



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**Os limites à liberdade contratual: uma
perspetiva ligada à dignidade da pessoa humana**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Anderson Eurico da Costa Fernandes

Orientador: Professor Doutor Diogo José Paredes Leite de Campos

Número do candidato: 30000889

Outubro de 2023

Lisboa

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha Família, em especial a minha querida Mãe, que sempre me mostrou que o meu potencial era maior do que aquele que eu conseguia ver. Ao meu amigo e querido Pai, que me ensinou a essência da vida e, como ser um verdadeiro homem. Aos meus padrinhos pelo amor incondicional.

Agradecimentos

Primeiramente agradecer ao Todo-poderoso, Aquele que simplesmente se define como o “eu sou” e que muito renovou as minhas forças de forma divina, aquele que no livro de Isaías 43-13, disse o seguinte “Ainda antes que houvesse dia, eu sou; e ninguém há que possa fazer escapar das minhas mãos; agindo eu, quem o impedirá?” Agradeço muito a Deus pela vida e existência.

Um agradecimento muito forte e especial à minha família que sempre me apoiou, sempre me ensinou que uma guerra não se ganha do dia para noite, mas batalha por batalha.

Ao meu Pai Maurício Fernando e aos meus irmãos, Erikson e Andersia, amigos de verdade, que de forma incondicional sempre acreditaram que a realização deste trabalho seria possível.

À minha mãe Isabel Melisa Sambo que partilha o mesmo sonho que eu, sempre sonhou em ser jurista e seguir esta carreira, mas não conseguindo, eu fiz por nós.

Aos meus padrinhos, Emiliana e Lulu, pelo amor eterno. Ao meu tio Renné Raul, és como um pai, obrigado.

À Maria Felizbela Mavinga Puati, minha querida noiva, pela paciência, amor, carinho, noites sem dormir e apoio puro que sempre deu, uma pessoa única.

Aos meus sogros, Celestino Puati e Margarida Puati pela filiação, amizade, lealdade.

Ao Dr. Alexandre Toto, meu mentor, obrigado pelo hoje e pelo futuro.

Ao Dr. Osvaldo Ngoloimwe, meu mentor, meu muito obrigado.

Aos meus patronos e mentores, Mendonça Costa, Cecília Claudino, Joana Ferreira, pela excelência em cada aprendizado sobre a vida prática de um Advogado, agradecimentos extensivos à todo escritório MCJ.

Ao meu amigo Augusto Domingos, companheiro fiel.

Ao meu querido amigo e professor Diogo Leite de Campos, que sinceramente, palavras não chegam, Deus irá encarregar-se de lhe retribuir porque eu não sou capaz. O meu muito obrigado.

Citação

“O meu fogo não passa de uma ilusão, mas ele pode queimar, se as pessoas acreditarem que ele é real”.

- Dhalsim Yoga

Resumo

Com a presente dissertação, fez-se um estudo sobre o direito à liberdade contratual, o seu início, as suas limitações de forma prática e teórica. Como é que a liberdade contratual se liga à dignidade da pessoa humana.

Fez-se um encontro da pessoa com o contrato, demonstrou-se que quando falamos de contratos não afastamos a pessoa do debate. Porque o que mais há de importante na celebração de contratos ou negócios jurídicos, são as pessoas, cada parte envolvida no negócio.

O presente trabalho teve como objetivo principal a análise dos limites à liberdade contratual enquanto direito de personalidade. Diversas vezes conseguimos ver a liberdade contratual a ser restringida, algumas vezes pela natureza da relação controvertida, pela própria lei ou pelas partes, com as disposições do contrato.

Tivemos a oportunidade também de estabelecer as ramificações teóricas do conceito «liberdade contratual» no sentido de celebração de um contrato, estipulação e modificação do conteúdo do contrato, conclusão de um contrato.

No entanto, deu-se ênfase ao estudo de certos tipos de contratos e como as partes vinculadas podem encontrar-se em situações de redução desta liberdade enquanto direito, como por exemplo nos contratos de casamento, contratos no âmbito sucessório, contrato de seguro, contrato de franquia etc.

Abordou-se também como base, início e fim do trabalho a ligação à perspectiva que existe sobre a liberdade contratual e os princípios gerais que trabalham abstratamente em conjunto com a liberdade contratual, como a autonomia privada o princípio da dignidade da pessoa humana e no final o princípio da boa-fé. Princípios estes que serão inclusive tidos como valores fundamentais da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade Humana, Contrato, Liberdade Contratual, Limites, Boa-fé.

ABSTRACT

With the present dissertation, an in-depth study of contractual freedom, its beginnings, its limitations in a practical and theoretical way were researched. How contractual freedom is linked to the dignity of the human person.

There was a meeting of the person with the contract, it was demonstrated that when we talk about contracts, we do not remove the person from the debate. Because what is most important in the celebration of contracts or legal transactions are the people who represent each part involved in the transaction.

The present work had as its main objective the analysis of the limits of contractual freedom as a right of the personality of the person, how is it that on several occasions we can see contractual freedom being restricted, sometimes due to the nature of the disputed relationship, by the law itself or, by the parts with the provisions of the contract.

We also had the opportunity to establish the theoretical ramifications of the concept of contractual freedom in the sense, conclusion of a contract, stipulation, and modification of the content of the contract, conclusion of a contract.

However, more emphasis was given to the study of certain types of contracts and how the bound parts may find themselves in situations where this freedom is reduced as a right, such as, for example, marriage contracts, succession contracts, insurance contracts, contracts franchise, etc.

It was also addressed as the basis, beginning and end of the work, the connection, the perspective that exists on contractual freedom and the general principles that work abstractly together with contractual freedom, as is the case with private autonomy and as the principle of the dignity of the human person, and at the end the principle of good faith, principles that will even be considered as fundamental values of the human person.

Keywords: Human Dignity, Contract, Freedom of Contract, Limits, Good Faith.

Índice

<i>Dedicatória</i>	2
<i>Agradecimentos</i>	3
<i>Citação</i>	4
<i>Resumo</i>	5
<i>ABSTRACT</i>	6
<i>Lista de Abreviaturas</i>	8
INTRODUÇÃO, OBJETO E MÉTODO	9
<i>Objetivo Geral</i>	10
<i>Objetivos Secundários</i>	10
Capítulo I – A liberdade e a dignidade da pessoa	12
1.1. <i>O início da dignidade</i>	12
1.2. <i>O início da liberdade</i>	20
1.3. <i>Personalidade Jurídica e a Dignidade</i>	34
1.4. <i>A igualdade real e a dignidade</i>	37
Capítulo II- Liberdade Contratual e Autonomia Privada	40
2.1. <i>Contrato de seguro</i>	48
2.2. <i>Contrato de franquia</i>	53
2.3. <i>Contrato de casamento</i>	57
2.4. <i>Testamento</i>	60
2.5. <i>Prestação de serviços urgentes dos médicos</i>	62
2.6. <i>Smart Contract</i>	65
2.7. <i>Nulidade e anulabilidade</i>	67
Capítulo III. Boa-fé	70
3.1. <i>O princípio da boa-fé no Direito Administrativo</i>	82
3.2. <i>O princípio da boa-fé objetiva nos contratos e no Direito privado</i>	83
3.3. <i>A Boa Fé e a Justiça.</i>	88
3.4. <i>A Boa Fé e a Pessoa</i>	90
CONCLUSÕES	95
BIBLIOGRAFIA	99

Lista de Abreviaturas

Art. Artigo

CC- Código Civil

CRF- Conforme

DL- Decreto Lei

ETC- Et Cetera

MPLA- Movimento Popular de Libertação de Angola

N.º- Número

Op. Cit.- Opus Citatum

PAG- Páginas

PROF- Professor

SS- Seguintes

INTRODUÇÃO, OBJETO E MÉTODO

A presente dissertação diz respeito às relações jurídicas privadas, nomeadamente quando se manifesta o que chamamos autonomia da vontade. Encontramos presente, a título de um direito da personalidade, a liberdade contratual.

O percurso percorrido tem o seu início centrado na dignidade da pessoa humana, na pessoa. Começo por introduzir o como, o porquê e de onde surgem os direitos da personalidade, nomeadamente o da liberdade contratual. Considero que é através da dignidade da pessoa humana e do início da vida que temos a possibilidade de debater o assunto. Ou seja, a ideia de um ser humano começar a existir e a ligação que se faz de forma intrínseca, entre a dignidade e a personalidade jurídica, são os pontos essenciais para o início, caminho e final do percurso a fazer-se.

Se, por sermos dignos, temos personalidade jurídica e esta adquire-se com a conceção, então só nos resta definir o que é a personalidade jurídica. A personalidade define-se por ser a suscetibilidade de sermos titulares de direitos e obrigações. É dentro destes direitos que nós vamos encontrar o direito que temos como tema.

Neste sentido, percebemos também que a ideia de dignidade, personalidade, engloba o princípio da autonomia privada, princípio este que é o princípio norte de toda vida privada na ordem jurídica portuguesa.

Mais deve dizer-se que o princípio da autonomia privada se manifesta de várias formas, nomeadamente através da liberdade contratual que é o direito de uma ou mais pessoas celebrarem contratos e negócios jurídicos e definirem o seu conteúdo.

A liberdade contratual será desenvolvida, primeiramente na ideia de celebração, modelação, modificação e conclusão dos negócios jurídicos. E seguindo este percurso, iremos mostrar como isto se desencadeia, dando como exemplos a nível de desenvolvimento, certos tipos de contratos jurídicos. Nomeadamente, o contrato de seguro, o contrato de franquia, o contrato de prestação de serviços urgentes dos médicos, o testamento, o contrato de casamento, etc.

A regulamentação legal atual no ordenamento jurídico português, levanta dois problemas fundamentais. A questão de saber se existe ou não uma verdadeira liberdade contratual entre os privados; será que ela é posta em causa pela restrição que há deste direito fundamental das pessoas? Porque nós vamos encontrar restrições tanto a

nível legal como a nível prático, tanto entre pessoas singulares como entre pessoas singulares e coletivas e entre estas últimas.

O segundo problema que se coloca é a questão de como resolver o seguinte problema: não havendo uma liberdade contratual plena, como pode uma pessoa concluir um contrato de livre vontade? A liberdade contratual não abrange apenas a celebração e modificação, abrange de igual modo a possibilidade da pessoa se desvincular e terminar um contrato.

Mas aí entramos, cláusulas abusivas que no início estavam disfarçadas de boas cláusulas e só se vão revelar mais tarde, circunstâncias totalmente diferentes das que deram início ao contrato. Existe um instituto no ordenamento que prevê uma solução, o que também não é uma solução plena, pois o regime do artigo 437.º CC dentro da subsecção VII. “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”. Diz expressamente no seu n.º 1 que, se as circunstâncias mudarem de forma anormal, tem a parte lesada o direito de resolver o contrato ou modificar segundo os princípios fundamentais incluindo a boa-fé. Parece que há aqui uma janela aberta para todos. Mas não, o que há é mais uma janela aberta, mas só para quem tem a chave para abri-la, porque o n.º 2 do mesmo artigo vem expressamente dizer, “Requerida a resolução”, ou seja, a parte lesada tem de pedir/requerer e a parte que recebe o pedido pode opor-se, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior. Ou seja, o contrato passou a ser prejudicial para um, mas para o outro já era bom e só passou a ser menos bom, ou inclusive passou a ser melhor ainda.

Com isto para dizer que não há uma verdadeira liberdade contratual e, com os exemplos dados, já conseguimos ver que ao longo do nosso ordenamento vamos encontrar ainda mais restrições a esta liberdade. Por isso dissemos que há a existência de um duplo problema.

Objetivo Geral

Descrever e entender o alcance e extensão dos limites à liberdade contratual impostos pela lei e pela prática na aplicação da lei, no âmbito das relações jurídico privadas.

Objetivos Secundários

- Perceber a ligação entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade contratual

- Perceber melhor o que é a liberdade contratual
- Perceber como a liberdade contratual se manifesta de forma plena
- Perceber como a liberdade contratual se devia manifestar
- Perceber o alcance da autonomia privada ligada à liberdade contratual
- Perceber a ligação do princípio da boa-fé à liberdade contratual

A metodologia assentará na análise aprofundada da legislação relevante e na jurisprudência. Sempre na perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Para mais, irei também analisar de forma qualitativa a doutrina relevante, de acordo com a matéria que me propus investigar. Sabemos que a doutrina na maioria das vezes diverge muito, quando se discutem questões controversas como esta. Mas de qualquer das formas, a doutrina ajuda muito na interpretação e esclarecimento da norma e dos institutos jurídicos.

Quanto ao método de abordagem e procedimento, desencadearam-se os seguintes:

- Método Dedutivo, onde parti da premissa mais generalizada para chegar a uma específica, ou seja, usando a teoria do Silogismo Jurídico.

- Método Dialético a investigação assenta numa ideia de diálogo, ou seja, basicamente pusemos as várias teorias existentes, tanto a nível legal como doutrinal em confrontação, para que se perceba os pontos fortes e fracos de cada um.

- Método Histórico, analisando sempre que possível a evolução da norma jurídica.

- Método comparativo, foi-se em busca de novas soluções, apoiando-se em alguns ordenamentos jurídicos, diferentes do português.

Capítulo I – A liberdade e a dignidade da pessoa

1.1. O início da dignidade

Devo dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio, mas também é um valor que passa por toda história do Direito. A dignidade da pessoa humana é anterior ao direito, tal como a pessoa também o é. A dignidade não existe porque existe o direito e foi decidido posicioná-la lá enquanto princípio.

A dignidade é um valor que somos incapazes de explicar como surgiu. Mas acredito que desde o início dos tempos, desde a fundação do mundo, quando a Bíblia sagrada diz “no princípio criou Deus os céus e a terra” a dignidade já existia e era reconhecida por ser inerente a pessoa.

Porque se não conseguimos identificar o momento exato em que Deus criou a pessoa, então não conseguimos também identificar o surgimento da dignidade, porque a verdadeira dignidade da pessoa humana emana de Deus. Na criação das coisas, o Criador foi fazendo um alinhamento entre o género e espécie. Antes da criação dos peixes, já havia mar, antes da criação das aves, já havia a expansão dos céus. Ou seja, nada foi feito sem haver o seu fundamento. É desta maneira que eu acredito fortemente que Deus não criaria o homem, antes da criação da dignidade da pessoa humana, dos valores que a compõem, mas se formos analisar, a Bíblia não fala em dignidade, pois porque a dignidade emana do próprio Deus. Antes de Deus “formar” o homem do pó, a Bíblia diz que o homem já tinha sido criado dentro do próprio Deus. Ou seja, antes do homem formar-se, existindo Deus, já existia a dignidade pronta para ser recebida pelo homem.

Com a dignidade, o homem vem para o mundo e com esse valor anterior a ele, todo comportamento humano que vai contra a dignidade humana está necessariamente a ir contra aquilo que é a sua natureza. O homem não foi feito para o mal. Aliás, como dizem alguns filósofos, o mal não existe enquanto tal. O mal é o outro lado da moeda do bem. O mal existe porque necessariamente existe o bem. O mal é a ausência do bem¹.

Tendo como pressuposto toda a construção filosófica que fizemos, vamos, com certeza, perceber melhor toda construção normativa por de trás da dignidade da pessoa humana. Porque muitos pensam que a dignidade da pessoa humana é um conceito construído pelo homem. Atenção: o homem pode ter denominado como tal, mas o facto de darmos nome em algo, não significa que este algo já não existia por si só. E a

¹ AGOSTINHO, Santo- *De Civitate Dei*, Lisboa: *Documenta*, 2020, Pág. 30 a 50.

positivação da dignidade como é o caso do artigo 1.º da constituição da república portuguesa, permite que haja melhor percepção de um valor supremo que é a vida. A dignidade levanta o estudo e a proteção deste outro bem que é a vida digna.

Tal como já mencionamos, a vida está inteiramente ligada à dignidade da pessoa humana. Onde há vida há dignidade. Certamente o homem, enquanto ser, não é o único ser com mérito à concessão deste valor “dignidade”. Outros seres nomeadamente, os animais, também são dignos. A dignidade é tão anterior a criação, entretanto tudo que veio depois dela (criatura) habita sobre este valor (dignidade).

Então quando vemos por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, positivando a dignidade da pessoa humana na sua redação; quando vemos por exemplo, a Carta das Nações Unidas, positivando e tendo enquanto base a ideia de dignidade da pessoa humana é porque este valor já existia, não foi criado por conveniência. O homem não tem a possibilidade de dizer se este valor faz ou não faz sentido para uma sociedade. A dignidade da pessoa humana é o sentido da sociedade e da vida humana em geral. Se pudermos fazer uma analogia, tendo com base a ideia dos direitos naturais, direitos humanos, direitos fundamentais, podemos dizer que o princípio da dignidade se encaixaria no âmbito dos direitos naturais, porque são anteriores ao homem e existem por reconhecimento deste sobre aqueles, porque não estão positivados em lado algum e nem precisam, pois são inatos.

Um conceito que gostaria de levantar (aprofundar) era a ideia de “Direitos humanos”. Com toda sinceridade não consigo perceber a diferença na criação destes conceitos. O que são direitos humanos e o que são direitos fundamentais, há alguma diferença? Será que a diferença consta do sítio onde estão positivados? Os primeiros no âmbito internacional e os segundos no âmbito nacional? Não eram todos os direitos fundamentais direitos humanos? Ou os direitos fundamentais são direitos criados pelo próprio homem, pela lógica de vivência das pessoas na sociedade? Não tenciono responder estas perguntas porque a verdade é simples, mais do que perguntas e respostas, mais do que teorias e definições, o importante é a prática: como estão os direitos e os valores humanos a ser exercidos e respeitados no nosso dia-dia, como estão estes valores e direitos incutidos na nossa cabeça? Como estão as crianças na escola básica relativamente ao conhecimento destes valores? (Cidadania) Isso sim é que interessa perceber e discutir e por isso é que cá estamos.

Já conseguimos ter noção do início da dignidade da pessoa humana. Outro problema que se levanta é perceber o seu fundamento e o seu limite. Será que tem fim a

dignidade da pessoa humana? Sabemos quando começa, agora, como sabemos o seu fundamento, o seu limite e o seu fim?

Certamente que a resposta desta pergunta parece simples, pois o limite e o fim da dignidade da pessoa humana são a pessoa em si mesma. Toda e qualquer ação que ponha em causa a pessoa, viole a pessoa e os seus direitos é violação da dignidade humana. Porque, tal como dissemos acima, a dignidade da pessoa humana é o fundamento da existência da pessoa. Não pode haver dignidade sem uma pessoa e nunca uma pessoa sem dignidade. Então, com certeza, o limite e o fim da dignidade da pessoa humana são a própria pessoa. Basicamente a pessoa concretiza-se aquilo que é o valor dignidade. Olhar para uma pessoa é reconhecer que há dignidade nela, por mais que seja a pessoa mais delinquente, o maior criminoso, tem e sempre terá dignidade. Não cabe ao direito, nem ao ser humano, ditar quem tem e quem deixa de ter dignidade, pois o ser humano é anterior a tudo isto.

Aymoré de Mello, no livro “Dos Direitos da personalidade ao princípio da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado”, desenvolveu uma secção sobre a dignidade, na qual iremos focar nos próximos momentos.

No ponto 1.2 do livro, há uma passagem que o autor menciona o seguinte “Os direitos da personalidade e o postulado da dignidade da pessoa humana, em regime de aproximações e reciprocidades, são os fundamentos primeiros e último na conformação valorativa dos princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva no sistema global dos contratos de direito privado”². Devo dizer que concordo com esta afirmação, mas devo dizer também que a visão global dos operadores do direito não é essa.

A dignidade da pessoa humana tem estado muito escondida, meio que posta de parte, quando se trata de negócios e contratos. O que não faz muito sentido, porque um negócio tem como pilar, desde logo, uma declaração de vontade e esta que é emitida por pessoas. Logo, o que um negócio ou um contrato mais têm de importante são as pessoas, mesmo que objeto deste negócio seja vinculado às pessoas. Quando falamos da dignidade da pessoa humana, estamos a falar do ponto essencial do negócio jurídico e de todas relações jurídicas no meio social.

² MELLO, Aymoré Roque Pottes de, *Dos Direitos da personalidade ao princípio da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado*, Rio de Janeiro, *Lúmen Júris*, 2021, Pág. 11 a 44.

Qualquer uma das partes que se aperceba que a sua dignidade será violada ou está sendo posta em causa, desiste do negócio na hora. Porque se a dignidade não fosse o ponto essencial, não obstante estar a ser posta em causa, a pessoa não se importaria em prescindir da salvaguarda da sua dignidade para atingir os fins do negócio jurídico. Mas não é o que acontece quando analisamos vários negócios jurídicos no dia-dia. O que as pessoas mais fazem é desvincular-se, ou pelo menos tentar desvincular-se, a partir do momento que a sua dignidade venha a ser posta em causa.

Aymoré de Mello, acrescenta um pormenor importante. Faz uma relação dos direitos da personalidade com a dignidade da pessoa humana. Passo a citar o seguinte excerto “É firme o liame existente entre a cláusula geral da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, permitindo ao operador do Direito a proteção ao caso concreto, nas hipóteses de interesse existencial da pessoa que não estejam tuteladas por normatividade casuística, deste modo flexibilizando o direito vigente e contribuindo para que não ocorra o envelhecimento precoce dos ordenamentos jurídicos”³. Devo dizer primeiramente que concordo com o que foi dito, desde à primeira ideia até à última. A primeira ideia a reter é a seguinte: a dignidade da pessoa humana enquanto cláusula geral, juntamente com os direitos de personalidade.

Defendo que a ideia principal a se ter em conta, principalmente quando falamos em contratos e liberdade contratual, é que a dignidade da pessoa humana e os direitos de1 personalidade (na qual incluímos a própria liberdade contratual) são uma escapatória para novas formas de resolução de contratos de que muito pouco se fala no meio jurídico. Porque a partir do momento em que a minha dignidade, a minha possibilidade de liberdade plena, estejam a ser violadas por meras cláusulas contratuais, então deve haver uma abertura à resolução. Porque se dissermos que uma cláusula é mais importante do que a conservação da dignidade humana, então devíamos começar a repensar o direito que temos vivido e praticado.

A dignidade da pessoa, juntamente com os direitos de personalidade, é o que mais há de importante nesta fórmula da construção de uma vida social. Quer seja na celebração de novas relações jurídicas, quer na manutenção das relações existentes. Porque pela via normativa muitas das vezes não é possível conseguirmos uma resolução. Como já vimos, os institutos do código civil, capazes de promover a resolução, dependem

³ MELLO, Aymoré Roque Pottes de, *Dos Direitos da personalidade ao princípio da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado*, Rio de Janeiro, *Lúmen Juris*, 2021, pag. 45.

muito do consentimento da outra parte (ainda que mais favorecida) para que haja essa resolução e muitas das vezes essa parte não quer a resolução, aceita o contrato tal como ele está. Ainda que haja alterações das circunstâncias, não é possível uma dissolução unilateral, tem sempre de haver o consentimento mútuo.

Então é neste sentido que acho necessária a introdução da dignidade da pessoa humana enquanto cláusula geral. Mais se levanta também, neste mesmo contexto, a ideia e o conceito de boa-fé. A boa-fé e a dignidade da pessoa humana, andam de mãos dadas. Assim considero que a boa-fé também é uma cláusula geral que merece receber mais atenção dentro do nosso ordenamento jurídico.

As violações da dignidade, da boa-fé e dos direitos de personalidade no âmbito de um contrato ou de um negócio em geral, são sem dúvidas uma via importante a ser considerada para a resolução dos contratos nos casos em que haja abusos, tanto a nível de aproveitamento da circunstância, como abusos nas cláusulas e no conteúdo do contrato.

Os institutos que tutelam as formas de resolução dos contratos, na sua maioria, põem em causa a liberdade contratual, pelo facto de não conseguirem suprir todas as necessidades dos casos concretos. O que é normal, pois a normatividade ligada aos institutos em causa não abrangem os princípios gerais como sendo também forma de resolução de um contrato.

Sendo a lei geral e abstrata, os institutos destinados à regulação da resolução dos contratos, apresentam-se incapazes de responder a todas situações e a todas as pessoas em casos concretos. Por isso, ter a dignidade da pessoa humana, a boa-fé, como cláusulas gerais, para proteção dos interesses das pessoas em certas situações, é de todo essencial.

A dignidade da pessoa humana não abrange apenas as situações de negociação ou contratos; ela abrange todas as situações da vida social.

Muito importante é também delimitarmos a situação da personalidade em relação à dignidade. A definição de personalidade não é natural: é construída pela religião, pela moral, pela filosofia e, em última análise, pelos sentimentos dos seres humanos em reconhecerem a si mesmos, a todos, uma especial dignidade, um carácter único, acima da natureza. Posição que lhes reconheça dignidade, igualdade e liberdade. Basta o que acabei de escrever para permitir adivinhar as asperezas do caminho do reconhecimento da personalidade digna a todos os seres humanos. Contra a vontade de poder que queria submeter alguns, como se objetos se tratasse. Caminho ainda não terminado, deparando-se constantemente com novos obstáculos.

Não é minha intenção nas próximas linhas tratar exclusivamente da personalidade, da sua dignidade, dos seus direitos, mas só fixar o momento em que a pessoa surge e tem personalidade também jurídica.

A nossa doutrina define a personalidade jurídica como sendo a suscetibilidade de sermos titulares de direitos e obrigações. Uma definição que faz todo sentido. Acrescentaria que os valores éticos e morais encontram-se incluídos nesta equação da personalidade, porque tenho como ponto de partida que a ética é o conjunto de valores e princípios que nos permitem responder três grandes questões da vida; Quero? Devo? Posso? E esses valores encontram-se dentro de uma equação pessoal, dentro de um desenvolvimento e crescimento de vida, dotados de experiências de vida, momentos, aprendizados etc.

Uma pergunta que é feita muitas vezes; será que a dignidade se encontra dentro da personalidade jurídica de uma pessoa? Eu diria que não, porque a dignidade é inerente e é muito mais abrangente que a personalidade. O conjunto e a soma de todas as frações que se compõem a personalidade (em vários direitos) não chega à totalidade da dignidade da pessoa humana. A dignidade não se monta de frações em frações. A dignidade delimita-se na sua totalidade, de forma plena e completa. Nós temos personalidade jurídica exatamente porque temos dignidade humana. Nunca seria o contrário. Não acho que faça sentido sermos dignos por causa da personalidade. A dignidade é o ponto de partida de tudo, tal como já vimos anteriormente.

A dignidade da pessoa serve como fundamento da cultura atual e dos direitos humanos. Certas ideologias que acabaram por se afirmar também: acarretam este valor com elas a democracia, a interdependência dos poderes, a soberania popular, os direitos humanos (e da dignidade da pessoa humana). A própria filosofia do direito caminha, e caminhou, até aqui, neste sentido, a busca por uma ética dos direitos humanos. Então a dignidade da pessoa humana passa a ser um valor único, uma fonte de valores, como a liberdade, a ordem, a igualdade, a segurança, a solidariedade, a paz, a diversidade e a “justiça”.

E tal como já dissemos, a dignidade da pessoa humana tornou-se um princípio base, fonte de valor, inclusive para muitos ordenamentos jurídicos. Em 10 de novembro de 1975, o Comitê central do MPLA aprovou a Lei Constitucional da República Popular de Angola⁴. Cinco anos depois, em 11 de agosto, foram aprovadas alterações a esse texto,

⁴Em 10 de novembro de 1975, o Comitê central do MPLA aprovou a Lei Constitucional da República Popular de Angola. Cinco anos depois, em 11 de agosto, foram aprovadas alterações a esse texto- De acordo

1ª versão em 1975, 2ª em 1992, 3ª em 2010, que é a atual constituição. É a mesma que no seu artigo primeiro, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. “Angola é uma República soberana e independente, baseada dignidade da pessoa humana e na vontade do povo angolano, que tem como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa, democrática, solidária, de paz, igualdade e progresso”

A constituição federal brasileira de 1988 preocupou-se em abraçar o conceito de dignidade, inscrevendo-o no art. 1.º, inciso III, onde se lê: “A República Federativa do Brasil constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III. A dignidade da pessoa humana”⁵.

A constituição da República portuguesa de 1976 (sem prejuízo das anteriores) também consagra no seu artigo primeiro o princípio da dignidade da pessoa humana. A primeira parte retrata sobre os princípios fundamentais “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

A constituição da República de Cabo Verde, na primeira parte, também consagrada aos princípios fundamentais, dispõe o seguinte: “Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos Direitos do Homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça”.

com a atual Constituição de Angola, o regime político vivente em Angola é o presidencialismo, em que o Presidente da república é igualmente chefe do Governo, tem ainda poderes legislativos e nomeia os membros do supremo tribunal, de modo que o princípio da separação de poderes está abolida. A jurisdição constitucional em Angola nasceu com a Lei Constitucional de 1992, que consagrou, nos seus artigos 134.º e 135.º, o Tribunal Constitucional enquanto instituição judicial a qual competia, em geral, administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Enquanto não foi institucionalizado o Tribunal Constitucional, as competências que a Lei Constitucional lhe reservava foram exercidas, no período compreendido entre 1992 e 2008, pelo Tribunal Supremo conforme vinha disposto no artigo 5.º da sua Lei Preambular.

⁵A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei fundamental e suprema do Brasil, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico.

Foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro de 1988. Pode ser considerada a sétima ou a oitava constituição do Brasil e a sexta ou sétima constituição brasileira em um século de república.

Ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, por ter sido concebida no processo de redemocratização, iniciado com o encerramento da ditadura militar no Brasil (1964–1985). É composta por 250 artigos, sendo a segunda maior constituição do mundo, depois da constituição da Índia. Não é permitido propor emendas que venham a suprimir as Cláusulas Pétreas da Constituição.

Até outubro de 2021 foram acrescentadas 119 emendas, sendo 111 emendas constitucionais ordinárias, seis emendas constitucionais de revisão e dois tratados internacionais aprovados de forma equivalente.

Devemos ter em atenção que as constituições, ao abrigarem a dignidade da pessoa humana e vinculando a mesma à todo o povo, comprometem-se com todo o histórico e com todo significado que a mesma acarreta consigo. É muito importante que seja a constituição a formular este conceito, porque a constituição é a lei que hierarquicamente se encontra devidamente posicionada sobre as demais leis. É a lei que representa a supremacia, pois é a partir dela que fazemos todo o tipo de interpretação ao longo do ordenamento jurídico. A constituição é o ponto de partida, o guia e o ponto final de toda e qualquer interpretação da lei. Esta para a sua aplicação é sempre interpretada e aplicada com base na dignidade da pessoa.

Antes de desenvolver qualquer assunto a nível jurídico, tenho a sensibilidade de nunca pôr de parte e nem esperar pelo fim, mas sim pelo contrário, pôr no início e no centro do debate a pessoa, a sua dignidade humana enquanto essência e valor único anterior ao direito, por consequência sendo essa mesma pessoa o limite do mesmo. Chamar à colação a grande ideia do pensamento de KANT sobre a pessoa concebida como um fim em si mesma, que é uma ideia muito nítida e concreta do ser humano enquanto digno⁶. A pessoa reconhece-se pelo simples facto de existir, um ser humano reconhece o outro não porque o vê fisicamente, mas sim por fatores inerentes à capacidade humana de entender. É neste não entendimento, mas reconhecimento da dignidade da pessoa humana que se substancia o Direito. O Direito não concede, não atribui, não impõe

⁶ A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. “*A metafísica dos costumes*” é, de acordo com a definição de Kant, uma metafísica do uso prático da razão pura, ou seja, uma «metafísica da liberdade». Do ponto de vista da filosofia crítica, os “costumes” não são entendidos de um jeito institucionalistas, mas como atuação do princípio da liberdade. As doutrinas da moralidade (*Lehren der Sittlichkeit*) têm como objeto as “leis da razão pura Prática” ou “leis da liberdade”, subdividindo-as Kant em leis “jurídicas” e leis “éticas”, e nessa doutrina pura dos costumes “não se toma por fundamento nenhuma antropologia (nenhuma condição empírica)”, mas sim a estrutura da vontade (*Wille*) moral, como autodeterminação pura e incondicional: a liberdade, como autonomia, é a *ratio essendi* da lei moral e a lei moral *ratio cognoscendi* da liberdade. A doutrina dos costumes (*Sittenlehre*) só é possível a partir de “um princípio prático puro, que constitui inevitavelmente o começo e determina os objetos com os quais apenas ele se pode relacionar”. De acordo com o dualismo transcendental consubstanciado na contraposição entre “natureza” e “liberdade”, Kant separa a noção de “pessoa” da noção de “substância”. Esta separação é empreendida, sobretudo, no capítulo relativo aos paralogismos da razão pura, na *Crítica da Razão Pura*; na solução da “terceira antinomia”, na *Crítica da Razão Pura*, Kant procede à definição da “pessoa” como entidade moral, desenvolvendo esta definição na *Crítica da Razão Prática* e na introdução a *Metafísica dos Costumes*: segundo Kant, “pessoa” é o sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação (*Zurechnung*), por contraposição a “coisa”, como “aquilo que não é passível de imputação”. O que institui o sujeito como “pessoa”, como um ente suscetível de imputação de ações e de responsabilidade, é a liberdade, a faculdade de autodeterminação racional. KANT, Immanuel (1724-1804) - *Metafísica dos Costumes- Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito Parte I*. Edições 70, Lisboa, 2019. Pgs. 22ss.

limites nem requisitos para o reconhecimento da pessoa enquanto ser humano e bem jurídico.

A pessoa surgiu primeiro que o Direito. Logo, o Direito apenas pode olhar e reconhecer. O legislador não pode criar nenhuma lei que condicione a dignidade da pessoa humana e tudo que advém deste princípio. Então vejamos o artigo 1.º da constituição da república portuguesa contem na sua redação o princípio da dignidade da pessoa humana; a nível jurídico nós olhamos para a dignidade enquanto princípio, mas a verdade é que esta dignidade é muito para além de um princípio. A dignidade da pessoa humana é tudo do todo que a pessoa é. As junções de todas as partes provenientes de direitos da personalidade não dariam o todo da dignidade da pessoa humana. A pessoa humana é o todo da dignidade.

Ainda que o artigo 1.º da constituição não mencionasse nem reconhecesse tal valor, ele iria repercutir os seus efeitos da mesma maneira. A pessoa é o fundamental deste e de qualquer outro debate jurídico. Qualquer instituto, lei, ou disposição que for contra a pessoa, é nula, é inexistente, é um nada jurídico na qual nenhum efeito pode produzir.

1.2. O início da liberdade

A ideia principal de liberdade prende-se com uma distinção: a liberdade enquanto valor inerente ao ser humano e a liberdade enquanto um direito reconhecido dentro de uma ordem jurídica.

A liberdade tem sido confundida, pois se pensa que a liberdade é uma prerrogativa que a ordem jurídica concede a uma pessoa. Esquece-se que a liberdade é um valor natural. Este desentendimento poderá ser por causa de ignorância ou falta de educação (no sentido de sermos ensinados e ensinarmos o correto). O maior problema do Direito é ter uma pessoa que nasceu, morreu e não percebeu que a liberdade era presente, tanto no seu ambiente como no seu interior.

Hoje pensa-se que tudo provém do estado; mas não. O que o estado reconhece é uma decorrência desta liberdade que estamos a tentar delimitar. O que o estado reconhece não é a liberdade que já nasce connosco. A liberdade que o estado regula e reconhece é uma liberdade limitada, é uma liberdade com início e fim. A liberdade que aqui se trata, é uma liberdade intrínseca à nossa vontade. Quando nasce uma pessoa e a essa pessoa é reconhecida dignidade, aí temos liberdade nos dois sentidos, interior e exterior. Isto é independente ao estado. O estado serve como instrumento de efetivação e

proteção de uma liberdade enquanto direito da personalidade (mas sobre esta falaremos mais à frente).

A personalidade aparece quando há uma pessoa e há uma pessoa a partir do momento em que há a concepção: neste momento temos dignidade, personalidade e liberdade.

Ter liberdade é reconhecer que o outro é uma pessoa igual a nós nas suas diversidades, somos seres universais de uma espécie individual. Diogo Leite de Campos e a Fátima Nancy Andrichi, mencionam que para alguns autores a liberdade varia, nomeadamente para Rousseau, “as relações com o outro são vistas de uma forma essencialmente negativa: há que evitar a tirania. Quando muito haverá um respeito sem cuidado”⁷.

Hegel “demonstra na fenomenologia do espírito, onde leva a liberdade desvinculada de um projeto que só se procura a si mesma, sendo o seu próprio fim, o fim de si-mesma enquanto pura vontade”⁸.

Para Hobbes “é só no estado da natureza que a liberdade é infinita, por ser contra os outros. O seu único limite é a razão subjetiva do indivíduo”⁹.

Para além dos autores citados, devemos lembrar, Diogo Leite de Campos e Nancy Andrichi: “Jesus e verdadeiro Deus e verdadeiro homem, caracteriza-se pela liberdade, (eleutheria), pela liberdade de expressão, a sua segunda vinda (parusia) e pela livre e auto-entrega na cruz”

O maior sentido do movimento cristão é a liberdade, porque a meu ver, o ensinamento que Jesus deixou foi que a verdadeira liberdade está em ser livre de si mesmo, a liberdade é o amor.

Jesus transmitiu muito a ideia do amor ao próximo, amor ao próximo em termos de empatia e amor ao próximo em termos de liberdade. Porque Jesus livre como foi não usou a liberdade para si, mas para os outros, tanto que o fim último da sua vinda foi entregar-se por nós tal como mencionámos.

O que nos parece óbvio, muitas vezes não o é para os outros. Mas a lei primordial da vida é vivermos pelos outros e para os outros, como eles para nós. Ninguém vive por ele próprio, tanto que, tudo que fazemos tem repercussão nos outros. Em análise

⁷ CAMPOS, Diogo Leite de, FÁTIMA, Nancy Andrichi, *Pessoa, Direitos e Direito, A pessoa, os seus direitos e a sua criação do Direito. Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2021 Pag.17 a 24.

⁸ Op. Cit, Pág. 29 a 37.

⁹ Op. Cit, Pag. 48 a 59

económica mencionamos que, atos são ao mesmo tempo externalidades, podendo essas ser positivas ou negativas. Por esse simples motivo, podemos notar que a liberdade de todos está interligada e essa interligação é o início e ao mesmo tempo limite dela, ou seja, o limite da minha liberdade é o outro. A minha liberdade termina quando eu deixo de ser útil para os outros, quando há uma pessoa que se utiliza para violar e destruir a esfera jurídica do outro, esta mata a interligação logo mata a liberdade. Porque liberdade não é ambição, não é egoísmo. Quem pensa só em si, exclui de si a liberdade nos termos em que já propusemos.

O ser humano não atingiu e não parece que vá atingir a autossuficiência. Dependemos uns dos outros. É assim que se constrói e se promove o desenvolvimento social. E esta interdependência produz efeitos na liberdade de todos somos livres: na medida em que somos interdependentes.

A liberdade, antes de ser um direito de personalidade, é também um valor que todo ser humano tem e para que se predispõe antes mesmo do seu nascimento. O ser humano quando nasce, querendo ou não, já encontra a liberdade, já encontra um valor inerente, valor este que se traduz e se vai apresentar como um direito abrangente. Por exemplo, o direito de ir e vir, o direito de se expressar, o direito de escolher onde viver, o direito de tomar as suas próprias decisões, ou de alguém tomar a decisão em benefício e no interesse daquele que não pode ou não consegue, o direito de se informar, o direito de ter uma vida.

Até o direito à vida se encaixa aqui; digo isto porque em alguns estados, cada vez mais, vemos a liberdade a ser restringida: a pessoa nasce cada vez mais com menos liberdade, ao ponto de poder ter a vida cessada por algum ato ou crime. Já em países, como Portugal por exemplo, até o mais criminoso, o indivíduo mais malicioso, não vê a sua liberdade infinitamente limitada porque não há penas de prisão perpétuas. Não há pena de morte. Dou estes dois exemplos porque são o extremo da restrição da liberdade.

Antes de referir como a nossa constituição também consagra essa liberdade, devo mencionar que a própria história indica o quanto a própria elaboração e circunstância deste diploma advém de um ato de libertação formal. Tendo a oportunidade de ver o preâmbulo da constituição, este deixa cada vez mais os conceitos devidamente nítidos. A primeira parte do preâmbulo dispõe o seguinte: “A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista”.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa. A revolução permitiu aos portugueses resgatarem a efetividade e capacidade de exercício dos direitos e liberdades fundamentais que sempre existiram e sempre fizeram parte da esfera jurídica de cada cidadão, embora naquele momento estivessem a ser restringidos e violados. Devemos deixar claro que a revolução não deu aos portugueses e a todas as pessoas que em Portugal se encontravam, os direitos. Estes sempre existiram. A revolução ajudou na cessação de um vício que impedia a efetividade do exercício destes direitos.

Neste sentido, havendo o restabelecimento e exercício destes direitos, liberdades e garantias, os legítimos representantes do povo reuniram-se para elaborar uma constituição que correspondesse às aspirações do país. Ou seja, uma constituição ligada à dignidade da pessoa. Não é por acaso que no art.1.º está o mesmo princípio devidamente consagrado.

Mas muitos historiadores, alguns autores que têm a possibilidade e oportunidade de debater a história, inclusive aqueles que redigiram o texto constitucional, distorceram uma das explicações mais importantes quando falamos em direitos, liberdades e garantias, nomeadamente a dignidade, liberdade etc. Os portugueses em nenhum momento estiveram a lutar materialmente por direitos que sempre existiram. Estiveram a lutar formalmente pela restauração da efetividade do exercício desses mesmos direitos. A capacidade de gozo e exercício era o objeto desta luta. A personalidade jurídica que é a suscetibilidade de sermos titulares de direitos e obrigações, nunca esteve nula, estava em restrição, mas nunca nula. Porque, a existência de uma personalidade não depende de outras pessoas, não depende da lei, não depende de instrumentos jurídicos que digam quem tem ou não tem personalidade jurídica. Então a partir da existência da vida de cada um com a conceção, todos os direitos já se encontravam presentes na sua esfera, agora, a efetividade do exercício deste direito, isto era uma outra questão.

Se analisarmos com atenção, a constituição, no seu preâmbulo, diz que “a revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades”. Concordar com uma afirmação destas sem antes analisar é um “pecado jurídico”, porque tal como já mencionamos. A revolução não “restituiu” os direitos e liberdades, pois estes nunca estiveram nulos ou inexistentes, a revolução “restituiu” a capacidade de exercício, restituiu a efetividade de exercício desses direitos que são por natureza inerentes a todos

os seres humanos. Por mais que se faça todo o tipo restrições e violações, os direitos sempre estarão vivos e existentes, mas infelizmente restringidos.

Seria muito útil que se percebesse melhor essa pequena diferença quando falamos de dignidade da pessoa humana. Porque este valor acaba por refletir todos os restantes direitos decorrentes da personalidade que não são meros direitos em que qualquer ser humano pode fazer o que bem entender com eles. Ou seja, são valores que não podem em nenhum momento ser afastados nem desrespeitados por ninguém. As pessoas merecem-nos por serem pessoas. E quando uma nação decide invadir uma outra nação, um território, para ditar sobre a liberdade dos outros, esta nação põe em causa à sua própria liberdade e a dos outros.

A constituição da República Portuguesa também consagra esta liberdade de que aqui falamos, em várias disposições. Desde logo começo pelo artigo primeiro que consagra o seguinte: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Isto para dizer que o valor “Liberdade” consubstanciada no termo “Livre” começa desde logo no artigo primeiro. Tal como desenvolvemos até aqui, esta liberdade ainda não se enquadra no campo de um direito de personalidade, mas sim, uma liberdade social, uma liberdade humana, uma liberdade individual, sendo verdade que a liberdade individual de cada um, é inclusive uma liberdade coletiva, porque cada ser livre, faz com que todos sejam livres. Então, e tal como menciona Leite Campos e Nancy Andrigh, a liberdade está no eu e no nós.

No mesmo artigo primeiro, no seu início, encontramos antes do termo “livre” o conceito de dignidade da pessoa humana. É muito importante fazer essa ligação e explicar o seguinte: a dignidade da pessoa humana é o valor máximo de um ser humano. Na verdade, a dignidade humana forma a pessoa enquanto ser humano. Ou seja, é dentro da dignidade humana, dentro dessa prerrogativa de sermos dignos, simplesmente por sermos pessoas, também somos livres. A liberdade, enquanto valor natural, encontra-se intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana.

A liberdade, enquanto direito de personalidade, encontra-se dentro da dignidade, dignidade da pessoa humana, como muitos outros direitos de personalidade. Só que não nos podemos esquecer que o conjunto dos direitos de personalidade, não irão dar a totalidade a uma pessoa. A pessoa é pessoa, não por causa de um conjunto de direitos

de personalidade, mas é em si mesma uma pessoa plena e completa, porque ela gera os direitos, não o contrário.

Um conjunto dos direitos de personalidade não forma o todo que é a pessoa. O que são direitos de personalidade? Onde começam? Onde terminam? Quais são os limites? Existe um “*numerus clausus*”? Quantos direitos de personalidade existem e quem determinou que o fossem? Com isto podemos perceber que não há qualquer regra para determinar de forma perfeita os direitos de personalidade. O conjunto de direitos de personalidade que nós vamos encontrar na constituição, no código civil etc. não são exaustivos, são meramente ilustrativos.

Diogo Leite de Campos e Fátima Nancy Andrigh, descrevem a ideia de liberdade em duas perspectivas, a natural e a legítima. Falemos um pouco mais da liberdade natural e legítima¹⁰.

A liberdade natural e legítima concretiza-se no interior de cada indivíduo. A liberdade está no eu de cada um de nós, é ter amor próprio e amor ao próximo. Digo isto porque muito das vezes pensa-se que a liberdade que estamos a aqui a analisar é um direito positivo ou um dever programático do estado. A liberdade nada tem a ver com a existência ou não de um estado. Aliás, o estado é tão só mais uma criação natural da pessoa e a liberdade de que aqui se trata advém da existência da própria pessoa.

A liberdade natural e legítima não é um direito sobre a pessoa de um terceiro. A liberdade é um valor intrínseco a cada indivíduo. Não é uma terceira pessoa, singular ou coletiva, que vai satisfazer as suas preferências enquanto pessoa. É ela própria que vai, pela sua vontade, encontrar o centro anímico e interior que consubstancia essa liberdade. A liberdade é um valor que exige um exercício forte para ser exercida, ou seja, é necessário que a pessoa reconheça dentro de si o valor da dignidade da pessoa humana.

A pessoa conhece que tem dignidade por simplesmente existir enquanto pessoa e não porque o estado positivou este princípio. Percebe também que a liberdade se exerce nos mesmos termos que a dignidade. É por sermos dignos que igualmente somos livres.

Os autores no livro acima citado, mencionam que “A liberdade é uma propriedade da vontade de se conformar ao bem dos outros”.

Um especto muito interessante no livro acima citado, é que segundo Leite de Campos e Fátima Nancy Andrigh “Para Engels, a liberdade do ser humano é uma

¹⁰ *Op. Cit*, Pag. 158 a 162.

propriedade da vontade conformando-se às leis da natureza; para nós, determina-se pelo cuidado dos outros”¹¹. Porque a ideia de cuidar do próximo é certamente a ideia principal de liberdade; mas também se verifica daí o limite da nossa liberdade, no sentido de sermos úteis ou não aos outros. Ou seja, cuidar é liberdade, prejudicar ou não ser útil, já não é liberdade.

O cuidar pressupõe amor e o amor é a base das relações entre pessoas. Mas o amor deve ser devidamente entendido de uma forma clara; não se fala aqui de um amor romântico, ou melancólico. Fala-se de um amor próprio, porque aquele que possui amor próprio, possui também amor para os outros, pois só conseguimos dar o que temos, por isso devemos nos encher primeiro para dar depois. Então o cuidado é cuidarmos de nós em primeiro plano e igualmente cuidar dos outros em primeiro plano, esta interdependência é condição *sine qua non*. Porque se todos cuidam um dos outros, todos exercitam o amor e dentro do amor a dita liberdade.

O outro será sempre parte desta equação porque nós vivemos para o outro e o outro para nós. A interdependência entre as pessoas é uma condição magna da vivência para todos. Não conseguimos sozinhos ter uma vida plena, precisaremos sempre uns dos outros, o único auto-suficiente, o único auto-existente, onisciente, onipotente, onnipresente, é Deus, o criador do mundo.

“Santo Agostinho entende que Deus fez a criatura racional para que ela possa conhecer o soberano bem, para que O conhecendo, O ame, que amando- O, O possua e que esta posse a beatifique”.

No catolicismo, a beatificação é o reconhecimento feito pela igreja de que a pessoa a quem é atribuída se encontra no paraíso, em estado de beatitude e pode interceder por aqueles que lhe recorrem em oração. Podemos então notar que o conceito gira em torno do fazer algo pelo outro, para o outro e em favor do outro. Quero com isto dizer que o “Eu-tu, nós” está sempre presente no debate que aqui se trata. Por isso a liberdade enquanto valor de nós para o outro, acarreta um conjunto de valores de forma intrínseca, o respeito, o entendimento, o cuidado, a atenção, etc.

O relacionamento entre os indivíduos deve ser feito de forma proporcional, na medida em que todos possam entender-se uns com os outros enquanto pessoas que olham para pessoas iguais, mas ao mesmo tempo diversos. A ideia de eu ser um ser único da minha espécie e ao mesmo tempo ser um ser muito igual aos outros diversos de mim,

¹¹ *Op. Cit*, Pag. 41 a 47

faz-me ter em conta que a liberdade, o amor, o respeito, que de mim saem para os outros. É o mínimo que eu enquanto pessoa espero dos outros, isto é, ser tratado da mesma forma que eu trato os outros. Isto nunca passa pela tirania, pela autoridade e o comando sobre os outros. Isto passa pelo respeito, o cuidado e a atenção aos outros. Embora nem todos têm esse pensamento e educação no seu interior.

A liberdade, quando exercida contra os outros, é egoísmo porque vai contra aquilo que propusemos a investigar até aqui. E isto foi levantado por Hobbes que Diogo Leite de Campos e a Fátima Nancy Andrigh mencionam no livro já citado que “é só no estado de natureza de Hobbes que a liberdade é infinita, por ser contra os outros. O seu único limite é a razão subjetiva do indivíduo”¹². Ao meu ver Hobbes demonstra o exercício de um estado de liberdade na ideia de um egoísmo, onde a liberdade desrespeita o outro. Porque uma liberdade que seja infinita e só tenha como limite a sua própria vontade, é um perigo. A medida e o limite da nossa liberdade devem ser o outro, o outro indivíduo deve ser o nosso guia para percebermos quando, como e onde parar, porque o exercício da nossa liberdade pode ser prejudicial para os outros, aí, quando eu deixo ser e fazer algo de útil para os outros, então a minha liberdade chegou ao limite. Porque se não for para exercer a liberdade enquanto valor benéfico para os outros, falhamos na nossa missão.

Tal como já mencionámos, mas com maior minúcia faremos agora, a liberdade enquanto liberdade de expressão, liberdade de dedicação ao outro, foi muito caracterizada e muito bem definida na pessoa do próprio Deus, Jesus enquanto homem perfeito nas suas atitudes na terra. Analisemos alguns conceitos que foram devidamente mencionadas pelos autores no livro já citado.

“Eleutheros” se define basicamente por ser a possibilidade se locomover para onde quiser, sem a interferência dos outros. E isto esteve presente na época de Jesus na terra, mas o próprio Jesus nos mostrou com atitudes, algo diferente, porque o mesmo não usou a sua liberdade para fugir, mas para se aproximar dos outros¹³.

O que se tenta transmitir é que a liberdade que nós temos enquanto liberdade valor, passa muito por renunciarmos à nossa única e exclusiva vontade de fazer o que só a nós beneficia. A verdadeira liberdade, pelo contrário, passa muito por uma vontade exclusiva de fazer coisas em benefício dos outros, e para os outros; é uma conexão só aparentemente paradoxal. O exercício da minha liberdade consiste no eu-tu, nós, então isto consiste em dar, porque os outros darão também.

¹² *Op. Cit*, Pag. 161

¹³ *Op. Cit*, Pág. 161

Falando agora da liberdade de expressão enquanto direito de expressarmos o que sentimos por intermédio da fala, esta tornou-se num custo, num passivo. Porque nós dizemos que temos liberdade de expressão; mas, a partir do momento em que vemos ou ouvimos alguém a exercer tal direito, queremos impedi-lo ou atirar pedras por vários motivos. Alguns dirão que a liberdade de expressão tem limites; a pergunta que se faz é qual será o limite, será o outro? Será a violação da esfera jurídica do outro? Pois bem, não podemos ter isto como taxativo, porque a ideia de sermos livres e de pensarmos para dizer a nossa opinião vem com o risco de ofender uma outra pessoa. O ónus da liberdade de expressão e pensamento é deixar algumas pessoas ofendidas com aquilo que se vai falar. Então, devemos ter em atenção que existem coisas que se dizem sem a intenção de realmente afetar alguém e violar qualquer um dos seus direitos. Ainda assim, pode a pessoa sentir-se afetada. Neste sentido, devemos ter a capacidade de saber distinguir o risco de ofensa e a efetiva ofensa.

A liberdade de expressão deriva da liberdade em sentido amplo. Diria que a liberdade de expressão é uma das maiores manifestações da liberdade; o podemos pensar e dizer o que pensa, mas isto deve ser feito de forma educada, de forma formal e com as melhores palavras possíveis para que não haja um mal-entendido por parte de terceiros. Mas a verdade é que sempre vai haver um mal-entendido. Porque é impossível agradarmos a todos, por mais cuidado que tenhamos com a nossa abordagem. Mas, tal como já dissemos, esta probabilidade de alguém que não foi atacado sentir-se ofendido, é exatamente o risco da liberdade de expressão e é um risco que todos devemos passar para exercermos a dita liberdade.

Gostaria de trazer à reflexão a ideia e o enquadramento da liberdade de expressão: será um direito de personalidade? Será um direito apenas constitucional/fundamental ou ambos? Ou seja, um direito liberdade ou um direito de garantia? entendo que não é como denominamos ou enquadrámos, mas sim como o exercemos e permitimos que os outros exerçam; ele enquadra-se em todas as categorias que acima mencionamos. E mais ainda diria que também é um direito natural, porque desde sempre os povos primitivos, precisavam comunicar-se e isso exige liberdade de expressão.

Mais, considero que seja também um direito humano por estar consagrado a nível internacional em alguns instrumentos de direito. Como, por exemplo, a declaração universal dos direitos humanos quando menciona o seguinte: “Artigo 19-

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”¹⁴.

Há poucas linhas atrás, falamos sobre autossuficiência enquanto fator inatingível, porque uma pessoa não consegue viver sozinha e tudo resolver sozinha, sendo necessários os outros nessa equação de vida e de vivência. Mas agora levanto o mesmo tema sobre uma perspectiva diferente. Sócrates (nos escritos de Platão) e segundo os autores Leite de Campos e Fátima Nancy Andrigh, outros filósofos “referiam-se à autarquia, à autossuficiência do ser humano como liberdade interior daquele que encontra paz em si mesmo, na sua virtude, na relação com os outros”¹⁵. A autossuficiência aqui abordada vê-se enquanto valor interior e não exterior, ou seja, encontrarmos dentro de nós sentimentos que nos permitam estar bem por si só, o que vai permitir-nos estar em relação aos outros.

O ponto essencial é percebermos que nós vivemos pelos outros e para os outros. Costumo utilizar uma linguagem figurativa para descrever esta ideia tão simples: uma árvore não se alimenta dos próprios frutos que dá, outras pessoas comem os frutos e a árvore se alimenta por intermédio de outros fatores. Esta analogia tão simples, consegue descrever a lei básica da vida. É pelos outros e para os outros, o ponto essencial é servir, nascemos para servir, viver é servir os outros e os outros a nós.

Há também uma ligação do conceito de liberdade com Deus. Os cristãos podem alegar que a liberdade está na obediência a Deus. Para alguns racionalistas, a liberdade está na obediência à razão que o mundo apresenta. E esses conceitos mencionados pelos autores Leite de Campos e a Fátima Nancy Andrigh merecem uma melhor atenção.

O mundo hoje se apresenta numa polarização de ideologias: quem acredita na razão e quem acredita em Deus. Mas isso é um conceito turvo e desfocado da verdade,

¹⁴A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento base não jurídico (Soft Law) que delinea a proteção universal dos direitos humanos básicos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, elaborado principalmente pelo jurista canadense John Peters Humphrey, contando com a ajuda de várias representantes de origens jurídicas e culturais de todas as regiões do planeta.

Abalados pela recente barbárie da Segunda Guerra Mundial, e com o intuito de construir um mundo sob novos alicerces ideológicos, os dirigentes das nações que emergiram como potências no período pós-guerra, liderados por Estados Unidos e União Soviética, estabeleceram, na Conferência de Yalta, na Rússia, em 1945, as bases de uma futura paz mundial, definindo áreas de influência das potências e acertando a criação de uma organização multilateral que promovesse negociações sobre conflitos internacionais, para evitar guerras e promover a paz e a democracia, e fortalecer os Direitos Humanos.

¹⁵ *Op. Cit*, Pag. 162.

porque não existe maior razão do que o próprio Deus, Deus é a razão. Dividir esses conceitos e posicionar-se de um lado ou de outro, é negar a realidade. O mesmo quanto à liberdade, por isso quando falamos na autossuficiência, falamos em dois sentidos, no sentido de ela ser possível de forma interna e nunca de forma externa.

Entendermos a fonte da razão do mundo, é entendermos o ponto de partida para o encontro da paz de espírito, para o encontro da liberdade interior que dará lugar à liberdade para os outros, eu, tu, Nós. Porque muitas pessoas que se mantêm num dos polos que há pouco citamos, são pessoas intolerantes com as outras que se encontram no outro polo. Muitas pessoas hoje já não edificam valores, apenas querem impedir valores que não estejam dentro do nível de perspectiva do seu entendimento, ou seja no outro polo (ou são a favor da razão ou são a favor de Deus) não percebendo, tal como já dissemos, que Deus é a própria razão do mundo. Para muitos acreditar nisso e acreditar em Deus é estar preso; para outros acreditar em Deus como a razão do mundo é estar livre.

Seguindo a lógica deste entendimento, podemos pegar novamente ao conceito de Hobbes “É só no estado de natureza que a liberdade é infinita, por ser contra os outros”¹⁶. Se devidamente pensarmos, um estado de natureza e uma liberdade infinita que pode ser contra os outros, não é nada positivo. Se não for para sermos para os outros e a favor dos outros, porquê da nossa existência? Ir contra os outros é ir contra a liberdade dos outros, é nos negarmos e nos impedirmos de viver, porque não há possibilidade de uma vida individual, de uma vida à sós. Só há uma vida social no eu, tu, nós.

A sociedade enquanto um todo faz sentido. Vivemos uns pelos outros, faz sentido. O haver indivíduos que estão apenas preocupados com os próprios interesses dentro da sociedade põe em causa o conceito essencial do eu, tu, nós.

Acabámos de dizer que a pessoa vive com os outros e para os outros, vive em relação com os outros, estando e sendo em relação com os outros.

Falar de liberdade é falar de coletivo. Assim deve ser por um motivo muito simples: a convivência é de forma natural feita em comunidade, feita entre vários. Por isso falamos em pessoas viverem com os outros e para os outros, estando e sendo em relação com os outros. A ideia do individualismo deve ser posta de parte porque é incorreta, não existe o vivermos sós, vivermos apenas para nós. A primeira pessoa que viver isolada de tudo e de todos, se conseguir sobreviver, será um fenómeno.

¹⁶ *Op. Cit*, Pag. 161.

Neste sentido, é necessário falarmos de liberdade juntamente com o coletivo. A minha liberdade enquanto pessoa, deverá ser exercida tendo em conta os outros. Devemos ter a capacidade de correlacionar os limites dessa liberdade com os outros; e os outros o mesmo em relação a nós. É muito importante saber onde começa a minha liberdade. Inclusive saber que ela poderá terminar quando eu deixar de ser útil para os outros à minha volta. Esta seria a correta relação entre as pessoas que entendem ou pelo menos procuram entender a liberdade. Mas há que perguntar agora o que significa esta relação.

Na minha opinião, esta relação pode ser definida como sendo uma conexão natural de convivência humana entre os indivíduos, em que o fazer pelo outro é o elemento essencial da fórmula. Este fazer pelo outro é aplicado em situação de reciprocidade, ou seja, todos vivem a olhar pelo bem-estar do outro, logo todos cuidam uns dos outros. Viver nesta relação é entender que os nossos interesses não são maiores que os dos outros. Não devemos prejudicar-nos para alegrar os outros, mas também não devemos beneficiar-nos à custa dos outros. Antes pelo contrário: os interesses devem, na medida do possível, coexistir em equilíbrio daquilo que é fundamental. Nós conseguimos dar aquilo temos.

Se assim não fosse, vejo que vida pouco sentido faria. Pois tal como já referi ao longo desta investigação, o ser humano, por si só, não conseguiu e nem vai atingir a autossuficiência. O ser humano é incapaz, tanto a nível social, económico, saúde e educação de viver e coexistir sozinho. Para aprender, precisa de outras pessoas; para sobreviver, precisa de outras pessoas; para conviver e socializar precisa de outras pessoas; para fazer a economia crescer precisa de outras pessoas. O ser o humano sem os outros acaba por perecer. Porque é meramente impossível esta ideia de isolamento.

O autor brasileiro Pablo Marçal destaca em uma das suas obras que “80% dos nossos resultados, dependem das suas conexões humanas”¹⁷.

Parece que, quando falamos desta forma, estamos a pôr em causa a nossa liberdade diminuindo-a e aumentando a dependência, mas não: ser livre coexiste com a dependência entre todos. Todos nós precisamos de algo que este ou aquele ser humano possui. Desta maneira, vamo-nos completando e complementando uns com os outros.

Diogo Leite de Campos, define esta relação como sendo a relação do eu, tu-nós¹⁸. E nesta relação as pessoas destacam-se como o centro do debate, destacam-se por

¹⁷ MARÇAL, Pablo. *A Chave Mestra do Universo*, Editora IBC, São Paulo. Pág. 1.

¹⁸ CAMPOS, Diogo Leite de- *A felicidade Somos Nós*, Fundação Lusitana, Lisboa 2019, Pág. 84 a 90

ter o papel mais importante entre as espécies. A ideia que recebo e o que o autor ensina neste sentido é que não há pessoas mais importantes que outras. Somos seres coletivos, seres de união, mas ao mesmo tempo somos seres individuais e ao mesmo tempo seres únicos. A ideia do eu, tu nós é de que devemos estar todos em primeiro plano, todas as vidas importam de igual modo. Não existem pessoas melhores que pessoas, existem atitudes melhores que atitudes.

Então sinto que a relação de liberdade deve ser vista nesta perspectiva de coletividade. A ideia de sermos apenas seres individuais, sós, solitários, deixa muito a desejar quanto aquilo que a liberdade se demonstra ser em todas suas dimensões. Senão vejamos:

Dimensão individual: a liberdade começa em cada um de nós como um valor social, um valor ético e moral e acaba por se consubstanciar depois num direito a nível jurídico. A beleza da dimensão individual, quando falamos em liberdade é que ela não fica por aí. A dimensão individual tem a sua particularidade, a liberdade como no EU, mas a liberdade não termina no Eu. A liberdade individual sempre transcende para o coletivo. Começamos de forma individual, mas nunca terminamos por aí.

Dimensão do “outro”: devemos perceber que a outra pessoa igual a nós importa tanto quando nós importamos em sociedade. Não é apenas a simples ideia do princípio da igualdade, em que todos somos iguais perante a lei e ninguém pode ser discriminado pela sua cor, raça ou etnia etc. A dimensão do outro vai muito além disso. Este valor, esta ideia e sentimento de compaixão, nasce exatamente connosco. Quando nascemos não nascemos apenas com o sentimento de cuidarmos de nós. Muito pelo contrário, o cérebro já tem mecanismos automáticos que fazem olharmos para os outros e sentir a necessidade de ajudar e cuidar do outro. Muitas das vezes inclusive o fazemos quando nem sequer temos o cuidado de cuidar primeiro de nós.

Dimensão da coletividade: a dimensão da coletividade liga-se muito pela união de pessoas, pela sociedade, famílias etc. Aqui devo trazer aquela máxima de que a minha liberdade termina quando eu deixo de ser útil para os outros. Procurarmos ou, pelo menos, devíamos procurar alinhar a nossa liberdade com a utilidade que temos e damos aos demais. Porque é assim que se constrói o desenvolvimento, o agir individual tem sempre consequências coletivas.

Desenvolvimento faz-se em conjunto. Desenvolvimento pessoal e individual são coisas diferentes. O individual é ambicioso, o pessoal é de constante partilha.

Dimensão do amor: Eu diria que o amor e a liberdade andam de mãos dadas. E não falo só a nível social, falo também a nível jurídico, a liberdade enquanto direito humano de cada cidadão é um derivado de valores baseados na dignidade da pessoa, um desses valores é o amor. Quem te dá a liberdade e quem se permite ser livre, é porque ama. Ama a vida, ama a si próprio e muito importante, ama o seu próximo.

Indo para além do que acabo de escrever, pergunto a mim mesmo: será que o amor não pode em nenhum momento receber uma incorporação jurídica? Será que não pode ser visto como um valor humano fundamental? Eu diria que sim e que não.

Positivar um valor humano como amor podia pôr em causa a sua essência e natureza. Aliás, é a mesma ideia quando se fala da dignidade da pessoa humana consagrada no artigo primeiro de várias constituições incluindo a portuguesa. O que eu quero dizer é que estando a dignidade positivada ou não, os seus efeitos enquanto princípio e valor fundamental não seriam diferentes na vida jurídica, política e social.

Então analiso a questão do amor como sendo um princípio fundamental subentendido. Não vemos ele positivado em lado nenhum, mas como já dissemos, muitas dessas noções gerais, como a dignidade e a boa-fé, são manifestações do amor de forma efetiva.

Neste sentido, não há necessidade de qualquer alteração do valor jurídico “amor”. Ou seja, positivar o amor seria instrumentalizá-lo. Como escreveu um autor desconhecido, o amor não é para ser lido nem estudado, o amor é para ser vivido e sentido a todos os níveis, nas relações jurídicas que se estabelece, nos negócios jurídicos, contratos etc. E não precisa de estar positivado para isso.

Falei em dignidade e boa-fé, mas como podemos ver a própria liberdade é uma manifestação explícita do amor.

Vimos que viver com os outros é viver para os outros e pelos outros. É uma relação de amor que umas vezes se traduz em paz social, mas outras implica uma forte colaboração para manter e afirmar a comunidade.

A colaboração social é um trabalho em equipa cujo fim é sem dúvidas a paz social. Falar em colaboração é falar sobre ajuda que uns dão aos outros. Porque viver é isso, uma constante resolução de problemas e ajudas mútuas. Quando falo em paz social refiro-me muito a liberdade. Desde sempre, atingir a paz, quer individual, quer coletiva, sempre passou exatamente pela liberdade: atingir a paz é atingir a liberdade. Os povos quando atingem a paz, ou porque saíram de um conflito bélico ou porque saíram de uma colonização, têm como objetivo a paz. Falar por exemplo, que este ou aquele país está em

paz é dizer que o mesmo país atingiu a liberdade. Se não quisermos chamar de liberdade, chamemos Autodeterminação.

1.3. Personalidade Jurídica e a Dignidade

A noção de pessoa não é natural. Foi construída ao longo da história por diversas ciências, recebendo várias contribuições. Falo da religião, da filosofia, da biologia etc. Mas, acima de tudo isto, há uma noção de pessoa que não se liga a nenhuma ciência: é a auto confirmação dos seres humanos em reconhecerem-se como pessoas dotadas de dignidade, reconhecerem-se como seres únicos e individuais, mas que vivem e dependem do coletivo. E reconhecer-se como pessoa nada mais é do que reconhecer a dignidade e depois a liberdade e a igualdade que existe em cada um de nós, ou pelos menos devia existir.

É minha intenção tratar no desenvolvimento desta investigação da liberdade contratual, mas sempre numa perspetiva ligada a dignidade da pessoa humana. E faz muito sentido que assim seja, porque assim consigo fixar o momento exato do início da pessoa e o momento exato do início da liberdade contratual enquanto direito desta pessoa. Por isso antes de prosseguir para observações e análises mais especiais devo marcar sempre como ponto inicial e centro do debate a pessoa humana. Porque o Direito, nada mais é do que uma realidade cultural criada pela pessoa, um instrumento criado pela pessoa para proteção e cuidado, ou seja, a pessoa se apresenta como uma realidade pré-jurídica.

O grande problema que se levanta é a forma como estão montados os mecanismos e institutos que nos ajudam no reconhecimento da pessoa. É o caso por exemplo, da personalidade jurídica: quando começa, quando termina?

A princípio parece ser uma questão simples, pela forma como o artigo que se refere à personalidade jurídica apresenta a resposta do que aqui vamos analisar. O n.º 1 do artigo 66.º do código civil português que tem no seu texto: “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”. O n.º 2 do mesmo artigo vai dizer que “Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”¹⁹.

¹⁹ O Código Civil português vigente foi aprovado a 25 de Novembro de 1966 e entrou em vigor a 1 de Junho de 1967, revogando o primeiro Código Civil, elaborado pelo Visconde de Seabra e que entrara em vigor em Portugal quase um século antes, em 1868. O seu texto foi redigido por uma equipa de Professores de Direito que, na revisão e fase final, foi presidida pelo professor João de Matos Antunes Varela, motivo pelo qual é frequente ser conhecido por Código de Varela por oposição ao Código de Seabra anterior. Outros professores de Direito que participaram no empreendimento foram Adriano Vaz Serra, Fernando de Andrade Pires de Lima, António Ferrer Correia, Xavier Rui de Alarcão (U. de Coimbra) e Manuel Duarte Gomes da Silva e Inocêncio Galvão Teles (U. de Lisboa). Alguns autores, como António Menezes

Tal como poderemos ver, há certamente uma contradição muito grande entre o artigo 66.º do Código Civil e todo ordenamento jurídico em relação a esta matéria. Esta contradição ou falha no sistema, pode ser vista como uma restrição ou limitação à dignidade e liberdade da pessoa. Porque tal como já vimos, a esfera dominante da liberdade começa com a existência de uma vida de forma individual, ou, em relação coletiva. A pessoa encontra um ambiente de liberdade, a pessoa não cria a liberdade para si, pelo menos não devia. Todo o estado de direito, toda a nação, todas as pessoas dentro de uma sociedade que precisam lutar, criar, disputar um ambiente de liberdade, quer dizer que estamos diante de uma sociedade falha a nível da dignidade da pessoa humana.

Relativamente a esta contradição do artigo 66.ºCC que se traduz numa restrição à liberdade da pessoa, analisemos como exemplo o artigo 952.º do Código Civil, onde se admite “doações aos nascituros”. A lei não espera o “nascimento completo e com vida” para que os direitos desta pessoa produzam efeitos. O nascituro (o ser concebido que ainda não nasceu) é uma pessoa, embora não tenha a capacidade de exercício dos direitos que foram a ele atribuídos. O que acontece é uma presunção de usufruto do doador ao nascituro até que o mesmo esteja em capacidade plena para usufruir de forma pessoal e livre.

Existe aqui uma diferença entre o nascimento completo e com vida para o uso e fruição dos seus direitos e a capacidade de uso e fruição destes mesmos direitos. A exigência do nascimento completo e com vida não impede, nem pode fazer depender, a dignidade da pessoa de ter estes direitos reconhecidos a partir da concepção. Ainda que a pessoa “nasça” de forma completa e com vida, esta mesma pessoa só terá capacidade plena do seu direito de propriedade quando atingir a sua maioridade, ou quando for emancipado.

O artigo 66.º nada mais é do que uma restrição plena da dignidade da pessoa e da sua personalidade que não deve depender de nenhuma aprovação do Direito, porque o direito não atribui personalidade jurídica as pessoas singulares, o Direito apenas reconhece. Este reconhecimento dá-se a partir do momento em que haja uma vida (com

Cordeiro, referem-se à lei como o Código de Vaz Serra, salientando a proeminência deste professor na feitura da mesma. O art.66.º é muito pragmático na sua concepção daqueles que poderiam ser chamados de nascituros, na qual eu prefiro chamar simplesmente de pessoas. O n. º1 define quando a pessoa adquire personalidade, o n. º2 define quando é que a pessoa tem a possibilidade de ser titular efetivo dos direitos, não concordando é neste sentido que se desenvolveu um tema sobre estes conceitos.

a concepção). Nada deve impedir a pessoa de ter na sua esfera jurídica estes direitos (doações) desde o momento que haja a existência de uma vida humana (concepção).

Por isso tenho entendido que a restrição à liberdade da pessoa que o artigo 66.º do Código Civil apresenta, diz respeito à restrição da capacidade de gozo e de exercícios de certos direitos. A pessoa nasce com uma incapacidade natural de exercício, capacidade esta que será suprida pelas responsabilidades parentais ou pela tutela, tal como o nosso código civil português prevê.

O artigo 66.º do Código Civil pode apresentar-se como uma verdadeira limitação à dignidade da pessoa humana e conseqüentemente à liberdade da pessoa. O Direito não tem o poder de decidir quem tem personalidade. A partir do momento que há uma vida, há uma personalidade.

O nascituro é uma pessoa, mas é uma pessoa que se encontra numa fase particular da vida (como qualquer outra fase). Após o seu nascimento, apenas passou para uma nova circunstância de vida. Continua a ser a mesma pessoa, com o mesmo código genético, o genoma é o mesmo desde a concepção até a sua morte. E este ser concebido já possui personalidade jurídica.

A personalidade jurídica define-se como sendo a suscetibilidade de uma pessoa ser titular de direitos e obrigações. Estes direitos e obrigações devem ser exercidos de forma livre e espontânea, mais do que isso, devem ser reconhecidos de forma livre e sem encargos. A pessoa tem personalidade jurídica porque simplesmente é pessoa e o direito deve limitar-se a reconhecer isto.

Esta liberdade não é por acaso, é uma liberdade natural, é uma liberdade que vem com a vida, é uma liberdade acompanhada da dignidade da pessoa humana dentro de uma sociedade democrática ou não. Poderíamos estar diante de uma sociedade que se rege por um governo opressor, mas o discurso seria o mesmo, porque o facto de haver restrição da dignidade e da liberdade por parte de uma sociedade, não significa que estes valores não existam sempre haverá dignidade e liberdade. Apenas significa que estes valores estariam a ser negados, restringidos.

Por causa destas questões fundamentais e naturais de dignidade e liberdade, a sociedade portuguesa acaba por refletir estes valores no âmbito das relações jurídicas. Não é por acaso que um dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico é o princípio da autonomia privada.

No entanto, é da decorrência desta dignidade da pessoa humana que nós podemos constatar que temos um ordenamento jurídico muito virado para a dignidade e

a proteção da pessoa. Da dignidade da pessoa humana emanam todos os direitos de personalidade que citamos há pouco quando definimos a personalidade jurídica. Daí chegarmos à liberdade contratual que é a maior manifestação do princípio da autonomia privada.

Não é bem verdade pintarmos a ideia de dignidade como um valor que foi devidamente reconhecido por todos. Hegel defendeu a ideia de tudo o que a sociedade tem deve ao estado, inclusive os direitos de personalidade. A dignidade da pessoa humana, vista com os olhos de hoje e devidamente interpretada, contradiz essa ideia de Hegel e de outros autores, como se o ser humano fosse um acaso com valores básicos e insignificantes. Não, a dignidade da pessoa humana incuba-se com valores, sobretudo no amor, liberdade, possibilidades e cada humano progride enquanto ser único desta espécie.

Olhar para uma pessoa enquanto digna é respeitar a pessoa. Não é o respeito como algo que temos e nos mantemos distantes. Não, respeito enquanto amor ao próximo, respeito, cuidado, amor próprios, porque respeitar outro é respeitarmo-nos a nós mesmos. Amarmo-nos é o caminho certo para conseguirmos amar o outro e isso é respeito.

Certamente que não podemos apagar a ideia do estado no meio da dignidade da pessoa humana. A dignidade é inerente ao direito e ao estado, pois estes são criação da própria pessoa. Mas tal como menciona Diogo Leite de Campos “O estado-dos-direitos completa o estado-de-direito e reenvia ao estado-social”²⁰.

A pessoa humana é totalmente diferente de qualquer outra entidade. Não pode em nenhum momento isso ser posto em causa, porque a pessoa é um ser único, ela coexiste com os outros e consigo mesma. A única realidade absoluta é a razão de sermos pessoas e estarmos dotados de dignidade, a pessoa é o que há de mais real entre o direito e a vida social.

1.4. A igualdade real e a dignidade

A sociedade e o povo romano tiveram uma forte influência no Direito e na sociedade dos dias de hoje. Deixaram algo muito claro na forma como se relacionavam como pessoas relativamente as diferenças, ao papel que cada pessoa tem dentro de uma sociedade etc. Embora o povo romano sempre levasse isto ao extremo, eu pude levar a interpretação para um outro sentido, um sentido mais humano, mais real. Ou seja, há por natureza e de forma originária uma desigualdade entre as pessoas. Mas esta desigualdade

²⁰ CAMPOS, Diogo Leite de, FÁTIMA, Nancy Andrichi, *Pessoa, Direitos e Direito, A pessoa, os seus direitos e a sua criação do Direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021* Pag.89 a 97.

advém propriamente da ideia de que cada ser humano é um ser único, com valores, princípios e com uma carga genética única. A consequência mais óbvia é a que sejam todos diversos, essa diferença biológica corresponde a uma desigualdade natural entre as pessoas. Há pessoas que querem mais por que ambicionam mais. Logo lutam para mais e acabam por ter mais, outros não lutam para tanto, porque lutar pode cansar mais e acabam por ter pouco. Isso vê-se nos negócios, no trabalho, no comércio etc. As pessoas vivem e prevalecem em conjunto, como uma universalidade. Mas não há nada que nos faça pensar que estejam misturadas enquanto universalidade, porque o mais certo é que estejam em conjunto, mas sempre de forma individual. A própria ideia de relação jurídica e convivência em sociedade define-se como sendo toda relação da vida social que é pautada e regulada pelo Direito, decompondo-se nos seus primordiais elementos, o sujeito, o objeto, o facto e a garantia. Tudo isto corresponde a um conjunto de pessoas em sociedade capazes de estabelecer acordos, negócios de diferentes tipos etc. Não é porque o direito tenha permitido ou deixou de permitir, mas sim porque da dignidade da pessoa humana decorrem tais valores e garantias. A pessoa é livre e autónoma para viver e auto gerir-se. A intervenção do estado e do direito e para a proteção e garantia de alguns direitos, para afastar a ideia de anarquia e nos aproximarmos cada vez mais da ideia e do conceito factual do estado de direito democrático.

Posto este paradigma, ligado à pessoa e ao estado, a liberdade à autonomia, devo dizer o seguinte. A noção de pessoa não é natural: é construída pela religião, pela moral, pela filosofia e, em última análise, pelos sentimentos dos seres humanos a reconhecerem a si mesmos, a todos, uma especial dignidade, um carácter único, acima da natureza.

Posição que lhes reconheça dignidade, igualdade e liberdade. Basta o que acabei de escrever permite adivinhar as asperezas do caminho do reconhecimento da personalidade digna a todos os seres humanos. Contra a vontade de poder que queria submeter a alguns, como se de objetos se tratasse.

Caminho ainda não terminado, deparando-se constantemente com novos obstáculos. Não é minha intenção tratar exclusivamente da pessoa, da sua dignidade, mas sim da pessoa e dos seus direitos de personalidade tal como veremos mais à frente. Nomeadamente da liberdade contratual decorrente da autonomia privada que também decorre da dignidade da pessoa humana. Isto quer dizer algo muito simples, somos livres em todos os sentidos, inclusive livres para contratar com outros, não porque o direito disse

que podíamos ser, não, muito pelo contrário: temos esta liberdade pelo simples facto de ser pessoas e estamos de forma intrínseca dotadas de dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana serve de oxigénio quando o próprio direito em geral se perde no meio de um avanço social. No momento que o direito não sabe mais em que sentido devemos caminhar, nomeadamente sobre a forma que interpretamos a leis, a forma que resolvemos os casos em concreto, é aí que o direito fica sem fôlego, é aí que o direito precisa de oxigénio para respirar e voltar a orientar-se. Ou seja, a interpretação das leis, a criação das próprias leis, as resoluções dos casos em concreto, em caso de dúvidas, devem sempre ser de acordo com a pessoa e sua dignidade. Toda a lei, todo o caso julgado que viole a pessoa e sua dignidade são inconstitucionais e nulos. Um direito que não respeita o seu ponto de partida, o seu início, é um Direito mal situado, é um Direito que não se respeita a si próprio. Inclusive eu diria que é um direito no qual as pessoas não se respeitam e valorizam enquanto pessoas, porque o direito é criação da pessoa, o legislador é uma pessoa e uma pessoa que cria e aprova leis que vão contra a própria pessoa isto é inexplicável e sem cabimento.

No decorrer desta investigação levantaremos muitos conceitos e institutos no meio do Direito que servem de cláusula aberta do Direito e que nos permitem ver o Direito numa perspetiva não exatamente positiva apenas. E a primeira cláusula aberta é sem dúvidas o princípio da dignidade pessoa humana. Considera-se uma cláusula aberta porque dá a possibilidade de no momento de resolução de um conflito em que o alcance justo não é possível pela via dos institutos normais, socorremo-nos da dignidade da pessoa das partes envolvidas no negócio.

A dignidade da pessoa humana é o que há de pleno em termos de direitos, liberdades e garantias. Todos merecemos uma liberdade plena porque somos dignos desta liberdade. Não é porque o Direito disse que podíamos, não é porque o Direito permitiu que houvesse essa liberdade, é porque essa liberdade deriva deste valor supremo e se estende até nos negócios jurídicos. Ninguém merece estar vinculado a um negócio que não esteja a fazer-lhe bem, por algum motivo. Ou as circunstâncias mudaram, ou já não há possibilidade de continuar, mas há cláusulas que não permitem a desvinculação, ou até há rescisão, mas com uma gigantesca sanção. São casos como contratos entre grandes empresas, casos de contratos desportivos. Embora a dissertação se vá desenvolver mais para o lado contratual, a dignidade é muito além disso, ou melhor, a dignidade é muito além disso e muito anterior a isso: por isso tem a possibilidade de funcionar enquanto cláusula aberta para a resolução de certos litígios.

Tal como referimos no início, a nossa definição de dignidade passa pela ideia de ser um estatuto que pertence a todos de forma universal e a todos de forma única e particular. A dignidade é exatamente este paradoxo, nasce com cada um de nós e acompanha-nos até o fim das nossas vidas.

Não se suscita a discussão da posição da pessoa enquanto membro de uma sociedade. Ser digno não tem a ver com isto, ser digno tem a ver com a posição que a pessoa ocupa no universo pela circunstância de existir, pois entende-se que uma pessoa é um ser único da nossa espécie. Daí o seu lugar exclusivo no universo, a sua dignidade e a sua totalidade.

Hoje falamos da dignidade com todo gosto e empenho porque sabemos que antigamente só alguns é que podiam ter dignidade, ter personalidade completa por algum motivo. Por que a dignidade traduzia um estatuto de mais alto nível na sociedade. Ou seja, só pessoas de grande importância, com os reis, príncipes, pessoas da alta nobreza etc., tinham dignidade. Começou a dignidade como um discurso de poder, hoje como um discurso de amor/paz/sorriso/respeito e garantia de uma vida com valor e apreciação.

Capítulo II- Liberdade Contratual e Autonomia Privada

Penso que antes de um desenvolvimento sobre o que é a liberdade contratual devemos perceber o que é um contrato, pois já tivemos a oportunidade de perceber o que é a liberdade. Logo a seguir iremos perceber como é que eles se unem e se tornam num único conceito ligado a autonomia privada. Pois a liberdade contratual é como sabemos uma das manifestações mais explícitas do princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada. Estes, no ordenamento jurídico português encontra-se consagradas no artigo 405.º do Código Civil português.

Quando falamos em contrato, a primeira coisa que se pensa é num conjunto de coisas escritas, num conjunto de cláusulas, condições que regulam o interesse de duas ou mais partes. Não estamos errados se pensarmos assim, mas estaríamos a ser muito superficiais, se pensássemos que o conceito de contrato começa e termina em interesses e condições económicas.

Todas as pessoas durante o seu dia-dia, celebram pelo menos um ou mais contratos e nem realizam que o fizeram. Por isso a ideia de que há sempre um conjunto de coisas escritas, cláusulas enormes e etc., não é errada, mas não é o todo do contrato. O contrato começa numa prática simples, em que uma pessoa manifesta uma vontade não

necessariamente escrita e que uma outra parte consente na manifestação dessa pessoa ou também libera uma declaração de vontade.

Vamos a um café. Este é por si só um estabelecimento comercial que tem como proprietário um comerciante que, com uma organização e atividade, visa a obtenção do lucro. Neste sentido, um estabelecimento comercial tem por norma em aberto uma declaração de vontade de querer e estar a vender algo ao público. Quando uma pessoa entra para o estabelecimento e compra algo, esta pessoa também manifesta uma vontade, ou seja, temos aqui um contrato celebrado. Então, em apenas dois minutos alguém entra num estabelecimento, compra algo e sai. Esta pessoa celebra um contrato com este estabelecimento, no caso um contrato de compra e venda. Um contrato simples, rápido, comum e muitas das vezes impercetível no dia-dia das pessoas.

Para além das declarações de vontade, uma outra maneira de percebermos que estamos diante de um contrato, são os sacrifícios patrimoniais das partes.

Quando uma pessoa oferece a outra um bem, a pessoa que recebe processa uma resposta de aceitação ou não da coisa oferecida. Devemos ter em atenção que a pessoa que está a receber a coisa, não exprimiu propriamente uma declaração de vontade. Vai manifestar uma declaração de aceitação ou não aceitação da declaração de vontade da outra parte. Ou seja, estamos diante de uma vontade unilateral que carece de aceitação para produzir efeitos. Num contrato de doação e, se tivermos com atenção ao caso agora descrito, houve sacrifícios patrimoniais apenas para uma das partes, para a outra parte não houve qualquer tipo de sacrifícios.

Um contrato de doação não é efetivamente um contrato de doação até à eficácia perfeita, enquanto a parte que vai receber a coisa não aceitar a coisa como seu este ato é apenas uma proposta de doação, a doação tem de ser aceite pela outra parte.

Muitos autores defendem que o contrato de doação é um contrato ou negócio jurídico bilateral, porque se apresenta formado por duas ou mais declarações de vontade. Por exemplo: Pinto Monteiro e Mota Pinto, quando mencionam que “O contrato, ou negócio jurídico bilateral, é formado por duas ou mais declarações vontade, de conteúdo oposto, mas convergente (...) é o caso pragmático da compra e venda, da doação etc.”²¹.

Juridicamente analisando, não vejo interpretação possível que me permita concluir da mesma maneira. Pois não posso apenas olhar, tal como já vimos, para as declarações de vontade para sabermos de que tipo de contrato temos, perante um caso em

²¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota- *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2020, Pág. 385 e 386.

concreto. São necessários mais elementos e um destes elementos é sem dúvida os sacrifícios patrimoniais das partes. No contrato de doação, não só temos apenas uma declaração de vontade seguida de aceitação, como também temos apenas um sacrifício patrimonial, por este motivo é um negócio considerado “gratuito”.

Neste sentido analisemos, o que podemos considerar uma declaração de vontade. Declaração de vontade pode ser definida como uma das formas de manifestação de interesse na realização e produção de efeitos jurídicos dentro de um negócio jurídico, ela poderá ser escrita ou verbal (expressa ou tácita). O art.217.º do Código Civil não define o que é, mas indica a sua forma de manifestação.

A doação é um contrato que se encontra regulado na lei portuguesa (vide artigos 940.º e ss. do Código Civil), pelo qual alguém (doador), por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente a favor de outrem (donatário) de uma coisa ou de um direito.

Um outro exemplo de existência de um contrato é por exemplo, o bilhete que as pessoas compram todos os dias para as suas deslocações, o bilhete do comboio ou até mesmo um táxi, um Uber. Tudo isto são contratos celebrados, neste sentido, contratos de prestação de serviços. As pessoas não configuram o contrato, mas celebram um quando pagam e usufruem destes serviços. Estes últimos não podem ser confundidos com contratos unilaterais quanto à declaração de vontade. São contratos bilaterais com características próprias, tal como vamos desenvolver mais adiante. Mas a título de introdução, estes contratos são chamados contratos de adesão, tutelados pelo regime geral das cláusulas contratuais gerais. Ou seja, são contratos em que a pessoa que vai usufruir os serviços aceita as condições tal como elas estão ou não aceita, não há possibilidade de fazer qualquer tipo de negociação, não há possibilidade de alterações de cláusulas. Os que citamos acima são contratos básicos e simples, alguns contratos de adesão vão muito para além e são muito mais complexos, contratos de telecomunicações, alguns contratos de franquia etc.

Ainda sobre os contratos, Carlos Alberto da Mota Pinto apresenta uma conceção muito esclarecedora sobre o conceito de contrato, tal como iremos analisar²².

Uma das afirmações do autor e que faz muito sentido, é que “a espécie mais importante de negócio jurídico é o contrato”. O conceito de contrato traduz sempre uma ideia de negócio, quando celebramos um contrato estamos diante de um negócio jurídico.

²² *Op. Cit.* Pág. 384 a 412.

Por isso o autor aponta para a ideia de que “a maioria dos negócios jurídicos mais importantes e significativos, designadamente na esfera económica, são contratos”²³. Mas a existência de uma teoria do negócio jurídico vai para além dos contratos. A presente investigação é mais uma contribuição para esta mesma teoria. Olharmos para os contratos, os seus princípios numa perspetiva “ultra legem”, ligada à dignidade da pessoa humana.

Devo trazer à colação os esforços que tem havido em matérias de contratos no direito privado europeu. Não temos apenas os princípios relativos aos contratos comerciais internacionais de 1994 relativamente ao instituto internacional para unificação do direito privado- Unidroit²⁴, mas também o anteprojeto de Código Europeu dos contratos, da academia de jus privatistas europeus, de Pavia²⁵, os princípios de direito europeu dos contratos, da “Comissão Lando” de 1996 e muitos outros estudos.

Percebendo o conceito do que é um contrato e como ele pode ser definido ou exemplificado, estamos aptos para estabelecer a ligação que existe entre o contrato e a liberdade. Fala-se e bem, no ordenamento jurídico português sobre o direito à liberdade contratual. Este direito de personalidade é nada mais nada menos do que a relação e a união desses dois conceitos que em separado dariam matéria suficiente para um desenvolvido escrito.

A liberdade contratual, para além de um direito, é a disposição que no ordenamento jurídico português as pessoas, de forma pessoal e livre, possuem e exercem para estabelecer contratos. Embora existam também contratos que põem em causa esta liberdade contratual, tal como irei analisar e desenvolver frequentemente, quer seja a nível em regime de prestação de serviços, quer seja em regime de contrato de trabalho, sempre seguindo a análise de vários autores²⁶.

Segundo o que vamos encontrar na presente dissertação, a liberdade contratual, traduz-se da seguinte maneira: liberdade de modelação, liberdade de fixação ou liberdade de estipulação do conteúdo, a celebração ou conclusão dos contratos.

²³ PINTO, Carlos Alberto Mota- *Op. Cit.* Pag.644

²⁴ UNIDROIT- Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, princípios relativos aos contratos comerciais, Roma, 1995. Importante é realçar que Carlos Ferreira de Almeida, “Conteúdo dos contratos: comparação entre os princípios UNIDROIT e o direito português”, e Pedro Pais de Vasconcelos “UNIDROIT- Interpretação do contrato (comparação entre regras UNIDROIT e as regras do Código Civil português), IN themis, ano I, n. 02, 2000, pg. 191-245.

²⁵PINTO, Carlos Alberto Mota- *Op. Cit.* Pag.646

²⁶Maria do Rosário Palma Ramalho, *Estudos de Direito do Trabalho, I*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 157 e ss.; Luis Menezes Leitão, *Direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 4ª ed., 2014., p. 173ss., p. 308 ss.;

Neste sentido e em primeiro lugar, poderemos ter a liberdade de celebração dos contratos como o direito das pessoas de realizar contratos ou de recusar a sua celebração. Sobre ninguém pode recair a imposição de celebrar contratos, concluí-los, ou abster-se de contratar. A vontade da pessoa no âmbito dos contratos é legítima, independente da sua decisão, desde que não viole a esfera de terceiros.

Apesar desta liberdade, o nosso ordenamento jurídico estabelece algumas exceções e essas são verdadeiramente uma restrição à liberdade de celebração dos contratos.

Há realmente contratos em que existe um dever jurídico de contratar, porque a falta dele pode acarretar sanções diversas a pessoa. O contrato de seguro para fins específicos (DL- 72/2008), o contrato de franquia mais conhecido como franchising na posição do franqueado, deveres de prestação de serviços que impendem sobre os médicos em caso de urgência (Código deontológico e estatuto da ordem dos médicos), a proibição de celebração de contratos com pessoas determinadas (artigo 877º do CC).

O princípio da autonomia privada é o princípio regra e regulador de toda vida social privada dos cidadãos que têm como liberdade o poder de autodeterminação e regulamentação das esferas jurídicas próprias em relação com os outros. Este princípio tem como consagração o artigo 405º do código civil (liberdade contratual). E, para uma melhor análise e entendimento, o artigo 11º do RJCS consagra também o mesmo princípio, “O contrato de seguro rege-se pelo princípio da liberdade contratual, tendo carácter supletivo as regras constantes do presente regime, com os limites indicados na presente secção e os decorrentes da lei geral”. Esses limites podem ser as constantes do artigo 16º sobre a autorização leal do segurador; o artigo 32º nº2 sobre a forma do contrato; etc. Relativamente à autonomia privada no regime do contrato de seguro, o legislador procurou proteger a parte mais frágil, neste caso o tomador do seguro. Porque quando no artigo 13º se consagra a imperatividade relativa, a ideia é indicar normas relativamente proibidas, podendo certas disposições serem alteradas, mas só quando for no sentido mais favorável ao tomador de seguro²⁷.

A ideia que se procura transmitir é que os privados possuem uma liberdade de criar ou estabelecer certos comandos que vigoram e produzem efeitos jurídicos entre eles e não “erga omnes”, porque não se criam efetivamente normas jurídicas dotadas de generalidade e abstração; são regras meramente relativas às partes. É neste sentido que o

²⁷ MARTINEZ, Pedro Romano - *Lei do Contrato de Seguro*, Almedina, Lisboa, 2020, Pág. 65.

contrato de seguro restringe o tomador do seguro que vê o conteúdo deste contrato ser inalterável, podendo apenas aceitar ou rejeitar o contrato. Não há qualquer negociação. O que na verdade acontece, é que as seguradoras elaboram e aprovam esses contratos conforme o número possível de pessoas a atingir, variando apenas as opções e possibilidades de sinistros, riscos etc. Adequando a esses os prémios que considerem proporcionar ou seja, criam modelos negociais para pessoas indeterminadas, mas determináveis.

O princípio da autonomia privada no âmbito das obrigações e das relações jurídicas privadas, permite que a maioria das normas jurídicas principalmente no âmbito do código civil, se tornem normas supletivas, contendo como já vimos também normas imperativas que não podem ser afastadas. Mas a maioria são supletivas porque permitem as partes estabelecerem normas diferentes das regras gerais.

O que acontece nos contratos de adesão não é isto. Por isso é essencial que se mencione que o regime do contrato de seguro, as cláusulas contratuais gerais aparecem para proteção da parte mais vulnerável nesta relação jurídica. Vejamos o exemplo do artigo 5º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, que aprova o regime das cláusulas contratuais gerais:

“1- As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou aceitá-las.

2 - A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência”

Falando sobre o DL n.º 446/85, de 25 de outubro, é importante que se faça uma análise atual do texto da norma que muito se liga ao conteúdo analisado na presente dissertação, nomeadamente às limitações à liberdade contratual.

O preâmbulo do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, começa por mencionar que “constitui a liberdade contratual um dos princípios básicos do direito privado”. A primeira ideia que conseguimos tirar desta afirmação, para além de ser uma afirmação em parte verdadeira, é que o texto apresenta a liberdade contratual como um princípio. Já eu apresento a liberdade contratual como um direito integrado nos direitos de personalidade da pessoa. O princípio basilar que se rege esse direito, certamente seria o da autonomia privada. O exercício do direito de liberdade contratual é certamente uma das maiores

manifestações daquele princípio. Mas a liberdade contratual em si, é um direito, sofrendo muitas limitações a nível prático.

É necessário que se tenha essa distinção em conta, porque se a liberdade contratual fosse realmente um princípio, não me parece que sofreria as limitações que sofre. O princípio da autonomia privada é conceito muito abrangente. O direito de liberdade contratual é um direito que se manifesta na prática, primeiro porque a pessoa é uma pessoa humana e digna dentro de um estado de direito. Este deve reconhecer este valor sem questionamentos. Segundo porque a pessoa tem personalidade jurídica e esta se define por ser a suscetibilidade de sermos titulares de direitos e obrigações. Terceiro temos a capacidade de exercer pessoal e livremente esses direitos, dentro de um ordenamento jurídico pautado por este princípio da autonomia privada ou princípio da autonomia da vontade. Parece-me que esta seria e é, a fórmula básica de existência e exercício do direito a liberdade contratual.

Sem prejuízo de uma análise própria, ainda no preâmbulo, o diploma das cláusulas contratuais gerais menciona o art.405.º do código civil. Este é uma manifestação expressa do princípio da autonomia privada e do próprio direito à liberdade contratual.

O código civil deixa claro que existe a possibilidade de as partes estipularem e celebrarem contratos de forma livre, não só os contratos típicos e nominados, mas como também criar vários outros dentro dos limites da lei, mas que sejam de acordo com o caso em concreto. A lei dá esta margem de liberdade, mas coloca limites, por exemplo, o objeto do contrato ou o negócio que estiver a ser estabelecido deve ser de acordo com a norma do art.280.º do código civil, onde é nulo todo negócio cujo objeto seja física ou legalmente impossível, ilícito e que seja indeterminável. Não podemos confundir indeterminado e indeterminável. O objeto pode ser indeterminado, mas determinável, ou seja, não se sabe agora qual é o objeto, mas em algum momento este objeto será conhecido, como é o caso das obrigações genéricas etc. O mesmo art.280.º menciona também que os negócios não podem ser contrários à ordem pública nem ofensivos dos bons costumes. O que torna a matéria muito subjetiva, porque a pergunta que se levanta aqui é: o que é o costume e o que é contrário a ele?

O costume pode ser definido como sendo a prática reiterada com convicção de obrigatoriedade que uma determinada sociedade tutela em um determinado momento, porque o costume de hoje poderá não ser o de amanhã. Não é algo imutável.

Neste ponto de vista, entendo que o regime das cláusulas contratuais gerais, surge sob a esfera daquilo que é a liberdade das pessoas. A liberdade que o nosso

ordenamento jurídico conserva. O ponto 4 do preâmbulo é muito concreto quando menciona que “ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas e, fazendo-o exercer uma autonomia que o direito reconhece e tutela”. Esta afirmação parece-me estar bem feita, porque o correto é isto: o direito não atribui autonomia às pessoas, o direito reconhece esta autonomia e tutela a mesma, para garantir que pelo menos o mínimo seja cumprido. A autonomia que advém da própria liberdade enquanto valor inerente ao direito e à pessoa, tal como já vimos, só pode ser reconhecida e não atribuída. Não podemos atribuir a alguém algo que essa pessoa já possui por natureza, apenas podemos reconhecer que a pessoa possui tal valor.

Então as cláusulas contratuais gerais aparecem aqui como uma proteção daqueles que vão celebrar contratos, mas que no momento da sua elaboração não estiveram presentes ou não puderam influenciar o seu conteúdo de alguma forma.

Logo o art.1.º do diploma menciona que se regem pelo diploma as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação e a que os destinatários indeterminados se limitem a aderir ou não. Em via de regra, são os casos dos contratos de adesão que vemos no dia-dia. Contratos de telecomunicações, por exemplo: onde nós enquanto clientes, não temos nem podemos fazer nada em relação ao seu conteúdo.

Ponto muito importante é aquele que o art.5.º do mesmo diploma menciona: as cláusulas contratuais gerais devem ser devidamente comunicadas aos destinatários que aderem aos contratos. É o caso de a pessoa aderir a um contrato de fidelização sem saber, porque os tipos de contratos em causa, são contratos feitos em massa; são contratos extensos e com um conteúdo muito volumoso e que muitas vezes as pessoas não conseguem perceber na sua plenitude. Mas a própria lei impõe o dever de informação, coisa que não se faz na prática (art.6.º).

É muito importante salientar a disposição que consta do art.15.º deste diploma e que será também um ponto de desenvolvimento na presente investigação, “princípio geral- são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé”.

A boa-fé é um ar que se deve respirar em todos os contratos, todos os negócios. Mas a ordem social acostudou-se a ver esta exigência como um simples princípio que deve perpassar ou não num contrato. Mas como iremos ver de uma forma mais desenvolvida, a boa-fé vai muito além de um simples princípio negocial. A boa-fé é também um valor ético e moral a nível social. Pode ser definida por extensão à ordem

jurídica toda, como uma cláusula geral aberta, muito ligada à dignidade da pessoa humana.

2.1. Contrato de seguro

O regime de contrato de seguro está hoje consagrado no DL n.º 72/2008 de 16 de abril²⁸.

Quando falamos em seguro, devemos ter em conta que na ordem jurídica portuguesa este sempre teve uma larga tradição. Mas o diploma que acabamos de mencionar e que aprova o regime do contrato de seguro, sofreu algumas alterações. Mas a mais recente reforma deste regime é a Lei n.º 75/2021, de 18/11 que assenta na união das pequenas intervenções legislativas para uma possível atualização e permanência das regras em vigor. A mais recente alteração ajudou muito na solução normativa de lacunas nos casos omissos dentro da nossa ordem social. Esta ajuda advém, não só de uma carga intervenção legislativa nacional, como também a nível comunitário que são transpostas para o direito nacional de cada estado.

O regime do contrato de seguro sofreu algumas reformas. Um dos objetivos foi sempre atender à demanda da sociedade nos seus vários sectores e desenvolvimentos. Nomeadamente no âmbito da responsabilidade civil, o que levanta também muitas questões sobre a forma obrigatória como os contratos estão implementados na sociedade.

O regime em questão, já dissemos, foi criado para a proteção e uma maior atenção à pessoa mais débil na posição contratual desta relação jurídica. O tomador do seguro e o segurado podem ser em alguns casos, pessoas diferentes, pois o tomador do seguro tem responsabilidade contratual e a pessoa segurada apenas beneficia do seguro

²⁸ O novo regime agora aprovado integra uma disposição que estabelece um nexo entre o regime jurídico da atividade seguradora e as normas contratuais. Dispõe-se, pois, que são nulos os pretensos contratos de seguro feitos por não seguradores ou, em geral, por entidades que não estejam legalmente autorizadas a celebrá-los. Sublinha-se, contudo, que esta nulidade não opera em termos desvantajosos para o tomador. Pelo contrário, prescreve-se que o pretense segurador continua obrigado a todas as obrigações e deveres que lhe decorreriam do contrato ou da lei, se aquele fosse válido. Esta solução, afastando alguma rigidez do regime civil da invalidade - rigidez essa, porém, que o próprio Código Civil e várias leis extravagantes já atenuam em sede de relações duradouras - é, por um lado, uma solução de proteção do consumidor, quando o tomador tenha esta natureza. Por outro lado, a regra constante do novo regime explicita o que já se poderia inferir do regime do abuso do direito, numa das modalidades reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, ou seja, a proibição da invocação de um ato ilícito em proveito do seu autor.

Procede-se a uma uniformização tendencial dos deveres de informação prévia do segurador ao tomador do seguro, que são depois desenvolvidos em alguns regimes especiais, como o seguro de vida. Na sequência dos deveres de informação é consagrado um dever especial de esclarecimento a cargo do segurador Trata-se de uma norma de carácter inovador, mas em que o respetivo conteúdo surge balizado pelo objeto principal do contrato de seguro, o do âmbito da cobertura.

contratado. Nada impede que sejam a mesma pessoa ou pessoas diferentes. E por último, mas não menos importante, o regime do contrato de seguro também presta a devida atenção e proteção às empresas de seguro de que também são parte importante nessa relação, porque apesar de tudo, desempenham um papel importantíssimo na sociedade.

Neste sentido, quando falamos da parte mais débil na relação jurídica em causa, importa dizer que, em primeiro lugar, quanto maior for a proteção conferida ao segurado, maior o aumento no prémio do seguro.

Em segundo lugar, a questão da liberdade e extensão geográfica. O tomador do seguro pode celebrar o contrato em Portugal, mas a pessoa segurada poderá estar num outro estado membro da união sem sequer se deslocar para que possa beneficiar do seguro.

Cada vez mais as empresas de seguro celebram com terceiros contratos de seguro atípicos sobre as diversas situações da vida que a pessoa deseja ver seguradas. Aliás, são as empresas de seguro que criam seguros para atrair mais clientela, não são os clientes que decidem o que desejam assegurar, cada companhia vai apresentar um “menu” de situações de risco disponíveis. Existem hoje, seguro animal doméstico, o seguro do recheio da casa, incluindo livros e adversos objetos etc., seguro de habitação, seguro de vida, de automóvel, operações de capitalização.

Algo que devemos ter em conta em relação ao contrato do seguro é que a sua validade não depende qualquer forma especial (artigo 32.º n.º 1 da lei do regime jurídico do contrato de seguro). Quanto à eficácia e oponibilidade do contrato e do seu conteúdo, institui-se que o segurador (empresa) tem a obrigação jurídica de reproduzir o contrato escrito na apólice e de entregá-la ao tomador, sob pena de o tomador usar esta situação como forma de resolver o contrato, isto decorre do próprio regime quando este exige a maior transparência e um bom dever de informação (artigo 32.º n.º 2 da lei do regime jurídico do contrato de seguro). Quanto a prova do contrato, elimina-se todas as regras especiais.

Em matéria de prémio, mantém-se o princípio de “no premium, no risk” ou “no premium, no cover”, no sentido de que não há cobertura do seguro se o prémio não for pago.

Analisando por partes, começo pelo contrato de seguro acima mencionado. O contrato de seguro é um contrato que manifesta um negócio jurídico bilateral, devendo ser celebrado de forma voluntária, lícita, com uma declaração de vontade sem de vícios e

divergências, sendo um contrato cuja produção e efeitos práticos são essencialmente de natureza patrimonial²⁹.

A dificuldade em estabelecer uma única definição do contrato de seguro tem justificação, porque nem o próprio decreto-lei estabelece uma definição, apenas menciona o teor típico do contrato. A título exemplificativo, o antigo código de Seabra, no seu artigo 1538³⁰ continha uma definição que passo a citar: “se a prestação é em todo o caso obrigatória e certa para uma das partes e a outra só é obrigada a prestar ou fazer alguma coisa em retribuição dado um determinado evento incerto, o contrato aleatório diz-se de risco ou seguro”. Muito interessante a forma por que o legislador no anterior código, colocou a definição do contrato. Mas muito se questiona sobre a mesma porque parece muito restrita a um fim específico de seguro que é o seguro de dano, e não engloba outras modalidades de seguro, tais como o seguro de responsabilidade civil profissional, seguro de vida etc. O contrato de seguro, no âmbito do DL 176/95, de 26 de julho, continha no seu teor certas regras e disposições relevantes sobre o contrato, mas também não continha uma definição do regime. Por isso, surgiu um conjunto de diplomas aprovados com o intuito de disciplinar juridicamente o contrato de seguro; muito do teor dessas leis baseadas em jurisprudência que muito ajudando na interpretação.

No entanto, o regime do contrato de seguro acabou por trazer segurança jurídica, porque o seu teor quanto ao direito aplicável, à tutela dos direitos das partes, a garantia se estabelece de forma clara, afastando a insegurança jurídica quanto à sua interpretação. Muito importante é relembrar que a aplicação deste regime especial do contrato de seguro não afasta os regimes mais gerais, como o código civil, lei das cláusulas contratuais gerais etc.³¹ A possibilidade de podermos fazer as ditas remissões é de suma importância porque, tal como menciona Pedro Romano Martinez, a ideia é de haver uma aplicação de regras diversas e não de regras repetidas entre os diplomas. O

²⁹ SEQUEIRA, Elsa Vaz de *Teoria Geral do Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022, pág. 95ss.

³⁰ O Código Civil de 1867 foi o primeiro Código Civil em Portugal. Foi aprovado em 1867 e entrou em vigor em 1868, durante o reinado de Dom Luís I de Portugal. Designava-se também Código de Seabra, dado que foi elaborado por António Luís de Seabra e Sousa, 1.º Visconde de Seabra. O Visconde de Seabra foi Ministro, Juiz-Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e Reitor da Universidade de Coimbra, tendo sido encarregado de elaborar um novo Código que reunisse e atualizasse toda a legislação civil do Reino. Foi aprovado pelas Cortes por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867. Entrou em vigor na Metrópole em 22 de Março de 1868.

³¹ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que estabelece o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (alterado pelos Decretos-Leis n.º 220/95, de 31 de Agosto, n.º 249/99, de 7 de Julho e n.º 323/2001, de 17 de Dezembro).

artigo 18º do regime do contrato de seguro (DL 72/2008) que fala sobre o dever de informação é muito mais desenvolvido do que o regime geral³².

Antes de explanarmos o contrato de seguro como um contrato de adesão, falar das cláusulas contratuais gerais e o limite a autonomia privada no mesmo âmbito, disponho de uma pequena abordagem sobre dois tipos de seguros que se podem confundir na sua aplicabilidade, o seguro de vida e danos/acidentes pessoais.

A doutrina pode inclusive encontrar aqui um problema. Porque estas duas modalidades de seguro, para além de serem difíceis de se distinguir, podemos dizer que se juntam na lei, numa relação de género e espécie. Daí a grande dificuldade.

O contrato de seguro de danos/acidentes pessoais apresenta-se com um contrato de indemnização que beneficia o tomador do seguro ou terceiros³³. na pendência de um evento de risco. O seguro cobre o risco da ocorrência de lesão corporal, incapacidade permanente ou morte da pessoa segura, em resultado de acidente com causa súbita, externa e imprevisível, que resulte da atividade extraprofissional ou profissional contratada.

O seguro de vida garante, como cobertura principal, o risco de morte ou de sobrevivência (ou ambos) de uma ou várias pessoas seguras. Pode também incluir, como coberturas complementares, o risco de invalidez, de acidente ou de desemprego.

No seguro de vida que cobre o risco de morte da pessoa segura (seguro em caso de morte), a seguradora paga ao beneficiário o capital acordado, se a pessoa segura morrer durante o período fixado no contrato.

No seguro de vida que cobre o risco de sobrevivência da pessoa segura (seguro em caso de vida), a seguradora paga ao beneficiário o capital acordado, se a pessoa segura se encontrar viva no final do contrato. Estes seguros são usualmente utilizados para a constituição de uma poupança. Neste caso, o beneficiário pode ser a própria pessoa segura.

Existem ainda modalidades mistas que englobam ambas as situações, ou seja, a seguradora paga em caso de morte e em caso de vida da pessoa segura, regra geral com capitais distintos.

³²MARTINEZ, Pedro Romano. *Op. Cit.* pág. 4.

³³As expressões que chamam a atenção e que devem ser levados em conta, são “para o tomador do seguro ou para terceiros” e em “prestação”. Relativamente a prestação que é um conceito recorrente em matérias de direito das obrigações, porque isso afeta não só a indemnização ou reparação do prejuízo como também o valor pago pela seguradora em caso de seguro de vida. Neste sentido este valor no caso da vida pode ser feito ao segurado em certos casos, ou em caso de morte a terceiros.

Estes contratos continuam consensuais. Mas há que saber se, por ser consensual, as partes têm a possibilidade de negociar, ou já existem contratos prontos e feitos para o risco que a pessoa representa e teme. O que põe em causa a liberdade contratual de uma das partes. E tendo em conta o próprio artigo 32º nº1, o contrato de seguro não depende de observância de forma especial. Mas o número 2 do mesmo artigo parece que vem para limitar a liberdade contratual. Previamente o segurador é obrigado a formalizar por escrito a apólice³⁴ de seguro. Então o tomador do seguro já encontra o contrato elaborado e não participa nesta negociação e, sem a possibilidade de exigir que esta ou aquela cláusula seja retirada, ampliada ou reduzida.

Relativamente ao contrato de seguro e às cláusulas contratuais gerais há bastante a dizer-se. No nosso dia-dia estamos constantemente a ser sujeitos a cláusulas contratuais gerais através de contratos de “adesão” que celebramos recorrentemente e a maioria da população não se apercebe disso. Ao comprarmos bilhetes de comboio, autocarros, cinema etc. é neste âmbito que o contrato de seguro se enquadra (Contrato de adesão) e as cláusulas contratuais gerais são muito importantes neste processo³⁵. Porque tal como já mencionámos, as apólices do seguro são constituídas por condições e declarações elaboradas pela seguradora onde o tomador do seguro não participa e apenas se limita em aceitar ou não aceitar o contrato.

As cláusulas contratuais gerais tiveram origem na época do processo de industrialização crescente na Europa e no mundo, derivado das relações contratuais de massa nas indústrias, entre quem produzia e quem consumia. E nos dias atuais, a natureza das cláusulas contratuais gerais não mudou. Essas cláusulas são apresentadas normalmente pelas seguradoras nas relações jurídicas estabelecidas com os clientes, propostas contratuais, apólice de seguros etc.

Tal como já vimos, na ordem jurídica portuguesa as cláusulas contratuais são instituídas pelo DL nº446/85, de 25 de outubro. É a lei em questão que define as cláusulas no seu artigo 1º, como sendo aquelas cláusulas elaboradas sem prévia negociação individual, e que os proponentes ou destinatários indeterminados se limitem

³⁴ A apólice de seguro é um documento que engloba todas as condições do seguro (tanto gerais como particulares e especiais), sendo, portanto, o contrato que é celebrado e assinado entre a companhia de seguros e o tomador do seguro por acordo de ambas as partes.

³⁵ As cláusulas contratuais gerais são proposições pré-elaboradas que disponentes ou destinatários indeterminados se limitam a oferecer ou a assentir. São elaboradas sem prévia negociação individual, recebidas em bloco por quem as subscreve ou aceita, não tendo os intervenientes possibilidade de conformar o seu conteúdo.

respetivamente a recusar ou aceitar. A própria lei permite a sua aplicação aos demais contratos, mas em que o destinatário não tenha participado nem tenha poder de influenciar ou negociar o seu conteúdo. O artigo 3º exclui a aplicação da norma diante de algumas situações, como: cláusulas típicas aprovadas pelo legislador, cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal, atos de direito da família ou do direito das sucessões como contrato de casamento ou testamento etc. Embora estes também tenham as suas próprias limitações à autonomia privada e à liberdade contratual, tal como veremos mais a frente quando analisarmos o contrato de casamento e o testamento.

No âmbito das seguradoras, normalmente essas cláusulas encontram-se em papéis complexos, extensos, de difícil compreensão, letras reduzidas o máximo possível, claramente de forma a dificultar o tomador de seguro no entendimento das mesmas. Por vezes o problema nem está no tomador de seguro em entender ou não, porque inclusive juristas perdem-se na localização de preceitos ilegais diante dessas cláusulas nas apólices de seguro. E as grandes questões desses contratos só se levantam quando há os acontecimentos de risco e os tomadores do seguro se apercebe que afinal está diante de cláusulas abusivas, porque o verdadeiro negócio da indústria dos seguros, diga-se de passagem, não são as ajudas humanitárias, o que as seguradoras mais querem é que não haja sinistros nem acontecimentos nenhuns, muita das vezes fugindo inclusive das suas responsabilidades.

Pergunta-se, serão as seguradoras responsabilizadas por gerarem essas expectativas e pelas omissões na comunicação das verdadeiras vantagens e desvantagens dessas cláusulas? Porque a verdade é que, maioria desses contraentes não celebrariam tais negócios jurídicos se soubessem o verdadeiro espírito dessas cláusulas. É neste sentido que vemos a liberdade contratual totalmente limitada e não só: essa problemática atinge inclusive a autonomia privada das pessoas.

2.2. Contrato de franquia

O âmbito e caracterização do contrato de franquia constituem a nossa primeira análise, onde surge e quais as suas características enquanto um contrato comercial muito utilizado e muito bem desenvolvido nos dias de hoje. É neste sentido que irei e explicar o porquê de também ser um contrato que põe em causa e limita o direito à liberdade contratual de uma das partes envolvidas. Porque, ao contrário do que se pensa, há sempre

uma parte vencida nos contratos, aquela que tem menos vantagens, menos poder de negociação, aquela que mais que tudo se submete às condições estabelecidas pela outra.

A distribuição comercial é o conjunto de operações, atos materiais e jurídicos que permitem com que o fornecedor, fabricante, enquanto criador de bens, produtos e serviços consiga fazer estes mesmos produtos chegarem até ao mercado do consumo.

O nexos causal existe entre o produtor e o consumidor, se quisermos ser mais diretos. Porque, na verdade, os contratos de distribuição são aqueles que regulam uma relação existente entre o produtor/fabricante/importador e o distribuidor, este que ajuda com a sua prestação de serviços a alcançar o mercado do consumo.

Devemos marcar com exatidão a linha que marca aqui o que é um contrato de distribuição, o nosso foco aqui é a distribuição. O ponto essencial está nos atos praticados para a realização de mediação. O distribuidor, no meio de uma relação jurídico-comercial, encontra-se no meio desta cadeia de atos, permitindo a ligação de quem produz com quem consome³⁶.

Os contratos de distribuição são contratos relativamente recentes que ganharam especial relevância desde a revolução industrial, quando ficou provado algo muito simples: tornou-se possível desde então separar a produção, da distribuição e do consumo. Antes disso, o que tínhamos era basicamente uma relação comercial tradicional em que o produtor tinha contacto direto com o consumidor final. Hoje, o produtor foca-se apenas em produzir e a distribuição é um processo feito por terceiros especializados em cada passo importante para a concretização desta distribuição, como por exemplo: transporte, armazenamento etc.

O contrato de franquia apesar das suas características e peculiaridades, não é diferente na sua essência de alguns contratos como o de agência ou o de concessão, pois são enquadrados na categoria de contratos de distribuição. O que não podíamos deixar de fazer nesta fase, era continuar a abordagem sem falar do contrato de distribuição³⁷.

³⁶GONÇALVES, Fernando Manuel Canas, Franchise Encroachment. Almedina, 2021, Pag.13

³⁷ O regime geral do contrato de agência (DL 178/86 de 3 de julho) tem vindo a sofrer uma extensão na sua aplicação de forma analógica aos contratos de distribuição, pela falta de tipificação dos demais contratos de distribuição. Por isso são denominados por contratos atípicos. E pela definição que vemos no artigo primeiro da LCA (Agência é o contrato pelo qual uma das partes, o agente, se obriga a promover a outrem, o principal, a celebração de contratos de modo autónomo, estável e por remuneração). Embora os contratos de distribuição em si acabam por ter as suas especificidades como, por exemplo o contrato de franquia, vamos ver que não são muito diferentes e a sua aplicação analógica se justifica. Quando falamos em contrato de agência devemos ter em atenção algumas características que são muito em comum, como autonomia, onerosidade, estabilidade, etc.

A emergência do contrato de distribuição tem variadas formas e uma delas é o tema principal desta investigação. Deveu-se à vontade de os agentes comerciais irem à busca de novos espaços favoráveis de crescer como empresas, irem à busca de novos mercados, ou seja, fazer uma extensão daquilo que é a sua produção, o seu produto, mas mais importante ainda aquilo que é a sua marca e atividade industrial.

Essa distribuição suscita a ideia principal da economia em massa. A nova sociedade de consumo entra muito nessa onda de economia de massa. Existem hoje algo que nós chamamos padrões de consumo. Existe hoje um conjunto de marcas muito populares e muito acessíveis à maioria da população com poder de compra: quando a Apple lança um Iphone novo de última linha nos seus modelos atuais, já se sabe que uma e grande massa populacional irá adquirir esses produtos.

O contrato de franquia é muito usado cada vez mais e mais no sec. XXI. Por razões que o contrato em si possui e faz com que seja de útil utilização, trazendo menos custos, sendo menos oneroso.

Algo muito importante e que me chama atenção, é que a relação da existência destes contratos e da sua aplicabilidade prática traduz a presença forte de uma garantia no meio dessa relação toda: o Direito.

O Direito é aplicável a estes contratos para que o franqueador nem o franqueado saiam da relação em níveis de desigualdade, embora haja sempre uma desigualdade real.

O contrato de franquia, como contrato de distribuição, apresenta algo muito interessante, a criação de uma filial que se vai localizar distante do centro ou do polo produtivo principal da loja mãe. O que parece um paradoxo porque, mesmo distante geograficamente, esta nova loja parece estar muito próxima pela ideia do produto e do processo distributivo que se realiza.

Resumindo esta ideia do contrato de franquia como sendo de distribuição³⁸ verificamos o estender da marca, do produto por meio de um processo distributivo para novos mercados. Isto é: distribuir.

³⁸MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição negocial*. Coimbra: Almedina. 2002. p.38ss. ASCENSÃO, José de Oliveira- *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Abril de 2003- Artigo publicado pela faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na qual o professor Oliveira de Ascensão toca na boa-fé e no abuso das cláusulas contratuais gerais nos contratos de adesão. Os contratos de adesão, têm nos últimos tempos vindo a ser muito questionados pela forma que põe em causa a autonomia da vontade de uma das partes, neste caso o aderente, e pelo que se poderá ver, o contrato de franquia não foge muito esta natureza, porque o franqueador estabelece-se a forma do contrato, os seus requisitos e não há negociações, ou cumpre-se ou não.

O contrato de franquia pode ser visto como um contrato de adesão. Como um contrato de adesão celebrado entre duas partes, em que as cláusulas estabelecidas e os termos postos são estabelecidos pelo proponente, sem que o aderente tenha a faculdade de exigir qualquer tipo de alterações sobre o seu conteúdo. Excepcionalmente tem o proponente a liberdade de ceder e dispor do que quiser. De qualquer das formas, a ideia a ser transmitida é que o aderente, neste caso franqueado, tem o poder de negociação bastante limitado, ou adere ou não adere. E também é benéfico e justo para o franqueador ter um contrato desta natureza porque serão vários os franqueados e cada um deles estabelecido sobre as mesmas condições, sem favorecer uns e prejudicar outros. Por isso existe uma frase muito usada no direito anglo-saxónico para situações negociais da mesma natureza, *“Take-it-or-leave-it”*. Na verdade, em regra, o aderente só tem a possibilidade de aceitar ou de rejeitar o contrato.

As cláusulas contratuais que este tipo de contrato possui, no direito português são denominadas como cláusulas contratuais gerais e são aplicadas por meio do Decreto-Lei n. 446/85. Este já sofreu algumas alterações e tem a versão mais recente a lei n.º Lei n.º 10/2023, de 03/03. Às cláusulas contratuais gerais caracterizam-se por estar presentes nas negociações de massas, onde o contrato já vem com cláusulas fixas. Por isso fala-se muito na sua generalidade, e na sua não flexibilidade ou rigidez, porque as cláusulas são o que são e estão como estão.

E aqui é mais uma vez onde entra a questão que viemos tratando ao longo deste percurso: a limitação da autonomia privada e da liberdade contratual, com efeito, a não presença do franqueado na elaboração dessas cláusulas, levanta muitas questões sobre a boa-fé contratual, liberdade etc.

Quando uma das partes não tem sequer voz para alterar uma vírgula no contrato, devemos questionar-nos se realmente as partes estão a exercer a subjetividade e a autonomia na formação e conclusão de contratos ou se estão meramente a ser postas numa posição de desvantagens e vulnerabilidade, onde uma das partes dita as regras do jogo e a outra limita-se a jogar. E neste âmbito da franquia, a questão pode ficar ainda mais complicada porque dependendo de cada caso, uns mais graves que outros, o Direito não tem um diploma específico que regule e cuide particularmente das relações jurídicas construídas neste âmbito. Podendo algumas relações versar sobre o abuso negocial entre as partes, porque a outra parte não tem qualquer poder de modelação. Segundo Pinto Monteiro no “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais

gerais”³⁹. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2002, p. 115-118. O mundo contemporâneo foi muito marcado pelo surgimento deste tipo de contrato com essas características. Estas regulam grande parte do mundo dos negócios.

O código civil italiano em 1942 já denominava o que aqui se trata, como “condições gerais dos contratos” ou melhor “Condizioni generali di contratto”. Momentos depois, a lei alemã de 1978 (AGBGESETZ) faz algo que marca muito o mundo jurídico, determinando que essas cláusulas gerais são contratualmente proibidas pela falta de consciência e conhecimento do destinatário na elaboração dos mesmos.

A lei portuguesa, como já descrevemos, regulou o conceito como “cláusulas” contratuais gerais. Não optou pelas “condições”, embora com o mesmo efeito, mas sem este peso de algo que é imposto, como uma pré-elaboração unilateral para uma generalidade de destinatários.

O grande combate dos estudiosos é, no entanto, suscitar a emergência de uma maior proteção dessas cláusulas que muitas vezes violam e abusam das outras partes que não têm possibilidade de negociar. Isto não acontece só nos contratos de franquia. A questão se estende até nos serviços fundamentais de um país como de água, luz e etc. Contudo, é neste sentido que o contrato de franquia se caracteriza como sendo de adesão e possui espécies de cláusulas contratuais gerais, que muitas vezes limita a liberdade contratual.

2.3. Contrato de casamento

Já no âmbito da família e sucessões a questão da autonomia e liberdade contratual pode ser menos grave.

O contrato de casamento que vem consagrado no artigo 1577.º do código civil. Define-se por ser o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida. O artigo 1587.º estipula duas modalidades de casamento, o casamento civil e o casamento católico. Mas vamos centrar-nos no contrato de casamento civil. Antes de fazermos uma ligação do casamento com a

³⁹ MONTEIRO, Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2002, p. 115-118 O professor Pinto Monteiro realça neste artigo, o quanto os contratos de adesão podem ser contratos de carácter abusivos, e isso aplica-se nos contratos de franquia claramente. Levantando a ideia de uma natureza de simulação (embora um pouco exagerada esta ideia), mas a verdade é que o contrato de franquia parece mesmo um simples contrato de adesão, e isto pode ser muito refletido, embora quando o analisamos devidamente, percebe-se que pelas suas especificidades que é um contrato de franquia porque funciona como tal.

autonomia privada e às limitações que ele apresenta à liberdade contratual, vejamos em termos gerais o conceito de casamento.

O casamento é um negócio pessoal porque estabelece uma união familiar através da mudança de estado civil de duas pessoas. Também porque é celebrado pelos próprios. Embora havendo algumas exceções, como por exemplo, o negócio por procuração nos termos do código do registro civil. Pelas suas características, o casamento é um negócio solene. Diferentemente dos demais negócios solenes, o casamento apresenta-se com todo um ritual de celebração, tem uma cerimônia própria para a celebração do ato. Até porque, é só após a celebração e a cerimônia que se faz o registro que deve ser lavrado e assinado.

Quanto as limitações à liberdade contratual no âmbito do casamento, a regra geral é a de que todos têm capacidade de contrair casamento, exceto aqueles que tenham algum impedimento matrimonial tipificado.

A restrição da liberdade para celebrar o casamento começa, desde logo, por se encontrar nos impedimentos dirimentes e impedimentos impeditivos. Os impedimentos dirimentes podem ser absolutos ou relativos. Absolutos porque limitam a liberdade contratual da pessoa que vai casar com qualquer outra e relativos porque limitam a liberdade do casamento entre as duas pessoas.

Os impedimentos dirimentes absolutos segundo o artigo 1601.º CC são: a idade inferior a dezasseis anos; a demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos; a decisão de acompanhamento, quando a sentença respetiva assim o determine; o casamento anterior não dissolvido, quer o católico como o civil.

Os impedimentos dirimentes relativos segundo o artigo 1602.º CC são: o parentesco na linha reta; a relação anterior de responsabilidade parentais; o parentesco no segundo grau da linha colateral; a afinidade na linha reta; a condenação como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro. Podemos reparar que os impedimentos agora mencionados constituem, na verdade, limitação à liberdade contratual deste contrato. As pessoas que decidem casar e celebrar um contrato de casamento devem cumprir com certos requisitos que a própria lei impõe.

Essas limitações são a meu ver de natureza diversa. Algumas visam salvaguardar a própria pessoa, por exemplo a idade inferior a dezasseis anos, as pessoas não têm ainda capacidade de discernimento para o ato e para gerir uma vida familiar, o que pode ser prejudicial para ela própria. Mas também tem uma natureza de proteção a terceiros, como por exemplo a demência notória, mesmo em intervalos lúcidos. Pode ser

perigoso para alguém casar com uma pessoa que é demente, e não se sabe quais os sintomas, que podem ser perigosos ou não, mas que no fundo deixam a pessoa numa situação complicada, principalmente se esta não souber.

A questão que pode se levantar é a da solução a dar ao caso concreto se a pessoa por livre vontade e com a consciência da demência da outra pessoa, ainda assim quisesse e aceitava se casar.

É mais uma vez não a liberdade contratual, mas também a autonomia privada a sofrer uma forte limitação porque a lei é clara quando menciona que este fator é um impedimento dirimente absoluto e grave.

Neste sentido podemos ver que as pessoas não podem casar com quem quiserem e bem entenderem. Mas não só esses que também trazem a ideia de limitação, porque a própria relação de parentesco na linha reta também é vedada pela lei como limite a liberdade contratual, ou seja, não podem irmãos casarem-se, não podem pai e filho casarem-se, avós e netas etc. Ainda que estes negócios não fossem tipificados como impedidos pela letra da lei, ainda assim nos parece que seria possível chamar a colação, tal como já vimos o artigo 281.º CC. Veremos uma mãe a casar-se com um filho, seria de qualquer forma um negócio contrário aos bons costumes e à ordem pública que de certeza, pelo menos no ordenamento jurídico português, iria censurar este negócio e como consequência teríamos um negócio nulo.

Agora quanto aos impedimentos impeditivos, estes apesar de serem verdadeiros impedimentos, não limitam a liberdade contratual das pessoas que queiram celebrar um casamento. Servem mais como um alerta a não celebrarem, mas se o fizerem apenas sofrem uma pequena sanção e o negócio prevalece.

Segundo o artigo 1604.º CC, são impedimentos impeditivos: a falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente menor, quando não suprida pelo conservador do registo civil. A lei não diz que nenhum menor pode casar; logo, quem já tiver 16 anos, poderá casar, mas mediante autorização dos responsáveis parentais. No entanto a falta dessa autorização não constitui invalidade do contrato em causa, apenas uma sanção, mas que não invalida o contrato.

É também um impedimento impeditivo o prazo antenupcial. Este é um prazo que podemos considerar como uma margem de espera para a celebração de um novo casamento quando houve ainda há bem pouco tempo um casamento acabado de ser declarado nulo ou anulado. O prazo que a lei estipula é de 180 dias ou 300 dias conforme se trate de homem ou de mulher (1605.º CC).

É também um impedimento impediante, o parentesco no 3º grau da linha colateral. Ou seja, é um mero impedimento tios e sobrinhos casarem-se. Porém e mais uma vez, se ainda assim casarem, não há lugar a invalidade do casamento. É também um impedimento impediante, o vínculo de tutela, acompanhamento de maior ou administração legal de bens. A pronúncia do nubente pelo crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra cônjuge do outro, enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão passada em julgado.

Outra limitação à liberdade contratual no âmbito do contrato de casamento é a não liberdade de forma deste negócio jurídico, ou seja, este contrato, segundo o artigo 1615.º, apenas pode ser celebrado segundo a forma fixada no código civil, e nas leis do processo. Por isso, o artigo 219.º do Código Civil menciona que os negócios jurídicos não dependem da observância de forma especial, salvo quando a lei exigir e, neste caso a lei exige uma forma especial.

2.4. Testamento

Já no âmbito das sucessões também encontramos certas limitações à liberdade contratual e à autonomia privada. Como limitações à liberdade contratual, temos como exemplo, o regime do testamento, que é um negócio jurídico celebrado unilateralmente e que produz os seus efeitos após a morte do autor. Por isso é um negócio “mortis causa”.

As disposições sobre o testamento vêm consagradas no código civil português, nos artigos 2179.º e seguintes.

Diz-se testamento o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles.

O testamento reveste duas modalidades, o testamento público e o testamento cerrado. Diz-se testamento público aquele que é escrito por notário no seu livro de notas. E testamento cerrado aquele que é escrito pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado.

Ao testamento são aplicáveis as disposições gerais dos negócios jurídicos. Por isso, aqui também se fala em autonomia privada e liberdade contratual, sendo que aqui também encontraremos limitações a este princípio e direito. São os casos de indisponibilidade relativa segundo o código civil. Não pode o testador maior acompanhado fazer um testamento em favor do seu tutor, curador ou administrador legal de bens. Não pode testar a favor do médico ou enfermeiro que tratar o testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença

e o seu autor vier a falecer dela. Não pode testar em benefício da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério. Não pode também o testador fazer a favor do notário ou entidade com funções notariais que lavrou o testamento público ou aprovou o testamento cerrado, ou a favor deste ou das testemunhas, abonadores ou interpretes que intervieram no testamento ou na sua aprovação. Todos estes impedimentos implicam a nulidade do testamento.

Sendo o testamento um negócio muito pessoal, é normal que as limitações sejam relativas (da pessoa do testador para o potencial legatário). Há uma forte restrição; o testador não tem a plenitude de dispor do seu património a qualquer pessoa, a lei limita esta liberdade contratual do autor do testamento. As regras sobre o fim contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes estão aqui também presentes. O testador precisa ter noção de muitos desses exemplos de limitações à sua autonomia e liberdade contratual para, no momento da produção dos seus efeitos, não seja o mesmo testamento invalidado.

Contudo, tal como vimos, o princípio da autonomia privada está muito ligado aos negócios e conseqüentemente manifesta-se com maior intensidade na liberdade contratual dos privados para celebrar, modelar e concluir contratos.

A liberdade de modelação do conteúdo contratual, tal como dissemos, pode ser traduzida como sendo a possibilidade de as partes fixarem livremente o conteúdo dos contratos típicos ou atípicos havendo a possibilidade de incluir aditamentos, cláusulas, celebrando contratos mistos e modelando inclusive contratos diferentes do que a lei disciplina (405.º CC). Mas esta liberdade comporta limitações como vimos. A liberdade contratual num ordenamento jurídico não pode ser arbitrária, se assim fosse não haveria justiça nem igualdade.

Há, no entanto, limites que traduzem a ideia real e efetiva da autodeterminação recíproca das partes. A liberdade tem um limite e este limite é o outro indivíduo, porque só podemos gerir a nossa esfera jurídica e não a esfera jurídica do outro, salvo exceções. Temos como exemplos dentro do nosso ordenamento os seguintes: o artigo 280.º C.C (São nulos os contratos contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes; o artigo 282.º CC (São anuláveis em geral os chamados negócios usurários); o artigo 762.º n.º 2 C.C (as condutas das contraentes devem sempre ser pautadas pelas regras da boa-fé). Se bem podemos ver a fundo, o grande limite é a esfera jurídica de terceiros.

A nível prático, a restrição da liberdade de modelação de conteúdos contratuais é a que se encontra nos contratos tidos como os de adesão, nomeadamente o contrato de seguro. Estes contratos, na maioria das vezes, são criados por uma pessoa

coletiva de grande dimensão. Ela por si e unilateralmente modela o conteúdo do contrato sem análise prévia dos contraentes. Estes contratos normalmente aparecem em forma de formulários ou de um impresso e que a outra parte só aceita as condições ou rejeita. Não sendo possível negociar nada, porque em regra as cláusulas que a empresa já previamente redigiu são para ser utilizadas sistematicamente no futuro com terceiros sempre sujeitando-se aos mesmos termos (Cláusulas contratuais Gerais) ou como diz-se no ordenamento jurídico Alemão (Condições negociais Gerais) “*Allgemeine Geschäftsbedingungen*.” Neste âmbito as características próprias dos contratos de adesão têm determinado a publicação de legislação própria na Alemanha com «*ABG-Gesetz*» de 1976.

2.5. Prestação de serviços urgentes dos médicos

Em seguida passamos aos deveres de prestação de serviços dos médicos.⁴⁰ Nestes deveres que incidem sobre os médicos, em casos de atendimento ou intervenções medicas de urgência provenientes sobre tudo do Código deontológico e estatuto da ordem dos médicos⁴¹, também é posta em causa a autonomia privada dos médicos como indivíduos.

O dever específico que lhes é imposto por este estatuto é o de os médicos celebrarem um contrato de consentimento presumido que é a prestação de serviço em caso de urgência imposto pelo artigo 135.º nº6 desse estatuto, “O médico, na medida das suas possibilidades, conhecimentos e experiência, deve, em qualquer lugar ou circunstância, prestar tratamento de urgência a pessoas que se encontrem em perigo imediato, independentemente da sua função específica ou da sua formação especializada”.

Ou seja, nesta certa circunstância não é uma questão de aceitar ou não aceitar a prestação de serviço como em casos normais na recorrência da sua atividade como

⁴⁰ Segundo o art. 1154.º do Código Civil, o contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição. Assim, dito de outra forma, um prestador de serviços trata-se de um trabalhador independente que tem a obrigação de emitir recibos verdes análogos aos serviços realizados. Além disso, estes serviços podem ser prestados a uma ou várias entidades. Tal como menciona Catarina Cruz na sua dissertação que versa sobre o contrato de prestação de serviço dos médicos a luz do direito português, “No exercício da medicina em regime de profissão liberal, a fonte da relação jurídica médico-paciente é o contrato. Deste modo, o médico e o paciente celebram um contrato, pelo qual o médico se compromete a proporcionar ao paciente os serviços médicos que a sua profissão o credencia legitimamente, estando o paciente, por regra, vinculado, por acordo entre ambos, a pagar ao médico os respetivos honorários em virtude do seu tratamento”.

⁴¹ DL n.º 282/77, de 05 de Julho ESTATUTO DA ORDEM DOS MÉDICOS.

médico. É uma imposição de prestar o serviço urgente, seja em que circunstância for, e esta falta de margem para recusar aquela prestação de serviço urgente, é sem dúvida um limite a autonomia privada dos médicos.

Devemos neste sentido fazer um contraponto com o artigo 138.º nº1 do mesmo estatuto, que fala sobre a objeção de consciência, “1 - O médico tem o direito de recusar a prática de ato da sua profissão quando tal prática entre em conflito com a sua consciência e ofenda os seus princípios éticos, morais, religiosos, filosóficos, ideológicos ou humanitários”. Mas a seguir no seu próprio nº 3 vemos que até mesmo essa objeção de consciência permitida pela dignidade da pessoa e que é uma abrangência da liberdade contratual e da autonomia privada do médico, está estritamente limitada pelo próprio estatuto “A objeção de consciência não pode ser invocada em situação urgente e que implique perigo de vida ou grave dano para a saúde, se não houver outro médico disponível a quem o doente possa recorrer”.

A mesma natureza da obrigação que limita a autonomia privada também decorre do código deontológico dos médicos, no seu artigo 8º (situação de urgência) “O Médico deve, em qualquer lugar ou circunstância, prestar tratamento de urgência a pessoas que se encontrem em perigo imediato, independentemente da sua função específica ou da sua formação especializada”⁴². Nessas situações a liberdade contratual fica totalmente excluída, só porque a lei impõe. Os médicos recusarem a prestação de serviços em urgência, seja em qualquer circunstância for, levaria a fortes sanções e em

⁴²A Ordem dos Médicos foi criada pelo Decreto-Lei n.º 29171, de 24 de novembro de 1938, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 40651, de 21 de junho de 1956 que, por seu lado, foi substituído pelo Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 05 de julho.

Com a publicação da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que aprovou o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, tornou-se necessário proceder à revisão do aludido Estatuto da Ordem dos Médicos, adequando-o ao regime jurídico aprovado e às alterações que marcaram o ordenamento jurídico nestas últimas décadas. Tal revisão foi operada através da Lei 117/2015, de 31 de agosto, que, para além de importantes alterações ao nível da estrutura da Ordem dos Médicos prevê no seu articulado a existência de diversos regulamentos que têm de se conformar com o conteúdo do Estatuto.

Daí que, após a entrada em vigor da nova redação do Estatuto da Ordem dos Médicos, o Conselho Nacional da Ordem dos Médicos tenha deliberado constituir um grupo de trabalho, presidido pelo Bastonário e composto por membros dos três conselhos regionais, que ficou encarregue de apresentar as respetivas propostas. Os projetos de regulamentos, uma vez elaborados, foram mandados publicar pelo Conselho Nacional no *Diário da República* para consulta pública, nos termos do disposto no artigo 101.º do Código do Procedimento Administrativo, e foram publicados no portal da Ordem.

Finalmente, a Assembleia de Representantes, reunida no Porto no dia 20 de maio de 2016, nos termos do disposto na alínea *b*) do artigo 49.º do Estatuto da Ordem dos Médicos, na redação introduzida pela Lei n.º 117/2015, deliberou aprovar, sob proposta do Conselho Nacional, o Regulamento com o anexo que constitui o Código Deontológico para que se adeque às alterações estatutárias decorrentes da publicação da Lei 117/2015, de 31 de agosto.

certos casos a uma possível expulsão da ordem. O consentimento da pessoa que necessita da prestação urgente do médico existe, ele é um consentimento presumido que se equipara ao consentimento efetivo. Chamo à colação ao artigo 39.º do código penal, “1 - Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido”. “2 - Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”. Neste sentido há efetivamente um contrato de prestação de serviço que se justifica mediante a urgência e *artis legis* do médico.

Um outro exemplo à parte da prestação de serviço dos médicos e não menos importante, a proibição de celebração de contratos com pessoas determinadas (artigo 877.º do CC). No primeiro artigo temos a venda a filhos ou netos:

1. Os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda; o consentimento dos descendentes, quando não possa ser prestado, ou seja, recusado, é suscetível de suprimento judicial.

2. A venda feita com quebra do que preceitua o número anterior é anulável; a anulação pode ser pedida pelos filhos ou netos que não deram o seu consentimento, dentro do prazo de um ano a contar do conhecimento da celebração do contrato, ou do termo da incapacidade, se forem incapazes.

3. A proibição não abrange a dação em cumprimento feita pelo ascendente. certamente um limite a liberdade contratual do proprietário do bem tendo como destinatários certos parentes da linha reta em diferentes graus.

Podemos levantar a hipótese de interpretação no sentido de o legislador proteger os parentes, talvez para efeitos sucessórios, de maneira a não prejudicar os herdeiros legais. Mas, ainda assim, há um efetivo limite a liberdade contratual e a autonomia privada da pessoa em não vender o bem a quem ela quiser e bem entender. Mas as vendas destes bens são anuláveis e não nulas. Convém analisarmos estes dois regimes porque um é mais grave que o outro, e ser aplicável o menos grave a anulação dessa venda tem um significado importante. Porque como veremos a anulabilidade tem legitimidade e prazo para ser arguida. Logo, o vício dessa venda poderá ser sanado e a venda nunca mais posta em causa.

2.6. Smart Contract

Existe uma ligação muito forte entre este instituto do *Smarts Contracts* e a liberdade contratual, este instituto inovador e tecnológico, acarreta consigo a liberdade contratual, estes contratos decorrem de um sistema descentralizado, sem uma entidade ou instituição financeira que dite regras, que imponha condições ou restrições. Com ajuda de um mecanismo chamado Blockchain, a liberdade contratual aqui funciona de uma forma em que as restrições à liberdade contratual são muito mínimas em relação ao sistema tradicional, ou até quase nulas.

Os *Smarts Contracts* definem-se por ser uma execução desencadeada de instruções que ocorrem de forma automática, ou seja, a execução deste tipo de contrato ocorre em uma relação jurídica em que a pessoa do contraente não precisa saber especificamente quem é a pessoa do contratante, mas a relação é feita e se processa de forma automática. sendo por isso, operada por um software online de programação conhecido como Blockchain, este, que acaba por permitir que neste tipo de relação jurídica não haja necessidade de um intermediário⁴³.

Na compra e venda de uma moeda digital por exemplo, utilizando essa tecnologia, não há necessidade da intervenção de uma entidade ou instituição financeira. Se “A” possui uma moeda digital “y” e “B” quer comprar esta moeda “y”, fazendo essa transação online, operando sob a rede Blockchain, a compra poderá ser feita de forma direta, uma relação feita entre comprador e vendedor, sem a intervenção de uma instituição financeira.

Os *Smarts Contrats* já existem há muitos anos, um exemplo é quando alguém chegava num local e depositava uma moeda numa máquina e a máquina entregava um alimento, essa tecnologia antiga e também atual (*vendings*), sempre foram os *Smatsr Contractts* a funcionar, ainda em formato físico, nos dias de hoje, já em formato digital e para fins económicos e financeiros, que são os casos das moedas digitais.

Blockchain pode ser definida como sendo um software descentralizado de qualquer estado ou ordenamento que opera uma rede eletrónica de dados, chama-se *Blockchain* exatamente por ser uma cadeia de blocos. Cada utilizador espalhado na rede (*online*), possui uma cópia atualizada da informação nela armazenada, é descentralizada, porque nenhuma instituição controla a *Blockchain*, sendo antes os utilizadores da rede

⁴³ FREIRE, João Pedro, *Blockchain e Smart Contracts*, Coimbra, Almedina, 2022, pg.47ss.

espalhados pelo mundo. Trata-se então de uma base descentralizada no mundo digital, compartilhada por um conjunto de utilizadores, que têm todos como base a internet.

Os *Smarts Contracts* são verdadeiros contratos, operam-se sobre declarações de vontade das pessoas, existem contrapartidas e há um acordo. A forma como será processada a tradição da coisa ou do preço da coisa, é que ocorre de forma diferente, pois o intermediário dessa relação jurídica não é uma entidade governamental ou instituição financeira. Se duas pessoas pretendem fazer uma operação de mútuo num valor acima de 25.000,00 Euros, a lei portuguesa exige que esta operação seja feita na forma de escritura pública ou por documento particular autenticado, cfr.1143.º CC.

Se a mesma operação for feita numa rede *Blockchain* e por *Smart Contract*, as partes têm a liberdade total de estipular como e qual será a forma contratual, podendo inclusive ser feito sem alguma forma especial ou escrita.

Segundo o Arlindo Donário e Ricardo Santos, uma das teorias jurídico-económicas que ocorrem na nessa relação entre a liberdade contratual e os *Smarts Contracts* é a teoria sobre teorema de *coase*.

O teorema de *coase*, corresponde à afetação dos interesses das parte ao direito de propriedade, indica que, quanto menor for os custos de transação num negócio, o resultado final é igual para o interesse comum das parte, ou seja, se A quer comprar ao B a moeda Y, se o custo de aquisição dessa moeda for menor para o A, e o custo de venda for menor para o B em relação ao preço que ele adquiriu, o resultado na realização dessa compra e venda levará a um resultado eficiente. E aqui entra a ideia de liberdade contratual e a não intervenção do estado, em qualquer negociação em que haja a total liberdade das partes na transação e na forma de transação, haverá maior eficiência no resultado, isto só é possível quando não há intervenção do estado ou de uma entidade terceira.

Por isso, Arlindo Donário e Ricardo Santos mencionam que “Segundo *Coase*, seria irrelevante a atribuição inicial dos direitos de propriedade, se os custos de transação forem baixos⁴⁴, pois a negociação entre as partes levaria a uma afetação ótima dos recursos sem necessidade de intervenção do Estado, o que ficou conhecido por Teorema de *Coase*”⁴⁵.

⁴⁴No sentido de Coase, entende-se por «custos de transação» também os custos que as partes suportam para estabelecer e executar os acordos que as vinculam, nomeadamente, os custos judiciais, entre os quais se destacam os custos relacionados com a prova.

⁴⁵DONÁRIO, Arlindo Alegre, SANTOS, Ricardo Borges dos, *Da bíblia à Neuroeconomia, o porquê do estado do pensamento económico actual*, Lisboa, Edições Sílabo, 2016, pg.235ss.

No entanto, dentro desta realidade dos *smarts contracts*, acontece toda essa possibilidade, da existência da liberdade contratual mais acentuada e da não intervenção de uma entidade governamental ou de uma instituição terceira.

Há uma maior eficiência quando existe uma verdadeira liberdade contratual e as partes voluntariamente coordenam entre si, sem intervenção de terceiros, toda negociação até a conclusão do contrato.

2.7. Nulidade e anulabilidade

O regime da nulidade e da anulabilidade encontra-se consagrado no código civil português, a partir dos artigos 285.º A nulidade, por sua vez, encara-se como a sanção jurídica mais grave do negócio. De tal maneira que ela pode ser invocada a todo tempo e por qualquer interessado quando toma conhecimento do facto ou do nada jurídico em causa que inclusive pode ser oficiosamente suscitada pelo tribunal.

A nulidade é em regra arguida em negócios cuja vontade se encontra excluída. A pessoa conclui um negócio jurídico em que está a ser enganada de tal forma que a vontade dela de concluir o negócio era por uma razão que na verdade não existe. Por exemplo um negócio simulado constante do artigo 240ºCC que por sua vez se encontra na subsecção V sobre falta de vontade e vícios da vontade.

Outro exemplo de falta de vontade é o contrato que foi concluído sob a coação física.

Devemos ter muita atenção a que quando falamos de coação física há muita confusão em volta deste regime. Primeiro, deve dizer-se que o uso da força física, sobre uma pessoa para assinar um contrato, não é coação física. A partir do momento em que a pessoa bate na outra e para de bater, nasce uma margem ainda que mínima da pessoa decidir se assina ou não assina o contrato. Essa margem mínima é considerável para o direito, se a pessoa ainda tem uma mínima vontade de decidir se faz ou não faz então ainda há vontade.

A coação física existe quando em termos físicos eu fico sob o poder da outra pessoa. Exemplo: a pessoa pega na mão da outra e assina por ela, fazendo toda movimentação escrita. Coação física é quando sem margem para dúvidas a não houve vontade nenhuma da pessoa em concluir este ou aquele negócio. Por isso o código apresenta a falta de consciência da declaração e a coação física no artigo 246º.

Por outro lado, temos a anulabilidade dos negócios jurídicos que se considera uma sanção menos grave que a nulidade e que possui características, em termos de regime, diferentes da nulidade.

Quando falamos em anulabilidade a primeira coisa que devemos saber é qual a legitimidade e quais os prazos, porque no âmbito do artigo 287ºCC só têm legitimidade para arguir as pessoas cujo interesse a lei estabelecer (legitimidade) e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento (prazo).

Este prazo conta-se a partir de dois momentos. O prazo só começa a contar-se quando o vício é identificado e impedido de continuar a existir.

Segundo momento: este vício só pode ser invocado dentro do ano subsequente, ou seja, o vício cessou em 01 de janeiro de 2022, a pessoa pode arguir até dia 31 de dezembro de 2022.

Algo interessante sobre a anulabilidade é que a mesma pode ser sanada por quem tenha legitimidade. Basta que a esta pessoa confirme que aceita o negócio tal como ele se encontra, mas ainda assim nunca antes do mesmo vício cessar, tal como já vimos.

Existem reais limites que traduzem a ideia real e efetiva da autodeterminação recíproca das partes, ou seja, a liberdade tem um limite e este limite é o outro indivíduo, porque só podemos gerir a nossa esfera jurídica. A esfera jurídica do outro é negociável e carece de autorização.

Temos, como exemplo, dentro do nosso ordenamento, os seguintes: o artigo 280ºCC (São nulos os contratos contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes). Um negócio contrário à lei é aquele também conhecido como ilícito, negócios que acabam por ferir disposições da letra da lei tanto a nível civil ou administrativo. Inclusive alguns negócios ilícitos podem desencadear processos de natureza penal. Tudo depende do caso concreto.

Aqueles que violem a letra da lei não são à partida válidos. Podem não se levantar questões penais porque a nível penal só é crime o que tiver escrito de forma prévia, clara e certa (princípio da legalidade que não admite analogias).

Mas não sendo a nível penal podem ser a nível civil, contrários a ordem pública e aos bons costumes, ou seja, todos negócios capazes de perturbar a vida das pessoas em sociedade, interferir na esfera jurídica de quem não faz parte do negócio e prejudicar os mesmos, serão a partida inválidos. Quanto aos bons costumes podem ser definidos como práticas reiteradas com convicção de obrigatoriedade que uma

determinada sociedade possui, e um negócio que vá contra esta essência será à partida inválido.

O outro exemplo: segundo o artigo 282ºCC são anuláveis em geral os chamados negócios usurários.

Negócios usurários são aqueles em que uma das partes se aproveita de uma situação de fragilidade da outra parte, fragilidade esta que pode se manifestar de diversas formas: necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter. É muito importante que se diga que aqui o “estado mental” não é qualquer estado mental.

Não serão considerados negócios usurários aqueles que forem celebrados por alguém que estava num estado mental de muita felicidade porque a bem pouco tempo celebrou um outro negócio milionário e por isso está muito feliz, não fará sentido ser um negócio usurário.

O estado mental a que este artigo se refere tem a ver com um estado que corrompa o bem pensar, tristeza. Um exemplo seria alguém que está de luto por acabar de perder a mulher há dois dias por exemplo. Esta pessoa encontra-se em regra numa situação em que o seu raciocínio para concluir um negócio encontra-se corrompido, e poderá não fazer as melhores escolhas e a outra parte poderá ter noção dessa situação e aproveitar-se disso. O benefício ou promessa de benefício deste negócio poderá ser tanto para quem aproveita como para terceiros, e será necessário que seja um benefício excessivo ou injustificado.

Refira-se o artigo 762.º n.º 2: as condutas dos contraentes devem sempre ser pautadas pelas regras da boa-fé. Se duas pessoas celebrarem um negócio jurídico em que uma das partes ou as duas entre si, logo de partida estejam de má-fé, querendo um ou os dois enganar-se, é ir contra a natureza essencial dos negócios jurídicos que é a satisfação recíproca das contrapartidas ou sacrifícios patrimoniais. E isso, no entanto, é um limite à liberdade contratual das pessoas, porque como já vimos, o grande limite em causa é a esfera jurídica do outro indivíduo. Em termos gerais o princípio da boa-fé sustenta-se em regras de boa conduta, regras de ética e moral que norteiam a vida das pessoas em sociedade e se estendem em todo ordenamento jurídico, a nível substantivo e adjetivo. A boa-fé é aquele “princípio-oxigénio” que todo o Direito respira. E o sector privado dentro dos negócios jurídicos e nos contratos tem como pilar porque só se alcança o fim recíproco da conclusão de um negócio se as partes estiverem de boa-fé.

Capítulo III. Boa-fé

A boa-fé é um princípio norteador do nosso ordenamento jurídico. Não se reflete só nos contratos ou nos negócios jurídicos. A boa-fé é um princípio que deve reger as disposições ao longo do nosso ordenamento, deve reger os comportamentos das pessoas a meio de qualquer relação jurídica. A boa-fé é, na verdade, um princípio que nos permite ir para além da letra da lei, fazer interpretações além da norma. Mas não é qualquer tipo de interpretação, é a interpretação feita a luz da lei. Neste sentido é que a boa-fé pode ser vista diretamente ligada a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da constituição da república portuguesa). Não vejo como não interligar estes dois princípios: na verdade, um caminha ao lado do outro. Agirmos em boa-fé é sem dúvida olharmos para o outro e proteger o outro. Seja num negócio, seja num evento, seja em qual relação jurídica for.

No âmbito do direito civil, nomeadamente do direito das obrigações que é o que aqui mais interessa, principalmente quando falamos da autonomia privada e liberdade contratual, a boa-fé parece cada vez mais um princípio geral com a capacidade de nortear, para o lado positivo, o comportamento dos indivíduos.

Um indivíduo que respeita o espaço da outra parte, um indivíduo que compreende que esta ou aquela cláusula num contrato podem afetar a outra parte e, no entanto, procura chegar a uma igualdade de benefícios, ainda que meramente material, já é bom.

Agirmos em boa-fé é não fazer nos outros o que não gostaríamos que nos fizessem, é ser digno, é colocar-se no lugar do outro e perceber que agir num certo sentido pode prejudicar.

Agirmos de forma a conseguir o efeito que pretendemos dentro de um negócio jurídico, dentro de um contrato, é muito bom porque é isso que se espera da outra parte numa negociação.

Agirmos de forma a conseguir o efeito que pretendemos dentro de um negócio jurídico a qualquer custo, ainda que o custo seja ferir a dignidade da pessoa da outra parte, despromover todos os bons valores que uma pessoa de boa-fé em princípio deve ter, isto significa não respeitar a liberdade e autonomia da outra parte que poderá estar de boa-fé. Porque, normalmente, quando uma pessoa quer que a sua vontade seja feita a qualquer custo, é muito provável que esteja a interferir na esfera jurídica da outra parte e violando a mesma. Ou por estar a enganar e fazer celebrar um negócio simulado que seja nulo, ou

por estar com dolo induzindo o outro em erro, ou por estar a mentir à outra parte sobre os motivos de um certo objeto apenas para que a outra parte celebre o negócio.

Diria que a dignidade da pessoa humana é um limite à autonomia e à liberdade contratual de qualquer pessoa envolvida no negócio jurídico.

Porque o limite da minha autonomia privada e da minha liberdade contratual é a outra pessoa, é a esfera jurídica da outra parte. Em termos mais claros, a autonomia privada e a liberdade contratual encontram-se dentro do nosso desenvolvimento da personalidade enquanto instrumento que pode ser pessoal e livremente exercido. Neste sentido, dentro da esfera jurídica de cada pessoa, encontram-se um conjunto de bens patrimoniais e não patrimoniais. É neste sentido que a pessoa tem, de forma natural, o poder de gerir ou autogerir esses bens. Ou seja, os bens são próprios, são bens disponíveis para ele próprio, nunca dos outros.

Por isso digo que o limite a liberdade de cada um são os outros. Assim, se um indivíduo vai invadir a esfera jurídica de outra pessoa, ferindo os interesses juridicamente tutelados, isso gera um ato de ilegitimidade ou incompetência. Tal como já vimos, estes atos podem corresponder a um conjunto de invalidades e por vezes podem não corresponder a uma invalidade na letra da lei (nulidade ou ineficácia, anulabilidade) mas corresponder uma invalidade que só é averiguada aquando de uma interpretação porque vai contra a ordem pública e aos bons costumes de determinada sociedade.

A lei não pode permitir, tal como não o faz, ver a outra parte gerir a esfera jurídica alheia, e essa obrigação é recíproca. O respeito a esta obrigação leva-nos a eficácia no respeito aos princípios e direitos que até agora foram analisados por nós, princípio da autonomia privada, liberdade contratual, boa-fé e dignidade da pessoa humana.

Falar de liberdade contratual nos termos em que acabamos de o fazer faz-nos perceber que qualquer tipo de liberdade, seja contratual, seja de expressão, seja religiosa, seja da escolha de profissão, estão inteiramente ligadas à pessoa e a sua dignidade. No entanto a pessoa enquanto parte de um negócio, deve ser respeitada. Não é um respeito posto ao ar em que há indiferença etc., é um respeito efetivo, em que a esfera jurídica da outra parte é para ter empatia e cuidado.

A dignidade da pessoa é composta por valores e estes valores fazem surgir direitos da própria personalidade. É neste conjunto de direitos que a liberdade contratual se encaixa e tal como qualquer outro direito deve ser respeitada.

A perfeição de um contrato jurídico é alcançada desde o início da negociação, modelação e, principalmente, a sua conclusão. Porque o contrato diz-se perfeito quando produz os efeitos jurídicos pretendidos pelas duas partes. Se uma parte quer comprar segundo certas cláusulas e outra pessoa quer vender concordando com as mesmas cláusulas e vice-versa, este contrato concluiu-se com perfeição, na sua medida natural enquanto produção de efeitos.

Falando um pouco mais e de forma mais aprofundada sobre boa-fé, farei um breve enquadramento histórico do princípio da boa-fé objetiva. Esta é aquela que incide especificamente sobre os contratos e afeta as partes. Deve dizer-se que muitas das vezes se pensa que a boa-fé é um princípio recente, em que as discussões sobre ela passaram a surgir recentemente. Mas a verdade é que não, a boa-fé já vem desde a antiguidade, no tempo de código de *Hamurábi*⁴⁶, a boa-fé já existia. O objetivo de fazermos um enquadramento histórico é para que possamos ter uma ideia do passado e compreendermos o presente, nomeadamente a presença da boa-fé no código civil português. A boa-fé é tão importante quanto a autonomia privada e para os mais atentos conseguimos perceber que ela vem a ser regulada de forma explícita ou implícita no prolongar do código civil português.

Na Alemanha, o código civil de 1900 (*BGB*)⁴⁷ teve tipificado o princípio da boa fé em dois parágrafos, um deles em disposições referentes às obrigações, onde se estipulava que o credor e o devedor (posições correlativas) estavam obrigados a agir segundo as regras do *bons costumes* e das regras da boa-fé objetiva, a fim de se preservar os interesses das partes envolvidas no negócio (§242), mais se acrescentou que no âmbito dos contratos, no que toca a sua interpretação dos negócios, devem eles ser interpretados de acordo com a confiança e a boa-fé (§157).

O regime estabelecido no *BGB* era bem peculiar, fazendo uma dicotomia, por um lado à consagração e cuidado da responsabilidade civil delitual ou extracontratual que configurava um Código Civil muito fechado, num ordenamento fechado. Mas desde já prevendo e dispondo sobre matérias relativas ao dever de indemnizar. E por outro lado,

⁴⁶Código de Hamurábi, representa o conjunto de leis escritas, sendo um dos exemplos mais bem preservados desse tipo de texto oriundo da Mesopotâmia. Acredita-se que foi escrito pelo rei Hamurábi, aproximadamente em 1772 a.C. Foi encontrado por uma expedição francesa em 1901 na região da antiga Mesopotâmia, correspondente à cidade de Susa, no sudoeste do Irã ou Iraão.

⁴⁷ O *Bürgerliches Gesetzbuch* (ou *BGB*) é o Código Civil da Alemanha. Em desenvolvimento desde 1881, tornou-se efetivo a 1º de janeiro de 1900 e foi considerado um projeto grandioso e inovador. O BGB serviu como um modelo para os códigos civis de várias outras jurisdições de direito romano-germânico, incluindo Portugal, Estónia, Letónia, República da China, Japão, Tailândia, Coreia do Sul, Grécia, Ucrânia, Angola e Brasil.

já dentro daquilo que são os contratos, o mesmo ordenamento mostrava-se desde logo aberto, com utilização de normas até certo ponto indeterminadas, princípios e cláusulas gerais, deixando uma fluente margem de discricionariedade para que a doutrina e a jurisprudência, pudessem “criar” Direito (*soft law*) e que concretizassem e efetivassem tais cláusulas gerais dispositivas, que regulavam o “*Leistung nach Treu and Glauben*” (§242 do *BGB*) com a ideia de prestação segundo a boa fé⁴⁸. Neste sentido é que os estudiosos do Direito começaram a perceber as evidências de haver uma boa-fé objetiva que se proporcionava pela decorrência do próprio contrato, do próprio acordo selado entre as partes. Percebeu-se desde logo que a boa-fé não precisa em nenhum momento de estar escrita e devidamente definida numa norma ou disposição de um contrato. A boa-fé é, sem dúvida, extra positiva, mas por outro lado, não obstante essa interpretação, o princípio da boa-fé objetiva começa a ser reconhecido como uma fonte autónoma de direitos e obrigações.

Com base nos fundamentos agora citados, viu-se que muitos dos contratos poderiam desde logo passar a ser invalidados “a posteriori”, com fundamentos, na violação da boa-fé. E as várias decisões que foram surgindo no ordenamento alemão e as cláusulas gerais que há pouco mencionamos, foram servindo também de ensinamentos para toda Europa. Simultaneamente, muitos ordenamentos começaram a perceber a importância das cláusulas gerais, que eram muito comuns aos ordenamentos com o sistema aberto.

Tendo em conta as circunstâncias históricas não muito favoráveis, o Código civil italiano de 1942 teve a boa-fé indiretamente incorporada prescrevendo algo similar a isto: as partes envolvidas em relações obrigacionais deveriam comportar-se segundo as regras de “correção”, com o que os contraentes assumiriam obrigações acessórias, exigíveis antes, na vigência e nos pós contrato.

Já no código civil português conseguimos ver que existem várias disposições que de forma expressa ou não expressa, consagram o princípio da boa-fé objetiva. Sempre

⁴⁸ *Leistung nach treu and glauben*- A boa-fé descreve o comportamento social de uma pessoa que age honesta e decentemente, sem definir o termo com mais detalhes.

O princípio da boa-fé tem sua origem histórica na “bona fides” do direito romano: um cidadão romano valorizava sua boa-fé; Isso significava, por exemplo, sua confiabilidade e integridade nas transações legais.

O princípio da boa-fé ainda é frequentemente referido hoje. É pronunciado de forma diferente nos estados. Uma referência como a lei alemã de obrigações é típica: Dentro de uma obrigação, o devedor é obrigado pela Seção 242 do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) a efetuar o cumprimento de uma forma exigida de boa-fé, levando em consideração uso comum. Na Suíça, esse princípio ainda tem status constitucional e, portanto, é mais abrangente.

em harmonia com o princípio da autonomia da vontade das partes nessas mesmas relações jurídicas, vejamos alguns exemplos em que encontramos essas disposições relativas a boa fé objetiva: o artigo 227º, que versa a *culpa in contraendo*, o artigo 239º que regula a interpretação dos contratos e do artigo 271º que dispõe sobre a conduta e comportamentos dos contraentes que devem seguir os ditames da boa-fé, o artigo 762º/2 que regula a boa-fé no cumprimento da obrigação e exercício dos direitos correspondentes.

É muito importante salientar que o decreto-lei 446/85 que aprova o regime das cláusulas contratuais gerais em Portugal, tal como já mencionamos, foi pensado e elaborado sob um espírito de boa-fé, visando a proteção da parte mais vulnerável em contratos de adesão.

De uma forma geral e consagrada nos princípios de direito europeu sobre os contratos, onde a “comissão *Ole Lando*”⁴⁹, que foi encarregue de tratar da análise comparada da legislação dos estados-membros da União Europeia, tendo por finalidade desenvolver os princípios fundamentais do Direito contratual europeu⁵⁰.

O direito interno da França, tendo como base o projeto “*Pierre Catala*” sobre a reforma do direito das obrigações inclui o do artigo 1.134, que reconhece que as convenções legalmente concluídas têm valor de lei perante aqueles que a elaborem, devendo ser executadas de boa-fé (*elles doivent être exécutées de bonne foi*)⁵¹.

Como sabemos, Portugal e uma parte dos países europeus, pertencem à família jurídica Romano-Germânica, também chamada de família do *Civil Law*. Mas algo muito particular e diferenciado entre esses países, é que França apresenta uma perspectiva jurídica civil e obrigacional diferente, tanto a nível de doutrina como a nível legislativo.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a partir do código civil de 2002, embora haja divergência de alguns autores, considerou-se haver uma inovação em relação ao princípio da boa-fé objetiva, porque passou a haver a menção expressa em certos

⁴⁹ Ole Lando foi o autor que fez parte da Comissão Permanente que ajudou no desenvolvimento dos estudos sobre a construção da “*Lei dos Contratos e Princípios Europeus*”. Esta comissão também ficou muito conhecida por “Comissão sobre o Direito Europeus Contratual”.

⁵⁰ GLITZ, FREDERICO E. Z. - *CONTRATO, Globalização e Lex Mercatoria- Convenção de Viena de 1980 (CISG), princípios contratuais UNIDROIT (2010) e INCOTERMS (2010)*. Classica Editora, São Paulo, 2014.

⁵¹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil- Direito das Obrigações- Vol. VI 2ª ed. rev.* Coimbra: Almedina, 2012, pág. 149-240 e 241-261.

artigos, como por exemplo, o 113.^{o52}, 187.^{o53}, 422.^{o54}. Embora Daniel Ustarróz considerasse nos seus ensinamentos que isto não foi uma inovação no ordenamento jurídico porque o princípio da boa-fé já havia sido consagrado no código da defesa do consumidor (Lei 8/78 de 1990) no seu artigo 4º (princípio geral da boa-fé), no âmbito das normas constitucionais federais de 1988.

O código comercial brasileiro de 1850 já contemplava o princípio da boa-fé objetiva. E quanto ao código civil de 1916, nomeadamente nos artigos 221.º e 516.º, referia-se ao instituto da boa-fé subjetiva. Mas isto não impediu que no séc. XX alguns autores brasileiros como do Clóvis do Couto e Silva⁵⁵, mencionassem que a boa-fé objetiva fortalece e ajuda na composição efetiva do conteúdo da obrigação. É neste sentido que o princípio da boa-fé acaba por ter uma relação dupla com as obrigações: uma, porque atua defensivamente e outra, porque atua ativamente.

Defensivamente porque restringe o exercício das pretensões. Ativamente porque acaba por estabelecer novos deveres, podendo inclusive restringir a forma de cumprimento de uma obrigação, podendo ser aceites outras soluções. Mas não podemos perder-nos apenas em teorias, porque o princípio da boa-fé objetiva tem a intenção de proteger as duas partes na relação jurídica, sejam os consumidores e fornecedores, sejam empregados e empregadores.⁵⁶

Diogo Leite de Campos, em *As relações de associação* menciona que “a boa-fé é o dever tutelado e sancionado juridicamente de os sujeitos se comportarem nas suas relações negociais segundo os valores inerentes ao ordenamento jurídico (...) equilibrando os seus interesses de modo harmónico com a justiça”⁵⁷. Menciona também que umas das principais figuras criadas pelos países da família jurídica anglo-saxónica, é a figura do

⁵² O artigo 113º. “Os negócios Jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”

⁵³ O artigo 187º “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

⁵⁴ O artigo 422º Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé”. i

⁵⁵ COUTO e Silva, Clóvis do. *O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português*. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 31-56.

⁵⁶ Vide, no ponto paradigmático: TJSP, Ac. nº 5269914100, 9ª Câmara Criminal, Relª. Desª VIVIANI NICOLAU, J. 17/11/2009

⁵⁷ CAMPOS, Diogo Leite de- *As Relações de Associação, O direito sem Direitos, Almedina Coimbra*, 2011.pag.51.

“trust”⁵⁸. E nos países da família jurídica romano-germânico a boa-fé reflete-se como uma das principais figuras criadas.

O “Trust” é uma relação jurídica criada por uma pessoa que ocupa a posição de instituidor do “trust” (o “settlor”), que transfere a propriedade legal de bens ou direitos para um gestor (o “trustee”) administrar, fazer a gestão ordinária e extraordinária em favor do beneficiário, podendo ser qualquer pessoa, um herdeiro etc. Esta figura é muito útil e não se limita só a negócios de caráter pessoal, também se aplica a grandes negócios nos vários setores da economia. Os Estados Unidos da América foi um dos primeiros a ter a figura dentro do ordenamento jurídico. De salientar que não é uma figura existente no ordenamento jurídico português. O “trust” é na verdade uma noção fundamental do direito inglês, que hoje se transformou num instrumento amplamente almejado por ambas famílias jurídicas “*civil law*” e “*common law*” pela facilidade e muito importante utilidade que tem este instrumento na vida social das pessoas e da economia no país⁵⁹.

A relação da boa-fé com o “trust” nasce do seguinte. Durante muito tempo, analisou-se e chegou-se à conclusão de que a relação do instituidor do “trust” e do “trustee” (gestor) é uma relação não apenas patrimonial, mas também de inteira confiança. É nesta confiança que assenta o princípio da boa-fé como cláusula geral do negócio em questão. A ligação das duas figuras assenta nesta confiança, confiar que o outro vai atuar de acordo com a honestidade, de acordo com os valores de ética.

Passo a definir o que é a ética. Esta é o conjunto de valores e princípios que um indivíduo projeta e possui dentro de si para responder às três grandes questões da vida, quero, devo, posso? É nesta linha de harmonização que a boa-fé a confiança que se estabelece no outro deve operar. As pessoas que celebram um contrato não confiam apenas nas disposições escritas no papel: confiam que a pessoa do outro lado vai fazer com que as disposições escritas no papel se cumpram porque, não é um simples papel que segura uma relação jurídica, seja ela de qualquer natureza, são na verdade as pessoas que o fazem, e isso deve ficar bem claro.

DIOGO LEITE DE CAMPOS menciona também que desde o séc. XIX passou a haver uma crise dos contratos⁶⁰, com a qual eu concordo. Cada vez mais têm

⁵⁸ Trust é uma relação jurídica baseada em confiança em que certo património (do settlor) é administrado por um titular formal (trustee) em benefício de um terceiro (beneficiário do trust). É uma figura jurídica inexistente em Portugal.

⁵⁹ ALMEIDA, Verônica Scriptore Freire e- *O Direito dos Trusts no Brasil, São Paulo, Almedina, 2020.*

⁶⁰ CAMPOS, Diogo Leite de- *As relações de Associação- O direito Sem Direitos. Coimbra, Almedina 2011.* pág. 60ss.

surgido novos tipos de contratos e que são merecedores de uma regulamentação que ainda não existe, o que acaba por aplicar analogicamente o regime de outros vários contratos. O que muitas vezes, acaba por restringir o princípio da liberdade contratual. A vontade individual das partes fica muito limitada pela vontade do legislador, embora algumas vezes seja com a intenção de criar igualdades, eliminar a falta de equidade, sem esquecer que os contratos têm algo que muita das vezes esquecemos que é o interesse público subentendido.

CLÓVIS DO COUTO E SILVA menciona que “A história da importância do princípio da boa-fé relaciona-se com a da autonomia da vontade”. Devo concordar. Principalmente nos últimos tempos onde a globalização aumentou o fluxo de contratos e das relações de negócios quer nacionais como internacionais. O princípio da autonomia da vontade manifesta-se em relação à a liberdade contratual. Tendo como corolário o princípio “*pacta sunt servanda*” forma um dos princípios mais importantes e predominantes⁶¹.

DIOGO LEITE DE CAMPOS menciona que as “as limitações à autonomia privada e à liberdade contratual foram paulatinamente se multiplicando” abrangendo, em primeiro plano a “obrigação de contratar”. Se pararmos para analisar, faz todo sentido pois cada vez mais somos obrigados a celebrar contratos, como por exemplo o seguro obrigatório dos automóveis. Cada vez mais aumentam os casos em que a ideia de recusar a celebração de um contrato torna-se ilícita, sobretudo nos campos das garantias dos consumidores.

A boa-fé no contrato, acaba por vincular obrigações principais e acessórias. Por isso é que se assinala, que os deveres principais de prestação são aqueles que integram o núcleo da relação obrigacional e que a caracterizam quanto ao seu tipo, na hipótese de obrigações típicas, ou seja, que estão devidamente estipuladas por lei, mas também aplicando-se aos contratos não estipulados por lei, ou seja, atípicos⁶².

Tendo em conta a boa-fé objetiva como instrumento e a sua própria natureza jurídica, é muito importante que se tenha em atenção que este estudo nos leva a um campo muito aberto e subjetivo. A própria natureza deste conceito permite que haja uma discricionariedade onde inclusive os princípios tem espaço e lugar de atuação. Com isto surge a análise da doutrina sobre o modo de tutela do regime em torno dos direitos de

⁶¹ SILVA, Clóvis do Couto e- *O princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português. Op cit.*

⁶² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.* pág. 55ss.

personalidade, mas sempre com o postulado da dignidade da pessoa humana e a boa-fé como princípio da função social dos contratos.

Priscila Zeni de Sá considera que este sistema conhecido como normativo aberto, não é novo e que no séc. XX codificações civis foram aparecendo cada vez mais no sentido aberto, flexíveis. Ou seja, até certo modo deixam ao julgador, ao intérprete da lei, uma maior abrangência de interpretação. Por isso é que cada vez mais foram surgindo leis com conceitos indeterminados e cláusulas gerais com conceitos abertos, etc. O que deixa também muitas dúvidas de interpretação/aplicação⁶³.

Priscila de Sá menciona que Judith Martins-Costa ensina que os “processos de criação e desenvolvimento do direito não têm a lei como limite, mas como ponto de partida, e que o preenchimento das cláusulas gerais ocorre a partir de fatos e fundamentos externos à lei, como sucede com a boa-fé e os bons costumes, cuja técnica aproxima o rígido sistema da “civil law” ao da “common law” em métodos e estruturas que separam os dois sistemas jurídicos”⁶⁴.

É importante que se refira que é o Direito Constitucional que tem forte influência em todo o sistema normativo e, vai se estendendo para os demais campos do direito, âmbito em que as codificações e as leis civis vão buscar suporte nos ditos conceitos abertos, princípios e precedentes jurisprudenciais.

Falando em Direito Constitucional, GOMES CANOTILHO, escreve que o sistema jurídico português é um exemplo de sistema aberto e pode ser decomposto da seguinte maneira⁶⁵:

1. É um sistema jurídico porque contém um sistema dinâmico de normas;
2. É um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às conceções cambiantes da verdade e da justiça;
3. É um sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas;
4. É um sistema de regras e princípio porque as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios, como sob forma de regras.

⁶³ SÁ, Priscila Zeni de- *Poder judiciário e as cláusulas gerais- Parâmetro para a concretização no direito civil-constitucional*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2028, pg149-164.

⁶⁴ Martins-Costa, Judith- *A Boa-fé no Direito privado: Sistemas e ótica no processo obrigacional*. São Paulo: Rt, 1999, pg292, apud SÁ, Priscila Zeni de, *Op. cit*, p.149.

⁶⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes- *Direito Constitucional*. 6^a ed- rev. Coimbra, Almedina, 1993, p. 165-174.

Sendo vários os elementos que nos ajudam a distinguir os princípios e regras das normas, GOMES CANOTILHO cita:

- a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, ao passo que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador; do Juiz) enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico, devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (p. ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do estado de Direito; princípio da dignidade da pessoa humana);
- d) proximidade da ideia de direito: princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (*Dworkin*) ou na ideia de direito (*Lazerns*, ao passo que as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional);
- e) natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando por isso, uma função normogénica fundamentante⁶⁶.

O princípio da boa-fé e os demais princípios têm uma característica muito importante: são amplos ao ponto de permitir que se façam interpretações sobre disposições de normas “incompletas”, ou seja a “*ratio legis*” de certas normas. Por isso é que vemos várias disposições como, por exemplo, o código do processo penal no seu artigo nº 4º, que vem dizer: “Nos casos omissos, quando as disposições deste código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal”. Disposições como esta permitem com que haja por parte dos operadores do direito uma discricionariedade de interpretação e integração tendo sempre em conta os princípios gerais. Numa análise mais profunda, apercebemo-nos que os princípios se assumem também como verdadeiras normas, que possuem as suas diferenças com as demais normas, ora vejamos:

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes- *Op. Cit.*, pg166-157

- a) os princípios são também normas jurídicas que nos permitem a sua aplicação tendo em conta a generalidade e abstração em sentido amplo. As regras tal como se aprende na base do direito, são normas que têm uma disposição também imperativa, que acabam impondo, proibindo ou permitindo. Os vários princípios em geral conseguem conviver entre eles, as regras excluem-se, principalmente quando estamos diante de uma regra que seja bem melhor em termos de proximidade a aplicar no caso concreto;
- b) Tendo em conta as disposições anteriores, os princípios então possuem esta característica de harmonização e balanceamento, não há necessidade de nos metermos numa situação de tudo ou nada, há a efetiva ponderação de valores tendo em conta o peso o tipo do princípio e conflitos. Por outro lado, as regras quando devidamente aprovadas com validade, deve cumprir-se na sua exata medida.

Neste sentido e tal como defende GOMES CANOTILHO, um bom sistema jurídico é aquele que não exclui os princípios nem as regras, permitindo assim que haja um sistema alternativo.

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁶⁷, refere que a boa-fé objetiva pode ser vista como um conceito indeterminado ou flexível como vimos mais acima. Não tem um conteúdo já pré-estabelecido, embora seja essencial que esses conceitos indeterminados sejam preenchidos, fazendo-se sempre que possíveis juízos de valor.

Por isso é muito importante que se diga que, se a previsão das normas dispuser conceitos abertos e indeterminados, o juiz, ao fazer a aplicação ao caso em concreto irá sempre ter em linha de conta os princípios ou valores jurídicos que naquela circunstância permitem com que haja o máximo de harmonização possível. Neste sentido e tal como diz Pinto Oliveira, “o conceito indeterminado da boa-fé configura uma pauta carente de preenchimento e, por isso, exige uma coordenação valorativa”.

Mas claramente que o juiz deve sempre ao aplicar a norma ao caso em concreto procedendo com os elementos de interpretação. É o que se referiu quando se falou em harmonização, ou seja, ter sempre em atenção, os elementos sistemáticos, teleológico, histórico e atualista.

É essencial que os critérios de interpretação não são apenas estes. Existe um critério muito importante que na verdade complementa estes que acabamos de citar. Ou

⁶⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto- *Princípios de Direito dos contratos*, Coimbra: Coimbra, 2011, pg172-194

seja: fala-se aqui do princípio da interpretação conforme a constituição. De nada adianta montarmos uma construção do pensamento do legislador tendo em conta o seu pensamento no momento da criação da norma, quando no momento a ser aplicável (atual) ele seja contra a constituição.

JORGE MORAIS CARVALHO⁶⁸, menciona sobre o reconhecimento destes princípios como princípios fundamentais na ordem jurídica: O princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia privada, a responsabilidade civil, a boa-fé.

A dignidade da pessoa é, a meu ver, o valor fundamental de todo o Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana tem consagração plena no artigo 1º da constituição da república portuguesa. Mas, verdade se diga, ainda que este artigo ou toda constituição não mencionasse a dignidade da pessoa humana, ela seria anterior a qualquer lei ou ordenamento jurídico. É um bem, é a prioridade natural da vida, a existência da dignidade e da pessoa enquanto ser único de uma única espécie. No entanto, o direito baseia-se nisto. E como consequência desta mesma dignidade não é por coincidência que temos o princípio da autonomia privada, princípio este que se define como sendo a suscetibilidade das pessoas se auto disciplinarem nas suas relações jurídicas, sem intervenções do estado.

O princípio da autonomia reflete-se fundamentalmente na liberdade contratual, este tendo consagração no artigo 405.º do código civil. Ou seja, as pessoas têm entre si a possibilidade celebrarem contratos. Esta liberdade visa a liberdade de modelação, a liberdade de fixação ou liberdade de estipulação do conteúdo, a celebração ou conclusão dos contratos. A responsabilidade civil aparece como uma fonte de obrigações. É, tal como o contrato, a criação de uma relação jurídica entre duas pessoas. A responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. Salientamos aqui a importância da extracontratual, porque a responsabilidade civil contratual é quase uma segunda obrigação. A responsabilidade civil em geral, designa-se como sendo a obrigação de colocar a pessoa que sofreu o dano na situação em que estava antes da situação ocorrer. Esta indemnização poderá ser feita de forma natural ou equivalente. Sendo a primeira a restituição total da coisa perdida e a segunda a restituição do valor patrimonial da coisa perdida, sendo que esta já não poderá ser reposta. Chamo a colação uma distinção que Arlindo Donário faz nestas matérias, dizendo que a responsabilidade civil é possível

⁶⁸ CARVALHO, Jorge Morais- *O Direito civil como direito privado comum- os princípios gerais*. In: ROSÁRIO, Pedro trovão do (Coord. Geral) (et Al). *Introdução ao Direito*. 2.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2017, p. 121-123

quando estamos perante bens patrimoniais, mas quando os danos são sobre bens não patrimoniais não é possível uma indemnização, mas sim uma compensação, visto que os bens não patrimoniais ocupam uma esfera diferente da que estamos habituados a lidar.

O princípio da boa-fé aparece desde logo como um princípio transversal do ordenamento jurídico, constituindo uma das bases mais fundamentais do direito civil. Ele aparece como medida de comportamento contra a lei ou bons costumes. É, na verdade, um desvio a questões morais e de ética. Mas o problema continua porque ela aparece sempre como um conceito indeterminado que vai concretizar-se e cada caso em concreto. A doutrina divide a boa-fé em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. A primeira que tem a ver com uma consagração expressa numa norma que todos devem respeitar. A segunda como um valor supremo que uma pessoa numa determinada circunstância longe de uma norma expressa, deve assumir.

JORGE MORAIS CARVALHO, ao falar da boa-fé objetiva menciona esta como um limite a própria liberdade contratual. Já António Pinto Monteiro⁶⁹ que também concorda que o princípio da boa-fé seja um limite à liberdade contratual. Em referência vem também o contributo de GUILHERME MACHADO DAY⁷⁰ segundo o mesmo “a boa-fé surge no direito privado como um instituto civil suscetível de operar, sempre que necessário, uma limitação da autonomia privada em nome do ideal de justiça contratual e do equilíbrio negocial”.

3.1. O princípio da boa-fé no Direito Administrativo

Antes de mais é essencial referir que a constituição da república portuguesa consagra no seu artigo 266.º n. 2 uma referência à boa-fé, “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. Isto já vem consagrado desde a revisão constitucional de 1997, ou seja, a 4ª revisão constitucional⁷¹.

Já antes, em 1996, na revisão do CPA, ficou consagrada no artigo 6.º-A a matéria de a boa-fé. Hoje vem no CPA consagrado no seu artigo 10.º o princípio da boa-

⁶⁹ MONTEIRO, António Pinto- *Cláusula Penal e Comportamento abusivo do credor. IN: Ars Ludicandi- estudos em homenagem ao prof. doutor António Castanheira Neves- vol. II. Coimbra: Coimbra 2008, pg501-521, apud MELLO, Aymoré Roque Pottes de, *Dos Direitos da Personalidade ao Princípio da Boa-Fé objetiva nos contratos de direito privado op. Cit, Pag. 110.**

⁷⁰ DRAY, Guilherme- *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil. Apud MELLO, Aymoré Roque Pottes de.*

⁷¹ AMARAL, D. Freitas do. *Curso de Direito Administrativo. II, Almedina, Lisboa, 2018. Pág. 113 e ss.*

fé “No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé”.

Mas muito antes destas duas épocas citadas, deve dizer-se que o Supremo Tribunal Administrativo já vinha mencionando e aplicado nas suas decisões o princípio da boa-fé. O STA⁷², fazia no sentido de estabelecer uma medida de sindicabilidade dos comportamentos e atos administrativos.

Primeiro, de uma forma indireta, tratando de matérias sobre a justiça, boa-fé é ser justo (na medida em que seja possível). Segundo, tendo a boa-fé como não só um princípio, mas também como uma norma geral dentro do ordenamento jurídico. Pondo termo a certos vícios dos atos administrativos contêm, tocando inclusive nas revogações dos mesmos e na repercussão do tempo das relações administrativas.

FABIO MERUSI, foi um dos que tratou de forma diferenciada o princípio da boa-fé nos quadros do Direito público, levantando uma questão muito fundamental como “A confiança suscitada no particular pelos órgãos da função administrativa. Distingue duas questões muito fundamentais “no mandato de correta ponderação entre o interesse público primário e o interesse da tutela da confiança suscitada no particular, ilustrando, aliás, a tensão que desde os seus primórdios dogmáticos sempre caracterizou o direito administrativo”⁷³.

O princípio da boa-fé não equivale à tutela da confiança do particular, mas tão só à ponderação dessa confiança numa decisão que se vai tomar. O princípio da boa-fé, no entendimento de MERUSI, no que toca à ponderação entre o interesse público e a confiança, configura uma “norma integrativa de direito público primário” sem colidir com outros princípios, como o da legalidade⁷⁴.

3.2. O princípio da boa-fé objetiva nos contratos e no Direito privado

Falar em boa-fé, leva-nos também a falar em confiança ou, como alguns autores chamam a responsabilidade pela confiança. O nosso trabalho passa por constatar

⁷² Ac. STA de 19.01,1995- no qual se poderá constar que tendo uma interessada feito saber a concorrência de fatos que poderiam refletir-se na graduação dos candidatos a certo concurso, a administração, devia, dentro dos possíveis e em cumprimento do princípio da boa-fé procurar officiosamente resolver as questões de veracidade ou não desses factos.

⁷³ Cfr. F. MERUSI, Buona Fede e Affidamento ne, *Diritto pubblico*, p146°ss. *Apud* LOPEZ, Pedro Muniz- *contratos administrativos e boa-fé*.

⁷⁴ Cfr. S. ANTONIAZZI, *La Tutela del legittimo Affidamento del privatonei confronti della pubblica amministrazione*, p2. *Apud* LOPEZ, Pedro Muniz- *Contratos Administrativos e Boa-Fé*. Almedina, Lisboa, 2019.

a verdadeira conexão entre estes conceitos. E os elementos de conexão são o negócio jurídico e os contratos. Um dos autores dedicados a este assunto é MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA⁷⁵. Leciona que foi no domínio dos contratos, do cumprimento das obrigações contratuais no âmbito privado, que a norma objetiva da boa-fé germinou e encontrou a sua guarida mais segura. O que se deveu especialmente ao BGB⁷⁶, onde a podemos interpretar como uma obrigação que obriga o devedor a efetuar a prestação seguindo a boa-fé.

Trazendo a análise para o código civil português, a nossa interpretação é muito mais ampla. O código civil determina genericamente que as partes devem proceder com boa-fé em todas dimensões da obrigação, quer seja de fazer, de dar, ou de não fazer, como no exercício do direito correspondente. O que acaba por vincular também as partes durante as preliminares ou na formação do contrato, os sujeitos que negociam a respetiva conclusão do negócio. Sob pena de consequências, tal como podemos ver nos artigos 227.º/1 e 762.º/2 do código civil português.

Quando falamos do ponto de partida do conceito da boa-fé, podemos notar de forma harmónica e sistemática que o instituto da boa-fé nos levou a perceber que o contrato celebrado entre duas pessoas cria entre elas uma ordem normativa com eficácia relativa, sendo que a norma jurídica, pela sua natureza, possui uma eficácia geral e abstrata.

O contrato vincula às partes e pode afastar a aplicação de certas normas jurídicas desde as disposições não sejam ilícitas, deixando assim o conjunto de normas como um regime supletivo. Ou seja, aquilo que partes esqueceram de estipular, aplicam-se a normas do código civil. Mas a boa-fé deve fazer parte desta vinculação, tendo ela vida dentro do contrato. Por isso, novamente voltamos a ideia mencionada acima por MANUEL FRADA, a ideia de confiança dentro do contrato e que vincula as partes. Devem os contraentes ter em conta que advém como dever de conduta e que até certo modo acaba por ser uma decorrência do princípio da boa-fé. O agir com responsabilidade e confiança cumprindo os deveres que cada um se predispôs a cumprir no momento da celebração do contrato. É basicamente o comportamento que se espera de um contraente,

⁷⁵ FRADA, Manuel António de castro Portugal Carneiro da- *Teoria da confiança e a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 431- 434.

⁷⁶ O preceito do artigo 242 do BGB dispõe que “o devedor tem a obrigação de executar a prestação, tal como o exigem a confiança e a fidelidade levando em consideração os usos de tráfico”, o que a meu ver deve ser concatenado com o artigo 157 do mesmo diploma, “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”

que seja leal, de confiança, honesto etc. Apesar de muito abstrata, essa ideia da boa-fé em conexão com a boa-fé, muito caminho temos ainda como juristas para melhor explicação do conteúdo e da própria ligação dos conceitos.

A boa-fé como princípio fundamental de direito não pode apenas ser vista como uma mera disposição legislativa que aparece em um artigo específico das normas no nosso ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, dado que tem especial relevância nas relações jurídico-civis, acaba por abranger todo o ordenamento jurídico. Porque ela apresenta-se como um princípio fundamental que exprime a preocupação de implementar nas nossas relações jurídicas, os valores ético-morais, no caso concreto. Por isso, a boa-fé possui, como já vimos, uma dimensão que acaba por extravasar a perspectiva positivista do direito, aparecendo assim como uma cláusula aberta de valores extralegais e sociais que devem em todo momento ser aplicados por cada sujeito.

A boa-fé possui algumas funções estruturais e alguns deveres anexos a estas funções quanto à conduta das partes intervenientes no negócio jurídico em causa. Ou seja, são os deveres que as partes podem esperar uma da outra dentro do próprio negócio, qual o comportamento que será o ideal em relação ao outro enquanto parte do negócio. Flávio Tartuce chama a colação dentre outros, os seguintes deveres anexos:

a) Dever de cuidado em relação à outra parte do negócio.

Este dever de cuidado vem da ideia de evitar a dita negligência, ou seja, a não violação do dever de cuidado. A partir do momento que há um acordo entre as partes nasce um dever de garante (conceito muito usado no Direito penal, mas que também serve para aqui). O dever de evitar que certo resultado que poderá prejudicar a outra parte aconteça. Tem de haver um zelo direito e uma mentalidade de não prejudicar o outro, dirigir as intenções de maneira que as principais questões que levaram ao acordo se mantenham sempre vivas e intocáveis. Sabemos que é um caminho difícil e alguns diriam impossível, como se de uma utopia se tratasse. Mas a verdade é que, sendo utopia ou não, este é o caminho que a boa-fé nos incumbe como ser humanos dignos e é ele que os negociantes devem procurar seguir.

b) Dever de respeito.

O dever de respeito é para mim ideia de as partes poderem no mesmo contrato estabelecerem disposições que ambos aproveitem. Podem ser disposições ou cláusulas que a princípio podem não coincidir com o que a outra parte quer, mas que também não impedem a produção dos verdadeiros fins e efeitos do contrato.

As partes procuram não só garantir os efeitos e fins reais daquele contrato, como também propor disposições que sustentam o ego, o poderio na negociação, cláusulas sem um cunho útil. No entanto, permitir e não se opor a isto, desde que também não viole a esfera jurídica do outro e que o fim máximo do contrato seja alcançado. Diria que o dever de respeito está a ser cumprido, pelo menos há uma real intenção de cumprir. Porque a verdadeira eficácia e cumprimento do contrato está no seu desfecho e não no seu começo. O começo é sempre bonito, quando o começo nem bonito é, o conselho que deixa é que nem devem as partes celebrar o contrato. O dever de respeito é claramente uma decorrência do princípio da boa-fé.

c) Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio.

A informação é sem dúvida um dos maioríssimos perigos e uma das maiores seguranças no meio de um contrato. Muitas das vezes pensamos que o contrato está devidamente exposto, explícito e não precisa de explicações. Isto é um engano. O contrato muita das vezes é feito por um jurista muito prudente e conhecedor das técnicas do direito e o mesmo contrato é lido por uma pessoa não conhecedora das técnicas do direito e por lhe parecer ser um contrato claro a pessoa acha que está tudo bem.

A verdade é que no direito nem tudo o que está claro, é claro. O direito apresenta-se como a ciência das regras gerais e das exceções, uma cláusula dizer que é possível as partes fazerem isto ou aquilo parece claro, mas não é claro que há em legislação avulsa uma norma qualquer imperativa que impõem uma exceção sobre aquele determinado assunto e isto a pessoa que lê não percebe, pensa que a regra é absoluta, mas não é. A boa-fé deve obrigar as partes de forma moral a preocuparem-se em não deixar para a informação clara e a informação que devia ser clara.

d) Dever de agir conforme a confiança depositada.

Relativamente aos negócios e aos contratos, quando falamos em confiança depositada, a pergunta que se põe é a seguinte: quem garante que quando A assina com B, um contrato de locação de um veículo, B não irá tomar como dele o veículo que desaparecer com o mesmo, nada garante isto, nem um simples papel, na verdade, a única coisa que poderá garantir é a confiança depositada no outro que o mesmo irá cumprir e agir de boa fé dando utilidade ao veículo a tempo determinado e proceder com entrega no tempo certo e estipulado com a devida remuneração, é isto que se espera de uma pessoa que estabelece um contrato de locação.

e) Dever de lealdade e probidade.

O dever de lealdade e probidade é um dos deveres ligados à boa-fé que fazem com que o contrato ou o negócio em questão dê frutos. Porque se os contraentes não prosseguem ter esses dois deveres, que podem ser vistos como valores, nem adiantava ter começado com o negócio. Porque ser leal e ter probidade, é saber honrar o contrato, é dar valor às palavras que foram ditas, dentro e fora do papel, é ter honestidade e honra sobre o negócio na sua totalidade. Não pode uma pessoa com os valores devidamente assentes, dizer que vai reduzir a taxa de juro para 5%, apenas porque no contrato não consta que há uma obrigatoriedade de não alterar a taxa de juro, mas foi algo que se conversou com o outro contraente no momento das negociações e ambos concordaram com tal coisa. Honrar apenas o que está escrito e desonrar o que se conversou, sendo que a conversa também transmite a real vontade e os motivos do contraente em estabelecer aquele negócio, é certamente violar os deveres de lealdade e probidade.

f) Dever de colaboração ou cooperação.

A intenção é de não criar impedimentos, ou obstáculos na formação, modelação e conclusão do contrato. Afinal de contas o que está a ser posto em causa num negócio é a possibilidade de as partes atingirem com eficácia os efeitos pretendidos, conseguir a contrapartida desejada. E estar a criar impedimentos para o outro é basicamente estar a criar impedimentos para si mesmo, porque a conclusão de um negócio só se dá com a vontade das partes em comum acordo. E só estamos a criar pedras no caminho da outra parte para que este concorde com o negócio. A não ser que haja uma vontade que seja viciada ou até mesmo que haja divergência entre a declaração e a vontade, o que nos levaria em questões de nulidade e anulabilidade do negócio jurídico.

g) Dever de agir com a honestidade.

A honestidade enquanto dever anexo à boa-fé levanta questões fundamentais de ética. A ética enquanto conjunto de valores e princípios que nos permitem responder a três grandes questões da vida negocial: Quero? Posso? Devo? Os contraentes, quando conseguem responder às perguntas prescritas, tendo em conta a pessoa da outra parte e sua dignidade, estão a meio caminho andado para que haja repercussão dos efeitos do negócio jurídico celebrado.

h) Dever de agir conforme a razoabilidade e a equidade.

As linhas de encontro destes oito deveres devem ser analisadas por partes. A primeira suscita o estudo do princípio da proporcionalidade e as suas dimensões ou subprincípios: a razoabilidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No fundo, perceber se é razoável a decisão que se irá tomar caso se encontre dentro do

negócio em um conflito de interesses. O sacrifício de um interesse para salvaguarda de outro na sua extrema razoabilidade.

A equidade enquanto a justa medida na colocação dos nossos interesses dentro do negócio, uma justa medida que se difere de uma simples igualdade, pois a igualdade consegue ser mais injusta que a equidade. A igualdade dá o que deve dar em cada pessoa pela proporção devida. A equidade dá o que deve dar a cada pessoa analisando cada caso concreto de perto na sua justa medida, percebendo que o que foi igual pra outros, num próximo caso pode ser desigual, porque se duas pessoas percorrem 300 metros andando e cada uma recebe uma garrafa de água, é igual, mas se duas pessoas percorrem 300 metros e uma delas vem a correr, tem mais peso que a outra e não está acostumada a este tipo de exercícios, é desigual dar uma garrafa de água a cada uma das pessoas, mas é certamente equitativo dar duas garrafas na pessoa que de momento mais necessita. A diferença entre equidade e igualdade é simplesmente nítida.

3.3. A Boa Fé e a Justiça.

O instrumento jurídico mais utilizado para obter justiça nos contratos, indicaremos outros mais tarde com carácter geral e ligado à própria ideia de liberdade da pessoa com amor, tem sido a boa-fé. A boa-fé é utilizada até quando não está expressamente indicada no contrato. Sempre será a medida de análise de um comportamento médio decente a nível contratual.

Ou seja, se há em algum momento um incumprimento contratual, uma das coisas que se vai analisar é “quem agiu de má-fé”? ainda que o incumprimento tenha sido sobre uma outra questão (que até pode ser expressa) a boa-fé sempre será questionada.

É muito difícil incumprir um contrato e não pisar a linha da boa-fé, porque esta enquanto cláusula geral, leva as questões de honestidade e ética no contrato. Só a hipótese de incumprimento já levanta a ideia de violação da boa-fé.

O problema da justiça não se encontra na teoria. Muitos autores vão definir o que acham sobre a justiça, fazendo parecer que, por palavras, ela é algo que qualquer pessoa no seu dia- dia consegue alcançar. Mas, o problema vê-se na prática, porque quando analisamos um caso concreto, um litígio cível no tribunal por exemplo, em que foi incumprido um contrato. Aí é que vemos os verdadeiros problemas.

Analisemos um processo desde a fase dos articulados até à fase do julgamento e até a decisão. Veremos que o poder de julgar que devia ser exercido com justiça tem um entrave e, o entrave é simples: o princípio da livre apreciação e formulação da

convicção do juiz. Sobre isto eu gostaria de dividir a justiça em dois sentidos, a justiça justa e a justiça justificada. A justiça justa pode ser justificada, mas a justiça justificada não pode ser justa.

Na produção de prova das partes, por mais que haja uma parte que esteja a falar a verdade, nós nunca saberemos. Porque, se uma das partes, que de forma genuína, sabe que está do lado da mentira, mas está a litigar como se a verdade tivesse do seu lado, é difícil sabermos quem verdadeiramente está com a verdade. E tudo isto fica nas mãos de um julgador, para que de forma livre aprecie toda produção de prova e crie a sua convicção. Imaginemos que a parte que genuinamente está com a verdade, não consegue fazer uma devida produção de prova, não está com um excelente advogado, não tem as circunstâncias a seu favor, mas a parte contrária tem tudo isto a seu favor e faz uma excelente produção de prova. O juiz vai decidir a favor de quem não está genuinamente com a verdade. Porque a verdade não depende de mais nada senão da convicção de uma pessoa, que pode estar errada. Pode estar viciada e mal-ensinada a esse respeito.

Neste sentido podemos reparar que a justiça nos tribunais, está na mão de uma pessoa. Por isso dizemos que a justiça é uma utopia, porque ela na sua essência, nunca será alcançada. Ou seja, existe um conflito e existe uma pessoa que tem razão e outra que não tem razão, mas as duas litigam porque não importa quem tem razão, importa criar uma razão. E esta nova razão pode estar do lado de qualquer um, dependendo no final da decisão.

Por isso faço a diferença entre a justiça justa e a justiça justificada, porque a justiça não tem três lados, ou ela está do lado certo ou está do lado errado. A justiça justa é aquela que é feita e exercida genuinamente pela pessoa que tem a verdadeira razão. A justiça justificada é aquela que é feita e exercida por quem não tenha razão, mas faz das circunstâncias revelarem uma justiça a seu favor. Mas isso passa para o lado do juiz e é algo muito abstrato.

Quando o juiz vai decidir, vai ter de justificar/fundamentar a sua decisão. Essa fundamentação é a carta de saída da imputação da responsabilidade sobre aquela decisão. Porque uma decisão fundamentada não significa que seja uma decisão genuinamente verdadeira e certa. A justiça que se pratica nos tribunais não é uma justiça justa/genuína e nem precisa ser. É uma justiça justificada e esta é suficiente. Algumas vezes esta justiça poderá estar certa e a decisão ser genuinamente favorável à parte que realmente merecia uma decisão favorável. Por isso disse lá em cima que a justiça justificada pode ser justa, mas a justiça justa nunca poderá ser justificada, por isso que é uma utopia o seu alcance.

A justiça que temos e existe entre os homens, é a justiça justificada. E temos um grande problema porque a boa-fé e a justiça andam de mãos dadas. Vejamos o seguinte exemplo: alguém cometeu um crime de homicídio com dolo direito.

Uma pessoa que esteja de boa-fé, jamais mataria outra pessoa. Porque a boa-fé não é um simples princípio de cumprimento de contratos. A boa-fé é um valor supremo, que decorre da dignidade da pessoa humana. Quem verdadeiramente é digno, entende o valor da vida e nunca teria vontade de tirar a sua, muito menos a de outra pessoa, a não ser que esteja em dentro de uma das causas de exclusão da ilicitude ou de culpa.

A pessoa que verdadeiramente esteja de boa-fé, quer uma justiça justa, algo que é muito raro de se ver. Quem matou outra pessoa e admite o que fez e é acima de tudo justa com ela mesma, dizendo: eu estou de boa-fé e quero justiça, confesso e peço pena máxima pelos meus atos, e que seja devidamente punido. É difícil vermos isto.

Porque só alguém que entenda efetivamente o conceito da dignidade da pessoa humana irá conseguir entender os demais conceitos. Porque todos os valores, quer seja da boa-fé, quer seja o sentimento de justiça, derivam da dignidade da pessoa humana. Um ser humano bom pela fé e justo, é um ser humano dotado de dignidade humana. Ser digno é reconhecermos nos outros o que vemos em nós.

Tal como diz Diogo Leite de Campos, o valor da dignidade reside no Eu, Tu-Nós⁷⁷.

3.4. A Boa Fé e a Pessoa

É por isso que a boa-fé tem de ser preenchida com os valores da dignidade da pessoa. Se é certo que se trata de um instrumento nascido do âmbito dos contratos (boa-fé objetiva), deve ser estendido a todo o direito privado e ao próprio direito público como afirmação de dignidade da pessoa jùris-génica em todos os domínios (boa-fé Subjetiva).

Porque durante muito tempo, antes de se ter introduzido a dignidade da pessoa com os seus valores no âmbito jurídico, nomeadamente no campo contratual, foi a única presença explícita e forte dos valores da pessoa.

Tal como diz António Menezes Cordeiro “a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito, opõem-se deste modo à boa-fé objetiva que traduz, de imediato, uma regra de comportamento”⁷⁸.

⁷⁷ CAMPOS, Diogo Leite de- *A felicidade Somos Nós, Op. Cit.*

⁷⁸ CORDEIRO António Menezes, “*Da Boa Fé no Direito Civil*” *Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*” *Teses de Doutoramento*, 2020, Lisboa, Pag. 408- 476.

A ideia de incumprimento traduz a ideia de um comportamento desonesto. Porque é muito normal as pessoas que celebraram um contrato pela primeira vez, todos felizes, a confiarem uns nos outros, pensarem que o que contrato será pontualmente cumprido. Para isso, ou vamos de forma expressa estipular no contrato disposições de obrigatoriedade de os contraentes agirem em boa-fé, ou esperar que ambos possuem intrinsecamente os valores suficientes para entender que este contrato precisa ser pontualmente cumprido.

A introdução da dignidade nos contratos por intermédio da boa-fé, não significou o limite externo à liberdade. Significa tão-só a introdução da dignidade da pessoa, da própria pessoa, no âmbito contratual. A pessoa tem direitos de personalidade. Um deles consiste na liberdade contratual. Mas a liberdade contratual não é um instrumento predatório, mas serve para a própria pessoa se realizar no âmbito do seu grupo, da sua comunidade, do seu contrato.

A pessoa é a figura central na relação contratual. Devemos olhar os contratos como instrumentos de realização de um determinado objetivo em comum por duas ou mais pessoas. E devemos olhar para as pessoas como tais, dotadas de dignidade e direitos não patrimoniais, ainda que o objeto contratual seja de carácter patrimonial. E tal como já mencionamos, as pessoas possuem direitos de personalidade (direitos não patrimoniais) e, um deles é a liberdade contratual, que se introduz de forma bem-sucedida no conceito que aqui tratamos (boa-fé). Porque tal como já vimos, a liberdade contratual não é só celebrar contratos. A liberdade contratual reporta-se à uma liberdade plena, de entrar, permanecer, modificar e terminar o contrato celebrado. E para que tudo isso seja possível, é necessário que se esteja de boa-fé. Porque o ser humano é por vezes muito ambicioso, só querendo acautelar os seus próprios interesses única e exclusivamente. Só que se esquecem que cada pessoa devia reconhecer no outro um outro eu. Levar em conta os seus interesses. Cuidar deles. Mas. Levar também em conta os interesses do cocontratante não esquecendo naturalmente os seus que têm de ser equilibrados com aquele.

Isto não significa a total igualdade matemática ou quantitativa de prestações. Leva-se em conta que as pessoas contratantes, sendo diferentes, devem-se devem se respeitar na sua diversidade para obter um contrato equilibrado refletindo essa diversidade.

O direito subjetivo, quantas vezes direito da personalidade, transforma-se em vínculo de colaboração. Já a tão invocada oposição de interesses das partes transforma-se no complemento para prosseguir o mesmo caminho. Não se trata de oposição, mas de

diversidade na obtenção de um resultado que só nessa diversidade se pode atingir. Assim se afasta a posição de múltiplos autores que ainda hoje afirmam que os valores éticos da solidariedade, fraternidade, colaboração, não têm lugar no direito contratual que visa a prossecução dos interesses opostos de cada uma das partes. Como coisificar o contrato, afastando as pessoas dos contraentes, é negar a realidade e negar a própria pessoa.

A ideia de afastar as pessoas dos contraentes para aumentar o foco apenas no objeto do contrato, é uma ideia que vai contra o Direito. A questão fundamental dos negócios, o objeto negocial fundamental de qualquer negócio não é objeto material ou patrimonial, mas sim o substrato humano. O centro do negócio, sempre serão as pessoas envolvidas e os seus interesses no sentido de se sentirem bem com a relação contratual estabelecida.

A prestação ou contraprestação é acessória ao bem-estar das pessoas envolvidas. Certamente levantaremos a questão da boa-fé quando estamos diante de um contraente que não se importa com o fazer o bem dentro do negócio, fazer o certo em relação à pessoa do outro contraente. A exclusão de valores: éticos, valores de solidariedade, fraternidade, colaboração, indicam o início de uma negação da pessoa, porque todos esses valores derivam de princípio chave, a dignidade da pessoa humana.

O contrato ser cumprido a qualquer custo levanta um pouco a ideia do liberalismo e capitalismo selvagem. A análise económica, quando estuda os contratos resume que a perfeição e eficácia de um contrato dá-se com o seu cumprimento em termos formais e patrimoniais, ou seja, se uma pessoa quer um valor determinado em dinheiro e a outra pessoa quer um quadro pintado havendo a transferência dessas contraprestações, os meios não vão justificar os fins. Para o Direito não funciona ou pelo menos não devia funcionar desta maneira. Porque neste exemplo acima, uma das partes pode até querer muito o quadro pintado, mas pode não gostar da forma e dos meios que a outra parte utilizou para cumprir a prestação. Então imaginemos que essa pessoa só descobriu momentos depois dos meios utilizados e não fica feliz e pretende terminar o contrato. A ciência económica vai analisar isso utilizando a velha máxima de que o contrato entre as partes vale como lei. A ciência do Direito deve analisar de uma forma diferente, o contrato pode até ser lei entre as partes e entre elas decorrer uma eficácia, mas a lei nos dias de hoje deve ser pensada e analisada em casos concretos, ser lei não significa que deve permanecer vigorar a qualquer custo e de qualquer maneira.

O que se quer transmitir é que o afastarmos as pessoas dos contraentes para nos focarmos apenas na parte económica do contrato ou do negócio, é colocar em causa

valores fundamentais que andam de mãos dadas, como a boa-fé e a dignidade da pessoa humana. Esses que acabam por acarretar consigo outros valores, como já mencionamos.

Os contraentes devem entender que estabelecer um negócio não é apenas cumprir com aquela prestação económica ou patrimonial, é cumprir também com valores, é respeitar também a outra pessoa. Olhar para a outra pessoa e ver um ser igual a ele mesmo. Mais vale um negócio que perdeu a vigência antes da data acordada, mas de forma amigável e sobre o cumprimento de valores como a boa-fé, do que um contrato que vigora até o fim da vigência acordada, mas com uma das partes infeliz e a sofrer com este contrato por algum motivo superveniente.

Algo muito importante e que devemos refletir também, é a ideia “do contrato ser lei entre as partes e que na lei não se toca”. Tenho em mente que se assim fosse, estaríamos então a regredir no Direito. A lei não deve ser vista como uma rocha ou com uma montanha que não se move. A lei deve sim ser rígida porque isso demonstra segurança jurídica, mas ser rígida não significa ser impossível quanto a mudanças, principalmente quando a lei vai contra a dignidade da pessoa humana.

Atenção que quando a lei está a ser criada, pode não afetar nem ir contra a dignidade, mas momentos depois, com certas alterações das circunstâncias, avanços tecnológicos etc., tudo isto muda muito a lei e nós como operadores do Direito não devemos ignorar esta realidade.

Tal como a criação de leis que vão contra a dignidade da pessoa não são aprovadas, as que já foram aprovadas e começam por algum motivo pondo a dignidade em causa devem ser revistas. Então, partindo desse pressuposto, se o contrato é lei, então devemos analisar da mesma forma, os contratos são leis no sentido de serem rígidos. Mas não são leis no sentido de serem impossíveis de serem revistos, modificados ou terminados.

A ideia de que o contrato é lei pode levar-nos a caminhar no sentido de que quando celebramos um contrato e se estabelece a devida eficácia, este contrato está acima de tudo e todos. O que não pode proceder, porque o contrato contraído não será maior e mais importante que as pessoas dos contraentes. Aliás, a experiência diz-nos que quanto maior o contrato a nível patrimonial, maior é a restrição de direitos, principalmente contra a parte mais desfavorecida no contrato. Em casos muito raros vemos uma verdadeira igualdade entre os contraentes.

A questão da igualdade nos contratos é também algo que se liga a boa-fé, porque só haverá igualdade, por mais que seja meramente uma igualdade formal, se a

parte com maior vantagem de negociação conhece na outra os valores de honestidade, respeito, solidariedade etc. Fora isso é difícil haver qualquer aparência de igualdade.

A ética nos contratos ensina-nos que, mesmo quando não se invoca expressamente a dignidade da pessoa ou a liberdade contratual, o contrato assente na ética vai refletir isto. A boa-fé implica um comportamento honesto nas relações contratuais.

Um contrato caracteriza-se pelo fim económico da operação e deve entender-se como sinal de humanidade e civismo.

A análise económica do contrato relembra que o contrato tem uma espécie de corpo híbrido, um fim económico e por outro lado o sinal de humanidade e civismo. Ou seja, não podemos em nenhum momento separar as pessoas dos contraentes. Porque havendo esse equilíbrio torna tudo mais fácil a nível de cooperação, quanto maior for a boa-fé, quanto maior for a cooperação entre as partes, mais facilmente as pessoas vão conseguir cumprir com os seus interesses recíprocos sem que uma das partes saia prejudicada. Muitas vezes até se prejudicam os dois lados sem necessidade, apenas por ignorar a boa-fé.

A ambição na celebração de um contrato é um sentimento que nega o valor da boa-fé. Temos de perceber que a boa-fé liga-se à dignidade da pessoa humana, tal como já vimos. Neste sentido, sermos dignos é saber reconhecer nos outros o que temos em nós. O ser ambicioso (pensar apenas em nós) é o caminho para o fracasso contratual.

A boa-fé significa levar em conta os interesses do outro. É um princípio de interesse geral, visando proteger não só o interesse individual como também o interesse social.

A boa-fé é certamente o pensar no outro, é uma cláusula geral. Logo o seu preceito não se aplica apenas nos contratos. A boa-fé nos permite a sua aplicação em todos os ramos do direito. Porque sem valores como a boa-fé, a aplicação do direito seria de difícil operação. Se devidamente analisarmos, não adianta apenas criar leis, regulamentos, ou celebrar contratos, se as pessoas não tiverem boa-fé e entenderem o que ela é, elas vão sempre incumprir as suas disposições.

Por isso a verdadeira validade de um contrato está na capacidade que as pessoas têm para firmemente cumprirem com as suas obrigações, agindo com respeito, dignidade, honestidade, transparência e acima de tudo, terem presentes os elementos cognitivo e volitivo. Ou seja, saber que celebrou um contrato e ter a vontade de cumprir com ele seguindo os preceitos da boa-fé.

A verdade é muito clara, as pessoas estando de boa-fé fazem até contratos que foram formalmente mal celebrados valerem como se não houvesse qualquer vício de forma. Porque o contrato, por mais fé pública ou eficácia que tenha perante as partes ou até perante terceiros, não vai passar de um papel em que as pessoas têm de ter consciência de cumpri-lo. Por isso não adianta termos um contrato, com folhas de ouro, com as melhores cláusulas, assinado com as melhores canetas, quando as pessoas estão ou são de má-fé. Quando as pessoas estão de boa-fé, há acordos que vigoram anos e as pessoas sequer assinaram um contrato, apenas estabeleceram verbalmente tudo e, cada uma delas cumpriu a sua parte.

Não há aqui uma regra específica para a boa-fé, nem para um contrato dar certo e vigorar cumprindo a duração certa que as partes estabeleceram e celebraram. Isso vai depender muito da pessoa em causa, de seus valores, da sua equação pessoal. Por isso é muito importante, antes de nos preocuparmos com o que vem escrito no contrato que vamos celebrar, preocupemo-nos antes com quem esteja a escrever e assinar do outro lado. A pessoa do outro contraente é o maior perigo do contrato. Cláusulas abusivas são perigos acessórios. Um papel assinado não prejudica ninguém, pessoas prejudicam pessoas e isto é certo.

A boa-fé permite a estabilidade do contrato durante todos acontecimentos posteriores que desequilibram a relação nomeadamente a alteração da circunstância. Esta é das partes mais importantes, mas a boa-fé quando bem analisada, ela aparece desde logo na fase pré-contratual, porque ali já há pré-acordos sobre o que vai realmente se estabelecer no contrato definitivo. Considero que desde o início as partes já devem estar de boa-fé. E por último, mas não menos importante, é a parte da vigência do contrato, se e as partes não estiverem de boa-fé na vigência do contrato, os fins e os interesses não serão devidamente alcançados e acautelados. Porque nunca podemos esquecer que os contratos regem-se também sobre as circunstâncias da vida e circunstâncias mudam a todo tempo. Então é muito essencial que as partes respirem a boa-fé em todas essas fases.

CONCLUSÕES

O Direito tem início com a pessoa, a pessoa é o direito, a pessoa criou o direito e tudo que o envolve. Não fazia sentido começar esta dissertação sem falar da pessoa, não fazia sentido desenvolver o trabalho sem se focar na pessoa, não havia sentido em terminar sem falar da pessoa.

A pessoa é certamente o ponto essencial deste debate. O mais interessante foi a possibilidade de conectarmos o máximo possível o tema sobre a liberdade contratual com a dignidade da pessoa humana.

Demonstrou-se que é possível estabelecer esta ligação, demonstrou-se que o início deste direito de personalidade dá-se com a existência da própria pessoa e o início da sua personalidade jurídica. Ou seja, a dignidade da pessoa humana no seu sentido mais amplo acaba por englobar tudo isto. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo.

Estabelecemos ao longo da dissertação, a diferença entre a liberdade e a liberdade contratual, a diferença entre a pessoa, a sua dignidade e a sua personalidade. Tendo com isto estabelecido o ponto de partida e o surgimento da liberdade contratual enquanto um direito. Estabelecer também o ponto de ligação e inclusão da liberdade contratual e a dignidade da pessoa humana.

O grande objetivo sempre foi estabelecer esta vinculação, porque quando se fala de contratos, só se fala de instrumentos técnico-jurídicos. Mas quando falamos de contratos e a possibilidade estabelecer contratos, falamos também da pessoa. O foco dos debates em direito sempre foi e sempre será a pessoa humana. Dentro dos contratos, o mais importante é a proteção da pessoa e dos seus interesses. A partir do momento que a pessoa humana deixar de ser o ponto essencial dos debates jurídicos, aí perdemos tudo, aí o direito dominou a pessoa, o que seria um desprimor, porque a pior circunstância é a criação dominar o criador.

Todo e qualquer segmento jurídico versa sobre a pessoa, e falar de liberdade contratual tal como vimos é falar de liberdade, liberdade é falar de dignidade e dignidade é falar da pessoa, falar de pessoa é estabelecer o início de uma personalidade jurídica e, falar de personalidade jurídica é estabelecer o reconhecimento de sermos titulares de direitos e obrigações. Não só sermos titulares deles, como também termos a possibilidade de exercê-los, de forma pessoal e livre.

A liberdade contratual é sem dúvidas um dos direitos basilares da pessoa, das relações jurídicas e de todo nosso ordenamento jurídico. Mas a nosso discurso final termina como o nosso discurso inicial: com a pessoa e a sua dignidade.

Concluo que é por haver dignidade que ainda há a possibilidade revertemos situações de limitações à liberdade contratual e conseqüentemente da autonomia privada das partes, tal como analisei em todo o desenvolvimento do texto.

Este valor de sermos livres, é anterior ao direito; as codificações surgiram para testificar este direito. O Direito aparece como instrumento de sanções para quem viole os princípios fundamentais em sociedade e para quem restrinja direitos como a liberdade contratual. Mas para isto temos nós (operadores do Direito) de lutar para que haja uma amplitude na salvaguarda desses direitos e princípios.

A liberdade contratual é um direito de personalidade e como tal merece ser respeitada de forma plena. A dignidade e a boa-fé, aparecem como cláusulas abertas para a resolução de contratos e negócios que outrora pareciam sem resolução à luz das soluções tradicionais no pré-contrato e pós contrato celebrado. Todos os contratos têm possibilidades de resolução quando restrinjam em algum momento a dignidade humana.

A liberdade contratual, enquanto direito de personalidade, deriva de forma plena da dignidade da pessoa humana. É necessário ter em conta que o conjunto de direitos que foram aqui citados (e todos os outros), não completam a dignidade da pessoa humana, porque a dignidade da pessoa humana completa-se por si mesma. A pessoa não é pessoa por ter um conjunto de direitos em sua legitimidade de gozo e exercício, a pessoa é pessoa porque a partir da concepção, existe como tal.

A pessoa é pessoa por ser pessoa, pelo conjunto de direitos que possui ou não possui, não vai deixar de ser pessoa, estes direitos de personalidade são um complemento sobre a pessoa.

Se pudéssemos ordenar juridicamente tudo que aqui foi desenvolvido seria da seguinte maneira: reconhecimento da dignidade e liberdade da pessoa, a concepção da pessoa (existência do nascituro, pois é uma pessoa), reconhecimento da personalidade da pessoa (susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações), reconhecimento dos direitos de personalidade da pessoa (liberdade contratual), capacidade de gozo dos direitos de personalidade e capacidade de exercício dos direitos de personalidade da pessoa (ex. celebração de um contrato).

Contudo, separar a matéria sobre liberdade contratual da dignidade da pessoa é diminuir a pessoa e negar o Direito. A liberdade contratual deriva de forma plena e completa da dignidade da pessoa humana, somos livres em todas as métricas da vida, porque somos dignos para isso.

A pessoa tem liberdade contratual, porque tem dignidade para tal, restringir um é restringir o outro. Negar que a liberdade contratual deriva da dignidade é negar a pessoa e os seus direitos.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Santo, *De Civitate Dei*, Lisboa: Documenta, 2020;

AMARAL, D. Freitas *do Curso de Direito Administrativo. II*, Almedina, Lisboa, 2018;

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Abril de 2003;

ALMEIDA, Verónica Scriptor Freire, *O direito dos Trusts no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2020;

CASTANHEIRA Neves- vol. II. Coimbra: Coimbra 2008, *apud* MELLO, Aymoré Roque Pottes de, *Dos Direitos da Personalidade ao Princípio da Boa-Fé objetiva nos contratos de direito privado*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2021;

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional. 6ª ed- rev. Coimbra*, Almedina, 1993;

CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa” Teses de Doutoramento*, Lisboa, 2020;

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil- Direito das Obrigações- Vol. VI 2ª ed. rev. Coimbra: Almedina*, 2012;

CAMPOS, Diogo Leite de, *As Relações de Associações, O direito sem Direitos*, Almedina, Coimbra, 2011;

CAMPOS, Diogo Leite de, FÁTIMA, Nancy Andrighi, *Pessoa, Direitos e Direito, A pessoa, os seus direitos e a sua criação do Direito*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2021;

CAMPOS, Diogo Leite de *A felicidade Somos Nós*, Fundação Lusíada, Lisboa 2019;

CARVALHO, Jorge Morais- *O Direito civil como direito privado comum- os princípios gerais*. In: ROSÁRIO, Pedro trovão do (Coord. Geral) (et Al). *Introdução ao Direito. 2.ª reimpr. Coimbra: Almedina*, 2017;

DONÁRIO, Arlindo Alegre, SANTOS, Ricardo Borges dos, *Da bíblia à Neuroeconomia, o porquê do estado do pensamento económico atual*, Lisboa, Edições Sílabo, 2016;

FRADA, Manuel António de castro Portugal Carneiro da- *Teoria da confiança e a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004;

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2 ed.: Livraria do Advogado, Porto Alegre 2014;

FREIRE, João Pedro, *Blockchain e Smart Contracts*, Coimbra, Almedina, 2022;

GLITZ, FREDERICO E. Z., *CONTRATO, Globalização e Lex Mercatoria- Convenção de Viena de 1980 (CISG), princípios contratuais UNIDROIT (2010) e INCOTERMS (2010)*. Clássica Editora, São Paulo, 2014;

GONÇALVES, Fernando Manuel Canas, *Franchise Encroachment*. Almedina, 2021;

KANT, Immanuel (1724-1804), *Metafísica dos Costumes- Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito Parte I*. Edições 70, Lisboa, 2019;

LOURENÇO, Lúcio Augusto Pimentel, *Teoria Pura do Direito (Segundo o pensamento de Hans Kelsen)* Lisboa, 2017;

LOPEZ, Pedro Muniz, *Contratos Administrativos e Boa-Fé*. Almedina, Lisboa, 2019;

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 4ª ed., 2014;

MELLO, Aymoré Roque Pottes de, *Dos Direitos da personalidade ao princípio da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2021;

MARTINEZ, Pedro Romano, *Lei do Contrato de Seguro*, Almedina, Lisboa, 2020;

MARÇAL, Pablo, *A Chave Mestra do Universo*, Editora IBC, São Paulo, 2022;

MONTEIRO, António Pinto- *Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. estudos em homenagem ao prof. doutor António Castanheira Neves*, Ars Ludicandi, Lisboa, 2010;

MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de distribuição negocial*. Coimbra: Almedina. 2002;

MONTEIRO, Pinto, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2002;

Maria do Rosário Palma Ramalho, *Estudos de Direito do Trabalho, I*, Almedina, Coimbra, 2003;

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos contratos*, Coimbra: Coimbra, 2011;

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2020;

ROSÁRIO, Pedro trovão do, *Introdução ao Direito. 2.^a reimpr.* Coimbra: Almedina, 2017;

SEQUEIRA, Elsa Vaz de *Teoria Geral do Direito Civil*, Universidade Católica Ediora, Lisboa, 2022;

SILVA, Clóvis do Couto e, *O princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português*;

SÁ, Priscila Zeni de, *Poder judiciário e as cláusulas gerais, Parâmetro para a concretização no direito civil-constitucional*, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2028;

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2009.