

## A DEFINIÇÃO LEGAL DE «CONTRATO»

### Observações em torno dos art.<sup>os</sup> 641.º e 642.º do Código Civil

Pelo DR. JOSÉ H. SARAIVA

Esta breve dissertação contém doutrina que se pode, com toda a mutilação e desvirtuamento a que a excessiva brevidade condena, condensar nas seguintes proposições fundamentais:

- a) A discussão, a que a doutrina francesa tem procedido, da contratualidade ou não contratualidade de novas figuras que, sob certos aspectos, parecem revestir moldes contratuais, — é discussão que se não pode admitir à face do Código Civil Português.
- b) O conceito contratual delineado nos art.<sup>os</sup> 641.º e 643.º do Código Civil é expresso em não consentir a qualificação, como contratuais, das novas figuras a que se refere a alínea anterior.
- c) Do ponto de vista de *lege ferendo*, tal qualificação não é de aconselhar.

Passemos a expor, e a tentar demonstrar, cada uma das teses que em estas três alíneas se contêm.

#### § 1.º

1. Uma das notas mais insistentemente feridas pela doutrina civilista francesa, é a da desactualização da construção do conceito de *contrato* e, em termos mais gerais, do conceito de *convenção*, no Código Napoleónico.

Segundo uma doutrina que aliás encontra eco em muitos escritores de outras nacionalidades, a «evolução contemporâneo do direito acusa a desagregação progressiva da teoria contratual» tradicional.

O fenómeno transcende o de simples rotação de um conceito técnico, o de mera mudança nas alfaías do labor jurídico, visto que, como Gaston MORIN sublinha, ele parece abalar a disciplina social, pois que o contrato entre particulares, expressão da soberania das vontades individuais, está na base das próprias ordens jurídicas privadas, do mesmo modo que o contrato social, no sistema de Rousseau, é o fundamento da autoridade social e do direito público (1).

Mais que de uma simples alteração na maneira de disciplinar o contrato, estaríamos assistindo ao desaparecimento da própria instituição contratual, segundo alguns autores (2); o contrato estaria «perdendo a sua soberania e o seu monopólio», no dizer de Salleilles (3), estaria vendo «declinar o seu prestígio», na expressão de Hauriou (4). Para outros, pelo contrário, a ideia contratual, renovada, enriquecida pela seiva advinda de uma nova estrutura económica — a estrutura da nossa época — atravessaria uma fase de engrandecimento, alastraria a províncias que até hoje lhe têm sido vedadas, apresentar-se-ia cheia de vitalidade e de fecundas possibilidades como instrumento da organização científica do direito privado (5).

---

(1) G. Morin, «La désagregation de la théorie contractuelle du Code — in Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique — Numéro spécial: LE PROBLEME DU CONTRAT — Dixieme année, n. 1-4, 1940 — p. 7-32.

(2) Eis, sem o intuito de ser completo, alguns escritores que se pronunciaram no sentido da decadência do contrato: Duguit, *Les transformations du droit privé*, 2. ed., Paris, 1920, págs. 52 e 114. — G. Morin: *La Loi et le Contrat — La decadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, passim. — G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, p. 270 — Sallé de la Maniere, *Essai sur l'évolution technique du contrat* — Paris, 1930, E. Gaudin de Lagrange — *La crise du Contrat et le rôle du juge* — 1935.

(3) V. prefacio às «Sources» etc. de Geny, 1899, p. II.

(4) *Principes de Droit Public*, ed., de 1910, p. 213.

(5) Jossierand — *L'Essor moderne du concept contractuel* — in *Recueil d'Et. sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny* — p. 561 — Doutors I. Galvão Teles, *Dos Contratos em Geral*, Coimbra, 1947, p. 51.

**2.** É cheia de interesse a análise dessa controvérsia, que todavia agora não empreenderemos, por o nosso fim ser muito mais restrito — o de determinar qual o perímetro da definição de contrato no nosso código.

Carece de uma palavra de justificação o facto de entrarmos na discussão de tal problema — que parece que se deveria estudar à face exclusiva da lei nacional — pela exposição de um debate surgido em França. Eis a razão de ordem que assim nos faz proceder: é por se ter discutido em França o problema da contratualidade das novas figuras, que a discussão se levanta também entre nós. Simplesmente: ao passo que a redacção do art.º 1.101.º do Código Francês admite, e até impõe, a discussão, o nosso art.º 641.º, conjugado com o 643.º, não apenas a torna estéril, como até a deveria evitar completamente. Há pois que ver como nasceu a questão em França, quais as dificuldades interpretativas que lhe deram origem.

**3.** Quais as novas categorias jurídicas que se pretende fazer incluir dentro do âmbito das relações a que a lei reconhece natureza contratual?

Principalmente as quatro seguintes:

- a) Contratos de adesão.
- b) Contratos tipos.
- c) Contratos normativos.
- d) Contratos a favor de terceiro.

Todas estas categorias levantam embaraçosas questões, quer no terreno na prática jurisprudencial, quer no plano mais elevado da teoria do direito. E o estudo de todas essas questões é aliciante, porque todas elas são sintomas de um fenómeno mais geral, todas são pontas de um véu que se levanta e se rompe, e que permite entrever alguma coisa sobre o sentido fundamental da transformação que é a inadequação da construção romanista à realidade lógico-jurídica do nosso tempo.

Mas vamos tão somente ocupar-nos da primeira, pela necessidade de limitar o objecto deste ensaio. Isto é, vamos discutir o problema da contratualidade dos chamados *contratos de adesão*.

A classificação das três restantes categorias, como *contratos*, apresenta, porém, dificuldades que, se superficialmente divergem, subs-

tancialmente não são muito diferentes das suscitadas pela admissão do contrato de adesão entre os verdadeiros contratos. Fica, portanto, esclarecido que quando se diga sobre esta última categoria, vai a benefício das restantes, na parte aplicável.

#### 4. Que são os *contratos de adesão* ?

Escreve o Prof. I. Galvão Teles : «Nos tempos modernos, com a tendência para a uniformidade e consequente simplicidade, imposta pelo aceleramento da vida, e com a formação das grandes empresas, cujo exemplo é seguido mesmo por entes menos poderosos, — está grandemente generalizado o hábito de um dos pactuantes, o mais forte naquele sector especial da vida económica a que respeita o contrato, estabelecer antecipada e genéricamente o respectivo conteúdo. Formula-se e oferece-se ao público um modelo de contrato, e quem quiser contratar tem de aceitar esse modelo sem discutir, dando-lhe inteiramente o seu *placet* : ou aceita em bloco as cláusulas, ou não contrata. Ou sim, ou não» (1).

Este contrato, de que uma das partes elabora o conteúdo, e a que a outra se limita a *aderir*, generalizou-se com surpreendente rapidez. Usado a princípio pelas grandes organizações que não podiam, por real impossibilidade prática, discutir de per si cada um dos numerosíssimos contratos que diàriamente realizavam, alastrou por tal forma, que talvez em nossos dias de deva considerar a forma predominante da contracção de obrigações contratuais, e do estabelecimento das relações de esse tipo. Cada vez com maior frequência, ao adquirir um objecto, ou ao confiá-lo a alguém para que, sobre ele, se realize algum trabalho ou reparação, se recebe um talão ou um *tiket* que, no verso, estipula as cláusulas especiais da operação, indo até ao ponto de desonerar o depositário das obrigações de restituição no fim de certo prazo, de indemnização no caso de prejuízo resultante da reparação, etc. A venda de vários artigos é também por vezes acompanhada de fórmulas deste teor ; nos hotéis, um prospecto afixado nas várias dependências adverte o hóspede do especial conteúdo da relação que assume, não se limitando a reproduzir as cláusulas específicas do contrato de hospe-

---

(1) Dos Contratos em Geral — p. 337.

dagem. O mesmo sucede ainda, por exemplo, nas assinaturas em casas de espectáculo, na assinatura de obras literárias, nos serviços de algumas profissões liberais, nas compras em leilão (em que o vendedor estipula, no próprio catálogo, que só aceita reclamações feitas em certo tempo, ainda no caso de o anúncio não corresponder à coisa anunciada; e que o comprador perde o direito à coisa comprada se a não retirar em prazo determinado); nos contratos de transporte, nos de reparação em artigos eléctricos, de relojoaria, joalheria, etc.

Não é já só o caso da apólice de seguros, do bilhete de caminho de ferro, e das cláusulas rígidas do contrato de trabalho. Se, em 1927, G. Morin podia escrever que se «rompera o equilíbrio entre as partes, e que ao regime da liberdade contratual sucedera de facto a ditadura dos patrões e das companhias poderosas, impondo um regulamento a uma multidão de mais fracos» (1), isso hoje afigura-se-nos uma interpretação estreita, uma visão parcelar de uma realidade que é bem mais vasta.

Antes parece que a antiga necessidade, que obrigava no passado os juristas, e até aqueles que do direito se servem, a ver no contrato um livre acordo de vontades actuautes em plano idêntico, se perdeu para sempre; e que entretanto se vai definindo — porque as próprias exigências da interpretação lógica da realidade subjacente ao direito a impõem — uma concepção radicalmente diferente da realidade jurídica.

**5.** O advento dessa nova modalidade de comércio jurídico levantou várias questões de diversa índole, designadamente quanto aos poderes que deveriam ser atribuídos ao juiz, quanto à responsabilidade que seria justo exigir às partes contratantes, quanto à amplitude e autonomia de clausulação que se deveria reconhecer ao proponente, etc. A vastíssima bibliografia produzida sobre a questão do *contrato de adesão* pode dar uma ideia da importância que o problema assumiu — importância que talvez proviesse menos do seu interesse prático, que do facto de o assunto se ligar com aderências teóricas de capital importância.

---

(1) La Loi et Le contrat, etc.

De todas as questões suscitadas, porém, nenhuma empolgou o espírito dos civilistas tanto, como a que se pode formular nos seguintes termos :

— O contrato de adesão é, ou não é, um verdadeiro contrato ?

**6.** A dúvida levantada pela doutrina francesa tinha um real fundamento.

Por um lado, a nova figura não correspondia àquilo que, num sistema jurídico de índole individualista, se entendia geralmente por contrato. «Contrato» é ideia que anda ligada à noção de liberdade, de querer livremente, de discussão de cláusulas ; e não às de aceitação, submissão, acatamento. Por outro lado, mas no mesmo sentido, a nova maneira de contratar não se ajustava à concepção romanista, nem correspondia àquela realidade que se tinha em mente quando se elaborou toda a regulamentação do contrato, que hoje nos rege. Numa palavra : as divergências entre a antiga e a nova maneira de contratar eram tão profundas, que repugnava à consciência de muitos juristas aplicar a esta a disciplina estatuída para aquela. E, para o evitar, negavam-lhe a qualidade de *contractual*.

Mas, em contrário, acontecia que as novas operações jurídicas apareciam *para substituir* o antigo contrato, tornado insuficiente ; quer dizer, correspondiam à mesma função económico-social, tinham a mesma *causa*, no sentido técnico-jurídico. E como excluir as novas realidades da zona do contrato, se a lei não tomava a iniciativa de o fazer ? Antigamente, contratava-se de um modo ; hoje contrata-se de outro modo ; mas a lei não diz que o contrato tenha necessariamente de se fazer de qualquer das duas formas. Como se há-de portanto negar aos actos bilaterais de adesão a qualificação de contractuais ?

Quer dizer : *era porque a lei não distinguia que o intérprete não se considerava autorizado a excluir.*

**7.** Com efeito, qual a noção que nos dá o Código Napoleónico, acerca de contrato ?

A do seu art.º 1.101.º :

«Contrato é uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam para com outra ou outras pessoas, a dar, a fazer, ou a não fazer, qualquer coisa».

É, como se vê, a concepção romanista, em que o contrato é apenas concebido como fonte de obrigações; os redactores do Código quase se limitaram a trasladar a definição de Pothier, que ele por seu turno bebera nas fontes romanas (1).

Nada aí se estatui relativamente à maneira de clausular. A porta ficava bem aberta para a introdução de novas categorias, e o ponto de vista que lhes dava cidadãnia no país do contrato, não tardou que não levasse vantagem sobre os antagonistas, que de preferência se recrutavam entre os cultores do direito público.

Assim, Duguít escrevera: «para haver força e ser contrato, o acto deve reunir as condições que foram determinadas pela jurisprudência romana, caber nos quadros tão fortemente traçados pelos Gaius e pelos Papinianos, e que se transmitiu intacto aos escritos de Demoulin e de Pothier, e também às grandes redacções legislativas do século XIX. Esse quadro é-nos dado pela fórmula da estipulação romana: «Spondes me? — Spondeo». É claro que deixou de haver necessidade de palavras sacramentais... mas é sempre preciso que duas vontades individuais entrem em contacto, estando uma disposta a prometer fazer qualquer coisa, e a outra a tornar-se beneficiária da prestação prometida; e o contrato não nasce senão quando as duas vontades, após a negociação, após a tomada de contacto, se puseram de acordo sobre objecto do acto. Eis o que essencialmente constitui o contrato» (2).

Mas Josserand pôde responder-lhe que «a lei não exige em parte alguma que a conclusão dos contratos seja preparada por uma livre discussão na qual ambas as partes intervenham com armas iguais: ela contenta-se com um consentimento isento dos vícios enumerados do código civil» (3). E, usando de uma linguagem igualmente impressiva, Ripert escreveu que «para a formação do acordo, a lei exige dois consentimentos: não mede ao dinamómetro a força das vontades» (4).

---

(1) Escrevia Pothier: «contrat c'est la convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des eux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire, ou à ne pas faire, quelque chose.

(2) Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon — 2. ed., 1920 — p. 119-120.

(3) L'essor moderne du concept contractuel, p. 337.

(4) La Règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1925, p. 98.

Teria interesse a exposição de todo o longo debate, que depois se articulou em meandros de opiniões autónomas, mas não a consente a índole prática deste breve estudo. Aliás, pode dizer-se que todas as correntes são simples particularizações de duas atitudes fundamentais (1) : ou se entende que a diferença entre os novos negócios jurídicos e o velho figurino contratual é tão profunda que não se pode harmonizar — designadamente porque o consentimento no pacto de adesão não reveste as características que tem de assumir no contrato — ; ou se entende que o consentimento tem de apresentar-se unicamente com as características referidas no código, e então o pacto de adesão não tem motivo para ficar de fora.

Fica-nos portanto, líquido, este resultado : *na doutrina francesa, dada a deficiência da definição legal, levanta-se a questão de saber se o pacto de adesão é ou não contrato ; e a doutrina inclina-se para a solução afirmativa, principalmente porque a letra da lei não implica a exclusão de tais pactos do âmbito das convenções chamadas contratuais.*

**3.** Não interessa discutir aqui problemas, ou analisar debates surgidos na doutrina estrangeira, a não ser quando eles se projectem na doutrina nacional, e é esse o caso que estamos a examinar. Ainda assim, e pela necessidade de limitar o tema, não faremos a análise das opiniões expendidas pelos escritores franceses. Consintam-se, no entanto, estas brevíssimas observações, de ordem lógica.

Se o problema se originou em face da insuficiência da letra da lei, parece que o que havia a fazer era demonstrar que, pela sua própria natureza, o pacto de adesão era contratual ; e não o incluir o pacto na definição, com base na própria insuficiência dela. A verdade é que o esforço da doutrina francesa ; neste ponto, parece redutível ao seguinte esquema : como a lei nada diz, há que demonstrar

---

(1) Contestaram, entre outros, a contratualidade do «contrato» de adesão : Hauriou, *Principes de droit public*, 2. ed., p. 206 sgts. ; Duguit, *Traité de droit Constitutionnel*, 3. ed., I, 371, e loc. cit. ; Saleilles, *La déclaration de la volonté*, art.º 133, n.ºs 89-90. E afirmaram-na : Ripert, *op. e loc. cit.* ; Dereux — *De la nature juridique des contrats d'adhesion*, *Rev. trim.*, 1910, 503 ; Sallé, Dollat, Gounot, Josserand, etc.



se o pacto de adesão é ou não contrato. Ora é — porque a lei não diz que não seja. Esquema pobre, e muito parecido com um círculo vicioso.

Por outro lado : quando se pergunta se tal pacto é, ou não é, contrato, põem-se dois problemas muito diferentes, consoante o sentido em que se entenda a pergunta. Se por *contrato* se entende aquela realidade jurídica que, segundo o sentir comum e segundo a tradição romanista é havido por contrato — então é claro que o pacto de adesão não pode ser considerado como contratual. Se, porém, por contrato se entender tudo quanto a definição legal é susceptível de abranger, então pode-se discutir, e chegar a um ou a outro resultado. O que, porém, é necessário, é que quando se discute o problema se saiba o que se está a discutir, se saiba em qual dos dois sentidos se toma a palavra «contrato». Parece-nos, por exemplo, que a polémica travada entre G. Morin e Josserand carece de fundamento, por não ter havido entendimento inicial quanto aos termos a empregar. Assim, ao passo que o primeiro asseverava que aquela convenção não era contrato (no 1.º sentido), o outro garantia que o era (no segundo). Supomos que se essa dualidade de sentidos tivesse sido sanada, tanto Morin conviria em que aquele pacto é contrato no segundo sentido — isto é, cabe nas malhas da definição do art.º 1.101.º —, como Josserand admitiria que o não é — na primeira acepção. O desacordo resolver-se-ia, e o problema situar-se-ia em fase diversa, por ventura mais útil.

9. Debatido sobretudo em França, o problema criado pelo «contrato» de adesão não é, naturalmente, privativo do direito francês. A definição do antigo Código Civil Italiano era igualmente omissa sobre esse ponto, e a acção da doutrina não deixou de se exercer sobre ele. É, porém, em França que a questão logrou interessar mais vivamente os juristas — e tanto civilistas como publicistas.

Também entre nós a questão se discutiu, e continua a discutir. O ponto de vista que parece prevalecer é o de que o pacto de adesão é, de direito e de facto, um contrato. E os fundamentos de tal opinião são os mesmos que ficaram expostos: a lei apenas exige consentimento, não o subordinando a qualquer condicionalismo.

Será assim ?

## § 2.º

**10.** Poderá, efectivamente, afirmar-se que à face da lei portuguesa, basta que se dê a regulamentação de interesses contrapostos por via de *consentimento*, para que estejamos em presença de um contrato?

Assim se tem entendido.

No contrato de adesão há consentimento; um consentimento *sui generis*, é certo, visto que uma das partes quis e concebeu o contrato, e à outra fica apenas a alternativa de o aceitar como a outra o quis, ou de não contratar. Mas há consentimento. E porque a lei nada exclui, também o intérprete não pode distinguir. Estamos pois diante de contratos, no sentido literal da lei.

**11.** Ora, se o art.º 1.101.º do código francês não restringe a ideia de consentimento, já o mesmo não sucede com as disposições que, no nosso código, regulam a matéria.

Essas disposições são os art.ºs 641.º e 643.º, integrando-se o primeiro pelo segundo.

Diz o art.º 641.º:

«Contrato é o acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação».

São portanto três os elementos desta definição:

- 1 — O acordo;
- 2 — As pessoas;
- 3 — Direitos que as pessoas transferem, ou obrigações a que se sujeitam.

Tem esta disposição que se integrar com o disposto no art.º 643.º, que diz:

«Para o contrato ser válido devem dar-se nele as seguintes condições:

- 1.º Capacidade dos contraentes;
- 2.º Mútuo consenso;
- 3.º Objecto possível.»

Conjugando o disposto nos dois artigos, teremos delineado aquela realidade que, segundo o Código Civil, é *contrato*.

E assim, teremos que :

*Contrato* é o acordo em que haja mútuo consenso ; pelo qual duas ou mais pessoas com capacidade transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação, desde que possível.

Interessa-nos especialmente o primeiro troço da definição. Que nos diz ele ?

*Que o contrato só é contrato se o acordo assumir a forma de um mútuo consentimento.*

É flagrante que o art.º 643.º tem a função de completar e condicionar o art.º 641.º. Este contém uma definição que compreende *três elementos*, aquele sujeita a validade a *três* requisitos ; e cada um dos três requisitos se refere a seu elemento, como claramente resulta dos seus termos, e do contexto. Não há pois dúvida de que, nos termos da nossa lei, só será contrato aquele acordo em que se possa ver um *mútuo consentimento*.

Fixemos a nossa atenção sobre esta expressão «mútuo consentimento».

Que quer ela dizer ?

Antes de mais, há que assentar neste ponto : não quer dizer o mesmo que *acordo*. Se assim fosse, não teria sentido o n.º 2.º do art.º 643.º ; ele não pode, com efeito, querer dizer que o *acordo tem de ser acordo*.

Ora *acordo* — a palavra empregada no art.º 641.º — significa convergência de vontades. Há acordo sempre que dois ou mais querem a mesma coisa.

*Mútuo consenso* há-de, portanto, querer dizer mais que isso.

Atente-se em que tal expressão é pleonástica ; mútuo consenso ? mas a ideia de mútuo está já em consenso. Se o legislador assim repetiu a ideia, foi para sublinhar o aspecto que tinha em vista frisar, para lhe dar um maior relevo, chamar a atenção para ele.

Note-se que, por outro lado, é de facto na palavra *mútuo* que se encontra a chave da questão.

Com efeito, *acordo* e *consenso* são palavras de significação quase

idênticas. Acordo (de *ad—cor, cordis*) significa convergência (ad), encontro, de corações. Consenso (de *con—sentio*) quer dizer convergência, encontro do sentir. E independentemente do significado etimológico, as duas palavras são também quase equivalentes.

Foi por isso mesmo que os redactores do Código — lembra-se aqui, nesta hora em que se elabora um novo código, que a redacção definitiva dele é da pena de um gigante, que se chamou Alexandre Herculano — decidiram anteceder a palavra *consenso* de uma outra que a tornasse mais expressiva daquilo que, verdadeiramente, queria dizer: *mútuo*.

Duas conclusões, ambas da maior importância, queremos tirar desse facto:

a) Dentre os vários elementos que constituem a compreensão da palavra *consenso*, aquela a que a lei dá maior relevância, é a de mutualidade; importância que foi até ao ponto de a enunciar em separado, ainda incorrendo no risco de parecer pleonástico.

b) Se o legislador julgou necessário vincar que a acordo tinha de ser mútuo, é porque admitiu a hipótese de *consenso-não mútuo*, e expressamente a quis excluir.

Esse *consenso-não mútuo* era o simples acordo, já exigido pelo art.º 641.º. Mas para haver contrato eram preciso, aos olhos do legislador, algo mais que simples acordo. Assim como as partes têm de ser capazes, e do mesmo modo que o objecto tem de ser possível, o acordo há-de ser recíproco. Tinha de haver a recíproca integração das vontades, tinha de um *querer*, por o outro *querer*. Tinha, numa palavra, de se apresentar em cada contraente um processo volitivo individualizado em ordem à produção daquele concreto efeito que se tem em vista realizar com o contrato.

Como exprimir, no laconismo de uma fórmula legal, esse complexo requisito?

Justamente deste modo: substituir a palavra *acordo* (mais objectiva, mais significativa da concordância já exteriorizada) pela palavra *consenso* (mais subjectiva, mais significativa da concordância ainda só psicológica) e anteceder-lá ainda da palavra *mútuo*, para reforçar a ideia de que essa atitude psicológica era de exigir em ambos os contraentes.

**12.** *Mútuo consenso* significa, portanto, aquele acordo que de-

pende de ambas as partes — mas não só isso porque, por definição, não há acordos de uma parte só, todos o são de ambas as partes ; portanto o acordo que depende de ambas as partes de tal modo que uma das vontades quer contratar em certos termos, porque a outra se manifesta em dado sentido ; isto é, em que as vontades se determinam uma à outra, em que mutuamente se influem.

Ou, em maior brevidade :

*acordo* significa a *convergência de vontades* ;  
*mútuo consenso* significa a *interdependência de vontades*.

E, para a nossa lei,

não basta a *convergência*; é necessária a *interdependência*.  
 Não basta a *relação* ; é necessária a *função*.

### 13. Será arriscado pensar assim ?

Não é. Antes, pensar de outro modo se afigura grosseira interpretação do texto legal.

Em primeiro lugar :

Ou a expressão *mútuo consenso* (que — ninguém o duvidará — tem em vista condicionar a de *acordo*) quer dizer isto, ou não quer dizer nada.

Ora, uma regra elementar de interpretação é a que não permite admitir a manifesta imperfeição da lei, a não ser quando ela se imponha como a única solução possível. Quando, entre duas interpretações de um texto, ambas possíveis, uma postula o erro da lei, e a outra decorre da sua exactidão, é a *segunda que tem de ser considerada verdadeira*.

Em segundo lugar :

Entre os dois entendimentos, não se pode dizer que são, simplesmente, ambos possíveis. Não. O que defendemos não é só possível : é o único provável.

Com efeito, para os homens que fizeram o Código Civil, a ideia de contrato andava inseparavelmente ligada à de completa liberdade, à de livre determinação do conteúdo contratual, à de relação singular, tendo em vista regular interesses individuais. Era a concepção individualista de contrato, aurida nas fontes do direito romano e da filosofia rouseauniana. Essa concepção moldou todo o código e —

acentue-se — imprimiu-lhe aquela unidade de pensamento e estrutura que faz do Código Civil Português um dos mais notáveis monumentos do saber jurídico europeu do século passado.

Se a sua concepção contratual era a individualista ; se, dos entendimentos possíveis, um implica a imperfeição da lei, e outra supõe a sua exactidão ; se a que parte do princípio da inexactidão da lei, admite uma solução anti-individualista ; se a que parte do princípio de que a lei está certa, chega a um resultado que representa a própria aplicação do individualismo jurídico ao terreno do contrato — se isto assim é, temos que, necessariamente, o intérprete tem de dar à expressão *mútuo consenso* o mesmo significado que nós lhe demos, porque esse é o único que se pode admitir.

É certo que essa mesma concepção individualista estava implícita no Código Civil Francês, mas, por deficiência na redacção, a definição que ele nos dá de contrato presta-se a ser entendida num sentido que não era o que os seus autores tinham em mente. Mas o nosso legislador, mais consciente e mais rigoroso na expressão do seu pensamento, não deixou na lei a frincha por onde se pudesse insinuar um entendimento francamente antagónico com o sistema que adoptou e com a concepção fundamental de que partiu.

**14.** Resulta do que precede que, no Código Civil Português, o critério da contratualidade não está no simples consentimento, mas na *função de vontades*.

Ora no *contrato de adesão* observar-se-á essa função de vontades ?

Não. No contrato de adesão dá-se precisamente aquele acordo que não é *função* ; ou, na terminologia da lei, dá-se o *consenso não mútuo*.

Nesses pactos, a vontade do aceitante forma-se tendo em consideração a do proponente, cuja proposta conhece, ao menos nos seus termos gerais. Ao fazer um contrato de seguro, ou ao adquirir um bilhete de caminho de ferro, aquele que o faz pondera os prós e os contras, e se chega a contratar é porque lhe convém o acordo nos termos em que lhe aparece formulado. Poderá, porém, sustentar-se que o proponente vê, igualmente, a sua vontade dependente da vontade do aceitante ? Não. A vontade do proponente forma-se e manifesta-se com completo alheamento em relação à vontade do aceitante. Formou-se definitivamente antes de qualquer negociação com o outro

contraente, fixou-se sem que este tivesse sido ouvido para nada. No «contrato» de adesão há acordo, porque uma vontade se submete a outra; mas não há mútuo consenso, porque, se a primeira vontade depende da segunda, a segunda não depende da primeira.

Ou, em poucas palavras: *aquilo que é o critério da contratualidade — a função de vontades — não se observa no «contrato» de adesão.*

**15.** Estas observações permitem-nos estabelecer agora com nitidez qual a *diferença específica* do «contrato» de adesão, isto é, qual a característica que distingue o «contrato» de adesão do contrato de tipo tradicional.

Não se trata, como os escritores franceses têm, talvez com excessiva simplicidade, concluído, de um simples desnível económico entre as duas partes contratantes; se assim fosse, a diversidade seria apenas material, não jurídica, e não se vê por que se havia de levantar o problema de tais convenções como contratuais ou não contratuais.

É que, na realidade, no «contrato» de adesão é a própria essência do acordo que se altera. *Ao passo que o acordo, no contrato clássico era uma equação de duas variáveis, no contrato moderno, chamado de adesão, supõe sempre uma constante.*

E esta diferença é tão profunda, desnatura por tal forma aquilo a que se poderia chamar a *alma da instituição contratual*, que uma invencível relutância contém os juristas, e os leva a suspenderem o seu juízo sobre a contratualidade dos novos modelos.

... Relutância que depois superam, por julgarem que nenhuma diferença qualitativa existe, ou por concluírem que nada na lei impõe a exclusão das novas convenções. Mas ambas essas ideias são falsas, e procedentes de uma visão ligeira das coisas. Na realidade, os juristas fazem bem em hesitar: o pacto de adesão não é contrato.

**16.** A análise, feita nas páginas precedentes, dos art.<sup>os</sup> 641.<sup>o</sup> e 643.<sup>o</sup> do Código Civil, é por si prova bastante do que dizemos, e dispensar-nos-ia de apresentar maior alegação.

Aduziremos no entanto, e a mero título de corroboração, o facto de toda a regulamentação do contrato, que se encontra no Título I do Livro II do Código Civil, se encontrar estruturada no sentido de supor no contrato essa *função de vontades*; em toda ela se encontra implícita a ideia de que o contrato em que o legislador pensava, ao

criar a regulamentação que havia de disciplinar os *contratos em geral*, era o contrato em que existe o mútuo consenso, no sentido que a esta expressão assinalamos.

De numerosas disposições nos poderíamos socorrer, se intentássemos uma enumeração exaustiva. Esse não é o nosso intuito. Lembraremos sòmente : a) o regime estabelecido no art.º 335.º do Código Civil (hoje conjugado com o art.º 945.º do Código do Processo Civil), para a anulação dos actos do interdito por anomalia mental, em que se sujeita a anulação dos actos anteriores ao anúncio a que se refere o primeiro trecho do art.º 945.º do Código do Processo Civil, ao facto de o outro estipulante saber que aquele com quem contratou já estava demente ao tempo do contrato ; b) o modo como está regulada a formação do contrato, em que cada emissão de vontade contratual engendra responsabilidade pelos danos resultantes da retracção, o que significa não serem as duas vontades forças alheias uma à outra, mas realidades que recíprocamente se influem — até ao ponto de, ainda antes da transformação do vínculo em contrato, se admitir a possibilidade de haver motivo para indemnizar ; c) toda a teoria do erro, e particularmente o art.º 660.º, em que se dá relevância aos motivos individuais, desde que um contraente declare que é unicamente por certa causa que contrata, e o outro exprima que aceita tal declaração ; e os art.ºs 661.º e 662.º, relativos ao objecto e às pessoas, e que mostram, ambos, como a lei, falando em consenso contratual tem em mira uma realidade mais cheia de conteúdo que o simples acordo de duas vontades. d) Haja-se ainda em vista a disposição do art.º 667.º, em que expressamente se fala no processo de mútua influência de vontades de que afinal o contrato vem a resultar-se ; e e) o art.º 672.º que, com o carácter de princípio geral, permite aos contraentes que juntem aos seus contratos as condições ou cláusulas que bem lhes parecerem. f) Medite-se ainda sobre o significado dos art.ºs 692.º e 695.º, ambos contemplando hipóteses de funções de vontade anòmalamente constituídas ; g) e também sobre o art.º 709.º, tão claramente revela esse equilíbrio de vontades permitindo que uma das partes se dê por desobrigada se a outra não cumprir.

Nenhuma destas disposições é, por si, concludente. Mas é sobretudo o conjunto, o regime global da disciplina do contrato que permite a afirmação de que a realidade que se quis disciplinar é a de um



acordo funcional a duas variáveis mutuamente dependentes, não o simples acordo, de qualquer espécie que ele seja.

Mas a chave da questão — não se esqueça — é a que nos dá a própria definição legal de contrato, contida não só no art.º 641.º, mas também no 643.º.

### § 3.º

**17.** Demonstramos que o «contrato» de adesão é realidade que não cabe na zona de relações jurídicas abarcada pela definição que de contrato dá o nosso Código Civil. E o nosso estudo poderia ficar por aqui.

Acrescentaremos no entanto algumas considerações, que se situam em plano diferente : numa legislação futura, haveria ou não vantagem em demolir essa barreira, hoje oposta pela definição legal, à introdução das novas figuras no campo contratual ?

Noutros termos : *de lege ferendo*, deverá ampliar-se a noção de contrato ?

A questão tem cabimento e oportunidade, porque o pendor geral das opiniões é no sentido de uma dilatação ampla do conceito contratual, que se estende até abarcar realidades que ao senso de um jurista clássico repugnaria classificar de contratuais. Citem-se, neste sentido, dois escritores só : Josserand e I. Galvão Teles. O primeiro, em ensaio muito brilhante, consagrou-se a demonstrar o «essor moderno du concept contractuel» ; o segundo, em obra recente em que o cunho didático não ofusca o valor científico, defende igualmente a ampla aplicabilidade de esse conceito jurídico.

São muito breves as considerações que vamos fazer sobre o assunto.

**18.** Notemos em primeiro lugar que toda a ampliação na *extensão* de um conceito tem por preço uma perda na sua *compreensão*. Quanto maior for o número de fenómenos jurídicos a que a ideia contratual se aplique, tanto menor será a sua riqueza em elementos especificamente contratuais.

O progressivo alargamento da ideia leva assim, necessariamente, à sua desnaturação. O jurista clássico concebeu certo tipo de relação, de características especiais, e chamou-lhe contrato ; o jurista moderno atira para dentro da categoria, que assim se constituiu, com

relações dos tipos mais variados — relações não patrimoniais, relações de direito público, contratos de adesão, contratos-norma, contratos-tipo. É claro que a palavra «contrato» continua a ser a mesma; mas a ideia é que não pode deixar de ser muito mais pobre, visto constituí-la apenas o resíduo de características comuns a todas essas espécies. Tão pobre, que vemos em nossos dias uma corrente de opinião defender a identificação das ideias de *contrato* e *negócio jurídico plurilateral*.

E essa desnaturação conceptual leva ao desaparecimento de uma das ideias mais fecundas que a cultura jurídica tem produzido. Reduzida ao aspecto formal de simples acordo, despojada da seiva que era o conteúdo desse acordo — a função de vontade —, a noção de contrato transforma-se num corpo sem alma, e portanto numa realidade sem interesse científico.

**19.** Mas se, do plano doutrinário, descermos ao terreno prático, os inconvenientes não serão menores.

Para que é que a lei constrói tipos de relações? Porque interessa ao jurista a classificação dos fenómenos em certas categorias? Naturalmente para estatuir uma disciplina jurídica para cada tipo de relação. Fundamentalmente, a razão porque interessa determinar se tal categoria de actos é ou não de natureza contratual, é porque assim se lhe aplicará, ou não, o regime legal do contrato, a respectiva regulamentação.

Ora, ainda quando se pretenda que o «contrato» de adesão, e as outras novas categorias, são contratos, não se vai até ao ponto de dizer que se trate de relações *exactamente iguais* àquelas que o direito clássico tinha por contratuais. Há real diversidade, e concorda-se mesmo em que nem toda a matéria relativa ao antigo contrato se pode aplicar às novas modalidades.

Significa isto que, mesmo os que pretendem a unificação do conceito, concordam na diversidade de regime a atribuir os vários géneros a englobar dentro do conceito.

Que vantagem terá o desligarmos a designação «contrato» de uma realidade conceptual autonomizada por um regime legal bem determinado, para a irmos referir antes a uma categoria abstracta, heterogénea, composta de espécies que exigem regimes diferenciados?

Pense-se, por fim, na confusão terminológica que tal solução traria consigo. A palavra *contrato* passaria a ter de se definir em dois sentidos, lato e estrito. Por um lado teria a acepção romanista e tradicional, enraizada no sentir comum por um uso secular; por outro lado a acepção moderna e ampla, proposta por uma inovação doutrinária.

Quais as vantagens que adviriam desse novo entendimento de uma velha expressão? Melhor ordenação lógica dos conceitos? Pelo contrário, a perturbação tornar-se-ia maior, porque a divisão em espécies, que até hoje se abre no género «negócio jurídico plurilateral» passaria a operar-se dentro da espécie, tornada género, do contrato em sentido lato.

**20.** Nem sob o ponto de vista prático, nem sob o aspecto teórico, parece portanto justificar-se a generalização da ideia contratual, generalização que afinal, em vez de progresso e grandeza, apenas traduz desvirtuamento e crise.

No entanto, o rumo comum da doutrina vai no sentido daquela generalização, e conseqüentemente no da destruição do que há de específico na ideia de contrato. Como explicá-lo?

... Tema aliciante, introdução a análises e indagações muito mais profundas que as que se esboçam nestas páginas. É o próprio problema do crepúsculo do contratualismo que então se levanta; fenómeno de transcendente importância, porque, como uma fenda anunciadora, denuncia todo o desconjuntar dessa construção milenária que é a ciência jurídica da nossa época.

JOSÉ H. SARAIVA