷ A. FALZEA, *Accertamento*, cit., pp. 205 e segs.

qualificação surge defendida na doutrina e na jurisprudência portuguesas, tal como foi *supra* mencionado.

Neste plano, dada a variada configuração dos negócios de acertamento, com assinalável disputa doutrinária quanto à sua admissibilidade, ao seu objeto e aos seus efeitos, parece ser útil que, primeiramente, seja descrita genericamente, ainda que com traço muito largo e tosco, a origem doutrinária deste tipo de negócio. Tal permitirá descortinar os elementos essenciais que modernamente são associados a este tipo negocial.

Neste contexto, parece ter especial relevância atentar na construção de Rümelin¹⁸, que deve ser explicitada com o enquadramento dado pelos §§780 e 781 BGB¹⁹. Depois, proceder-se-á à análise da sua receção na doutrina italiana, atendendo ao artigo 1988 do *Codice Civile*²⁰, e na doutrina portuguesa, considerando especialmente o que resulta do artigo 458.º CC. Não serão analisadas outras teorias sobre o artigo 458.º CC, nem será desenvolvida a variação doutrinária que rodeia o negócio de acertamento, o que, por si só, justificaria um estudo mais amplo. Apenas se pretende aferir se no artigo 458.º CC é possível identificar a previsão de negócios de acertamento, considerando especialmente a sua eficácia jurídica preclusiva, tal como, por vezes, surge defendido na doutrina e nas instâncias judiciais portuguesas.

II. Coordenadas gerais

§1. Os §§780 e 781 BGB e a doutrina alemã do “*Feststellungsgeschäft*”

4. Para melhor compreensão do negócio jurídico de acertamento é necessário situá-lo, explicitando-se o contexto e as razões que ditaram a sua emergência na doutrina alemã. A este propósito, importa acentuar que, divergindo da tradição contratualista causalista de outros sistemas europeus e estudando várias figuras jurídicas romanas, particularmente a *stipulatio*, Bähr, logo em 1855²¹, promoveu a reconfiguração do clássico problema da *cautio indiscreta* pelo prisma da vontade e assim lançou as bases para a abstração obrigacional no sistema alemão. A declaração

¹⁸ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, AcP, n.º 97, 1905, pp. 211 a 360, e AcP, n.º 98, 1906, pp. 169 a 340.

¹⁹ Com notas de contexto: P. MARBURGER, anot. §780, Staudinger BGB, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2015, pp. 73 e segs.

²⁰ G. TAMBURRINO, *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito tra le promesse unilaterali*, Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento, Vol. III – Diritto civile, Bologna, Zanichelli, 1953, pp. 571 e segs.

²¹ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 1ª, Oswald Bertram, Kassel, 1855.

de reconhecimento de uma dívida ou a promessa de uma prestação sem menção da causa, para Bähr, poderia ser qualificada como uma atribuição obrigacional abstrata e constituir, deste modo, uma base autónoma para demandar o devedor²², facilitando a sua posição processual. Esta significativa modificação de paradigma, face ao contratualismo causalista, permitiu a Bähr desenvolver a teoria do negócio abstrato obrigacional²³. A sua construção coloca o credor na posição de demandar o devedor com base apenas na promessa ou no reconhecimento abstratos, dada a existência de base obrigacional própria, o que, como já referido, se traduz numa facilitação da posição processual (*Klagerleichterung*)²⁴. A titulação da pretensão jurídica resulta diretamente de uma promessa ou de um reconhecimento abstratos, representando uma vantagem para a posição creditícia, pois caberá ao devedor provar que a posição do credor se mostra atingida por patologia jurídica que obriga a limitar a sua eficácia jurídica^{25/26}.

Este plano, como se verifica, não é o da abstração jurídica com natureza absoluta, mas antes o da abstração jurídica relativa. Nos casos de abstração jurídica relativa não se suprime a irrelevância da razão da atribuição. Permite-se, isso sim, que a sua relevância atue em diferente plano, nomeadamente através da *condictio*²⁷. Desloca-se a causa da atribuição do plano validade do ato para o plano da conservação da sua eficácia jurídica. De um controlo *ex ante*, passa-se, assim, a um controlo *ex post*. A relação anterior é, agora, um pressuposto e não uma condição jurídica de validade²⁸.

²² O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., p. 3 (referindo um novo fundamento dado à relação jurídica – “(...) es kann dem Rechtsverhältniss eine neue Grundlage gegeben werden, welche statt der urprünglichen processualisch zu wirken vermag.”).

²³ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 1^a, cit., p. 3 e segs. V. também: B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1887, §318, p. 235 (nt. 4).

²⁴ Com desenvolvimentos: M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., pp. 276-277; P. MARBURGER, anot. §780, *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 103. A promessa e o reconhecimento são teorizados também como *Sicherungsabrede* ou *Sicherungsvertrag*: C. BOETTCHER, *Das abstrakte Schuldversprechen in der Kreditsicherung*, Peter Lang, Frankfurt, 2007, p. 27 e segs. 30, 34, 107 e segs.; J. HAAS, *Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis*, LIT, Berlin, 2011, pp. 246 e segs.; N. WIELANDT, *Die einseitig verpflichtende Schuldzusage*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, p. 37.

²⁵ N. WIELANDT, *Die einseitig verpflichtende Schuldzusage*, cit., pp. 32 e segs.

²⁶ P. MARBURGER, anot. §780, *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811*, cit., p. 95.

²⁷ P. MARBURGER, anot. §780, *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse*, cit., pp. 102 e segs.

²⁸ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 3^a, 1894 (reimp. Scientia Verlag Aalen, Leipzig, 1970), §44, p. 132: “Damit nun die Anerkennungserklärung in dieser Weise wirke, muss

5. A proposta doutrinária de Bähr veio a ser sufragada decisivamente por importante setor doutrinário alemão²⁹. Depois de resistência inicial – conforme o próprio Autor sublinha no §71 “*Erfolg*” (sucesso/êxito), aditado à terceira edição, de 1894, da sua seminal obra “*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*” –, a sua teoria foi acolhida por Brinz³⁰, Windscheid³¹, Dernburg³², Stobbe³³, Regelsberger³⁴ e Jhering³⁵. A adesão de Jhering, no entanto, terá sido a mais decisiva e consequente. Com efeito, durante as oitava e nona assembleias de juristas alemães³⁶, Jhering manifestou expressamente a sua concordância com a construção de Bähr quanto à promessa de prestação e ao reconhecimento de dívida como negócios obrigacionais abstratos³⁷. Neste ensejo, Jhering assinalou a importância da força da vontade. Um negócio visando-se ser “mero devedor”³⁸ deveria considerar-se como vinculativo, podendo contra a obrigação dele resultante ser oposta a *condictio*³⁹. Por último, salvo intenção das partes em sentido contrário, resultaria que o credor poderia optar, alternativamente⁴⁰, entre demandar o devedor com base na relação estabelecida

sie vor Allem mit dem Willen, sich zu verpflichten, in Verbindung treten, und zwar mit einem solchen Willen, welcher aus dem ursprünglichen Bestand oder Nichtbestand der Verbindlichkeit nicht mehr die Bedingung seiner Gültigkeit, sondern nur seine Voraussetzung (causa) entnimmt”.

²⁹ W. BAUMANN, *Das Schuldanerkenntnis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 130.

³⁰ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., §71, p. 243.

³¹ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., §71, p. 244.

³² O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., §71, p. 245.

³³ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., §71, p. 245.

³⁴ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., §71, p. 245.

³⁵ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, cit., §71, p. 244.

³⁶ W. BAUMANN, *Das Schuldanerkenntnis*, cit., p. 116.

³⁷ *Verhandlungen des 8 Deutschen Juristentages*, Bd. II, 1870, pp. 95, 104, 108 e 110; *Verhandlungen des 9 Deutschen Juristentages*, Bd. III, 1870, pp. 91 e 97 (*opacplus.bsb-muenchen.de*).

³⁸ “Ein auf bloßes “Schuldig sein” oder die Zahlung einer Geldsumme, und ich füge in Parenthese hinzu (oder eines sonstigen Gegenstandes) gerichteter, und wiederum in Parenthese (schriftlicher) Vertrag hat bindende Kraft ohne Angabe des Schuldgrundes”, recolhido em: T. OLSHAUSEN, *Der deutsche Juristentag: Sein Werden und Wirken. Eine Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des Deutschen Juristentages*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2018, p. 169.

³⁹ “Eine Einrede gegen diese Verpflichtung steht dem Schuldner nur nach den Grundsätzen der römischen Conditionentheorie zu”, recolhido em: T. OLSHAUSEN, *Der deutsche Juristentag: Sein Werden und Wirken. Eine Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum des Deutschen Juristentages*, cit., p. 169.

⁴⁰ Referindo-se a uma situação de concurso especialmente nos casos de promessas com finalidade cumprimento: “Da das abstrakte Schuldversprechen im Regelfall erfüllungshalber gegeben wird, stehen dem Gläubiger zwei konkurrierende Ansprüche gegen den Schuldner zu; der eine beruht auf dem kausalen Schuldverhältnis, der andere auf dem abstrakten Leistungsversprechen”: P. MARBURGER, anot. §780, Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811, cit., p. 96.

pela declaração abstrata ou com base na relação fundamental, originando concurso de títulos de aquisição da prestação^{41/42/43}.

6. Consagrando a teoria de Bähr, a versão final do BGB deixou margem suficiente para variação interpretativa quanto aos casos em que tenha ocorrido expressa referência da causa na promessa ou no reconhecimento. Analisando os vários projetos do BGB, verifica-se que de um inicialmente projetado sistema dualista, ou seja, abrangendo casos com e sem menção da causa, transitou-se, no último projeto do BGB, para um texto legal silente quanto à referência da causa na declaração promissória ou recognitiva⁴⁴. Com efeito, no primeiro projeto de BGB, nos seus §§683 e 684, a promessa e o reconhecimento surgiam previstos tanto num plano abstrato como num plano causal: ou seja, consoante não fosse ou fosse feita referência à causa, os negócios seriam abstratos ou causais, e teriam mero efeito probatório se fossem formulados causalmente⁴⁵. Já no segundo projeto do BGB, os redatores reformularam as propostas de articulado, precisando a questão da menção da causa. Foram então retirados os casos de promessa e reconhecimento com menção da sua causa: deste modo, pretendia-se afastar a perspectiva destes como meros meios de prova⁴⁶. A presença ou concurso de dois modelos promissórios ou recognitivos distintos na mesma previsão legal poderia gerar acrescidas dificuldades interpretativas aos tribunais. Assim, os redatores optaram por nada referir quanto aos casos em que ocorra menção da causa.

Esta opção, tal como ensina Marburger⁴⁷, resultou do facto de os redatores entenderem que para a existência de promessa ou reconhecimento abstratos não é

⁴¹ P. MARBURGER, anot. §780, Staudinger BGB, II, *Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811*, cit., p. 96; quanto ao nosso sistema, por todos, v. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação – estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Almedina, Coimbra, 1988.

⁴² “Soweit die Intention der Parteien nicht auf das Gegentheil gerichtet war, hat der Gläubiger die Wahl, ob er aus dem Schuldversprechen oder aus dem ihm zu Grunde liegenden Geschäft klagen will”, recolhido em: T. OLSHAUSEN, *Der deutsche Juristentag: Sein Werden und Wirken. Eine Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum des Deutschen Juristentages*, cit., p. 169.

⁴³ Com exposição sobre o desenvolvimento dogmático posterior, F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1967, pp. 85 e segs.

⁴⁴ P. MARBURGER, anot. §780-782, Staudinger BGB, II, *Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811*, cit., p. 82.

⁴⁵ P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §§780-782*, Staudinger BGB, II, cit., p. 80.

⁴⁶ J. HAAS, *Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis*, cit., p. 36.

⁴⁷ P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §§780-782*, Staudinger BGB, II, cit., p. 80.

decisiva a referência expressa à causa. Mesmo com referência à causa pode dar-se uma situação de abstração. A perspetiva adotada no BGB, quanto à declaração promissória abstrata, parte de uma outra *fonte*, a vontade de abstração, pelo que a referência à causa, mesmo que expressa, não torna impossível identificar casos de vontade de abstração mesmo com menção causal⁴⁸, caso haja mais dados interpretativos que permitam inferir essa vontade. Não será, pois, de presumir sem mais a natureza negocial causal de uma declaração negocial quando nela haja referência à causa. Será necessário fazer mais caminho interpretativo para aí se chegar.

7. Assim, no texto final do §780 BGB surge apenas que a promessa deve ser realizada de um certo “modo”, sem especificar concretamente se deve ser feita com ou sem menção da causa. Por seu turno, no §781 BGB também se prevê que o reconhecimento deve ser efetuado de um “modo” que permita reconhecer a existência da relação obrigacional fundamental e, mais ainda, constituir uma nova obrigação. Neste contexto, atendendo aos §§780 e 781 BGB, não é, pois, impossível que haja expressa referência da causa e que haja eficácia jurídica obrigacional por via da vontade de abstração. A mera referência da causa não inviabiliza o apuramento da vontade de abstrair. Ou seja, a determinação da vontade de abstração passa a ser um problema interpretativo (*Auslegungsproblem*)⁴⁹: cumprirá determinar se mesmo com declarações em que haja referência da causa se pretendeu ou não abstrair da relação fundamental e, por essa via, constituir uma nova base ou fundamento obrigacional⁵⁰.

No caso de não ter sido formulada qualquer referência à causa, tem sido doutrinariamente dominante, no sistema alemão, o entendimento segundo o qual a omissão de menção causal permite inferir uma vontade de abstrair: da não referência à causa resultará uma prova da vontade de abstração. Já no caso de existir menção à causa, prudência metodológica é aconselhável, pois não é possível concluir imediatamente num ou noutro sentido: é necessário dar mais passos interpretativos para que se possa enunciar uma conclusão quanto à existência (ou não) de uma vontade de abstração.

8. Precisamente neste contexto, têm surgido, ao longo de várias décadas, com significativa pujança no período subsequente ao início de vigência do BGB, várias

⁴⁸ P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §§780-782*, *Staudinger BGB*, II, cit., p. 80.

⁴⁹ E. EHMANN, *Schuldenerkenntnis und Vergleich*, C.H.Beck, München, 2005, pp. 82 e segs.

⁵⁰ P. MARBURGER, anot. §780-782, *Staudinger BGB*, II, *Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811*, cit., p. 82.

correntes quanto ao problema da determinação da vontade de abstração e mesmo quanto à sua utilidade⁵¹. É possível, desde logo, identificar uma visão crítica quanto à abstração, sublinhando que esta não pode ser considerada como um fim em si mesmo⁵² e que o efeito de facilitação processual não exprime a verdadeira essência do acertamento negocial. Esta corrente apresenta origem antiga⁵³, remontando geneticamente, entre outros, ao pensamento de Rümelin. Este Autor, logo em 1905, quando analisou o problema dos negócios abstratos obrigacionais e a construção de Bähr, propugnou a valorização das finalidades visadas pelas partes: seria necessário apurar a finalidade concreta que preside a um reconhecimento, não sendo possível dele retirar um efeito de abstração por força da sua mera

⁵¹ F. K. NEUBECKER, *Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen*, Carl Heymanns Verlag Berlin, 1903, pp. 40 e 59.

⁵² Seguindo esta linha de pensamento, no seu ponto que se diria de maior extremo, Klüber subiu a crítica à abstração obrigacional. Na sua perspectiva, os §§ 780 e 781 BGB correspondem tão-somente aos *billet non causés* franceses, serão meras notas promissórias que invertem o ónus da prova e não constituem uma base obrigacional abstrata. Cfr. F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., pp. 90 e segs, pp. 120 e segs, pp. 124 e segs, pp. 164 e segs. Porém, tem sido sublinhado que não pode ser negado que o legislador alemão concebeu a promessa ou reconhecimento como tendo natureza abstrata e que tal configuração está na base dogmática de muitas outras figuras: P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §§780-782*, Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811, cit., p. 81: “auch die These Küblers ist nicht haltbar (...) die §§ 780, 781 normieren nach Wortlaut, Inhalt und Entstehungsgeschichte eindeutig die abstrakten Schuldverträge, können also nicht auf eine bloße Schuldscheinwirkung reduziert werden”. Aliás, Marburger havia já sublinhado e precisado que a *vontade abstrata* não significa que as partes quiseram criar uma obrigação sem perseguir um fim económico ou jurídico. Segundo o referido Autor, a *vontade de abstração* significa apenas que a eficácia jurídica da obrigação não vai depender directamente da causa. É um modo específico de organizar a relevância da causa: P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §780-782*, Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811, cit., p. 81.

⁵³ Um dos primeiros defensores do *efeito jurídico de acertamento*, através de contrato, foi UNGER, sustentando a possibilidade de reconhecimentos de tipo constitutivo com *eficácia de acertamento*: J. UNGER, *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag*, JhJb, VIII, 1866, pp. 179 a 22. Na construção de Unger, as partes querem e decidem tanto quanto aos *factos* como quanto a *direito* (*fixar a situação jurídica*), como sucede numa sentença (*Urteilsvertrag*): J. UNGER, *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag*, cit., p. 180. A normalização das relações jurídicas, segundo Unger, pode realizar-se, deste modo, por intermédio de contrato: o reconhecimento e a transação são os casos paradigmáticos de *Urteilsvertrag*. Deste modo, Unger considera que as partes podem *fixar*, de forma *definitiva*, a sua relação jurídica, sendo o contrato de reconhecimento um subrogado da decisão judicial: J. UNGER, *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag*, cit., p. 180. Na construção do Autor, o reconhecimento é, deste modo, perspectivado como uma fonte de obrigações, dotado de plena eficácia constitutiva: J. UNGER, *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag*, cit., p. 186.

existência, podendo estar em causa um negócio causal com eficácia preclusiva de acertamento⁵⁴.

Como referido anteriormente, segundo o pensamento de Bähr, por via da vontade de abstração, seria constituída uma base obrigacional autónoma, um fundamento novo⁵⁵. Afigura-se importante ter este quadro presente em ordem a captar os desenvolvimentos que Rümelin e, mais tarde, Kübler introduziram para acentuar a finalidade de acertamento. Ao defender a possibilidade de isolar a finalidade de acertamento no reconhecimento⁵⁶, Rümelin e Kübler sustentaram a existência de uma finalidade e de um efeito jurídico de acertamento através de reconhecimento causal, não sendo necessária a constituição de uma obrigação nova ou de um diferente fundamento obrigacional. A possibilidade de conceber uma eficácia jurídica de acertamento de tipo preclusivo tornará a obrigação anterior numa obrigação juridicamente modificada. Por outro lado, este tipo de reconhecimento causal escapará, para estes Autores, à regra da exigência formal dos §§780 e 781 BGB, e tornará inaplicável o esquema da *condictio*, dada a sua preclusividade. Rümelin e Kübler postulam, neste contexto, a existência de um efeito jurídico preclusivo de acertamento, como análogo da eficácia jurídica da transação. Esta construção revela-se muito consequente, pois retira o negócio de acertamento, agora concebido como reconhecimento causal, do regime previsto nos §§780 e 781 BGB.

9. A etiologia desta corrente é aclaradora do que se acaba de referir. Aquando da reconstrução da teoria do reconhecimento obrigacional, pelo prisma da finalidade de fixação ou de acertamento⁵⁷, Rümelin indagou a existência de uma finalidade

⁵⁴ São identificadas as seguintes finalidades: a inversão do ónus da prova, “Klagerleichterung”, a fixação “Feststellung”, a fixação com eficácia modificativa e novatória, “Schuldabänderung” e “Schuldumwandlung”, e, por último, a separação da obrigação da causa, facilitando o pagamento para proteger a posição de um terceiro face à relação causal, beneficiando este do efeito de abstração, “Begründung von Zahlungsaustauschforderungen”: M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, AcP, n.º 97, 1905, pp. 276-277. A síntese conceitual das finalidades é de P. MARBURGER, *Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag*, de Gruyter, Berlin/New York, 1971, pp. 98 e segs.; na obra de RÜMELIN, as finalidades surgem descritas em quatro alíneas mas não surgem epigrafadas.

⁵⁵ O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 1ª, cit., p. 3.

⁵⁶ Juntamente com as causas *solvendi*, *credendi* e *donandi*, identificando também a finalidade de acertamento, cfr. A. v. THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, Duncker & Humblot, München, 1918, p. 264.

⁵⁷ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 277.

diversa do esquema *bähriano* de vontade abstrata, dado que, no seu entendimento, o esquema abstrato é supérfluo e a inversão do ónus da prova não traduz a essência do reconhecimento, para lá da *contradictio* de ser possível a oposição da *condictio* a situações que reclamam certeza e definitividade.

Ora, segundo Rümelin, a promessa e o reconhecimento podem corresponder a múltiplas finalidades das partes e, em especial, à finalidade de acertamento. Este efeito de acertamento, por seu turno, corresponde a um tipo geral de efeito jurídico, no qual se incluem, entre outras figuras, a transação⁵⁸, os reconhecimentos unilaterais sem concessões recíprocas⁵⁹ e a renúncia aos meios impugnatórios⁶⁰. Para Rümelin, as partes, mediante um reconhecimento com eficácia de acertamento, visam tornar uma situação jurídica, que é seu objeto, numa situação certa e não impugnável, fixando-a de um certo modo. Portanto, podem, neste contexto, excluir determinadas objeções ou exceções – por exemplo, a *exceptio non adimplenti contractus*. As partes podem, deste modo, pretender a consolidação de uma situação: que a obrigação, sobre a qual recaem os efeitos de acertamento, não possa mais ser invocada no seu estado anterior, prévio ao efeito de acertamento que a modifica⁶¹. Estes serão, então, os casos de *Feststellungsgeschäft*: a obrigação anterior modifica-se juridicamente, por força da eficácia preclusiva do negócio jurídico de acertamento, o que representa uma relevante reconfiguração das declarações de reconhecimento.

10. Tamanha relevância ressalta ainda mais evidente do seguinte: para Rümelin, imputando-se um efeito de *fixação* ao reconhecimento, nada mais pode ser discutido quanto à relação prévia. Verifica-se a exclusão da possibilidade impugnatória^{62/63} (“*die Ausserstreitsetzung*”): Rümelin defende, portanto, que a obrigação é transportada

⁵⁸ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 294.

⁵⁹ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 295.

⁶⁰ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 306.

⁶¹ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 292.

⁶² RÜMELIN trata, particularmente, dos reconhecimentos com eficácia de acertamento, explorando hipóteses que, no seu entendimento, extravasam o âmbito da transação, pois não há concessões recíprocas nem litígio ou controvérsia: M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 295.

⁶³ Assim, haverá que indagar a finalidade concreta do reconhecimento, dado que a finalidade de acertamento pode estar presente no reconhecimento: M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 293.

para outro *estado* jurídico⁶⁴. A autonomia da obrigação modificada ou acertada corresponde, pois, ao resultado da finalidade que atua sobre a obrigação anterior, que é o objeto sobre o qual recai o efeito preclusivo visado. Evita-se assim, segundo esta linha de pensamento, a “contradição” teórica de perspetivar uma obrigação abstrata, por via dos §§ 780 e 781 BGB, contra à qual pode ainda ser oposta a *condictio* (*ex ante* e *ex post*) por via dos §§ 812(2) e 821 BGB⁶⁵. Daí que o recurso ao esquema obrigacional abstrato se mostre, para Rümelin, um caminho inconsequente e im procedente. Para o Autor, pode obter-se um efeito de *acertamento*, com eficácia preclusiva⁶⁶, através de reconhecimentos causais, escapando estes à aplicação da *condictio*, por via dos §§812 (2) e 821 BGB, e às exigências formais previstas nos §§780 e 781 BGB⁶⁷.

11. Neste plano, cumpre ainda dar nota do seguinte: a propósito das propostas de Rümelin e Kübler, atendendo à multiplicação de planos entre abstração e causalidade e à consequente diluição de fronteiras quanto a efeitos jurídicos declarativos e constitutivos, Ehmann veio apontar a necessidade de prudência metodológica e de rigor dogmático. Com efeito, no que respeita aos negócios de acertamento e aos efeitos de fixação jurídica, segundo Ehmann, há que ter bem presente a gravidade jurídica do efeito jurídico de acertamento, que é, por natureza, um efeito preclusivo⁶⁸. Redunda-se no paradoxo de os defensores da teoria do acertamento

⁶⁴ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 291.

⁶⁵ P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §§780-782, Staudinger BGB*, II, cit., p. 81.

⁶⁶ M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., p. 292: “Der Inhalt der Feststellung soll dem ganzen künftigen Verhältnis der Parteien zugrund gelegt, weder gerichtlich noch aussergerichtlich bestritten werden”.

⁶⁷ P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §780-782, Staudinger BGB*, II, cit., p. 80.

⁶⁸ E. EHMANN, *Schuldanerkenntnis und Vergleich*, cit., p. 82 e segs. Ehmann aponta criticamente que é necessária prudência dogmática quando se pretendem idealizar finalidades concretas no plano da abstração. Ehmann refere o diálogo estabelecido na Universidade de Munique com o Prof. Dr. Alfons Bürge a propósito dos fundamentos dogmáticos e base histórica da construção de Bähr como decisivos na sua construção doutrinária: E. EHMANN, *Schuldanerkenntnis und Vergleich*, cit., p. 25. Refira-se ainda como o reconhecimento surge perspectivado como uma promessa abstrata de cumprimento: “abstrakte Anerkenntnis als abstraktes Erfüllungsverprechen”. E. EHMANN, *Schuldanerkenntnis und Vergleich*, cit, 35. Com efeito, Ehmann, numa posição onde flui a visão *bähriana* – E. EHMANN, *Schuldanerkenntnis und Vergleich*, cit, p. 86 – sustenta a total autonomia da finalidade de reforço da posição processual do credor (*Klagerleichterungszweck*) face ao fim de acertamento (*Feststellungszweck*), afirmando que “Die Lehre vom abstrakten Anerkenntnis mit Feststellungszweck ist somit vollkommen sinnlos, überflüssig und verfehlt und muss unbedingt aufgegeben werden”. De acordo com o Autor, a promessa ou reconhecimento, com feição abstrata,

apresentarem, por vezes, um discurso argumentativamente temeroso quanto à abstração, acabando por postular uma outra via que provoca um efeito jurídico preclusivo, uma situação não impugnável e definitiva do ponto de vista jurídico, a não aplicação da *condictio* aos negócios de acertamento, ao que acresce a perigosidade resultante da sua liberdade formal. Ehmann acusa esta construção de subversão metodológica, por querer contornar o regime previsto no BGB, condenando igualmente todo ensino universitário nela baseado, uma vez que desvirtua a função típica do reconhecimento abstrato, tal como consta dos §§780 e 781 BGB e dos trabalhos preparatórios do BGB.

Num plano de regresso à filosofia originária do BGB, Ehmann estabelece, de modo diverso, um critério geral que deve presidir à interpretação das declarações promissórias ou recognitivas: para o devedor, o reconhecimento abstrato é menos desvantajoso do que o reconhecimento causal com efeito de acertamento. Assim, um reconhecimento só excepcionalmente pode ser entendido como causal, com eficácia preclusiva, se existir uma declaração negocial da qual resulte a aceitação do efeito jurídico de acertamento. Retirar essa aceitação de forma tácita, apenas por se referir a causa da promessa ou do reconhecimento, é, para Ehmann, metodologicamente errado e juridicamente perigoso. Com efeito, a abstração *bähriana* – que, como se salientou, poderá surgir mesmo em casos com menção causal – é menos grave do que o efeito de acertamento causal com efeito preclusivo, dado que naquela ainda é permitido fazer atuar a *condictio*, como resulta expressamente do §812(2) e 821 BGB. Por esse motivo, Ehmann defende que o regime previsto no BGB deve ser interpretado de forma a preservar a integridade da construção de Bähr, nos precisos termos em que ocorreu a sua consagração legal, atendendo tanto ao elemento literal como ao elemento histórico⁶⁹.

deve qualificar-se como um negócio jurídico substantivo ou material de certeza ou segurança jurídica (diminuição de risco) dotado de eficácia jurídica processual: “Materiellrechtliches Sicherungsgeschäft mit prozessualer Wirkung”: E. EHMANN, *Schuldenerkenntnis und Vergleich*, cit., p. 25. O reforço da posição processual do credor pode atuar no plano de finalidades secundárias, porém, esse reforço é um *efeito direto* da abstração: a simplificação da declaração negocial, no quadro da habilitação normativa prevista nos §§780 e 781 BGB, traduz-se nesse efeito de reforço da posição processual.

⁶⁹ Com posição extremada, Albers sustenta que um reconhecimento, se pretender ter o efeito de a dívida passar a ser considerada como existente, mesmo que não existisse anteriormente, deve seguir as regras das doações. O não cumprimento da obrigação de reconhecimento notarial anulará o reconhecimento declaratório e sujeitará o reconhecimento abstrato à *condictio*. Albers ataca ainda a regra segundo a qual a promessa ou o reconhecimento são vinculantes quando feitas com a consciência da inexistência de obrigação: G. ALBERS, *Schuldenerkenntnis als Schenkungsversprechen: Gegen Kondiktions- ausschluss und einseitigen Feststellungsvertrag*, *JuristenZeitung*, 15/16 (2020), pp. 784-785.

12. Deste modo, no plano do problema interpretativo (*Auslegungsproblem*) quanto aos casos em que é mencionada a causa, mesmo que de modo genérico, para Ehmann, haverá que apurar a finalidade concreta visada pelo(s) declarante(s), não imputando automaticamente um efeito jurídico de acertamento à declaração promissória ou de reconhecimento quando nela há menção causal⁷⁰. A relevância da finalidade concreta visada é decisiva para apurar se esse reconhecimento é abstrato ou se é causal. Por esta razão, para Ehmann, o credor tem sempre o ónus de alegar e provar a finalidade concreta de quem promete ou reconheceu determinada obrigação. A este propósito, segundo o mesmo Autor, se a promessa ou o reconhecimento tiverem sido formulados abstratamente – ou seja, sem referência à causa –, nesses casos deve prevalecer a tese de Bähr: o credor beneficia da inversão do ónus da prova a favor do credor, cumprindo ao devedor provar que a declaração por ele emitida é, afinal, uma declaração causal⁷¹. Alinhadamente, por exemplo, Klingmüller também sublinhou que pode ser estabelecida uma regra geral: uma promessa ou um reconhecimento serão abstratos quando tiverem sido formulados sem referência à causa⁷².

13. Não obstante as observações de Ehmann relativas à intervenção doutrinal de Rümelin quanto aos casos em que o reconhecimento não foi formulado abstratamente⁷³, a teoria do negócio de acertamento, por meio de reconhecimento causal, tem feito o seu caminho. Recentemente, com configuração muito variável quanto ao efeito de acertamento ou de fixação, sobressaem as tomadas de posição

⁷⁰ E. EHMANN, *Schuldanerkenntnis und Vergleich*, cit., pp. 82 e segs.

⁷¹ P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §781*, Staudinger BGB, II, cit., p. 84: “Dennoch dürfte nach dem aus der Entstehungsgeschichte ersichtlichen Zweck der 780, 781, mit der Zulassung abstrakter Schuldverträge die Klage aus abstrakt lautenden Schuldscheinen zu ermöglichen (Mot II 690; Prot II 502 ff), bei abstrakt formulierter Schuldurkunde eine Beweislastumkehrung zugunsten des Gläubigers anzunehmen sein. Denn angesichts des geringen Beweiswertes solcher Urkunden wäre die Klagbarkeit weitgehend theoretischer Natur, wenn der Gläubiger auch in diesem Falle die Beweislast des Bestehens einer abstrakten Verpflichtung trüge. Vielmehr obliegt dann dem Schuldner der Nachweis, dass es sich nur um ein kausales Anerkenntnis bzw Versprechen (zB zum Zwecke der Schuldänderung oder Feststellung) handelt oder dass die Urkunde lediglich Beweiszwecken dient”.

⁷² F. KLINGMÜLLER, *Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, cit., p. 90; e N. WIELANDT, *Die einseitig verpflichtende Schuldzusage*, cit., pp. 24 e 83 e segs., para o desenvolvimento do reconhecimento causal na jurisprudência alemã.

⁷³ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 129: “wenn der Schuldschein nicht abstrakt abgefasst ist”.

de autores como Kübler⁷⁴ ou Marburger⁷⁵, visando dogmatizar a expansão do seu âmbito de aplicação⁷⁶. Neste contexto, partindo do princípio de que os negócios de acertamento são compatíveis com o sistema jurídico alemão⁷⁷, Marburger veio sustentar que às partes pode assistir o intuito de eliminar a controvérsia ou incerteza de uma relação também por via de concessão unilateral. Para esse efeito, o meio apropriado, segundo o Autor, será precisamente a via do reconhecimento⁷⁸. Para Marburger, este tipo de reconhecimento, que é de natureza causal (*kausaler Vertrag*), apenas se distingue da transação na medida em que a fixação jurídica não é obtida através de concessões recíprocas, mas antes a partir uma concessão unilateral por parte do devedor⁷⁹. Ainda assim, não ocorre um efeito novatório, nem a constituição de uma relação obrigacional distinta e independente da relação prévia. Pelo contrário, a relação prévia subsiste com o mesmo conteúdo jurídico previamente determinado, ao qual se agrega diretamente o elemento de fixação, que passa a caracterizar a previamente obrigação incerta, tornada certa por força do efeito jurídico de acertamento⁸⁰.

14. Por seu turno, Kübler visou demonstrar ser possível perspetivar a promessa ou o reconhecimento como negócio causal, no quadro da produção de efeitos jurídicos de fixação e de garantia⁸¹. Este Autor acentua que a tese *bähriana* não traduz plenamente o possível âmbito da eficácia jurídica do reconhecimento, dado que as partes podem visar também uma eficácia jurídica mais ampla do que a inversão do ónus da prova. Ou seja: Kübler identificou uma finalidade de fixação ou acertamento (*Feststellungszweck*), com o conseqüente afastamento da *condictio*⁸². Para o efeito, Kübler reconhece, no direito alemão,

⁷⁴ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 1 e segs.

⁷⁵ P. MARBURGER, *Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag*, cit., p. 1 e segs.

⁷⁶ Já se acentuou anteriormente que estas construções se situam em plano distinto da proposta *bähriana*: M. RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB*, cit., pp. 276-277; P. MARBURGER, *Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag*, cit., pp. 98 e segs.

⁷⁷ P. MARBURGER, *Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag*, cit., p. 1 e segs.

⁷⁸ P. MARBURGER, *Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag*, cit., p. 61.

⁷⁹ P. MARBURGER, *Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag*, cit., p. 118.

⁸⁰ P. MARBURGER, *Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag*, cit., p. 119.

⁸¹ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., pp. 1 e segs.

⁸² F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 137.

suficiente margem para permitir este tipo de negócio jurídico⁸³, sendo de aferir a finalidade de acertamento através da interpretação da vontade negocial das partes⁸⁴. Exige-se, assim, o apuramento da existência de uma vontade negocial de fixação⁸⁵.

Ora, por serem desenvolvidos paralelamente aos casos de abstração, que dependem intrinsecamente do elemento formal, estes negócios de fixação, garantia e pacificação⁸⁶, enquanto negócios causais, não carecem também de forma especial⁸⁷: vigorará, para eles, a regra geral da liberdade de forma, sendo inaplicáveis os §§780 e 781 BGB. Quanto ao seu específico âmbito de eficácia, Kübler salienta que o negócio de acertamento tem como objeto a relação jurídica prévia, sobre a qual incidirão, de forma direta, os efeitos jurídicos de fixação. Neste âmbito, pois, refere-se a uma eficácia jurídica transfigurativa ou modificativa⁸⁸, propugnando a não aplicação do enriquecimento em causa a estes casos, por força do efeito de fixação⁸⁹. Pela forma como o entende este Autor, o negócio de acertamento tem uma “causa imanente”⁹⁰, produzindo diretamente uma modificação jurídica, não constituindo, no entanto, uma nova obrigação: é, portanto, um negócio auxiliar e causal⁹¹, com eficácia jurídica preclusiva.

⁸³ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 129.

⁸⁴ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 130.

⁸⁵ “sie müssen mit ihren Erklärungen die Verbindlichkeit und Geltung der getroffenen Feststellung gewollt habe”, F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 130.

⁸⁶ Kübler concebe, neste quadro, uma finalidade de pacificação – “Beruhigungserklärung”: F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 132.

⁸⁷ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 133.

⁸⁸ “Diese Wirkung lässt sich bezeichnen als potentielle Umgestaltung oder Modifikation.”: F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 133.

⁸⁹ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 137.

⁹⁰ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 136.

⁹¹ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., pp. 133 e 134.

15. Em termos gerais, não obstante múltiplas variações construtivas⁹², a teoria do negócio de acertamento, distinguindo-se da promessa ou reconhecimento com feição abstrata, projeta a autonomia privada para o plano da modificação de situações jurídicas, fazendo sobre elas repercutir o desejado manto jurídico de certeza e definitividade, o que sucederá tipicamente através de eficácia jurídica preclusiva.

A primeira consequência deste desenvolvimento doutrinário é o da aplicação do regime geral da liberdade de forma⁹³, escapando à forma prevista nos §§780 e 781 BGB. Por outro lado, a teoria do acertamento, como já referido, é ainda preconizadora, do ponto de vista dogmático, de um tipo de eficácia jurídica que afasta, pela sua natureza, a aplicação do enriquecimento sem causa – “dass hier für das Bereicherungsrecht kein Raum bleibt”⁹⁴ (*não há aqui lugar ao enriquecimento sem causa*) –, o que lhe imputa preclusividade e definitividade, escapando à aplicação dos §§812(2) e 821 BGB. A finalidade (*Zweck*) do negócio de acertamento reside, assim, na eliminação de incerteza, precludindo a possibilidade da sua impugnação por *exceptio* ou *condictio*, provocando, por esta via, a sua entrada num estado de certeza na situação obrigacional. Para tanto, é decisiva a eficácia jurídica preclusiva.

16. Como refere Wilckens⁹⁵, este tipo de reconhecimento declarativo ou causal não constitui uma obrigação nova, apenas subtrai a possibilidade de contestar a relação jurídica prévia e, por isso, produz um efeito jurídico de modificação na obrigação⁹⁶. O acertamento resultará, por este prisma, de uma espécie de renúncia

⁹² Partindo da concepção de Rümelin, visando apurar o *fin de acertamento* atendendo à vontade das partes, v. as recentes intervenções de BAUMANN (W. BAUMANN, *Das Schuldanerkenntnis*, cit., pp. 283 e segs.), CREUTZIG (J. CREUTZIG, *Das selbständige Schuldversprechen*, Helbing & Lichtenhan, Basel, 1969, p. 212). Propugnando cautela na interpretação da promessa ou reconhecimento como causal com efeito de acertamento, dado o seu efeito jurídico preclusivo, e criticando a perspetiva doutrinária que tem tornado difícil detetar o critério para qualificar a promessa ou reconhecimento como causal ou abstrata, *cf.*: EHMANN (E. EHMANN, *Schuldanerkenntnis und Vergleich*, cit., pp. 82 e segs.).

⁹³ Sendo o reconhecimento causal, a forma assume papel diverso, a promessa ou reconhecimento causal é, portanto, “formlos gültig”; M. HABERSACK, *anot.* §780, *Münchener Kommentar BGB, Schuldrecht, Besonderer Teil*, C.H. Beck, München, 2013, p. 1198; H. SPRAU, *anot.* §780, *Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, C. H. Beck, München, 2019, p. 1382.

⁹⁴ F. KÜBLER, *Feststellung und Garantie: Eine rechtsvergleichende und dogmatische Abhandlung wider die Lehre vom abstrakten Schuldvertrag im bürgerlichen und Handelsrecht*, cit., p. 137.

⁹⁵ U. WILCKENS, *Deklaratorische Schuldanerkenntnisse mit konstitutiver Wirkung?*, AcP, n.º 163, 1963, pp. 137 e segs.

⁹⁶ U. WILCKENS, *Deklaratorische Schuldanerkenntnisse mit konstitutiver Wirkung?*, cit., p. 138.

que o devedor realiza, expressa ou tacitamente, quanto às possíveis exceções e demais meios de defesa, ao emitir uma declaração de reconhecimento⁹⁷.

O dado final que importará reter, para o presente estudo, é o de que o efeito do negócio de acertamento representa uma expansão acentuada da autonomia privada quanto à possibilidade de negócios com eficácia preclusiva, nomeadamente quando, por seu intermédio, é inclusivamente afastada a oponibilidade da *condictio* e derogadas as exigências formais aplicáveis nos termos dos §§780 e 781 BGB. Os negócios jurídicos de acertamento, sendo configurados como reconhecimentos causais, estarão, por essa razão, fora do âmbito de aplicação dos §§ 780, 781, 812(2) e 821 BGB, dado que estes parágrafos regulam negócios abstratos.

§2. O artigo 1988 do *Codice Civile* e a doutrina italiana do “*negozio di accertamento*”

17. A promessa de pagamento – “*pagamento*” é o que consta do artigo 1988 do *Codice Civile* – e o reconhecimento de dívida, na doutrina italiana, surgem também enlaçados com a teoria do negócio de acertamento, seguindo de perto os desenvolvimentos da doutrina alemã acima expostos. Desde logo, assinale-se como a doutrina italiana foi confrontada com a possibilidade de constituir, por via da autonomia privada, um estado obrigacional com certeza jurídica, ou seja, eliminar negocialmente a *res dubia*, fora dos quadros típicos da transação e num plano diferente do da instância judicial.

Num sistema onde vigora a possibilidade de transação, a doutrina italiana tem nela encontrado um análogo que permite teorizar sobre a imputação de uma finalidade ou uma função de fixação ou acertamento ao reconhecimento unilateral. Com efeito, em face do desenvolvimento da doutrina alemã, e mesmo antes do *Codice* de 1942, a doutrina italiana ensaiou a aproximação da figura do reconhecimento à finalidade de fixação. Distante do mero efeito de inversão do ónus da prova, – efeito visado pela finalidade de reforço da posição processual do credor, que era, na construção de Bähr, a finalidade primária (*Primärzweck*) do reconhecimento⁹⁸ –, a teoria de Rümelin vai registar significativo impacto na doutrina italiana⁹⁹.

18. Com efeito, no período anterior à entrada em vigor do *Codice* de 1942, verificou-se, em Itália, forte influência da doutrina alemã do *Feststellungsgeschäft*, que seguirá curso próprio no contexto jurídico transalpino.

⁹⁷ U. WILCKENS, *Deklaratorische Schuldanerkenntnisse mit konstitutiver Wirkung?*, cit., p. 138.

⁹⁸ E. EHMANN, *Schuldanerkenntnis und Vergleich*, cit, p. 36.

⁹⁹ L. PUCCINI, *Contributo allo studio del accertamento privato*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 45 e segs.

Na receção do *Feststellungsgeschäft*, promovida pela doutrina italiana, é possível observar significativa variação, impossível de reproduzir integralmente neste contexto. O *negozio di accertamento* ora surge perfilado por aproximação ao regime da transação, como sucede com Carnelutti¹⁰⁰ e Stolfi¹⁰¹, ora é qualificado como figura negocial autónoma com causa específica, tal como sustentaram Nicolò¹⁰², Giorgianni¹⁰³, Corrado¹⁰⁴ e Tamburrino¹⁰⁵. Cumpre sublinhar também que o negócio de accertamento ora surge desenvolvido no quadro de teorias declarativas ora no de teorias constitutivas. Tem ainda relevância dar nota de que o efeito jurídico de accertamento é visto como tendo natureza negocial por resultar de comando jurídico unilateral ou bilateral no quadro da autonomia privada, emergindo como um análogo da decisão judicial¹⁰⁶.

19. Para o presente estudo, necessariamente circunscrito, apenas interessa o que diretamente se relaciona com o artigo 1988 do *Codice Civile*. De forma muito similar ao que sucedeu com os §§780 e 781 BGB, alguma doutrina italiana tem entendido que a formulação constante do artigo 1988 do *Codice Civile* – “A promessa de pagamento ou reconhecimento de um débito dispensa aquele a favor do qual foi feita o ónus de provar a relação fundamental. A existência desta presume-se até prova contrária”¹⁰⁷ – permite nela incluir promessas e reconhecimentos em que seja feita a menção da causa.

Deste modo, defende-se ser de aplicar a dispensa de prova, prevista no artigo 1988 do *Codice Civile*, mesmo aos casos de promessas ou reconhecimentos

¹⁰⁰ F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1940, I, pp. 3 e segs.

¹⁰¹ G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, Rivista di diritto processuale, 1933, I, pp. 1 e segs.

¹⁰² R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, Annali Università, Messina, 1932-33, pp. 430 e segs.

¹⁰³ M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano 1939. Este Autor, diferenciando negócio de accertamento e transação, qualifica o negócio de accertamento com um modo de *fixação da situação pré-existente*, *Accertamento (negozio di)*, Enc. Dir., Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, pp. 228 e segs.

¹⁰⁴ R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Utet, Torino 1942.

¹⁰⁵ G. TAMBURRINO, *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito tra le promesse unilaterali*, Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento, Vol. III – Diritto civile, Bologna, Zanichelli, 1953, pp. 571 e segs.

¹⁰⁶ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, Enc. Dir., XV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 432 e segs.

¹⁰⁷ “La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria”.

“causais”¹⁰⁸. Daí que, por essa via, tenha sido recebida e desenvolvida também a teoria do negócio de acerto. Atente-se, porém, que, segundo o que foi afirmado expressamente na *Relazione*, o artigo 1988 do *Codice Civile* tinha em vista apenas e tão-somente as promessas sem referência da causa – “Il caso meritava di essere considerato perché è il solo di promessa obbligatoria non titolata”¹⁰⁹.

20. Não obstante, parte da doutrina italiana entende ser possível aplicar o artigo 1988 do *Codice Civile* também aos casos em que a promessa ou o reconhecimento são feitos com menção causal. A este propósito, meramente a título de exemplo, Andrea d’Angelo elaborou um profundo ensaio geral sobre as múltiplas categorias de promessas e reconhecimentos previstos naquele artigo, com ou sem menção causal, defendendo a aplicação do referido artigo a todas essas situações¹¹⁰.

Porém, frise-se que esta expansão interpretativa apenas é possível atendendo à abertura proporcionada pela moldura semântica do artigo 1988, do *Codice Civile*, que não exclui expressamente os casos de promessas com referência da causa, dado o seu silêncio quando à menção da causa. Este dado é decisivo para compreender as variações doutrinárias italianas, que devem ser contextualizadas precisamente atendendo ao texto legal vigente no seu sistema. Como se verá, seguidamente, tal não sucede no sistema português: o artigo 458.º CC, como resulta dos seus trabalhos preparatórios e do seu elemento literal, visa declarações sem menção causal.

§3. O artigo 458.º do Código Civil e a doutrina portuguesa do negócio declaratório de acerto

21. Quanto ao direito português, especialmente no que respeita ao artigo 458.º CC, objeto deste breve estudo, é importante atender ao seu elemento histórico, cumprindo o que resulta do artigo 9.º CC, dado que este elemento revelará importantes dados. Com efeito, os projetos de articulado do Código Civil português e as suas subsequentes versões ministeriais são elementos valiosos para o conhecimento do direito vigente.

¹⁰⁸ Note-se, porém, que a estrutura do artigo 1988 do *Codice Civile* não parece ser compatível com a eficácia preclusiva tipicamente associada ao efeito jurídico de acerto, dado que permite ao devedor invocar a relação fundamental como *exceptio*.

¹⁰⁹ *Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942*, n.º 782, p. 176.

¹¹⁰ A. D’ANGELO, *Il Codice Civile, Commentario – Le promesse unilaterali artt. 1987-1991*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 465 e segs., pp. 471 e segs.

Plena de significado é a constatação de que, no desenho final do artigo 458.º CC, surgem as promessas ou reconhecimentos efetuados por “*simples declaração, sem indicação da respectiva causa*”. Precisamente neste plano, é oportuno sublinhar que solução portuguesa se distancia tanto do BGB como do *Codice Civile*, ao referir expressamente que o artigo visa regular promessas e reconhecimentos que sejam feitos *sem indicação* da respetiva causa¹¹¹. Fora do seu âmbito da aplicação, pelo menos de forma direta, estão as promessas e os reconhecimentos com menção da respetiva causa.

22. Na doutrina portuguesa, com especial relevância para o objeto do presente estudo, Menezes Cordeiro, pronunciando-se sobre o artigo 458.º CC, faz sobressair que o mesmo não origina propriamente uma *obrigação nova*, limitando-se a permitir

¹¹¹ Esta referência à não “*indicação da causa*” naquela previsão legal tem sido interpretada pela doutrina portuguesa como sendo muito relevante. Tal é o que resulta do pensamento de Oliveira Ascensão, sublinhando que essa referência à causa torna o artigo 458.º CC “(n)uma disposição de grande alcance, centrada na noção de causa: o art. 458, relativo à promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida (que também assenta, aliás, na “relação fundamental”)”, concluindo aquele Autor que “*por esta via, a causa continua a ser uma categoria legal*”: J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III, Coimbra editora, Coimbra, 2002, p. 266. Por seu lado, Pereira Coelho refere que o artigo 458.º CC é uma “*manifestação*” de um princípio geral de “*indicação da causa*”. F. PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, cit., p. 430; id, *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra editora, Coimbra, 2014, pp. 63 e segs. Segundo o seu pensamento, não existem negócios que consistam “*num puro efeito de direito*” sem a referência a uma *causa mínima* que “*dê sentido económico-jurídico a tal efeito de direito*”. Ainda segundo F. Pereira Coelho, quanto ao artigo 458.º CC refere que “*temos aqui, como é sabido, a chamada abstracção processual ou probatória, em que a abstracção não opera no campo do direito substantivo mas apenas no do direito probatório – mais precisamente, o negócio abstracto que é a promessa unilateral de prestação determina aqui a inversão do ónus da prova do negócio causal ou da relação fundamental, a que se reporta ou em que se inscreve aquela promessa de prestação*”: F. PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, cit., p. 431. Neste contexto, no artigo 458.º CC, para Francisco Pereira Coelho, a “*causa, embora presumida, permanece como uma linha de sombra do negócio, integrando nesta medida o respectivo texto ou conteúdo*”: F. PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, cit., p. 432. Refutando a teoria anticausalista, Francisco Pereira Coelho entende que, faltando a *causa necessária*, haverá *negócio incompleto*. Assim, no direito português, vigorará, para o Autor, um “*princípio de causalidade*”, ou seja, está “*proibida a abstractização convencional de um negócio jurídico*”, não podendo as partes “*desligar*” os “*efeitos propriamente ditos*” da “*causa, função ou título*” que os “*justifica*”: F. PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, cit., p. 66. Neste contexto, o Autor sublinha ainda que, em certos sistemas jurídicos, a “*simples produção de efeitos*” pode consistir num negócio *autónimo*, sendo esse *dissociável* do “*negócio que lhe serve de causa*”, ou seja, pode dar-se a “*abstractização dos efeitos jurídicos*” que “*conduz à autonomização de um negócio relativo aos efeitos negociais*”: F. PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, cit., p. 66.

que se prometa ou reconheça uma prestação devida por força de qualquer outra fonte obrigacional¹¹². Assim, para Menezes Cordeiro, a sua função resume-se a “dispensar o beneficiário de indicar a verdadeira fonte da obrigação em jogo”, e, por outro lado, essa fonte “presume-se até prova em contrário”¹¹³. De acordo com a sua perspetiva, estaremos aqui perante “um negócio unilateral (...) só que com mera eficácia declarativa, limitada à inversão do ónus de prova”¹¹⁴.

Ainda assim, neste plano, Menezes Cordeiro aponta ser necessário considerar o “problema no seu todo”, afirmando que “a obrigação preexistente já não é a mesma”, explicitando que “por facilidade de linguagem (...) nos vemos constrangidos a separar a substância da sua própria prova”¹¹⁵. E neste contexto, Menezes Cordeiro sublinha ainda que “o reconhecimento, sendo declarativo, tem, também uma eficácia constitutiva. Para além do decisivo aspecto da prova, devemos ter em consciência que a dívida reconhecida nunca é a preexistente: bastaria dispensar a causa para a tanto conduzir”¹¹⁶. No entanto, Menezes Cordeiro não se refere expressamente a “negócios de acertamento”, sendo apenas feita referência a vários tipos de eficácia (declarativa e constitutiva) e a menção ao facto de a “obrigação preexistente já não (*ser*) a mesma”¹¹⁷.

23. Por seu turno, Menezes Leitão indica que se a promessa ou reconhecimento forem formulados mencionando a sua causa, ocorre nestes casos um “negócio com fim de pacificação, que não terá apenas carácter declarativo mas também constitutivo, na medida em que a parte renunciar a discutir a verificação de pressupostos ou a oponibilidade de excepções ao vínculo obrigacional, que reconhece ter sido constituído por aquela via”¹¹⁸. Assim, o artigo 458.º CC visa apenas declarações formuladas abstratamente.

¹¹² A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, VII, Contratos, Negócios Unilaterais*, Almedina, 2018, p. 693.

¹¹³ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, VII, Contratos, Negócios Unilaterais*, cit., p. 693.

¹¹⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, VII, Contratos, Negócios Unilaterais*, cit., p. 693.

¹¹⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, VII, Contratos, Negócios Unilaterais*, cit., p. 693.

¹¹⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, VII, Contratos, Negócios Unilaterais*, cit., p. 693.

¹¹⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, VII, Contratos, Negócios Unilaterais*, cit., p. 693.

¹¹⁸ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, I, Introdução. Da constituição de Obrigações*, cit., p. 274.

Quanto à previsão de negócios de acertamento no artigo 458.º CC, Menezes Leitão rejeita que tal suceda neste artigo. Este Autor aceita a figura dos negócios jurídicos de acertamento, mas salientando que, em face do artigo 457.º CC, apenas os admite “com base na liberdade contratual (art. 405º), constituindo um contrato análogo à transacção¹¹⁹. Rejeita, portanto, que no artigo 458.º CC estejam previstos negócios de acertamento, dado que este artigo visa declarações com formulação abstrata, devendo estes negócios ser perspetivados pelo prisma da liberdade contratual e não no plano do negócio unilateral.

24. Do seu lado, a propósito do que vem sendo exposto, e analisando concretamente os artigos 457.º e 458.º CC, o pensamento de Pais de Vasconcelos simboliza a receção dos negócios de acertamento pela doutrina portuguesa, pois este Autor assume claramente que no artigo 458.º CC estão previstos negócios causais declarativos e de acertamento. Em termos gerais, Pais de Vasconcelos, no que respeita ao confronto entre causalidade e abstração, enfatiza que “num regime puro de causalidade a causa é livremente invocável; num regime de pura abstracção, a causa nunca é invocável, é abstraída, abstracta – abstrai-se da causa”¹²⁰. Neste âmbito, e precisamente quanto ao objeto do presente estudo, Pais de Vasconcelos sustenta que a relação entre causalidade e abstração “não deve ser entendida como uma alternativa perfeita”, dando como exemplo o que resulta do artigo 458.º CC, “em que se dispensa de invocar (alegar) e provar a respectiva causa”, bastando “invocar o documento e o negócio jurídico que ele titula”¹²¹.

Da intervenção de Pais de Vasconcelos resulta, portanto, que as promessas ou reconhecimentos causais estarão previstos no artigo 458.º CC, e as promessas abstratas estarão vedadas pelo artigo 457.º CC, apenas sendo admitidas excepcionalmente¹²². A sua posição é a de que a tipicidade atinge a “promessa unilateral de uma prestação”¹²³ e que, por outro lado, “para além do âmbito restrito das

¹¹⁹ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, I, Introdução. Da constituição de Obrigações*, cit., p. 274.

¹²⁰ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 282.

¹²¹ Segundo Pais de Vasconcelos, o artigo 458.º CC contém um caso de *presunção de causa* ou de *abstracção processual*. Por outro lado, no seu entendimento, o artigo 457.º CC atinge apenas as *promessas unilaterais abstratas*, que apenas são admitidas nos termos legais. Deste modo, “a causa só é irrelevante, só há abstracção, quando a lei o determinada e do modo por que o faz. Assim sucede com os negócios jurídicos cambiários”: P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 284.

¹²² P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 284.

¹²³ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 444.

promessas unilaterais de uma prestação, não vigora o regime de tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais¹²⁴. Para a construção de Pais de Vasconcelos, este ponto é central. Com efeito, ao considerar que o artigo 457.º CC atinge apenas as promessas unilaterais abstratas com eficácia obrigacional, extrai a ilação de no artigo 458.º CC se incluírem as promessas causais com efeito jurídico de acertamento¹²⁵. Pais de Vasconcelos admite conseqüentemente que no artigo 458.º CC estarão previstos negócios jurídicos unilaterais causais e que estes negócios “têm a natureza jurídica de negócio declaratório, de negócio de acertamento”¹²⁶, explicitando ainda que “o negócio de acertamento tem por função tornar algo certo que, sem ele, é ou poderá ser incerto”¹²⁷. Continuando, o Autor indica também que o negócio declaratório é um negócio causal com carácter misto, pois é “em parte declarativo e em parte constitutivo”¹²⁸. Concretizando o seu pensamento, afirma que o negócio de acertamento é considerado como declarativo “naquilo em que documenta uma dívida ou uma obrigação emergente de um outro título constitutivo que é a sua relação subjacente (causa)”, e como “constitutivo naquilo em que se separa e autonomiza de um débito ou de um crédito emergente dessa relação e lhe confere

¹²⁴ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 444.

¹²⁵ Nas primeiras, a relação subjacente não será invocável e, nas segundas, de modo inverso, a causa presume-se, podendo ser invocada. Analisando concretamente o artigo 458.º CC, é afirmado por Pais de Vasconcelos que “sempre que alguém, por uma declaração nua, isto é, sem indicação da respectiva causa, reconheça uma dívida ou prometa pagá-la (...) fica onerado com o encargo de demonstrar o contrário (...) que a causa não existe, ou cessou, ou é ilícita”. Nestes casos, não são a promessa de cumprimento ou o reconhecimento de dívida “que constituem a fonte ou o fundamento jurídico, isto é, a causa das obrigações a que se referem”. Pais de Vasconcelos atribui a sua origem a uma outra causa que “*constitui o seu fundamento originário*”. Na sua perspectiva, as referidas promessas e reconhecimentos exigem e pressupõem a “existência prévia ou, até, contemporânea de um outro negócio (...) do qual resulta a obrigação”. Assim, Pais de Vasconcelos considera “inegável que as promessas unilaterais de uma prestação e os reconhecimentos de unilaterais de dívida, feitos sem indicação da respectiva causa, não são originariamente constituintes das obrigações a que se referem e que têm subjacente uma relação fundamental ou relação subjacente que lhes constitui a respectiva *causa civis obligandi*”: P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 445.

¹²⁶ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 447.

¹²⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 447.

¹²⁸ O Autor indica também que o *negócio declaratório* é um negócio causal com carácter misto, pois é “*em parte declarativo e em parte constitutivo*”. Assim, quanto ao artigo 458.º CC, “recai sobre o obrigado o ónus de prova das excepções causais que deduzir contra o credor”. No seu entendimento, este é o regime dos atos *substancialmente causais*, mas *processualmente abstratos*. Quanto às promessas unilaterais de prestação, sem indicação da causa, ou seja, os casos de *cautio indiscreta*, Pais de Vasconcelos considera que esses casos não estão previstos no artigo 458.º CC, estando abrangidos pela prevista do artigo 457.º CC.

um diferente regime jurídico”¹²⁹. Assim, quanto ao artigo 458.º CC, “recai sobre o obrigado o ónus de prova das excepções causais que deduzir contra o credor”^{130/131}.

III. Considerações finais: crítica à teoria do negócio de acertamento no artigo 458.º do Código Civil português

25. Apresentadas algumas das propostas interpretativas relativas ao sistema português, particularmente no que respeita ao artigo 458.º CC, importa salientar a importância do elemento histórico para o conhecimento do direito vigente, particularmente para o presente estudo. Neste domínio, é muito relevante o que consta do estudo preparatório de Vaz Serra quanto aos negócios abstratos¹³² e as várias formulações dos anteprojetos e das revisões ministeriais do Código Civil português.

No referido estudo de Vaz Serra, que serviu de base para o desenho do artigo 458.º CC, visava-se, entre outras finalidades, aferir se uma declaração de vontade pode ser juridicamente relevante, no plano das fontes obrigacionais, mesmo quando não indique a respetiva causa¹³³. É precisamente com relação a este ponto que deve ser sublinhado como Vaz Serra procurou seguir a solução do BGB, mas matizando-a através da teoria da presunção de causa¹³⁴. Este enquadramento é necessário, uma vez que nos estudos e projetos de Vaz Serra notam-se as mesmas preocupações sinalizadas pelos redatores do BGB. Aliás, tem interesse acentuar que Vaz Serra faz expressa referência à primeira versão do projeto do BGB, no plano da projeção de um articulado para o sistema português: “o 1º projecto alemão considerava existente uma promessa abstracta de prestação (...) quando não se indicasse a causa

¹²⁹ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 447.

¹³⁰ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 448.

¹³¹ Especialmente quanto às promessas unilaterais de prestação, sem indicação da causa, ou seja, os casos de *cautio indiscreta*, Pais de Vasconcelos considera que esses casos não estão previstos no artigo 458.º CC, estando abrangidos pela previsão do artigo 457.º CC: P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 449.

¹³² A. VAZ SERRA, *Negócios abstractos – considerações gerais – promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*, 83.º, 1959, p. 65.

¹³³ Recorde-se que, no caso dos negócios abstratos, a não indicação da causa atuará como condição positiva, pois, por regra, essa é a sua configuração típica.

¹³⁴ Tem particular interesse o pensamento de I. GALVÃO TELLES, dado que no seu entendimento o ato abstrato “não é mais do que um acto causal com uma presunção de causa, ilidível por prova em sentido contrário”; a abstração é, assim, uma *presunção iuris tantum*, I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 297 e 298.

(...) ou se indicasse de forma genérica”¹³⁵. Vaz Serra evidencia, depois, que no segundo projeto do BGB se entendeu que mesmo que houvesse referência à causa tudo dependeria de interpretação quanto a essa referência da causa (tal como propugnado pela doutrina alemã)¹³⁶.

26. Analisando as várias propostas de articulado, no caso português, é possível observar que se partiu de uma formulação próxima do segundo projeto do BGB para depois se consagrar um modelo intermédio entre o primeiro projeto e o segundo projeto do BGB.

Com efeito, no *Projeto Vaz Serra* de 1959, surge primeiramente que: “a promessa ou o reconhecimento podem fazer-se *de maneira (itálico nosso)* que o credor fique dispensado de provar a relação fundamental. Esta intenção, a determinar segundo as regras gerais de interpretação, presume-se até prova em contrário quando se não mencionar aquela relação (fundamental)”¹³⁷. Deste modo, é apontado um critério geral de interpretação quanto à dispensa de prova da relação fundamental: não se mencionando a relação fundamental, deveria entender-se presuntivamente a intenção de que o credor ficaria dispensado de a provar. Tal como havia sido teorizado por Bähr – e, posteriormente, por Jhering –, nos casos de abstração, o credor ficaria assim dispensado da prova quanto à relação fundamental, porque lhe era conferida uma base substantiva nova, base esta que fundamenta a pretensão: a promessa e o reconhecimento surgem configurados novos títulos de aquisição da prestação.

Subsequentemente, no *Projeto Vaz Serra* de 1960¹³⁸, foi mantida a mesma regra: “pode prometer-se um pagamento ou reconhecer-se uma dívida, *de maneira (itálico nosso)* que o credor fique dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário. Esta intenção presume-se, até prova em contrário, quando se não mencionar aquela relação”¹³⁹.

Na “parte extensa”, referia-se ainda que “a intenção, a determinar segundo critérios gerais de interpretação, presume-se (...)”¹⁴⁰. Nesta medida, seria também através de critério de interpretação que seria possível apurar a *vontade de abstração*

¹³⁵ A. VAZ SERRA, *Negócios abstractos – considerações gerais – promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*, cit., p. 45 (nota 69).

¹³⁶ A. VAZ SERRA, *Negócios abstractos – considerações gerais – promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*, cit., p. 45.

¹³⁷ A. VAZ SERRA, *Negócios abstractos – considerações gerais – promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*, 83.º, 1959, p. 65.

¹³⁸ A. VAZ SERRA, *Direito das Obrigações*, B.M.J. 101º, 1960, p. 59.

¹³⁹ A. VAZ SERRA, *Direito das Obrigações*, B.M.J. 101º, 1960, p. 59.

¹⁴⁰ A. VAZ SERRA, *Direito das Obrigações*, B.M.J. 101º, 1960, p. 218.

da causa (ou da relação fundamental), mesmo nos casos em que esta fosse indicada. Novamente, era estabelecida uma *presunção* segundo a qual da *não menção da causa* resultava que a declaração tinha sido feita com essa intenção de *abstração*, pelo que se verificava uma *dispensa da prova* quanto à relação fundamental.

27. Do seu lado, no *Anteprojecto Ministerial* de 1962, a fórmula projetada por Vaz Serra foi alterada nestes termos: “se alguém, por simples declaração unilateral, prometer um pagamento ou reconhecer uma dívida a outrem, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário”¹⁴¹.

Esta versão, que é uma versão simplificada da fórmula de Vaz Serra, poderia permitir a aproximação à versão italiana do artigo 1988 do *Codice Civile*, suscitando a dúvida quanto a admissibilidade de negócios causais com abstração processual, tal como defendido pela doutrina italiana. Com base nesta versão, caso a mesma tivesse vingado, poderia discutir-se se uma promessa ou reconhecimento, com menção da causa, poderia beneficiar do efeito de dispensa da prova, tal como se discute na doutrina italiana em face do desenho final do artigo 1988, do *Codice Civile*.

Porém, esta versão foi depois alterada na versão final do projeto de Código Civil. Com efeito, na versão final do projeto do Código Civil, particularmente no que toca ao artigo 458.º CC, é de assinalar uma alteração decisiva: passa a ser feita referência à não “indicação da causa”, causa esta que surge agora em vez da anterior “relação fundamental”. Assim, no *Anteprojecto Ministerial* ou *Projecto de Código Civil*, de 1966, designado como 2ª Revisão Ministerial, é textual o seguinte: “se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, *sem indicação da respectiva causa (itálico nosso)*, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário”¹⁴².

28. No direito português, a previsão do artigo 458.º CC afasta dúvidas quanto ao tipo de declaração que este artigo visa regular. O sistema português – sendo relevante sublinhar que Vaz Serra mencionou expressamente a evolução dos projetos do BGB – adota parcialmente a formulação do primeiro projeto do BGB: regula promessas abstratas¹⁴³.

Não se julga por isso possível a interpretação proposta por Pais de Vasconcelos, quando refere que, no artigo 458.º CC, estarão previstos negócios jurídicos

¹⁴¹ Código Civil – Livro II, B.M.J. 119º, 1962, p. 50.

¹⁴² Projecto de Código Civil, Ministério da Justiça, Lisboa, 1966, p. 134.

¹⁴³ Neste sentido, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, I, Introdução. Da constituição de Obrigações*, cit., p. 274.

unilaterais *causais*^{144/145}. Note-se, insistindo-se quanto este ponto, que o artigo 458.º CC não prevê a hipótese de promessas com referência causal. Se o ponto de partida para a qualificação de uma promessa como causal for esse, então o artigo 458.º CC dificilmente poderá regular essas promessas. Pais de Vasconcelos invoca ainda Ascarelli¹⁴⁶, a propósito da função de acertamento que pode ser descortinada nos títulos de crédito em que seja feita menção causal, para ensaiar a transposição dessa eficácia de acertamento para o artigo 458.º CC. Porém, deve ser notado que o critério usado por Ascarelli é o da menção da *causa* no título de crédito¹⁴⁷. Se for esse o critério para qualificar uma promessa como causal, então, no sistema português, atenta a referência à falta da menção da causa no artigo 458.º CC, não parece que este tipo de promessas ou reconhecimentos sejam regulados pelo artigo 458.º CC. A previsão legal faz expressa referência à *não menção da causa* na declaração de promessa ou reconhecimento, ou seja, visa regular declarações abstratas.

29. O que é proposto, com embasamento na argumentação já enunciada, é que estarão afinal previstas no artigo 458.º CC declarações que não incluem uma específica causa da atribuição no seu conteúdo, titulando o efeito atributivo que delas resulta. O artigo 458.º CC visa regular declarações de promessa de uma prestação ou de reconhecimento de uma dívida que não mencionem a respetiva causa. Deste modo, permitimo-nos discernir no artigo 458.º CC uma norma que identifica as condições positivas das declarações nele previstas. A *não menção da causa*, neste contexto, não é um *defeito* da promessa ou reconhecimento, mas antes uma *condição positiva* para a sua qualificação¹⁴⁸.

¹⁴⁴ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 447.

¹⁴⁵ Relativamente às promessas unilaterais de prestação sem indicação da causa, Pais de Vasconcelos considera que esses casos não estão previstos no artigo 458.º CC, estando abrangidos pela prevista do artigo 457.º CC66. Resumindo a tese geral de Pais de Vasconcelos, tendo sido o seu pensamento quanto a este ponto já exposto no texto, as promessas previstas na lei têm o regime que resultar da respetiva previsão legal; as que não estiverem previstas na lei, têm o seu regime previsto no artigo 458.º CC; quanto às primeiras, “no caso de haver promessas unilaterais de prestação que estejam previstas na lei, sem que essa lei fixe o seu regime jurídico, (...) ser-lhes-á aplicável o artigo 458.º, e a sua natureza será a da causalidade substancial com abstracção processual”: P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 449.

¹⁴⁶ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 453 (nota 492).

¹⁴⁷ Para a relevância da expressa menção da causa nos títulos de crédito, dela retirando um efeito jurídico negocial de acertamento: T. ASCARELLI, *Titoli causali e negozio di accertamento*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 477 e segs.

¹⁴⁸ Neste contexto, cumpre salientar novamente que a versão final do artigo 458.º CC situa-se entre os dois projetos do BGB, tal como já foi anteriormente assinalado. Com efeito, no primeiro projeto do BGB, a promessa e o reconhecimento eram previstos da seguinte forma: caso mencionassem a

No direito português, ao contrário do que sucede com a previsão do artigo 1988 do *Codice Civile*¹⁴⁹, a previsão do artigo 458.º CC parece ser suficientemente clara para afastar dúvidas quanto ao tipo de declarações que nela estão abrangidas: promessas formuladas abstratamente. A previsão do artigo 458.º CC faz expressa referência à *não menção da causa*, ou seja, reporta-se a declarações formuladas abstratamente. Assim, afigura-se ser de rejeitar a possibilidade de intuir uma causa de acertamento no plano de uma declaração abstrata, sobretudo se tal significar, como sucede com os negócios de acertamento, a produção de eficácia jurídica preclusiva, como seguidamente se explicitará.

30. Com efeito, a teoria do efeito de acertamento está associada tradicionalmente à preclusividade. Ora, o artigo 458.º CC não encerra a questão jurídica, muito pelo contrário. A sua lógica assenta num diferente modo de organização da vinculação jurídica e não na sua não impugnabilidade. É por essa razão que, de forma similar ao que sucede com o §821 BGB, é possível ao devedor excepcionar através do artigo

causa, as promessas ou reconhecimentos eram causais e probatórios; caso omitissem a causa, seriam tidos como abstratos. O segundo projeto do BGB, como já foi explicitado, alterou esta formulação normativa, uma vez que os redatores do BGB entenderam que, mesmo mencionando a causa, poderá existir abstração, o que resultará da interpretação da declaração de vontade. Por outro lado, foi desenvolvida a teoria do acertamento, com eficácia declarativa, afirmando-se que o reconhecimento pode ser realizado de forma *causal*. Como o ato não é abstrato, para efeito de acertamento, fica isento das formas previstas nos §§780 e 781 BGB: P. MARBURGER, anot. *Vorbem zu §§780-782, Staudinger BGB*, II, *Recht der Schuldverhältnisse: §§ 779-811, cit.*, pp. 79, 81, 82 e 85.

¹⁴⁹ Ao contrário do que sucede com o direito português vigente, o artigo 1988 do *Codice Civile*, dada a sua formulação, permitiu à doutrina italiana admitir situações de promessas e reconhecimentos em que seja feita menção à causa e, ainda assim, seja aplicada a dispensa da prova prevista no referido artigo. Daí que, na doutrina italiana, tenha sido desenvolvida também a teoria do acertamento, inclusivamente por Betti, com a crítica de Furno, como já referido. Opondo-se à construção do negócio de acertamento: C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., p. 170. Note-se, porém, que, segundo a *Relazione*, “il caso meritava di essere considerato perché è il solo di promessa obbligatoria non titolata”: *Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942*, n.º 782, p. 176. Não obstante, a doutrina italiana entende ser possível fazer aplicar o artigo 1988.º do *Codice* de 1942 aos casos em que a promessa é *titulada*: ANDREA D'ANGELO, *Il Codice Civile, Commentario – Le promesse unilaterali artt. 1987-1991*, cit., pp. 465 e segs., pp. 471 e segs. Porém, como é certamente apontado por Lener, o sistema italiano aproxima-se fortemente do sistema alemão quando as promessas são formuladas abstratamente, ou seja, sem menção causal. Com efeito, não sendo a causa incluída na declaração promissória, a *causa* não exerce *qualquer efeito conformador* da obrigação reconhecida (ou prometida), pelo que não é possível dela retirar qualquer tipo de efeito de acertamento, por falta de *objeto*: A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Università di Roma – Studi di Diritto Civile (dir. R. Nicoló/F. Santoro-Passarelli), Tipografia Centeneri, Roma, 1970, pp. 52-53.

458.º CC, que se traduz numa exceção material. Ora, a invocação de exceções é precisamente o contrário do pretendido nos casos dos negócios de acertamento. Desta forma, parece não ser possível defender que, no artigo 458.º CC, estejam previstos negócios de acertamento.

Em última suma e de modo sintético, em primeiro lugar, ao contrário do que sucede com os §§780 e 781 BGB e com o artigo 1988 do *Codice Civile*, a história dos trabalhos preparatórios do Código Civil português demonstra como a previsão do artigo 458.º CC apenas contempla declarações abstratas. Por outro lado, a possibilidade de revisitar juridicamente o que é declarado para efeitos do referido artigo 458.º CC aponta para a impossibilidade de ser teorizado um efeito de acertamento preclusivo integral, isto, claro está, nos termos do referido artigo. Aliás, neste plano, são plenamente adaptáveis ao direito português as certas observações de Falzea quanto à ausência de definitividade e à não consagração de eficácia jurídica preclusiva quanto haja a possibilidade de opor exceções¹⁵⁰. Por último, a possibilidade de celebrar negócios de acertamento, por via do artigo 405.º CC, atendendo igualmente ao sistema processual vigente, é um problema diferente, que dele não cumpre aqui cuidar. Visou-se apenas, neste estudo, apresentar considerações interpretativas que parecem apontar para a impossibilidade de descortinar na previsão do artigo 458.º CC os designados negócios de fixação ou de acertamento.

¹⁵⁰ Do mesmo modo, no caso do reconhecimento de dívida, dado que o seu objeto não é um facto mas antes uma situação jurídica, segundo Falzea, não ocorre um efeito jurídico de acertamento nos termos do artigo 1988 do *Codice Civile*, atenta a sua estrutura, dado que não permite definitividade: A. FALZEA, *Accertamento*, Enc. Dir., I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 205 e segs. Entre outros motivos, esta conclusão filia-se na perspectiva do Autor quanto à autonomia privada e seus limites: A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, ESI, Milano, 1941, p. 80.