

O REGIME DA FALTA DE CONSCIÊNCIA DA DECLARAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE MACAU: UM PASSO DECISIVO PARA A OBJETIVAÇÃO

Xiaoding Fan*

Estudante de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Resumo: A questão da falta de consciência da declaração tem sido objeto de discussão em relação à prevalência da vontade real do declarante ou à aparência criada pela declaração. O Código Civil de Macau adotou uma posição intermédia moderna baseada na culpa. Com a alteração da função da culpa, a falta de consciência da declaração por si só deixou de implicar responsabilidade pelo dano causado à confiança. No caso de a falta ser culposa, tradicionalmente remedeia-se através do regime de erro. Segundo o nosso Direito Positivo de natureza objetivista, raramente se verificam os requisitos da respectiva admissibilidade, tornando a declaração definitivamente válida e eficaz.

Palavras-chaves: Falta de consciência da declaração; teoria da culpa, anulabilidade; erro; Código Civil de Macau.

I. Introdução

Num âmbito de triunfo da autonomia privada como o do Direito Civil, a

* LL.B. (Universidade Católica Portuguesa), LL.M. (Universidade de Macau); E-mail: manuelxdf@gmail.com.

No presente artigo seguimos o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. Estou profundamente grato a dois revisores anónimos pelos seus comentários úteis numa versão anterior e ao Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da UM pela edição posterior.

capacidade de expressar-se livre e conscientemente é essencial para a validade e eficácia dos negócios jurídicos. À luz do princípio fundamental de Autonomia Privada, a falta dos elementos volitivos, nomeadamente a falta de consciência de declaração, constitui um dos vícios mais graves, determinando controversamente a inexistência da própria declaração.

No entanto, especialmente com o aumento significativo das transações jurídicas na nossa época, o referido princípio entrou em conflito com a proteção da confiança de quem acreditou na “aparência” da declaração. Procura-se, por isso, encontrar um equilíbrio entre esses dois interesses fundamentais no Direito Privado.

Com a nova codificação do Código Civil de Macau em 1999 (doravante designado por CCM), abandonou-se a posição adotada pelo Código Civil de Portugal em 1966 (doravante designado por CCP), alterando-se o tratamento do problema da falta de consciência de declaração de uma posição subjetivista, embora atenuada, para uma posição intermédia baseada na culpa. Essa opção desencadeia implicações próprias e peculiares no nosso CCM.

O presente estudo começará por traçar, indispensavelmente, as discussões doutrinárias clássicas em relação à consequência da falta de consciência de declaração. Será seguido por uma apresentação da tomada de posição pelo CCM de 1999 e concluído por uma análise das implicações da mesma no âmbito do CCM, particularmente sobre a nova figura implicada – a falta *culposa* de consciência de declaração.

II. Desenvolvimento e discussão doutrinários

A partir do século XIX, suscitou-se uma discussão intensa entre os autores, particularmente os germânicos, sobre o núcleo essencial de um negócio jurídico (e as suas respetivas consequências jurídicas no caso de ausência de cada elemento volitivo). No entanto, até à atual data na Alemanha, ainda não se chegou a uma conclusão definitiva, especialmente em relação ao caso de falta de consciência da declaração.¹ As doutrinas tinham adotado sucessivamente, nos primeiros tempos, as duas vertentes tradicionais mais puras – a subjetivista e a objetivista –, para que, posteriormente, surgisse uma série de teorias ecléticas ou intermediárias a corrigir as injustiças causadas pelas teorias previamente mencionadas, dentro das quais se destaca a denominada teoria de culpa.

1 HANS-JOACHIM MUSIELAK, *Zum Verhältnis von Wille und Erklärung: Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 211. Bd, H. 6, 2011, S. 769.

A. Teoria subjetivista

A teoria subjetivista ou da vontade (*Willentheorie*) pode remontar até ao século XIX, quando Savigny afirmou, na sua obra *System des heutigen römischen Rechts*, a relação clássica entre a declaração e a vontade:

*“Na verdade, a vontade em si deve ser pensada como a única coisa importante e efetiva, e apenas por ela ser um evento interno e invisível, podemos ter um sinal pelo qual ela possa ser reconhecida por outros. Esse sinal pelo qual a vontade se revela é exatamente a declaração.”*².

Para Savigny, a realização do direito de autodeterminação individual é extremamente importante nas relações de direito privado. Savigny divide a declaração da vontade em três elementos: a vontade, a declaração da vontade e a conformidade entre a vontade e a declaração, sendo a vontade interna o elemento mais importante.

Posteriormente, com a iniciação de formação de escalões da “vontade”³ e a sua posterior tripartição psicológica corrente da vontade no final do século XX⁴ (durante muito tempo a vontade foi considerada como um fenómeno unitário, tradicionalmente encontrada em Savigny⁵), para que uma declaração de vontade seja válida e eficaz, além de ter a vontade mínima da ação (*Handlungswille*), cuja ausência levaria quase unanimemente à inexistência do negócio jurídico, o declarante ainda precisa de “estar consciente” de que a sua ação está a constituir uma declaração (*Erklärungsbewusstsein*)⁶ e de ter uma vontade específica de negócio (*bestimmter Geschäftswille*)⁷.

2 “Denn eigentlich muss der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, dürfen wir eines Zeichens, woran er von anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung”, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. III, Veit und Comp., 1840, S. 258.

3 A dissecação da vontade pode levar-nos demasiado longe, causando uma “falta de uniformidade na distinção e designação dos diversos elementos volitivos”. Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 225, nota de rodapé n.º 107, 108.

4 HEINRICH LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 14.ª ed., 1963, S. 134, 135.

5 SAVIGNY, *System...*, III, S. 5, 98-9.

6 Também é mencionado em alguns manuais e traduções como “vontade de relevância negocial da ação” (*Geltungswille*). Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, editado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 5.ª ed., GestLegal, 2020, p. 420.

7 Há autores que designam este elemento por «vontade de efeito» (*Erfolgswille*) e “vontade de

Com isto, gerou-se uma discussão mais desenvolvida — *vinho novo em odres velhos* — sobre a essencialidade de um específico elemento volitivo, cujo ponto alto culmina na controversa dispensabilidade de consciência de declaração para a existência de um negócio jurídico, ou seja, pergunta-se se uma declaração negocial ainda podia subsistir se o declarante não soubesse que está a emitir uma declaração juridicamente vinculante. O caso clássico que derivou desta polémica foi precisamente o caso do leilão dos vinhos e as respetivas variáveis⁸.

Portanto, para quem adira à teoria subjetivista e confira ao elemento volitivo um valor máximo, sem quaisquer restrições, se o declarante possuir apenas a intenção de agir, mas não souber que está a emitir uma declaração vinculante, condenará o negócio jurídico a ser inexistente ou nulo, visto que, segundo os apoiantes desta teoria⁹, a consciência de declaração é uma das condições de existência do negócio jurídico, sendo impossível que subsista um negócio jurídico sem vontade (de declaração).

Naturalmente, esta posição tem sido fortemente criticada por ter sacrificado completamente os interesses de quem recebeu e confiou na tal declaração “aparente”, ignorando totalmente qualquer espaço mínimo de interpretação do conteúdo daquela declaração. Entende-se, assim, que este absoluto culto ao direito de autodeterminação levaria à falta de segurança nas transações jurídicas.

B. Teoria objetivista

A teoria objetivista ou da declaração (*Erklärungstheorie*) surgiu com base na censura da teoria de vontade e começou a tomar forma durante o debate entre Otto Bähr e Windscheid na década de 1870. Ambos argumentaram que a teoria de vontade falhava no princípio da confiança em casos específicos, afirmando que o declarante deveria ser “responsabilizado pela aparência externa da sua vontade, como se realmente a tivesse querido”¹⁰.

conteúdo” (*Inhaltswille*). Cfr. MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2.^a impr., Almedina, 1966, p. 127; e a sua respetiva versão chinesa traduzida por Ng Kei Kei, Law Press China, 2018, p. 144.

8 Com referência aos acórdãos: RGZ 26, 322 ff; BGH, Urt. v. 07.06.1984 - IX ZR 66/83; BGHZ 91, 324 ff.

9 ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de derecho civil*, I, 2.º, vol. 1.º, 71 ss; G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 5, 25 e *passim*; CANARIS, *die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, p. 427 s, 548 ss.; *apud* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. I, Almedina, 1992, p. 112, nota de rodapé n.º 406.

10 “haftet aus der äußeren Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollte hätt”, OTTO BÄHR, *Über Irrungen beim Contrahieren*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 14, 1875, S.401.

Como um dos mais firmes adeptos da orientação objetiva pura, Erich Danz considerava a declaração de vontade como uma forma de comportamento humano:

*“que, com base na experiência das transações comerciais e na avaliação de todas as circunstâncias, permite regularmente a conclusão de uma vontade específica, sem levar em consideração se essa conclusão é correta no caso individual, ou seja, se realmente existiu tal vontade interna, como decorre da declaração de vontade apresentada.”*¹¹.

A teoria de declaração e os respetivos seguidores criticaram a teoria de vontade, entre outras, pela perspectiva individualista.¹² Eles defendem que, como disciplina de mediação das relações sociais, o direito considera apenas a “declaração” como o elemento mais importante, sendo o único facto objetivo perceptível por outras pessoas no contacto entre indivíduos.¹³ Por esta razão, quando o declaratório confia na declaração de vontade do declarante, não deverá sofrer prejuízo injusto, ou seja, mesmo que falte a consciência interna de que está a ser vinculado juridicamente com o seu comportamento (*Rechtsbindungswille*)¹⁴, essa declaração objetivamente observada continua válida.

As consequências resultantes da teoria serão mais favoráveis para o destinatário da declaração de vontade, do que para o declarante, chegando mesmo a aproximar-se de uma responsabilidade objetiva pelo risco.¹⁵

De facto, para a teoria objetivista, é até indiferente “a distinção entre existência e conteúdo da declaração de vontade”,¹⁶ sendo imputáveis ao agente tanto a consciência de declaração, como a vontade negocial, com base numa

11 “welches nach der Erfahrung des Verkehrs und der Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluss auf einen bestimmten Willen gestattet, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Schluss im einzelnen Fall zutrifft, d. h. also ob wirklich ein solcher innerer Wille, wie er sich aus der vorliegenden Willenserklärung ergibt, bei der Person vorhanden gewesen ist oder nicht”, ERICH DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts und Tatfrage*, 3. Aufl., Fischer, 1897, S.14.

12 C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, ob. cit., p. 80.

13 LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Tomo II, reimp. da 5ª ed., Universidade Católica Editora, 2014, p. 170.

14 A consciência de declaração por vezes é designada por vontade de vinculação jurídica (*Rechtsbindungswille*), para destacar a natureza de que o declarante quer ser vinculado pelo que disse, independentemente do seu conteúdo negocial em específico. Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 227, nota de rodapé n.º 117.

15 P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 238, nota de rodapé n.º 133.

16 P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., 1995, p. 112 e nota de rodapé n.º 407.

mesma aparência exterior. Deste modo, as teorias de interpretação negocial servem perfeitamente para fundamentar a existência de uma consciência de declaração.

C. Teorias intermédias

Do acima exposto, conclui-se a insuficiência da solução oferecida, quer da teoria subjetivista pura, quer da objetivista pura.

A negação à primeira teoria funda-se na *imerecida benevolência* concedida a quem manifestamente falhou no cumprimento de um dever de atenção ou de cautela moderada,¹⁷ fazendo com que seja o destinatário quem suporte a frustração contratual. Para além disso, “as necessidades do comércio jurídico reclamam que as violações desse dever não deixem de constituir o seu autor em responsabilidade”¹⁸.

Por outro lado, a rejeição da teoria puramente objetivista baseia-se na responsabilidade objetiva pelo risco implicada para o declarante, sem qualquer métrica razoável, à exceção da mera aparência observada pelo destinatário ou por terceiros.

O ponto fulcral nesta discussão é, fundamentalmente, tentar procurar um ponto de equilíbrio entre a autonomia privada do declarante e a confiança do declaratário. Nenhum dos dois, por si só, constitui o único fator determinante em jogo, sendo essencial uma técnica ou critério de valoração casuística.

Em relação a este juízo valorativo, várias soluções têm sido propostas ao longo da discussão.

Na fase inicial, as soluções surgiram somente para “atenuar” os defeitos da teoria subjetivista. A teoria de *culpa in contrahendo* de Rudolf von Jhering foi a primeira solução proposta para “colmatar os danos causados” pela adesão à teoria de vontade. A teoria em questão afirmava que a teoria de vontade era “injusta e desprovida de qualquer remédio prático” (*Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit*)¹⁹. Como resultado, a teoria de *culpa in contrahendo* oferecia soluções para questões de indemnização em casos de contratos inválidos ou não concluídos, ou seja, o chamado *interesse contratual negativo*. No entanto, esta teoria continua a assentar numa raiz voluntarista²⁰, visto que o negócio jurídico mantém-se inexistente ou nulo segundo a correspondente falta de vontade (de

17 ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 4ª reimpressão, Almedina, 2001, p. 128.

18 KARL LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Schöll, Leipzig 1930, S. 90.

19 RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Gustav Fischer, Bd. 4, 1861, S.2.

20 CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 170 .

querer emitir uma declaração), impondo-se apenas um dever de indemnização em determinados casos.

Indo mais longe em prol da proteção dos interesses do tráfico jurídico, ou seja, em prol da própria validade do negócio jurídico, foram propostas as teorias de confiança (*Vertrauenstheorie*), também conhecidas por teoria de boa-fé, ou pela sua versão mais limitativa, teoria de aparência eficaz.²¹ Estas teorias intermédias de índole objetiva sustentam que, para justificar a proteção da confiança do destinatário, é necessário que, pelo menos, a confiança ou expectativa na declaração seja de boa-fé subjetiva ética. O destinatário deve compreender cuidadosa e perspicazmente a intenção declarada pelo declarante (Teoria de boa-fé)²². Além disso, uma vez que a percepção por parte do destinatário, embora sem culpa, ainda não seja suficiente para justificar o sacrifício da autodeterminação do declarante, propõe-se, portanto, que a tal “aparência” da declaração em que o destinatário acredita, seja “eficaz”, ou seja, objetivamente avaliada segundo a perspectiva de um terceiro razoável (Teoria de aparência eficaz)²³.

Manuel de Andrade, apesar de adotar a teoria da confiança, não contraria firmemente a teoria da responsabilidade²⁴, que explanarei de seguida, uma vez que aquela teoria implicaria um certo sentido de responsabilidade objetiva pelo risco para o declarante e imputar-lhe-ia um sentido que ele nunca quererá ter, mesmo agindo sem culpa. Na verdade, a atuação no âmbito da autonomia privada também pode impor correlativamente certos deveres, cuja violação acarreta a responsabilidade do declarante, desta vez subjetiva²⁵. Isto é, adota-se a *teoria da responsabilidade* (ou teoria da culpa, tradicionalmente designada²⁶).

21 P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 25 e ss.

22 C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 463, 464; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 171.

23 C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 463, 464; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 171, 172.

24 MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2.ª impr., Almedina, 1966, p. 161, 162; *ibid.*, p. 178, 179 [versão chinesa].

25 Esta teoria parece ter feito carreira em Itália, formado inicialmente por Vittorio Scialoja. Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 32; No entanto, no debate entre Bähr e Windscheid, este último e seus seguidores também já haviam feito correções à teoria da vontade. Windscheid argumentou que, devido à negligência grosseira do declarante errôneo (*grob fahrlässig*), ele não poderia insistir em sua verdadeira intenção que foi mal interpretada. Cfr. MARTIN JOSEF SCHERMAIER, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Tübingen 2013, §§116-124, Rn.6.

26 Tradicionalmente chamado por teoria de culpa (Ferrer Correia, *ob. cit.*, p. 125, P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p.239.), todavia, como a censura de culpa pode ser aplicada tanto ao declarante como ao destinatário, é melhor não confundir, usar a expressão da responsabilidade, para enfatizar que é em respeito à culpa do agente (declarante), pois a boa-fé subjetiva ética (por

No fundo, esta discussão reduz-se, novamente, a um problema de interpretação, determinando qual é o sentido objetivo da declaração negocial que vincula o próprio declarante, independentemente de ter efetivamente a correspondente consciência da declaração. A distinção entre estas teorias reside fundamentalmente nas suas *perspetivas*. Para a teoria de culpa, o sentido objetivo imposto ao declarante é aquele que o *declarante* sem culpa realmente quer (e não quer) emitir; para a teoria de boa-fé, o sentido objetivo vinculante é aquele em que o *declaratário* justificadamente acreditou; e para a teoria de aparência eficaz, esta vem limitar a proteção conferida pela segunda teoria ao declaratário, impondo um sentido objetivo na perspetiva de um *terceiro razoável*.

Entre estas teorias intermédias, deve considerar-se a teoria de responsabilidade como a mais justa para o caso da falta de consciência. Neste sentido, também já foram proferidos acórdãos na Alemanha.²⁷ Se não adotarmos uma teoria construída com base num nexo de imputabilidade para responsabilizar o declarante, mas sim uma teoria objetiva baseada na confiança, por mais neutra que seja ajustada, estaremos sempre a admitir um caso extremo no âmbito da teoria do negócio jurídico: desde que haja uma convicção justificadamente criada, seria juridicamente vinculante para o declarante uma aceitação negocial por parte do destinatário, mesmo que a proposta negocial fosse oferecida por um terceiro em nome do declarante, falsificando a sua assinatura e a sua caligrafia²⁸.

Na verdade, a famosa *Geltungstheorie* proposta por Larenz, a doutrina atualmente predominante na Alemanha, na pretensão de unir o dualismo conceitual do negócio jurídico através de o considerar como um *Geltungserklärung* vinculado por um sentido normativo determinado pelo Direito,²⁹ já tomou, na prática, uma

parte do declaratário) também implica um conceito de ausência de culpa.

27 Em 1991, uma decisão do Tribunal Federal Supremo da Alemanha estabeleceu que, desde que haja consciência potencial da declaração (*potenzielles Erklärungsbewusstsein*), ou seja, que o declarante deveria estar ciente de que sua conduta declaratória foi estabelecida (por exemplo, ao entregar um contrato em branco assinado ao contratante), a consciência de declaração também pode ser considerada reunida. Crf. BGHZ 91, 324 ff. „Amtl. Leitsatz: Trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Sie kann gemäß §§ 119, 121, 143 BGB angefochten werden.“

28 Exemplo meramente teórico dado por Ferrer Correia que apenas operaria no âmbito da teoria do negócio jurídico, pois fora disso interferiam outros institutos como a representação sem poderes, a ordem pública (por violação de uma norma imperativa como o crime de falsificação de documentos no código penal), etc. FERRER CORREIA, *erro e interpretação...*, ob. cit., p. 134.

29 LARENZ, *Die Methode...*, ob. cit., S. 45, 52.

posição semelhante à teoria de responsabilidade. Uma vez verificada a divergência entre o sentido objetivo e o sentido subjetivo, a referida teoria não escapa ao dilema de escolher um dos sentidos, caso em que o autor recorreu à técnica de imputabilidade para distribuir o risco de celebração de contrato, o que, no fundo, não deixa de se reduzir a uma reprodução da teoria da responsabilidade.

III. Posição adotada pelo Código Civil de Macau em comparação com o Código Civil de Portugal

No plano do Direito Positivo, tanto o ordenamento jurídico de Portugal, como o de Macau contêm uma norma diretamente aplicável a este problema de falta de consciência de declaração, respetivamente o art. 246.º do CCP e o art. 239.º do CCM.

*Artigo 246.º do CCP (Falta de consciência da declaração e coacção física):
A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratório.*

Artigo 239.º do CCM (Falta de vontade de ação, falta de consciência da declaração e coacção física):

1. A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante:

- a) Não tiver qualquer vontade de acção;*
- b) Agindo sem culpa, não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial; ou*

c) For coagido por força física ou psíquica irresistível a emití-la, de tal modo que a declaração não corresponda qualquer vontade.

2. Para efeitos da alínea b) do número anterior, considera-se que a falta de consciência da declaração foi devida a culpa do declarante, quando seja razoável supor que este, se tivesse usado da diligência exigível no comércio jurídico, se teria apercebido de estar a emitir uma declaração com valor negocial.

3. Se a falta de vontade de acção for devida a culpa do declarante, este fica obrigado a indemnizar o declaratório, nos termos do n.º 1 do artigo 219.º.

É de salientar que esta opção legislativa de autonomizar esta figura, ao contrário do que foi feito na maioria dos códigos civis de outros sistemas jurídicos,

representa um passo de ousadia, na medida em que outros sistemas evitam referir-se a ela, por considerarem ainda não estar suficientemente desenvolvida para ser codificada,³⁰ deixando assim o problema em aberto para uma intervenção mais flexível por parte da jurisprudência e da doutrina³¹.

Embora a vantagem de adotar uma posição, pelo legislador, sobre este problema seja a estabilidade na aplicação do Direito, a desvantagem correspondente reside na dificuldade de enquadrar a doutrina mais avançada e adequada nesta questão, uma vez que está vedada por uma fronteira de difícil transposição entre o *iure condito* e o *iure condendo*. Para além disto, como será exposto *infra*, a autonomização destas regras traz dificuldades sistemáticas quando são conjugadas com as regras de interpretação negocial, as quais, no fundo, poderiam, por si só, resolver os mesmos problemas³².

Com o avanço das doutrinas portuguesas³³ e estrangeiras³⁴, o artigo 239.^o³⁵ manifesta-se mais completo e justo do que as soluções oferecidas pelo CCP. As principais inovações deste artigo são a inclusão da vontade de ação (239.^o/1/a), a adoção da teoria de *responsabilidade* ou da de *culpa* no caso da

30 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, parte geral, Tomo I, 3.^a ed., Almedina, 2005, p. 785.

31 Trata-se, noutros ordenamentos jurídicos, de uma lacuna voluntária. Na verdade, esta opção, pelo menos, na Alemanha, revelou-se correta, pois houve efetivamente várias teorias sucessivas ao longo da história em relação a este problema. Sobre a lacuna voluntária, v. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 8.^a ed., Coimbra, p. 352, 353.

32 Sem dúvida que a interpretação e os vícios de declaração de vontade constituem, tal como a sistematização do nosso código mostra, matérias de duas secções e que a tomada da posição na primeira não prejudica necessariamente a segunda. Mas, dentro de tantos vícios, as regras de faltas de vontade em particular (246.^o de CCP e 239.^o de CCM), são estreitamente ligadas, até substancialmente coincidentes, digamos, com as regras de interpretação negocial, fazendo com que as tratar separadamente implicará uma inconveniência e potencial incompatibilidade que poderia ser evitado. Na verdade, já há autores que consideram o problema de falta de consciência de declaração um próprio e verdadeiro problema de interpretação. “ist es nicht nur eine Frage der Auslegung, welche Bedeutung ein zweifelsfrei als Geltungserklärung anziehendes Verhalten im näheren hat, sondern auch schon, ob ein bestimmtes Verhalten als eine “Geltungserklärung anzusehen ist.” Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch*, 4. Aufl., C. H. Beck, S. 309.

33 CARVALHO FERNANDES & JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil: parte geral*, Universidade Católica Editora, p. 578 e ss.

34 Houve principalmente influência alemã, e incidentalmente uma contribuição espanhola. Cfr. JOÃO GIL DE OLIVEIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau: Anotado e Comentado: Jurisprudência*, Livro I, Vol. III, Centro da Formação jurídica e judiciária, 2018, p. 581.

35 Os preceitos legais adiante citados sem outra indicação pertencem ao Código Civil de Macau vigente.

falta de consciência de declaração (239.º/1/b), e a equiparação da coação física à coação psíquica, desde que ambas sejam igualmente irresistíveis (239.º/1/c). Entre as novidades mencionadas, e apenas para o efeito relevante no momento, a adoção da teoria de responsabilidade ou de culpa no caso da falta de consciência de declaração constitui uma das maiores alterações. Tal mudança fez divergir da posição do CCP em 1966.

Neste sentido, o artigo 246.º do CCP de 1966 claramente adotou uma abordagem subjetivista, considerando a consciência da declaração como um requisito subjetivo legal indispensável para uma declaração negocial³⁶, cuja falta resultaria na *não produção de qualquer efeito*. Essa opção foi justificada pelo facto de o declarante não ter criado “conscientemente a base de confiança de outrem na validade da declaração”³⁷, não devendo, portanto, atribuir eficácia à declaração em detrimento dos interesses do autor do comportamento.³⁸ No entanto, a exclusão da validade da declaração não impede a possibilidade de uma indemnização por confiança criada se o declarante agiu com culpa. Por outras palavras, o elemento de culpa não faz parte do conceito de negócio jurídico, mas sim dos elementos da responsabilidade pré-contratual, conforme estabelecido na primeira parte do artigo 246.º do CCP, sendo a teoria adotada pelo CCP a teoria de *culpa in contrahendo*.

Por sua vez, no art. 239.º/1/b do CCM de 1999, adotou-se a solução de *iure condendo* em Portugal³⁹, que não teve aceitação generalizada em Portugal. Nessa abordagem, o elemento de culpa deixou de contribuir para o efeito indemnizatório, passando a ser um dos elementos-pressupostos para a existência de um negócio jurídico. De acordo com o art. 239.º/1/b *a contrario sensu*, uma vez que o declarante tenha agido com culpa, dispensa-se o elemento volitivo da consciência da declaração para efeitos de existência de uma declaração negocial e contenta-se com a imputação do sentido objetivo da declaração percebido por

36 CARVALHO FERNANDES & BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário...*, ob. cit., p. 580; Sem prejuízo de alguns defenderem que essa teoria deve ser aplicada com restrições (teoria de culpa), FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação...*, ob. cit., p. 306; P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 249 s.

37 RUI DE ALARCÃO, *Erro, dolo e coação*, BMJ 102º, p. 167 e 138º, p. 71., *apud* GIL DE OLIVEIRA & CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau: Anotado e Comentado...*, ob. cit., p. 581.

38 C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 492.

39 A adopção de uma teoria subjetivista de *culpa in contrahendo* em Portugal não corresponde à proposta doutrinária de *iure condendo*, e é criticado por vários autores. Cfr. FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação...*, ob. cit., Apêndice I, p. 306 (“...não aceitou, pois, o legislador a nossa sugestão no sentido de se optar, de *jure constituendo*, pela denominada teoria de culpa.”); P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 248-252.

um declaratório normal. Quanto à verificação da culpa, presume-se⁴⁰ que haja culpa “quando seja razoável supor que o declarante, se tivesse usado a diligência exigível no comércio jurídico, ter-se-ia apercebido de estar a emitir uma declaração com valor negocial” (239.º/2). Dessa forma, considerando que *o dever de agir com diligência durante a emissão de uma declaração* recai sobre o declarante, a teoria adotada pelo legislador de Macau é a teoria da *responsabilidade* ou a denominada teoria de *culpa*.

Na verdade, esta tomada de posição pelo legislador macaense em 1999 resolveu ultrapassar as críticas⁴¹ posteriormente feitas perante o CCP, designadamente sobre a sua grande incoerência sistemática nesta matéria.⁴² A sua incompatibilidade⁴³ culminou, sobretudo, na conjugação com as regras de interpretação negocial, na medida em que seja impossível de:

“conciliar, por um lado, que um negócio possa valer com um sentido que não coincide com o que foi querido pelo declarante (resultado que o art. 236.º, n.º1, admite amplamente) e, por outro, que aquele que invoca que certo comportamento não tem valor declarativo se possa considerar desvinculado do negócio”⁴⁴.

40 Trata-se de uma presunção *juris tantum*. PAULA NUNES CORREIA, *Teoria geral do direito civil: sumários desenvolvidos*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2021, p. 256.

41 Em 2005, Menezes Cordeiro propôs uma interpretação restritiva ao art. 246.º do CCP, baseando nos elementos sistemáticos da interpretação. Como no Código Civil Português (nomeadamente nos arts. 217.º, 224.º e 236.º/1) não existe qualquer referência a este “conhecimento do valor declarativo do comportamento”, a interpretação procura restringir o conceito subjetivista de falta de consciência da declaração do regime anterior, limitando-a objetivamente a uma falta de consciência que seja apenas «perceptível na própria ambiência negocial onde o tema se punha». Segundo este autor, em princípio, a falta de consciência da declaração não deve ter qualquer relevância jurídica, devendo por isso imputar ao declarante um sentido que um declaratório normal lhe atribuiria, com base nas regras de interpretação negocial, a menos que essa falta seja objetivamente perceptível. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 788; MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral, Almedina, 2020, p. 729; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 58; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 583, 584.

42 JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 57, 58; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 583, 584.

43 “num passo de grande incoerência sistemática...” por JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 57; “(...) resultar da consideração do artigo 246.º pela lei de uma posição de *compromisso*: se na interpretação é decisiva a tutela da confiança (...), exige-se, contudo, um *mínimo* de voluntariedade.” por P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 252.

44 JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 58; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 583, 584.

Com a adoção da teoria de *responsabilidade* ou de *culpa* pelo legislador de Macau, a referida incompatibilidade deixou de ter lugar no âmbito do nosso código. Uma declaração emitida sem conhecimento do seu valor negocial, *quando culposa*, já pode ser imputada ao declarante com um sentido que um declaratório normal, colocado na posição do declaratório real, poderia perceber de tal comportamento (art. 228.º/1/I), sem prejuízo de constituir simultaneamente uma declaração perfeitamente válida e eficaz segundo as próprias regras de falta de consciência de declaração (art. 239.º/1/b).

No entanto, curiosamente, uma potencial incoerência sistemática referente às regras de interpretação negocial continua a subsistir no nosso CCM, desta vez no aspeto subjetivo. Com a adoção da teoria de culpa pelo nosso legislador, a incoerência agora surge ao tentar conciliar, por um lado, que uma declaração deva ser interpretada de acordo com a vontade real do declarante quando o declaratório conhecer a sua vontade (228.º/2), desvinculando-o assim do negócio, e, por outro lado, que essa mesma declaração seja considerada simultaneamente válida pelo legislador porque a sua falta de consciência de declaração foi devido à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*), vinculando-o, assim, novamente. Deste modo, surge a questão de saber se a culpa do declarante ainda é relevante quando o declaratório já conhece a vontade real do declarante.

Perante este problema *sui generis* do nosso CCM, deve considerar-se prevalente a regra de interpretação negocial, com base em razões da prioridade sistemática e lógica da aplicação do seu regime em relação ao regime de falta de vontade, bem como devido à própria natureza excecional⁴⁵ do art. 228.º/2. Na verdade, a culpa serve apenas para imputar ao declarante um sentido objetivo confiado por um declaratório normal colocado na posição do declaratório real (228.º/1). Se o declaratório normal não confiar no que diz o declarante, então não faria sentido que se exija ainda uma imputabilidade objetiva. Ou melhor, quando envolve culpa, ainda vai imputar ao declarante um sentido, só que desta vez, segundo a sua própria vontade real (228.º/2), trata-se de um sentido subjetivo, que se desvincula do declarante do negócio.

IV. As implicações da adoção da teoria de culpa no CC art. 239.º

Adotando-se essa teoria de responsabilidade ou culpa pelo legislador de Macau em 1999, a figura da falta de consciência de declaração traz consigo novas implicações, diferentes das que ocorrem no CCM. As principais alterações dizem

45 No sentido contrário, mas da opinião minoritária, a considerar que o subjetivismo consagrado no número 2 do artigo seja a regra principal. Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, cit., p. 448-449.

respeito a dois aspetos: à ineficácia da declaração negocial e à responsabilidade pelo dano da confiança.

A. Da ineficácia jurídica da declaração negocial

No âmbito do Código Civil Português, a ineficácia jurídica⁴⁶ decorrente da falta de consciência da declaração (e conjuntamente com a coação física e outros casos de falta de vontade de ação) comina, segundo o CCP 246.º, na “*não produção de qualquer efeito*” da referida declaração, uma expressão que é suscetível de várias interpretações, ou no sentido de inexistência⁴⁷, ou no sentido da nulidade⁴⁸, ou no sentido eclético (conferindo a inexistência para caso de falta de vontade de ação e a nulidade para caso de falta de consciência de declaração)⁴⁹.

Importa salientar a relevância prática desta discussão com base nos seguintes aspetos⁵⁰: em primeiro lugar, ao contrário do que sucede com a nulidade, as declarações inexistentes não são suscetíveis de *conversão ou redução* (285.º e 286.º); além disso, as declarações nunca produzirão efeitos, contrariamente às declarações nulas, designadamente em conjugação com o regime da *inoponibilidade a terceiros de boa fé* (284.º); finalmente, nas declarações inexistentes, o adquirente não beneficiará do *estatuto do possuidor* em qualquer das suas modalidades (1183.º e ss.) para efeito de usucapião. É evidente que, se no futuro o Código Civil eliminar as disposições relativas à inexistência no âmbito do direito de família, o conceito de “inexistência” e a sua discussão não terão mais nenhum fundamento no direito positivo⁵¹.

Porém, de acordo com o CCM, a ineficácia jurídica mantém-se nos mesmos termos. Porém, o âmbito de aplicação restringe-se exclusivamente aos casos de

46 Sobre as dificuldades do conceito de ineficácia jurídica em sentido amplo no ordenamento jurídico de Macau. Cfr. TONG IO CHENG, WANG XING, *The Systematic Difficulty in Invalidity of Legal Act and Related Concepts—from the rules of the current law in Macau*, in Seeking Truth, 2019 [em chinês].

47 Entre os autores que admitam a inexistência, C. FERREIRA ALMEIDA, *Invalidade, inexistência e ineficácia*, in *Católica Law Review*, Vol. I, n.º 2, 2017, p. 15; CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 330; dos autores de Macau em particular, TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law and the General Part of the Macau Civil Code*, vol. II, Fundação Macau e Social Sciences Academic Press (China), 2020, p. 360 [em chinês].

48 No sentido de não ter lugar a tipologia de ineficácia jurídica como a inexistência no ordenamento jurídico português (e de Macau). Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 798.

49 C. MOTA PINTO, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 490, 491; Da consideração da lei de Macau em particular, cfr. PAULA CORREIA, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 256.

50 C. FERREIRA ALMEIDA, *Invalidade, inexistência e ineficácia*, ob. cit., p. 18.

51 TONG IO CHENG, WANG XING, *The systematic difficulty...*, ob. cit., p. 127. [em chinês]

falta de consciência de declaração sem culpa, considerando-se inexistentes ou nulas apenas as declarações que não podem ser censuradas por falta de culpa. E para as declarações cuja falta de consciência for devida à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*)? Neste caso, a declaração negocial observada objetivamente será imputada ao declarante e a declaração em questão (e a eventual celebração posterior de contrato) será válida. Neste sentido, a doutrina majoritária considera restar apenas, em abstrato, a aplicação do regime do erro⁵², cuja ineficácia é a anulabilidade. De facto, para alguns autores alemães, onde este problema da falta de consciência de declaração foi mais intensamente discutido, estes casos e o erro devem ser postos de modo inteiramente igual⁵³.

Por conseguinte, esta “inovação” do CCM introduziu, na prática, mais uma variedade implícita de ineficácia jurídica no instituto de falta de consciência da declaração pelo declarante — a *anulabilidade*. Ora, os regimes jurídicos da nulidade e da anulabilidade distinguem-se um do outro em vários aspetos, incluindo os pressupostos da invocabilidade, da verificação e da pronúncia⁵⁴. Entre estes, a maior dessemelhança seria a *eficácia provisória* do ato anulável, sendo o ato sujeito à futura e eventual arguição. Por outras palavras, a declaração manter-se-ia válida até à futura arguição. Adicionalmente, um ato anulável, ao contrário do que sucede com um ato nulo, é suscetível de ser convalidado por confirmação pelo titular do direito de anulação (281.º) e por decurso do tempo (280.º/1/*in fine*), tornando-se assim uma declaração definitivamente válida e eficaz.

B. Da responsabilidade pelo dano da confiança

Considerando a nova posição adotada pelo nosso Código, existe mais uma diferença prática fundamental, em relação à clássica figura da responsabilidade pelo dano da confiança causado ao declaratário, frequentemente associada ao caso da falta de consciência da declaração do declarante.

Enquanto no anterior CCP a falta de consciência da declaração, cuja falta seja devida a culpa, pode fazer incorrer o declarante em responsabilidade pré-contratual, ou *culpa in contrahendo* com base no dever de indemnização⁵⁵, previsto no próprio preceito legal.

52 Neste sentido, C. MOTA PINTO, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 491; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 788; P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 243; Sobre a discussão entre os autores alemães, cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, ob. cit., p. 112, nota de rodapé n.º 406.

53 FRANZ BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* (1967), 163. *apud* MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 787.

54 C. FERREIRA ALMEIDA, *Invalidade, inexistência e ineficácia*, ob. cit., p. 13.

55 C. MOTA PINTO, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 492.

Já após a adoção da Teoria da Culpa no artigo 239.º/1/b do nosso CCM, a responsabilidade decorrente do dano causado à confiança deixou de encontrar qualquer fundamento na falta de consciência da declaração. A aplicação do regime resultará em apenas duas hipóteses: por um lado, se a ausência de consciência da declaração ocorrer sem culpa (239.º/1/b), a sua declaração será, consequentemente, considerada inexistente ou nula, o que implicará que o contrato subsequente não seja celebrado validamente, mas como esta ausência da consciência não foi devido à culpa do declarante, também não constituiria qualquer forma de responsabilidade subjetiva (já que não envolve culpa); por outro lado, se a ausência de consciência ocorrer devido à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*), então teremos uma declaração negocial perfeita, válida e capaz de produzir efeitos jurídicos e de concluir o negócio em questão, o que também torna inaplicável o regime de responsabilidade pré-contratual⁵⁶. Com esta adoção, o elemento de culpa deixou de funcionar como um dos elementos constitutivos da responsabilidade, passando a integrar o próprio conceito de declaração negocial e determinando a existência e validade da mesma.

Dessa forma, no nosso Código Civil de Macau, para os casos de falta de consciência da declaração nos termos do 239.º/1/b, nunca implicará novamente responsabilidade pelo dano da confiança. Esta apenas terá lugar fora do âmbito do 239.º/1/b com o potencial recurso ao regime de erro, como supramencionado.

V. Figura *sui generis*: a falta *culposa* de consciência de declaração (239.º/1/b *a contrario sensu*)

Tradicionalmente, a falta de consciência pode ser resolvida por duas teorias: uma da aparência, que confere a nulidade à declaração; outra do erro, que confere a anulabilidade⁵⁷. O CCP de 1966 obviamente optou pela primeira solução, recusando a segunda. No entanto, a adoção da teoria de culpa pelo CCM em 1999 trouxe consigo uma nova figura – a falta *culposa* de consciência de declaração – em comparação com o código anterior, reabrindo assim um espaço de aplicação da anulabilidade.

A falta *culposa* de consciência de declaração, em princípio, é considerada

56 Os autores normalmente consideram apenas três situações típicas enquadráveis no regime de responsabilidade pré-contratual (CCM 219.º), e a falta *culposa* de consciência de declaração que leva a conclusão de um contrato não encaixaria em nenhuma delas: 1) ruptura injustificada das negociações; 2) celebração de um negócio inválido; 3) celebração de um negócio válido, mas desvantajoso, havendo violações de deveres de informação na fase pré-negocial. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, 2017, p. 441.

57 MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 729.

irrelevante segundo o 239.º/1/b, tornando a declaração válida e eficaz. No entanto, isso não impede que possamos subsumi-la noutros institutos e oferecer ao declarante outras alternativas. A doutrina maioritária alemã, seguida também pela doutrina portuguesa⁵⁸, oferece uma solução ao permitir, em abstrato, através de uma interpretação extensiva ou por analogia, a aplicação do regime do erro (art. 119.º do BGB), que confere a anulabilidade. De facto, o problema do “desconhecimento pelo declarante de que está a emitir uma declaração” já foi discutido no âmbito do erro entre os autores portugueses, sendo denominado de “erro sobre o sentido de declaração voluntariamente observada”⁵⁹, embora os Códigos Cíveis de Portugal e de Macau não tenham dado esta designação específica.

A solução clássica é de considerar o recurso ao erro (e sua anulabilidade), particularmente no contexto de *erro na declaração* (art. 243.º, primeira hipótese⁶⁰), uma vez que a falta de consciência de declaração é um caso extremo e, então excepcional, do erro na declaração, ou seja, uma divergência não intencional entre a vontade e a declaração. Essa pode ter sido a razão pela qual no Código Civil de 1966 o art. 246.º (da falta de consciência de declaração) e o art. 247.º (do erro na declaração) foram agrupados pelo legislador em lugares vizinhos⁶¹, o que apenas se alterou com a reforma no Código Civil de Macau em 1999, que optou por estabelecer o erro-vício como o regime-paradigma do erro⁶².

No entanto, o recurso analógico ao regime do erro na declaração, que pode parecer óbvio para aqueles que aderem às teorias de índoles objetivistas e olham o problema de uma perspectiva do declaratório ou de terceiros, considerando-o assim como uma divergência entre a declaração e a vontade, não estando isento de críticas, especialmente para aqueles subjetivistas que olham para a consciência de

58 A. PINTO MONTEIRO, P. MOTA PINTO, *Einflüsse der deutschen Rechtswissenschaft auf die portugiesische Privatrechtsdogmatik in den letzten 50 Jahren*, in Grigoleit, HC, & Petersen, J. (eds), *Privatrechtsdogmatik Im 21. Jahrhundert: Festschrift Für Claus-Wilhelm Canaris Zum 80. Geburtstag*, Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, 2017, S. 1148.

59 FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação...*, ob. cit., p. 122 e ss.

60 Considera-se a falta de consciência de declaração, segundo a classificação clássica, como uma “divergência não intencional entre a vontade e a declaração”, sendo assim assimilada pelo instituto de erro na declaração. Assim, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 221; *ibid.*, p. 241 [versão chinesa]; C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 490 ss.; P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 235 e ss; FERRER CORREIA, *erro e interpretação*, ob. cit., Apêndice, p. 306; RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial*, Separata do BMJ, n.º 138, Lisboa, 1964, pp. 22-3.

61 Da crítica à distinção entre as figuras da falta de consciência de declaração e do erro na declaração, cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 237 ss.

62 TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law...*, ob. cit., p. 294. [em chinês]

declaração como um elemento volitivo constitutivo de uma declaração negocial. Para os subjetivistas, nem sequer existe, no aspeto subjetivo, uma analogia entre a falta de consciência de declaração e o erro, uma vez que no primeiro caso, falta completamente a consciência de estar a emitir uma declaração, enquanto no segundo, apesar do erro, o declarante sempre teve a consciência e a vontade de emitir uma declaração⁶³.

Poderá também ser devido a este último argumento, que na doutrina portuguesa surgiu uma diferente abordagem no que consiste a aplicação do regime de erro-vício (art. 240.º)⁶⁴, enquadrando a falta de consciência de vontade na categoria de vícios (na formação) de vontade, visto que a patologia (a ausência de consciência) ocorre no âmbito da vontade.

Na verdade, com a equiparação dos requisitos de atendibilidade entre estes dois regimes⁶⁵, a diferença prática entre ambos desapareceu, visto que, no fundo, se aplicaria sempre, diretamente ou através da remissão (243.º), o regime de erro-vício (240.º a 242.º). A única distinção entre eles situa-se no plano conceitual e abstrato, residindo na “sanabilidade” do erro na declaração através da regra de *demonstratio non nocet* (228.º/2) do regime de interpretação negocial⁶⁶, que elimina a divergência entre a declaração e a vontade ao fixar o sentido de declaração segundo a vontade real. No entanto, no caso concreto, a fase de interpretação deveria já estar concluída aquando da determinação de existência de consciência de declaração, após a qual os dois regimes de erro tornam-se verdadeiramente idênticos na prática.

Levando a questão a um nível mais concreto e atendendo aos requisitos de relevância de erro previstos no artigo 240.º do CCM, é notável que o recurso ao nosso regime de erro sofra mais limitações objetivas do que na Alemanha, onde surgia originalmente a discussão, e em Portugal.

No Direito Alemão, este erro sobre o valor da declaração seria sempre anulável, visto que a falta de consciência de declaração trata-se sempre de uma

63 FERRER CORREIA, *Erro e interpretação...*, ob. cit., p. 127.

64 No sentido de considerar a falta de consciência como um vício (na formação) da vontade, enquadrando-a numa subcategoria de “ausência de vontade”, em vez de “divergência não intencional entre a vontade e a declaração”. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 729; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 57; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 584.

65 “é inconveniente tratá-los separadamente...”, cfr. TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law...*, ob. cit., p. 298, 299 [em chinês].

66 “o erro acerca do conteúdo da declaração (*rectius*: o que *prima facie* se apresenta como tal) pode ser *corrigido* ou *anulado* por via interpretativa.” cfr. FERRER CORREIA, ob. cit., p. 150-154, 303.

essencialidade objetiva (BGB §119/1), para além da subjetiva.

No CCP de 1966, onde a essencialidade de erro é apenas avaliada subjetivamente (art. 247.º do CCP, “...essencialidade, para o declarante...”) e onde está bastante presente a cognoscibilidade da essencialidade por parte do declaratório, seria ainda mais fácil anular.

Contudo, no CCM, para que o erro seja juridicamente relevante⁶⁷, o legislador de 1999 vem exigir não só que o erro tenha de ser objetivamente essencial (240.º/2/b), tal como faz o BGB, mas também impõe que o erro é apenas anulável quando o mesmo, por si próprio, além da sua essencialidade, for cognoscível pelo declaratório (240.º/1), o que é impossível verificar-se no caso da falta de consciência da declaração, visto que se o declaratório soubesse ou devesse ter conhecimento do erro do declarante, este saberia ou deveria saber igualmente da sua falta de consciência de declaração. Ambos tratam de fenómenos psicológicos internos ao próprio declarante e que, da perspetiva objetiva do declaratório, não lhe manifestam nenhuma diferença.

Adicionalmente, mesmo que se verificassem os demais pressupostos do 240.º, a anulabilidade seria ainda dependente do requisito de escusabilidade do próprio erro (240.º/4). Por outras palavras, uma declaração emitida sem consciência do seu valor negocial apenas seria anulável, se a sua emissão fosse devido à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*), desde que essa culpa não chegasse a ser qualificável como grosseira⁶⁸, o que restringe mais a aplicabilidade do regime do erro.

Deste modo, no Código Civil de Macau, uma declaração emitida culposamente e sem consciência do seu valor negocial é considerada como definitivamente válida e eficaz, uma vez que nem uma eficácia provisória conferida pela anulabilidade é possível ter lugar, restando a única possibilidade de o declarante se desvincular da obrigação através do incumprimento definitivo.

VI. Conclusão

No Direito Privado, o equilíbrio entre a autonomia privada e a tutela da confiança é um tema constante e norteia muitas das soluções oferecidas pelo Direito para os vícios na declaração da vontade.

No entanto, o Direito, como disciplina reguladora das relações, não pode

67 TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law...*, ob. cit., p. 293 ss. [em chinês]; PAULA NUNES CORREIA, *Regime Jurídico do erro negocial de Macau*, Fundação Rui Cunha & CREDDM, 2013, Macau, p. 56 ss.

68 PAULA NUNES CORREIA, *Regime Jurídico...*, ob. cit., p. 59.

(nem consegue) penetrar no fenómeno psicológico interno de cada indivíduo. É natural que o declarante e o declaratário não partilhem o mesmo entendimento sobre a mesma declaração, uma vez que é impossível o declarante prever todos os significados que as suas ações possam implicar para a contraparte, assim como a contraparte não sabe o que o declarante pensa internamente. Perante o presente dilema, o princípio da responsabilidade vem intervir, substituindo a autodeterminação. O declarante, como qualquer pessoa, deve assumir o seu próprio risco se não tomar as devidas diligências em exprimir os seus pensamentos, arcando com a responsabilidade decorrente da declaração que lhe é imputada.

Dado o aumento significativo de tráfego jurídico com o desenvolvimento do comércio, a tendência objetivista no Direito Privado torna-se cada vez mais inevitável. No Código Civil de Macau, o legislador adotou em 1999 uma posição mais objetiva do que o regime anterior para reforçar a proteção da confiança do declaratário, tanto no que diz respeito ao regime da falta de consciência da declaração como ao regime potencialmente subsidiário do erro.

Deve-se concluir que, conseqüentemente, no nosso sistema *de iure condito*, a falta *culposa* de consciência da declaração não obsta a que se trate de uma declaração verdadeira, definitiva, válida, eficaz e dificilmente sujeita à anulabilidade através do erro. Apenas uma ausência da consciência de declaração *sem culpa* ganha, como um resquício do dogma da vontade, alguma relevância jurídica.