

«*Se non è vero, è molto ben trovato*»
GIORDANO BRUNO, *De gli eroici furori*

«*Der Studierende muss juristisch fabulieren lernen*»
HEINRICH DERNBURG, *Die Phantasie im Rechte*

UM «CASO EXEMPLAR» OU UM «EXEMPLO CASUAL»?

Raul Guichard

Faz tempo, o autor destas linhas foi confrontado com o «caso» que a seguir se expõe de modo simplificado (e, naturalmente, com nomes fictícios).

AGENOR, já num quarto e serôdio casamento, mantinha, na maior discrição, relações extra-matrimoniais com CALISTA, também casada. Esta sempre cobiçara os inúmeros carros de alta cilindrada que aquele ciosamente possuía. Elanguescido pela idade, AGENOR acedeu às requestas da sedutora amante. Todavia, para se assegurar que a sua esposa de nada viria a saber, acordou com DOLÃO, procurador de CALISTA, e íntimo da sua casa – como mais à frente melhor se verá –, uma venda aparente. Venda que foi reduzida a escrito. Sucedeu ainda que DOLÃO, com o seu amigo ESQUIÃO, possuidor de um «stand de carros», tinha depreciado o valor da «máquina», a fim de remover as últimas resistências de AGENOR.

Entretanto, CALISTA, convertida momentaneamente aos preceitos da fidelidade conjugal, deixou de corresponder às pretensões do amante. No ínterim, quase dois anos, o automóvel permaneceu «nas mãos» de DOLÃO.

Mais tarde, ESQUIÃO, consciente de que a venda anterior escondia uma doação, mas ignorando os meandros da vida amorosa de AGENOR, convenceu DOLÃO a vender-lhe o valioso automóvel, sob ameaça de inconfidência acerca do «affair» que no passado aquele mantivera com a esposa de AGENOR. Contudo, à altura, DOLÃO já não detinha poderes para agir em nome de CALISTA. A

qual, porém, quando finalmente soube que lhe tinha sido doado o carro e que este fora vendido posteriormente, se apressou, na ignorância das peripécias ulteriores, a receber o preço.

Volvidos mais dois anos, AGENOR, despeitado pelo repúdio intransigente de CALISTA, e ciente agora do valor do disputado automóvel, pretende reavê-lo.

I. Como se vê, por banal, a factualidade narrada – cuja fidedignidade não pude posteriormente comprovar – não mereceria ser trazida às páginas desta Revista, não fora a circunstância de servir de pretexto para aludir, embora de modo necessariamente perfunctório, a algumas questões do domínio da teoria do negócio jurídico e da sua invalidade. Junte-se a isso o prazer «re-criativo» – aliás, próprio da «construção» e da conceituação jurídicas – que não deixará de experimentar, creio, quem seguir a concatenação dos vários passos necessários à solução sugerida, com a imprescindível distinção dos diferentes planos a considerar.

Por «construção» jurídica quer-se neste contexto significar, antes de mais, a subsunção da situação de facto na hipótese legal (ou hipóteses legais) ou nos conceitos (ou «figuras») que integram aquela(s), ou seja, a sotoposição do caso singular às regras jurídicas gerais que o regem. O que representa, efectivamente, o usual procedimento de aplicação da lei. Sem que isso signifique, aliás, prescindir o aplicador de um valorativo controlo, mesmo que subconsciente, do resultado. Demais, os elementos da *facti-species*, inclusive os de carácter essencialmente descritivo, e os conceitos nela utilizados ou dela extraídos, plasmam ou traduzem já juízos valorativos subjacentes. Em termos mais gerais, dir-se-á, parafraseando BAPTISTA MACHADO [*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, págs. 80 e ss.], que os factos nos aparecem configurados do ponto de vista do Direito quando se procede à sua *in-spicium* (in-specção) segundo a *facti-species*. Acresce que a aplicação de determinada hipótese normativa pressupõe o prévio esclarecimento da relação entre preceitos legais.

Sobre tudo isto, em especial acerca das várias acepções em que é possível tomar a construção jurídica e da importância da subsunção e da conceituação jurídica, cfr. GERHARD HASSOLD, *Rechtsfindung durch Konstruktion*, AcP 181 (1981), págs. 131 e ss. (o título coincide, como se notará, com o dos escritos

sobre problemática idêntica, com mais cerca de 80 anos, de ERNST LAMPE). Num outro âmbito, mas igualmente instrutivo sobre o tema, consultar UWE DIEDERICHSEN, *Zur Begriffstechnik richterlicher Rechtsfortbildung im Zivilrecht*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, págs. 325 e ss.

Vejamos então, em toco esquisso, os aspectos mais importantes do caso.

II. Comece-se pela venda de AGENOR a CALISTA. Logo se constata surgir aí DOLÃO na qualidade de representante de CALISTA, substituindo-a na conclusão do negócio, ao actuar em seu nome. Segue-se que, supondo a existência de poderes representativos, os efeitos do negócio se dão (directamente, «sem mediação») na esfera do representado (cfr. art. 258.º do Código Civil), «parte material» do contrato. O representante, DOLÃO, uma vez concluído o negócio, «saiu de cena».

Verdadeiramente, o Código Civil não contém uma noção de representação. O art. 258.º (doravante todos os preceitos citados, sem menção em contrário, pertencem ao Código Civil) «limita-se» a descrever os respectivos pressupostos e assinalar o seu efeito típico. No entanto, podemos assentar em que a representação – no sentido da «verdadeira e própria» representação (chamada também «directa» ou «imediata») – consiste na realização de um negócio (pelo representante) em nome de outrem (representado), produzindo-se os efeitos de tal declaração imediata e directamente na esfera deste último («*unmittelbar für und wider den Vertretenen*»), desde que a mesma se contenha nos limites dos «poderes» detidos por quem a emite (ou recebe).

É justamente o «desvio» operado quanto à destinação do negócio (ou dos seus efeitos) – traduzido na imputação deste(s) ao representado – que configura o efeito característico do fenómeno representativo. Desvio esse, adite-se, «consustancial» à própria conclusão do negócio, não carecendo de uma qualquer mediação ou trâmite intermédio. CABRAL MONCADA [*Lições de Direito Civil*, II, Coimbra, 1959, pág. 331] escreveu, a este propósito, que a eficácia jurídica da actividade de uma pessoa «se comunica» a outra, invocando um símile com o dogma católico da «comunicação dos santos». Dito de modo expressivo: a actuação cabe ao representante, o regulamento negocial pertence ao representado (cfr. W. FLUME, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, I, págs. 160 e ss.).

Mais em pormenor, os pressupostos ou elementos da representação deitam-se enunciar do seguinte modo:

- i) emissão ou recepção de uma declaração negocial pelo representante;
- ii) actuação em nome alheio; e
- iii) existência dos necessários «poderes».

O primeiro exprime a ideia de que a representação pertence ao domínio do negócio jurídico. E permite ainda estrear a figura do representante (activo ou passivo) do nuncio (activo ou passivo).

O segundo, também dito *contemplatio domini*, traduz a «quinta essência» da representação, o seu traço (formal) distintivo. Ao actuar expressa ou tacitamente em nome de outrem, o representante manifesta não dever o negócio vinculá-lo a ele, mas àquele em cujo nome é concluído. Embora não se trate de «uma exigência apriorística do conceito de representação» — o que se comprova no facto de a *Common Law* desconhecer uma diferenciação de princípio entre actuação *em nome de outrem* e actuação *por conta de outrem* (a par de não manter, no âmbito da *agency*, uma distinção estrita entre mandato e procuração) —, estamos perante uma «trave-mestra» do nosso sistema legal.

Com efeito, este mantém firme tal distinção, como decorre paradigmaticamente da diferenciação entre mandato com representação e mandato sem representação (traduzindo ainda a prevalência do momento «formal» na caracterização do fenómeno representativo, não existe no nosso direito, no âmbito da gestão de negócios, mesmo quando o gestor actua em nome do *dominus* — a chamada gestão de negócios representativa —, qualquer eficácia directa dos negócios concluídos para este último, com base no simples pressuposto da *utiliter coeptum*).

Por isso se pode falar a este respeito, à semelhança da *Offenheitsgrundsatz* ou *Offenkundigkeitsprinzip* da doutrina alemã, de um *princípio da evidenciação da condição representativa*. Princípio que encontra a sua justificação prática na tutela da segurança e clareza do tráfico jurídico-negocial e na necessidade sentida pela contraparte de conhecer quem é o sujeito do negócio, aquele a quem se deve ater (sobre as eventuais excepções que aqui se possam admitir, cfr. RAUI, GUICHARD, *Alguns Aspectos do Instituto da Representação no Código Civil de 1966*, Porto, 1992, polic., págs. 67 e ss.).

O terceiro pressuposto (de uma representação eficaz — talvez convenha acrescentar) traduz-se na existência do poder (ou poderes, também se usa dizer) de representação. O qual assume uma primordial importância na compreensão do fenómeno representativo. Com efeito, só ele permite estabelecer

a indefectível «ponte» entre a autonomia do representado e a imputação do acto negocial do representante, explicando que aquele fique adstrito a um acto deste. Nessa medida, dir-se-á ser o seu «fundamento». Também por isso, se acentua que semelhante «legitimação» se distingue qualitativamente de qualquer outro requisito de eficácia do negócio (representativo).

Contudo, a exacta caracterização ou qualificação dogmática do «poder» de representação permanece controvertida (desde logo sobrecarregada com o lastro da disputa sobre a autonomia conceptual e funcional da procuração face à «relação subjacente»): a maioria dos autores lança mão, como aqui fizemos, da categoria da «legitimidade» (de resto, de contornos não muito definidos e cuja identidade aparece por vezes contestada, mas significando, no fundamental, o poder de disposição de um sujeito por relação com uma determinada situação jurídica). Não falta, porém, quem prefira falar em «competência».

Outros autores inserem mesmo o poder de representação na categoria dos direitos potestativos, dos «direitos de conformação» (na expressão alemã, *Gestaltungsrechte* – como «descobridor ou inventor» dos direitos potestativos indica-se geralmente SECKEL; *Rechte des rechtlichen Können* lhes chamou, por sua vez, ZITTELMANN): o representante, por si, actuando no limite dos seus poderes produz (imediata e inelutavelmente) efeitos na esfera do representado (entre nós, parece aderir a tal tese, atribuindo-lhe carácter «irrecusavelmente potestativo», PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária em Direito Civil*, Lisboa 2002, págs. 1629 e ss.).

Contudo, são várias as características a diferenciar o poder de representação dos direitos potestativos. Entre outras, mencionar-se-ão as seguintes:

i) o poder de representação não se exerce face ao representado, antes perante um «terceiro» com quem o «negócio representativo» se conclui;

ii) e, quando se trate de poderes para celebrar um contrato, a vinculação do representado ao mesmo não resulta apenas da vontade ou da declaração do representante;

iii) o efeito produzido pela actuação do procurador, por princípio, também pode ser alcançado pelo próprio *dominus*;

iv) normalmente, o representante há-de prosseguir o interesse do representado, em vista do qual lhe foram precisamente concedidos os poderes;

v) o poder de representação é susceptível, em regra, de ser extinto mediante revogação;

vi) e não caduca com o seu não exercício.

Cfr., sobre tudo isto, o nosso estudo já citado, *Alguns Aspectos ...*, págs. 87 e ss.

III. Depois, no caso, emerge a circunstância de a compra e venda aludida haver sido simulada: AGENOR e DOLÃO não quiseram realmente tal negócio, e houve um acordo entre ambos nesse sentido, com o intuito de enganar terceiros (cfr. art. 240.º, n.º 1). Por consequência, o negócio será nulo (art. 240.º, n.º 2).

No confinado âmbito destas anotações, não parece descabido referir uma problemática de ordem teórica respeitante à configuração dogmática do negócio simulado.

Tradicionalmente, entre nós – considerações comparáveis às seguidamente expendidas são, porém, comuns na doutrina de outros países – e de acordo com o art. 240.º, o negócio simulado é concebido como uma divergência (intencional) entre a vontade e a declaração, integrando-se nas faltas (ou desvios) de vontade. Contudo, em rigor, um dissídio entre, por uma banda, a vontade e, por outra, a declaração não se descobre na simulação (nem tão-pouco na reserva mental conhecida – a afinidade ou tendencial correspondência das duas figuras é, de resto, sabida), pelo menos nos mesmos moldes em que ocorre, por exemplo, no erro na declaração.

Na última hipótese, a divergência traça-se entre a vontade e o sentido da declaração apurada em sede interpretativa. Só que este, sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, condiz (nos termos do art. 236.º, n.º 2) com o sentido efectivamente querido (os dois números do art. 236.º ler-se-ão melhor – como sugere, por exemplo, CASTRO MENDES – na ordem inversa: o n.º 1 só é chamado a intervir se não existir um «sentido comum» resultante do princípio do n.º 2). Não existirá, então, campo para o erro na declaração, o que corresponde à constatação mais geral de que semelhante erro é susceptível de ser «eliminado» por via da interpretação, e de que esta última precede inevitavelmente aquele. Constitui, portanto, condição necessária (mas insuficiente) para surgir um erro na declaração que o sentido querido pelo declarante se desvie ou divirja do sentido efectivamente entendido pelo declaratório: só aí pode irromper o erro. Por sua vez, a discrepância entre o significado «objectivo» ou «normativo» (da perspectiva de um «terceiro normal») e o sentido querido (e entendido pela contraparte) mostra-se, para o efeito, irrelevante.

Ora na simulação, face à contraparte, quer-se tão-só declarar a falta de vontade (ou declarar uma vontade com um conteúdo diverso), o que justamente aquela (re)conhece. Porque o declarante e o declaratório se entendem, inexistente qualquer interstício ou hiato por onde possa internar-se uma divergência,

na aceção acima descrita, entre a vontade e a declaração. Uma divergência dá-se, isso sim, entre a comum e real intenção das partes (concordantes ou conhecedoras da mútua falta de vontade de que o negócio não valha ou não valha com tal conteúdo) e aquilo que também consensualmente exteriorizam face a terceiros. O que, já se vê, configura coisa bem diferente e se situa num plano distinto.

O fio de pensamento seguido, arrimado nas regras gerais da hermenêutica negocial, conduz mesmo à admissão de que o negócio simulado não chega sequer a concluir-se (mostra-se um «não-negócio» da perspectiva das partes: uma putativa regulamentação negocial que as partes não querem que vigore), por não ter uma vontade nem uma declaração, que nesse sentido deva ser interpretada, a sustentá-lo (também desta opinião, HANS-MARTIN PAWLowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, Mannheim, 2000, págs. 213 e s.) A cominação da sua nulidade, no art. 240.º, repousa portanto, se se quiser, numa ficção (numa *fictio iuris*). E o «problema» do negócio simulado põe-se, afinal, apenas do ponto de vista da necessidade de protecção de terceiros (cfr. art. 243.º) que hajam confiado na aparência criada (considerações semelhantes encontram-se, face ao § 117 I do BGB, em SOERGEL, in *Kommentar zum BGB*, Band I, § 117, Rdn. I; como se sabe, o Code Civil francês não contém qualquer regulamentação sobre o *acte simulé*, somente se ocupa da questão das chamadas *contre-lettre*, no art. 1321; e o Codice Civile, no art. 1414, I, estipula *tout court* que o contrato simulado não produz efeitos entre as partes).

Convém ainda prevenir a possível objecção de que, na situação *sub judice*, do acordo simulatório participou o representante e não, directamente, o representado (conquanto se possa bem adivinhar que CALISTA conhecia o carácter simulado do negócio). Na verdade, à luz do disposto no art. 259.º, n.º 1, e da ponderação de interesses subjacente a tal norma (e ao art. 240.º), deve considerar-se, em hipóteses do género, suficiente o conluio com o representante.

Para uma justificação mais cabal deste ponto, remete-se para o nosso estudo, *O Problema dos Estados Subjectivos Relevantes no Contexto da Representação*, Coimbra, 1990, polic., págs. 124 e ss.

A solução defendida não suscita sombra de dúvida se o representante vem a informar, ou já o fez precedentemente, o representado. Ou, simplesmente, quando este último esteja a par disso. Mas ainda que tal não ocorra, relevará,

para ferir de nulidade o negócio, o acordo entre a contraparte e o representante (ou o conhecimento por parte deste de uma eventual reserva mental). Refira-se que também um possível conluio simulatório com o representado, mesmo ignorado pelo representante, conduz à nulidade do negócio.

Hipótese diversa é aquela em que a contraparte e o representante ocultam ao representado o carácter simulado do negócio para prejuízo deste (colusão). Nela deve considerar-se precluída, conforme reconhece a generalidade da doutrina alemã, a invocação pela contraparte da nulidade do negócio, atendendo ao carácter abusivo de tal comportamento – *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* –, ou reconduzindo, em último termo, tal situação a uma reserva mental desconhecida que não afectará a validade do negócio.

IV. Todavia, por trás da compra e venda, houve uma doação que as partes quiseram realmente (*colorem habet, substantiam vero alteram*). Temos, por conseguinte, uma simulação relativa (quanto à natureza do negócio). Nos termos do art. 241.º, n.º 1, a nulidade do negócio simulado não afecta a validade do negócio dissimulado: há-de este apreciar-se independentemente («desvelado») daquele.

Antes de se prosseguir, registre-se, paralelamente ao que se disse a propósito da compra e venda, que a aceitação da doação foi realizada, em nome de CALISTA, pelo procurador desta. Restrições à admissibilidade da representação na doação só as encontramos, no entanto, previstas pelo lado do doador (cfr. art. 949.º). Pelo que, tendo DOLÃO poderes suficientes, o negócio surtiu efeitos na esfera de CALISTA (cfr. art. 258.º).

V. A doação, se imprejudicada, como se acabou de referir, pela nulidade do negócio simulado, poderá ser inválida por força do regime que lhe corresponderia se realizada sem dissimulação, considerada portanto à «luz do dia», «caído o véu» do negócio simulado. Aventar-se-ão três razões para a sua invalidade.

Em primeiro lugar, a inobservância de forma, conduzindo à nulidade do negócio, segundo o art. 220.º. Por regra, a doação de móveis (desnecessário é notar que a circunstância de o carro ser um móvel sujeito a registo público não implica que, na generalidade dos aspectos, não siga o regime das demais coisas móveis, nos termos do art. 205.º, n.º 2) não carece de qualquer forma, segundo o art. 947.º, n.º 2, primeira parte.

Porém, diferentemente do que se passa na compra e venda, a doação, quando não acompanhada da tradição da coisa, tem de ser reduzida a escrito (art. 947.º, n.º 2, parte final). Segundo entendimento firmado, tradição da coisa significa neste contexto tanto como a entrega da coisa (*rectius*, que o donatário passe a ter a posse desta).

Pretender-se-á talvez que a tradição da coisa, exigida no art. 947.º, n.º 2, primeira parte, integra a própria conclusão da doação verbal de móveis, não surtindo simplesmente o contrato efeitos inexistindo aquela. De uma maneira ou doutra, pelo que se diz adiante, o ponto não assume importância no raciocínio seguido.

E tão-pouco interessam para aqui as questões, objecto de controvérsia, de se a entrega tem de ser feita *uno acto*, isto é, simultaneamente com a declaração do doador, ou é susceptível de ser efectuada num momento ulterior, e se basta, para preencher a exigência da lei, o simples constituto possessório, nos termos do art. 1264.º. Cfr, sobre o ponto, Acórdão do STJ, de 21/7/1972, RLI, ano 106.º, págs. 302 e ss., e a respectiva anotação de VAZ SERRA, *loc. cit.*

Dito isto, poderia indicar-se que, na hipótese, se observou a forma escrita. Sucede, contudo, que do documento consta o negócio aparente, e não a doação realmente querida: o teor do documento dá conta de uma compra e venda. Donde a dúvida de se a doação se deve considerar válida.

Em termos gerais, está em causa o tratamento daquelas hipóteses onde o tipo de formalismo, ou outro mais rigoroso, requerido pela lei para o negócio dissimulado foi observado (apenas) quanto ao negócio simulado, ou seja, do (único) documento consta este último, o seu conteúdo, e não aqueloutro.

A este propósito, e contra boa parte da doutrina, sustentar-se-á dever inquirir-se, para apurar da validade formal do negócio dissimulado, se os escopos da imposição da forma, no que a ele concerne, se acham satisfeitos com a observância das solenidades para o negócio simulado (o que porventura não ocorrerá quando a forma vise especificamente a protecção de terceiros).

Este entendimento, defendido, entre outros, por VAZ SERRA [RLI, ano 101.º, págs. 171 e ss. e RLI, ano 113.º, págs. 57 e ss., anotação ao acórdão do S.T.J., de 19/07/1979, embora em termos algo dubitativos, mas com argumen-

tos paralelos aos abaixo invocados], parece ser o mais razoável, e aquele capaz de conferir um verdadeiro sentido útil – por outras palavras, autónomo em relação ao disposto no n.º 1 – à norma do n.º 2 do art. 241.º. E, sobretudo, o único consentâneo com a solução consagrada no n.º 2 do art. 238.º, que obtempera, diga-se assim, a «exigência da alusão» estabelecida no n.º 1.

O reparo, originariamente aduzido por W. FLUME, de que tais hipóteses seriam inassimiláveis, pois contemplariam situações bem distintas – enquanto na *falsa demonstratio* as partes se esforçam por verter no documento a sua real vontade, mas não o conseguem, na simulação, intencionalmente consta do documento algo de distinto do que realmente foi querido – não possui verdadeira força persuasiva, quedando pela constatação da diferença existente, e tem porventura subjacente uma intenção sancionatória ou punitiva, quanto aos simuladores, estranha à lógica do nosso regime (civil) positivo.

A solução preconizada conjuga-se, aliás, com a ideia de que o art. 238.º não resolve, a despeito da sua inserção sistemática (subsecção IV – interpretação e integração), um problema de interpretação, mas sim um problema essencialmente respeitante à forma. Por pano de fundo toma-se a concepção de que a interpretação dos negócios formais segue, no fundamental, as diretrizes gerais da hermenêutica negocial. Donde na averiguação do conteúdo do negócio formalizado não haver, em primeira linha, que atender às disposições concernentes à forma.

Na realidade, a questão da interpretação não deve andar confundida com a da observância da forma. Estamos diante de duas grandezas não assimiláveis, com funções autónomas e regras próprias, revelando-se improfícua e contraproducente a tentativa de as harmonizar numa solução unitária, como pretende a chamada «teoria da alusão», pelo menos quando aplicada nesta sede. O seu tratamento promíscuo não serviria nem uma nem outra. Em especial, a indagação da vontade das partes, medida no leito de Procusta da imposição da forma, ver-se-ia cerceada sem razão válida, podendo levar a vincular as partes a uma regulamentação cujo conteúdo não foi querido (ou até suposto) por nenhuma delas. De resto, o significado de determinada regulamentação negocial (formalizada ou não), assim como a sua aparente inequívocidade, só são apuráveis por referência à concreta situação, ou seja, atendendo-se ao «contexto» das declarações.

O problema da interpretação antecede (logicamente) o da verificação da observância da forma: este último só se pode pôr uma vez apurado o conteúdo do negócio e supõe, portanto, esclarecida essa prévia questão. Lido a esta luz, o

art. 238.º -- insíste-se -- resolve um problema de forma; e, portanto, só intervém num segundo momento, já firmado o sentido negocial juridicamente decisivo (que, a terem-se entendido as partes, será sempre o comumente querido -- art. 236.º, n.º 2). A não se encontrar para esse sentido um «mínimo de correspondência no texto do documento» (na fórmula da «teoria da alusão» usada no art. 238.º, n.º 1, conquanto atenuada, como já se notou, no n.º 2 do mesmo preceito), não se poderá dizer preenchida a exigência legal de forma, o que traz consigo, segundo o art. 220.º, a nulidade do negócio.

Em síntese e numa fórmula feliz (de K.-H. BERNARD), o problema da forma não é o do que se pode extrair do documento, mas antes o de se aquilo que foi efectivamente querido pelas partes, apurado previamente em sede interpretativa, ficou documentado. Sobre as relações entre a interpretação e o problema da forma e o alcance da regra *falsa demonstratio non nocet*, cfr., por todos, para o direito alemão, K.-H. BERNARD, *Formbedürftige Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1979, págs. 56 e ss.

Não se mostra, no entanto, necessário prosseguir na dilucidação da questão da forma do negócio dissimulado, porque, tendo havido tradição da coisa, a lei não faz depender a doação de qualquer formalidade externa (primeira parte do n.º 2 do art. 947.º).

É certo que o automóvel foi entregue a DOLÃO, e não a CALISTA, a donatária. Contudo, isso não importa para verificar a tradição: DOLÃO passou a exercer o poder de facto sobre a coisa, detendo-a doravante em nome de CALISTA (cfr. al. c) do art. 1253.º e ainda art. 1252.º, n.º 1), a qual com isso é agora possuidora (cfr. art. 1263.º).

Accita-se, evidentemente, que DOLÃO não possuiu «em nome próprio». Em geral, é pacífico e intuitivo poder a aquisição da posse ocorrer por intermédio de um representante voluntário ou legal (em rigor, não estará em causa o instituto da representação, pois a aquisição da posse não traduz um acto negocial ou, sequer, quase-negocial, domínios a que se circunscreve a actuação representativa). Acresce, na situação, ser a aquisição da posse concomitante com o negócio que a titula, celebrado pelo representante. Demais, as finalidades prosseguidas pela lei com a imposição da tradição da coisa ou da redução a escrito da doação de móveis -- que o doador pondere o acto, apercebendo-se do seu alcance, e que exista um indício consistente da efectiva e séria vontade de vin-

culação – estão perfeitamente asseguradas em hipóteses do género da que vimos considerando.

Conclui-se, portanto, ser a doação válida no que à forma respeita.

VI. Depois, há que atentar, como outra eventual causa de invalidade, no facto de AGENOR ter doado à pessoa com quem cometera adultério (neste contexto, poderia ainda duvidar-se da «(i)legitimidade» de AGENOR para doar o carro, isto é, em termos simplificados, apurar se ele não careceria do consentimento do cônjuge para o efeito – por comodidade, aceita-se que se trata de um bem próprio que ele podia alienar livremente).

Manda o art. 953.º aplicar às doações o disposto sobre as indisponibilidades relativas nos arts. 2192.º a 2198.º. *In casu*, interessa, no âmbito de tal remissão, o art. 2196.º, n.º 1, o qual fere de nulidade a disposição a favor de pessoa com quem o testador casado tenha cometido adultério. Pelo exposto, admitindo não se verificar nenhuma das excepções enunciadas no n.º 2 do mesmo preceito, excepções aplicáveis às doações com as devidas adaptações, a doação ter-se-á por nula.

Observe-se *a latere* que não assume importância, para efeito da aplicação do art. 2196.º, ser CALISTA casada – assim, se AGENOR não estivesse casado e doasse a CALISTA, que com ele cometera adultério, o exemplo escaparia à previsão do referido preceito, conquanto pudéssemos deparar com um negócio contrário aos bons costumes, nulo nos termos do art. 280.º, n.º 2.

Outras ordens jurídicas, por exemplo a francesa, não contêm uma disposição comparável à do art. 2196.º, considerado agora também na sua aplicação às doações. Aí, a nulidade das doações (ou testamentos) realizadas, quer pelo cúmplice do adúltero, quer sobretudo por este, dependerá da apreciação da sua contrariedade, nos termos gerais (e segundo o art. 900 do Code Civil), aos bons costumes. Tal juízo variará segundo as concretas circunstâncias e propósitos do doador: admitir-se-á a validade da doação, por exemplo, se esta puder ser considerada como a execução de um dever de consciência (mormente, assegurando alimentos ao beneficiário, à semelhança da excepção introduzida ao n.º 1 do art. 2196.º pelo Dec.-Lei n.º 496/77); ter-se-á por «imoral», se apenas visar a obtenção ou continuação de relações sexuais. Já a solução da lei portuguesa padece de inegável rigidez.

Cfr., sobre o direito francês, por todos, C. LARROUMET, *La libéralité con-*

sentie par un concubin adultère, D. 1999, chron. 351.

VII. Porventura, existirá uma derradeira causa para a invalidade da doação: AGENOR foi induzido em erro quanto ao valor do carro. O dolo implicará a anulabilidade da declaração, nos termos gerais (quanto à eventual preclusão do prazo para arguição da anulabilidade, cfr. *infra*), supondo nomeadamente que, doutro modo, o *deceptus* não teria realizado o negócio.

No caso, obviamente, até pelo carácter gratuito do negócio, estamos perante um dolo essencial e não meramente incidental. Dá-se este último, como se sabe, quando influenciados são apenas os termos do negócio (pode perguntar-se se aqui se inclui o próprio «tempo» do negócio), mas não em si mesma a decisão de o celebrar. Há quem duvide se, então, o negócio se há-de considerar anulável (na totalidade): porventura deverá antes fazer-se valer nos termos em que teria sido concluído inexistindo dolo, por analogia com os arts. 248.º e 911.º, como sugere MOTA PINTO [*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Coimbra, 1990, págs. 520 e s.], embora só apontando o paralelo com o último dos preceitos referidos. O Codice Civile, no art. 1440, estipula expressamente que o dolo incidental não dá lugar à anulabilidade. A doutrina italiana aponta, no entanto, a «peculiariedade» da disposição em causa.

Não se negará aqui uma vontade ou intenção de prejudicar o declarante. Mas o *animus nocendi* não integra a *facti-species* do dolo. Mesmo um dolo «com a melhor das intenções» relevará (com uma ou outra atenuação por aplicação da figura do abuso do direito) – o declarante há-de poder ele próprio decidir o que é preferível para si.

Para existir dolo, requer-se, isso sim, a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o declarante (cfr. art. 253.º, n.º 1). Mais em pormenor, exige-se que o deceptor conheça a incorrecção das afirmações veiculadas (ou que o declarante possui) e tenha consciência de suscitar (ou manter) um erro no declarante, assim como de, desse modo, determinar uma declaração (que, doutra forma, não seria emitida ou pelo menos não o seria com o mesmo conteúdo). Nestes termos, a mera indução negligente em erro não constitui dolo. Porém, será suficiente «dolo eventual»: informações «às escuras» ou «à toa», «atirar o barro à parede» – «*ins Blaue hinein*» ou «*auf Geratewohl*», dizem os alemães

–, já integrarão o conceito de dolo (e também, em certos casos, a desvalorização ou depreciação consciente dos riscos do negócio).

Note-se, em todo o caso, que se deverá tratar de juízos ou informações de facto, objectivamente verificáveis. Afirmações de carácter genérico ou juízos de valor (meramente subjectivos), em princípio, não relevarão. De uma maneira geral, não constitui dolo ilícito o simples propagandear ou elogiar, sem a indicação de concretos atributos, ou, mesmo, o exagero tolerado no tráfico jurídico das qualidades do objecto, ou seja, «as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico», cfr. art. 253.º, n.º 2, primeira parte (*dolus bonus* – a demarcação com a «publicidade enganosa», porém, nem sempre será fácil; cfr. art. 11.º do Dec.-Lei n.º 330/90, de 23/10 – Código da Publicidade).

VIII. Quanto a saber se estão preenchidos todos os requisitos do art. 253.º, n.º 1, cumpre mencionar que o erro «subjacente» ao dolo não precisa de revestir as condições de relevância postuladas para que aquele constitua causa autónoma de anulabilidade (normalmente, «subjaz» ao dolo um erro-vício; poder tratar-se de um erro na declaração não é muito fácil de conceber, provindo o dolo do declaratório, ou até sendo deste apenas conhecido, pois então, quase sempre, será sabido o sentido em que o *deceptus* realmente quer a declaração). Com efeito, o erro sobre o valor ou preço do objecto do negócio não representará, *per se*, motivo de anulabilidade, por não se integrar, as mais das vezes, na previsão do art. 251.º.

Embora aqui não seja o local para apreciar o problema (sobretudo atinente aos negócios onerosos), não se resiste a referir de modo muito sucinto a lição do direito alemão a este propósito. Aí, de acordo com o § 119 II do BGB, o erro que recaia sobre as qualidades – encaradas no tráfico jurídico como essenciais – da pessoa ou da coisa objecto do negócio tem o mesmo tratamento que o erro sobre o conteúdo da declaração (§ 119 I). Os tribunais alemães (cfr., somente, RG 64, 269 e BGHZ, 16, 54, 57) assentaram, para esse efeito, na seguinte definição de qualidades: todas as características e circunstâncias (*Verhältnisse*) que em consequência da sua natureza (*Beschaffenheit*) e duração influenciem a utilidade e o valor. Mas, ainda segundo jurisprudência firmada (*v.g.*, BGHZ 16, 54, 57), o valor em si ou o preço corrente de mercado não constituem uma

qualidade (ao invés, já o serão as circunstâncias que contribuam para a atribuição do valor da coisa). O que, se pode parecer um modo não inteiramente feliz de dizer as coisas ou até inexacto (atente-se na posição de W. FLUME, que a seguir se expõe), contém um sentido útil e correcto.

FLUME [*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, Berlin, 1979, págs. 474 e ss.] discorre em moldes diferentes, conquanto concordes no resultado. A razão de ser da relevância do erro sobre as qualidades não reside propriamente no erro, mas na não conformidade do negócio ou do conteúdo deste com a realidade. Ora, geralmente, a vontade negocial não se refere ao valor. Assim, na venda de certo objecto, a determinação do preço não constitui, por regra, outra coisa senão a estipulação da contraprestação. A vontade negocial não se dirige ao «objecto enquanto objecto cujo valor seria o do preço de venda». O que significa que o erro sobre ele incidente não relevará nos termos do § 119 II.

Por sua vez, K. LARENZ [LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, pág. 676] indica como razão ou fundamento material da irrelevância (geral) do erro sobre o valor a necessidade de assegurar a «funcionalidade» de uma economia ou sistema de mercado, assente na livre formação do preço pelo encontro da oferta e procura, decorrentes de decisões e assunção de riscos pessoais. Se cada um concorre para a formação do preço, há-de também suportar o risco de que a sua apreciação não coincida com a dos restantes intervenientes no mercado. Face ao direito português, perfilha entendimento próximo H. EWALD HÖRSTER [*A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, 1992, pág. 574].

Noutra formulação, o erro sobre o valor não constituirá causa de invalidade porquanto a «avaliação» do objecto da prestação é, na generalidade das ordens jurídicas, deixada ao (livre) juízo ou arbítrio do(s) contraente(s). O regime legal do erro não pode, com efeito, servir para «transferir» o «risco negocial ou de disposição» para o parceiro negocial. Nestes termos, preconizando embora uma análise diferenciada, THEO MAYER-MALY, [*Bemerkungen zum Irrtum über den Wert*, in *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mário M. Pedrazzini*, págs. 343 e ss.].

IX. Voltando ao caso, saliente-se que o representante não deve ser considerado terceiro para efeito do art. 254.º, n.º 2: o seu dolo é «directamente imputado» ao representado, ou seja, releva como de dolo da contraparte se tratasse. Assim, a doação estará ferida de anulabili-

dade, com fundamento em dolo, quer a donatária (CALISTA) tenha ou deva ter tido conhecimento deste (cfr. art. 254.º, n.º 2, primeira parte). Indubitavelmente, nem o representante -- o art. 254.º fala, de resto, em destinatário da declaração do *deceptus* --, nem o representado (podendo mesmo ser que um deles induza em erro a contraparte e a «intencionalidade» esteja presente no outro), deverão ser considerados terceiros para efeitos do art. 254.º.

Não se afigura necessário ou sequer pertinente invocar para aqui o art. 259.º, norma que não regula o problema da imputação do dolo do representante. A solução deve achar-se por apelo à *ratio* do art. 254.º n.º 2 (porém, recentemente, em sentido diferente, se bem o entendemos, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária ...*, págs. 1577 e ss.).

Quanto ao dolo do representado, abstraindo agora da representação legal, este como «parte material» do negócio, que a ele vincula, nunca poderá pretender ser «estranho» ao mesmo, e, portanto, o seu dolo relevará independentemente da restrição do art. 254.º, n.º 2. De resto, não existe nesse caso, e mesmo quando o representado simplesmente conheça o dolo proveniente de um terceiro, qualquer confiança legítima sua, que, justamente, a excepção da primeira parte do n.º 2 pretende acautelar. Uma símile solução será até de manter para a «representação indirecta», se o mandante é o autor do dolo, ou conhece ou devia conhecer o dolo de terceiro, sobretudo quando, como será regra, não se possa invocar o disposto na segunda parte do n.º 2 do art. 254.º (o mandante não adquire *recta via*, «directamente», direitos por virtude do negócio celebrado em nome próprio pelo mandatário). Ao que se acrescentará ainda algumas situações de interposição fictícia.

No que respeita ao dolo do representante, inclusive sucedendo a ratificação da actuação de um representante sem poderes, a solução defendida no texto radica na ideia de que a intervenção daquele foi suscitada e legitimada pelo próprio representado, revertendo em benefício deste. Esclarecedoramente, e em tese geral, SCHUBERT [AcP, 168, págs. 466 e ss.] aproxima o dolo da violação culposa de deveres pré-contratuais, fornecendo o fundamento material de um «conceito estrito» de «terceiros» neste campo. E sugere mesmo que se opere, em geral, com critérios de imputação semelhantes aos estabelecidos acerca dos auxiliares (no cumprimento). Ou seja, no direito português, nos termos do art. 800.º (ou do art. 500.º, consoante a natureza que se atribua à responsabilidade *in contrahendo*). Assim, tão-pouco se inserirão no conceito

de «terceiros» todos aqueles que, de algum modo, tenham participado ou auxiliado nas negociações tendentes à conclusão do contrato, tendo sido a sua actuação suscitada e legitimada por uma das partes, independentemente da natureza do vínculo existente entre eles.

Mas já será tomado como tal, de acordo com KRAMER [*Münchener Kommentar, BGB, I*, München, 1984, págs. 868 e ss.], por exemplo quem não esteja legitimado para interferir nas negociações, conquanto tivesse indicado a oportunidade do negócio; ou ainda – ao invés do que em tempos considerou o BGH (BGH, NJW, 1962, págs. 1907 e s.), que posteriormente rectificou a sua orientação (BGH, NJW, 1983, págs. 1302 e ss.) –, em relação ao credor, o devedor que persuade outrem a ser fiador de uma sua dívida. Ou o sócio que induz conscientemente em erro outrem num negócio com a sociedade. Longe de mais parece, pois, ir quem, como GRIGOLET [*Vorvertragliche Informationshaftung*, München, 1997, págs. 144 e s.] e alguma jurisprudência alemã que, em parte, já ficou referida, pretende imputar ao declaratório o dolo de «terceiros» sempre que se trate de «pessoas da sua confiança» ou inseridas no «seu círculo ou esfera de interesses».

O exposto vale, de resto, *mutatis mutandis*, para a coacção moral e para a sua relevância nos termos do art. 256.º.

No contexto da representação voluntária, avulta ainda o problema da relevância do dolo (ou da coacção) incidente sobre a concessão de poderes. É certo que, muitas vezes, o dolo (ou o erro) na procuração repercutir-se-á no «negócio representativo», nos termos do art. 259.º, tornando-o anulável. Todavia, quem sustente a possibilidade (autónoma) de anulação da procuração, pelo menos nalguns casos, não deixará de entender, eventualmente por via de uma redução teleológica do art. 254.º, n.º 2, primeira parte, que o dolo determinante da concessão de poderes não carece de ser conhecido ou de dever ser conhecido do procurador para constituir causa de anulabilidade. Na verdade, exceptuados os casos de uma procuração conferida no interesse do procurador, este não terá qualquer interesse directo na subsistência da procuração.

Se, tratando-se de uma procuração «meramente interna» – no sentido de não ter sido comunicada ou exibida à contraparte do negócio representativo –, o terceiro desconhece o dolo, e nem tem o dever de o conhecer, poderia defender-se a não impugnabilidade da procuração, mormente com base numa analogia com o disposto na segunda parte do n.º 2 do art. 254.º. Este ponto de vista não procede, no entanto. Contra ele depõe, desde logo, a letra do mesmo

preccito, que refere uma *aquisição directa*. Por outro lado, contrapor-se-lhe-á – como justamente indica, para o direito alemão, R. STÜSSER [*Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht*, Berlin, 1986, págs. 190 e ss.] – que a analogia sugerida implicaria que tal disposição restringisse a possibilidade de anulação face à primeira parte do n.º 2 do art. 254.º. Ora, o que aí está em causa é, ao invés, permitir ao *deceptus*, quando a anulação se mostra inviável por o dolo provir de terceiro e ser desconhecido do declaratário, obter a anulação do direito que alguém (beneficiário) tenha adquirido em virtude do negócio. No direito português, o próprio uso da conjunção adversativa «mas» indicia a função da segunda parte do n.º 2 do art. 254.º.

Além disso, a bem ver as coisas, não repugna admitir a anulação de uma procuração «meramente interna» apesar do desconhecimento do dolo pela contraparte, porquanto nessa situação a sua confiança só tem por base a «afirmação» do representante de que possui poderes.

Dito o anterior, deve advertir-se que, na hipótese de tanto o procurador como o terceiro (contraparte do negócio representativo) estarem de «boa fé», desconhecendo o dolo proveniente de «quarto», se assim se lhe pode chamar, o negócio não será susceptível de ser anulado. Admitir aqui a anulação da procuração constituiria «uma vantagem injustificada», em detrimento da contraparte, para o *dominus*, o qual, a ter ele próprio concluído o negócio, não usufruiria de tal direito.

Por último, se a procuração tiver sido «comunicada» ao terceiro, designadamente mediante «justificação dos poderes», seja como for que se qualifique dogmaticamente tais hipóteses (aceite-se ou não o seu carácter negocial constitutivo), a anulabilidade deverá estar dependente do conhecimento ou do dever de conhecer o dolo por parte da contraparte (mesmo que o dolo provenha do representante).

Toda esta problemática se esbate ou até se dissipa para quem não admita a anulação da procuração (ou restrinja tal possibilidade), como o fazem, no direito alemão, EUBEN / FRANK [JZ, 1973, págs. 232 e ss.] e H. BROX [JA, 1980, págs. 449 e ss.]. Entendem os autores citados que a possibilidade de anulação da procuração conduz, irremediavelmente, a resultados inadequados da perspectiva dos interesses em jogo e acentuam que o que está em causa é sempre a «impugnação do negócio representativo» e a repercussão que nele possa ter a eventual falta ou vício de vontade (um argumento ancilar retira-se da aproximação com as figuras da *Duldungs-* e *Anscheinsvollmacht*). Já se o procurador ainda não fez uso dos poderes, subsiste a possibilidade de revogação (mesmo

que convencionada a irrevogabilidade, por então ocorrer uma justa causa) da procuração.

Entre nós, na esteira das posições referidas, PEDRO DE ALBUQUERQUE [*Representação Voluntária ...*, págs. 1307 e ss.] mantém opinião semelhante (de que não partilhamos, como procurámos perfunctoriamente justificar no nosso escrito, *Alguns Aspectos ...*, págs. 56 e ss., tendo em especial atenção hipóteses como a de um erro relevante sobre as qualidades do procurador e os casos de coacção na concessão de poderes). Conquanto o autor pareça preconizar que mesmo a nulidade, não apenas a anulabilidade, da procuração não é passível de ser feita valer (autonomamente)!

X. Complementarmente, ocorrerá invocar a circunstância de ESQUIÃO ter sido (co-)autor do dolo e de que, acaso, não lhe teria sido possível adquirir (posteriormente) o automóvel não fosse a primeira alienação, determinada precisamente pelo comportamento doloso. Assim, perguntar-se-á se, nos termos do art. 254.º, n.º 2, segunda parte, a declaração de AGENOR não se mostra anulável em relação a ESQUIÃO, pois que este último «terá obtido um benefício» com ela.

Porém, conforme já se referiu, a norma em jogo só ganha verdadeiro sentido útil se a anulação com base no dolo não for viável nos termos do n.º 1, ou da primeira parte do n.º 2, do art. 254.º. Portanto, em termos práticos, trata-se de inquirir se um terceiro, autor do dolo, não imputável ao declaratário e por este desconhecido, deve manter um benefício adquirido em virtude da declaração. Ou seja, porque antes se concluiu pela anulação com base em dolo imputável ao declaratário, CALISTA, só por superabundância se indagará da anulação do «benefício» de ESQUIÃO (em todo o caso, abstraindo da situação concreta, não se pode excluir em absoluto que o benefício adquirido pelo terceiro em virtude do negócio determinado por dolo se venha a mostrar «imune» ou preservado pela lei em relação à directa anulação do negócio viciado).

Mas, vistas as coisas mais de perto, a factualidade em análise não se subsume na segunda parte do n.º 2 do art. 254.º. Aí exige-se que alguém tenha adquirido *directamente* por virtude da declaração determinada por dolo, ou seja, por efeito jurídico imediato, e não meramente reflexo ou circunstancial. O preceito aplica-se, em primeira linha, ao contrato a favor de terceiro. Uma outra hipótese, apontada por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA [*Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra, 1987,

pág. 238], consistirá em o autor do dolo beneficiar de um encargo da doação por ele determinada. Demais, no caso, em apreço, desde logo, não se dirá com grande propriedade que ESQUIÃO *beneficiou* da declaração de AGENOR.

Incidentalmente, aluda-se à questão de saber se o regime da segunda parte do art. 254.º, n.º 2, não se deve aplicar à coacção moral. A objecção de maior peso à extensão analógica proposta deriva da circunstância de dificilmente se poder deixar de conjecturar que a omissão de uma disposição semelhante no regime da coacção, nos arts. 255.º e ss., foi intencional. Ao legislador não poderá ter passado inadvertida tal disparidade de regime, dada a proximidade sistemática das duas figuras.

Apesar disso, pendem-se para uma resposta afirmativa. Tendo, a nossa lei, em termos gerais, considerado mais grave a coacção moral que o dolo – como decorre das condições da respectiva relevância quando provenham de terceiros, do regime das duas figuras em matéria de falta ou vício da vontade no casamento, onde só tem relevo autónomo a coacção e não o dolo, e do disposto em matéria de posse, pois a coacção moral, a par da *vis absoluta*, «qualifica» como violenta a posse, que assim constituída não permite, até cessar a violência, o começo de contagem dos prazos da usucapião –, mal se compreenderia que se houvesse consagrado um regime mais favorável para o autor e beneficiário da coacção do que para o autor e beneficiário do dolo. Contradição valorativa que não se resolve, embora o seu significado prático se atenuar muito, indicando serem pouco numerosas e de fraca importância (em todo o caso, menos relevantes do que para o dolo) as hipóteses onde a declaração não seja já anulável mercê da coacção de terceiro, nos termos da segunda parte do art. 256.º. Nem tão-pouco, na mesma linha de raciocínio, salientando o carácter «objectivo» do requisito da relevância da coacção de terceiro, e, portanto, porventura de prova mais fácil do que o eventual conhecimento ou dever de conhecer, como se exige para o dolo oriundo de terceiro.

XI. Consideremos agora a venda ulterior. Após a doação, o automóvel foi vendido a ESQUIÃO por DOIÃO, que agiu em nome de CALISTA, mas como *falsus procurator*, pois não dispunha já de poderes (aceita-se implicitamente que não se trata de uma hipótese em que a extinção dos seus poderes não fosse oponível a ESQUIÃO).

Na hipótese de representação sem poderes, a lei estabelece ser o

negócio ineficaz em relação ao (pseudo-)representado (art. 268.º, n.º 1). Abre-se, porém, a possibilidade de aquele em cujo nome o negócio foi celebrado lhe conferir os efeitos de que ele carecia (cfr. ainda *infra*). A esse acto chama a lei ratificação – *ratum habere* (cfr. art. 268.º, n.º 1, *in fine*). Ora, CALISTA não ratificou expressamente a venda, mas tê-lo-á feito de modo tácito (cfr. art. 217.º) ao aceitar o preço dela proveniente, sabendo, conforme é manifesto, da causa de ineficácia do negócio.

Subsiste o problema da forma da ratificação. Esta não estaria subordinada a qualquer forma (especial), porque a nenhuma forma ficava sujeita a procuração, por força de a compra e venda de um móvel ser um negócio não formal (cfr. arts. 268.º, n.º 2, parte inicial, e 262.º). Contudo, foi adoptada voluntariamente a forma escrita para o negócio objecto da ratificação, donde a hesitação de se esta não teria de obedecer a forma semelhante.

Parece, no entanto, que o âmbito de aplicação do art. 268.º se circunscreve à forma legal e não alcança a forma voluntária (adoptada ou convencionada, tanto para o negócio a ratificar, como eventualmente para a procuração). Um começo de justificação deste entendimento logo se verá na letra do art. 262.º, n.º 2, que se refere à «forma exigida». Depõe no mesmo sentido o carácter excepcional das exigências de forma. Distinta é, releva notar, a possibilidade, por regra legítima, de se ter convencionado ou sido imposta uma forma para a (eventual) ratificação, sendo, por exemplo, o negócio celebrado com conhecimento mútuo, do representante e do terceiro, da falta de poderes, ou aquando da *interrogatio*, com indicação de um prazo, sobre a ratificação, nos termos do art. 268.º, n.º 3.

Válida a ratificação, com ela a compra e venda entre CALISTA e ESQUIÃO tornou-se eficaz (e retroactivamente, isto é, desde o momento da conclusão do contrato – cfr. art. 268.º, n.º 2, segunda parte) no que ao problema da representação tange (quanto à atribuição, concomitante, de um mais amplo significado à ratificação, cfr. *infra*).

XII. A compra e venda agora em discussão foi, porém, concluída sob coacção moral. O que se dá por assente sem maiores justificações.

Como é conhecido, para que exista coacção moral, também dita *vis compulsiva*, mostra-se necessário:

- i) uma ameaça – por outras palavras, a cominação de um mal futuro, cuja consumação estará na dependência da vontade do coactor;
- ii) com o fim de compelir o declarante a emitir certa declaração;
- iii) ser a ameaça ilícita; e
- iv) que a declaração negocial haja sido determinada pela ameaça.

Para aqui importa, antes de mais e muito sinteticamente, acentuar que a cominação de um mal futuro pode ser meramente «indirecta» ou «subentendida» (por exemplo, a alusão aos «esqueletos encerrados no armário»). Sendo que o mal consistirá em qualquer desvantagem, material ou de outra natureza, para o declarante ou terceiro: nos termos do n.º 2 do art. 255.º, «a ameaça tanto pode respeitar à pessoa como à honra ou fazenda do declarante ou terceiro»; ou, no limite, do próprio coactor (discutida é a hipótese de ameaça de suicídio). E quando a coacção provenha da contraparte não importa a sua gravidade ou verosimilhança (conquanto a «minimidade» do mal torne a prova da sua causalidade difícil; por outro lado, uma ameaça putativa não relevará), como resulta desde logo do confronto da primeira com a segunda parte do art. 256.º (em sentido diferente, cfr. art. 1435 do Codice Civile, onde, indiferentemente de a coacção provir do declarante ou de terceiro, se apela ao *standard* da «pessoa sensata», isto é, dotada de normal força de ânimo e capacidade de resistência, capaz de apreciar quer a causalidade da ameaça quer a «importância» do mal). Mas a consumação tem de depender da vontade do coactor ou da influência deste sobre terceiro (pelo menos no juízo do declarante). Não basta, pois, que aquele «perspective» uma situação futura desvantajosa para o declarante ou disso o advirta. Nem é suficiente a mera exploração de uma «situação de necessidade ou de perigo» (*metus ab intrinseco*), como sucede quando alguém faz depender a prestação de auxílio, não devido legalmente, de uma contrapartida, ou confronta a contraparte com a premência da decisão, ou cria ou estimula mesmo, por exemplo, uma «compulsão para comprar».

Por outro lado, a ameaça carece de ser feita com a intenção de compelir o declarante a emitir uma declaração com um determinado conteúdo (discutidas são as hipóteses de «violência política» e de «violência mafiosa», em que existe um «ambiente ou uma atmosfera geral» de medo ou receio). Exige-se, quando menos, «dolo eventual» por parte do coactor: este deverá ter contado com a possibilidade, e com ela se ter conformado, de que a declaração fosse influenciada pela ameaça (não é, evidentemente, imprescindível uma real intenção de consumação da ameaça). A intenção deve ainda dirigir-se à emissão

de uma concreta declaração, com um conteúdo determinado; em princípio, se a declaração se revela essencialmente distinta da pretendida, não existirá coação. Mas, por outro lado, a consciência da ilicitude da ameaça não se terá por imprescindível, nomeadamente um erro do coactor sobre as circunstâncias donde resulta o carácter reprovável da ameaça não afastará a ilicitude: o que está em causa é sempre preservar o declarante de uma influência indevida sobre a sua liberdade de decisão. Por isso, também a ameaça proveniente de um incapaz ou inimputável será tomada em conta.

Depois, exige-se que a ameaça se mostre ilícita. Neste ponto avultam vários problemas. Claramente nem todas as ameaças que visam influenciar a decisão da contraparte, levá-la a emitir certa declaração, são interditas pela ordem jurídica: na negociação de muitos contratos, as partes recorrem frequentemente a ameaças como meio natural, normal, ou admissível, de pressão. Apurar a licitude ou ilicitude da ameaça implica, muitas vezes, uma ponderação delicada e abrangente dos interesses presentes.

Ilícita revelar-se-á, inequivocamente, a ameaça quando o mal cominado é em si mesmo ilícito (*ilicitude do meio*). A ilicitude pode provir nesta hipótese da violação de um qualquer direito ou bem juridicamente protegido (mesmo da violação de um contrato: ameaça de incumprimento se não for celebrado outro contrato ou modificado o inicial). Não faz sequer diferença essencial o facto de o coactor ter direito à declaração assim obtida. Por exemplo, o credor ameaça bater no devedor se este não lhe pagar uma dívida já vencida (aqui, estará excluído, quer um direito de retenção, nos termos do art. 756.º, al. a), quer a possibilidade de compensação, segundo a al. a) do n.º 1 do art. 853.º).

A ilicitude da ameaça também não oferece dúvidas quando seja ilícito o resultado pretendido (*ilicitude do fim*), isto é, se a declaração desejada se mostra em si mesma proibida ou contrária aos bons costumes. Sirva de exemplo a celebração de um contrato onde alguém cede os favores sexuais da esposa, o que constitui crime de lenocínio, sob a ameaça de execução de uma dívida já vencida. Nestas hipóteses, porém, o contrato já será nulo nos termos do art. 280.º (ou do art. 281.º). Noutras, sê-lo-á por violar uma disposição legal imperativa (art. 294.º).

Ocorre, contudo, assinalar que a ilicitude do fim não se deve inferir somente da eventualidade de o declaratório não poder exigir, não ter direito, à declaração. Assim, se alguém ameaça outrem com uma acção judicial para obter o pagamento de uma dívida — contingência a que está sujeito qualquer um — a qual vem a revelar-se não existir ou não ser imediatamente exigível,

o pagamento porventura realizado não é susceptível de ser anulado com base em coacção.

De difícil valoração apresentam-se aquelas hipóteses, porventura as mais significativas, como a que nos ocupa *in concreto*, em que nem o mal ameaçado, em si, nem a declaração pretendida se revelam ilícitos ou contrários aos bons costumes, mas o meio utilizado parece «desapropriado» ou «anómalo» (de ser a utilização do meio «censurável» para atingir o fim fala o art. 154.º – crime de coacção – do Código Penal) com vista a obter aquele concreto fim (*ilicitude da relação meio-fim*). O juízo de ilicitude ou desaprovação suporá, nesse contexto, uma especial consideração equitativa das circunstâncias do caso. É um possível critério há-de buscar-se nos juízos de valor positivamente consagrados na lei e, em última instância, nos que derivam das concepções ético-jurídicas preponderantes na comunidade (destacando-se o próprio princípio da boa fé).

O art. 253.º, n.º 3, primeira parte, assinala não constituir coacção o exercício normal de um direito. O que, se não significa relevante ajuda exegética, não deixa, porém, na fórmula usada, de sugerir certo paralelismo com o abuso do direito (cfr. art. 334.º). Notar-se-á ainda que a expressão «direito» é susceptível, numa interpretação generosa, de compreender qualquer posição jurídica. Por seu lado, o Codice Civile, esclarece que a ameaça de fazer valer um direito só é causa de anulabilidade se dirigida a obter uma «vantagem injusta» (cfr. art 1438, que utiliza a expressão no plural). Outras leis, como o BGB, cautamente prescindiram de qualquer tentativa de precisar a noção de ilicitude da ameaça.

Em todo o caso, será viável adiantar algo. Desde logo, a inadequação entre o meio e o fim pode estar presente mesmo que o declaratório tenha um direito à declaração obtida ou aos efeitos e resultado dela derivados. Pense-se na ameaça com a denúncia de um crime ou com o testemunho sobre um acidente ocorrido se o devedor não pagar uma dívida vencida. Ao invés, onde tenha lugar uma conexão «interna», porventura estabelecida pela própria lei, entre o exercício do direito e o fim pretendido negar-se-á a ilicitude. Nestes termos, considerar-se-á lícita, constituindo o exercício normal de um direito, a ameaça com uma execução ou falência se o devedor não pagar a dívida vencida; como o será, em regra, a ameaça com um processo-crime (ou com a sua continuação), por ofensas corporais ou violação, se o agente não indemnizar os danos sofridos (reprovável parece ser, no entanto, que a indemnização seja «exigida» a um terceiro, familiar do agente).

Por outra banda, como já se registou, inclusive inexistindo ou ainda não existindo actualmente um direito ao resultado pretendido, nem sempre se po-

derá inferir que houve coacção (ilícita). Haja em vista a ameaça de denunciar uma burla se não for emitida uma declaração de reconhecimento de dívida, declaração a que o lesado não tem direito; mas, dúvidas já assomarão, por exemplo, se a entidade patronal exige que o trabalhador ponha fim à relação laboral sob pena de um processo disciplinar por infracções graves efectivamente cometidas (uma instrutiva análise das várias situações de ameaça com uma queixa-crime, paradigma da problemática da coacção com um meio em si legítimo, pode ver-se em W. FLUME, *Allgemeiner Teil* ..., pág. 536 e ss.).

Só que, conforme estas últimas duas situações deixam entrever, e acentua W. FLUME, *loc. cit.*, a ameaça não deverá servir para retirar à outra parte a possibilidade de se determinar esclarecidamente ou ponderar a sua decisão, obrigando-a a um juízo precipitado, a prescindir de certas «garantias» ou a aceitar a «definição» – v. g., a fixação unilateral do montante dos danos – da situação pela outra parte (aqui pisa-se, talvez, o terreno do negócio usurário).

Por fim, tem de existir causalidade entre a ameaça e a emissão da declaração. Já atrás se referiu que tal nexos se aprecia, fundamentalmente, do ponto de vista subjectivo do coagido. Perante a alternativa de emitir a declaração ou de a ameaça ser consumada, o declarante, por isso, decide ou escolhe – que ainda de uma decisão ou escolha se trata (*coactus tamen voluit*) – pelo primeiro termo. Claro que não identificaremos a necessária causalidade onde a declaração intencionada pela contraparte ou por terceiro foi emitida não em razão da ameaça, mas por decisão livre (espontânea) do declarante. Semelhantemente ao que se explicou para o dolo, mas agora porventura com menor justificação, dada a maior gravidade da coacção, certa doutrina sugere distinguir entre coacção essencial ou principal (*metus causam dans*) e coacção incidental (*metus incidens*), podendo nesta última ter lugar uma «reduzibilidade» do negócio (MOTA PINTO).

Concluem-se estas módicas anotações acerca da coacção moral insistindo que no âmbito da figura (apenas) se incluem aquelas situações onde persiste a vontade de acção do declarante, independentemente da natureza do meio empregue, físico ou psíquico, para causar o temor; faltando tal resquício de vontade cai-se já no domínio da coacção física, também sem que agora o meio usado tenha de ser necessariamente de ordem física: não se excluirá, com efeito, que um «medo invencível» consubstancie um caso de coacção física.

Postas as coisas neste pé, pode-se, no caso em consideração, concluir com segurança pela ilicitude da ameaça face à relação de (reprová-

vel) desadequação existente entre o meio empregue e o fim visado.

XIII. Resta aclarar se a coacção exercida sobre o representante, e não sobre o representado, inquina igualmente o negócio. Na normal das situações, a questão não suscitaria qualquer dúvida: uma resposta afirmativa flui com clareza do art. 259.º, n.º 1 (sobre o ponto, detidamente, ver o nosso estudo já citado, *O Problema dos Estados Subjectivos ...*, págs. 89 e ss.; evidentemente que o direito ou legitimidade para suscitar a anulação cabe ao representado, parte material do negócio: a ele, e não ao representante, pertence a regulamentação negocial). No caso, surge contudo um problema adicional, função de o representante ter agido sem poderes, sobrevivendo posteriormente a ratificação do negócio. Mesmo assim, poderá o representado, que ratificou o negócio, prevalecer-se da anulabilidade derivada de uma falta ou vício de vontade do representante?

Como noutra local de espaço se expôs, através da ratificação o representado exprime a vontade de se «apropriar» ou, se se preferir, «completar» (a disjunção tem a ver com a tese que se sustente quanto à natureza, autónoma ou integrativa, da ratificação, cfr. *infra*) (d) o negócio concluído em seu nome, e que, portanto, pelo menos potencialmente, lhe era destinado. Destarte, cessa a situação de pendência em que se encontrava, tornando-se o negócio eficaz em relação ao representado. E nisso, na expressão da vontade de «suprir» a falta de poderes do *falsus procurator* ou de «remediar» as consequências que estritamente daí advieram para o negócio representativo, se esgota no normal dos casos (e também segundo o entendimento do terceiro) o significado e relevância do acto de ratificação. Por norma, a ratificação não «recobrirá» todos os concretos aspectos da decisão de celebração do negócio e do respectivo conteúdo.

Assim sendo, compreende-se que a ratificação não sane *a priori* outros eventuais «vícios ou razões de invalidade ou ineficácia» do negócio representativo. E que não constitua simultaneamente, por norma, uma confirmação (o que pressuporia ainda na disciplina do art. 288.º, n.º 2, segunda parte, que o vício que serve de fundamento à invalidade tivesse cessado e que o autor da confirmação dele e do direito à anulação tivesse tido conhecimento).

Cfr., mais em pormenor, o nosso trabalho, *Notas sobre a Falta do Poder de Representação*, in RDES, 1995, n.º 1-2-3, págs. 3 e ss. Aí se discute também o problema conexo do modo de conceber o negócio celebrado pelo *falsus procurator*: como *facti-species* incompleta, *in itinere*, que a ratificação, como acto integrativo, aperfeiçoa, ou como um acto perfeito, embora incerto ou incompleto quanto às consequências, exprimindo a ratificação a sua «legitimação» pelo interessado, o qual «recupera», desse modo, o acto para a sua esfera jurídica. Notar-se-á que, para esta última teoria, a ratificação acabará por aparecer como uma *condicio iuris* da eficácia do negócio em relação ao representado. E será porventura essa a tese que melhor se coaduna com a eficácia retroactiva que a própria lei estipula (cfr. art. 276.º). Acentuar-se-á ainda, por semelhante via, o carácter negocial (autónomo) da ratificação. E, portanto, a sua sujeição ao regime geral dos negócios jurídicos (nomeadamente ao regime do erro; cfr., sobre esta última hipótese, K. MUSCHELER, *Irrtum bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts*, Jura, 1995, págs. 30 e ss.), conclusão que temos por indesmentível, e com a qual se há-de necessariamente conciliar o recorte ou perfil dogmático adoptado. Ocorre ainda apontar que os requisitos de validade ou eficácia da ratificação são de aferir tomando como ponto temporal de referência o momento da sua realização.

Não se vê que, na concreta situação, se imponha uma conclusão diferente. Pesa ainda a circunstância de CALISTA desconhecer, no momento da ratificação, o que tinha ocorrido. E ponderar-se-á que o terceiro, ESQUIÃO, foi o autor da coacção, não havendo portanto uma qualquer confiança legítima sua a proteger.

Advirta-se, todavia, que, mesmo sendo o negócio representativo inválido, a sua ratificação não deixará de operar determinadas consequências. De que se dão só dois exemplos: ao representado ser-lhe-á imputada uma eventual *culpa in contrahendo* do representante (se é que o não era até esse momento por se tratar de um seu auxiliar, embora desprovido de poderes de representação, por força do art. 800.º ou art. 500.º); o negócio ratificado passará a ser considerado no concernente à eventual protecção de um terceiro adquirente nos termos do art. 291º.

XIV. Contudo, como é próprio do regime (típico) da anulabilidade, esta só é invocável pelas pessoas em cujo o interesse a lei a estabeleceu

(art. 287.º). Mesmo que não se tenha o direito de anulação por caducado pelo decurso do prazo do art. 287.º, n.º 1 – o que suporia que tivesse decorrido um ano após o momento em que cessou a situação de coação, já não subsistindo o efeito compulsivamente exercido sobre a vontade do coagido, e, portanto, sentindo-se este (é, fundamentalmente, da perspectiva do coagido que tal quesito se deve avaliar) livre, não impedido pelo receio, de exercer o seu direito de anulação –, legitimidade para arguir a anulabilidade do negócio teria apenas CALISTA e já não AGENOR. Pelo que, não tendo aquela intentado a acção de anulação (ou acordado nisso com a contraparte), não pode este último «prevalecer-se» da invalidade do negócio.

XV. Apurado tudo isto, avancemos para enfrentar directamente a questão colocada. Terá AGENOR direito a reaver o automóvel, invalidados os negócios de alienação (compra e venda e doação entre AGENOR e CALISTA)?

É regra, no nosso direito, que a retroactividade da declaração de nulidade ou da anulação, segundo o art. 289.º, n.º 1, faz repercutir a destruição dos efeitos do negócio nas posições jurídicas (ou direitos) de terceiros entretanto constituídas (retroactividade «absoluta» ou «real»; ou, como também sói dizer-se, a invalidade opera *in rem* e não apenas *in personam*). Nomeadamente, não subsistem (têm-se como não produzidos) os efeitos de um negócio ulterior que no primeiro se sustentasse. No caso, não se reconheceria ou não se teria por constituído o direito (de propriedade) de ESQUIÃO. Donde este ter de restituir o automóvel a AGENOR, seu proprietário.

No que se prende com a anulabilidade, vale a pena recordar que a tese mais corrente, com curso entre nós, considera o negócio anulável como inválido (e impugnável), apesar de eficaz (sem necessidade de eliminação do «defeito», causa da invalidade, nem de renovação do acto). Eficácia, porém, provisória ou interina, ou melhor, aguardando um de dois «desfechos»: a «remoção» (*ex tunc*) pela anulação ou a sua «consolidação» pela sanção da invalidade, através do decurso do tempo ou da confirmação.

Segundo RUI DE ALARCÃO, [A *Invalidade do Negócio Jurídico*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Homenagem ao Prof. Teixeira Ribeiro, págs. 609 e ss.], o carácter «não automático» do modo como opera constitui até

o elemento indelével da anulabilidade, o seu traço típico, por contraposição à «automaticidade» da nulidade.

Aliás, que se reconheça eficácia inicial ao negócio anulável ajusta-se à atribuição do direito de anulação apenas a uma das partes, justamente, por regra, a pessoa em cujo interesse a anulabilidade foi estabelecida (a parte que errou, que estava acidentalmente incapaz, etc., e, eventualmente, os seus sucessores; já os credores, na comum opinião, não serão admitidos, mesmo em via sub-rogatória, a fazerem valer a anulabilidade). Entretanto, a parte com legitimidade para arguir a anulabilidade há-de, por exemplo, poder exigir o cumprimento ou constituir a contraparte em mora (isto, independentemente de em tais actuações se poder ver uma confirmação tácita). E se a outra parte cumpre, não poderá repetir a sua prestação, designadamente, invocando a *condictio indebiti*.

Mantendo-se que o negócio anulável produz, inicialmente, os seus efeitos, reconhecer-se-á à acção de anulação e à respectiva sentença, isto é, ao exercício do direito potestativo de anulação – o que, porém, também não é indisputado, visto que há quem queira ver como objecto do juízo de anulação a verificação, o «*ascertamento*», dos factos causa da invalidade e não desta última em si –, «natureza constitutiva», por operar uma alteração ou modificação (aliás, de cunho extintivo) da situação ou relação jurídica preexistente.

Deste ou doutro jeito, a faculdade que as partes têm de acordar (extra-judicialmente) sobre a invalidade do negócio parece constituir um «corpo estranho» no regime descrito. A um tal acordo alude o art. 291.º, n.º 1, parte final, que faz ainda presumir que, diferentemente do «mútuo dissenso» ou *distrate*, ele tem eficácia retroactiva face a terceiros (cfr., ainda, o estabelecido no art. 435.º, a propósito da resolução; pode outrossim colocar-se a questão de saber se tal acordo está sujeito a restrições de natureza formal ou probatória). Conquanto, aparentemente, o «período de carência» para reconhecimento dos direitos de terceiros, previsto no n.º 2, não se aplique neste caso (invocar-se-á um argumento *a silentio*). Seja como for, entre nós – diferentemente se passam as coisas noutras latitudes jurídicas, por exemplo, no sistema alemão –, não pode a anulação fazer-se valer por uma mera declaração unilateral à contraparte (conforme acontece para a resolução).

Um outro escolho à tese prevalecente sobre a «natureza constitutiva» da acção de anulação decorre da circunstância de a anulabilidade ser invocável por via de excepção, e sem dependência de prazo, não estando o negócio cumprido (cfr. art. 287.º, n.º 2). Todavia, a doutrina tende a ver nos factos

que determinam a anulabilidade – incapacidade, erro, etc. – uma excepção peremptória e, mais concretamente, uma causa impeditiva, e não extintiva, do direito da outra parte, para o que se argumenta com o facto de a anulabilidade ser contemporânea ou anterior ao negócio; quando, em estrita lógica, segundo o entendimento referido, deveria assinalar-se à invocação da anulabilidade, no plano processual, a natureza de reconvenção.

Se, apesar de tudo, se aceita a eficácia (inicial) do negócio anulável e, por isso, a «natureza constitutiva» da anulação, tem perfeita lógica atribuir (como o faz o art. 289.º, n.º 1) eficácia retroactiva a esta última – com o que isso implica de repristinação da situação (jurídica) que existiria não fora os efeitos do negócio inválido: só assim se negará, o mais completamente possível, os efeitos que aquele entretanto surtiu (mas, por uma razão simétrica, já dificilmente se compreende que a lei fale igualmente em efeitos retroactivos da declaração de nulidade, ao discipliná-los promíscua ou compositamente com os efeitos da anulação).

Advirta-se contudo que a retroactividade só é pensável no mundo da «eficácia» ou «realidade» jurídica e não no plano fáctico (*factum infectum fieri nequit*), sendo errado referi-la directamente, como por vezes se sustenta, à restituição (nem sempre possível) das prestações eventualmente realizadas. Embora a condenação na restituição de «tudo o que tiver sido prestado» (ou, do «valor correspondente») representa, no nosso sistema – ao invés do que sucede, por exemplo, no sistema alemão, onde a restituição se fundamenta no enriquecimento sem causa – uma consequência da acção de invalidade, a esta materialmente acoplada (cfr. art. 289.º; o que não excluirá que se descubra uma «raiz comum», ou «pontos de contacto», com o enriquecimento sem causa e que não se encontre amparo nos parâmetros e valorações subjacentes a este último instituto a fim de completar e «corrigir» aspectos, mal-propícios para certos tipos de situações, da regulamentação do art. 289.º). E cabe, de resto, acentuar que a retroactividade representa uma «espécie» de ficção e, portanto, acaba por constituir uma remissão implícita cujo conteúdo normativo o legislador poderia ter optado por explicitar. Só que, em muitos casos, mostrar-se-ia particularmente difícil, se não inviável ou desadequado, encontrar «formulações directas» capazes de traduzir tais conteúdos equivalentes à «técnica» da retroactividade. Sem que isso dispense, claro, o aplicador de deles se inteirar e de procurar as intenções valorativas subjacentes (de prevalência de certo ou certos interesses, em detrimento de outros, visando, justamente, a retroactividade garantir aqueles).

Refira-se, por fim, que as obrigações de restituição das partes, declarada a invalidade, são recíprocas e de cumprimento simultâneo. Segundo o art. 290.º, opera uma «excepção de não restituição», tradução de uma espécie de «sinalagma», que todavia deve ser entendido, no plano funcional, de modo hábil - não será, por exemplo, de pensar numa «resolução» por incumprimento da obrigação da contraparte, o que se traduziria, pelo menos em termos práticos, na convalidação de um contrato invalidado (pelo menos no caso da anulação).

Omita-se aqui a problemática (conexa) da viabilidade da acção de reivindicação a par ou independentemente do pedido de anulação ou declaração de nulidade.

XVI. De volta à questão posta, importa ter presente que, no art. 243.º, a nossa lei estabelece a inoponibilidade da declaração de nulidade, com fundamento em simulação, a terceiros de boa fé. Para isso, precisam estes de ignorar a simulação ao tempo em que foram constituídos os seus direitos, os quais terão de ter sido adquiridos antes do registo da acção de simulação (assim define a lei a boa fé no art. 243.º, n.º 2 e n.º 3; não parece de acolher a equiparação, proposta por exemplo por MENEZES CORDEIRO, entre o conhecimento efectivo e o mero dever de conhecer ou desconhecimento «culposo», cfr. o que escrevemos noutra oportunidade, *A Relevância do Conhecimento no Direito Civil*, Porto, 1996, págs. 39 e ss.).

Daqui que, para estar protegido, por a nulidade da compra e venda não lhe ser oponível nos termos do art. 243.º, ESQUIAO haveria de ter ignorado a simulação ao tempo da conclusão do negócio, estar portanto de boa fé. E isso, como se viu, não sucedeu.

XVII. De modo semelhante, o art. 291.º consagra um desvio ou uma derrogação ao princípio geral expresso no art. 289.º. Em nome da protecção dos legítimos interesses de terceiros e para salvaguarda da segurança do tráfico jurídico, em determinadas condições, a declaração de nulidade e a anulação não prejudicam os direitos de terceiros. Os direitos, *maxime* o direito de propriedade, são preservados, pelo que os terceiros protegidos não terão de restituir a coisa (móvel sujeita a registo ou imóvel) adquirida.

Podem, para o que nos interessa, explicitar-se assim os pressupostos da aplicação do art. 291.º:

- i) a existência de um *terceiro*, ou seja, de alguém que integrando-se numa cadeia de transmissões vê a sua posição afectada pela invalidade de um acto anterior àquele em que foi interveniente;
- ii) a *boa fé* desse terceiro, consistindo na ignorância não culposa da causa de invalidade do acto antecedente;
- iii) o *carácter oneroso da aquisição* do terceiro;
- iv) o *registo da sua aquisição*;
- v) que tal *registo seja anterior ao registo da acção de invalidade* ou ao registo do acordo entre as partes acerca dessa invalidade;
- vi) terem *decorrido 3 anos* desde o negócio (anterior) cuja invalidade se quer fazer valer;
- vii) *haver o verdadeiro titular do bem intervindo* na cadeia de transmissões.

Sobre estes requisitos (que têm, é óbvio, de se verificar cumulativamente) restringir-nos-emos aqui a dizer duas ou três coisas. Antes de mais, parece que a lei apenas protege contra a invalidade (isto é, nulidade e anulabilidade; diversamente, no *Codice Civile*, que serviu de «fonte» ao nosso Código nesta matéria, só se depara com uma disposição paralela, o art. 1445, para a anulação, disciplinando os seus efeitos no confronto com terceiros) mas não face à «inexistência» de um negócio precedente, por exemplo, os casos de coacção física, ou as declarações não sérias, onde a lei fala da «radical» não produção de efeitos (não se discute agora se no nosso direito civil há espaço e justificação para considerar a inexistência como categoria dogmática geral autónoma, ou se tais casos não se poderão reconduzir a uma «nulidade agravada»). Porventura, ficarão também excluídas algumas situações de ineficácia do negócio anterior (o problema já se discutiu na jurisprudência no contexto do direito de preferência), por faltar a «minimidade» de contribuição do verdadeiro titular, que o art. 291.º supõe (cfr. o que adiante se diz).

Prima facie, pode suscitar certa dificuldade conciliar o disposto no art. 291.º, n.º 2, ao impor-se aí uma «quarentena» (ou «período de carência», como também já se lhe chamou) de três anos desde a conclusão do negócio inválido, com o prazo de um ano estipulado no art. 287.º para a invocação da anulabilidade. Porém, para além da hipótese de o negócio anulável não ter sido cumprido, onde a anulabilidade é arguível sem dependência de prazo, ainda estarão em causa aquelas situações em que o vício que fundamenta o pedido só cessou

decorridos mais de dois anos após a conclusão do negócio.

Já o último dos requisitos enunciados, não expressamente referido na lei e constituindo de algum modo uma explicitação do primeiro, afasta da hipótese do art. 291.º situações como aquelas em que a aquisição de terceiro se fundaria numa outra anterior aquisição (inválida, nula) *a non domino*.

Deve aliás indicar-se, de um modo mais genérico, que o art. 291.º apenas protege o terceiro adquirente de boa fé face à invalidade do negócio anterior. Mas, para se dar a sua aquisição, mostra-se imprescindível um negócio com o «não titular» e, portanto, uma relação com determinado sujeito. É, aliás, segundo os termos ou o conteúdo desse negócio – inválido não-somente por força da falta de «legitimidade» do *tradens* – que se «mede» a actual aquisição. Deste modo, tem perfeito cabimento dizer que tal negócio «titula» a aquisição do direito. Muito elucidativamente, embora noutro contexto, afirma ORLANDO DE CARVALHO [*Direito das coisas*, Coimbra, 1977, pág. 275, nota 76] que as disposições do(s) art(s). 291.º [e 243.º], «verificadas que sejam as condições que elas postulam, atribuem, decerto, o *jus in re* ao adquirente, mas não envolvem, mesmo assim, uma aquisição independente do título – não constituem um modo abstracto *ex vi legis*, um modo *a se stante*, como nos sistemas do modo». Exacto é ainda ser a «especial posição» do não titular que permite a aquisição pelo terceiro e que define os contornos dessa aquisição. Assim, se alguém «adquire» um direito com base num negócio inválido, onera esse direito e acaba por «transmiti-lo» posteriormente, o terceiro terá adquirido, nos termos do art. 291.º, um direito com idênticos ónus. Nem se estabelecerá aqui pertinentemente, como já assinalava MANUEL DE ANDRADE, um paralelo com o facto de o usucapiante adquirir a coisa «com os encargos a ela inerentes, se durante o tempo da usucapião se não tiver verificado a sua prescrição extintiva», pois aí está antes em causa à ideia da «inerência real dos encargos».

Nestes termos, tender-se-á a qualificar de derivada a aquisição por força do art. 291.º. O direito do adquirente «individualiza-se», nos limites do título aquisitivo, por relação com um direito anterior daquele que é, ou foi, o verdadeiro titular. O terceiro de boa fé, repete-se, nunca pode adquirir em termos mais amplos que os correspondentes ao direito do titular com o qual a sua aquisição conflitua; e o terceiro adquire a propriedade *cum onere suo*. E, quando nunca interveio na cadeia de transmissões o verdadeiro titular, também nunca o poderá ser o terceiro de boa fé.

Para maiores desenvolvimentos, ver L. MENGONI, *Natura giuridica degli acquisto a non domini*, especialmente págs. 145 e ss. Junta este autor que o

adquirente *a non domino*, sempre que a sua aquisição pressupõe o registo, deve (também) promover a inscrição da aquisição (ou titularidade) do *non dominus*, quando esta não tenha sido realizada, estando portanto sujeito ao princípio da «continuidade da transcrição» por ser a sua uma aquisição derivada. MENGONI distingue ainda a questão do carácter derivado da aquisição da sua «natureza» negocial, ou seja, saber se a aquisição é aí, no essencial, produto da vontade do *non dominus*. Concluindo que as aquisições *a non domino* (similares às do art. 291.º) terão natureza legal, resultando de uma *facti-species* complexa onde se integram, entre outros elementos, um negócio ineficaz, uma especial situação de facto do alienante e um particular estado subjectivo do adquirente.

Merece ainda a pena apontar que os efeitos decorrentes do art. 291.º (o que se poderia, de resto, sem grande esforço generalizar para outras hipóteses legais de tutela da boa fé) não carecem da manifestação de vontade (nesse sentido) do sujeito tutelado; e que, correlativamente, se mostra irrelevante uma vontade contrária deste. Para também traduzir esta ideia, é cabível dizer-se que tais efeitos ocorrem *ex lege*. Por isso, desde logo, e na medida em que semelhantes consequências venham posteriormente a «afectá-los», poderão terceiros invocar a situação jurídica desse modo definida. Um exemplo elucidativo: **B** comprou determinado imóvel a **A**, o qual, anteriormente, o havia «adquirido» ao verdadeiro titular com base num negócio nulo; **B**, que estava de boa fé, encontra-se agora protegido pelo art. 291.º. Nesta situação, não poderá **B** pretender a restituição do preço nos termos do art. 894.º, «abrindo mão» do direito que o art. 291.º lhe protege (ou concede). Por seu turno, se **C**, entretanto, adquirira de **B** o imóvel, o seu direito não sofre contestação em caso algum (descontada, porventura, a hipótese de fraude à lei), mesmo sendo declarado nulo o negócio com base no qual **A** «adquiriu»; tão-pouco faz diferença se **C**, à altura da sua aquisição, sabia da invalidade desse negócio anterior.

Além disso, mas ainda relacionado com a ideia precedente, assinala-se, quanto ao *modus operandi* da boa fé subjectiva (*scil.*, da sua tutela), nomeadamente no âmbito do art. 291.º (lembre-se o que já ficou dito quanto à necessidade de o verdadeiro titular ter, alguma vez, intervindo na cadeia de transmissões subjacente), que esta não produz, por norma, um «efeito autónomo ou independente». Embora a expressão não seja a mais feliz, quer-se desse modo significar que a situação correspondente à protecção da boa fé se conforma em termos semelhantes ou pelo menos aproximados à que existiria se não fosse a «falha» do «elemento» erroneamente suposto pelo sujeito de boa fé. Preferível será talvez dizer que a tutela da boa fé não alcança mais do que paralisar

ou atenuar os efeitos desfavoráveis para certo sujeito da não existência ou do diferente conteúdo, por ele ignorado, de certo elemento de determinada hipótese legal; outras consequências, porventura desfavoráveis na sua perspectiva, conformes à situação material, têm evidentemente lugar. A lei não pretende, de um modo geral, colocar o sujeito de boa fé numa posição mais favorável do que aquela em que se encontraria se a situação material correspondesse à sua «versão» da realidade. Desta forma, por exemplo, o terceiro adquirente, no art. 291.º, pode ver o seu direito claudicar se, a mais do que a causa de invalidade do negócio anterior, que lhe é inoponível por razão da sua boa fé, existirem outros fundamentos de invalidade ou ineficácia desse negócio. Ou, num contexto diferente, se **A** e **B** simulam a existência de um crédito a favor do primeiro, que o cede, mais tarde, a **C**, então, embora tal simulação não seja oponível a este último, nem por isso **B** deixará de poder invocar eventuais meios de defesa de que disporia, a ser real o crédito, face ao cedente.

Cfr., sobre isto, o nosso *A Relevância ...*, *passim*. Quanto a este último aspecto aludido, ver A. KOLLER, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg, 1985, págs. 234 e ss., autor que estabelece uma directa conexão com a ideia, anteriormente afluída, de que os efeitos decorrentes da boa fé não dependem da vontade do sujeito: de outro modo, ao poder decidir se tais efeitos ocorreriam ou não, estaria ele numa situação preferível àquela em que tais efeitos se dessem de modo inelutável por derivarem (unicamente) da situação real. Contra, em termos muito peremptórios, H. ALTMERPPEN, *Disponibilität des Rechtscheins*, *passim*, especialmente págs. 312 e ss., que pretende que, superada a antiga «*Legitimationstheorie*» que ficcionava a legitimação do *tradens*, nada impede o «beneficiário» de boa fé de renunciar à tutela concedida pela lei. Estando em causa um efeito puramente benéfico disposto pela lei no interesse de determinado sujeito, a este haveria de ser concedida a possibilidade de dele prescindir. E procura ainda H. ALTMERPPEN demonstrar, quanto a nós sem o conseguir cabalmente para todas as hipóteses analisadas – e o autor ocupa-se de três grandes grupos de casos dentro da aparência jurídica no direito privado: aquele em que ela preenche um função liberatória do devedor que paga a quem não é o verdadeiro credor; o do poder de representação aparente, em que se protege o terceiro que contrata com um representante sem poderes, mas que aparenta possuí-los; e, por último, o de «disposição» de um direito por um sujeito carecido de «legitimidade» – que nem a segurança do tráfico jurídico, nem interesses legítimos de terceiros (sub-adquirentes, credores, etc.), seriam relevante ou indevidamente afectados

pela solução que acolhe.

E, noutro âmbito, fica por tratar a disparidade entre os requisitos postos pelo art. 291.º para tutela do terceiro e o disposto nos arts. 17.º e 124.º do Código do Registo Predial (instrutivo a esse respeito, contra o cercamento do campo de aplicação do art. 291.º por via da sua «conciliação» com o regime da lei registral, ORLANDO DE CARVALHO, BFDC, vol. LXX, págs. 97 e ss.; em termos diferentes, entre outros, ISABEL PEREIRA MENDES, *Estudos sobre o Registo Predial*, Coimbra, 1977, págs. 45 e ss. e 155 e ss. e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 1996, págs. 122 e ss.)

Na circunstância, a estarem reunidos os pressupostos do art. 291.º, seria reconhecido o direito de propriedade de ESQUIÃO sobre o automóvel («prevalecendo» face ao direito de AGENOR). Assim, e logo no que à nulidade por simulação da compra e venda tange, ESQUIÃO poderia invocar (além do art. 243.º) a tutela do art. 291.º.

Ora, quanto à averiguação dos pressupostos do preceito em causa, aceitando-se que ESQUIÃO registou a sua aquisição, cabe salientar o seguinte: o negócio incide sobre um móvel sujeito a registo; a aquisição foi a título oneroso (trata-se de uma compra; como se viu, importa o carácter oneroso do negócio de aquisição do terceiro, não do negócio anterior inválido); decorreram mais de três anos desde a conclusão do negócio inválido inicial; incerto é se ESQUIÃO está de boa fé.

Para efeito do art. 291.º, a boa fé consiste, de acordo com a definição do n.º 3 do mesmo preceito, no desconhecimento não culposo do vício do negócio inválido, no momento da aquisição. Boa fé, pois, entendida em sentido subjectivo, significando o desconhecimento sem culpa da causa da invalidade. Ora, ESQUIÃO conhece o vício do negócio – a simulação – e, assim, não está de boa fé, daí decair, neste ponto, a protecção do art. 291.º.

É, de resto, bom de ver que, em hipóteses análogas, onde já se constatou que o terceiro não estava protegido pelo art. 243.º, ao não se verificarem os requisitos aí previstos, a indagação dos pressupostos do art. 291.º é supérflua: estando em causa uma nulidade resultante da simulação, não pode nunca o terceiro não ficar protegido pelo art. 243.º, mas já ver os seus direitos reconhecidos nos termos do art. 291.º (correspondentemente, mas ditas as coisas ao invés, sempre que esteja tutelado por este último preceito, está-lo-á nos termos

do primeiro): a tutela do art. 291.º é mais apertada do que a do art. 243.º, cujos requisitos se «consomem» nos daquele artigo.

XVIII. Mas Esquião poderia também «derivar» o seu direito (de propriedade sobre o automóvel) da doação (negócio dissimulado). Já se constatou acima ser esta nula por existir uma indisponibilidade relativa, por força do art. 953.º, mediante remissão para o art. 2196.º. Acontece que Esquião desconhecia (presume-se que sem culpa) as relações extra-conjugais de AGENOR, causa da nulidade da doação. Estava, então, de boa fé, sendo protegido nos termos do art. 291.º (subentende-se que os demais requisitos do preceito estão preenchidos). Os efeitos da declaração de nulidade (com esse fundamento) não lhe são, por conseguinte, oponíveis.

XIX. Porém, como também ficou exposto, a doação é ainda passível de ser anulada com base em dolo.

Entronca aqui um problema de ordem geral merecedor de mais do que a simples referência a seguir feita: o de averiguar se um negócio nulo pode ser anulado. Não suporá a anulação, consistindo na eliminação dos efeitos do negócio, que este os tenha (ainda que de modo provisório ou interino) produzido (recorde-se que a nulidade opera *ipso iure*)? Não se versará numa aporia ao admitir-se a destruição de algo que nunca ocorreu?

Tais objecções, pelo menos assim formuladas, não são muito difíceis de rebater. Elas relevarão mesmo de um inegável conceptualismo e corresponderão a um modo «naturalístico» de conceber a produção de efeitos jurídicos, ou seja, a «causalidade» jurídica. Seja como for, no plano prático, não se descortina qualquer verdadeira razão para privar o interessado da possibilidade de invocar vários fundamentos para a sua pretensão, por via de acção ou de excepção (de resto, admitir-se-á sem grandes reticências que sejam arguidas várias causas de nulidade ou de anulabilidade; e que se proceda à anulação de um negócio ou obrigação extinta pelo cumprimento). Muitas vezes, isso será até ditado por razões de prudência e de economia processual (eventualidade de um dos fundamentos não ser provado ou ser julgado improcedente), ou por factores de outra ordem mas também legítimos (por exemplo, para preservar a «reserva» do próprio ou de terceiro).

Para mais, o negócio nulo não se afigura algo desprovido de existência

jurídica, um «nada jurídico» despiçando, mesmo na perspectiva negocial. Somente sucede que a regulamentação intencionada não vigorar. Todavia, consequências jurídicas de cariz negocial ou de carácter análogo podem produzir-se, os chamados efeitos laterais ou indirectos (que outros efeitos, por exemplo de natureza delitual, são susceptíveis de ocorrer ninguém negará). Em primeiro lugar, há que contar com a possibilidade de, excepcionalmente, o negócio ser sanado ou convalidado (cfr., por exemplo, o art. 895.^o). Depois, o negócio poderá ser convertido ou reduzido. Ou, ainda, ter eficácia como negócio putativo. Sustentará eventualmente uma aquisição de terceiro, conforme se viu acontecer, nos termos do art. 291.^o (ou do art. 243.^o). Outras vezes, a sua conclusão fundamentará uma verdadeira responsabilidade negocial das partes, como parece suceder no caso de impossibilidade originária. Porventura será ainda chamado a enformar, como critério da própria «liquidação», os termos de restituição das prestações mercê da sua invalidade. Ou servirá de justo título para aquisição da posse. Assim, a anulação de um negócio nulo (o fazer valer outra causa de invalidade) pode ter o sentido útil de o privar de tais efeitos.

Genericamente, sobre o problema dos chamados «efeitos duplos», cfr., como precursor da sua admissibilidade no direito civil, T. KIPP, *Festgabe für von Martitz*, 1911, págs. 211 e ss. e, também em termos favoráveis, K. ENGISCH, *Einführung in das juristischen Denken*, 1999, págs. 38 e ss. (existe tradução portuguesa, de uma edição anterior, sob o título «Introdução ao Pensamento Jurídico»).

Reportando-nos ao caso em apreço, mesmo quem entenda inadmissível a anulação de um negócio nulo (em termos gerais: rejeite a teoria dos efeitos duplos) chegará porventura à solução que adiante se aponta, considerando que o conhecimento do dolo por ESQUIÃO afasta, em qualquer caso, a invocação da tutela concedida pelo art. 291.^o (os termos dubitativos utilizados, prendem-se com o facto de o «desconhecimento do vício» requerido pelo 291.^o, n.º 3, parecer reportar-se à concreta causa de invalidade feita valer e não, em termos genéricos, à invalidade do negócio, seja qual for a razão donde esta decorra).

Retomemos então a anulação fundada em dolo. Também agora há que apurar se a posição de ESQUIÃO é tutelada pelo art. 291.^o. O que se pode todavia, liminarmente, afastar: conhecendo ele o (concreto) vício da doação, está de má fé, logo a anulação ser-lhe-á oponível.

XX. Chegados aqui, concluiremos que ESQUIÃO está obrigado a

restituir a AGENOR o automóvel, anulada a doação. Sem prejuízo, obviamente, dos direitos que lhe assistam perante CALISTA, mormente a repetição ou restituição do preço. Ponto é que a acção de anulação da doação seja intentada dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento, segundo o art. 287.º, n.º 1, parte final. O disposto no n.º 2 do mesmo preceito (*perpetua ad exipiendum*) não se aplica, dado a doação, como se depreende, ter sido cumprida. A determinação do *dies a quo* nas hipóteses de dolo corresponderá ao momento da descoberta pelo declarante de que foi vítima de engano, o que coincidirá, em regra mas não necessariamente, com a descoberta do seu erro.

Inconsiderada fica a questão de se o «efeito indemnizatório» com base na *culpa in contrahendo*, desencadeado pela ilicitude do dolo (e o mesmo se perguntará a propósito da coacção moral e até acerca da indução negligente em erro), pode conduzir, em via de reconstituição natural (art. 562.º), a uma desvinculação do contrato, mormente para além do prazo de anulação do art. 287.º (dentro do prazo de prescrição de três anos do art. 498.º, por força da remissão do n.º 2 do art. 227.º).

Propende-se para uma resposta negativa, pela subversão do regime da anulabilidade que tal solução denotaria; dificuldade não superável pela ponderação da ausência de uma confiança legítima da contraparte (autor do dolo ou da coacção), até pelos efeitos *ad rem* que tal desvinculação parece envolver. Em sentido afirmativo, porém, PAULO MORA PINTO [*Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, 1995, pág. 325, nota 306], conquanto a afirmação de que o entendimento geral da doutrina tedesca, onde louva a sua opinião, vai no sentido da inobservância do prazo consignado no § 124 BGB, tenha de ser entendida *cum grano salis* – por exemplo, KRAMER, um dos autores indicados, manifesta precisamente a opinião oposta.

XXI. Cabe indicar, por último, que ESQUIÃO não terá adquirido o direito de propriedade sobre o automóvel por usucapião. De facto, a nossa lei civil não conhece prazos inferiores a dois anos susceptíveis de conduzirem à usucapião (cfr., para os móveis, arts. 1298.º e ss.). E, no caso que vimos deslindando, a posse de ESQUIÃO durou menos de dois anos.

Seja como for, a sua posse deverá qualificar-se de violenta (cfr. art. 1261.º). A coacção moral exercida para a conclusão do negócio «con-

tamina», desde logo, a obtenção da posse pela entrega pelo coagido da coisa no cumprimento do negócio (o carácter violento da posse projecta-se ainda na sua qualificação como posse de má fé, nos termos do n.º 3 do art. 1260.º). A invocação da coacção moral por AGENOR há-de agora admitir-se, ao invés do que se concluiu suceder anteriormente, pois persegue uma finalidade completamente distinta da arguição da anulabilidade do negócio (confinada aí a legitimidade ao coagido). Consequentemente, os prazos da usucapião só se contarão desde o momento em que cesse a violência (art. 1297.º *ex vi* do art. 1300.º; sobre o entendimento daquilo em que consista a cessação da violência, cfr. *supra*), até aí, claro, também uma eventual acessão de posses (cfr. art. 1256.º) estará excluída.

Repare-se, por outro lado, que tão-pouco CALISTA adquiriu por usucapião. Como se disse, a sua posse, foi obtida por intermédio do representante (cfr. art. 1252.º e ainda al. c) do art. 1253.º). E -- conquanto na maior parte das situações de simulação absoluta não chegue a haver verdadeira posse, por o simulador adquirente ser apenas um possuidor em nome alheio ou detentor ou possuidor precário, como o designa a lei (cfr. al. c) do art. 1253.º), a menos que ocorra inversão do título de posse -- o seu *animus possidendi* decorrerá, aqui, do negócio dissimulado, a doação. Mais: por isso, a sua posse será uma posse titulada (cfr. art. 1259.º, n.º 1; o dolo também não obstará à titularidade da posse). Mas, em princípio, uma posse de má fé, pela existência de um vício (conhecido) no negócio de que resulta (sendo decisivo o estado subjectivo do representante, nos termos do art. 259.º, n.º 1, segunda parte). Logo, para conduzir à usucapião, haveria de ter durado quatro anos, segundo o disposto no art. 1298.º, al. a), segunda parte (de resto, nem os dois anos requeridos pela primeira parte do mesmo preceito, para a posse de boa fé, terão decorrido).