

CONTRATO CONSIGO MESMO

Pelo DR. ALEXANDRE CABRAL CAMPELO

SUMÁRIO

Introdução

Cap. I

Posição do problema

Cap. II

Solução em tese geral

§ 1.º

O aspecto do conflito de interesses

§ 2.º

O aspecto do mútuo consenso

Cap. III

Solução do direito positivo

Introdução

A figura jurídica que constitui o objecto do meu trabalho, pelo que pude averiguar, não tem sido estudada entre nós. Pelo contrário, na Itália e na Alemanha, a doutrina e jurisprudência há muito se ocupam dela, discutindo-a, analisando-a nos seus elementos, numa palavra, apreciando a sua admissibilidade. Mas não ficou por aqui, nestes países, a projecção do contrato consigo mesmo. Graças talvez à disputa que, acerca dele, a doutrina tem travado, também algumas legislações não lhe ficaram indiferentes. E assim, se até aqui, nos respectivos países, este contrato tinha que ser estudado em face dos princípios gerais do Direito, procurando apenas na lei o apoio necessário à sua construção, hoje, com normas que duma maneira geral se lhe referem, a sua admissibilidade depende do que nelas se estatuiu. No sentido negativo, destaca-se a Alemanha, no sentido positivo, pronunciou-se agora o recente Código Civil Italiano.

Em Portugal, a doutrina não se tem ocupado, pelo menos de forma a esgotar o assunto, do contrato consigo mesmo. Apenas lhe encontrei uma referência que, aliás, não excede três páginas, no «Tratado de Direito Civil», do Doutor Cunha Gonçalves. Vou, por isso, estudá-lo, adaptando ao nosso direito positivo as construções a que tem chegado a doutrina estrangeira. Como a legislação portuguesa contém várias disposições que indirectamente se lhe referem, vou procurar relacioná-las e ver em que medida permitem o contrato duma só pessoa. É este o principal objectivo do meu trabalho, e com certeza o seu único mérito.

Das obras estrangeiras consultadas, além de artigos dispersos por revistas, e de referências contidas em tratados mais gerais, aquela que maior auxílio me prestou e mais elementos forneceu ao meu estudo, foi a monografia de Balbi — *La stipulazione del contratto ad opera di una sola persona.* — Aliás, foi mais ou menos no sentido por este autor defendido, que se orientou o novo Código Civil Ita'iano.

Feitas estas observações, vou entrar pròpriamente no meu trabalho: *O contrato consigo mesmo.*

CAPÍTULO I

Posição do problema

A questão do contrato consigo mesmo que, indubitavelmente, chegou a preocupar os juriconsultos romanos, só recentemente foi tratada ex professo pela doutrina dos principais países. Não quer isto dizer que esta figura jurídica não fosse já praticada, designadamente no domínio do Direito Comercial.

Mas em que consiste o contrato consigo mesmo? Na possibilidade de um indivíduo que é representante de outro, ou de dois simultaneamente, realizar contratos entre ele mesmo e o seu representado, ou entre os seus dois representados. E aqui temos o que o contrato consigo mesmo tem de particular: na generalidade dos casos, estes actos jurídicos são concluídos mediante a actividade de, pelo menos, duas pessoas que neles tomam parte, actuando em sentidos opostos; aqui há apenas a actividade de uma pessoa, actuando em nome próprio e em nome do seu representado, ou ao mesmo tempo em nome dos seus dois representados.

Mas poderá, na verdade, uma só pessoa estabelecer o vínculo que, normalmente, é fruto duma dupla actividade, realizando sòzinho as negociações em que se debatem interesses opostos, e que precedem o seu estabelecimento? Eis o problema que me proponho resolver.

Disse que o contrato consigo mesmo era realizado por um representante, quer com ele, em nome próprio, quer com outra pessoa de quem também é representante. E aqui temos desfeito o movimento de estranheza que esta figura logo de início nos provocou. Não se trata de um vínculo estabelecido entre si e si, mas antes entre duas pessoas por uma só. Quer dizer, o contrato consigo mesmo é antes contrato de representante consigo mesmo.

Notemos que tenho falado em dois casos diferentes. Ou é um representante que conclue um contrato consigo mesmo, em nome próprio, ou é o representante comum de dois indivíduos que, entre eles, conclue também um contrato. Ora as duas hipóteses são, para os efeitos que temos em vista, muito diferentes. Na primeira, há um conflito de interesses muito mais flagrante do que na segunda, porque a única pessoa que estabelece o vínculo contratual, é, ao mesmo tempo, parte no contrato criado.

O contrato consigo mesmo que tenho vindo a estudar, é afinal de contas o contrato do representante consigo mesmo, visto que ele é sempre concluído por uma pessoa que, através do instituto da representação, dispõe de dois patrimónios. Essa pessoa contrata em nome próprio e em nome do seu representado, ou, simultaneamente, em nome de dois representados comuns.

Mas o instituto da representação comporta várias modalidades. Interessa-nos agora distinguir entre a representação própria, directa ou imediata, e a representação imprópria, indirecta ou mediata, e isto porque não é pacificamente aceite pela doutrina que o contrato celebrado por intermédio de uma só pessoa seja de admitir a propósito desta segunda modalidade. Verdadeiramente só há representação, quando ela é directa ou própria, pois só então é que uma pessoa realiza um negócio jurídico em nome e por conta de outrem, em cuja esfera jurídica se vão directamente produzir os efeitos desse negócio. Na representação imprópria, o representante age por conta alheia, mas em nome próprio, e em relação a terceiros, é na sua esfera jurídica que se vão produzir, directamente, os efeitos dos negócios representativos. Só por uma posterior operação translativa, é que

esses efeitos são transferidos para o património do representado. Em última análise, parece até não se poder aqui falar de representação. Esta segunda modalidade do instituto está consagrada, pelo nosso direito, no artigo 266.º do Código Comercial, com o nome de «comissão». O Código Civil que não trata da representação voluntária num capítulo autónomo, mas apenas a propósito do contrato de mandato, cujo objecto é exactamente conferi-la, não se refere à representação imprópria ou indirecta. Não a devemos, por isso, admitir em Direito Civil? Não me parece, e antes julgo que, em virtude da liberdade dos contratos, e não havendo qualquer disposição que expressa ou tácitamente a proíba, a representação imprópria também aí se deve entender consagrada. A falta de melhor nome, pode chamar-se-lhe comissão civil ou interposição fictícia de pessoas que é uma modalidade de simulação.

Dadas estas noções, importa agora referi-las ao nosso problema, o contrato consigo mesmo. Como já disse atrás, há autores que afirmam não poder o representante impróprio celebrar contratos consigo mesmo, admitindo, no entanto, que o possa fazer o representante próprio ou directo. Segundo eles, neste caso, não há uma verdadeira representação, visto que o contrato é celebrado por um indivíduo em seu próprio nome, e, portanto, é juridicamente inadmissível um contrato consigo mesmo concluído por uma pessoa nestas condições. Em sentido contrário, outros dizem que o contrato representativo, embora seja celebrado pelo representante indirecto, em nome próprio, o é também por conta alheia. Aquele dispõe assim, para todos os efeitos, de dois patrimónios.

Inclinamo-nos para a opinião dos últimos. Na verdade, o negócio representativo, quer a representação seja própria, quer seja imprópria, é sempre celebrado por conta de outrem. Ora isso implica a disposição de dois patrimónios distintos por parte de um mesmo indivíduo, o qual, por força do poder que lhe confere, quer o mandato, quer a comissão, pode sempre fazer surgir relações entre eles. Se, em face de terceiros, a posição do mandatário é diferente da do comissário, nas relações internas, o primeiro não se distingue do segundo. O negócio representativo que o comissário ou o representante impróprio realiza, é sempre um acto da esfera jurídica do representado. Isso deduz-se claramente da forma por que o nosso legislador se expressa no artigo 268.º do Código Comercial: «O comissário fica directamente

obrigado com as pessoas com quem contrata, como se o negócio fosse seu...». Isto é, embora o comissário tenha de agir *como se o negócio fosse seu*, na realidade o negócio não é seu, mas do seu comitente. Portanto, as razões de ordem conceptual que, a seu tempo, veremos justificarem a admissibilidade do contrato celebrado por intermédio de uma só pessoa, essas razões, dizia eu, também vingam quando da representação imprópria se trata. Pelo que fica dito, considero como campo de admissibilidade do contrato consigo mesmo tanto a representação própria, como a imprópria. As considerações que, adiante, fizer para a primeira são extensíveis em linha geral à segunda.

Vou agora estudar o contrato celebrado por intermédio de uma só pessoa, quer realizando-o em tese geral, quer referindo-o ao direito positivo. Mas ao analisá-lo primeiro em tese geral, dois sub-problemas nos surgem a que sucessivamente vou fazer referência e procurar resolver : o do conflito de interesses que o único indivíduo por cujo intermédio o contrato é celebrado, tem de resolver, e o da natureza jurídica do auto-contrato que, no que respeita à declaração de vontade, se discute se é unilateral ou bilateral. E assim nos fica esquematizado o trabalho que se vai seguir. Primeiro estudar o contrato consigo mesmo em tese geral, no duplo aspecto do conflito de interesses e do mútuo consenso, e depois observá-lo no direito positivo.

CAPÍTULO II

Solução em tese geral

§ 1.º

O aspecto do conflito de interesses

Antes de estudarmos e vermos em que medida pode ser resolvido o conflito de interesses que se levanta no contrato do representante consigo mesmo, vamos ver em que consiste esse conflito de interesses. Na generalidade dos casos, os conflitos de interesses surgem no decorrer do desenvolvimento da acção de duas pessoas: uma age prosseguindo interesses antagónicos aos da outra. Mas não é esse o caso que agora importa observar. Pelo contrário, é antes aquele em

que surge um conflito de interesses, sendo só uma a pessoa que age. É claro que essa única pessoa que age faz também surgir um conflito entre interesses seus e interesses de outrem, mas o conflito é que surge por força apenas da sua actividade. Quer dizer, é um conflito que o representante faz aparecer entre os seus interesses e os do seu representado. E nem mesmo se diga que, em teoria, é inconcebível a sanabilidade de um conflito de interesses por parte de uma única mente. Como havemos de ver, o nosso legislador estatuiu várias normas para a resolução desses conflitos, e, por isso, é de todo inútil perder tempo com essa afirmação. No contrato consigo mesmo, levanta-se, portanto, um conflito entre os interesses do representado e os do representante que, por si só, o celebra. E isto tanto quando a representação é própria, como quando é imprópria.

O que distingue uma da outra é, na primeira, o representante agir em nome alheio, e, na segunda, agir em nome próprio. Ora este elemento diferenciativo apenas tem importância para o efeito do negócio representativo surgir directamente entre o terceiro contratante e o mandatário, ou esse mesmo terceiro e o mandante. Para efeitos de conflito de interesses, esse elemento não tem qualquer significado, porque tanto na representação própria, como na imprópria, o representante tem que agir no interesse do seu representado.

E o que se deve entender por agir no interesse de outrem? Agir no interesse de outrem é actuar por outra pessoa, tal como se fosse ela mesma. É entrar no contrato, encarnando, tanto quanto possível, a pessoa por quem nele se toma parte. O representante deve chegar aos mesmos resultados a que teria chegado o representado, se fosse ele a agir. Para isso deve tomar como seus os motivos favoráveis ou desfavoráveis que impeliriam o representado nesta ou naquela direcção. O mandatário precisa de, tanto quanto possível, assumir a posição do mandante. Importa que ele esqueça a sua situação, principalmente de ordem económica, para se considerar na deste último. O representante substitui-se ao representado, não apenas fisicamente, mas até psiquicamente. E tudo em virtude da *confiança* que o segundo depositou no primeiro, ao entregar-lhe a gerência dos seus negócios.

Assente isto, fácil se torna determinar quando surge um conflito de interesses entre o representante e o representado. Bastará que, no desenvolvimento do mandato, o agir o primeiro no interesse do se-

gundo signifique não realizar um interesse pessoal, ou vice-versa. O representante encontra-se perante o dilema: ou não trair a confiança que o principal depositou nele, procurando tirar do negócio representativo o maior número possível de vantagens para o dominus, ou trair essa mesma confiança, realizando o negócio representativo principalmente em seu proveito. Dizendo por outra forma, o mandatário pode tirar do exercício do mandato vantagens para si à custa do mandante. Definido, assim, o conflito de interesses, não parece difícil figurar um exemplo. Suponhamos que *A*, representante de *B*, é encarregado por este de vender uma determinada coisa a *C*. Mas *A*, ao vender a *C*, fá-lo com a condição de ele lhe revender a dita coisa. Ora é natural que quanto menor for o preço por que *A* vende a coisa de *B* a *C*, tanto menor será também o preço por que este depois a revenderá a *A*. De maneira que ele, com prejuízo do seu mandante, vai vender a um baixo preço para que depois realize o seu interesse, comprando a um preço vantajoso. Eis aqui o conflito de interesses. E do exemplo apresentado, ainda se pode concluir que o conflito de interesses entre representante e representado não se verifica apenas quando o primeiro entra no contrato com o segundo, celebrando-o por si só. O conflito pode surgir mesmo indirectamente, sempre que no desempenho do mandato o mandatário esqueça os interesses do principal para realizar apenas os seus. E até mesmo no caso de contrato consigo mesmo, celebrado por um representante de dois representados comuns, o conflito de interesses se pode verificar, embora de muito menor intensidade. Ou, dizendo de outra maneira, o conflito que neste caso é entre os dois representados, é muito mais facilmente resolúvel pelo representante.

Porque é este, precisamente, o problema que se põe a-propósito do conflito de interesses: em que medida é que ele pode ser resolvido, pela única pessoa por cujo intermédio o contrato é celebrado? Quando é que se pode dizer que o representante está em condições de ver se, procurando auferir do negócio representativo uma vantagem para si, não lesa o interesse do representado? Veremos, em seguida, que o nosso legislador formulou bastantes normas que nos fornecem respostas para estas perguntas. Por agora interessa-me apenas frisar que o conflito de interesses, para que se deva tomar em conta, deve ser real e ter-se verificado no momento da conclusão do contrato.

E em que medida, então, é que o conflito de interesses que surge no contrato consigo mesmo, pelo simples facto do representante nele entrar como contraparte, em que medida é que, dizia eu, pode ser sanado por esse mesmo representante? Não percamos de vista que ele será sempre tentado a dar preferência aos seus lucros, às suas vantagens, aos seus ganhos, em prejuízo dos do principal. Se, num negócio representativo em que ele entra como parte, quer em nome próprio, quer em nome de um terceiro, o representante é o único a resolver os conflitos de interesses que aí se degladiam, é natural que ele esqueça os do dominus para só ver os seus. Daí o perigo e a possível insanabilidade desses conflitos.

Não existe, no nosso sistema legislativo, qualquer norma que, expressamente e duma forma geral, diga quais são os conflitos de interesses que o representante pode sanar. Existem apenas várias disposições que, em certos casos e por essa razão, proibem o contrato do representante consigo mesmo. Mas nem todos os autores lhes têm atribuído o mesmo alcance. Segundo uns, essas disposições não são senão aplicações concretas dum princípio geral proibitivo, e, por isso, só admitem o contrato consigo mesmo nos casos em que a lei expressamente o sanciona. Segundo outra opinião mais espalhada, a nossa especial figura jurídica está de harmonia com o conceito de contrato — e isso é questão que adiante se verá — e, portanto, só não deve ser admitida sempre que as aludidas disposições a proibam. Também a mim me parece que este é o bom ponto de vista, e o que se for expondo será de harmonia com ele. O conflito de interesses pode ser sanado pelo representante, mas agora é preciso determinar quais os limites dessa sanabilidade. Como se vai ver, isso depende principalmente do seu grau de intensidade, da sua gravidade.

Há conflitos em que estão em jogo interesses de tal maneira importantes que a lei expressamente diz que não podem ser solucionados pelo único celebrante do contrato consigo mesmo. Noutros, porém, os interesses das partes não colidem, ou colidem em tão pequeno grau que a lei deixa a sua conciliação ao arbítrio do mesmo celebrante. O que em todo o caso não se pode aceitar, é a afirmação do autor alemão Lepa de que é absolutamente inconcebível um contrato consigo mesmo sem lesão dos interesses de uma das partes. É fora de toda a dúvida que há casos em que o contraente consigo mesmo não tem qualquer conflito de interesses a resolver.

É o que se passa com os actos que representam meras liberalidades do representante para com o representado, ou com os contratos onerosos em que a prestação e a contra-prestação se encontram por menorizadamente determinadas, quer pelo mandato, quer por quaisquer outras circunstâncias. Nestes casos, não há inconveniente em deixar ao representante o arranjo dos interesses recíprocos. Mas também não se pode negar que, na grande maioria dos casos, os interesses de ambas as partes que entram no contrato consigo mesmo, colidem, e a única delas que o celebra, não pode por si só harmonizá-los. Tudo é, portanto, e como eu já tinha dito acima, uma questão de distinguir a gravidade, o grau de intensidade do conflito de interesses, porque conforme forem maiores ou menores, assim esse conflito poderá ou não ser sanado pelo representante.

Figuremos agora dois casos extremos, um em que o conflito de interesses é muito grave, outro em que praticamente não existe. *A* encarregou *B* de comprar uma casa, prometendo, simultaneamente, que lha doará. *A* tem interesse em que a casa seja comprada pelo preço mais baixo possível ao passo que *B* não se importará com ele, visto que o que lhe interessa é que a casa seja comprada, para a poder receber em doação. Há aqui um conflito entre os interesses de *A* e de *B*, que este no entanto pode resolver por si só, porque aquele expressamente o admitiu. Como se vê, este exemplo é um caso de representação voluntária em que há expressa manifestação da vontade do representado, no sentido de que o seu representante possa sanar o conflito. Imagine-se agora o caso oposto em que a representação é legal ou necessária, e não há qualquer autorização. Por exemplo *A*, tutor, compra uma casa de *B*, seu tutelado. Expressamente diz o artigo 1652.^o do Código Civil que este contrato é nulo; o conflito de interesses atinge tal grau de intensidade que *A* não o pode sanar. Já vemos que é a própria lei que atende à sua gravidade, para determinar se o representante que contrata consigo mesmo pode ou não saná-lo.

Mas entre estes casos extremos, não haverá outros, intermediários, em que os interesses opostos possam ser conciliados? Eu creio que sim, e parece-me que a lei igualmente o sanciona. Será o caso de uma liberalidade feita por um representante ao seu representado. Assim, por exemplo, determinado tutor dêa ao menor que está sob a sua tutela, um prédio. Esta doação parece-me ser permitida pelo

artigo 1478.º do Código Civil, que diz que as doações puras e simples feitas às pessoas que não podem contratar, produzem efeito, independentemente de aceitação, em tudo o que aproveitar aos donatários. Fica assim assente que o conflito de interesses não é um obstáculo irremediável ao contrato consigo mesmo, visto que a lei, em muitos casos, permite que ele seja sanado pelo representante que o celebra.

Tem-se falado na diferença entre a representação voluntária e a representação legal, para estes efeitos. Na verdade, ela existe, e vamos ver em que medida.

Uma e outra são reguladas por princípios diversos, porque também correspondem a diversas necessidades. A representação voluntária é uma extensão da vontade do representado, o qual, sendo absolutamente capaz, sabe bem até que ponto se pode confiar no representante. Aliás, logo que este deixa de lhe merecer a confiança que nele depositou, tem amplos poderes para lhe revogar o mandato, o que é comprovado pelo artigo 1364.º do Código Civil. Vemos que, na representação voluntária, o representado pode exercer uma contínua vigilância sobre os actos do seu representante; não só sobre os que previu, quando o nomeou, como sobre quaisquer outros supervenientes. E isto, como já disse, porque ele, representado, é perfeitamente capaz, e se recorreu à representação foi apenas para conseguir, digamos assim, um desdobramento da sua actividade. Quer dizer, quando na representação voluntária o representante contrata consigo mesmo, os conflitos de interesses que surgem têm sempre muito menos gravidade, precisamente por o representado poder exercer um grande controle sobre a actividade do mesmo representante. Até mesmo aquilo a que, nesta espécie de representação, primeiro se deve atender, é à vontade do representado: ou ele permite que o representante celebre contratos consigo mesmo, ou o proíbe, ou então não se pronuncia a este respeito. Nesse caso, é segundo a lei e a gravidade do conflito de interesses que decidiremos se o representante pode concluir contratos consigo mesmo. De bastante diversa maneira se passam as coisas, na representação legal. Aqui o representado é um incapaz, e foi em virtude da sua incapacidade que a representação se estabeleceu. Daí que ele não possa vigiar os actos do seu representante que ficaria assim com plena liberdade para resolver os conflitos de interesses que apareçam entre ele e o seu principal, da forma

que lhe fosse mais favorável. Foi por isso que a lei estabeleceu um rigoroso sistema em que minuciosamente fixa os poderes do representante, raramente lhe concedendo a faculdade de sanar os conflitos de interesses dos contratos que celebra consigo mesmo.

Impõe-se, agora que já assentamos em todas estas ideias, investigar em concreto qual a medida em que a lei positiva admite a sanabilidade dos conflitos de interesses. Começemos pela representação legal ou necessária, que está claramente regulada na lei, pelas razões que já foram apontadas. Assim, aos poderes do pai se refere o artigo 150.º do Código Civil, dizendo que ele não pode alienar, hipotecar ou por qualquer outro modo obrigar os bens do filho, a não ser mediante autorização judicial. Mas mesmo com essa autorização, pelo que diz respeito à venda, estabelece o artigo 274.º do Código Civil que ela só se pode fazer pela forma estabelecida nos artigos 267.º e seguintes. Portanto, mesmo fora do campo dos conflitos directos de interesses, isto é, mesmo os conflitos indirectos de interesses entre pai e filho se acham assim previstos, pela regulamentação dos poderes do primeiro dentro de limites determinados. Mas também os contratos consigo mesmo em que apareçam conflitos directos de interesses entre pai e filho ou entre vários filhos sujeitos ao mesmo pai, foram regulados pelo artigo 153.º do Código Civil que diz que, se entre os pais e seus filhos menores se levantarem conflitos de interesses, será dado aos filhos tutor especial que os defenda. Quer dizer, o pai não pode, por si só, sanar os conflitos de interesses que surjam entre ele e os filhos, ou entre vários filhos, e, por isso, em relação a eles, não pode celebrar contratos consigo mesmo, desde que esses conflitos se verifiquem.

Com o tutor passam-se as coisas quase da mesma forma. Os seus poderes, como representante, estão limitados a poderes de mera representação. É o que claramente se deduz do n.º 1 do artigo 243.º do Código Civil que diz que pertence ao tutor reger e defender a pessoa do menor e *administrar seus bens*, como bom pai de família. Para dar de arrendamento os imóveis do menor por mais de três anos, assim como para proceder à venda dos móveis ou imóveis, precisa não só da autorização do conselho de família a que se referem os n.ºs 13, 14 e 16 do artigo 224.º do Código Civil, mas ainda de usar as formalidades estabelecidas pelos artigos 265.º e 267.º e seguintes do mesmo Código. Como se vê, os conflitos de interesses foram por-

menorizadamente regulados na lei, mesmo fora dos casos de contratos consigo mesmo. Mas ainda neste capítulo, eles se evitaram. Assim, o n.º 2 do artigo 244.º do Código Civil declara que é absolutamente defeso ao tutor arrendar, comprar e arrematar os bens do menor; e o n.º 1 do artigo 258.º determina que, todas as vezes que os direitos do menor se acharem em oposição com os interesses do tutor, incumbe ao produtor sustentar e defender esses mesmos direitos. E aqui temos como também o tutor não pode sanar os conflitos de interesses que se estabeleçam entre ele e o menor ou entre dois menores sujeitos à mesma tutela. Sempre que estes se verifiquem, a defesa do menor incumbe ao protutor. Os actos realizados em contravenção dos artigos 153.º e 258.º, n.º 1, do Código Civil, são feridos de nulidade que me parece que só pode ser relativa. É certo que não há qualquer disposição que o diga, ao contrário do que acontece em algumas legislações estrangeiras. No entanto, porque se trata de normas nitidamente de interesse e ordem particular, cuja infracção afecta fundamentalmente interesses particulares, parece que a nulidade resultante dessa infracção só pode ser proposta pelos menores ou quem suas vezes fizer, e, portanto, só pode ser relativa.

Vimos que, na representação necessária, tanto o pai como o tutor não podem sanar conflitos de interesses, e, por essa razão, não podem celebrar contratos consigo mesmo. E isto será sempre assim? Julgo que não, porque há contratos que não envolvem qualquer colisão de interesses, mesmo sendo celebrados por intermédio de uma só pessoa. Será o caso duma doação, feita pelo pai ou pelo tutor ao menor, doação esta que nós já vimos ser permitida pelo artigo 1478.º do Código Civil. E ainda o artigo 246.º do mesmo diploma permite que o tutor cobre o seu crédito anterior à tutela; é um caso de «sibi solvere».

Mas se a lei é assim rigorosa na representação legal, já o mesmo não acontece com a representação voluntária. Aqui, como se vai ver, e salvo o caso do representado ter manifestado a este respeito a sua vontade, quer em sentido positivo, quer em sentido negativo, tem o representante amplos poderes para resolver os conflitos de interesses que surjam, tanto no negócio representativo como em consequência dele. A única disposição que trata do assunto, é o artigo 1562.º do Código Civil, que estabelece que não podem ser compradores os mandatários quanto aos bens de cuja venda se acham encarregados, os

tutores quanto aos bens dos menores, os testamentários quanto aos bens da herança e os funcionários públicos quanto aos bens em cuja venda intervêm. Por ligeira que seja a análise que se faça a este artigo, logo resulta que não se quis somente atingir com a sua proibição os representantes legais ou voluntários, e, como consequência, não se quis somente impedir o contrato de compra e venda consigo mesmo. Com efeito, tanto os testamentários como os funcionários não são verdadeiros representantes, e a compra que fizessem, não constituiria um contrato consigo mesmo. Desta observação se pode concluir que o legislador apenas teve em vista um conjunto de casos em que, visto o conflito de interesses ser muito grave, afastou as regras que normalmente se aplicam. Assim nós já vimos, no artigo 258.º, n.º 1, que o tutor, desde que se dê a intervenção do protutor, pode resolver uma colisão de interesses entre ele e o pupilo. Também o representante voluntário tem, em princípio, os poderes que o representado lhe outorgar. Porém, nos casos do artigo 1562.º, essas regras têm de ser postas de parte, pois que nem a intervenção do protutor, nem a autorização do representado voluntário são bastantes para que o representante possa resolver os conflitos a que esse artigo se refere. No entanto, desde que se saia desses casos, tudo volta à normalidade. Ora como aos representantes voluntários e aos legais não se podem aplicar, pelas diferenças que entre eles existem, as regras que a este respeito o nosso Código Civil fixa para os segundos, temos que os primeiros, em capítulo de resolução de conflitos de interesses, apenas têm a proibição do citado artigo 1562.º. Fora dele há só que atender à vontade do representado. Mas, na verdade, em matéria de representação voluntária, os únicos conflitos de interesses que o mandatário não pode resolver são os do artigo 1562.º? Creio que não; ele também não poderá sanar os conflitos surgidos entre ele e o principal, desde que sejam de maior ou igual gravidade que os daquele artigo.

O artigo 274.º do Código Comercial parece destruir tudo quanto acabei de dizer acerca dos conflitos de interesses na representação voluntária, pois permite que eles sejam sanados pelo comissionário, ao realizar um contrato de compra e venda consigo mesmo, desde que se trate de bens cujo preço pode ser objectivamente determinado.

Pode, na verdade, argumentar-se que, em todos os casos em que o preço não dependa exclusivamente da vontade do mandatário, este

deve poder resolver a colisão de interesses inerente ao contrato concluído por intermédio de uma só pessoa. No entanto, objectarei que o artigo 274.º do Código Comercial é puramente excepcional em relação ao artigo 1562.º do Código Civil, e não em relação ao contrato consigo mesmo.

Se o principal não pode, em contrário do que estabelece o artigo 1562.º do Código Civil, autorizar o seu representante a celebrar contratos consigo mesmo, pergunta-se: a contravenção desta norma implicará uma nulidade absoluta ou relativa? A propósito das normas que, nas legislações estrangeiras lhe correspondem, já os autores têm discutido o assunto.

A mim parece-me que, em face do nosso sistema legislativo, a nulidade em questão não pode ser senão absoluta. Como se tem visto, o artigo 1562.º não pode ser afastado em caso algum: nem o tutor pode comprar bens do pupilo, mesmo que este, como manda o n.º 1 do artigo 258.º do Código Civil, esteja defendido pelo protutor, nem o mandatário pode comprar bens do mandante, mesmo que este a tal o tenha autorizado. Trata-se, portanto, duma disposição de interesse e ordem pública, visto que a nulidade resultante da sua infracção não pode sanar-se pelo consentimento dos interessados. (Confrontar o § único do artigo 10.º do Código Civil). E se se trata duma disposição de interesse e ordem pública, os actos praticados contra o que ela dispõe são feridos de nulidade absoluta. À mesma conclusão chegamos através da letra da lei. O artigo 244.º do Código Civil que repete, no seu n.º 2.º, o que se dispõe no n.º 2.º do artigo 1562.º, diz que é *absolutamente defeso ao tutor*. E o artigo 1567.º ainda é mais elucidativo, porque diz que os contratos de compra e venda feitos com quebra das disposições contidas nos artigos antecedentes, *serão de nenhum efeito*. Julgo que, pelo menos na nossa lei, não pode restar dúvida de que se trata duma nulidade absoluta.

Parece chegado o momento de concluirmos, de tudo o que se tem dito, quais os casos em que se admite o contrato consigo mesmo, dado que, pelo que respeita ao consenso, ele não tenha obstáculos. Assim, podem realizar contratos consigo mesmo os representantes de pessoas capazes, dentro dos limites que a vontade destas traçar, nunca podendo essa vontade nem os representantes na sua falta, contrariar o que se dispõe no artigo 1562.º do Código Civil. Quanto aos representantes de incapazes, como não podem sanar conflitos

de interesses, não podem concluir contratos consigo mesmo. Porém, estes nem sempre implicam um conflito de interesses; é o caso da doação, como já se disse atrás. Ora desde que se trata dum contrato destes, já o representante de incapazes o pode celebrar consigo mesmo.

§ 2.º

O aspecto do mútuo consenso

Para se poder finalmente concluir acerca da admissibilidade do contrato consigo mesmo, resta ainda analisar um dos aspectos por que esta figura jurídica mais tem sido discutida: o aspecto do mútuo consenso, isto é, da natureza jurídica no que respeita à declaração de vontade.

Antes, porém, de o fazer, julgo oportuno assentar duas ideias sobre a representação, para com elas melhor podermos entrar na apreciação do referido aspecto do contrato consigo mesmo. Assim, qual é a vontade que intervém no negócio representativo, a do representado ou a do representante? Hoje a maioria dos autores afirma que é a do representante, e só a do representante. Em minha opinião esta é a boa doutrina; no entanto, ela nem sempre tem sido seguida. Importa ainda assentar noutro ponto: é que com a representação a personalidade do representado passa para o representante, sem se confundir com a dele. Este último, desde que aceitou o poder de representação, coloca, realmente, a sua vontade e a sua inteligência ao serviço de duas pessoas — ele mesmo e o representado. Este, quando lhe conferiu a representação, não lhe entregou apenas o gozo e o exercício dos direitos que normalmente tem, mas ainda o conjunto de actividades psíquicas que desenvolvia nesse exercício. Por isso se diz que a personalidade do representado passa para o representante, sem se confundir com a dele. Feitas estas observações, podemos agora entrar pròpriamente no estudo do objecto deste parágrafo: o aspecto do mútuo consenso.

E, ao indagar-se acerca da admissibilidade da nossa especial figura jurídica, este aspecto é dos mais importantes, visto que se trata do aspecto técnico do problema.

Haverá razões de ordem conceptual que nos impeçam de admi-

tir o contrato consigo mesmo? É claro que não se pode seriamente duvidar de que o legislador possa atribuir efeitos contratuais a um acto, mesmo que ele não corresponda ao conceito normal do contrato. E pode fazê-lo, quer considerando-o como um negócio jurídico unilateral de caracteres especiais, quer dando um conceito positivo do contrato que abranja também a hipótese do contrato consigo mesmo. Ora a questão está em saber se, nesta segunda hipótese, é necessário que a lei expressamente sancione este contrato, ou se mesmo sem isso à nossa figura jurídica podem corresponder efeitos contratuais. Eu creio que ela, ainda sem qualquer sanção expressa, está compreendida no conceito positivo do contrato. Vou procurar prová-lo. Depois de um contrato estar perfeito, nós encontramos nele uma só vontade, a vontade contratual. Simplesmente ela resulta do encontro de duas vontades diferentes que partem de pontos opostos, e que, no período que antecede o acordo, lutam uma contra a outra. O mútuo consenso é, portanto, o resultado de duas vontades, e o artigo 641.º do Código Civil diz mesmo que devem intervir duas pessoas no contrato. Em face disto, como explicar o contrato consigo mesmo? Segundo uma primeira teoria, a nossa figura jurídica é um verdadeiro negócio bilateral, um contrato, visto que este não é senão a produção de efeitos jurídicos entre dois patrimónios pertencentes a pessoas diversas. A essência do contrato está antes nisto do que no encontro de duas vontades. O que se exige é que, tal como no contrato de uma só pessoa, haja dois actos volitivos embora emitidos por uma só vontade. Salta à vista que esta construção é um puro sofisma.

Uma outra teoria, diz que o contrato celebrado por intermédio de uma só pessoa é um verdadeiro acto jurídico unilateral, embora se lhe atribuam efeitos contratuais. Se o contrato só pode ser produzido por duas declarações de vontade diferentes, o contrato consigo mesmo tem fatalmente de ser um negócio jurídico unilateral. Mas também esta teoria não parece dever aceitar-se. Se, na verdade, não existem no nosso contrato duas vontades como no normal, também não se tem um verdadeiro acto unilateral.

Em primeiro lugar, ele tem efeitos contratuais, e em segundo lugar, há aqui um elemento que não aparece na estrutura daqueles actos: a representação. Vemos desta forma que o contrato consigo mesmo não é um negócio jurídico bilateral nem unilateral. Apareceu então uma teoria intermédia. Como se vai ver, é também esta a teo-

ria que me parece mais defensável. Segundo ela, no contrato do representante consigo mesmo, não há realmente duas vontades que se combinem juntamente, mas há duas personalidades, embora reunidas num mesmo indivíduo. E se, como regra geral, se exige no contrato a combinação de duas vontades, pode, excepcionalmente, ser suficiente o acordo de duas personalidades, desde que intervenha qualquer substitutivo daquelas. Ora, sendo assim, já o acto se não pode dizer unilateral, porque se forma entre personalidades diferentes. E, embora excepcionalmente, elas podem na verdade dar origem a uma relação contratual? O que é, realmente, essencial ao contrato, dada a sua função económico-social, é que ele surja entre patrimónios pertencentes a diferentes titulares, não sendo nunca permitido pôr de parte este princípio. Mas já será possível, se bem que a título excepcional, dar menos a importância a uma das duas vontades, continuando, apesar disso, a obter os mesmos resultados: uma relação contratual. Basta para tanto que haja a intervenção de elementos subsidiários, como é no nosso caso a representação. Esta teoria parece ser de aceitar, pois há muitos casos em que o legislador atribui efeitos contratuais a um acto para o qual não exige os pressupostos do contrato, no processo formativo. Em primeiro lugar, há uma série de contratos cuja conclusão só na aparência depende do mútuo consenso, pois no fundo só uma das partes que predomina sobre a outra, é que decide. Isto acontece, por exemplo, com a expropriação por utilidade pública. Não que esta em si seja um contrato, mas porque, em vez de sofrer a expropriação, o particular pode vender ao Estado o prédio em questão. Se assim fizer, quem na realidade decide do preço e da própria venda, é o Estado. O mesmo acontece ainda com a comunhão forçada dos muros ou paredes confinantes a que se refere o artigo 2328.º do Código Civil. Também aqui temos um contrato em que não se verifica um verdadeiro mútuo consenso, mas antes a vontade de uma das partes imposta à outra. Temos ainda outros exemplos em que o mesmo se passa, tais como os depósitos necessários e os contratos de fornecimento de energia eléctrica, de água e de todas aquelas coisas que, na cidade, são fornecidas em forma de monopólio legal ou de facto. Em face disto, pode perguntar-se: sempre que uma das partes entra no contrato coagida pela outra e só passivamente toma parte na sua formação, ele será realmente o fruto de duas vontades livres, ou antes e apenas duma só vontade a que a

outra está subordinada? É a segunda hipótese a que se verifica, e, por isso, a teoria intermédia, que eu disse ser a melhor, tem aqui uma confirmação. Ora com o contrato consigo mesmo passa-se coisa idêntica ao que se passa nestes casos. Simplesmente, em vez de ser a lei que confere a uma só pessoa o poder de realizar um negócio bilateral, é a outra parte que lho confere, entregando-lhe a sua representação. Mas até me parece que o contrato consigo mesmo ainda é mais completo, ainda tem pressupostos mais favoráveis do que a venda forçada e casos análogos. Realmente, nele, não só há uma vontade a que a representação atribui o poder de realizar negócios bilaterais, como ainda há duas personalidades, se bem que atribuídas ao mesmo indivíduo.

Depois de tudo isto, creio que não há razões de ordem conceptual que se oponham à admissibilidade do contrato consigo mesmo. Acto jurídico unilateral é o que emana de uma ou mais vontades dirigidas no mesmo sentido. O acto jurídico bilateral é o que emana de duas ou mais vontades dirigidas em sentidos opostos. Mas por vezes mesmo no acto bilateral pode a vontade ser uma só, desde que se verifiquem certos pressupostos, tal como acontece no contrato celebrado apenas por intermédio do representante. No entanto, há ainda que reparar numa dificuldade: é que, como falta um destinatário para a declaração própria do negócio, falta também uma exteriorização, o representante está sempre a tempo de revogar, secretamente e sem possibilidade de controle, a declaração de vontade que emitiu. É necessário, por isso, dar consistência ao vínculo jurídico contratual. Ora parece-me que, para este efeito, não é bastante a declaração escrita pelo representante, dirigindo-se a si mesmo, e, em seguida, por ele guardada. Como também não parece suficiente a declaração feita perante terceiras pessoas não interessadas. Só será bastante a declaração feita perante um oficial público. Mas, bem entendido, a forma de exteriorizar o contrato consigo mesmo há-de depender, principalmente, da espécie de contrato de que se trata.

CAPÍTULO III

Solução do direito positivo

Tendo-se chegado à conclusão de que não há razões que se oponham à admissibilidade conceptual do contrato consigo mesmo, e tendo-se verificado que, dentro de certos limites, a lei concede ao representante o poder de resolver os conflitos de interesses que lhe são inerentes, parece-me que podíamos concluir afoitamente pela admissão desta figura jurídica, no nosso sistema legislativo. No entanto, há ainda argumentos, contidos no direito positivo, que nos levam à mesma conclusão. É a eles que agora vou fazer referência.

Em primeiro lugar, há que reparar na razão de ser do artigo 1562.º do Código Civil. O que ele teve em vista, foi impedir conflitos de interesses particularmente graves, e não o contrato estipulado por meio de uma só pessoa. Prova-o o facto de ele dizer que: «não podem ser compradores, nem directamente, *nem por interposta pessoa*». Se o motivo da proibição fosse a não admissibilidade do contrato consigo mesmo, ela não tinha razão de ser no caso da compra ser feita *por interposta pessoa*. O impedimento manteve-se, porém, porque o que se teve em vista foi precisamente obstar ao conflito de interesses. E o mesmo se deve dizer ainda da redacção que, pelo decreto n.º 19:126, foi dada ao n.º 1 deste mesmo artigo. A antiga proibição de os mandatários e procuradores comprarem os bens de cuja venda se acham encarregados, acrescentou-se: «ainda que tenham substabelecido os seus poderes». Quer dizer, é ainda a mesma preocupação de evitar conflitos de interesses, e não a de impedir o contrato consigo mesmo que, no caso de substabelecimento de poderes, já não se verificaria.

Mas que o artigo 1562.º do Código Civil não teve em vista proibir esta figura jurídica, prova-o ainda o facto de ele não permitir compras e vendas que não constituiriam contratos consigo mesmo. É, por exemplo, o caso do n.º 4.º, que diz que os funcionários públicos não podem comprar os bens em cuja venda intervêm. Ora se o artigo 1562.º foi incluído no Código pelo legislador de 67, apenas com o fim de impedir determinados conflitos de interesses que atingem elevado grau de intensidade, nós não podemos tirar dele qualquer conclusão, no sentido da não admissibilidade do contrato esti-

pulado por uma só pessoa. Muito pelo contrário, se o confrontarmos com o artigo 274.º do Código Comercial, chegaremos a resultados que só são favoráveis à admissão da figura jurídica que tem sido objecto deste estudo. Assim, já se viu que o artigo 1562.º proíbe certas formas de compra e venda por conterem em si uma grave lesão de interesses. O artigo 274.º já permite uma dessas formas de compra e venda, porque, em virtude da determinação objectiva do preço, essa colisão de interesses quase desaparece. Mas permite-a, precisamente, sob a forma de contrato consigo mesmo. Logo pode concluir-se que, sempre que o conflito de interesses não o impeça, devemos admitir que uma pessoa, por si só, possa estipular um contrato, isto é, devemos admitir que uma pessoa, por si só, possa estipular um contrato, ou, por outras palavras, devemos admitir o contrato consigo mesmo.

Mas também para esta figura jurídica podemos tirar conclusões favoráveis doutras disposições, como, por exemplo, do artigo 1340.º do Código Civil. E senão veja-se. Diz ele que, se o mandatário distrair em proveito seu o dinheiro do seu constituinte, será responsável pelos juros desde que se achar constituído em mora. Quer dizer, o artigo 1340.º admite o mútuo de dinheiro, realizado por uma só pessoa — o mandatário. E digo que o admite, porque o uso aí previsto que este faça do dinheiro do seu constituinte, tanto pode ser lícito como ilícito. A citada disposição tanto prevê hipóteses de uso lícito como ilícito. E a prova está em que não se cominou para ele a indemnização por perdas e danos a que se referem os artigos 1336.º e 1338.º do Código Civil. Outra prova ainda podemos ir buscá-la ao artigo 241.º do Código Comercial. Estabelece esta norma no seu § único que se o mandatário fizer um uso ilícito do dinheiro do seu constituinte, *por o distrair do seu destino* para o empregar em negócio próprio, não só responde pelos juros devidos, mas também pelos prejuízos causados, ou seja pelas perdas e danos a que se refere o artigo 238.º do mesmo Código. Claramente se vê que, quando o legislador julgou ilícito o uso que o mandatário faz do dinheiro do mandante, o disse abertamente, obrigando-o não só ao pagamento de juros, mas também à indemnização de perdas e danos. Ora no artigo 1340.º do Código Civil, não se falou nesta indemnização por perdas e danos, exactamente porque aí tanto se prevê uma hipótese lícita como uma hipótese ilícita. E se, neste artigo 1340.º, se admite que o mandatário lícitamente empreste a si mesmo dinheiro do mandante,

temos de concluir que nele se admite e sanciona um contrato consigo mesmo. Finalmente, quero ainda fazer uma observação, a propósito do artigo 1562.º do Código Civil. Refiro-me a duas lacunas que ele contém. Falando com mais propriedade, talvez nem se devam considerar lacunas, visto que se trata de casos que, neste artigo, se podem considerar previstos, por uma simples interpretação extensiva. Em primeiro lugar, não se estabelece no artigo 1562.º a proibição do pai comprar bens dos filhos, paralelamente ao que no seu n.º 2.º, que é uma repetição do n.º 2.º do artigo 244.º do Código Civil, se estabelece para o tutor. Devemos por isso admitir que ao pai é permitida essa compra? Embora do facto de os seus poderes serem mais amplos do que os do tutor, seja talvez admissível tirar essa conclusão, eu julgo que o pai também deve estar abrangido pelo n.º 2.º do artigo 1562.º. Com efeito, as restrições que em matéria de conflitos de interesses a nossa legislação fixou para ele, são quase as mesmas que fixou para o tutor. Quando muito, poderia o pai fazer nomear ao filho um tutor especial, como determina o artigo 153.º do Código Civil, para depois poder efectuar a compra, mas julgo que nem assim, visto que isso seria contrariar o espírito do artigo 1562.º. Pode não se concordar com os rigores desta disposição, mas não há dúvida de que, bem compreendida a sua economia, temos que por ela considerar abrangida a hipótese que figurei para o pai.

A segunda lacuna consiste no facto de, no artigo 1562.º, se dizer que *não podem ser compradores*, e nada se dizer quanto a *serem vendedores*. Mas creio que o caso também se aí deve considerar abrangido; não só a razão de ser é a mesma, como ainda a proibição estabelecida por esta disposição é demasiado rigorosa, para que possamos não considerar aí incluídas situações em que a colisão de interesses se apresenta com igual acuidade.

Chego, desta maneira, ao fim do meu trabalho, e creio que deixo suficientemente demonstrada a admissibilidade conceptual e prática do contrato consigo mesmo. Não quero de forma nenhuma dizer que esta figura jurídica não apresente as suas dificuldades, e não tenha os seus inconvenientes. Mas compete ao juiz consciencioso decidir em face de cada caso concreto, se o representante se serviu deste contrato em prejuízo do seu principal, ou se, pelo contrário, teve em vista beneficiá-lo, muito embora concomitantemente também procurasse vantagens para si. É claro que esta indagação há-de o juiz fazê-la, não com

o critério estreito dos efectivos benefícios auferidos pelo principal, pois muitas vezes, mercê de circunstâncias imprevisíveis, o representante pode chegar a resultados desastrosos, embora tenha agido na melhor boa-fé.

Assim compreendida, a nossa figura jurídica realizará, até muitas vezes melhor do que o contrato normal, a sua função económico-social, principalmente no comércio, onde se exige, cada vez mais, segredo nas operações, rapidez e abolição de formalismos. E como nos nossos dias a tendência é toda no sentido do predomínio da jurisprudência dos interesses sobre a jurisprudência dos conceitos, é de esperar que, apesar de algumas dificuldades de ordem substancial, o contrato consigo mesmo venha a ser devidamente tratado, numa possível reforma do nosso Código Civil. É este, pelo menos, o caminho das principais legislações estrangeiras.

ALEXANDRE CABRAL CAMPELO