

O PRINCÍPIO DA BOA FÉ E O ABUSO DO DIREITO

Tong Io Cheng

Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: O princípio da boa fé constitui um princípio importante no direito civil. Desde o direito romano que o conceito de boa fé tem sido usado como instrumento para ultrapassar os limites impostos pelo formalismo jurídico. O conceito de boa fé do direito romano proveio da *fides* da Lei das XII Tábuas, cuja evolução culminou com o surgimento dos *bonae fidei iudicia*. Posteriormente, o conceito de boa fé sofreu uma certa diluição com a sua miscigenação com o conceito de equidade. O surgimento da distinção entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva foi resultado da delimitação do conteúdo subjectivo e objectivo do princípio da boa fé a nível dogmático e terminológico. O princípio da boa fé acarreta consigo retóricas bem-sucedidas, pelo que o intérprete estará circunscrito a um grande volume de estereótipos sedimentados sempre que recorre àquele princípio na sua fundamentação, apenas podendo abrir mão dos mesmos se encontrar motivação mais convincente. O princípio da boa fé e o princípio da proibição do abuso do direito estão relacionados com a *exceptio doli* do direito romano, sendo que os critérios de concretização de cada um deles depende essencialmente da cultura jurídica em que se inserem, sendo resultado da evolução do uso dos respectivos conceitos em cada ordenamento jurídico e estando em constante mutação.

Palavras-chave: Princípio da boa fé; princípio da lealdade e confiança; discricionarietà; abuso do direito.

I. Introdução

O princípio da boa fé é um dos dois grandes princípios do direito civil que nos propomos abordar como os princípios fundamentais (o outro sendo o princípio da autonomia privada). O seu especial tratamento nesta obra não se deve, certamente, a qualquer preferência pessoal nossa¹, antes à sua importância

1 Semelhante ideia parece também transparecer da última reimpressão da ilustre obra do Prof. Xu

na metodologia do direito civil e mesmo do direito em geral.

Desde o direito romano que o conceito de boa fé (*bona fides*) tem sido usado como instrumento para ultrapassar os limites impostos pelo formalismo jurídico. Segundo os estudos estatísticos, existem centenas de referências à expressão *bona fides* na literatura originária do direito romano, extensivamente distribuídas pelas *Institutiones Justiniani*, *Codex* e *Digesta*, com maior incidência nesta última (com mais de 400 referências)². A temática da boa fé foi abordada pela maioria dos ilustres juristas romanos, desde o período arcaico do direito romano ao período de Justiniano da Roma oriental (designadamente, Quintus Mucius Scaevola³, Cicero⁴, Labeo⁵, Javolenus⁶, Pomponius⁷, Gaius⁸, Tryphonius⁹, Papinianus¹⁰, Ulpianus¹¹, Paulus¹², Callistratus¹³ e Modestinus¹⁴). O âmbito de aplicação do conceito de boa fé era muito abrangente no direito romano (incluindo, designadamente, contratos¹⁵, escravidão¹⁶, sucessões¹⁷, acções

Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil*, em que centra o conteúdo de toda a obra no princípio da boa fé. Cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), prefácio, pp. 1-3.

- 2 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 111-124.
- 3 “No «*Edicto Asiatico*» promulgado por Quintus Mucius Scaevola, usou-se a expressão “de acordo com a boa fé não se pode executar o negócio assim celebrado” (*Extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*)”. Cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), prefácio, p. 149.
- 4 Cicero, *De officiis*, 3, 66.
- 5 D. 19.1.50.
- 6 D. 19.2.21.
- 7 D. 41.3.24pr.
- 8 D. 50.17.57.
- 9 D. 16.3.31pr.
- 10 D. 5.1.41.
- 11 D. 50.17.22.1.
- 12 D. 18.1.40pr.
- 13 D. 22.5.3pr.
- 14 D. 44.7.54.
- 15 D. 44.7.54; D. 50.17.22.1.
- 16 D. 40.7.21pr.
- 17 D. 50.17.152.3.

judiciais¹⁸, aquisição de propriedade¹⁹, sociedade²⁰, casamento²¹, arrendamento²², empréstimos²³, prescrição aquisitiva²⁴ e enriquecimento sem causa²⁵). A sua importância vem bem ilustrada num exemplo dado por Cícero²⁶. Isto porque, no direito romano clássico, os direitos subjectivos praticamente tinham expressão na *actio*, pois que só quando o *ius civile* previsse que à parte lesada era facultada uma *actio* para exigir da contraparte uma reparação ou indemnização é que se materializava a sua protecção²⁷. Pelo contrário, se o *ius civile* não previsse uma *actio* que fosse aplicável, a parte lesada não teria ao seu dispor qualquer meio jurídico de tutela. Neste contexto, era expectável que surgissem situações eticamente reprováveis mas sem qualquer meio de tutela disponível. Foi assim que se abriu um espaço alargado para a actuação da boa fé. Como diz o ditado, *Roma não foi construída num só dia*. Ora, também o regime da boa fé do direito romano não foi edificado de um momento para outro, tendo passado por diferentes fases de evolução, desde a sua génese até ao seu robustecer, ao longo de mais de um milénio da história do direito romano. Como ficou expandido, o tema da boa fé foi já objecto de discussão em inúmeras ocasiões pelos jurisconsultos e pela *praxis* nos vários períodos da Roma antiga, ao que acresce a abundante literatura

18 D. 22.5.2; D.22.5.1pr; D. 48.18.1.26.

19 D. 19.1.50.

20 D. 17.2.3.3; D. 17.2.45.

21 D. 15.1.36; D. 31.67.10.

22 D. 19.2.21.

23 D. 22.1.37; D. 16.3.24.

24 D. 41.3.24pr.

25 D. 16.3.12.1..

26 “The augurs were proposing to take observations from the citadel and they ordered Tiberius Claudius Centumalus, who owned a house upon the Caelian Hill, to pull down such parts of the building as obstructed the augurs’ view by reason of their height. Claudius at once advertised his block for sale, and Publius Calpurnius Lanarius bought it. The same notice was served also upon him. And so, when Calpurnius had pulled down those parts of the building and discovered that Claudius had advertised it for sale only after the augurs had ordered them to be pulled down, he summoned the former owner before a court of equity to decide what indemnity the owner was under obligation in good faith to pay and deliver to him.” De acordo com a lei civil, o vendedor de um terreno apenas respondia pelos vícios cuja existência ele negava expressamente, pelo que o direito invocado a final por Calpurnius não se fundava na lei estrita, tendo-se considerado que fora através dos *bonae fidei iudicia* que se veio a determinar o âmbito dos deveres de Calpurnius enquanto vendedor. Cfr. Cícero, *De officiis*, 3, 66, *apud* Martin Josef Schermerier, “Bona fides in Roman contract law”, in Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker (coord.), *Good Faith in European Contract Law*, tradução chinesa de Ding Guangning *et al.*, Law Press, 2005, pp. 52-53.

27 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, p. 400.

doutrinária produzida posteriormente, desde a Idade Média até à modernidade – anotações, refinações, reformulações, etc. – pelo que se torna difícil proceder a uma análise aprofundada deste sistema complexo que não apresenta contornos uniformes. Apresentaremos de seguida, de forma sintética, alguns dos marcos importantes da evolução do regime da boa fé no direito romano, com base nos resultados das investigações modernas da doutrina chinesa e estrangeira:

- 1) O conceito de *bona fides* do direito romano tem como fonte primitiva a *fides*, que, já no tempo da Lei das XII Tábuas, era usada para descrever parte do conteúdo das relações de clientela²⁸. Decorrido algum tempo, a *fides* passou a ser usada noutros domínios do direito romano, por via de uma diferente interpretação do seu sentido literal, ou mesmo para além dele²⁹. A extensão do seu âmbito de aplicação operou-se primeiro aos patrícios e plebeus romanos, e depois aos peregrinos, no seguimento da afixação do qualificativo *bona à fides*³⁰.
- 2) O surgimento dos *bonae fidei iudicia* representa o culminar da evolução da *bona fides*. Conforme explica o Prof. Xu Guodong, “o pretor peregrino não podia senão aceitar que as práticas comerciais – simplificadoras das formas negociais complexas do *ius civile* – constituíam contratos consensuais. (...) No âmbito de uma *actio*, o pretor peregrino determinava o tipo de dever do devedor através da *actio in personam* traduzida no verbo latino *oportere* (dever). Mas, dado não se estar perante direitos e deveres extremamente determinados tal como sucedia com os contratos formais, acrescentou-se as palavras “segundo a boa fé”, para se poder impor deveres indeterminados que fossem razoáveis ao devedor. Com o passar dos tempos, este tipo de contratos caracterizado pelo *oportere* foi introduzido no *ius civile* enquanto negócio ao abrigo do *ius gentium*. O pensamento do sumo sacerdote Quinto Mucius Scaevola exerceu um papel importante neste processo³¹. Ao ser acolhido pelo pretor urbano, o processo do “dever segundo a boa fé” (*oportere ex bona fide*) evoluiu gradualmente para dar origem aos *bonae fidei iudicia*. Este processo

28 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, pp. 53-68.

29 Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 93-97, explica de forma desenvolvida como se assistiu ao casamento da *fides* com a *bona*.

30 Riccardo Cardilli, “Vir Bonus e Bona Fides”, in *A Recepção e Evolução do Direito Romano e do Direito Chinês*, traduzido por Zhai Yuanjian, Law Press, 2015, p. 159.

31 Riccardo Cardilli, “Vir Bonus e Bona Fides”, in *A Recepção e Evolução do Direito Romano e do Direito Chinês*, traduzido por Zhai Yuanjian, Law Press, 2015, pp. 176-177.

aconteceu no séc. III a.C.”. Na acepção justiniana, são 15 *osbonae fidei iudicia*: fidúcia, depósito, penhor, comodato, compra e venda, troca, locação, consignação, mandato, gestão de negócios, sociedade, tutela, propriedade, acções divisórias e *hereditatis petitio*³².

- 3) A miscigenação da *bona fides* com a *aequitas* e sua diluição³³. No período pós-clássico do direito romano, por influência das concepções do Cristianismo e do direito canónico, o conceito de boa fé evoluiu em direcção de uma concepção ética. As ideias cristãs, designadamente a *humanitas*, a *caritas* e a *benignitas* foram infirmadas na *aequitas*, que representava a justiça. Procedeu-se logo depois a uma miscigenação entre a *aequitas* e a *bona fides*, que levou à diluição deste conceito e à sua incorporação nos temas gerais de ética. No direito canónico, a boa fé era usada para exprimir a ausência de pecado das pessoas. O fenómeno de diluição do conceito de boa fé encontra-se muito bem documentada na obra de Tribonianus³⁴. Do ponto de vista processual, desde os últimos períodos do direito justiniano assistiu-se a uma transmutação de muitas *actiones* em *bonae fidei iudicia*, levando a que a oposição entre estes e as *legis actiones* fosse desaparecendo aos poucos, até que deixou de ter sentido a existência autónoma dos *bonae fidei iudicia*³⁵.

A influência que o Cristianismo exerceu sobre o conceito de *bona fides* alastrou-se desde os últimos períodos do direito romano à Idade Média. Para além do referido fenómeno da diluição da *bona fides* pela *aequitas* (designado por “generalização” pelo Prof. Xu Guodong), os desenvolvimentos do conceito que se verificaram durante a Idade Média tiveram profunda influência no direito moderno. Por exemplo, o direito canónico conservou e reforçou a utilização subjectiva da *bona fides* consubstanciada no direito romano, pelo que diz respeito à introdução, com amplo recurso ao conceito de *bona fides*, dos elementos do “desconhecimento” ou do “conhecimento erróneo” em domínios como a posse, a usucapião e o casamento (v.g., ao abrigo do regime da usucapião, quem

32 Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 127-137.

33 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, pp. 106-147.

34 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, p. 149.

35 Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), p. 140.

pretendesse adquirir a propriedade de uma coisa que tivesse em seu poder, teria que “desconhecer estar a lesar outrem”³⁶. Os juristas do direito canónico procederam ainda à conjugação da *bona fides* com o brocardo latino *pacta sunt servanda* decorrente do voluntarismo (o que viria a representar, na verdade, uma antecipação das complexas relações entre o princípio da autonomia privada e o princípio da boa fé)³⁷.

Os juscientistas da Idade Média, embora considerarem que as partes contratuais deviam agir de boa fé ou segundo a equidade em determinadas situações, não conseguiram exprimir de forma clara, nem fundamentar de forma sistemática, com indicação de regras de conduta, como é que as partes deviam agir. Só nos últimos períodos da Idade Média é que, com Baldus, da Escola dos Comentadores, com recurso à filosofia aristotélico-tomista, se alcançou uma teorização e sistematização do conceito de boa fé e do regime positivo e institutos jurídicos correlacionados. Os seus contributos teóricos foram, em concreto, os seguintes: a) defendeu que a boa fé tem por substância a equidade; b) extraiu da substância ética da boa fé uma regra de conduta já há muito reconhecida pela filosofia clássica: a ninguém cabe locupletar-se com o dano de outrem³⁸; c) conjugou a doutrina da boa fé com a doutrina das causas; d) classificou a boa fé em diferentes tipos. A teoria da boa fé de Baldus exerceu uma influência directa no pensamento de pioneiros do direito natural como Grotius, Pufendorf, Domat e Pothier, tendo sido incorporada nos códigos modernos por intermédio destes pensadores³⁹.

Na Idade Média, a par do direito romano e do direito canónico, também o direito consuetudinário germânico constituía fonte de direito, se bem que com

36 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, p.401.

37 Sobre a relação entre aquele brocardo e o voluntarismo, cfr. Tong Io Cheng, “Do contrato consensual à autonomia privada – o percurso da dominação da teoria do direito civil pelo voluntarismo”, in *Private Law Review*, vol. 29, Law Press, 2016, pp. 17-21.

38 Eis uma conclusão a que Baldus chegou a partir do comentário feito ao D.4.32.2. Cfr. Martin Josef Schermerier, “Bona fides in Roman contract law”, in Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker (coord.), *Good Faith in European Contract Law*, tradução chinesa de Ding Guangning et al., Law Press, 2005, p. 70, nota 161. Esta ideia veio a ser amplamente difundida pelo brocardo latino *Nemo cum alterius detrimentum locupletior fieri debet*. Cfr. D. Carolo Spadazza, *Theatrum Vidvile*, Ferrariae, 1672, p.210; Johannis Friderici Böckelmanni, *Exercitationes de Actionibus*, Lvvgdni-Batavorvm, 1687, p.114.

39 James Gordley, Good Faith in Contract Law, In the Medieval Ius Commune, In Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker (Edited by), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 94-107; cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 169-170.

sobreposição em vários domínios, e sem prejuízo de muitas das teorias terem como fonte o direito romano. Pelo que respeita à boa fé, em face da grande divergência semântica e morfológica entre a expressão germânica *Treu und Glauben* e a expressão latina *bona fides* empregue nos demais códigos europeus ou as suas variações contemporâneas (*bonne foi* em francês, *buena fé* em espanhol, *buona fede* em italiano e *boa fé* em português), houve quem (designadamente alguns dos pensadores germanistas do período anterior e posterior ao movimento da codificação) aproveitasse tal fenómeno para sufragar que o instituto teria origem autónoma no direito germânico. De um ponto de vista etimológico, a expressão germânica do direito alemão tem efectivamente a sua importância, pois que constitui a origem da expressão hoje empregue no direito chinês, “lealdade e confiança”⁴⁰. Foi também precisamente ao abrigo da linguagem do direito germânico que o conceito de boa fé do direito romano e do direito canónico começou a exprimir valores ligados ao ritual, ao padrão social e à exterioridade do comportamento, de modo a ajuizar do seu acordo com bitolas sócio-culturais de actuação. A doutrina portuguesa designa este processo por *objectivação* da boa fé⁴¹. A boa fé objectivada a que se refere neste contexto encontra-se relacionada com a teoria da segurança do comércio jurídico do direito civil hodierno (com manifestação normativa em institutos como a representação aparente, a inoponibilidade da nulidade do negócio jurídico a terceiros e a aquisição de boa fé da posse)⁴².

Embora o conceito de boa fé tivesse sido amplamente empregue pelos juriconsultos da antiguidade, a verdade é que, em todo o período do direito romano (desde a época arcaica até ao fim da época pós-clássica), ou mesmo posteriormente, nas obras dos glosadores e comentadores, nunca o conceito

40 “Lealdade e confiança” constitui uma tradução da expressão *Treu und Glauben*. O direito civil chinês recebeu, na sua essência, o direito alemão, razão pela qual se empregou a expressão “lealdade e confiança” como tradução-padrão. A expressão “princípio da lealdade e confiança” vem, por exemplo, empregue na tradução chinesa da obra de Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, tradução de Wang Xiaohua e Shao Jiandong, Law Press, 2007, pp. 58 e 308, e, também assim, na tradução chinesa da obra de Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, tradução de Shao Jiandong, Law Press, 2009, p. 37. Tem-se entendido que o princípio da lealdade e confiança tem como fundamento, no âmbito do BGB, no art. 157.º relativo à interpretação do contrato, e no art. 242.º relativo à prestação segundo o princípio da lealdade e confiança. Cfr. o BGB, tradução chinesa de Chen Weizuo, Law Press, 2010, pp. 54 e 86. Na presente exposição utilizaremos indistintamente a expressão “princípio da boa fé” e não “princípio da lealdade e confiança”, em conformidade com a terminologia empregue na versão chinesa do Código Civil de Macau.

41 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, pp.401-402.

42 Liu Dekuan, “A protecção da segurança do comércio jurídico no direito civil (de boa fé e sem culpa)”, *Questões de Direito Civil e Novas Perspectivas*, Wu-Nan Editora, pp. 247-252.

chegou a ser designado por princípio da boa fé pela doutrina ou pelo legislador. A sua formulação como princípio só ocorreu mais tarde (essencialmente, depois do período do jusracionalismo)⁴³.

Na longa história da evolução da ciência do direito, foram vários os institutos e dogmas que se desenvolveram ou se aperfeiçoaram com base no conceito de boa fé (designadamente, num primeiro momento, a tutela, a fidúcia, a *exceptio doli*, e, posteriormente, a cláusula *rebus sic stantibus*, a doutrina da base do negócio, a doutrina da culpa contratual, a doutrina dos deveres acessórios e a doutrina do abuso do direito).

Em termos de metodologia jurídica, a objectivação da boa fé e a sua elevação a princípio vieram a proporcionar elementos de experiência à teoria da integração de lacunas⁴⁴. Num sistema de princípios formalizados, o princípio da boa fé veio ainda a constituir uma rede de interligação com princípios importantes do direito civil, como o princípio da confiança⁴⁵, o princípio da proibição do abuso do direito e o princípio da ordem pública e dos bons costumes.

Se se pretender indicar um princípio que apresente quase todas as características que a teoria jurídica dos princípios associa aos princípios de direito ou aos princípios fundamentais do direito civil, não haverá outro senão o princípio da boa fé. Este princípio reclama dos particulares uma conduta leal e honesta no exercício de direitos ou no cumprimento de obrigações, pautando-se por uma conduta não fraudulenta e não dolosa. Segundo alguns Autores, o princípio da boa fé pode mesmo considerar-se a “norma das normas”, na medida em que é usado pelo intérprete para quebrar a rigidez do direito positivado⁴⁶.

Desde o movimento da codificação da modernidade, os códigos civis e demais legislações civis avulsas dos vários ordenamentos do mundo, seguindo a tradição do direito romano, têm vindo a atribuir à *bona fides* e à sua versão alemã *Treu und Glauben* ou outras variações linguísticas um papel de instrumento conceptual importante, dando continuidade ao regime e à metodologia jurídica

43 Neste aspecto divergimos ligeiramente do entendimento do Prof. Xu Guodong. Cfr. o nosso “Uma perspectiva histórica e metodológica dos princípios jurídicos e sua teoria jurídica – uma reformulação dos princípios fundamentais do direito civil”, *Textos de Filosofia e Sociologia Jurídica*, vol. 18, Law Press, 2013, pp. 321-327; e Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 148-149.

44 Huang Maorong, *A Metodologia da Ciência Jurídica e o Direito Civil Moderno*, Comissão Editora de Textos Jurídicos da Universidade Nacional de Taiwan, 1993, p. 421.

45 Karl Larenz, *Derecho Justo Fundamentos de Etica Juridica*, Civitas, pp.90-91; M. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, coleção Teses, Almedina, 2004, p.64.

46 Sun Xianzhong, *Lições de Direito Civil Chinês*, Textos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2005, p. 43.

oriundos do direito romano (embora com variações decorrentes do pensamento jurídico de cada período temporal).

A partir do séc. XX, o conceito de boa fé e a metodologia jurídica subjacente vieram a estender-se a outros ramos de direito público, como o direito penal, o direito administrativo, o direito processual e o direito fiscal, com o que a boa fé passou a constituir um pilar teórico com relevância para toda a ciência do direito⁴⁷.

À semelhança do BGB, o Código Civil de Macau (CCM) está sistematicamente estruturado em 5 Livros, e em cada um deles é possível encontrar grande volume de preceitos que fazem referência à expressão “boa fé”⁴⁸, bem como outros que, embora não o façam expressamente, constituem indubitavelmente uma manifestação do princípio da boa fé⁴⁹.

47 Xu Guodong, “Sobre a extensão do princípio da boa fé ao direito público”, in *Oriental Law*, 2012, pp. 5-13.

48 Arts. 109.º (Regresso do ausente), 167.º (Protecção dos direitos de terceiro), 172.º, (Efeitos da extinção), 219.º (Culpa na formação dos contratos), 235.º (Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé), 236.º (Relações entre credores), 252.º (Falta ou vícios da vontade e estados subjectivos relevantes), 267.º (Pendência da condição: actos dispositivos), 268.º (Verificação e não verificação da condição), 284.º (Inoponibilidade da nulidade e da anulação), 326.º (Abuso do direito), 431.º (Condições de admissibilidade), 475.º (Obrigação de restituir no caso de alienação gratuita), 607.º (Requisito da má fé), 608.º (Presunção da má fé na compra e venda entre cônjuges), 609.º (Transmissões posteriores ou constituição posterior de direitos), 612.º (Efeitos em relação ao credor), 269.º (Retroactividade da condição), 746.º (Exclusão do direito de retenção), 752.º, n.º 2 (Princípio geral), 755.º (Entrega da coisa de que o devedor não pode dispor), 882.º (Nulidade da venda), 884.º (Restituição do preço), 888.º (Obrigação de convalidação), 889.º (Indemnização em caso de dolo), 890.º (Indemnização, não havendo dolo), 892.º (Garantia do pagamento de benfeitorias), 894.º (Disposições supletivas), 950.º (Doação de bens alheios), 951.º (Convalidação), 952.º (Ónus ou vícios do direito ou da coisa doada e convalescença do contrato), 1028.º (Indemnização de despesas e levantamento de benfeitorias), 1066.º (Benfeitorias), 1184.º (Posse de boa fé), 1194.º (Perda ou deterioração da coisa), 1195.º (Frutos na posse de boa fé), 1196.º (Frutos na posse de má fé), 1198.º (Benfeitorias necessárias e úteis), 1200.º (Benfeitorias voluptuárias), 1219.º (Posse titulada e registo do título), 1220.º (Registo da mera posse), 1221.º (Falta de registo), 1223.º (Coisas sujeitas a registo), 1224.º (Coisas não sujeitas a registo), 1225.º (Posse violenta ou oculta), 885.º (Coisa comprada a comerciante), 1252.º (União ou confusão de boa fé), 1253.º (União ou confusão de má fé), 1255.º (Especificação de boa fé), 1256.º (Especificação de má fé), 1259.º (Obras feitas de boa fé em terreno alheio), 1262.º (Sementeiras ou plantações), 1260.º (Obras de má fé em terreno alheio), 1261.º (Obras feitas com materiais alheios em terreno alheio), 1263.º (Prolongamento de edifício por terreno alheio), 1384.º (Benfeitorias úteis e voluptuárias), 1519.º (Efeitos do casamento anulado), 1520.º (Boa fé), 1554.º (Sanções), 1784.º (Pessoas a quem compete a tutela), 1757.º (Actos praticados por um dos pais), 1775.º (Revogação ou alteração de decisões), 1776.º (Obrigatoriedade do registo), 1777.º (Consequência da falta do registo), 1877.º (Notificação dos herdeiros), 1914.º (Alienação a favor de terceiro), 1915.º (Cumprimento de legados), 1956.º (Benfeitorias nos bens doados), 2014.º (Frutos e benfeitorias).

49 Como, por exemplo, o art. 245.º do Código Civil de Macau (princípio da base do negócio) (cfr. Paulo Mota Pinto, “Falta e Vícios da Vontade - O Código Civil e os Regimes Mais Recentes”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol.II, A Parte Geral do Código e*

II. A boa fé e a “*Treu und Glauben*” – mais do que uma questão de tradução

1. Generalidades

A versão portuguesa do CCM emprega a expressão “boa fé”, o que corresponde, em termos semânticos e morfológicos, à expressão jurídica inglesa *good faith* e à *bona fides* do direito romano. E não é de estranhar que assim seja, pois, tanto a boa fé do direito português, como o *good faith* do direito anglo-saxónico, como ainda outras expressões de outros ordenamentos jurídicos, têm por fonte a expressão latina do direito romano – *bona fides*.

No mundo jurídico chinês do Interior da China e de Taiwan, a literatura jurídica (doutrina, legislação e jurisprudência) emprega geralmente, num contexto semelhante, a expressão “lealdade e confiança”, que, como referido, corresponde à tradução da expressão alemã *Treu und Glauben*. Entre os diversos ordenamentos jurídicos, ou se usa a expressão “boa fé”, traduzida da *bona fides* do latim, ou se emprega a expressão “chengshi (lealdade) e xinyong (confiança)”, traduzida do alemão *Treu und Glauben*. Esta opção aparentemente aleatória acarreta consigo, na verdade, um sentido não tão simples quanto parece – por detrás dela estão transmutações teóricas de pormenor que não podem ser olvidadas, bem como recepções de direito sobrepostas.

Com efeito, no mundo jurídico de língua chinesa, as complexas relações decorrentes dos referidos termos apenas foram objecto de uma teorização mais clara com o texto “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado” do Prof. Xu Guodong, publicado em 2013⁵⁰. Só daí é que toda uma série de questões ambíguas obtiveram resposta.

Em primeiro lugar, indica claramente o Autor que, durante todo o período entre o direito romano e a Idade Média, a literatura jurídica não distinguia a *bona fides* subjectiva da objectiva⁵¹ – nem mesmo nas posteriores obras de Savigny e de

a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2006, pp. 460-500); ou o art. 801.º (redução equitativa da pena) (cfr. Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, colecção teses, Almedina, p. 483); ou, ainda, o art. 753.º (realização integral da prestação) (cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 6.ª edição, Almedina, 2014, p. 18).

50 Sobre o uso da terminologia nos países ocidentais, cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 35-38.

51 Esclarecimento que veio a mostrar-se bastante importante, pois que, até à publicação do artigo, a literatura chinesa sobre o tema empregava expressões muito ambíguas. Pode ver-se, a título de exemplo, o seguinte excerto de um texto de 2012: “Desde o início do direito romano que a boa fé vem surgindo de formas distintas – a boa fé enquanto padrão de comportamento e a boa fé enquanto estado cognitivo

Windscheid, do séc. XIX. Depois, assinala que a distinção da *bona fides* subjectiva e objectiva consistiu numa reorganização dos elementos do passado no âmbito do enquadramento moderno. Em terceiro lugar, aponta que a designação da boa fé objectiva pela expressão alemã *Treu und Glauben* e a da boa fé subjectiva pela expressão latina *bona fides* foi resultado da discussão doutrinária entre Bruns e Wächter ao longo do séc. XIX (por influência doutrinária de Bruns, o BGB veio a expressar a boa fé objectiva por *Treu und Glauben* e a boa fé subjectiva por *guter glaupe*). Em quarto lugar, destaca que a distinção entre boa fé subjectiva e boa fé objectiva do direito alemão veio a ser acolhida pela doutrina e legislação civil chinesa desde a Dinastia Qing, tendo traduzido a boa fé subjectiva (*guter glaupe*) por “boa fé” e a boa fé objectiva (*Treu und Glauben*) por “chengshi (lealdade) e xinyong (confiança)”. Por último, assevera que esta distinção dogmática e terminológica da *bona fides* não veio a ser objecto de acolhimento generalizado pelo direito legislado dos vários ordenamentos⁵².

Isto não significa, obviamente, que todas as questões concernentes ao uso terminológico do conceito de *bona fides* passaram de um momento para outro a ser esclarecidas na sua integralidade. Propomo-nos, portanto, a desenvolver alguns aspectos de pormenor nas secções que se seguem.

2. Da tentativa de distinção das duas espécies de *bona fides* a nível dogmático e terminológico

Não restam dúvidas de que a *bona fides* do direito romano constitui a origem de todas as variações que encontramos no direito moderno (incluindo o direito alemão). Este entendimento nunca foi objecto de grande discussão até à segunda metade do séc. XX. Maiores dúvidas subsistem, todavia, em quando e como ocorreram aquelas variações.

Segundo os estudos do Prof. Xu Guodong, a sucessiva distinção dogmática e terminológica da *bona fides* deveu-se aos contributos de Karl Georg Bruns. Numa obra de finais do séc. XIX, o juscientista alemão refere que “existem dois conceitos de lealdade e confiança. O primeiro refere-se a um sentido psicológico, consubstanciando-se numa crença, numa opinião sobre determinado facto. O outro refere-se a um sentido ético, consubstanciado num comportamento diligente de uma pessoa leal, honesta e correcta – não se trata aqui de uma crença, mas

subjectivo – no direito civil, esta distinção nunca se uniformizou a nenhum momento temporal. Uma e outra têm natureza diversa, desempenhando funções diferentes no direito civil.” Cfr. Zhen Zengshui, “Da distinção entre a boa fé e a lealdade e confiança no direito civil”, in *Private Law Review*, vol. 12, Law Press, 2012, p. 48.

52 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 111-124.

de uma consciência leal e moral”⁵³. A nível terminológico, Bruns sufragava que o termo alemão *glaube* não é apto a expressar o sentido integral da *bona fides* romana na sua acepção objectiva, havendo que juntar a ele o termo *treu*. O porque deste entendimento foi, durante um longo período de tempo, objecto de alguma perplexidade. Até que, com o aprofundar dos estudos da língua germânica por linguistas do séc. XX, alguns dos resultados desses estudos (especialmente os de Pretzele Neumann⁵⁴) serviram de inspiração para os juscientistas⁵⁵, que assim vieram a atestar que já em 1346 havia a literatura jurídico-germânica feito referência à expressão *treuwe und gelawen*. Quer isto dizer que o casamento entre *treueglauben* que viria a surgir com a doutrina alemã para expressar a *bona fides* encontra ascendência no direito consuetudinário germânico. Tendo em vista que a obra de Bruns coincide temporalmente com o ascender do pangermanismo, e considerando que era extremamente comum o fenómeno de os juscientistas do Império Alemão fazerem realçar elementos germânicos nas suas teorias do direito, não é de estranhar que o pensamento daquele Autor se tenha aproximado da corrente então dominante. Com efeito, já em finais do séc. XIX tinham alguns germanistas (como Gierke) indicado, a propósito da abordagem dos temas das obrigações e da responsabilidade, que as expressões germânicas *Treugelübde* e *mit Treue geloben*, derivadas da recepção da *fides* romana pelo direito germânico na Idade Média, tinham já ampla utilização na literatura jurídica daquele período⁵⁶.

No seguimento da publicação da obra de Bruns, os Autores alemães começaram a empregar expressões diferentes para as duas espécies da *bona fides* – *gute glaube* para a *bona fides* subjectiva, a partir de uma tradução literal da expressão latina, e *Treu und Glauben* para a boa fé objectiva. Esta terminologia veio a ser adoptada pelo BGB, empregando as expressões *Treu und Glauben* e *gute glaube* respectivamente nos arts. 242.º e 932.º.

Embora a bipartição tivesse encontrado assento no direito positivo com a entrada em vigor do BGB, a verdade é que, tanto a selecção da terminologia, como o critério da subjectividade-objectividade como fundamento da distinção, não parecem ser muito convincentes. De uma análise da sua recepção pelos códigos posteriores e pela doutrina parece resultar o seguinte fenómeno: é entendimento

53 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, p. 112.

54 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, pp. 162-164.

55 Especialmente Strätz, que em 1974 publicou a tese “Beiträge und Materialien zur Entwicklung von ‘Treu und Glauben’ in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts”. Ibid.

56 Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, Little, Brown and Company, 1918, pp.493-495.

generalizado que devem existir duas espécies de *bona fides*, e que cada uma delas assume efectivamente funções e formas de expressão diferentes no direito positivo. No entanto, fica por esclarecer toda uma série de perguntas como: por que razão se designa por objectiva a boa fé que se apresenta sob a forma de uma cláusula geral e por subjectiva tudo o restante? Em que se manifesta a subjectividade da boa fé subjectiva e a objectividade da boa fé objectiva? Por outro lado, no que respeita à questão da nomenclatura, é consabido que a distinção terminológica existente no direito alemão sofreu influência germânica, que parece não ter necessariamente de ser considerada nos ordenamentos de língua não germânica. Posto de fora este factor de consideração, a escolha da terminologia mais adequada resumir-se-ia a uma questão de estética, sem que haja uma orientação conclusiva de se dever traduzir a terminologia a partir do alemão ou do latim.

Se bem que seja bem conhecida a influência que o direito civil alemão exerceu a nível mundial a partir do séc. XX, a verdade é que, no processo de recepção dos conceitos e dos institutos do direito alemão, poucos ordenamentos o fizeram em bloco sem introdução de adaptações. A boa fé subjectiva e a boa fé objectiva são eticamente uniformes, embora possam ter manifestações diferentes quando transpostas em cada uma das normas jurídicas.

3. A recepção da teoria da bipartição da boa fé (especialmente no direito civil de Macau)

A bipartição dogmática e terminológica da boa fé desenvolvida pelo direito alemão exerceu influência, em maior ou menor medida, sobre os posteriores códigos civis dos vários ordenamentos jurídicos.

Em face do modelo paradigmático do direito civil alemão, os ordenamentos podiam adoptar uma de três posturas:

1. Não reconhecer a existência de duas espécies de boa fé, não procedendo, conseqüentemente, a qualquer bipartição dogmática ou terminológica. O direito romano integra-se neste grupo de situações;
2. Reconhecer a distinção dogmática entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva, acolhendo a correspondente distinção terminológica. Exemplo disso é o direito alemão, suíço, chinês da Dinastia Qing, japonês e coreano⁵⁷;
3. Reconhecer a distinção dogmática entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva, não as distinguindo, contudo, a nível terminológico. Encontram-se, nesta categoria, os ordenamentos da França, Espanha, Itália, Portugal, Chile, Argentina, Brasil, Peru, México, Haiti, Quebec,

57 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 114-115.

Louisiana, Filipinas, Egipto, Líbia, Argélia e Macau⁵⁸.

A distinção entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva constitui uma teoria amplamente acolhida no direito português e no direito de Macau⁵⁹. Por exemplo, Ana Prata enuncia uma como sendo a boa fé objectiva (ou “boa fé em sentido ético” ou princípio da boa fé) e outra como sendo a boa fé subjectiva (ou “boa fé em sentido psicológico”)⁶⁰. O Prof. Manuel Trigo, da Universidade de Macau, expressa semelhante entendimento nas suas Lições de Direito das Obrigações de Macau⁶¹.

A nível do direito legislado, o legislador de Portugal e de Macau veio a estabelecer a boa fé como cláusula geral numa série de situações, tendo intencionalmente deixado margem para formulação de um juízo moral por parte do juiz relativamente ao conteúdo da boa fé, a ser concretizado tendo em conta o sistema de valores a cada dado momento. Este método legislativo tem os seus riscos, pois se o juiz adoptar uma postura excessivamente dependente do mecanismo da boa fé e não conseguir extrair normas mais concretas a partir do Código Civil e da demais legislação, o sistema tenderá a funcionar de forma instável⁶².

Pelo que diz respeito à boa fé objectiva (quando a “boa fé” se apresenta como um princípio jurídico), o legislador apenas estabelece que as partes devem proceder de boa fé, sem que tenha previsto expressamente que tipo de condutas vão ao encontro do princípio da boa fé, ou qual o seu conteúdo em concreto⁶³.

Já a boa fé subjectiva é considerada pela lei como pressuposto e condição de produção de determinados efeitos jurídicos (ou seja, a lei define expressamente o seu conteúdo). Por exemplo, para efeitos do disposto nos arts. 235.º (terceiros de boa fé relativamente a negócio simulado) e 284.º (terceiros de boa fé relativamente a invalidades), a boa fé consiste no desconhecimento de determinados factos; para efeitos do art. 1184.º (qualificação da posse), boa fé significa a ignorância

58 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 117-119.

59 Rui Alarcão, *Direito Das Obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 107-109.

60 Ana Prata: *Dicionário Jurídico*, Volume 1, 5.ª edição actualizada e aumentada, com a colaboração de Jorge Carvalho, Almedina, 2010, p.214.

61 Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014, pp. 104-111.

62 Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.52.

63 Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.52.

da lesão do direito de outrem⁶⁴.

Também a jurisprudência de Macau tem acolhido as referidas teorias doutrinárias da boa fé subjectiva e da boa fé objectiva (veja-se o expedito pelo Tribunal de Segunda Instância no Ac. n.º 143/2001, onde se definiu a boa fé objectiva como sendo “uma regra de conduta: o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres devem respeitar toda uma série de regras implícitas na ordem jurídica, que são impostas pela consciência social e correspondem a um determinado conjunto de valores éticos predominantemente aceites na sociedade”)⁶⁵.

III. O princípio da boa fé e a discricionariedade

Os códigos civis elaborados no âmbito do movimento da codificação da modernidade têm todos eles genes do positivismo, sendo que um dos principais objectivos da compilação de grandes volumes de regras jurisprudenciais num só código foi a redução ou mesmo a eliminação da margem de “discricionariedade” do juiz⁶⁶. Algo que, no entanto, nunca chegou a ser inteiramente alcançado, nem pelo Código Civil francês de inícios do séc. XX, nem pelos códigos civis posteriores⁶⁷ (*se algum dia a humanidade alcançasse tal resultado, a profissão de juiz como que perderia a sua função, da mesma forma que perderiam razão de ser as ciências naturais se toda a indeterminação do universo desaparecesse, e da mesma forma que deixaria de se justificar a existência de ciências sociais se toda a indeterminação da sociedade desvanecesse*). De um ponto de vista técnico-jurídico, a manutenção de um espaço de discricionariedade para o juiz traduz-se, em grande medida, na existência de princípios jurídicos no direito positivo e na sua aplicação pelo intérprete no caso concreto.

Como dissemos, a boa fé (ou lealdade e confiança) é o princípio que melhor reflecte as características dos princípios jurídicos e que tem um âmbito de incidência especialmente vasto. No âmbito dos estudos da teoria do direito, a partir da segunda metade do séc. XX chegou a colocar-se a seguinte questão

64 Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.53.

65 Cfr. o Ac. n.º 143/2001, de 25 de Setembro de 2003, do Tribunal de Segunda Instância da RAEM; e Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.52.

66 Cfr. Tong Io Cheng, “A ciência jurídica, o ensino do direito e a formação de juristas em Macau”, in *Cross-Strait, Four-Region Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong, and Macau Volume One*, Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica, Taipei, 2010, pp. 231-326.

67 A indeterminação constitui pressuposto do desenvolvimento cognitivo e social, na medida em que, uma vez desvanecidas todas as incertezas, jamais haveria necessidade de investigação, nem a vida teria sentido.

por parte de Autores dedicados ao estudo da teoria jurídica dos princípios: saber se a decisão com fundamento em princípios constitui ou não o exercício de discricionariedade⁶⁸.

Relativamente a esta problemática, a tese que se tornou mais célebre é a da “única resposta correcta” de R. Dworkin. O Autor, assentando no objectivismo político, moral e ético, sufraga que existiria uma única resposta correcta para cada caso controverso, pois que o juiz decide segundo princípios jurídicos, que constituem um reflexo da moralidade política, que por sua vez tem carácter público, pelo que, havendo uma única resposta correcta para o caso, a decisão com base em princípios não implica o exercício de qualquer discricionariedade⁶⁹. A tese da única resposta correcta de R. Dworkin foi objecto de incessante discussão desde que foi proferida. Autores da área da teoria do direito⁷⁰ chegaram já a proceder a análises aprofundadas sobre o tema. Ficou já salientado que “dada a expressiva ambiguidade, em geral, dos princípios jurídicos, a discricionariedade subjacente aos mesmos é uma discricionariedade em sentido “forte”, levando a que a afirmação de “o juiz estar vinculado aos princípios” não seja muito diferente que dizer que “o juiz determina arbitrariamente o conteúdo dos princípios” (...) Mais importante é o facto de os princípios não partilharem da mesma estrutura básica previsão-estatuição das regras jurídicas. Para o intérprete, “a verificação da previsão da regra” tanto constitui a condição como representa o limite para a sua aplicação, pelo que não se poderá emitir decisões de forma arbitrária. Pelo contrário, na falta desta estrutura no âmbito dos princípios, o juiz, ao aplicá-los, não estará sujeito àqueles limites”⁷¹.

A nosso ver, a questão sobre se a decisão segundo princípios jurídicos constitui decisão discricionária é uma questão de grau. Relativamente a um preceito que disponha de uma previsão e de uma estatuição claramente definidas, a decisão segundo princípios jurídicos acarreta efectivamente uma maior margem de discricionariedade. Só que, há que recordar que por detrás da formação de

68 Chen Jinghui, “Princípios, discricionariedade e decisão segundo a lei”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 5, 2006, pp. 121-137.

69 Chen Jinghui, “Princípios, discricionariedade e decisão segundo a lei”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 5, 2006, p. 126.

70 Por exemplo, Wang Pengxiang, assentando na tese da teoria dos princípios de Alexy segundo a qual os direitos fundamentais constituem mandados de optimização, entende que, dada a abertura da estrutura normativa da Constituição, e face às limitações na capacidade de conhecimento da Constituição, a tese da optimização da teoria dos princípios não garante que para cada caso sobre direitos fundamentais haja uma única resposta correcta. Cfr. Wang Pengxiang, “Sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais”, in *National Taiwan University Law Journal*, vol. 34, n.º 2, p. 53.

71 Chen Jinghui, “Princípios, discricionariedade e decisão segundo a lei”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 5, 2006, p. 128.

um princípio jurídico (como o princípio da boa fé abordado neste capítulo) se encontram subjacentes retóricas bem-sucedidas, como por exemplo uma ideia inovadora que foi especialmente louvada, ou uma ideia que apesar de ser objecto de discussão continuada se manteve popular. Por esta razão, não se pode falar propriamente de discricionariedade ou liberdade de decisão – o aspecto não livre do decidir segundo princípios jurídicos reside precisamente no facto de o intérprete ter de dialogar com a história num âmbito temático mais circunscrito.

Tomando o princípio da boa fé como exemplo, o grande volume de discussões em torno do mesmo desde o direito romano ao direito moderno leva a que o intérprete esteja circunscrito a uma grande quantidade de estereótipos sedimentados sempre que recorre àquele princípio na sua fundamentação, apenas podendo abrir mão dos mesmos se encontrar motivação mais convincente.

IV. Da relação entre o princípio da boa fé e o princípio da proibição do abuso do direito

1. Generalidades

A teoria da proibição do abuso do direito remonta, para muitos, ao brocardo latino *Neminem Laedit Qui Suo Iure Utitur*⁷², havendo Autores que reconduzem a sua fonte de direito romano às secções D.50.17.55, D.19.1.42.pr, D.43.29.3.2 e D.50.17.155.1-2⁷³. Há também Autores que a reconduzem à *aemulatio* (ou seja, um acto sem utilidade para o próprio e com a intenção de prejudicar outrem (D.6.1.38; Gaius I.1.53))⁷⁴. Em termos institucionais, a *exceptio doli* do direito romano veio a constituir-se um instrumento para sancionar práticas abusivas e, posteriormente, no período justinianeu, veio a ser reconhecida a figura processual da litigância de má fé⁷⁵. O ulterior desenvolvimento da teoria da litigância de má fé do direito processual e do conceito *exceptio doli* do direito material veio, a final, a proporcionar elementos para a construção da teoria do abuso do direito. No entanto, não foi senão a partir da segunda metade do séc. XIX que vieram a surgir a denominação jurídica de “abuso do direito” e o “princípio da proibição do

72 Nelson Nicolliello, *Diccionario Del Latin Jurídico*, J.M. Bosch Editor, 1999, p.204.

73 Atribuídos, respectivamente, a Gaius (D.50.17.55), Paulus (D.19.1.42.pr e D.50.17.155.1-2) e Ulpianus (D.43.29.3.2).

74 Cf. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, 2001, p.673. Segundo os estudos do Autor, a tese da recondução do abuso do direito à *aemulatio* chegou a Portugal nos inícios do séc. XX através do direito italiano, principalmente por meio das obras de Scialoja e de Riccobono.

75 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: *Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.131-132.

abuso do direito” enquanto princípio jurídico. E a sua formação pode dizer-se que foi um excelente exemplo de concurso entre a tradição jurídica, a jurisprudência e a doutrina.

No direito moderno, com o acumular da jurisprudência francesa de meados do séc. XIX⁷⁶ veio a desenvolver-se aos poucos o conceito de “abuso do direito”. Num caso ocorrido em França em 1855, o Tribunal condenou o proprietário que construía no seu prédio uma chaminé falsa inútil, apenas para tapar uma janela do vizinho, com fundamento no seguinte:

“(…) se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem (...)”⁷⁷.

Volvido algum tempo, o Autor belga Laurent utilizou pela primeira vez a expressão *abus de droit* em comentário à situação do tipo acima referido⁷⁸, mas foi com o francês Josserand que surgiu a primeira obra especificamente dedicada ao estudo sistemático do tema – *De l’Esprit et de leur Relativité: Théorie de l’abus des droits*, concluída na primeira metade do séc. XX. Este conceito, depois de ser trabalhado pela doutrina alemã e de ser recebido pelos países que se lhe seguiram, veio a difundir-se por outras jurisdições com o segundo movimento de codificação nos inícios do séc. XX.

No entanto, com o contínuo aprofundar dos estudos à procura da genealogia do referido princípio, a doutrina descobriu aos poucos que o mesmo contende com institutos dispersos em três diferentes áreas: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação das relações de vizinhança. Áreas que, desde os inícios do direito romano até à codificação do séc. XVIII, estavam distribuídas em diferentes domínios do ordenamento jurídico, razão pela qual não era possível aos juscientistas do tempo do direito romano e do direito comum consolidá-las num único conceito. Foi precisamente por isso que nunca foi desenvolvida uma teoria geral do abuso do direito ao abrigo do direito romano e do direito comum.

Mesmo em ambas as codificações dos sécs. XIX e XX, vários códigos

76 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, p. 408.

77 Imp. Colmar, 2-Mai. 1855; D 1856, 2, 9-10. Apud António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: *Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.133.

78 F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, 3.ª Ed., 1878, p. 20. Apud António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: *Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.133.

modernos com certo valor de referência mantiveram silêncio quanto ao conceito de abuso do direito, o que parece ser indicativo do acima exposto.

Por último, mesmo no âmbito da jurisprudência e da doutrina, onde a teoria do abuso do direito teve origem, houve vozes a apontar para a redundância dessa mesma teoria por sobreposição com outras. Por exemplo, a dimensão posteriormente alcançada pela responsabilidade civil, em França, graças à utilização do conceito de “falta” (*faute*) levou a que o princípio da proibição do abuso do direito tivesse uma utilização escassa⁷⁹. Mesmo no direito alemão, não faltaram opiniões que apontassem para a falta de clareza na sua linha de distinção com os princípios da equidade e da boa fé⁸⁰.

2. As semelhanças e dissemelhanças entre os dois princípios

Ambos os princípios têm a sua génese no direito romano bem como uma relação de consanguinidade com a *exceptio doli* do direito romano. No entanto, fora esta origem comum na *exceptio doli*, cada um deles recebeu outros elementos em períodos diferentes.

Relativamente ao ponto de nascimento do conceito (i.e., da terminologia), a expressão *boa fé* vinha já sendo amplamente utilizada no período arcaico do direito romano, enquanto a expressão *abuso do direito* veio apenas a surgir a partir do séc. XIX.

Quanto ao âmbito de incidência, o conceito de boa fé, desde que surgiu, foi logo aplicado a diversos domínios do direito e, embora tivesse sofrido variações ao longo da sua evolução histórica, pode dizer-se, de uma forma geral, que o seu desenvolvimento foi no sentido do alargamento do seu âmbito de aplicação. O conceito de abuso do direito, por sua vez, começou apenas a ser usado no âmbito das relações de vizinhança, entendendo ainda a doutrina que constituía pressuposto da sua aplicação a existência e o exercício de um direito subjectivo (entendimento que recentemente tem vindo a alterar-se⁸¹). Já para o Autor francês Jacques Ghestin, o abuso do direito aplicar-se-ia a domínios como a propriedade, o contrato, a família, o exercício de direitos sociais, a greve e o exercício do direito de acção, o que revela uma grande vitalidade da teoria do abuso no direito francês⁸².

79 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.135.

80 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, 2001, pp.677-700.

81 António Menezes Cordeiro, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa in Agendo*, Almedina, 2006, p.49.

82 Jacques Ghestin and Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil Introduction Générale*, Law Press-China, 2004, pp.726-738.

Pelo que diz respeito aos critérios de concretização, tanto o princípio da boa fé como o princípio da proibição do abuso do direito chegaram a ser questionados como correspondendo a uma pura discricionariedade⁸³. A questão da diferenciação dos critérios de concretização da boa fé e do abuso do direito não tem sido muito elaborada quer na literatura jurídica chinesa, quer na doutrina estrangeira⁸⁴, que, pelo contrário, têm vindo na sua generalidade a tratar dos dois princípios em conjunto. A nosso ver, os critérios de concretização da boa fé e do abuso do direito estão sujeitos à cultura jurídica em que se inserem, sendo desenvolvidos e deduzidos a partir da sua aplicação nas respectivas jurisdições, e sempre em constante evolução.

O conceito de abuso do direito desenvolvido a partir da jurisprudência francesa começou por ter como critério o “exercício emulativo de direitos”, tendo por pressuposto a existência de um direito subjectivo. À medida que as discussões doutrinárias se foram aprofundando, o direito francês chegou a eleger como critérios de aferição a “culpa no exercício do direito”, a “intenção de prejudicar” no exercício do direito e a contrariedade do exercício do direito ao seu fim social⁸⁵. Devemos dizer que todos estes critérios se afiguram problemáticos, pois que o uso da *aemulatio* como critério suscitaria instabilidade e correria o risco de sobreposição com outros institutos. Primeiro, o pressuposto da “ausência de utilidade para o próprio” da *aemulatio* parece só ser concebível no plano teórico, pois o acto emulativo “prejudicial a outrem” acarreta em certa medida utilidade para o próprio. Depois, se se excluir o requisito da “ausência de utilidade para o próprio”, ficaria apenas o da “prejudicialidade”, que assim levaria a uma sobreposição com a figura da responsabilidade civil por violação de direitos ou interesses de outrem, com a agravante de se afrouxar sobremaneira os critérios desta modalidade de responsabilidade civil.

Até à década de 80 do séc. XX, o direito português foi profundamente inspirado pelas discussões doutrinárias francesas em torno do abuso do direito. Orlando de Carvalho⁸⁶, por exemplo, vê no poder de autodeterminação o fundamento

83 Querendo significar a falta de critérios no uso do princípio da proibição do abuso do direito. Na doutrina, nunca houve falta de críticas relativamente ao abuso por parte dos tribunais. Veja-se, por exemplo, o artigo publicado em 2015 de Pedro Pais de Vasconcelos, “O abuso do abuso do direito – um estudo de Direito Civil”, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre 2015, Número 1, 2015, pp.33-56.

84 Na literatura chinesa, quem mais deu mais importância à questão foi Lin Chenger, *Estudos sobre as Teorias e Questões do Direito Civil*, China University of Political Science and Law Press, 1999, pp. 4-17.

85 Jacques Ghestin and Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil Introduction Générale*, Law Press-China, 2004, pp.714-725.

86 Orlando de Carvalho procedeu a uma exposição pormenorizada da teoria do abuso do direito na sua *Teoria Geral do Direito Civil*. Antes de entrar no assunto, o Autor começa por dar a noção de direito subjectivo, indicando que algumas concepções veem no direito subjectivo um interesse, “um interesse juridicamente protegido” (na fórmula de Ihering) ou “um interesse juridicamente protegido

dogmático último do abuso do direito (o que, obviamente, decorre da teoria do abuso do direito assente no direito subjectivo do direito francês, embora o Autor pareça querer ultrapassar a limitação da aplicação do abuso aos direitos subjectivos em sentido estrito para o estender também aos direitos potestativos e algumas faculdades). Não obstante, no seu discurso o Autor indica que o exercício do poder de autodeterminação tem limites, limites que se reconduzem à questão dos interesses. Assim, se se lesam interesses de outrem, o exercício do poder de autodeterminação sem interesse próprio constituirá abuso do direito (está em causa, claramente, o critério dos actos emulativos do direito francês). Se, pelo contrário, a utilização de um direito sem interesse não lesa interesses de outrem, não haverá abuso do direito. No entanto, constitui tarefa extremamente difícil provar se o exercício do direito é ou não do interesse para o próprio, pois que o titular pode sempre alegar que a utilização do direito lhe trouxe vantagens, ainda que mínimas⁸⁷. Caberá, nessas situações, ao tribunal ajuizar se no caso concreto houve ou não interesse para o titular do direito (estando implícita a ideia de que, perante um caso difícil, o tribunal terá que proceder a uma avaliação dos interesses em causa)⁸⁸. Para além de Orlando de Carvalho, também um outro Autor da mesma época, Castro Mendes, se socorreu de muita literatura do direito francês na exposição que fez sobre o abuso do direito⁸⁹.

A eleição da “culpa no exercício do direito” como critério levaria igualmente a uma sobreposição com a teoria da responsabilidade civil, enquanto a “intenção de prejudicar” se afigura um critério demasiado subjectivista. Dos critérios avançados,

através da atribuição de um poder de vontade” (o caso de Jellinek, Michoud e Guilherme Moreira) – ou seja, o direito subjectivo ver-se-ia limitado a um interesse. Estas concepções foram fortemente criticadas, tendo-lhe sido apontada a crítica de que se estaria a confundir o meio com o fim – o direito é o instrumento de satisfação desse interesse, não o interesse em si e por si. Por outro lado, há quem entenda que “cada direito subjectivo depende da observância de regras de utilização, que estruturalmente delimitam esse mecanismo de tutela: que contêm não apenas com o poder de se usar dele, como com a estrutura que o direito é em si, por modo a que, se se transgridem tais regras, o direito não se cumpre na sua própria dimensão. É o problema do abuso de direito”. Esta parte da doutrina visava um controle mais contante ou contínuo, pressuposto na ideia de que “cada direito só é elaborado ou tutelado pela ordem jurídica para certo interesse” (Santoro-Passarelli). Para a doutrina maioritária (v.g., Manuel de Andrade e Vaz Serra), “há-de obedecer, no seu exercício, a uma norma implícita ou explícita de correcção, de lealdade, de moralidade, a uma lei acima da lei”. Orlando de Carvalho entende, assim, que o exercício do direito subjectivo na dependência da observância de regras de utilização diminuiria a autonomia do titular relativamente ao seu direito. Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão traduzida por Vong Hin Fai, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, pp. 40-41.

87 Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão traduzida por Vong Hin Fai, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, pp. 48-50.

88 Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão traduzida por Vong Hin Fai, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, p. 50.

89 João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol.1, AAFDL, 1995, pp.525-37.

aquele que é mais susceptível de circunscrever a discricionariedade do juiz parece ser a teoria do “fim social”. Simplesmente, mesmo que assim seja, esta teoria do “fim social”, desenvolvida a partir da meditação sobre “a substância das coisas” confere, ainda, uma grande margem de discricionariedade ao juiz.

Nos processos de recepção e evolução posteriores, os juscientistas do direito alemão desenvolveram várias tentativas frutíferas em torno da questão dos critérios de concretização do abuso do direito. Em primeiro lugar, eliminou-se da teoria do abuso do direito o pressuposto da existência e do exercício de um direito subjectivo, levando a que o abuso do direito subjectivista viesse a desenvolver-se num “abuso de faculdades jurídicas” mais amplo. Depois, o “abuso do direito” acabaria por se desenvolver, na Alemanha, a partir de grandes grupos de casos típicos (*venire contra factum proprium, suppressio, tu quoque*, inalegabilidades formais e desequilíbrio), tudo se reconduzindo à boa fé⁹⁰. Segue, *infra*, uma apresentação dos vários tipos, segundo o raciocínio de António Menezes Cordeiro⁹¹:

1) O *venire contra factum proprium*

O *venire contra factum proprium* ou, simplesmente, *venire*, postula duas condutas da mesma pessoa, diferidas no tempo e valorativamente contraditórias entre si. Segundo a doutrina, a conduta originária – o *factum proprium* – corresponde à primeira conduta, enquanto a segunda corresponde à conduta contraditória – o *venire*. Em termos sociais, a conduta contraditória com planos previamente assumidos pelo sujeito surge como desagradável e desprestigiante⁹². A actuação sinuosa põe em causa a credibilidade do agente, suscitando, no meio em que ele se insere, dúvidas e perplexidades (a não ser que o *venire* assente numa circunstância justificativa)⁹³. O *venire* é positivo quando, na sequência do *factum proprium*, não se espera que o agente venha a praticar um segundo acto e, depois, pratica-o; será negativo quando se espera dele uma segunda conduta e, depois, nega-a. Sendo positivo, o *venire* pode implicar o exercício de direitos potestativos, de direitos comuns ou de liberdades gerais. O *venire* só é proibido em circunstâncias especiais. Para as explicar, surgiram duas grandes fundamentações dogmáticas: as doutrinas

90 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 287.

91 António Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito – Estado das Questões e Perspectivas, Aos Estudos em Honra. Do Prof. Doutor António Castanheira Neves, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Vol. II.

92 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Parte Geral, Tomo IV, Livraria Almedina, 2005, p. 275.

93 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p. 144.

da confiança (Canaris) e as doutrinas negociais (Wieling)⁹⁴. Para as doutrinas da confiança, o *venire* seria proibido quando fosse praticado com a intenção de defrontar uma situação de confiança legítima gerada pelo *factum proprium*. Para as negociais, o agente ficaria vinculado, em termos negociais, pelo *factum proprium* em causa; ao perpetrar o *venire*, estaria a violar a vinculação daí derivada. Simplesmente, as teorias negociais têm dificuldades práticas: o regime do *venire* não é o do negócio. Além disso, a desconsiderar toda uma construção em torno da boa fé e do abuso do direito, é duvidoso se é mesmo possível descobrir um verdadeiro negócio⁹⁵. O princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas. A doutrina aponta várias razões que depõem nesse sentido. Em termos antropológicos e sociológicos, desde a sedentarização a espécie humana organiza-se na base de relacionamentos estáveis. No campo ético, cada um deve ser coerente, não mudando arbitrariamente de condutas, com isso prejudicando o seu semelhante. A pessoa que confie legitimamente num certo estado de coisas não pode ser tratada como se não tivesse confiado – seria tratar o diferente de modo igual⁹⁶. Na base da doutrina e com consagração jurisprudencial, a tutela da confiança ocorre perante quatro proposições: (1) uma situação de confiança; (2) uma justificação para essa confiança; (3) um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada; (4) a imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dada ao confiante. Estas quatro proposições devem ser entendidas dentro da lógica de um sistema móvel. Ou seja, não há entre elas uma hierarquia e o modelo funciona mesmo na falta de alguma delas, desde que a intensidade assumida pelas restantes seja tão forte que permita, valorativamente, compensar a falta⁹⁷.

2) A *suppressio*

A *suppressio* é também conhecida por perda da força jurídica de um direito

94 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.144-145.

95 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.145.

96 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.145-146.

97 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.146.

(*Verwirkung*)⁹⁸ e abrange manifestações típicas de “abuso do direito” nas quais uma posição jurídica que não tenha sido exercida, em certas circunstâncias e por certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, se contrariar a boa fê⁹⁹. As partes devem agir de forma leal¹⁰⁰; qualquer das partes deve proceder de forma diligente e de modo a não frustrar intencionalmente as legítimas expectativas da contraparte, proporcionando-lhe as informações que se mostrarem necessárias. O exercício de direitos contra as exigências de lealdade e de correcção considera-se ilegítimo por violação das legítimas expectativas da contraparte. Por exemplo, a parte que, pela sua actuação, faça entender que não exercerá o direito de resolução ou que prescindirá da prescrição, levando a que a contraparte, confiando nesta sua actuação, diligencie nesse sentido, não poderá legitimamente vir a exercer o direito de resolução ou invocar a prescrição¹⁰¹. A *suppressio* teve a sua origem na prática da jurisprudência comercial alemã dos finais do séc. XIX, tendo-se intensificado com a 1.^a Guerra Mundial de 1914-1918 e com o subsequente período de grande inflação, onde surgiram inúmeros casos de abuso do direito. No cerne do problema, verificou-se que o exercício retardado de certos direitos, em conjunturas de instabilidade, podia dar azo a graves injustiças. Na doutrina, duas hipóteses foram avançadas para a sustentação dogmática da tutela do beneficiário nestas situações: primeiro, que deveria ser penalizada a inacção do agente relativamente ao seu direito por um longo período de tempo; segundo, que o beneficiário deveria ser protegido na sua confiança de que não haverá exercício do direito pelo respectivo titular. Na primeira hipótese, a *suppressio* deveria ser normalizada e os seus prazos nivelados. Só sendo cognoscíveis de antemão, eles surtiriam algum efeito. Na segunda, haveria que indagar, junto do beneficiário, os pressupostos da tutela da confiança¹⁰², pelo que facilmente se aproximaria dos pressupostos da prescrição¹⁰³. No fundo, teríamos uma espécie de *venire*, em que o *factum proprium* seria constituído por uma simples inacção. Esta, porém, nunca poderá ser tão clara e óbvia como um comum *factum proprium*. Por isso, o correspondente modelo de decisão será um pouco mais complexo do que

98 Wang Boqi, *Colectânea de Obras Jurídicas de Wang Boqi*, Sanmin Publishing, 1999, p. 282.

99 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.150.

100 Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, tradução de Wang Xiaohua e Shao Jiandong, Law Press, 2007, pp. 58-59.

101 Exemplo de Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, tradução de Wang Xiaohua e Shao Jiandong, Law Press, 2007, pp. 58-59.

102 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.151.

103 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol.1, Parte Geral, Tomo IV, Almedina, 2005, pp.236-237.

o da comum tutela da confiança. O modelo dogmático será o seguinte¹⁰⁴: (1) um não-exercício prolongado; (2) uma situação de confiança, daí derivada; (3) uma justificação para essa confiança; (4) um investimento de confiança; (5) a imputação da confiança ao não-exercente. O *quantum* do não exercício será determinado pelas circunstâncias do caso: o necessário para convencer um homem normal, colocado na posição do real, de que não mais haveria exercício. A justificação será reforçada por todas as demais circunstâncias ambientais capazes de conformar essa convicção, legitimando-a. A nova posição jurídica que o confiante *ex bona fide* vê surgir na sua esfera designa-se por *surrectio*, contraponto da *suppressio*.

3) O *tu quoque*

Tu quoque exprime a situação na qual a pessoa que viola uma norma jurídica pretende vincular outrem pela mesma norma que violou. São três as situações que a doutrina tem vindo a apontar: (1) o prevalecer-se da situação jurídica decorrente da norma jurídica (por ela violada); (2) o exercer a posição jurídica violada pelo próprio; (3) o exigir a outrem o acatamento da situação já violada. Trata-se de um tipo abusivo que chegou a suscitar amplas dificuldades dogmáticas, desfrutando de um suporte doutrinário inferior ao dos restantes tipos¹⁰⁵. O Anteprojecto de Vaz Serra, responsável pelo Título das Obrigações do Código Civil português (CCP), incluiu numerosas consagrações parcelares da regra *tu quoque*, designadamente¹⁰⁶: (1) o menor que use de dolo para se fazer passar por maior não pode invocar a anulabilidade do acto¹⁰⁷; (2) há inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado¹⁰⁸; (3) a culpa do lesado pode reduzir ou excluir a indemnização (devida pelo agente)¹⁰⁹.

Todavia, estas normas poderiam equivaler a permitir repercutir, indefinidamente, as inobservâncias da ordem jurídica. O *tu quoque* requer, assim, uma aplicação confinada entre as partes envolvidas. Dogmaticamente, o *tu quoque* deve ter por fundamento o princípio da primazia da materialidade subjacente,

104 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi— Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.152.

105 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi— Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.153-154.

106 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi— Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.154.

107 Cfr. o art. 126.º do CCP e o art. 115.º do CCM.

108 Cfr. o art. 342.º, n.º 2, do CCP e o art. 337.º, n.º 2, do CCM.

109 Cfr. o art. 570.º, n.º 1, do CCP e o art. 564.º, n.º 1, do CCM.

devendo o juiz concretizar o que seja o *tu quoque* através da conjugação da boa fé com o caso concreto. A ordem jurídica postula uma articulação de valores materiais, cuja prossecução pretende ver assegurados. Nesse sentido, ele não se satisfaz com arranjos formais, antes procurando a efectivação da substancialidade. A pessoa que viole uma situação jurídica perturba o equilíbrio material subjacente. Nessas condições, exigir à contraparte um procedimento equivalente ao que se seguiria se nada tivesse acontecido equivaleria ao predomínio do formal: substancialmente, a situação está alterada, pelo que a conduta requerida já não poderá ser a mesma¹¹⁰.

4) As inalegabilidades formais

O direito civil moderno acautela igualmente, através da teoria do abuso do direito, as situações de injustiça decorrentes da nulidade do negócio jurídico por inobservância de forma. Diz-se inalegabilidade formal a situação da pessoa que, verificadas certas condições, não se possa prevalecer da nulidade de um negócio jurídico causada por vício de forma. A inalegabilidade é muitas vezes considerada uma concretização do *venire contra factum proprium*: num primeiro momento o agente, pretendendo que o negócio não preenchesse os requisitos legais de forma, daria azo a uma nulidade formal, prevalecendo-se do negócio (nulo); depois, invocaria a nulidade, recuperando a sua liberdade. Haveria uma grosseira violação da confiança com a qual o sistema não poderia pactuar¹¹¹. Em princípio, o negócio que não respeite a forma legal é nulo¹¹². Essa nulidade é invocável a todo o tempo e por qualquer interessado, sendo declarável, de ofício, pelo tribunal¹¹³, pelo que em regra não se conseguirá paralisar a alegação da nulidade pelo agente. Na maioria das situações de nulidade por inobservância de forma, a parte que invoca a nulidade do negócio é quem a provocou, pretendendo prevalecer-se do negócio e, depois, vir a invocar a sua nulidade, pelo que deve vir a assumir um dever de indemnizar equivalente à validação do negócio nulo¹¹⁴.

110 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.154.

111 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.148.

112 Cfr. o art. 220.º do CCP e o art. 212.º do CCM.

113 Cfr. o art. 286.º do CCP e o art. 279.º do CCM.

114 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.148-149.

5) O desequilíbrio

O desequilíbrio constitui um tipo residual de actuações contrárias à boa fé, para além dos tipos acima expostos¹¹⁵. A doutrina procurou identificar diversos subtipos de desequilíbrio, designadamente: (1) o exercício danoso inútil; (2) comportamento da pessoa que exige o que, de seguida, terá de restituir¹¹⁶ (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*); (3) desproporção grave entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem. Em todas estas hipóteses, o titular, exercendo embora um direito formal, fá-lo em moldes que atentam contra vectores fundamentais do sistema¹¹⁷. O abuso do direito e a boa fé a ele subjacente representam uma válvula do sistema: permitem corrigir soluções que, de outro modo, se apresentariam contrárias a vectores elementares (do sistema). E o desequilíbrio está precisamente na origem do abuso do direito, particularmente nas decisões pioneiras, como a da chaminé falsa de Colmar ou a chaminé baixa de Coimbra. À medida que os ordenamentos foram progredindo, estas hipóteses perderam terreno. Todavia, o desequilíbrio no exercício das posições jurídicas pode ser usado nos domínios onde há que enfrentar o silêncio do direito legislado em vigor¹¹⁸.

3. O princípio da boa fé e o princípio da proibição do abuso do direito no Código Civil de Macau

1) A recepção da norma legal

É do seguinte teor o art. 326.º do CCM, que consagra o princípio da proibição do abuso do direito: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Norma que é de todo idêntica à previsão legal do art. 334.º do CCP de 1966, o qual, por sua vez, teve inspiração no disposto no art. 281.º do Código Civil grego de 1946. Uma simples comparação dos dois preceitos é bastante para se aferir a relação de parentesco entre um e outro.

115 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.155.

116 Simon Whittaker e Reinhard Zimmermann, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, in Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker (coord.), *Good Faith in European Contract Law*, tradução chinesa de Ding Guangning et al., Law Press, 2005, p. 18.

117 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.155.

118 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.156.

Assim, prevê o art. 281.º do Código Civil grego: “*The exercise of a right is prohibited when it manifestly exceeds the limits dictated by good faith, or good morals, or the social or economic purpose of the right*”¹¹⁹; e

O art. 334.º do CCP: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”¹²⁰.

O legislador do Código Civil grego, reconhecendo a excessiva subjectividade da tradicional referência ao “exercício emulativo de direitos”, retirou da codificação suíça e da doutrina alemã a referência – considerada mais objectiva – ao exercício do direito que “exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes (...)”, enquanto o projecto franco-italiano das obrigações lhe cedeu a referência ao “fim social e económico” do direito¹²¹. A doutrina deu muita importância à disposição, considerada o auge do direito legislado quanto ao abuso do direito¹²². Todavia, com o evoluir dos tempos, a avaliação que a doutrina veio a atribuir ao preceito foi outra. Designadamente, António Menezes Cordeiro, Autor que tem vindo a dedicar-se ao estudo da boa fé e do abuso do direito desde os anos 80 do século passado, veio recentemente a referir que o art. 334.º do CCP tem uma função semelhante à do art. 242.º do BGB¹²³, o que faz duvidar do acerto do enaltecimento outrora associado à disposição.

2) As discussões em torno da redacção vigente

O Código de Seabra de 1867 não consagrava o abuso do direito, mas a figura era já admitida pela jurisprudência portuguesa, que ocasionalmente fazia referência à jurisprudência estrangeira (como a francesa)¹²⁴. Daí que algumas das discussões do direito francês em torno do abuso do direito tivessem sido importadas para o direito português. Com a elaboração do CCP de 1966, a doutrina passou imediatamente a centrar a discussão no direito positivo, relativamente a questões terminológicas do preceito legal e ao estatuto que a teoria do abuso do direito passou a ocupar no sistema do direito civil, abordando, no essencial, as seguintes questões: (1) se apenas estão em

119 Helmut Koziol & Barbara C. Steininger eds., *European Tort Law Yearbook*, 2009, European Centre of Tort and Insurance Law, De Gruyter, 2010, p. 272.

120 Código Civil Português, Almedina, reimpressão, Dezembro de 2010, p.67.

121 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, p. 715.

122 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, p. 717.

123 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 272.

124 Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, 1997, pp.114-115.

causa direitos subjectivos; (2) como determinar se o excesso cometido no exercício do direito foi “manifesto”; (3) se o termo “ilegítimo” utilizado corresponde a uma aceção técnico-jurídica.

Relativamente à primeira questão, desde cedo que a doutrina portuguesa vem entendendo que, embora literalmente o abuso do direito pressuponha a existência de um direito subjectivo, este pode ser entendido como abrangendo os meros poderes¹²⁵. O seu âmbito veio ainda a alargar-se mais com o desenvolver das discussões doutrinárias posteriores.

Quanto à segunda questão, de se saber como é que o exercício de um direito excede “manifestamente” os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes, a doutrina tem entendido genericamente que o termo utilizado não é de fácil concretização, sendo difícil chegar-se a um critério objectivo. A expressão elegida pelo legislador foi inspirada, por um lado, pelo art. 2.º do Código Civil suíço e, por outro, pela utilização de expressões semelhantes por Manuel de Andrade e Vaz Serra, Autores que tiveram uma enorme influência na elaboração do CCP de 1966¹²⁶.

Por último, segundo Menezes Cordeiro, o uso do termo “ilegítimo” foi provavelmente inspirado em Manuel de Andrade¹²⁷, Autor que admitia que o direito de que se abusasse fosse válido e legítimo (razoável)¹²⁸. O legislador parece não ter usado a expressão “é ilegítimo” em sentido técnico, pretendendo antes dizer “é ilícito” ou “não é permitido”¹²⁹. Cunha de Sá, na sua exposição sobre a ilicitude do abuso do direito, refere que a autonomia do abuso do direito tem vindo a ser abalada por determinados campos da responsabilidade civil¹³⁰.

Após a elaboração do CCP de 1966, o estudo que, para além da dissertação de doutoramento de Menezes Cordeiro, exerceu maior influência sobre a teoria do abuso do direito em Portugal deverá ser o artigo de Baptista Machado – “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”¹³¹. O texto, através da enunciação de alguns casos

125 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição revista e actualizada, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2011, p. 300.

126 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição revista e actualizada, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2011, p.299.

127 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 240.

128 Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª edição, com a colaboração do Rui de Alarcão, 1966, p. 63. Apud António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 240.

129 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 239.

130 Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, 1997, pp. 496 ess.

131 Baptista Machado, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, RLI, No.3729, p.365.

paradigmáticos, procede à distinção do abuso do direito com figuras afins como a *culpa in contrahendo* e a *promissory estoppel*¹³², concluindo pela existência de três pressupostos para a verificação do *venire contra factum proprium*: (1) uma situação de confiança objectivamente existente; (2) um investimento em actividades jurídicas pela pessoa a protegerem virtude da confiança criada; (3) a imputação da situação de confiança criada ao agente.

Recentemente, Paulo Mota Pinto, numa tentativa de reformular os pressupostos do *venire*, depois de elencar uma série de posições doutrinárias de diferentes jurisdições, conjugando com os entendimentos de Canaris, Baptista Machado e Menezes Cordeiro, refere que os diversos critérios do *venire* funcionam num “sistema móvel” de elementos concretos da proibição, tratando-se de um sistema de elementos que podem variar no caso concreto no seu número e na sua força¹³³. Daqui resulta que, afinal, os critérios avançados pela doutrina poderão não ser aplicáveis a toda e qualquer situação de abuso. A doutrina tem constatado situações de injustiça que, embora careçam de rectificação, não satisfazem todos os pressupostos do *venire*. Já ao abrigo de um “sistema móvel” dotado de maior flexibilidade, os operadores judiciais estarão habilitados a aplicar o regime em conjugação com as circunstâncias do caso concreto, evitando a que o sistema se torne excessivamente rígido. No entanto, sob outro prisma, este sistema altamente flexível poderá dificultar a fixação dos parâmetros dos comportamentos e, conseqüentemente, a tarefa de concretização por parte do intérprete. A intensidade da manifestação de determinado pressuposto pode mesmo ser de molde a poder compensar a falta de outro ou outros requisitos, sem que isso obste ao preenchimento do *venire*.

4. O abuso do direito na jurisprudência de Macau e de Portugal

Na jurisprudência, quer de Macau, quer de Portugal, não têm faltado casos em que se tem vindo a aplicar o princípio da proibição do abuso do direito. Dada

132 No direito norte-americano, o instituto do *estoppel* constitui um mecanismo tradicional com ampla incidência, que impede uma pessoa de invocar a verdade em contradição com uma declaração (*representation*) de factos feita por ela, após outra pessoa ter confiado na declaração. O *promissory estoppel* é uma derivação do conceito de *estoppel*, em que não estava em causa uma declaração de factos mas uma verdadeira promessa. O *promissory estoppel* pretende saber se a promessa preenche todos os requisitos para se poder considerar vinculante, havendo que ajuizar, por exemplo, se se trata de uma promessa, se há razão para esperar confiança, se há efectiva indução de confiança e se há necessidade de execução da promessa para evitar uma injustiça. Cfr. E. Allan Farnsworth, *Contracts*, 3rd edition, New York, 1998, pp.93 ess. apud Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo*, Universidade de Coimbra, 2003, p. 288.

133 Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo*, Universidade de Coimbra, 2003, p.302.

a total correspondência da redacção do preceito legal do direito positivo de um e outro ordenamento, a jurisprudência portuguesa tem vindo a ser frequentemente citada pelos tribunais de Macau com significativo valor de referência.

Desde a entrada em vigor do CCP de 1966, os tribunais portugueses têm vindo a aplicar o princípio da proibição do abuso do direito em variados domínios. Veja-se a jurisprudência firmada, sobre o *venire contra factum proprium*, em RLd 17-Jul-1970, STJ 2-Mar-1978, STJ 14-Nov-2000, STJ 21-Nov-2000, RPt 20-Mar-2001, Rev 4-Out-2001, STJ 17-Jan-2002, RPt 9-Abr-2002, STJ 21-Jan-2003, STJ 21-Jan-2003, STJ 13-Mar-2003, RGM 7-Jan-2004, RLx 22-Jan-2004, RGM 31-Mar-2004; sobre a *suppressio*, em STJ 26-Mar-1980, STJ 19-Out-2000, RLx 16-Jan-2001, STJ 30-Out-2001, RLx 22-Jan-2002, RPt 11-Mar-2003, RLx 1-Abr-2003; sobre o *tu quoque*, em RPt 3-Fev-1981, STJ21-Sept-1993, STJ 12-Jul-2001, RLx 2-Mar-2004¹³⁴; sobre a inalegabilidade formal, em STJ 31-Mar-1981, STJ 22-Nov-1994, STJ 28-Sept-1995, RLx 31-Mar-1998, RLx 4-Mar-1999, RPt 31-Mai-2001, RPt 22-Abr-2004, RLx 29-abr-2004¹³⁵; sobre o desequilíbrio, em RLx 17-Dez-1976, RPt3-Fev-1981, STJ 21-Sept-1993, STJ 12-Jul-2001, RLx 2-Mar-2004.

Também na jurisprudência de Macau têm sido vários os casos com relação ao princípio da proibição do abuso do direito¹³⁶. Procederemos, *infra*, a uma análise e apreciação detalhada de uma decisão com certa representatividade – o Ac. n.º 2/2002 do Tribunal de Última Instância:

A e B celebraram com C um contrato pelo qual aqueles prometiam comprar e este prometia vender os imóveis X e Y. Tendo A e B solicitado que C deveria celebrar o contrato definitivo, este começou a esquivar-se, invocando pretextos para justificar a demora em cumprir o prometido, até que revelou àqueles a sua falta de vontade de cumprir a promessa, tendo inclusivamente referido, através do seu mandatário D,

134 Apesar da novidade da figura do *tu quoque* e das discussões doutrinárias, a jurisprudência portuguesa não tem sido ambígua na apreciação deste tipo de casos, contemplando-o com soluções que vão ao encontro da figura, ainda que sem nomear o *tu quoque*. Cfr. António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.155.

135 Segundo a doutrina portuguesa, o direito português permite mesmo preterir normas formais, preenchidos que sejam os seus pressupostos. Embora não seja escassa a jurisprudência portuguesa nesse sentido, a doutrina considera haver que apontar uma fundamentação precisa, sob pena de abandonar as decisões ao sentimento. Assim, para além dos (quatro) pressupostos da tutela da confiança, a inalegabilidade exige ainda outros três: (1) devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas; não, também, os de terceiros de boa fé; (2) a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar; (3) o investimento de confiança deve apresentar-se sensível, sendo dificilmente assegurado por outro via. Cfr. António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.149.

136 Cfr. os Acs. TUI 26/2007, TSI 577/2006, TSI 53/2001 e TUI 2/2002.

que era firme a sua intenção em não cumprir. A e B intentaram acção de execução específica, pedindo que o tribunal lhes atribuisse os imóveis X e Y, mas, não tendo eles procedido tempestivamente ao registo da acção, C vendeu a E o imóvel X por escritura pública de compra e venda na pendência da acção, que registou imediatamente a sua aquisição. Pretendiam, pois, A e B, neste caso, que fosse declarada a nulidade do negócio de compra e venda entre C e E, invocando o abuso do direito¹³⁷.

Para aferir se as circunstâncias do caso consubstanciavam uma situação de abuso do direito nos termos do disposto no actual art. 326.º do CCM¹³⁸, o TUI passou pela análise dos seguintes requisitos: (1) se se excedeu manifestamente os limites impostos pela boa fé¹³⁹; (2) pelos bons costumes¹⁴⁰; ou (3) pelo fim social ou

137 O TSI deu razão a A e B, considerando que C e E excederam os limites impostos pela boa fé ao celebrar o negócio de compra e venda, julgando-o nulo. Inconformados, C e E recorreram para o TUI.

138 No caso era aplicável o art. 334.º do CC de 1966, preceito que, em todo o caso, coincide inteiramente com a redacção do art. 326.º do CC de 1999, não tendo o legislador introduzido qualquer alteração ao mesmo no âmbito do processo da localização do direito.

139 Relativamente ao primeiro pressuposto – saber se a conduta excedeu manifestamente os limites impostos pela boa fé –, referimos já que a boa fé constitui um conceito indeterminado e que a boa fé a que se refere no art. 326.º do CCM tem o sentido objectivo que remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados, concretizando-se em regras de actuação cujo dever de acatamento pelos particulares é socialmente reconhecido. A boa fé objectiva exige o cumprimento de regras de actuação específicas, que pressupõe a existência de uma relação obrigacional – cada uma das partes está, pois, vinculada à observação dessas regras perante a contraparte. Para Menezes Cordeiro, citado pelo Tribunal a propósito da enunciação do conceito de boa fé, é esse relacionamento específico que determina os deveres de lealdade e de informação a terceiro ou de terceiro, quando devam ocorrer; por outro lado, para as pessoas não relacionadas, ou estranhas ao relacionar entre outros, não existe em princípio o dever de cumprimento daquelas regras de actuação. Ou seja, não estão vinculados a um dever de boa fé. Não se pode, pois, exigir condutas positivas segundo os ditames da boa fé a um terceiro para com as pessoas com quem não mantém qualquer relação. A boa fé objectiva refere-se a regras de conduta a observar pelas partes. As partes devem cumprir tais regras, sob pena de poder prejudicar os direitos e interesses da contraparte. Há Autores que inclusivamente entendem que a boa fé constitui pressuposto do reconhecimento do exercício de direitos, ou seja, o exercício de direitos de má fé leva a que o seu titular venha a suportar consequências nefastas. Este modo de exercício de direitos gera consequências desfavoráveis ao respectivo titular, sendo que neste contexto a “boa fé” contende com a intenção e tendência psicológica do titular na sua actuação.

Para além do abuso do direito, existem no Código muitas outras referências à boa fé (objectiva), designadamente: a culpa na formação dos contratos (art. 219.º), a integração dos negócios (art. 231.º), a resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias (art. 431.º) e o princípio de que as partes de uma relação obrigacional devem proceder de boa fé (art. 752.º, n.º 2).

Na ausência de um relacionamento específico, os indivíduos não têm um dever de boa fé, mas continuam vinculados pela cláusula dos bons costumes. No caso em apreço, E surge como um terceiro na relação jurídica entre A, B e C, não sendo parte da mesma. E, como ficou dito, o dever de boa fé apenas surge entre as partes de um relacionamento específico.

140 O segundo dos pressupostos – os bons costumes – constitui igualmente um conceito indeterminado, com manifestações variáveis. A determinação das suas manifestações e a concretização do seu conteúdo

económico do direito em causa¹⁴¹. Os três pressupostos são alternativos, bastando

dependerá de um juízo de valor, a emitir pelo intérprete, que tenha em consideração o contexto social e a consciência social dominante a cada dado momento. Segundo Almeida Costa, a propósito do seu discurso sobre o abuso do direito, os bons costumes referem-se a “um conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente. Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes quando tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social. O aludido comando não aponta ao julgador, a quem cabe concretizar o conteúdo dos bons costumes, uma simples verificação de facto dos usos, mas a aferição destes por um critério valorativo que indique, de entre os «usos» («mores»), quais os «bons usos» («boni mores»). Esse crivo de selecção terá desferido nos valores preponderantes na colectividade, considerando-se, ainda, as concepções do círculo em que actua o agente (por ex., profissional), desde que não incompatíveis com a referida consciência social dominante. É para atenuar assituações de dúvida que a lei exige, insiste-se, uma violação ostensiva, que o exercício do direito exceda manifestamente tais limites”.

No caso em apreço, embora a celebração do contrato definitivo de compra e venda entre E e C tenha frustrado a possibilidade de aquisição do imóvel por parte de A e B por via da execução específica, a verdade é que a violação da promessa e o não cumprimento da obrigação decorrente do contrato-promessa pelo promitente-vendedor não foi essencialmente resultado da actuação de E, pelo que não se poderá concluir que este excedeu manifestamente os limites impostos pelos bons costumes. Com efeito, E surge aqui como um terceiro completamente alheio à relação jurídica entre A, B e C e o não cumprimento da obrigação decorrente do contrato-promessa não é imputável a C. O mesmo é dizer que não foi qualquer actuação dolosa de E que levou ao incumprimento contratual, de onde resulta que este não tinha domínio no cumprimento ou ruptura da promessa. Aliás, não é difícil descortinar que, na relação jurídica decorrente do contrato-promessa, quem tinha de cumprir era o C, devedor da promessa, razão pela qual não se podia imputar a E, um terceiro, a responsabilidade do não cumprimento por parte do promitente-vendedor. Mas, será que a celebração do contrato definitivo entre E e C constitui violação dos bons costumes? Como ficou referido, os bons costumes são *um conjunto de regras de convivência que as pessoas honestas e correctas aceitam comumente*. E, ao comprar o imóvel, estava consciente de que, com este acto, A e B não iriam conseguir recuperar o imóvel com a acção de execução específica. Com isto só se pode concluir que se verificou uma situação de cumplicidade de terceiro no incumprimento do contrato-promessa, mas, não havendo factos provados que apontassem para a existência da intenção de prejudicar A e B, não se mostra que a actuação de E foi contrária aos bons costumes. Antes, ficou provado que E queria mesmo concluir esse negócio, actuando para os seus interesses económicos, embora sacrificando os interesses de A e B, mas sem a intenção de os prejudicar, pelo que não se mostra que a actuação de E tenha sido manifestamente contrária à consciência social dominante, na medida em que semelhante conduta é socialmente aceite pela generalidade das pessoas.

141 Relativamente ao terceiro pressuposto – os limites impostos pelo fim social ou económico do direito – refere a doutrina que cabe entender a palavra “direito” utilizada pelo art. 326.º do CC num sentido amplo, abrangendo, não apenas os verdadeiros e próprios direitos subjectivos, mas ainda outras situações ou figuras, como sejam os meros poderes, liberdades ou facultades directamente resultantes da capacidade jurídica. Se se considerar que E tinha a liberdade de contratar, deve entender-se que cabe no conceito do “direito” em sentido lato previsto na referida norma. Sendo a situação abrangida pelo instituto do abuso do direito, estamos em condições para indagar se houve excesso manifesto dos “limites impostos pelo fim social ou económico do direito” exercido.

Sobre os limites impostos pelo fim social ou económico do direito, Almeida Costa indica que “Cada direito possui uma função instrumental própria (...) O titular de um direito deve exercê-lo nos limites

o preenchimento de um deles. O TUI conheceu da causa e, tendo procedido a uma análise individualizada, concluiu pela não verificação de nenhum dos pressupostos e, conseqüentemente, pela ausência de abuso do direito por parte de C e E. O colectivo referiu ainda que a conduta de E correspondia à funcionalidade sócio-económica do respectivo direito, sendo certo que, para outras ordens de valores, nomeadamente a da moral, era questionável a idoneidade da sua actuação, mas, segundo o quadro legal analisado, não se podia concluir que E pudesse ser responsabilizado no âmbito do abuso do direito.

V. Considerações finais

A nosso ver, a disposição legal do abuso do Código Civil grego conseguiu ir ao encontro da corrente doutrinária dominante da época, bem como, de certa forma criativa, incorporar no conceito do abuso uma série de valores preponderantes na doutrina. O sistema do abuso edificado a partir deste modelo aproveitou os esforços doutrinários precedentes (da doutrina francesa e alemã) e veio a servir de inspiração para os posteriores códigos (de Portugal, de Macau, do Brasil, entre outros), assim se desenvolvendo, aos poucos, uma corrente autónoma, de certa forma concorrendo com o discurso do direito alemão que reconduz a integralidade das questões do abuso ao princípio da boa fé. A forma pela qual o direito grego, através do conceito de boa fé subjectiva, interligou toda uma série de conceitos desde a boa fé aos bons costumes e ao fim social ou económico faz-nos recordar do direito romano pós-clássico, apresentando similitudes com a lógica justiniana na criação da figura do contrato real *quoad constitutionem*. É óbvio, no entanto, que semelhante solução dificultará a dedução de um critério uniforme a partir do conceito do abuso de direito.

A disposição legal do abuso do Código Civil grego teve como autor material o Autor grego Maridakis, mas é extremamente evidente a sua inspiração alemã (aliás, da doutrina alemã posterior ao BGB), como resulta, por exemplo, da referência conjunta à boa fé e aos bons costumes. Para Menezes Cordeiro, essa formulação do Código grego ultrapassa todos os códigos que o antecederam¹⁴². Há, no entanto, a referir que, pese embora a quantidade de estudos que se foram desenvolvendo em torno do abuso no seio da doutrina alemã, culminando com

do seu fim social e económico”. No caso, verificou-se que, desde o negociar do contrato à sua efectiva celebração, E sempre visou os interesses económicos individuais daí decorrentes, não se constatando, portanto, nenhum desvio da funcionalidade do direito com a sua actuação, pois que o direito em causa tinha mesmo essa função visada.

142 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 2001(2.ª reimpressão), pp. 714-717.

uma sua classificação em grandes grupos de casos típicos a partir da boa fé e do *Treu und Glauben* ((1) *venire contra factum proprium*, (2) *suppressio*, (3) *exceptio doli*, (4) *tu quoque*, (5) inalegabilidades formais¹⁴³), sucede que, tanto em Alemanha como em França, o princípio da proibição do abuso do direito não tem conhecido grande aplicação na jurisprudência moderna. Diversamente, a teoria do abuso tem florescido no ordenamento português, com abundante jurisprudência em aplicação do princípio da proibição do abuso do direito desde a entrada em vigor do CCP de 1966 (que se irá elencar com pormenor, *infra*). Desenvolvimento esse que vai ao encontro do uso que se tem feito deste princípio a nível do direito internacional (Hersch Lauterpach, Autor desta área do direito, veio recentemente a referir que, por mais aperfeiçoado que seja o regime, o reconhecimento de direitos pode sempre ser negado com fundamento no abuso sob a verificação de determinados pressupostos¹⁴⁴).

Pelo que respeita às consequências jurídicas do abuso, o legislador parece não as ter consagrado expressamente. No art. 326.º do CCM diz-se apenas em que situações se considera ilegítimo o exercício de direitos, sem que se preveja qual o resultado desse exercício ilegítimo.

O legislador optou não só por incumbir ao juiz a decisão sobre a verificação do acto abusivo conforme o caso concreto, como ainda por lhe atribuir o poder de determinar as consequências do abuso, que podem passar pela reconstituição natural (v.g., a destruição de um prédio abusivamente construído) ou indemnização; ou ainda por várias outras sanções susceptíveis de impedir a obtenção ou manutenção dos interesses visados por parte do abusador, como, por um lado, a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade ou a resolução nos termos gerais, ou, por outro, para tutelar os negócios correlacionados, admitir o uso da *exceptio doli* como excepção à acção de anulação proposta.

Os pressupostos do art. 326.º do CCM foram, em parte (incluindo a boa fé e os bons costumes), objecto de discussão pormenorizada ao longo da exposição. As discussões desenvolvidas omitem, todavia, um outro pressuposto de grande relevância – os limites impostos pelo fim social ou económico do direito. A determinação desses limites reclama uma apreciação minuciosa ao direito em causa, entrando em detalhes como a natureza própria do direito, a finalidade social e económica a ele inerentes e a origem e justificação da imposição pelo legislador desses limites ao exercício do direito. Simplesmente, tal estudo só deverá ter sentido após a conceitualização científica de “acto abusivo”, pois só daí haverá

143 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 2001(2.ª reimpressão), pp. 719-860.

144 Hersh Lauterpach, *Development of International Law by International Court*, Cambridge University Court(press?), 1996, p. 164.

lugar a uma manifestação legal concreta de abuso do direito, que poderá servir, nos casos em que não haja abuso, para reflectir a ilicitude da actuação do agente¹⁴⁵.

145 Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, 1997, p.209.