

O NEGÓCIO CONSIGO MESMO: UMA TENTATIVA DE JUSTIFICAÇÃO DO REGIME LEGAL*

Raul Guichard
raulguichard@yahoo.es

“Bildeten nun Schwarz und Weiß ein und dieselbe Person, so ergäbe sich der widersinnige Zustand, dass ein und dasselbe Gehirn gleichzeitig etwas wissen und doch nicht wissen sollte, das es als Partner Weiß funktionierend, auf Kommando völlig vergessen könnte, was es eine Minute vorher als Partner Schwarz gewollt und beabsichtigt. Ein solches Doppeldenken setzt eigentlich eine vollkommene Spaltung des Bewusstseins voraus, ein beliebiges Auf- und Ablendekönnen der Gehirnfunktion wie bei einem mechanischen Apparat; gegen sich selbst spielen zu wollen, bedeutet also im Schach eine solche Paradoxie, wie über seinen eigenen Schatten zu springen.”

S. Zweig, *Schachnovelle*, págs. 77 e s.

I. Um limite ou restrição do poder de representação encontra-se previsto no artigo 261.º do Código Civil^{1 2}. À semelhança de muitas

**O texto que agora se publica tem, quanto à ideia fundamental, o seu gérmen nas reflexões contidas no nosso Notas sobre a falta e limites do poder de representação, RDES, 1995, XXXVII, págs. 1 e ss.*

Os desenvolvimentos aqui apresentados foram em parte suscitados pela paciente crítica levada a cabo pelo Dr. António Cardoso da Conceição, a quem agradecemos.

¹ Doravante, salvo menção em contrário, todos os preceitos legais citados pertencem ao Código Civil português de 1966.

² Note-se que alguma doutrina encara a proibição do negócio consigo mesmo como uma restrição à própria possibilidade de representação. É todavia preferível ver aí um limite (legal) ao poder de representação, no que toca à sua extensão, como no texto fazemos. Nesse sentido, depõe a consequência associada à violação de tal proibição (a mera

outras legislações^{3 4}, a nossa lei civil⁵ proíbe, como regra, o negócio consigo mesmo. Todavia, não se trata de uma proibição *absoluta*, mas

anulabilidade) e sobretudo a possibilidade da sua derrogação por consentimento específico do representado.

Sobre isto, cfr. por exemplo, Jens Peterson, *Bestand und Umfang der Vertretungsmacht*, Jura, 2003, págs. 310 e ss.; K. Larenz / M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, pág. 858, que falam de uma “restrição geral a todo o poder de representação”; H. Heinrichs, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2006, pág. 187, que indica não dever ser o § 181 do BGB encarado (em termos de construção jurídica) como uma proibição no sentido do § 134 do BGB, mas sim como uma limitação do “poder jurídico”. Na doutrina suíça, integrando o negócio consigo mesmo dentro das “persönliche Schranken” do poder de representação, R. Zäch, *Berner Kommentar VI/1/2/2, OR*, Bern, 1990, págs. 152 e ss.

Entre nós, no sentido do texto, mas em termos não categóricos, Pedro de Albuquerque, *A Representação Voluntária em Direito Civil*, Coimbra, 2004, pág. 935. Mencione-se ainda que C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2005, págs. 224 e ss., na esteira de outros autores nacionais, tende a reconduzir a proibição do negócio a *semet ipso* ao conceito de incapacidade jurídica relativa, preferindo-o ao de ilegitimidade. Já Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1958, pág. 331, sustenta que se trata de uma “questão de legitimidade negocial passiva”, ou seja, “[...] saber se em razão da sua particular posição de interessado ou de representante de outra parte, em certo contrato, tem, ainda assim, susceptibilidade para receber poderes concretamente tendentes à realização daquele contrato, ou mesmo poderes gerais na medida em que concretamente se traduzam na realização do mesmo contrato”. Em Itália, num sentido algo semelhante, que decorre aliás da aproximação do negócio consigo mesmo ao abuso de representação, encarado este último como um vício de legitimação, cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (reimp. II ed.), pág. 589 e s. Por sua vez, E. Hörster, por último em *A Directiva 2004/43/CE e os Princípios do Direito Privado – Esboço de algumas reflexões*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, pág. 167, insere a proibição do negócio consigo mesmo nos limites à liberdade de celebração do contrato.

A questão é nalguma medida desprovida de interesse prático, sobretudo quando, como sucede no direito português, a consequência do negócio celebrado consigo mesmo, sendo este vedado, está expressamente prevista na lei. Contudo, dos diferentes entendimentos resultará porventura uma distinta qualificação do “consentimento para o negócio consigo mesmo”. Com efeito, pode querer ver-se aí uma fonte de poderes de representação – “autorização constitutiva” – ou, diferentemente, a remoção de um impedimento ao “pleno exercício” destes – “autorização integrativa”. Sobre o ponto, com referências ulteriores, C. Tomassetti, *La rappresentanza*, Torino, 2005, págs. 276 e ss. Seja como for, o negócio consigo mesmo concluído ao arpejo de uma proibição do representado nesse sentido deverá, sem mais, considerar-se ineficaz (nos termos do art. 268.º).³ Diversamente do actual, o Código de Seabra não continha qualquer disposição de carácter geral sobre o contrato consigo mesmo. Mas a doutrina e a jurisprudência não deixaram de reconhecer a figura e tentar elaborar o respectivo regime com base nalgum

mas disposições que se ocupavam de casos análogos (porventura até pertencentes ao domínio da representação indirecta) de conflito de interesses, quer no direito civil, mormente o art. 1562.º, quer no direito comercial, especialmente o art. 173.º, § 3 do Código Comercial (e ainda o art. 274.º) e o art. 39.º § 3.º, da Lei de 11 de Abril de 1901. Cfr. I. Galvão Telles, *Dos Contratos em geral*, Lisboa, 1962, págs. 314 e ss., e *Contrato entre sociedade anónima e seu director*, O Direito, ano 87.º, págs. 12 e ss.; Ferrer Correia, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Coimbra, 1948, pág. 312; e Vaz Serra, *Contrato consigo mesmo*, RLJ, ano 91.º, págs. 202 e ss.

⁴De algumas das quais daremos conta ao longo da exposição, *maxime* da italiana e da alemã. Note-se desde já, quanto a esta última, que no primeiro projecto do BGB ainda se partia da admissibilidade geral do negócio consigo mesmo. Porém, a solução inversa veio a prevalecer (mitigada por excepções relativamente apertadas). Decalcado do § 181 do BGB é o Art. 235, 1, do Código Civil grego. Ocorre ainda notar que o Art. 3:68 do Burgerlijk Wetboek (Código Civil neerlandês, na versão que resulta da reforma iniciada em 1970), tomado estritamente à letra, só contempla a hipótese do auto-negócio. Este não será admissível a menos que o contrário tenha sido estabelecido ou que o conteúdo do negócio esteja de tal modo prefixado que um conflito entre os interesses de ambos (isto é, do representante e do representado) fique excluído. Não aclara expressamente a lei neerlandesa qual seja a consequência associada ao negócio consigo mesmo. Cfr. ainda Arts. 1:250, 2:146 e 2:256 do BW.

Noutros ordenamentos, a questão do negócio consigo mesmo não está expressamente regulada. O que, desde logo, suscita a dúvida de se se deve partir aí de um princípio geral proibitório ou de uma permissão genérica. A favor desta última solução, ultrapassadas certas resistências conceptuais, ocorrerá invocar o princípio da liberdade contratual e (o que aliás já constitui corolário do primeiro) a admissibilidade geral da representação voluntária. Seja como for, o ponto de partida, acaba por não condicionar estritamente o resultado a que se chega.

Inserese aqui ainda o direito civil suíço. Contudo, a jurisprudência, influenciada pelo direito alemão, fixou-se na regra (obtida por integração dos dados normativos, nos termos do Art. 1 ZGB) de que o negócio consigo mesmo (muitas vezes designado por “Selbsteintritt”) é inadmissível a menos que seja autorizado pelo representado ou consista no cumprimento de uma obrigação (o *leading case* nesta matéria é caso “Glaus-hütte Horw Ag” decidido em 1913 pelo Bundesgericht, BGE, 39, II, págs. 561 e ss.; um sucinto comentário encontra-se em H. Reichel, SJZ 1915, págs. 25 e s.). Decisiva será a configuração do caso concreto. Tal entendimento, quanto ao *Selbstkontrahieren*, valeria directa ou analogicamente nos casos de *Doppelvertretung* (cfr. pioneiramente BGE 41 II, pág. 392 e, sobretudo, BGE 63 II, págs. 173 e ss.; contra, porém, A. Egger, *Misbrauch der Vertretungsmacht*, FG Carl Wieland, Basel, 1934, pág. 55). Posteriormente, a jurisprudência superior (BGE, 89 II, págs. 321 e ss.; por último, BGE 127 III, pág. 333), reconhecendo a diferença em relação ao direito alemão dos dados legais helvéticos (importante terá sido aqui o escrito de Egger, anteriormente citado), e prescindindo do recurso a uma autorização tácita, reconhecerá em termos mais amplos a aceitabilidade do negócio consigo mesmo quando inexista qualquer perigo de um prejuízo para o representado (“Gefahr einer Benachteiligung” – fórmula que substituiu a anteriormen-

te utilizada que falava de “Gefahr der Übervorteilung” e tinha o inconveniente de invocar a necessidade, não requerida, de um “offenbares Missverhältnis” no sentido do Art. 21 OR, que se ocupa da “lésion”, ou seja, dos negócios “usurários”).

Cfr. na doutrina, que muitas vezes prescinde de abordar a questão da natureza do contrato consigo mesmo (cuja configuração como contrato está, de resto, algo dificultada pela norma do Art. 1 do OR, o qual, quanto à conclusão do contrato, faz menção expressa à manifestação recíproca e concorde da vontade das partes), R. Zäch, *op. cit.*, págs. 152 e ss.; A. von Tuhr / H. Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich, 1979, págs. 363 e ss; Pierre Engel, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Bern, 1997, pág. 413 e ss., que, não admitindo uma lacuna, por o silêncio da lei se dever ter por intencional, se bate pela admissibilidade geral do negócio consigo mesmo, inclusive perante o perigo de prejuízo para o representado, assegurando-lhe uma indemnização pelo representante no caso de o negócio lhe causar dano; G. Knöchlein, *op. cit.*, págs. 58 e ss.; Ansgar Schott, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Zürich, 2002, págs. 10 e ss. e 30 e ss. Igualmente no Código Civil austríaco, ABGB, falta uma disposição (geral) sobre o negócio consigo mesmo (o que aliás será de reconduzir ao facto de em 1812 a questão não conhecer ainda grande discussão ou tratamento). Donde, com base no “princípio da liberdade”, ter-se partido da regra geral da sua permissão (cfr. OGH, SJ 44/114, 27/38, 26/58, 4/114). Exceptuam-se depois aquelas hipóteses onde existe perigo de um conflito de interesses.

Contudo, desde os anos setenta, observa-se uma tendência para considerar o negócio consigo mesmo inaceitável, a menos que ele tenha sido permitido, ou esteja excluído o perigo de uma colisão de interesses (cfr. G. Knöchlein, *op. cit.*, pág. 47 e ss., que refere ainda que tal orientação terá sido induzida pelo escrito de H. Wünsch, *Zur Lehre vom Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht*, FS Hermann Härmmerle, Graz, 1972, págs. 451 e ss.). Sobretudo aventa-se a aplicação do regime de conflito de interesses previsto para os representantes legais (§§ 271 e 272 ABGB) ao procurador. Muitas vezes, a doutrina revela-se mais generosa quanto à admissibilidade da *Doppelvertretung*. Cfr., por todos, Peter Bydlinski, *Bürgerliches Recht, I, Allgemeiner Teil*, Wien, 2005, pág. 175; Franz Gschnitzer, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1992, págs. 782 e ss.; G. Knöchlein, *op. cit.*, págs. 40 e ss.

Identicamente no direito civil francês, falta uma disposição geral sobre o negócio consigo mesmo – *contrat avec soi-même* (e, desde logo, como se sabe, a representação está aí regulada promiscuamente com o mandato). Corrente é, porém, na doutrina a distinção entre *contrat avec soi-même proprement dit* – a *opération de contre-partie* ou o *cumul des qualités de partie et de représentant* – e a *double représentation* – o *cumul de représentation*. Existem, no entanto, várias disposições no Code Civil (mas também no direito comercial se encontram diversos preceitos em idêntico sentido) que vedam o negócio consigo mesmo na representação legal, nomeadamente os Art. 389-3, Art. 420, 2, Art. 450, 3, Art. 495 (estendendo a cominação do preceito anterior à tutela dos maiores), 1596, 1 (proibindo, entre outras pessoas, aos tutores comprar bens pertencentes à pessoa sob tutela). Consequência da violação de tais proibições será a *nullité relative*. Daí que a jurisprudência e doutrina tenham, em geral, por inviável o negócio consigo mesmo no âmbito da representação legal.

Mas, já no âmbito da representação voluntária, superadas objecções conceptuais (“il n’y a pas d’objection technique à ce qu’un représentant se porte contrepartiste” afirma, por exemplo, P. Petel, *La Représentation*, Recueil Dalloz, Contrats et obligations, 1993, pág. 5), ele é aceite se não existir um conflito de interesses (que, geralmente, se presume não estar presente no caso de representação dupla). Às hipóteses de autocontrato tende a aplicar-se o disposto no Art. 1596, 2 (que proíbe a “adjudication” – mas foi estendido à compra e venda em geral – aos mandatários dos bens que estes foram encarregados de vender; a aplicação de tal preceito a outros contratos, que não o de compra e venda, suscita no entanto bastantes hesitações). A consequência será também a da *nullité relative* (o contrato apenas será impugnável, portanto, pelo representado). Exceptuam-se as hipóteses em que o representado consentiu no autocontrato ou em que o procurador agiu segundo instruções precisas. De uma maneira geral, a representação dupla é havida por admissível. Cfr., com indicações ulteriores, B. Stark / Henri Roland / Laurent Boyer, *Obligations*, 2, *Contrat*, Paris, 1993, págs. 108 e ss.; Alex Weil / François Terré, *Droit Civil, Les Obligations*, Paris, 1986, págs. 83 e s.; François Terré / Philippe Simler / Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, Paris, 2005, págs. 183 e s.

Também no direito espanhol tem sido aventada uma aplicação analógica das singulares disposições respeitantes ao negócio consigo mesmo e ao conflito de interesses, nomeadamente o art. 162 (que afasta a representação do filho pelos pais naqueles casos onde exista conflito de interesses), o art. 221, n.º 2 (proibindo ao tutor representar o tutelado quando no mesmo acto intervenha em nome próprio ou de um terceiro e exista conflito de interesses), o art. 237 bis (prevendo a possibilidade de actuar apenas um dos tutores conjuntos se quanto aos demais houver incompatibilidade ou oposição de interesses quanto a certo acto), art. 299, al. 1º) (nomeação de um “defensor judicial” na hipótese de conflito de interesses entre os menores ou incapacitados e os seus representantes legais ou curador), o art. 1459, n.ºs 1, 2, 3, 4 (“incapacidades relativas” na compra e venda) do Código Civil e art. 267 do Código de Comercio (não permitindo ao comisionista comprar para si ou para outro aquilo que foi encarregado de vender ou de vender o que tiver sido encarregado de comprar, salvo autorização do comitente).

Cfr., por exemplo, Blas Pérez González / José Alguer, em L. Ennecerus / Th. Kipp / M. Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Derecho Civil (Parte General)*, II, Barcelona, 1947, págs. 248 e ss.; Frederico de Castro y Bravo, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pág. 114 e ss., e sobretudo *El autocontrato en el Derecho privado español. Ensayo de construcción jurídica*, Madrid, 1927; Roca Sastre, *El problema de la autocontratación*, in *Estudios de Derecho Privado*, I-1, págs. 143 e ss.; Luis Díez-Picazo, *La Representation en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, págs. 199 e ss.; M. D. Forns, *El autocontrato*, Madrid, 1990, sobretudo págs. 176 e ss; Maria Sara R. Pinto, *Autocontratación y conflictos de intereses em el derecho privado español*, Madrid, 2005, especialmente, págs. 21 e ss.; J. M. Badenas Carpio, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998, págs. 273 e ss. Sobre a posição destes vários autores ver o que adiante expomos.

No direito inglês, reconhecidamente, o *agent* não deve actuar ante um conflito (real ou potencial) com os interesses do *principal* ou entre os interesses de dois *principals*. Se tal suceder, intervirá, nos termos da *equity*, a figura do *trust* (o benefício obtido pelo

agent cabe ao *principal* por virtude de um *constructive trust*. E ao *principal* concede-se um direito de indemnização em face do *agent*. O terceiro responderá se induziu o *agent* a violar o seu *fiduciary duty* (ou, claro, no caso de colusão). Admite-se ainda a *rescission* do negócio por parte do *principal* (em face do terceiro apenas se existiu “suborno” – *bribery*). Tal doutrina tem o seu campo de aplicação por excelência no negócio consigo mesmo (ressalvados os casos em que o *principal* autorizou especificadamente a actuação do *agent*). No domínio do direito das sociedades, existem previsões específicas, admitindo em determinadas condições o negócio consigo mesmo (cfr., por exemplo, Arts. 84 e 85, Table A, Companies Act 1985). Cfr., sobre isto, por exemplo, F. Reynolds, *Agency*, em *English Private Law*, edit. P. Birks, Vol. II, Oxford, 2000, págs. 214 e ss.

O direito norte-americano, por sua vez, não se afasta muito de tal entendimento das coisas. Também aí a problemática do negócio consigo mesmo é integrada no campo mais genérico da violação do *fiduciary duty* do *agent* perante o *principal*, nos termos do Restatement Third, Agency § 8.01 e § 8.03 (“Acting as or on Behalf of an Adverse Party”). Donde resulta, em termos gerais, a eventual denegação dos direitos (nomeadamente de remuneração e reembolso de despesas) do *agent* em relação ao *principal*. E a atribuição a este dos benefícios obtidos por aquele, por via de um *constructive trust*. Igualmente se reconhece ao *principal* *the right to avoid the contract* (em termos restritos em face de um terceiro). Prevê-se, no entanto, de modo expresso, que o *principal* consinta na actuação do *agent* que, doutro modo, se traduziria numa violação do seu dever fiduciário perante o *principal*, estando tal consentimento sujeito a especiais requisitos (nomeadamente, actuação de boa fé do *agent* e um consentimento dirigido ao específico acto; cfr. § 8.06). Demais, cabe referir que a imputação do conhecimento do *agent*, que actua “adversely to a principal”, estará excluída, a menos que ocorra uma ratificação ou que a imputação seja necessária para salvaguardar direitos de terceiros que tenham agido de boa fé (§ 5.04).

Note-se ainda que, no direito norte-americano, costuma encarar-se, dentro da hipótese genérica em que duas ou mais pessoas como *co-principals* nomeiam um *agent* para actuar para elas no mesmo negócio (Restatement Third, Agency § 3.16), quer a autorização para a celebração de um contrato em que ambas surgirão como uma das partes, quer a autorização para uma dupla representação, isto é, a celebração de um contrato que as vincule *inter se*. Todavia, acentua-se que a concessão em comum de poderes, salvo acordo em contrário, apenas abrange a primeira possibilidade (o mesmo se entende aliás no direito alemão e se impõe, por maioria de razão, no direito português, não bastando a unicidade do documento onde são conferidos os poderes por ambos os representados). Cfr. *Restatement of the Law Third, Agency*, I, St. Paul - MN, 2006, págs. 391 e ss., e II, págs. 295 e ss. e 300 e ss.

O negócio consigo mesmo tão-pouco está previsto na Convenção de Genebra, de 17 de Fevereiro de 1983, sobre a Representação na Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que, de resto, não contempla sequer o “conflito de interesses”. Nem nos *Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2004* (adoptados em Roma, em 19-21 de Abril de 2004, e contendo agora disposições sobre a representação), embora aí o problema se possa subsumir no “conflito de interesses”, Art. 2.2.7. Sobre os *Prin-*

principles of European Contract Law (da responsabilidade da *Commission on European Contract Law*) e o *Code Européen des Contrats – Avant-projet – 2001* (da responsabilidade da Accademia dei giurisperivatisti europeei em Pavia, sob a coordenação de Giuseppe Gandolfi), cfr. mais à frente.

Ver ainda, para uma resenha histórica, e com informações relativamente detalhadas sobre alguns dos ordenamentos referidos, U. Hübner, *Interessenkonflikt und Vertretungsmacht. Eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des § 181 BGB*, München, 1977, págs. 28 e ss. Entre nós, embora necessariamente carecido de actualização, Vaz Serra, *op. cit.*, págs. 195 e ss.

⁵ Circunscrevemos a nossa análise ao direito civil. E dentro deste excluímos a representação legal, para a qual, de resto, existem disposições adrede previstas, por exemplo, os arts. 1892.º e 1937.º, als. b) e d), 1956.º, al. c), que em parte constituem precisamente concretizações da proibição do autocontrato, embora tenham um campo de aplicação que dele extravasa. Cfr., sobre a aplicação do art. 261.º no contexto da representação legal, o nosso *Alguns aspectos do Instituto da Representação no Código Civil de 1966*, Porto, 1992, polic., págs. 113 e ss., onde se destaca a sua inserção sistemática, entre os “princípios gerais” atinentes à representação, não respeitando apenas à representação voluntária, conquanto, por exemplo seja óbvio que a excepção do “consentimento do representado” não se pode aplicar no domínio da representação legal. Aqui, anotar-se-ão apenas dois pormenores. Por um lado, a proibição do art. 261.º aplicar-se-á, na representação dupla, se o representante assume (simultaneamente) o papel de procurador e de representante legal (e, evidentemente, quando se tratar de um representante legal de dois incapazes). Por outro, a proibição de os representantes legais celebrarem um negócio consigo mesmo em representação do incapaz não poderá, naturalmente, ser ladeada pela concessão a este de poderes de representação por aqueles e posterior confirmação do negócio.

De fora ficará também a chamada “representação orgânica”, onde porventura se impõe uma perspectiva parcialmente diversa (entre os vários problemas específicos que se colocarão neste âmbito, refira-se o da determinação do “órgão” donde pode provir a autorização e o alcance possível desta; no direito das sociedades, tenha-se presente, por exemplo, a disciplina do art. 397.º e o regime do art. 270.º-F do Código das Sociedades Comerciais, e recorde-se ainda a problemática da subscrição de acções próprias).

Sobre a problemática, especificidades e importância do negócio consigo mesmo na representação orgânica e no direito das sociedade ver, com indicações ulteriores, G. Knöchlein, *Stellvertretung und Insihgeschäft. Die Gestaltung der Zulässigkeit im deutschem, österreichischen und schweizerischen Zivil- und Gesellschaftsrecht. Das Insihgeschäft im Spannungsfeld zwischen den Interessen auf Schutz des Vertretenen und des Rechtsverkehrs an Sicherheit*, Wien, 1994, especialmente págs. 75 e ss.; Ansgar Schott, *Insihgeschäft und Interessenkonflikt*, Zürich, 2002, págs. 195 ss.

Da particular configuração e admissibilidade de um negócio consigo mesmo no domínio dos títulos de crédito também não nos ocupamos. Cfr., com amplas indicações, U. Hübner, *op. cit.*, págs. 210 e ss.; e Ansgar, Schott, *op. cit.*, págs. 205 ss.

Acerca da aplicação da proibição consigo mesmo aos “administradores de patrimónios

relativa (como lhe chamámos, uma limitação ou restrição)⁶. Com efeito, o negócio considera-se meramente anulável⁷. Assim, desde logo, a sua invalidade pode sanar-se pelo decurso do tempo ou por confirmação. E, mais importante, a lei consagra duas excepções⁸, nas quais o negócio *a semet ipso* é admissível e, portanto, válido. Em especial, salientar-se-á o facto de o representado poder consentir na autocontratação⁹.

Como se compreende, seria contraproducente a sua proibição absoluta. Ele pode ter patentes vantagens para o representado¹⁰.

alheios” (onde se incluirão, entre nós, embora com diferenças assinaláveis, o administrador da insolvência – arts. 52.º e ss. do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas –, o curador do ausente – arts. 89.º e ss. do Código Civil –, o administrador do condomínio – arts. 1430.º e ss. –, o curador da herança jacente – artigos 2046.º e ss. –, o cabeça de casal – arts. 2079.º e ss. – e, eventualmente, o testamentário – artigos 2320.º e ss.), cfr. F. Jacoby, *Das private Amt*, Tübingen, 2007, págs. 362 e ss.

⁶ Exceptue-se os negócios pessoalíssimos, onde o negócio consigo mesmo, nos casos em que seja viável a representação, estará em absoluto proibido (o que aliás já decorre, para o casamento, do art. 1620.º, n.º 1 – quanto à dupla contratação – e art. 1619.º, n.º 1 – quanto à autocontratação).

⁷ O plano das relações internas entre o representado e o procurador será evidentemente regido pela relação subjacente (eventualmente um contrato de mandato). O procurador será por norma responsável pelos prejuízos que advenham para o representado do negócio consigo mesmo (não permitido), não obstante a sua eventual anulação.

⁸ Apesar da formulação da norma, pode duvidar-se se as hipóteses aí previstas em que o negócio consigo mesmo é válido assumem verdadeira natureza de excepções (ou dito doutra forma, se o instituto do contrato consigo mesmo tem carácter excepcional). Sobre a questão, L. Mosco, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961, págs. 375 e ss., que conclui: “[...] il rapporto fra sfera di invalidità del contratto con sé stesso e sfera di validità di esso non può concepirsi come un rapporto fra regola ed eccezione, ma bensì come un rapporto fra due sfere contigue che, distinguendosi fra loro per l’esistenza del presupposto del conflitto di interessi nell’una e dell’assenza di tale presupposto nell’altra, sono disciplinate da due regole diverse”.

⁹ Cfr. o que adiante se diz. Acentuando a natureza dispositiva da generalidade das disposições que “proíbem” o autocontrato, que por isso não seriam verdadeiras normas imperativas proibitivas, Maria Sara R. Pinto, *op. cit.*, pág. 31 e s.

¹⁰ Nomeadamente, vantagens de sigilo, rapidez, simplificação, e diminuição dos custos. Sobre a relevante (e, porventura, crescente) importância do negócio consigo mesmo no tráfico jurídico-negocial, cfr., entre muitos Hupka, *op. cit.*, págs. 340 e ss.; G. Knöchlein, *op. cit.*, págs. 1 e ss.; Vaz Serra, *op. cit.*, pág. 196 (com uma ilustrativa citação de Planiol); R. Demogue, *Traité des Obligations en général*, I, *Sources des Obligations*, I, Paris, 1923, pág. 109; G. Balbi, *La stipuzione del contratto ad opera di un sola persona*, Padova, 1936, págs. 190 e ss.; e L. Mosco, *op. cit.*, págs. 355 e ss.

II. Começamos por delimitar a *facti species* em causa. Como ressalta do próprio art. 261.º, n.º 1, são duas as principais constelações de casos em jogo.

Na primeira, o representante actua nessa qualidade e em nome próprio. O que se designa por autocontrato, “contrato com sé stesso in senso proprio”, “Selbstkontrahieren (im engeren Sinn)”¹¹. Preferir-se-á até a expressão autonegócio, pois não estão em causa apenas contratos. Também num negócio unilateral receptício, declarante e declaratório podem coincidir na pessoa do representante¹²: o negócio consigo mesmo melhor se diria então negócio perante si mesmo. E, de resto, tanto se pode tratar da emissão, enquanto representante, de uma declaração dirigida a ele próprio (recebida, portanto, em nome próprio), como da recepção, enquanto representante, de uma declaração emitida pelo próprio (em nome próprio). Em ambos os casos, a *ratio* da proibição intervirá^{13 14 15}.

¹¹ Embora a terminologia não seja uniforme na doutrina alemã, adopta-se o conceito de “Insichgeschäft” como género onde se compreendem as duas espécies, “Selbstkontrahieren” e “Mehrvertretung” (definidas nos termos expostos).

¹² Em sentido contrário, mas sem qualquer justificação, J. Hupka, *Die Vollmacht: Eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, 1900, pág. 259.

¹³ Dificuldades surgem porém quando o negócio unilateral contende com a eficácia de um negócio entre o representado e um terceiro. Inclusive negócios unilaterais não receptícios que afectem directamente os intervenientes estarão abrangidos (haja em vista a confirmação, para quem a qualifique como negócio não receptício).

Cfr., com desenvolvimentos de que aqui se prescindiram, para o direito alemão, onde o § 181 do BGB fala em “Selbstkontrahieren”, U. Hübner, *op. cit.*, págs. 94 e ss.; e W. Thiele, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, §§ 1-240, München, 1984, pág. 1378.

Já nos negócios jurídicos plurilaterais ou colectivos (com nos mais de duas declarações de vontade ou partes; pense-se no acto de constituição de uma pessoa colectiva ou numa partilha extrajudicial da herança – independentemente da discussão sobre o seu carácter declarativo ou constitutivo), embora o representante possa reunir a essa qualidade a de parte ou surgir como pelo lado de mais do que um interveniente, afigura-se duvidosa a aplicação do regime do contrato consigo mesmo. A isso parece opor-se, como reiteramos adiante, a intervenção de outros sujeitos e a necessária ponderação dos respectivos interesses. Mas a questão prende-se, em termos mais gerais (mas também, desde logo, quanto aos requisitos da relevância do abuso da representação), com o especial regime a que se queira submeter a invalidade de tais negócios.

Também as declarações quase-negociais estarão sujeitas, de modo geral, ao regime do negócio consigo mesmo.

Na segunda, alguém representa cumulativamente (“em comum”) as duas ou mais partes de um negócio ou contrato, a chamada representação dupla ou múltipla ou plural¹⁶, “doppia rappresentanza”, “Doppelvertretung” ou “Mehrvertretung”¹⁷.

Tomemos um par de exemplos muito simples. Um procurador adquire para si um objecto que o representado o tinha encarregado de vender. Ou vende algo pertencente a um dos seus constituintes, adquirindo-o em nome doutro (um banco ou corretor vende, por um seu cliente, acções e compra-as, para outro).

Em todos os casos descritos, o representante assume um duplo papel, surge (simultaneamente) de ambos os lados do contrato (ou do negócio unilateral, como declarante e declaratário), actuando quer em nome do representado quer em nome próprio ou de um terceiro^{18 19}.

Sobre a questão da aplicação da proibição do negócio consigo mesmo ao nuncio, ver o que adiante se diz.

¹⁴Mas já não serão casos de negócio consigo mesmo as situações em que o procurador emite, do mesmo lado do negócio, uma declaração como representante de vários sujeitos e porventura em seu próprio nome (sem que se estabeleçam simultaneamente efeitos jurídicos directos entre o(s) representado(s) e o representante). Que também aqui os interesses do representante possam não coincidir com os do representado é óbvio. Mas a existência de uma contraparte logo se opõe à aplicação do regime do negócio consigo mesmo. Um eventual conflito de interesses conduzirá a um abuso de representação, relevante nos termos do art. 269.º. Cfr., para o direito alemão, W. Thiele, *op. cit.*, págs. 1377 e s.; Schramm, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, §§ 1-240, München, 2001, pág. 1795.

¹⁵Mesmo que não disponha de poderes (embora a hipótese pareça menos plausível no caso do auto-negócio). Nestas hipóteses, todavia, a ratificação do putativo representado constituirá muitas vezes simultaneamente uma confirmação (do negócio anulável por contrariar a proibição de autocontratar).

Cairá igualmente no âmbito do art. 261.º o caso (julgado pelo RG, JW, 1928, págs. 215 e ss.) de o representante dirigir a si mesmo uma proposta e, já extinto o seu poder de representação, a aceitar. Neste sentido, E. Schilken, *J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Allgemeiner Teil (§§ 164-240), Berlin, 2004, pág. 231.

¹⁶Sendo esta última, por norma, passível de ser reconduzida à problemática da *representação dupla* e, portanto, por vezes utilizada como designação alternativa.

¹⁷Notar-se-á que também existe representação dupla quando o representante de um dos sujeitos é simultaneamente (mas apenas) um dos representantes “colectivos conjuntos” da outra parte.

¹⁸Assim, W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1375.

¹⁹Não se deve misturar com o negócio consigo mesmo a situação em que o representante (nessa qualidade) celebre um negócio com o próprio representado ou em que dois representantes da mesma pessoa celebrem um negócio entre si em nome daquele. Aqui,

Nessas situações, o perigo de ele preterir (consciente ou mesmo inconscientemente) o interesse do representado ou de um dos representados, em proveito próprio ou em favor do outro²⁰, é patente. Aí assenta a decisão legal de proibir o negócio consigo mesmo.

A proibição do negócio consigo mesmo há-de ainda valer – e isso parece decorrer directamente dos termos da lei (o negócio é nessa hipótese um negócio do representante) – quando o representante nomeia um procurador para ele próprio, com quem depois celebra o negócio em nome do representado (ou quando, no âmbito da sub-representação, o sub-procurador actua em nome do representante primitivo)^{21 22 23}.

é a impossibilidade (geral) de produção de efeitos não entre dois sujeitos mas dentro da mesma esfera jurídica (“confundindo-se” portanto os sujeitos da relação que se quer estabelecer) que obsta ao reconhecimento de tal negócio. Cfr. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 2, München, 1918, pág. 369.

²⁰ Na representação dupla, costuma observar-se, o perigo de “parcialidade” não seria tão grande (cfr., por exemplo, G. Balbi, *La stipulazione*, cit., pág. 120; e entre nós, Vaz Serra, *op. cit.*, pág. 180, col. 2, nota 3). Mas não deixará de estar presente: “não se podem servir dois senhores”. E, de resto, a demonstração da afirmação inicial está por fazer e parece, em abstracto, impossível.

Paralelamente, há quem indique ser o autocontrato a hipótese mais típica do contrato consigo mesmo.

²¹ Opinião pacífica no direito alemão. No sentido de uma aplicação directa, entre muitos, W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992, págs. 817 e s.; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2006, pág. 382. Uma aplicação analógica é defendida por G. Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, II, Tübingen, 1952, págs. 70 e ss.; M. Harder, *Das Selbstkontrahieren mit Hilfe eines Untervertreeters*, AcP, 1970, págs. 301 e s.

Um argumento de maioria de razão em relação à situação de nomeação de um sub-representante é, com pertinência, expandido por U. Hübner, *op. cit.*, pág. 176 e s., pois aqui o representante pode livremente (sem estar sujeito aos constrangimentos da admissibilidade da sub-representação) designar um procurador.

²² E esta hipótese deixa-se combinar com a seguinte (sub-representação). Pense-se que o representante faz concluir o negócio entre um seu representante (em seu nome) e um sub-representante, por ele nomeado, do principal. Cfr. Ansgar Schott, *op. cit.*, pág. 76.

²³ Questionar-se-á até se será aceitável que o representante conclua o negócio com alguém que aja em nome próprio mas por conta dele. No que pode mesmo esconder-se a intenção de defraudar a proibição do negócio consigo mesmo. Claro que se tal negócio for simulado, emergirá o verdadeiro negócio (consigo mesmo). Conhecendo meramente o outro interveniente a intenção do representante, estar-se-á, porventura, perante uma colusão que tornará o negócio nulo. Cfr. sobre isto, U. Hübner, *op. cit.*, págs. 190 e s.; e Ansgar Schott, *op. cit.*, pág. 85. Ver também o que se sugere adiante quanto à possibilidade de aplicação analógica da proibição do negócio consigo mesmo no âmbito da representação indirecta.

Demais, nos termos do n.º 2 do art. 261.º²⁴, equiparam-se a tais hipóteses mais características aquelas outras, por estar ainda presente o mesmo típico perigo, em que o representante nomeia (e isso, desde logo, só será viável nos termos do art. 264.º) um sub-procurador com o qual vem a celebrar o negócio (agindo o sub-procurador em nome do representado e o representante em nome próprio ou doutro representado). E o representante poderia também nomear um sub-representante que simultaneamente fosse seu procurador, ou nomear como sub-representante dos seus dois representados a mesma pessoa (permitindo, em ambos os casos, o negócio consigo mesmo). Ainda aqui se compreenderá – a própria letra da lei depõe a favor de tal solução – o negócio concluído entre dois sub-representantes (de dois principais distintos) nomeados pelo representante “originário” comum.

Se bem que agora não haja uma “identidade pessoal” entre o representante e a contraparte, existe uma “dependência jurídica”²⁵ ou tão-só

²⁴ Disposição semelhante ao n.º 2 do artigo 261.º contém o § único do art. 117 do Código Civil brasileiro.

²⁵ Assim, K.-H. Schramm, *op. cit.*, pág. 1800; e W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1381. Autores que, de resto, pretendem ser decisiva a intervenção do representante principal, enquanto concedeu poderes ao sub-representante, como *parte*, ele próprio. Assim se explicaria que, mesmo sendo a nomeação do sub-representante (ou de um representante do próprio representante, como adiante se considerará) muito anterior e sem qualquer conexão com o negócio consigo mesmo, este estivesse vedado.

Por seu lado, W. Flume, *op. cit.*, pág. 818, indica que o representante principal, enquanto concedeu poderes ao sub-representante, ainda participaria no negócio por este último celebrado.

Acentua-se na doutrina e jurisprudência alemãs a possibilidade, que desse modo se introduziria, de o representante contornar a proibição do negócio consigo mesmo. E indica-se que o representante não poderia conceder (sub-)poderes para a realização de um negócio que a ele estaria vedado.

Note-se que no ordenamento tudesco se trata aqui de uma extensão da interdição do negócio consigo mesmo, pois tal hipótese não está contemplada directamente no § 181 do BGB. Mas, ao contrário de uma orientação que se impôs durante bastante tempo na jurisprudência, sobretudo com base no argumento formal de que o referido preceito apenas atenderia ao “modo de conclusão do negócio” (assim RG, RGZ 103, págs. 417 e ss., e RGZ, 108, págs. 405 e ss.), semelhante aplicação analógica do § 181 aos casos em que foi nomeado um sub-representante é hoje geralmente aceite (ver também o que à frente expomos a este propósito). Cfr. ainda K. Larenz / M. Wolf, *op. cit.*, pág. 862. Diferencia porém diversas “constelações” de casos, falando de uma “modifizierte analoge Anwendung”, U. Hübner, *op. cit.*, págs. 177 e ss., especialmente págs. 186 e ss.; o autor pretende, de um modo mais genérico, que a nomeação de um sub-representante constitui uma

“fáctica” (temos em mente os casos em que a relação subjacente do representante se estabelece com o principal; ou em que a substituição implicou o afastamento total do procurador primitivo) capaz de justificar, de uma maneira geral, a aplicação do mesmo regime²⁶. Também para impedir o ladear da proibição legal, a lei opera uma espécie de “Durchgriff”, “desconsiderando” a intervenção do sub-representante”^{27 28}.

“válvula de escape” (“Ventil”) em face da proibição do negócio consigo mesmo, susceptível inclusive de servir os interesses do representado, e que o negócio realizado com o sub-representante se deveria ter por eficaz quando o representante prove ter agido em consonância com o interesse *do dominus*. Tal entendimento, se já contestável perante o direito alemão (critério “pouco prático e contraproducente para segurança do tráfico jurídico”, no dizer de Leptien, *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, *Allgemeiner Teil* (§§ 1- 240), pág. 1409, nota 4), mais dificuldades deparará no direito português. Por fim, refira-se que também a ratificação, pelo representante principal, do negócio concluído pelos sub-representantes se tem por proibida. Cfr., W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1381; e M. Harder, *op. cit.*, especialmente, págs. 302 e ss.

²⁶ Vaz Serra, *op. cit.*, págs. 213 e s., discorrendo *de iure condendo*, parece propender para uma solução diferenciada (em função, de resto, da distinção teórica pouco consistente entre substituição e sub-representação): no caso de substituição, em que o substituto representaria o dono do negócio (e também quando o sub-representante actue em nome do principal), ele poderia contratar com o representante originário, mas, havendo acordo fraudulento, o negócio seria nulo, além de que ambos incorreriam em responsabilidade perante o representado; no caso de sub-representação, em que o subprocurador actua como representante do representante, o contrato celebrado entre ambos deveria se abrangido pela proibição do negócio consigo mesmo. Mas acaba por concluir que é preferível considerar todas as hipóteses abrangidas pela proibição do negócio consigo mesmo.

²⁷ Um “proceder” comparável (ver também a hipótese que a seguir se considera no texto), com um desiderato próximo, pode identificar-se naqueles casos em que a lei proíbe não só a realização directa de certo negócio (geralmente uma aquisição) por certa pessoa com outra, de cujos interesses aquela deve curar (ou, pelo menos, estando esta numa situação especial de “exposição” à decisão daquela), como simultaneamente impede que esse negócio seja realizado por interposta pessoa (o entendimento de interposição é precisado no art. 579.º, n.º 2, disposição de que a lei, noutros lugares, a este propósito, se socorre para ela remetendo; e tem-se directamente em vista a interposição real, pois, sendo fictícia, a nulidade do negócio aparente resultará do seu carácter simulado e o negócio dissimulado será directamente abrangido pela proibição). Pense-se aqui nas disposições dos arts. 579.º (proibição de cessão de direitos litigiosos), 876.º (venda de coisas ou direito litigioso), 1892.º (proibição de adquirir bens do filho; notar-se-á que, se a venda é aí realizada pelos pais enquanto representantes do filho, surgindo eles em nome próprio como compradores, se está, *stricto sensu*, perante um negócio consigo mesmo, cuja anulabilidade segue no entanto o regime especial do art. 1893.º), 1937.º, als. a) e d) (cabendo aqui observação semelhante à que fizemos para o art. 1892.º) e 2198.º (que estende a proibição de disposições testamentárias a favor de cer-

Igualmente caberão na previsão art. 261.º (aplicado directa ou analogicamente) as hipóteses, que com as anteriores costumam ser designadas por negócio consigo mesmo indirecto ou mediato, onde, na representação conjunta, os vários co-representantes concluem um negócio com um deles (intervindo este também como representante, ou tendo substabelecido num dos outros ou vindo posteriormente a “ratificar”), ou “substabelecem” num terceiro com quem agora um deles contrata em nome próprio ou de outra pessoa²⁹.

III. *A latere*, pondere-se a questão (suscitada sobretudo na doutrina e jurisprudência alemãs) da aplicação analógica do regime do negócio consigo em certos domínios.

Logo se destacam aqui certos negócios realizados pelo representante em nome do representado, mas em evidente interesse próprio ou de outra pessoa (v. g., de um seu familiar próximo) – e, portanto, em conflito de interesses –, sobretudo os chamados “Interzessionsgeschäfte”. Sirvam como exemplos os casos de assunção de uma dívida do representante, por contrato com o credor, ou a constituição de uma

tas pessoas, contida no art. 2197.º, quando feita por interposta pessoa). Junte-se ainda o disposto no art. 168.º do Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas (onde, a tratar-se de uma aquisição directa, se estaria perante um negócio consigo mesmo).

²⁸ Os casos compreendidos no n.º 2 do art. 261.º são, em rigor, aqueles em que efectivamente o representante quis nomear o sub-representante: se faltou essa vontade estar-se-á perante uma simulação relativa subjectiva.

Por outro lado, a aplicação da proibição do negócio consigo mesmo não tem, evidentemente, lugar se o procurador conclui o negócio (em nome próprio ou em nome do principal) com outro procurador (que haja, respectivamente, em nome do principal ou em nome próprio), a quem os poderes tenham sido directamente concedidos. A menos que aí se configure uma *fraus legis*. Cfr. Boehmer, *op. cit.*, pág. 70, e J. W. Gerlach, *Die Untervollmacht*, Berlin, 1967, págs. 70 e s.

²⁹ Isto independentemente da maneira como se conceba, em termos teóricos, a representação conjunta e a eventual “delegação” do poder de um dos representantes noutro. Cfr., por exemplo, para o direito alemão, D. Reinicke, *Gesamtvertretung und Insichgeschäft, Eine Besprechung der Entscheidung BGH, NJW 1975, 1117*, NJW 1975, págs. 1185 e ss. E W. Thiele, *op. cit.*, págs. 1380 e s. Este último autor não inclui porém aqui aquelas situações em que um dos representantes conjuntos desde há muito estava “encarregue” de certo tipo de negócio, actuando sozinho, e agora celebra um desses negócios com o outro representante. Aí avultaria a autónoma e livre decisão do “Alleinvertreter”, não existindo o típico perigo presente no negócio consigo mesmo. Ainda porventura em termos mais latos, ver U. Hübner, *op. cit.*, págs. 229 e ss.

garantia por uma dívida sua, ou a celebração de um contrato a favor do próprio, em nome do representado.

A favor da extensão da regulamentação do negócio consigo mesmo a tais hipóteses ocorre invocar a semelhança ou identidade das situações nos seus efeitos económicos, a similitude do risco existente para o representado e a eventualidade de se contornar, desse modo, a proibição legal do negócio consigo mesmo (particularmente patente no exemplo da assunção de dívida, onde se trataria formalmente de um negócio consigo mesmo se a assunção se desse por contrato entre o antigo devedor, o representante, e o novo devedor, o representado, ratificado pelo credor).

Correcto afigura-se todavia, pelo menos para o nosso direito, o recurso às regras do abuso da representação (conquanto aqui “a evidência do abuso”, requerida para a ineficácia do negócio, se deva admitir prontamente, pois a contraparte não deixará de dever mostrar-se “suspeitosa” em relação ao negócio). Doutro modo, os pressupostos assinalados à relevância desta figura correriam o risco de esvanecer-se. E sobretudo não se daria conta do “problema de coordenação” da protecção do representado com a tutela da contraparte (inexistente, ou atenuada, no caso de negócio consigo mesmo)³⁰.

³⁰ Cfr., para o direito alemão, embora o quadro do problema em parte difira do nosso, G. Frotz, *Verkehrsschutz im Vertretungsrecht*, Frankfurt, 1972, págs. 537 e s.; K. Larenz / M. Wolf, *op. cit.*, págs. 862 e s. (mencionando todavia casos excepcionais onde se justifica a aplicação analógica do § 181); U. Hübner, *op. cit.*, págs. 195 e ss. e 205 e ss. (com uma posição matizada, mas salientando assumir aqui o problema da protecção do tráfico jurídico e da “evidência” do carácter prejudicial da actuação do representante um outro peso que no negócio consigo mesmo, onde só estão presentes o representante e o representado; neste autor encontram-se ainda indicações detalhadas quanto à orientação da jurisprudência alemã); K.-H. Schramm, *op. cit.*, págs. 1795 e ss.; W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1383 (assinalando que a possibilidade de um abuso do poder para vantagem do próprio representante está inscrita institucionalmente na própria figura da representação); E. Schilken, *op. cit.*, pág. 231 (apontando que a protecção do terceiro merece prioridade e não deve ser posta em causa através da aplicação do regime do negócio consigo mesmo); S. Tiedtke, *op. cit.*, págs. 152 e ss. (por faltar uma “Personenidentität” e, sobretudo, pela necessidade de protecção do terceiro, como parceiro contratual, que aqui se faz sentir). Na literatura suíça, por exemplo, A. Egger, *op. cit.*, págs. 58 e ss.; e Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 86 e ss. (ressaltando a distinção de princípio entre a relação interna e a relação externa no direito da representação; neste autor encontram-se também indicações da orientação da jurisprudência superior suíça).

Entre nós, porém, anteriormente ao Código de 1966, Vaz Serra, *op. cit.*, págs. 214 e s., inclinou-se para a sujeição de tais hipóteses à disciplina do contrato consigo mesmo.

Por razões semelhantes, o regime do negócio consigo mesmo tão-pouco se aplicará se o representante celebra um contrato (por exemplo, venda de uma coisa comum) em que, por uma das partes, representa vários sujeitos ou surge actuando em nome próprio e como representante. A disciplina do abuso de representação responderá aí a uma eventual preterição dos interesses de um deles. E a mesma ideia intervém nos actos plurilaterais ou colectivos, onde também o regime do abuso parece ser mais conveniente.

Por maioria de razão, a disciplina do negócio consigo mesmo não se estenderá a outras situações de conflito de interesses em que possa incorrer o procurador já pelo facto de deter poderes para representar várias pessoas, com interesses actual ou potencialmente não conciliáveis (conquanto não se trate de estas realizarem entre si negócios). O problema põe-se, para além da relevância de um eventual abuso de representação, sobretudo no plano das “relações internas” e aí deverá conhecer a sua solução (eventualmente com recurso ao princípio da boa fé e à aplicação analógica do art. 335.º)³¹.

IV. Considere-se ainda a eventualidade, atrás sugerida, de aplicar analogicamente, no caso de conflito de interesses, o disposto no art. 261.º às situações em que o intermediário não actua em nome do *dominus* mas apenas por conta deste³².

³¹ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, Tomo IV, Coimbra, 2005, págs. 87 e s. No direito italiano, em geral, sobre o problema do conflito de interesses, Aldo Stesuri, *Il conflitto di interessi*, Milano, 1999, *passim* (págs. 51 e ss., sobre a questão no âmbito da representação). No direito espanhol, por último, a obra já citada de Maria Sara R. Pinto, *Autocontratación y conflictos de intereses em el derecho privado español*, Madrid, 2005.

Em especial acerca da possibilidade de estender a regulamentação deontológica do conflito de interesses existente para o exercício da advocacia – no direito alemão, § 43, a, IV, BRAO (*Bundesrechtsanwaltsordnung*); no direito português, art. 94.º da Lei n.º 15/2005, de 26/1, Estatuto da Ordem dos Advogados – a outras actividades representativas, ver Oliver L. Knöfel, *Gilt das Verbot der Vertretungswiderstreitender Interessen für Tätigkeiten ausserhalb des Anwaltsberufs?*, NJW, 2005, págs. 6 e ss. (aventa também tal possibilidade Menezes Cordeiro, *loc. cit.*).

Igualmente ocorrerá aqui um paralelo com o disposto no art. 1956.º, al c), a propósito da representação legal.

³² Na doutrina portuguesa, cfr., a este propósito, as considerações de Galvão Telles, *op. cit.*, págs. 19 e ss.; e Vaz Serra, *op. cit.*, pág. 215.

Muito cursivamente, refira-se que as hipóteses em que o mandatário assumiria ele próprio o papel de contraparte (reguladas, para a comissão, expressamente no art. 274.º do Código Comercial) levantam problemas especiais. Instaurar-se-á aí uma relação contratual (directa) entre o comitente e o comissário, distinta da comissão³³ (pode é perguntar-se se esta última, mesmo assim, perdurará, ao que parece ser de responder afirmativamente, instaurando-se um *gemischte Vertrag* ou um *Mischtatbestand*, como preconiza a doutrina alemã³⁴). Assim sendo, não se poderá negar a similitude, na morfologia e no resultado final, com a figura do autocontrato.

Mais incerto é se haverá que ir ao ponto de reconhecer aí uma figura subsumível no autocontrato³⁵. Por nós, manteremos até, em termos gerais, que um negócio consigo mesmo não se pode, em rigor, conceber na representação indirecta. Na hipótese que em primeira-mão se tem em vista, o comissário não assume o papel de parte que caberia ao terceiro, pois este não entraria em relação directa com o *dominus* mas sim com o comissário (e, sendo assim, *in casu*, este seria credor e devedor de si próprio!). Daí que a relação directa entre o comitente e o comissário tenha ainda que ser “construída”³⁶. Para o que se poderá ver na declaração de “Selbseintritt” o exercício de um direito potestativo (porém, em termos distintos da construção que encara tal declaração como a aceitação de uma proposta do comitente)³⁷.

Seja qual for a reconstrução do fenómeno a coonestar, parece-nos mais que duvidoso que ele possa ser abraçado fora das hipóteses taxativamente previstas na lei (desde logo, porque no mandato sem representação o mandatário não é incumbido de celebrar um negócio que vincule directamente o mandante). Ter-se-á, então, por nulo tal contrato. Conquanto se possa perguntar se um consentimento do mandante –

³³ Nesse sentido, em face do art. 1735 do Codice Civile italiano, com teor análogo ao já referido art. 274.º do Código Comercial português, A. Luminoso, *Mandato Commissione, Spedizione*, em *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e Francesco Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, págs. 615 e ss. Opinião diferente exprime C. Donisi, *op. cit.*, págs. 323 e ss.

³⁴ Cfr., por todos, com indicações, K. Schmidt, *Handelsrecht*, Köln, 1999, pág. 909.

³⁵ Essa é, porém, a opinião de A. Luminoso, *loc. cit.*

³⁶ Cfr. Koller, ZBJV, 1994, pág. 378, tendo em vista o Art. 436 OR.

³⁷ Cfr. K. Schmidt, *op. cit.*, pág. 909 (para o § 400 HGB).

não podendo ser este visto como uma proposta dirigida ao mandatário – não excluirá a invalidade³⁸.

A aplicação analógica das regras do negócio consigo mesmo parece todavia dever sugerir-se naqueles casos (paralelos à representação dupla) em que o mandatário actua por conta de dois mandantes. Por exemplo, compra a um certas mercadorias para as vender a outro (note-se que também aqui o estabelecimento de relações directas entre os dois mandantes, por via de um vínculo contratual entre ambos, se há-de afastar)³⁹.

V. Tentaremos de seguida dar conta, embora muito perfunctoriamente, da natureza ou configuração jurídica do negócio consigo mesmo, a qual, em larga medida, permanece controvertida⁴⁰.

³⁸ Neste sentido, para o direito italiano (no qual porém poderá intervir o art. 1471, 4), do Codice Civile; preceito que não tem paralelo no direito português), A. Luminoso, *op. cit.*, págs. 619 e ss.

Em sentido diferente (pelo menos parcialmente), boa parte da doutrina suíça (cfr. indicações em Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 65 e s.) pretende aí aplicar analogicamente a regra da proibição do negócio consigo mesmo (pela existência de um eventual conflito de interesses, a ser aferido exclusivamente pela relação interna, visto não haver interesses de terceiros a ponderar). Sem se chegar a defender a invalidade de tal negócio, entende-se que o mandante terá que reconhecer o cumprimento do mandato, e o mandatário se constituirá em responsabilidade pelos danos causados.

³⁹ Por último, registem-se aquelas “hipóteses mistas” em que alguém actua como representante directo por um dos lados (ou partes) e representante indirecto pelo outro.

⁴⁰ Na nossa doutrina, por todos, sobre a caracterização e admissibilidade do contrato consigo mesmo, Vaz Serra, *Contrato consigo mesmo*, RLJ, 91, págs. 179 e ss.; e Galvão Telles, *op. cit.*, págs. 314 e ss.

Na literatura alemã, destaque-se M. Rümelin, *Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht*, Freiburg i. B., 1888. Tal obra traduz o término da evolução da doutrina sobre o contrato consigo mesmo no direito comum e a sua elaboração em termos modernos.

Superando em definitivo (precursoramente, distinguindo entre o surgimento da decisão ou vontade e a perspectiva juridicamente relevante, e pretendendo, mais concretamente, que num contrato não é essencial a estipulação por dois sujeitos distintos, mas apenas que os efeitos se refiram a duas distintas esferas patrimoniais, R. Römer, *Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich selbst nach römischem und gemeinem Recht*, ZHR 19, NF 4, 1874, págs. 67 e ss., autor que associa ainda a possibilidade de autocontatação ao reconhecimento da representação; e na sua esteira, por exemplo, L. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, Wien 1885, págs. 197 e ss., colocando porém a questão no plano

das relações internas entre o representante e o principal) as correntes que se opunham no direito comum ao reconhecimento da figura, numa impositação já parcialmente liberta dos quadros da jurisprudência dos conceitos, o autor fará desaparecer completamente a ideia de que o autocontrato constitua uma impossibilidade ou aporia conceptual perante a qual o próprio direito positivo seria impotente e teria que ceder (notar-se-á, aliás, o papel que a “teoria da representação”, configurando o representante como verdadeira parte do negócio representativo, desempenhou na resistência à admissibilidade do negócio consigo mesmo, e, igualmente, a dificuldade adicional decorrente de uma concepção do negócio jurídico nos moldes da “teoria da vontade”: o negócio consigo mesmo traduzir-se-ia, acaso, numa “dissociação volitiva”, “esquizofrénica”, da personalidade do representante; sobre as dificuldades de “construção” da figura do negócio consigo mesmo no direito comum, cfr., *amplius*, Boehmer, *op. cit.*, págs. 44 e ss.). De resto, o âmbito em que Rümelin admite o contrato consigo mesmo há-de até considerar-se demasiado lato (cfr. as críticas de E. Eck, *Besprechung vom Rümelin, Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht*, ZHR, XXXIX, págs. 266 e 272 e s., e E. Salman, *Die Duplex persona im Handels-, See- und Wechselrecht*, ZHR, XLI, pág. 374; advirta-se ainda que Rümelin não confina a autocontratação à representação directa).

O autor admite todavia (na esteira das considerações de R. Lepa, *Die Lehre vom Selbstentritte des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsverträge nach dem deutschen Handelsgesetzbuch*, Stuttgart, 1883, especialmente págs. 219 e ss.; cfr. ainda com objecções semelhantes à configuração do autocontrato como um contrato, E. Muskat, *Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst*, in: *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, ZGH 33, NF 18, 1887, págs. 507 e ss.) uma fundamental diferença entre o processo de conclusão de um contrato – onde existe um consenso entre dois sujeitos e duas declarações correspondentes – e de um “contrato” consigo mesmo – onde apenas está presente a decisão de contratar de uma pessoa e não se pode falar em duas declarações. E qualifica, portanto, o contrato consigo mesmo como um acto unilateral *sui generis* (contra, todavia, mantendo já o carácter contratual ou consensual do negócio a *semet ipso*, por o *consensus duorum vel plurium* não pertencer à essência do contrato, H. Meissels, *Besprechung vom Rümelin, Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht*, Grünhuts Zeitschrift, XVIII, págs. 527 e s.; cfr. ainda Th. Siebert, *Kann nach gemeinem Recht der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren?*, 1896). E entende Rümelin que será necessário o reconhecimento positivo pela ordem jurídica do negócio consigo mesmo. Nega, porém, determinadamente uma qualquer impossibilidade lógica deste último.

O Direito teria porém – ainda segundo o mesmo autor, e a partir de então tal aspecto ganha decisiva proeminência na discussão da figura – que ponderar o perigo de um conflito de interesses, sendo até nalguns negócios, especialmente nos de natureza aleatória, inviável que os interesses de ambas as partes fossem preservados. Noutros casos, todavia, as coisas não se passariam assim, mormente se o conteúdo do contrato estiver perfeitamente determinado e tiver ficado ao critério do representante a escolha do parceiro negocial. E ainda quando, embora persistindo o conflito de interesses, este pudesse ser contrabalançado por considerações objectivas.

Ultrapassadas certas dificuldades específicas do direito romano (a saber: a inadmissibilidade da representação directa e o carácter formal e taxativo das fórmulas contratuais), o direito comum reconhecera, segundo Rümelin, em termos gerais, o contrato consigo mesmo na condição de que o acto de autocontratação seja controlável e reconhecível como acto vinculativo, segundo a vontade do seu autor, e de que se possa verificar que, à altura da sua celebração, correspondia comprovadamente ao interesse do representante ou interesses de ambos os representados. Neste sentido Rümelin, *op. cit.*, pág. 293, apresentou inclusive uma proposta de alteração do anteprojecto do BGB, cuja recusa – invocando-se a segurança do tráfico jurídico, a qual vedaria uma consideração do concreto carácter do negócio, indeterminável em larga medida e inacessível em princípio a terceiros – viria a influenciar durante muito tempo a interpretação do § 181 do BGB. Excluídos, em absoluto, ficariam porém, em atenção à segurança do tráfico jurídico, as obrigações abstractas do representado e todos os negócios de transacção e (re)partição. Ao invés, seriam válidas, independentemente da adequação concreta do negócio causal, a transferência de direitos reais do representante para o representado e as “obrigações abstractas” do primeiro perante o segundo, assim como aqueles negócios concluídos em gestão de negócios, na expectativa de uma futura ratificação.

No caso de uma procuração especial, porém, para o mesmo autor (à sua posição, neste ponto, aderirão em França Planiol / Ripert / Savatier, *op. cit.*, pág. 875) não existiria um (auto)contrato, mas meramente uma aceitação pelo representante de uma (real ou ficcionada) oferta do representado, aplicando-se portanto as correspondentes regras (uma crítica de tal entendimento encontra-se, por exemplo, em L. Mosco, *op. cit.*, pág. 365, que faz notar que assim se introduziria um pernicioso dualismo na concepção do contrato consigo mesmo, consoante tivesse na sua base uma procuração especial ou geral, e sobretudo que tal explicação só seria compatível com uma explicação do fenómeno representativo nos moldes da teoria savigniana do “dono do negócio”).

Cfr. ainda Hupka, *op. cit.*, págs. 258 e ss., que adere à caracterização, de Rümelin, do negócio consigo mesmo como um acto unilateral, mas recusa a construção desse autor para a situação de uma procuração especial. Hupka, faz assentar a proibição – *rectius*, a falta de poderes para o efeito – do negócio consigo mesmo, na representação voluntária (na representação legal seria necessário uma proibição positiva), já na vontade presumível do representado, admitindo-a apenas onde este nele tenha consentido e onde qualquer prejuízo esteja de antemão afastado em atenção à natureza do negócio ou por força da determinação do seu conteúdo e dos demais em concreto relevantes momentos (Hupka recusa assim a opinião de Lepa de que seria inconcebível um contrato consigo mesmo sem lesão dos interesses de uma das partes). Em todo o caso, não seria necessária uma disposição positiva do ordenamento que reconhecesse a eficácia do autocontrato.

Entre os autores alemães hodiernos, merece uma especial referência a obra sobre esta matéria, já citada, de U. Hübner.

Na doutrina italiana, ver, por exemplo, N. Visalli, *Natura giuridica del contratto con se medesimo*, RDC, 1963, II, págs. 377 e ss.; G. Balbi, *Contratto con se stesso*, Novissimo Digesto Italiano, IV, págs. 690 e ss., e *La stipuzione*, *cit.*, especialmente págs. 8 e ss.; F. Tessitore, *Sull'autocontratto*, in U. Natoli, *La Rappresentanza*, Milano, 1977,

págs. 173 e ss.; A. Salomoni, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1977, págs. 165 e ss.; C. Tomassetti, *op. cit.*, págs. 264 e ss. E, sobretudo, C. Donisi, *Il contratto com se stesso*, Napoli, 1982, cuja construção assenta na ideia de que o contrato não requer um acordo entre duas declarações ou um consenso de vontades mas assenta na susceptibilidade, por obra do ordenamento jurídico e segundo critérios vários, de referir uma regulamentação de interesses a mais do que uma parte; assim, o contrato consigo mesmo constituiria um contrato de “*facti species unilateral*”.

Em Espanha, cfr., por exemplo, Blas Pérez González / José Alguer, *op. cit.*, pág. 248 e ss., que defendem não serem necessárias duas pessoas mas duas partes; não duas vontades, mas que a vontade expressa valha como vontade do representado, numa direcção, e do representante, noutra direcção. A essência do negócio jurídico e do contrato e a da representação não se oporiam, desse modo, à validade da autocontratação. Mais, no entender dos autores citados, a possibilidade de semelhante figura “fluiu espontaneamente da combinação dos princípios que regem o contrato com os que presidem à instituição da representação”. Subsistiriam os problemas suscitados pelo perigo de que o representante aproveitasse o facto de ser a sua a única vontade (embora valendo por duas) e pela necessidade de uma exteriorização suficiente dessa vontade. Mas aí interviriam as limitações e proibições enunciadas pela lei (porventura estendidas analogicamente) e a exigência de um acto exterior reconhecível para terceiros (o que encontraria apoio na *ratio* do art. 1256 do Código Civil espanhol). Por seu lado, Frederico de Castro y Bravo, *Temas ...*, *cit.*, pág. 114 e ss., e sobretudo *El autocontrato ...*, *cit.*, depois de indicar que a figura tem as suas origens nas práticas comerciais das antigas cidades alemãs e italianas, mantém que, exigindo, segundo a lei espanhola, a celebração de um contrato o consenso das partes e exprimindo-se este numa proposta e numa oferta, não pode encarar-se sem paradoxo um verdadeiro contrato consigo mesmo – configurando-se o auto-contrato como um acto unilateral, por virtude de um poder de disposição sobre patrimónios distintos –, mas que isso não exclui que se produzam efeitos análogos; porém subsistiria a desconfiança em relação à autocontratação – como pode alguém servir dois senhores? –, só sendo este admitido quando estejam ausentes os pressupostos normais e presumíveis ou da falta de consentimento ou da colisão de interesses. Roca Sastre, *El problema ...*, *cit.*, págs. 143 e ss., distingue entre um sentido estrito e um sentido amplo de autocontratação: o primeiro implica a representação de duas pessoas distintas ou a contratação na qualidade de parte e representante; como exemplos do segundo menciona, entre outros, o caso do herdeiro fiduciário que atribui a si próprio determinados bens para preenchimento da legítima e a partilha efectuada pelo herdeiro por si próprio e em representação dos demais. E distingue, quanto à possibilidade de autocontratação, o aspecto institucional – a questão da admissibilidade da própria figura – do problema de política legislativa. Conclui que no direito espanhol a autocontratação é institucionalmente admitida porque o legislador não a proíbe de um modo geral e até a autoriza quando permitida pelo representado. Caberia, em termos de política legislativa, proibi-la sempre que exista um conflito de interesses (cuja presença se faria sentir menos na dupla representação). O que se poderia fazer quer em termos gerais, quer através de proibições concretas (extensíveis por analogia). A consequência do autocontrato proibido deveria ser a mesma que a da actuação do representante sem

poderes (admitindo-se também a possibilidade de ratificação). Já Luis Díez-Picazo, *op. cit.*, págs. 199 e ss., após indicar que certas normas do ordenamento espanhol parecem excluir a validade da autocontratação, sem que contudo daí se possa extrair um princípio geral, conclui pela existência de uma espécie de lacuna legal, a colmatar nos seguintes termos: a validade da autocontratação depende da existência de um assentimento do *dominus*, tornando tal eventualidade exequível, ou de estar plenamente excluída a possibilidade ou risco de abuso ou conflito; a autocontratação não permitida seria equiparável ao extravasamento dos poderes (nos termos do art. 1259 do Código Civil espanhol), acarretando a ineficácia relativa ou irrelevância do negócio, como defende o autor para o *falsus procurator*. Especificamente quanto à natureza jurídica da autocontratação (e da “auto-entrada do representante”), conclui que se trata de um contrato ou, pelo menos, de uma regulamentação equiparável à de um contrato (cfr. ainda, mais em pormenor, sobre a posição de Díez-Picazo, a citação a que adiante procedemos). Por sua vez, M. D. Forns, *op. cit.*, sobretudo págs. 176 e ss., aproxima a figura do abuso de poder – haveria que procurar um equilíbrio de interesses –, mas marca algumas diferenças na sua concreta configuração e regime (no que não se afasta muito da posição que Donisi preconiza para o direito italiano). Quanto à sua natureza, o autocontrato seria de encarar como “uma hipótese de declaração negocial de produção unissubjectiva e estruturação bilateral”. Assim, e no fim de contas, tratar-se-ia estruturalmente de um contrato, sendo que a sua “produção” unissubjectiva não adquire para o efeito relevância. Mas já a adquiriria enquanto manifesta a presença de um conflito de interesses, levantando a questão de fundo da salvaguarda da autonomia do representado. Noutro plano, a autora reconhece a relevância da autorização do representado (prevista aliás no art. 267 do Código de Comercio) para viabilizar a autocontratação. Tratar-se-ia de uma “modelação” do poder representativo, tendo tal autorização natureza integrativa, e sendo assimilável à ratificação. A sanção da autocontratação proibida seria a anulabilidade (relevaria sobretudo o interesse privado do representado). J. L. Lacruz Berdejo, *op. cit.*, págs. 305 e ss., aponta que hoje em dia existe unanimidade prática quanto à licitude do autocontrato, quando não haja confronto nem oposição de interesses entre os do próprio contratante e os do seu representado ou preexistia uma autorização (expressa ou implícita, mas certa) deste para tal efeito, assimilando-se à autorização o facto de o interessado ter predeterminado o efeito jurídico do acto no que a ele lhe compete; o autocontrato seria ineficaz, solução que o autor considera defensável no terreno dos princípios, a mais realista e aquela que encaixa melhor no contexto da defesa dos interesses em jogo (sobressaindo aqui o interesse do *dominus*). J. M. Badenas Carpio, *op. cit.*, págs. 280 e ss., começa por destacar a falta de uma regulamentação específica da questão no direito espanhol (conquanto qualquer indagação haja de confrontar-se com a disciplina do art. 1459, al. 2º) do Código Civil). Integrando, de um modo geral, a questão da autocontratação na do conflito de interesses (que representaria um desrespeito pela vontade do representado, e que seria equiparável à questão do abuso de poderes), conclui pela sua viabilidade geral inexistindo um efectivo conflito de interesses ou tendo sido autorizada pelo representado. A sanção do autocontrato não “lícito” seria a anulabilidade (o procurador deixaria de ser um verdadeiro procurador, como aliás ocorreria em geral nas situações de abuso). Por último, Maria Sara R. Pinto, *op. cit.*, especialmente, págs. 21

Começar-se-á por estabelecer a distinção (recorrente⁴¹) entre duas ordens de problemas no âmbito do negócio consigo mesmo. Um é, com efeito, o problema da sua *configuração* ou *estrutura*, que respeita à própria possibilidade teórica (durante longo tempo debatida, como se referiu) e enquadramento jurídico ou dogmático. Outro é o da sua *admissibilidade positiva e disciplina*: se, e em que termos, está ou deve estar tal figura consagrada positivamente.

Quanto à “configuração estrutural”, a “perplexidade fundamental” será a seguinte: como é pensável a formação de um contrato, que requer o concurso de duas vontades ou de duas declarações, por obra de uma só pessoa⁴²? E têm sido aventadas várias construções dogmáticas (a doutrina tem sobretudo em vista o *contrato* consigo mesmo). A saber, estaríamos perante: um acto unilateral; uma proposta do representado aceite pelo representante; uma obrigação *ex lege*; um acto que reúne os requisitos de um contrato; ou um verdadeiro contrato.

À sua conformação como contrato tem-se *in primis* oposto existir apenas um declarante (que quer simplesmente o negócio e os efeitos dele decorrentes), donde a dificuldade em identificar duas vontade dis-

e ss., insere o autocontrato dentro do conflito de interesses (cujas diferentes hipóteses, incluindo a representação legal e orgânica e a “representação indirecta”, quer no direito civil, quer no direito comercial, são passadas em revista com especial pormenor), entendido este como *risco de um prejuízo* (mas salvaguardadas as diferentes configurações dos interesses e conflitos presentes nos vários casos – “o conflito de interesses na representação é um fenómeno de grande polissemia e tipologia variada”). A autora distingue entre *tutela preventiva*, já por impedir a “perfeita formação” do contrato, e atender ao mero *risco* de prejuízo, não requerendo a mostraçõ de efectivo dano, já por pôr nas mãos do sujeito protegido, de modo fácil e cómodo, a efectivação ou não da protecção, e *tutela ressarcitória*, sob modalidades variadas, se aquela se revela ineficaz de facto e o contrato causar ao principal um dano. E assinala natureza dispositiva à generalidade das normas que regulam o conflito de interesses, propugnando como sanção geral para os contratos e autocontratos em conflito de interesses a anulabilidade (mas, também na hipótese de falta de poderes, propende Maria Sara R. Pinto para uma forma de ineficácia funcionalmente equivalente à anulabilidade; em todo o caso, a possibilidade de revogação pelo outro contraente, prevista no art. 1259 do Código Civil espanhol, estaria afastada nos casos de conflito de interesses).

⁴¹ Cfr., ainda, entre muitos, D. Barbero, *Il Sistema del Diritto Privato*, Torino, 1993, pág. 234; Galvão Telles, *op. cit.*, págs. 314 e s.

⁴² Assim formula a questão J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General*, III, Madrid, 2005, pág. 306.

tintas e autónomas⁴³ e as correspondentes declarações⁴⁴ (e não se poderá falar, com propriedade, de emissão e de recepção da ou das declarações que integram o negócio ou contrato⁴⁵). Daqui resultaria inclusive, para alguns, que o contrato consigo mesmo traduziria uma verdadeira contradição nos termos, uma “absurdidade jurídica”.

Mas esta linha de pensamento padece de algum simplismo ou até apriorismo. Haverá antes que considerar que “a unidade de sujeito não se revela logicamente incompatível com a dualidade de papéis e, assim, com o facto de, a cada papel, corresponder (sobre a base da diversidade dos interesses) uma autónoma participação no contrato”⁴⁶. Propõe-se

⁴³ Negando expressamente a existência de um contrato, por aqui não se poderem identificar duas vontades, por exemplo, G. Pacchioni, *Della Gestione degli affari altrui*, Padova, 1935, pág. 128.

⁴⁴ W. Flume, *op. cit.*, pág. 816, afirma que no negócio consigo mesmo existem apenas formal, não materialmente (“der Sache nach”), duas declarações de vontade. E junta: “Das Selbstkontrahieren des Vertreters ist ebenso wenig ein Vertrag wie z. B. die Auflegung eines Vertrages durch Verwaltungsakt. Das positive Recht bestimmt aber, daß durch das Selbstkontrahieren, soweit es zugelassen wird, in gleicher Weise Rechtsfolgen begründet werden können, wie es für die vertragliche Gestaltung vorgesehen ist”. O que explicará que aí não se pudesse conceber um dissenso. Mas à mesma conclusão se chegará aliás partindo de premissas diferentes, como à frente veremos.

A latere, junte-se que um contrato formal exigindo a assinatura de ambas as partes, se celebrado como negócio consigo mesmo, apenas requererá uma assinatura do representante.

⁴⁵ O que levou, como se sabe, A. Manigk (cfr., por exemplo, *Das rechtswirksame Verhalten: systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts*, Berlin, 1939, págs. 398 e ss.) a integrar o negócio consigo mesmo nos chamados “negócios de actuação” (categoria cuja justificação, aliás, nunca se impôs totalmente, apesar da denodada defesa do seu “inventor”). Cfr. ainda A. von Tuhr, *op. cit.*, pág. 362.

⁴⁶ F. Messineo, *op. cit.*, pág. 210. Ainda, por exemplo, S. Pugliatti, *Contratto con se medesimo. Rappresentanza e conflitto di interessi* (inicialmente publicado em Foro della Lombardia, anno I, fasc. 2; agora em *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, a cujas páginas se referem as citações aqui feitas), pág. 316, que indica mesmo que seria a noção de contrato que haveria de ser revista para aí se conter o autocontrato.

No direito alemão, entre muitos, L. Ennecerus / H. C. Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, Tübingen, 1960, pág. 1109. Entre nós, por exemplo, Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, *Acções e Factos jurídicos*, Coimbra, 1999, pág. 247, indica ser muito duvidoso que nas hipóteses de representação dupla não existam duas partes e que, se se vir como característica do contrato consigo mesmo haver um só agente, nada há que leve a erigir como princípio axiomático que todo o contrato tem de ter mais de um agente.

Também entendem inexistirem razões para rejeitar a natureza contratual Galvão Telles, *Dos contratos...*, *loc. cit.*; e Vaz Serra, *op. cit.*, pág. 180, que, acostando-se às opiniões

ainda, para afastar a referida objecção, a distinção entre parte (“centro de interesses”) e sujeito da actuação, constatando-se então que uma parte pode ser constituída por várias pessoas e uma pessoa pode “encarnar” várias partes⁴⁷. Por outro lado, não falta quem mantenha a existência de duas vontades⁴⁸ ou, pelo menos, duas declarações distintas⁴⁹

de Galvão Telles e Ennecerus / Nipperdey, afirma que a validade do contrato consigo mesmo não é incompatível com a essência do contrato (onde não seriam necessárias duas vontades mas apenas duas ou mais declarações), nem com a da representação.

⁴⁷ Ver, por exemplo, E. Betti, *op. cit.*, pág. 83, entendendo por parte (em sentido material) “o sujeito do interesse regulado com o negócio”, a quem seria imputado o acto de autonomia negocial. No contrato consigo mesmo teríamos um negócio bilateral quer na estrutura quer na função.

Em termos mais gerais, tem a doutrina italiana posto em destaque a possibilidade de contratos de “formação unilateral”. Cfr., em geral, sobre as questões aqui envolvidas, por R. Sacco, *Il contratto*, in Tratt. di dir. civ. italiano, diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, págs. 15 e ss. (terá sido o autor a cunhar a expressão acima utilizada), C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, *passim*, e *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1972, págs. 24 e ss.; Caressi, *Gli atti plurisoggettivi*, Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1957, págs. 1291 e ss.

⁴⁸ Sustenta que no contrato consigo mesmo existem duas declarações e duas vontades distintas, L. Mosco, *op. cit.*, págs. 367 e ss. (recorrendo aos pressupostos filosóficos idealistas, sobretudo de Croce, sobre o fenómeno volitivo).

Contudo, isso não levaria, por exemplo, a admitir a possibilidade de dissenso. Com efeito, Mosco restringe a função das duas declarações contratuais, que no contrato consigo mesmo supõe ainda presentes, apenas à manifestação para o exterior da vontade, prescindindo da outra função que normalmente as declarações preenchem num contrato, qual seja a de, mediante o seu conhecimento recíproco, alcançar-se o *in idem placitum*: no contrato consigo mesmo, a um conhecimento mediato e externo substituir-se-ia um conhecimento imediato e interno.

Note-se, *a latere*, e independentemente da discussão sobre a “natureza” do contrato consigo mesmo, que certas faltas e vícios da vontade estarão aí excluídos (pelo menos na sua configuração normal), nomeadamente uma reserva mental (esta, quando conhecida, logo configurará uma simulação; e na simulação, de resto, só translatamente se falará de acordo simulatório, a menos que a intenção simulatória esteja presente não no representante, mas nos representados), um dolo ou coacção proveniente de uma das partes, um erro na declaração (que aí se tenderá a transmutar numa *falsa demonstratio*), ou um erro conhecido (um erro sobre os motivos será sempre um erro bilateral, e, porventura, relevará nos termos do art. 252.º, n.º 2). Em todo o caso, haverá que, perante a singular configuração das hipóteses do negócio consigo mesmo, ponderar a necessária adaptação das condições de relevância da falta e vícios da vontade (e, claro, também da própria eficácia das declarações e da sua interpretação). Cfr., sobre este aspecto, que aqui prescindimos de desenvolver, L. Mosco, *op. cit.*, pág. 370 e ss.; e U. Hübner, *op. cit.*, págs. 167 e ss.

⁴⁹ É, por exemplo, a opinião de von Tuhr, *op. cit.*, págs. 360 e s., que mantém que no con-

Mesmo assim, muitos autores repudiam a tese contratual, julgando preferível identificar no negócio consigo mesmo um acto unilateral^{50 51}. Só que também dentro de tal concepção surgem complicações. Desde logo, haverá que explicar como pode um acto unilateral produzir os efeitos (ter o conteúdo e a finalidade) de um contrato^{52 53}.

trato consigo mesmo haveria inequivocamente duas declarações sustentadas embora numa mesma decisão do representante. O que bem se comprovaria tratando-se de declarações formais: aí, o contrato poderia até não se concluir se as declarações não coincidissem.

⁵⁰ Ou, porventura, um “quase-contrato”.

⁵¹ Como já indicámos, é essa no essencial a posição de Rümelin, de Hupka e de Flume. No mesmo sentido, entre os autores mais antigos, F. Regelsberger, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, pág. 545, que escreve: “Niemand kann mit sich selbst einen Vertrag schließen, auch nicht in Vertretung des andern Beteiligten oder in Vertretung bei der Parteien. Hieran darf nicht irre machen, dass es Thatbestände mit vertragsähnlichen Wirkungen giebt, bei welchen nur der Wille einer Person thätig geworden ist. So kann der Vormund eine zwischen ihm und dem Mündel bestehende Schuld ohne Dazwischenkunft anderer Personen durch Zahlung tilgen oder aus dem seiner Verwaltung unterstehenden Mündelvermögen ein Darlehn entnehmen. Das pflegt man wohl ein Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst zu nennen. Allein es liegen in Wirklichkeit einseitige Rechtsgeschäfte vor mit Wirkungen, welche gemeinhin an Verträge geknüpft sind. Diese Erscheinungen um der Wirkung willen künstlich in ein Vertragsgewand zu pressen, ist ebenso verfehlt, als ihnen wegen der mangelnden Vertragsnatur die rechtliche Wirkung abzusprechen. Wie weit freilich im heutigen Recht die Anerkennung derartiger Rechtsgeschäfte reicht, nur für den einzelnen Fall und jedenfalls mit Vorsicht zu losende Frage”.

Embora sem fornecer uma caracterização dogmática alternativa, na doutrina austríaca, também F. Gschnitzer, *op. cit.*, págs. 784, sustenta que o contrato *a semet ipso* “contradiz a essência do contrato, que se aperfeiçoa mediante a actuação conjunta e concorrente dos contraentes”.

⁵² Assim, por exemplo, L. Mosco, *op. cit.*, pág. 364. Porventura, em tal objecção vai envolvida uma petição de princípio, como já o denunciou Rümelin.

Vale a pena transcrever a este propósito um trecho de Luis Díez-Picazo, *op. cit.*, págs. 205 e s. (por referência aliás ao pensamento de De Castro): “La originalidad de Rümelin, dice Castro, consiste en observar que el problema teórico tenido en cuenta al debatir el autocontrato, envuelve una petición de principio, que aparece clara cuando se formula la siguiente pregunta: ¿no es posible, en ciertas circunstancias, que aquella situación, que normalmente es contractual y que normalmente nace de un contrato, pueda producir esos mismos efectos contractuales a partir de un negocio jurídico unilateral? En pura teoría, parece claro que la respuesta al interrogante es afirmativa. La acepta De Castro, quien apunta además que debe tratarse de superar la vieja concepción de la autocontratación dándole una mayor amplitud. La autocontratación aparece en todos aquellos casos en que una persona tiene un poder dispositivo sobre dos patrimonios independientes. De esta suerte, el autocontrato es un negocio jurídico unilateral que surge cuando, estando dos patrimonios independientes sometidos a una persona, que tiene

un poder de disposición sobre ambos, esta persona, dentro de los límites de su poder de disposición sobre ambos, crea entre ellos relaciones obligatorias.

La calificación del autocontrato como un negocio jurídico de carácter unilateral, que es sin duda alguna la más exacta desde el punto de vista de un análisis tanto estructural como funcional del fenómeno, dada la forma en que éste se produce y manifiesta hacia el exterior: tropieza, sin embargo, con las dificultades normativas en aquellos Derechos positivos como el nuestro que no contienen ninguna regla en orden a su admisibilidad. Y ello ocurre especialmente en virtud de la dificultad que tiene la consideración del negocio jurídico unilateral como fuente de constitución de relaciones jurídicas obligatorias. [...] Ha de observarse que en estos negocios unilaterales, considerados usualmente como fuente de obligaciones, se trata siempre de una obligación simple, en la cual hay únicamente una deuda a cargo del declarante y un crédito a favor del destinatario. Las cosas ocurren de manera muy distinta en la autocontratación, donde, en la mayor parte de los casos se trata de crear una relación obligatoria de carácter bilateral o recíproco, con prestaciones, créditos y deudas a cargo de ambas partes, como es, por ejemplo, la derivada de una compraventa o de un arrendamiento. De este modo, la caracterización del autocontrato como negocio jurídico unilateral salva el obstáculo dogmático – unidad de voluntad y unidad o diversidad de actos volitivos, pero nos mete de lleno en el callejón sin salida de la admisibilidad de la figura, en razón a que, de acuerdo con el artículo 1.089 del CC sólo el contrato es verdadera fuente de obligaciones y el contrato exige el consentimiento de dos o más personas.

Por ello, hay probablemente que volver al punto de partida. Cualquiera que sea la configuración que al acto se le quiera dar desde el punto de vista voluntarista, lo que hay que dilucidar desde el punto de vista jurídico es si la reglamentación dictada por el autocontratante debe valer como una *lex privata* en la medida en que éste ostente un especial poder de representación o de disposición sobre la esfera jurídica declarante. En la medida en que esto sea así, la relación jurídica creada por el acto y la reglamentación contenida en la *lex privata* es equiparable a la de un contrato. Creo por ello que puede hablarse en puridad de autocontratación. Se resuelve y se supera así el problema de los límites de esta admisibilidad y cuestión se debe trasladar a la fijación de los límites de esta admisibilidad y, de modo particular, a analizar el conflicto de intereses que la autoentrada del representante puede originar, así como preservar la inmunidad del representado frente a cualquier lesión que pueda experimentar. Como consecuencia del comportamiento del representante”.

Por su vez, Flume, *op. cit.*, pág. 816, destaca: “Das Selbstkontrahieren ist etwas Außergewöhnliches, und dieses Außergewöhnliche besteht darin, daß durch einen der Beteiligten ein Rechtsverhältnis gestaltet wird, für das die Rechtsordnung gewöhnlich – und nicht ohne Grund – das Zusammenwirken der Beteiligten verlangt. Die Außergewöhnlichkeit des Selbstkontrahierens, dessen Anerkennung nicht schon eine selbstverständliche Folge der Anerkennung der Stellvertretung ist, muß man sehen, um der rechtlichen Problematik des Selbstkontrahierens gerecht werden zu können”.

⁵³No direito português, logo ocorrerá porém invocar o disposto no art. 951.º, n.º 2, onde a lei prescinde da aceitação do donatário, isto é, dos seus representantes legais (embora se possa entender que aí a aceitação como que é presumida).

Paralelamente, mas noutro plano, coloca-se a questão da necessária reconhecibilidade ou manifestação para o exterior, pois não se vê que um negócio *in mente, in forum internum*, possa assumir relevância jurídica^{54 55}. A dificuldade surge, claro, no caso de um negócio consensual e sem exigências de publicidade. Tratando-se de um negócio solene, o embaraço prende-se antes com a contingência de, nalgumas circunstâncias, o documento vir a ser destruído pelo procurador⁵⁶, ou poder ser com muita facilidade ulteriormente alterado ou até só mais tarde exarado^{57 58 59}.

⁵⁴ É essa, no fundo, a razão pela qual já Leonhard, *Besprechung von "Das constitutum possessorium im römischen und heutigen Rechte. Ein civilistischer Versuch von Dr. Isidor Harburger"*, Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 23, NF Bd. 4, pág. 327, considerava inviável o contrato consigo mesmo: a isso se opunha a necessária "exterioridade" do "convenire".

⁵⁵ Cfr., por exemplo, Jäger, *Teleologische Reduktion des § 181 BGB*, Frankfurt am Main, 1999, págs. 28 e ss., 58 e s e 122.

Na Alemanha, frequentemente, o problema é colocado de modo diferente consoante se trate de negócios de disposição, e da tradição da coisa, ou de negócios obrigacionais. Ver E. Schilken, *op. cit.*, págs. 240 e s.

⁵⁶ Cfr. Hupka, *Vollmacht, cit.*, pág. 278, autor que, além da exteriorização inequívoca de um *animus disponendi* sério – que vá para além de um mero "monólogo" –, exige que o acto não possa ser posteriormente desprovido de efeitos por uma retractação não fiscalizada, e assim, por regra, só considera viáveis os negócios consigo mesmo que ocorram perante um juiz, um notário, ou conservador do registo ou perante os representados. Na sequência do pensamento de Hupka, mas levando-o até mais longe, vai o Código Civil grego no Art. 235, 2, exigindo, quando excepcionalmente o contrato consigo mesmo é admissível, forma notarial. Contudo tal exigência é tida na doutrina por demasiado severa, entendendo-se que a falta de forma pode ser remediada pela posterior aprovação do contrato. Cfr., com indicações, Penélope Agallopoulo, *Basic Concepts of Greek Civil Law*, Athens, 2005, pág. 177.

Criticando, com razão, quer a solução proposta por Hupka, quer a consagrada na lei grega, Vaz Serra, *op. cit.*, págs. 244. Julgamos contudo que, se o conhecimento efectivo por um terceiro não é necessário, pelo menos o será a possibilidade de tal conhecimento. Cfr. Flume, *op. cit.*, pág. 810.

⁵⁷ Alguma doutrina preconiza (cfr., por exemplo, E. Schilken, *op. cit.*, pág. 241) que do documento se deve poder retirar que o negócio foi concluído pelo representante consigo mesmo.

⁵⁸ E aqui não deixarão de avultar os interesses de terceiro (nomeadamente dos credores das partes).

Observe-se que o art. 270.º-F do Código das Sociedades Comerciais, quanto ao contrato do sócio com a sociedade unipessoal (onde se dá uma "conglomeradação de papéis", existindo uma "identidade económica" apesar da "duplicação da personalidade jurídica

O problema, vale a pena observá-lo, tem uma certa afinidade com o das hipóteses do art. 234.º, onde se prescinde da declaração de aceitação, mas não de uma qualquer conduta reveladora da intenção negocial. Mas, se no art. 234.º o momento da conclusão do contrato parece ser (pelo menos nos dizeres da lei) o do início da conduta da contraparte, no negócio consigo mesmo talvez se possa admitir, se houver circunstâncias que nesse sentido deponham, que a conclusão seja reportada a um momento anterior⁶⁰.

VI. Atendendo ao fundamento atrás fixado da proibição do negócio consigo mesmo, são relativamente fáceis de entender as excepções contempladas pela lei.

ca”, e onde, por isso, não se põe um problema de colisão de interesses entre as partes, mas sim de protecção de terceiros e em geral da segurança do tráfico jurídico), impõe a sua redução a escrito (a não haver outra exigência de forma), devendo ainda os documentos de que constem ser patenteados conjuntamente com o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas, sob pena de nulidade do negócio.

Em estrito rigor, repare-se, o contrato celebrado ente o único sócio e a sociedade, dada a personalidade própria desta, só constituirá um negócio consigo mesmo (mas aqui a fusão de qualidades é ainda maior, pois a sociedade tende a identificar-se, pelo menos em termos económicos, com o sócio) se a sociedade for representada pelo sócio (gerente, no caso) ou se o gerente, que não seja o sócio, actuar ainda como procurador deste. Neste contexto, e em termos mais gerais, refira-se a hipótese – que também extrapolará do negócio consigo mesmo e da respectiva disciplina – de o titular de dois patrimónios separados realizar um negócio “entre” ambos.

⁵⁹Do problema da reconhecibilidade da conclusão é de distinguir o do conteúdo do contrato consigo mesmo, defendendo-se a sua avaliação segundo as regras gerais (sobre a aplicação neste domínio da regra da *falsa demonstratio*, cfr. BGH, NJW, 1991, págs. 1730 e s.).

De um modo mais geral, serão aplicáveis ao negócio consigo mesmo a generalidade das disposições sobre as declarações negociais (cfr. W. Thiele, *op. cit.*, págs. 1388 e s.). Nomeadamente, a possibilidade de ocorrência de faltas e vícios da vontade não é de excluir. Contudo, não haverá, por exemplo, espaço para uma reserva mental ou um erro na declaração por a “outra parte” conhecer a vontade real (exceptue-se a hipótese de intervenção de um sub-representante). Sobre isto, em pormenor, L. Mosco, *op. cit.*, págs. 370 e ss.

⁶⁰ Cfr. Flume, *op. cit.*, pág. 810.

De resto, talvez o paralelo mais exacto seja aqui com as comuns declarações não recepções (e na exigência que também para estas se põe de certeza e definitividade). Cfr. L. Mosco, *op. cit.*, págs. 372 e ss. (que acentua a necessidade de ter em conta as particularidades dos singulares tipos de negócios e dos diversos concretos casos).

A primeira decorre da segunda parte do n.º 1 do art. 261.º, onde se dispõe que o negócio não é anulável quando *a priori* seja inviável um conflito de interesses, quando o negócio “*por sua natureza exclua a possibilidade de um conflito de interesses*”^{61 62}.

Observar-se-á, antes de mais, que tal exceção se revela bem mais ampla do que a prevista no art. 1395 do Codice Civile (“o conteúdo do contrato seja determinado de modo a excluir a possibilidade de um conflito de interesses” – conquanto autores italianos hajam que entendem não ter a enumeração legal das exceções carácter taxativo, fazendo relevar, para tornar permitido o contrato consigo mesmo, todas as situações onde inexistia uma situação de conflito de interesses⁶³). O mesmo se pode dizer por comparação com o disposto, a este propósito, no Art. 3:68 do Burgerlijk Wetboek⁶⁴: “[...]estar o conteúdo do negócio a celebrar determinado de modo tão preciso que um conflito entre os interesses de ambos [*scl.*, do representante e do representado] esteja excluído”.

Em todo o caso, um dos grupos de hipóteses mais relevantes em jogo diz precisamente respeito àquelas situações onde o conteúdo do

⁶¹ Itálicos nossos.

⁶² Como observa Ansgar Schott, *op. cit.*, pág. 123 (discorrendo a partir da fórmula, adoptada pela jurisprudência superior suíça, de que o negócio consigo mesmo é permitido sempre que a sua natureza exclua um prejuízo para o representado): “Es geht [...] also darum, nach ‘Geschäftsnaturen’ zu suchen, die diesen Ausnahmetatbestand erfüllen. Theoretisch ist der Ausnahmekatalog unbegrenzt. Die langjährige deutsche, österreichische und schweizerische Praxis und Doktrin haben jedoch eine bestimmte Anzahl solcher Fallgruppen herausgearbeitet, so dass aus praktischer Sicht gleichsam von einem ‚Numerus clausus‘ ausgegangen werden kann. Es handelt sich namentlich um folgende Fallgruppen, die es genau er zu untersuchen gilt: Insichgeschäfte zwecks Erfüllen einer Verbindlichkeit, Insichgeschäfte zu Markt- und Börsenpreisen, Insichgeschäfte zum Vorteil des Vertretenen sowie Insichgeschäfte bei bestimmten Steigerungskonstellationen”. E acrescenta ainda, o que também se aplicará com as devidas adaptações ao direito português: “Das Geschäft, das es dabei zu untersuchen gilt, ist immer ein konkretes, weshalb innerhalb einer Fallgruppe unter Umständen differenziert werden muss. Nur die Frage des Vorliegens oder Fehlens der Gefahr einer Interessenkollision unterliegt einer abstrakten Betrachtungsweise. Die Benachteiligungsgefahr im konkreten Fall interessiert nicht, sondern es wird nach der ‘Regel des Lebens’ entschieden, was wiederum ein Wertungsbegriff ist”.

⁶³ Cfr., por exemplo, F. Tessitore, *op. cit.*, pág. 181.

⁶⁴ Código Civil neerlandês (na versão que resulta da reforma iniciada em 1970).

Ocorre notar que o referido preceito, se tomado à letra, só contempla a hipótese do auto-negócio.

negócio representativo está suficientemente predeterminado para que não subsista a possibilidade de prejuízo (*rectius*, de um prejuízo que resulte propriamente do contrato consigo mesmo) para o *dominus*⁶⁵. Haja em vista o seguinte exemplo: um empregado compra alguns objectos no estabelecimento onde trabalha ao preço tabelado e nas condições *standard*⁶⁶. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁶⁷ figuram ainda a situação de o procurador ter poderes para cobrar dívidas e cobrar a sua e de o empregado da bilheteira de uma casa de espectáculos comprar para si um bilhete.

Outro grupo de casos (que aliás parcialmente se sobrepõe às situações anteriores) respeitará ao cumprimento de uma obrigação prévia (de conteúdo definido)⁶⁸. Por exemplo, o “caixa” da empresa que, no final

⁶⁵ Deve advertir-se que nalguns casos pode ser (especialmente) relevante a própria oportunidade, decisão e momento da conclusão do negócio ou mesmo outros elementos, que então deverão estar também predeterminados. Cfr. ainda o que se expõe na nota seguinte.

⁶⁶ Repare-se, porém, que a mera indicação do preço pelo *dominus* nem sempre será suficiente, desde logo porque o representante poderá não procurar um melhor preço que doutro modo poderia obter.

De resto, nestas e até noutras hipóteses em que exista um preço de mercado (ou na bolsa), poderá chamar-se à colação o disposto no art. 883.º do Código Civil, e estabelecer porventura uma analogia com o disposto no art. 274.º do Código Comercial (a cuja disciplina adiante voltaremos). Mas a existência de um preço de mercado não bastará só por si, parece-nos, para concluir pela admissibilidade do negócio consigo mesmo (e, desde logo, estarão afastados negócios a crédito, sendo o pagamento deferido da parte do representante). Demais, não se omitirá o risco de o comissário especular à custa do comitente com diferenças de valor ou cotação (omitindo o negócio feito com o terceiro). No caso do negócio consigo mesmo, estará em causa, paralelamente, a decisão sobre o momento da conclusão do negócio (que pode não ser, no que respeita ao valor ou preço dos bens, o mais favorável ao representado).

Sobre esta problemática, a que aqui apenas se alude, cfr. Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 131 e ss., que exige ainda que o representado “den Geschäftsabschluss regulär gewollt haben konnte”.

⁶⁷ *Código Civil Anotado*, I (Arts. 1.º a 761.º), Coimbra, 1987, pág. 244. Tais exemplos são aliás recorrentemente figurados. Encontram-se, por exemplo, em von Tuhr, embora aí o segundo exemplo se refira a um bilheteiro dos caminhos-de-ferro.

⁶⁸ O “pagamento a si próprio” já era, de resto, admitido no direito romano. Cfr. Dig.26.7.9.7, Ulpianus 36 ad ed.: “Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecunia poterit obligare sibi mutuum proscribendo”.

E admitia-se, em especial, o negócio consigo mesmo tratando-se do pagamento de dívidas, do recebimento de um mútuo ou de vendas em leilão (*ex auctione*).

do mês, passa a si próprio um cheque correspondente ao seu ordenado. Ou um contrato consigo mesmo que constitua o cumprimento de um contrato-promessa.

Essa é, aliás, uma das hipóteses adrede previstas no BGB, no § 181, em que se admite o negócio consigo mesmo quando consistir ele exclusivamente no cumprimento de uma obrigação (“*Verbindlichkeit*”).

E vale a pena registar, seguindo a recente doutrina alemã⁶⁹, que se mostra indiferente realizar-se o cumprimento em face do representante, perante o representado, ou ante um “terceiro” (na representação dupla)⁷⁰. Também não importará que a obrigação provenha da lei ou dum negócio jurídico. Sendo, porém, necessário, no caso de cumprimento pelo representado, que a obrigação exista efectivamente e seja exigível judicialmente, não procedendo contra ela qualquer excepção (por exemplo, a *exceptio non adimplenti* ou a excepção de prévia excussão). Além disso, o objecto da prestação terá de estar determinado (ou a sua determinação caber ao representante devedor)⁷¹. De um modo geral, equiparar-se-á ao cumprimento a compensação (mas já não a dação em cumprimento, que é susceptível de prejudicar o representado) pelo procurador, quer em nome próprio, quer em nome do representado⁷².

Cfr., com indicações, Rümelin, *op. cit.*, págs. 39 e ss. e 206 e ss.; A. Wacke, *Selbstkontrahieren im römischem Vertretungsrecht*, in *Iuris professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Köln, 1986, págs. 289 e ss.; U. Hübner, *op. cit.*, págs. 28 e ss.; L. Enneccerus / H. C. Nipperdey, *op. cit.*, pág. 1109, nota 5; G. Balbi, *La Stipulazione...*, *cit.*, págs. 66 e s.

69 Ver, por exemplo, E. Schilken, *op. cit.*, págs. 190 e s.; W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1388; H. Heinrichs, *op. cit.*, pág. 189.

Em sentido semelhante, com referência à anterior doutrina alemã, já Vaz Serra, *op. cit.*, págs. 228 e ss.

⁷⁰ Cfr., todavia, para a eventual diferente problemática subjacente aos casos em que o representante é o devedor e aqueles em que surge como credor, Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 124 e ss.

⁷¹ E a mesma exigência ainda se fará quando se trate do cumprimento de uma obrigação genérica ou alternativa do representante.

⁷² Reservas à possibilidade de compensação só se justificariam se estivesse aquela na dependência ou critério de apenas uma das partes. O que não sucede no nosso direito, onde qualquer das partes pode impor a compensação à outra (cfr. art. 847.º, n.º 1; embora a compensação não opere *ipso iure*, como no domínio do Código de Seabra se previa). A única dúvida que aqui poderá surgir refere-se às hipóteses de representação dupla.

Cfr. ainda, para o direito anterior, Vaz Serra, *op. cit.*, págs. 229 e s.

Por fim ⁷³, conspicuamente dentro das hipóteses onde um conflito de interesses fica arredado pela natureza do negócio, refiram-se aquelas em que este assume carácter puramente gratuito, com vantagem para o representado ^{74 75}. Tome-se como situação paradigmática a aceitação, em nome de outrem, de uma doação pura ^{76 77}. Ou, se se qui-

⁷³ Sobre a configuração e admissibilidade do negócio consigo mesmo em leilões ou has-tas públicas, cfr., *amplius*, Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 160 e ss.

Para o direito português, notar-se-á que a lei, por vezes, sente necessidade de explicitar que certas proibições de adquirir (no domínio das “incapacidades jurídicas relativas”) dizem inclusive respeito às situações em que os bens são vendidos em hasta pública.

⁷⁴ Já anteriormente se referiu que, para tais casos, se procede no direito alemão a uma restrição teleológica da regra da inadmissibilidade do negócio consigo mesmo. Será necessário contudo, segundo o entendimento aparentemente dominante, que do *tipo de negócios*, em que aquele se insere, decorra estritamente e apenas uma *vantagem jurídica*. A doutrina alemã tende, de resto, a importar para o domínio do negócio consigo mesmo a problemática da regulamentação dos negócios para os quais o menor não carece do consentimento dos seus representantes (cfr. § 107 BGB). Note-se ainda que o problema está no ordenamento alemão “sobrecarregado” com a distinção entre negócios obrigacionais e negócios de cumprimento. Cfr., por todos, W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1378; K.-H. Schramm, *op. cit.*, pág. 1796 (excluindo também a aplicação do § 181 aos *neutrale Geschäfte*); e Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 142 e ss. (com um exame relativamente detalhado da questão, para os direitos alemão e suíço, onde se preconiza uma avaliação não restringida a uma consideração estritamente jurídica).

⁷⁵ Como se compreende, nunca poderá tal circunstância (*scl.*, carácter puramente gratuito, que não se confunde, claro, com o facto de um negócio se revelar vantajoso para ambas as partes; mas, por exemplo, tratando-se de uma doação, o negócio consigo mesmo em representação do doador dever-se-á, porventura, ter por viável em vista da pre-determinação do conteúdo exigida para a admissibilidade da própria representação, nos termos do art. 949.º, n.º 1) ocorrer de ambos os lados, se se tratar de uma hipótese de representação dupla. Contudo, a anulação do negócio só caberá ao representado para o qual o negócio não seja puramente vantajoso. Cfr. U. Hübner, *op. cit.*, pág. 156.

⁷⁶ Já se recordou que o art. 951.º, n.º 2 (veja-se no direito suíço o § 19 II ZGB) dispõe que as doações puras feitas a incapazes não carecem de aceitação (*rectius*, independentemente dela, produzem efeitos em tudo o que aproveite aos donatários).

Repare-se que, diferentemente, as doações com encargos, embora a lei circunscreva a obrigação de cumprimento do encargo aos limites do valor da coisa ou direito doado, não estarão isentas de riscos para o donatário (mormente se este não cumpre o encargo). Cfr. U. Hübner, *op. cit.*, págs. 147 e s.

L. Mosco, *op. cit.*, pág. 399, quer inclusive afastar a possibilidade de uma doação pura e simples feita pelo representante em nome do representado, por um eventual interesse de conveniência, moral ou de outra espécie, deste último, em não a aceitar. Mas já julga admissível um contrato de comodato ou de depósito gratuito realizado com conveniência do representado, especialmente se a procuração tiver sido concedida por tempo prolongado.

ser figurar um exemplo com um negócio unilateral (que nunca se traduzirá numa desvantagem para o representado), imagine-se uma confirmação de um negócio anulável feita pelo representante em nome próprio mas recebida naquela qualidade. Ou, porventura, a exigência de cumprimento do mútuo gratuito em nome do mutuante.

VII. A outra excepção prevista na nossa lei, numa fórmula muito parecida com aquela de que se serviu o legislador italiano para consagrar uma excepção semelhante (“a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente” – art. 1395 do Codice Civile)⁷⁸ – ter o representado consentido (especificadamente) na celebração do negócio –, revela-se mais do que intuitiva: o representado será, aqui como em geral, o melhor juiz ou senhor dos seus interesses, podendo renunciar à protecção que o art. 261.º lhe concede. E haveria que a aceitar mesmo na falta de uma expressa previsão. Repare-se ainda, como atrás se referiu, que nalgumas circunstâncias a possibilidade do autonegócio serve directamente os interesses do *dominus*.

⁷⁷Duvidoso é se a possibilidade de um conflito de interesses se encontra necessariamente afastada no caso de a procuração ter sido conferida (também) no interesse do representado ou de terceiro (na representação dupla). Mas, conforme observa Pedro de Albuquerque, *op. cit.*, págs. 937 e s., nota 1475, não se deve recusar totalmente tal contingência, como se comprova na eventualidade de o procurador utilizar a procuração, apesar de tudo, para uma finalidade diversa daquela que presidiu à intenção da sua concessão ou ao acordo subjacente. Por outro lado, manter-se-á a relevância do interesse do representado mesmo na procuração (também) no interesse do procurador (cfr. art. 265.º, n.º 3). Que, claro, o interesse do representado e o interesse do terceiro não tenham aqui que ser entendidos na mesma acepção (cfr., detalhadamente, sobre o ponto, L. Mosco, *op. cit.*, págs. 325 e ss.) só serve de resto para corroborar a ideia de que um afastamento do procurador da prossecução do interesse do representado também aqui releve.

⁷⁸Em termos mais amplos, o § 181 do BGB, cuja letra (“soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist”) abrange tanto o “consentimento” pelo representado (fala-se frequentemente de uma “Befreiung” da proibição ou restrição do autocontrato), como uma derrogação legal ou estatutária. No primeiro dos casos, costuma afirmar-se que tal “consentimento” traduz uma renúncia à protecção concedida pelo § 181, operada através de uma declaração unilateral, expressa ou tácita (embora o nexo de concludência tenha aqui que ser entendido em sentido estrito e, por isso, uma procuração geral não conterá tal consentimento), não formal, dirigida ao representante. Indica-se que se trata, afinal, de uma ampliação da procuração, conquanto não necessariamente integrada nesta, susceptível nomeadamente de ser concedida posteriormente através de uma *Genehmigung*. Cfr., por todos, K.-H. Schramm, *op. cit.*, págs. 1804 e ss.; E. Schilken, *op. cit.*, págs. 233 e ss.; W. Thiele, *op. cit.*, págs. 1386 e s.

Demais, o consentimento, dentro dos limites gerais da ordem pública e dos bons costumes, afastará a invalidade do negócio consigo mesmo ainda que seja manifesto que dele decorrerá um prejuízo para o representado (aqui não está, porém, em causa a exclusão de um conflito de interesses, mas a circunstância de este ter sido voluntariamente admitido pelo interessado).

Advirta-se, por outro lado, que não se mostra imprescindível estar semelhante consentimento⁷⁹ contido na procuração, nem ser concomitante com esta⁸⁰. Conquanto, por constituir uma ampliação do conteúdo dos poderes⁸¹, deva em alguns pontos seguir uma disciplina similar, nomeadamente quanto à forma⁸².

⁷⁹ Que constituirá uma declaração unilateral receptícia dirigida ao representante. Essa é, de resto, também a qualificação que defendemos para a procuração. Mas, tal como sucede na “procuração externa”, na representação dupla não se excluirá a protecção da confiança da contraparte numa declaração, do outro representado, afirmando a existência de tal consentimento.

Contra, porém, para o direito suíço, Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 181 e s.

⁸⁰ Num sistema como o nosso, nem se chegará (por o ponto carecer de utilidade prática; cfr., no entanto, a específica exigência quanto à confirmação feita no art. 288.º, n.º 2, última parte) a formular a questão da viabilidade de um assentimento *a posteriori* do negócio consigo mesmo. O que, de qualquer forma, sempre nos pareceria merecer uma resposta negativa.

⁸¹ De uma *natureza integrativa* fala igualmente F. Messineo, *Contratto con se stesso*, Enciclopedia del Diritto, X, págs. 209 e ss.

⁸² Isto entre nós, seguindo a procuração em princípio a forma do negócio a celebrar (art. 262.º, n.º 2). Nos ordenamentos, como o alemão e o suíço, onde para a procuração a lei não requer forma mesmo que o negócio a celebrar seja formal – resultando as exigências de forma neste contexto dos esforços da jurisprudência e da doutrina para atenuarem tal regra nas hipóteses em que, sendo o negócio a celebrar solene, da procuração decorra já uma vinculação do representado ou onde se trate de o proteger do risco de precipitação, obrigando-o a ponderar a decisão de concluir o negócio –, entende-se, maioritariamente, que tais escopos determinantes da forma (estando já satisfeitos com a observância da forma quanto à procuração) não abrangem o consentimento para o negócio consigo mesmo. Daí defender-se que o consentimento não carece de forma, ainda que solene seja o negócio a celebrar ou, inclusive, quando excepcionalmente a lei imponha certa formalidade para a procuração (admitindo-se porém aqui que as razões de ser da imposição da forma abrangam também a permissão para o negócio consigo mesmo). Cfr. E. Schilken, *op. cit.*, pág. 234; Schramm, *op. cit.*, pág. 1806; Knöchlein, *op. cit.*, pág. 73; Ansgar Schott, *op. cit.*, págs. 187 e ss.

No nosso direito, não se deixará de notar que o “suprimento” *a posteriori* da falta de consentimento para a celebração do negócio consigo mesmo, através da confirmação daquele não carecerá de forma, nos termos do art. 288.º, n.º 3. Claro que aí o represen-

Também ante a lei portuguesa coloca-se a questão⁸³ de se basta um consentimento *ad hoc* reportado à autocontratação ou se se revela ainda necessária a especificação dos elementos do negócio a concluir⁸⁴. Referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁸⁵ que o segundo entendimento defende melhor o representado, garantindo que este tenha consciência dos riscos que corre. Nesse sentido pode ainda, adjuvantemente, adir-se que, para a lei (noutros lugares – e logo ocorrerá aqui pensar

tado pode controlar o concreto conteúdo do negócio. Mas tal consideração não se afigura decisiva e prova até de mais, pois também se aplicaria à ratificação (para a qual a lei segue uma orientação distinta, impondo forma idêntica à da procuração). Por outro lado, não se deixará de considerar que uma procuração contendo o consentimento para o negócio consigo mesmo significa, em muitos casos, não obstante a possibilidade de revogação, em termos práticos quase uma vinculação definitiva (ou, pelo menos, quase uma proposta contratual), não se podendo esperar que a observância da forma no negócio celebrado pelo representante preencha verdadeiramente uma função de advertência ou de protecção. Isso deporia inclusive a favor de submeter tal procuração à forma do negócio a celebrar.

Tudo visto, manter-se-á a solução (“equilibrada”), preconizada no texto, de submeter o consentimento à forma da procuração.

⁸³ Embora porventura com menor acuidade do que na lei italiana, onde se pretende ainda evitar que a excepção da predeterminação do conteúdo absorva (pelo menos na prática, operar-se-ia uma *reductio ad unam*) a do consentimento específico, aí colocadas em alternativa (ver art. 1395 do Codice Civile). Cfr. L. Mosco, *op. cit.*, págs. 391 e ss. (que indica que a excepção da predeterminação se reporta aos casos de especificação *aliunde* do contrato, ou seja, não resultante da procuração); De Nova, *La rappresentanza*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno, Torino, 1988, pág. 412; C. Donisi, *op. cit.*, págs. 273 e ss.; Gabrielli, *Il requisito di specificatezza dell'autorizzazione a contrattare in conflitto di interessi: un eccesso di rigore moralistico*, Riv. Dir. Civ., 1999, pág. 547 e ss.; C. Tomassetti, *op. cit.*, págs. 271 e s.

Anteriormente ao Código de 1966, Galvão Telles, *O contrato entre a sociedade anónima*, cit., pág. 17, sustentou porém a inadmissibilidade de uma autorização para a contratação consigo mesmo não acompanhada da predeterminação das cláusulas do contrato (e sem ser indiferente para o representado da pessoa do outro contraente).

⁸⁴ A predeterminação estrita do conteúdo afastará as reservas a um negócio consigo mesmo (ao eventual conflito de interesses subjacente). E invoca-se ainda tal razão para excluir problemática semelhante no caso do nuncio; cfr. Galvão Telles, *Contratos*, cit., pág. 316. Mas, de qualquer forma, não se pode estabelecer um paralelismo perfeito. Numa “nunciatura dupla”, e sendo o intermediário nuncio activo e passivo de ambas as partes, a autoria das declarações não é sua. Um negócio consigo mesmo em sentido estrito só parece possível se o intermediário actuar como nuncio passivo. E aqui não se pode arredar liminarmente a possibilidade de um conflito de interesses.

⁸⁵ *Op. cit.*, I, anotação ao art. 261.º.

no regime das cláusulas contratuais gerais), e na própria linguagem comum, expresso e específico exprimem quesitos distintos (sendo o segundo termo “mais exigente” quanto ao meio declarativo).

Contudo, em face da *ratio* da norma (e à sua letra, embora um pouco equivocadamente, pois o específico consentimento é referido à “celebração”⁸⁶), não se exigirá a (completa) predeterminação do conteúdo do negócio. Parece bastar que o consentimento seja dado tendo em vista um singular negócio ou assunto, mesmo que o seu conteúdo não seja ponto por ponto (em relação a todos os elementos essenciais) prefixado, de modo a que, em todo o caso, o representado não possa ser surpreendido com efeitos ou riscos que não quis ou de que não podia ter tido consciência^{87 88}. A protecção pretendida não deve ser “imposta” para além disso.

⁸⁶ “[... A] menos que o representado *nisso* tenha especificamente consentido” (itálico nosso) lê-se no anteprojecto de Rui de Alarcão, BMJ, 138, pág. 77. Embora aí se remeta para o ensinamento de Vaz Serra (*Contrato consigo mesmo*, RLJ, 91, págs. 179 e ss. – especialmente págs. 227 e s.), que parece referir o consentimento simplesmente à contratação consigo mesmo (indicando ainda que um consentimento específico não implica necessariamente que ele seja prestado de modo expresso).

⁸⁷ Além disso, o consentimento reportar-se-á por regra tanto ao auto-negócio como à representação dupla. Mas, claro, pode o representado apenas consentir numa dessas modalidades.

⁸⁸ Cfr., para o direito italiano, os autores anteriormente citados.

Em especial, Gabrielli, *loc. cit.*, para além de acentuar os limites de uma eventual “protecção (em face) de si mesmo” (imposta pela lei ou pelos juízes), traça a este propósito um paralelo com a exigência de “menção do contrato” (interpretada como não impondo uma referência material ao conteúdo), no âmbito da confirmação, prevista no art. 1444 do Codice Civile, e considerada funcionalmente equivalente ao prévio assentimento (recorde-se que o contrato celebrado em conflito de interesses é no direito italiano anulável), e com a determinação necessária para que o mandato se possa qualificar de “especial”.

Por seu lado, L. Mosco, *op. cit.*, págs. 582 e ss., mantendo a necessidade de uma autorização e procuração específica, julga supérfluo o “grau máximo de especificação da procuração”. Mas exige, em todo o caso, reconhecendo embora a dificuldade de traçar um critério geral, que a procuração precise todos os elementos essenciais do tipo de negócio em causa. Por exemplo, para a compra e venda, o objecto e o preço. Noutros contratos, o próprio tempo e lugar teriam de ser determinados (paralelamente, aliás, ao que valerá para a excepção da predeterminação do conteúdo).

No texto, não vamos porventura tão longe como Mosco. Aliás, pode mesmo pôr-se em tela de juízo a solução de requerer um “consentimento especificado”. Para além de outras razões, porque a protecção do representado estará assegurada pelo recurso, que

De resto, temos por viável, embora difícil de ocorrer face à exigência legal de um “consentimento especificado”, que a permissão para o negócio consigo mesmo seja declarada de modo tácito^{89 90}.

E só ainda mais cautamente se deverá aceitar que o consentimento decorra da relação interna entre procurador e representado (e ele terá de estar aí igualmente previsto de modo especificado). Muito delicado se afigura o recurso ao art. 1162.º, a fim de considerar válido o contrato consigo mesmo ainda que não consentido directamente (nem insusceptível em abstracto de ofender os interesses do representado). Mas, nalguns casos, a ponderação dos termos da relação interna permitirá inferir um consentimento tácito.

mesmo aqui se manteria em certos casos, ao abuso de representação e aos termos da relação interna. Quer no direito alemão, quer no direito suíço, admite-se sem problemas, seja o consentimento (expresso ou tácito) para um concreto negócio consigo mesmo (falando-se aqui em “Zustimmung”), seja uma remoção geral da proibição do auto-negócio (falando-se então em “Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens”). Contudo, este último consentimento, sobretudo numa procuração geral, não será de presumir e deverá ser afastado em caso de dúvida. Havendo mesmo quem, quanto à viabilidade de uma procuração geral com a libertação de autocontratação, invoque um paralelo com a procuração geral irrevogável, devendo ambas ser consideradas inviáveis, por semelhantemente traduzirem uma “dependência excessiva”, operada por uma “renúncia” à possibilidade de controle do exercício dos poderes, do representado em face do arbítrio do representante.

⁸⁹ Ver o que já atrás se disse acerca do direito alemão (onde a “desenvoltura” em admitir um consentimento tácito, ou “conforme aos usos negociais”, decorre da estreiteza das demais exceções à proibição do negócio consigo mesmo). Em todo o caso, mesmo aí, exige-se um consentimento claro ou inequívoco (que, como já se registou, não estará implícito, por exemplo, numa *Prokura* ou numa procuração geral, onde, para mais, se impõem cautelas especiais dada a amplitude e discricionariedade concedida ao procurador). Cfr., além dos autores anteriormente citados, U. Hübner, *op. cit.*, págs. 117 e s.

⁹⁰ Por último, diga-se que um representante, podendo fazer-se substituir e tendo-lhe sido permitido o negócio consigo mesmo, também, em princípio, o poderá consentir ao seu substituto.

Na literatura alemã, coloca-se porém a interrogação de se o representante principal não poderá ratificar o negócio consigo mesmo concluído pelo sub-representante sem autorização para o efeito (por também àquele isso não ter sido consentido pelo representado). Faz-se valer, em tal situação, que a ratificação permite ao representante verificar a consonância do negócio com os interesses do representado (como o faria perante uma proposta provinda do sub-representante). Daí a melhor doutrina aceitar a possibilidade de ratificação (assim U. Hübner, *op. cit.*, pág. 110; contra Harder, *op. cit.*, 304 e s.). Entre nós, a questão coloca-se de maneira diferente, pois o negócio será anulável.

Paralelamente, aceitar-se-á, mas também com circunspecção, a eventualidade de da relação interna se concluir pela exclusão da possibilidade de um conflito de interesses (trata-se agora da outra excepção consagrada à proibição do negócio consigo mesmo). Para o que será, todavia, pelo menos necessário interpretar habilmente os dizeres da lei que reportam a exclusão da possibilidade de um conflito de interesses à natureza do negócio (representativo)⁹¹.

VIII. Não pretendemos aqui estudar *funditus* a figura do negócio consigo mesmo, mas sobretudo abordar um aspecto do seu regime legal, que, de resto, tem merecido especial atenção por parte da doutrina portuguesa.

A questão prende-se com a disparidade de tratamento do negócio consigo mesmo e da representação sem poderes ou do abuso dos poderes representativos. Enquanto o primeiro é anulável, nos termos que já conhecemos; nas duas últimas situações, a lei estatui a ineficácia do negócio.

O legislador não seguiu neste ponto a solução preconizada no anteprojecto de RUI DE ALARCÃO, que adoptava o regime da ineficácia⁹². À primeira vista, fez-se sentir a influência do Codice Civile (art. 1395) que estipula ser o negócio consigo mesmo anulável. Mas não se teria

⁹¹ Acolhe, sem grandes reservas, a ideia de que autorização para o negócio consigo mesmo decorra da relação interna, Pedro de Albuquerque, *op. cit.*, nomeadamente, pág. 944, nota 1494, assinalando que existe aí uma inegável intromissão ou repercussão da relação jurídica gestória sobre o poder de representação. O autor regista ainda (sem ressalvas) a possibilidade de a relação-base tornar o negócio representativo, “por sua própria natureza” (!), insusceptível de originar um conflito de interesses. Além disso, assinala que “muitos casos de consentimento para a realização de negócio consigo mesmo corresponderão a hipóteses nas quais se pode assistir a situações de verdadeira procuração dada no interesse do representante”.

Para o direito alemão, onde não existe o escolho da exigência de um consentimento especificado, ver, por exemplo, W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1386.

⁹² Aliás, em sentido idêntico já se pronunciara, antes do novo Código, a doutrina mais autorizada. Cfr. Ferrer Correia, *A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades anónimas*, RLJ, anos 95.º, 96.º e 97.º (o estudo foi posteriormente recolhido, com ligeiras alterações que resultam da confrontação com o Código Civil de 1966, em *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Coimbra, 1985, págs. 53 e ss., e é aqui citado nessa versão); Vaz Serra, *Contrato consigo mesmo*, págs. 244 e ss.

levado em conta o facto de, no caso de conflito de interesses (art. 1394 do Codice Civile), a lei italiana estatuir a anulabilidade, e não, como entre nós veio a ser consagrada, a ineficácia⁹³.

Considerar o negócio consigo mesmo anulável acarreta, logo se vê, a necessidade de uma iniciativa processual do representado, dentro de certo prazo (quando o negócio tenha sido cumprido), caso pretenda não ficar vinculado. E, como a ratificação (que opera por simples declaração dirigida à contraparte) é, em regra, muito mais simples do que a anulação, a solução da ineficácia mostrar-se-ia mais favorável ao representado⁹⁴.

⁹³No Código Civil brasileiro, ambas as figuras, isto é, representação em conflito de interesses (conhecendo ou devendo conhecer o terceiro tal facto) e negócio consigo mesmo (“salvo se o permitir a lei ou o representado), acarretam a anulabilidade (cfr. Arts. 117. e 119).

Para o direito alemão, hoje em dia, a doutrina e a jurisprudência reconhecem ser o negócio consigo mesmo “schwebende Unwirksam” e susceptível de “ratificação” (o que, claro, representa uma solução mais favorável para o representado, e, porventura, também para o representante). Aplicar-se-iam, quando menos por uma analogia imposta pela lógica intrínseca da lei, as disposições dos §§ 177 e 184 do BGB. Cfr., por todos, U. Hübner, *op. cit.*, págs. 104 e ss., que preconiza até uma “relativização” da ineficácia, ou seja, esta apenas seria invocável pelo representado, donde decorreria sobretudo que o representante não poderia repetir o que tivesse prestado antes da ratificação ou da negação desta; o autor questiona inclusive se não se mostraria preferível a solução de considerar o negócio anulável); e W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1385. Encontra-se, pois, superada a tese da nulidade do negócio consigo mesmo, admitida inicialmente pela jurisprudência do RG (RGZ 51, págs. 422 e ss.), ao entender estar em causa a violação de uma disposição legal imperativa (proibitiva).

⁹⁴Isto, porque no direito português a anulabilidade não se pode fazer valer mediante uma simples declaração dirigida à contraparte. Em todo o caso, no plano prático, as diferenças de regime entre a ineficácia e a anulabilidade far-se-ão sentir sobretudo se o negócio tiver sido cumprido (e porventura eficazmente, dispondo o representante de poderes para o efeito, os quais nem sempre estarão contidos nos poderes para concluir o negócio). Pois, doutro modo, a anulabilidade poderá ser invocada, tanto por via de acção como de excepção, a todo o tempo, nos termos do art. 287.º, n.º 2.

Note-se que a anulabilidade só a pode aqui arguir o representado (ou ambos os representados). E não, como é óbvio (cfr., aliás, art. 287.º, n.º 1), a contraparte ou o procurador. Contudo, o Codice Civile sentiu necessidade de prescrever expressamente que a impugnação do negócio apenas compete ao representado (cfr. art. 1395, II). Assim também o Art. 68, n.º 2, do Code Européen des Contrats – Avant-projet – 2001.

Por outro lado, cabe assinalar que a afirmação do texto – pretendendo traduzir, de algum modo, o pensamento de Vaz Serra transcrito na nota seguinte – de que a solução da ineficácia se mostra mais favorável ao representado, por a ratificação (que opera por

Para além disto, está principalmente em jogo a diferença de regime em relação à representação sem poderes e, em particular, em face do abuso da representação, para a qual faltaria qualquer justificação. Nesta ordem de ideias, fala-se de “uma contradição na lei se fosse interpretado à letra o n.º 1 do artigo 261.º”⁹⁵ e aventa-se a possibilidade “de

simples declaração dirigida à contraparte) ser, em regra, muito mais simples do que a anulação, tem que ser entendida habilmente. Ao dizer-se isto estão a comparar-se dois termos sem verdadeira correspondência. Em rigor, de acordo com a solução da lei portuguesa para o negócio consigo mesmo, a posição do representado é mais favorável se este pretende prevalecer-se do negócio, pois não tem aí que fazer coisa alguma (a mera inactividade, perante o conhecimento do negócio, não significará uma confirmação, mas precluirá a possibilidade de anulação decorrido o respectivo prazo); enquanto, a ser o negócio ineficaz, teria de o ratificar (o que, importa ainda ressaltar, nem sempre seria viável ou não produziria integralmente os efeitos pretendidos, designadamente por força da ressalva dos direitos de terceiros). Ao invés, se o representado não pretende manter o negócio (e este foi cumprido), aí sim impõe-se-lhe uma iniciativa processual ou o acordo com a contraparte; enquanto perante a ineficácia do negócio, poderia permanecer totalmente inerte.

⁹⁵ Isso mesmo pondera Vaz Serra, em *Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (Algumas considerações)*, RLJ 100, pág. 164. Lê-se aí a favor da solução da ineficácia: “Não obstante a diversidade das expressões usadas nos artigos 261.º e 268.º, poderia, por conseguinte, sustentar-se que o negócio consigo mesmo não permitido é ineficaz, e não anulável, porque esse negócio é, afinal, um acto celebrado em nome de outrem sem poderes de representação: nos poderes conferidos ao representante não está incluído o de contratar consigo mesmo (salvas as excepções do n.º 1 do art. 261.º) e, por isso, o caso é de representação sem poderes, a que é aplicável o artigo 268.º. Haveria, pois, contradição na lei se fosse interpretado à letra o n.º 1 do artigo 261.º, no qual, portanto, a palavra «anulável» quereria dizer «ineficaz». Acresce que, se o contrato fosse anulável, teria o representado que propor a acção de anulação dentro de certo prazo, caso pretendesse invalidá-lo (art. 287.º, n.º 1). O que seria para ele um incómodo tão grave que poderia preferir abster-se da impugnação. Assim, o contrato consigo mesmo seria ineficaz para o representado enquanto este não o ratificasse, não carecendo ele de intentar uma acção para obter a sua anulação. Mais ainda: o novo Código considera ineficaz o próprio negócio celebrado pelo representante com abuso dos seus poderes, se a outra parte conhecia ou devia conhecer o abuso (art. 269.º): ora, o negócio consigo mesmo, no qual o representante celebra o acto contra a proibição do artigo 261.º, é uma hipótese de abuso da representação ou, pelo menos, uma hipótese tão semelhante a essa que seria incoerente a lei que a subordinasse a um regime diferente do aplicável ao abuso da representação”.

Além disso, Vaz Serra indica que as duas soluções têm um ponto de partida diferente: na solução da ineficácia, assume-se como princípio que o representado não quer a eficácia do negócio (que, por isso, tem de ratificar, para o tornar eficaz); na solução da

corrigir, por via interpretativa, a solução dada pela lei relativamente ao negócio consigo mesmo”⁹⁶.

IX. Não concordamos por inteiro com as opiniões expostas.

Em primeiro lugar, parece-nos que a hipótese do negócio consigo mesmo se aproxima, no plano material, sobretudo do abuso da representação (o que é, aliás, mais ou menos expressamente, concedido pelos autores referidos; contudo, FERRER CORREIA⁹⁷ estabelece uma analogia apenas com a hipótese da falta ou excesso de poderes). Com efeito, em ambas as situações avulta a (possível) preterição dos interesses do representado, ou seja, um desvio à “funcionalização” do poder de representação⁹⁸. Desta perspectiva, não será totalmente inexacto afirmar que o negócio consigo mesmo constitui um caso particular da problemática do “conflito de interesses” na representação⁹⁹.

anulabilidade, parte-se da presunção de que quer a eficácia do negócio (que, portanto, tem de fazer anular, se não o pretender). E junta que a presunção a estabelecer parece que deveria ser a de que o representado não quer a eficácia do negócio consigo mesmo (tanto assim, que a lei exige, para que o negócio seja permitido, um consentimento específico). Sobre este ponto ver, aliás, o que atrás referimos sobre a eventual natureza excepcional do negócio consigo mesmo permitido.

⁹⁶Rui de Alarcão, *op. cit.*, pág. 126, nota 206, que, porém, entende que a solução explícita da lei vincula o intérprete, pois apenas “haverá uma contradição valorativa, mas não uma contradição normativa” – uma qualquer diferença ou *nuance* entre as duas situações ainda existiria.

⁹⁷*Loc. cit.*

⁹⁸O facto de a necessidade de protecção da confiança da contraparte se colocar, como é evidente, de maneira diferente no abuso e no negócio consigo mesmo não invalida que a questão em causa seja, à partida, similar nas duas hipóteses.

⁹⁹Neste sentido, por último, dando conta da opinião da doutrina e jurisprudência italianas, M. Magri, *La rappresentanza nel contratto*, Padova, 2007, pág. 180: “Il contratto con se stesso non è che un’ipotesi specifica di conflitto di interessi, rientrando nel più ampio schema dei c.d. abuso di potere rappresentativo”. Observar-se-á, aliás, a coincidência das consequências que a lei italiana colima às duas figuras. Que, na óptica que agora interessa, o negócio consigo mesmo se aproxima do abuso e não propriamente do excesso de poderes sublinha também, para o ordenamento italiano, L. Mosco, *op. cit.*, pág. 378.

Ainda na doutrina italiana, advirta-se, muitos autores distinguem, dentro do abuso de poderes, a figura do conflito de interesses (regulada no art. 1394 do Codice Civile) e a figura do contrato consigo mesmo. Assim, por exemplo, S. Passarelli, *op. cit.*, 1966, pág. 289. Diferentemente, C. Donisi, *op. cit.*, págs. 202 e ss., pretende que a figura do contrato consigo mesmo representa ainda um abuso (diferindo no ónus da prova) nos

Aceitando que, no fundamental, as duas hipóteses a confrontar são a do abuso e a do negócio consigo mesmo, notar-se-á, em segundo lugar, que no artigo 269.º se atende (apenas) a um *efectivo* desvio do representante da prossecução dos interesses do representado (o que, aliás, se contém *in nuce* na ideia de abuso) e não a uma mera situação de *potencial dissídio* entre os interesses de ambos. Enquanto no artigo 261.º é já a possibilidade (co-natural ou ínsita) de um conflito de interesses que, *per se*, releva. Ou seja: agora, a preterição dos interesses do representado (ou de um dos representados) aparece como de tal modo provável, o seu perigo tão iminente em face da especial configuração da situação, que o legislador prescindiu da verificação da sua concreta ocorrência (ou, se se quiser, tem-na por verificada *in re ipsa*, “apoditicamente”; ou presume-a *iuris et de iure*^{100 101}). Nesta medida, pode afir-

termos do art. 1394 (segundo a sua interpretação, este último preceito não respeitaria a um mero conflito de interesses mas, em rigor, ao abuso).

Nos PECL, o negócio consigo mesmo é justamente encarado como uma hipótese de conflito de interesses, *rectius* como uma hipótese em que este se presume – cfr. art. 3:205 (2). A anulabilidade do negócio estará porém afastada perante o consentimento do representado (ou se este não podia ignorar a actuação do representante) ou se o representante revelou (antes da sua actuação, obviamente) o conflito de interesses ao representado e este não “objectou” num prazo razoável (art. 3:205 (3); equivocadamente em *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, München, 2002, págs. 241, indica-se que uma regulamentação comparável só existe no Código Civil português).

Também no *Code Européen des Contrats – Avant-project – 2001* (da responsabilidade da Accademia dei Giusprivatisti Europei, Pavia, sob a coordenação de Giuseppe Gandolfi, que aqui se cita segundo a edição revista e corrigida de Lucilla Gatt, Milano, 2004; doravante, CEC), o negócio consigo mesmo e o conflito de interesses são regulados no mesmo preceito – Art. 68.º, n.ºs 1 e 3, respectivamente. Aliás, os n.ºs 1 e 2 reproduzem quase *expressis verbis* o art. 1395 do Codice Civile (e, assim, também se aproximam muito do art. 261.º do nosso Código). E a sanção aí prevista é a da anulabilidade (como o é, porém, para o abuso de representação – conflito de interesses); estabelecendo-se ainda que a anulação “só pode ser efectuada pelo representado” (n.º 2 do citado preceito).

Como se explicará a seguir, para além de diferenças puramente terminológicas, quanto a nós, e para o direito português, o abuso de representação distingue-se do negócio consigo mesmo essencialmente do ponto de vista do modo (concreto, naquele; abstracto, neste último) e do momento (implicando a realização do negócio, no primeiro; mesmo antes do negócio, no segundo) em que emerge a questão do conflito de interesses.

¹⁰⁰ Poder-se-ia invocar um símile com o direito penal e os chamados crimes de perigo. No negócio consigo mesmo, tratar-se-á de um “crime de perigo abstracto”. No abuso

mar-se que a defesa do representado e dos seus interesses é aqui antecipada, tutelada preventivamente (e no abuso, tutelada sucessivamente)^{102 103}.

(não se julgando necessário aí um dano efectivo), de um “crime de perigo concreto”. Ou, noutra imagem, recorrendo agora ao vocabulário médico, no negócio consigo mesmo o que se quer evitar é já a “exposição” (à possibilidade de contrair a doença ou ao “contágio”); no abuso do poder, trata-se da patologia em si; a existência de um dano do representado, por sua vez, configurará as consequências deletérias que advirão da doença ou um sintoma desta.

¹⁰¹ Uma outra solução possível (e seguida explicitamente nos PECL, com já se referiu) seria a de a lei lançar mão de uma presunção ilidível, invertendo o ónus da prova quanto à existência de um conflito de interesses: no negócio consigo mesmo, diferentemente do que sucede no abuso, seria a contraparte que teria de provar a inexistência do conflito.

¹⁰² Segundo o entendimento hoje largamente predominante, na jurisprudência (cfr., por exemplo, BGH, BGHZ 56, pág. 102, e BGHZ, 75, págs. 358 e ss.) e na doutrina alemãs (ver indicações em Schramm, *op. cit.*, págs. 1793 e s.; mas, em sentido diferente, H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln, 2000, págs. 260 e ss.), a aplicação do § 181 do BGB não supõe a averiguação da existência de uma concreta colisão de interesses, nem a verificação de um efectivo prejuízo para o representado, assentando o preceito antes no “modo” ou “espécie” de conclusão ou realização do negócio. Nestes moldes, continuará em parte válida a ideia, conquanto a expressão seja porventura infeliz, de que o § 181 constitui um “princípio ou disposição de ordenação formal”, o que aliás se traduziria na sua redacção “apertada”. Terá sido G. Boehmer, *op. cit.*, pág. 48, quem cunhou tais expressões – “formale Ordnungsprinzip”, “abstrakte Ordnungsnorm” ou “formale Ordnungsvorschrift”; no mesmo autor encontra-se igualmente uma exposição do caminho percorrido na doutrina alemã até aos anos cinquenta no sentido de uma “wertungsjuristischen Auflockerung” de tal norma.

Relevaria aqui, ao lado (embora num plano subordinado) da protecção do representado, a clareza e segurança do tráfico jurídico, o interesse dos credores. Cfr. W. Jäger, *op. cit.*, págs. 3 e ss.; e S. Claussen, *Grenzen der Insihgeschäft*, Frankfurt am Main, 2000, págs. 21 e ss. Crítico em relação a tal perspectiva, porém, já U. Hübner, *op. cit.*, págs. 11 e ss., indicando que relevância, do ponto de vista dos credores (que para mais sempre estarão expostos ao risco da autorização do autonegócio ou da ratificação deste, embora tais actos porventura possam ser alvo de impugnação pauliana), tem sobretudo a reconhecibilidade da conclusão do negócio e a publicidade da titularidade dos direitos. Embora se tenha entretanto imposto – contra uma visão assepticamente formal do preceito (assim afirma von Tuhr, *op. cit.*, págs. 366 e ss., “decisivo para aplicação do § 181 não é a *ratio legis*, mas o conteúdo do preceito legal [...] e este vigora mesmo que no caso concreto não exista uma colisão de interesses”, acrescentando ainda que o “§ 181 refere-se ao modo de conclusão de negócio [...]”), que conduziu, nas palavras de U. Hübner, a uma “zu stark Reduzierung der eigentlichen gesetzgeberischen Intention” –, a possibilidade (e a necessidade) de uma aplicação analógica do § 181 naqueles grupos (“fechados”) de casos não abrangidos pela letra da lei, onde, “tipicamente”, “determi-

E um argumento adicional a favor do entendimento adiantado pode retirar-se justamente do teor de uma das excepções que a lei contempla à proibição do negócio consigo mesmo. Com efeito, na segunda parte do n.º 1 do art. 261.º, dispõe-se que o negócio consigo mesmo não é anulável quando *a priori* seja inviável um conflito de interesses, quan-

nadamente”, “segundo caracteres formais”, “de acordo com critérios gerais e abstractos”, um conflito de interesses está presente, mormente nos casos de sub-representação (conquanto se continue a discutir se alguns deles não deverão estar fora do âmbito do § 181; cfr., para a *Prokura*, BGH, BGHZ 91, págs. 336 e s.) e de certas declarações prestadas perante autoridades ou funcionários (cfr., por exemplo, BGH, BGHZ, 64, págs. 74 e ss.; as hipóteses aqui em causa são aquelas em que uma declaração tanto pode ser dirigida a uma autoridade como às pessoas por ela afectadas).

De modo correspondente, segundo critérios igualmente abstractos ou tipicizados (que a verificação de uma concreta colisão de interesses constituiria um bitola demasiado vaga, para poder servir de base a uma desenvolvimento jurisprudencial, assinala D. Medicus, *op. cit.*, pág. 382), onde um conflito de interesses está excluído, impôs-se a necessidade de proceder a uma redução teleológica do regime do § 181 (cfr., por exemplo, BGH, BGHZ 56, pág. 97, e BGHZ 75, pág. 358; o § 181 é até apresentado como paradigma de uma “verdeckten Lücke”, cfr. K. Larenz / K.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1995, pág. 198). Isso sucede, por exemplo, naqueles negócios puramente vantajosos para o representado (*maxime* doações puras dos pais aos filhos, onde, para evitar soluções absurdas, se começou por admitir um “verkehrsübliche Gestattung”), e, mais em geral, nas situações nas quais do negócio não pode advir qualquer prejuízo para o representado (aquisição em leilões, ou até mesmo contratos necessários à salvaguarda dos interesses do representado existindo uma equivalência das prestações objectivamente verificável). O mesmo ainda se aplicaria aos casos em que o próprio conteúdo (suficientemente determinado) da procuração e, por consequência, do negócio representativo afastaria semelhante perigo (onde a jurisprudência geralmente ficciona uma permissão tácita).

Cfr. ainda, sobre isto, U. Hübner, *op. cit.*, págs. 138 e ss., 143 e ss., 156 e ss., 175 e ss., 186 e ss., e 205 e ss.; E. Schilken, *op. cit.*, págs. 218 e s. (sobre as posições matizadas na doutrina); H. Coing, *Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern bei der Ausschlagung einer Erbschaft*, NJW, 1985, págs. 6 e ss.; W. Flume, *op. cit.*, págs. 809 e ss.; e H. Heinrichs, *op. cit.*, pág. 188; W. Jäger, *op. cit.*, págs. 3 e ss.; S. Claussen, *Grenzen der Inanspruchnahme*, Frankfurt am Main, 2000, pág. 56 e ss.; e Sonja Tiedtke, *Teleologische Reduktion und analoge Anwendung des § 181 BGB*, Münster, 2002, *passim*.

¹⁰³ Assim, a jurisprudência considera o negócio consigo mesmo anulável independentemente do seu carácter prejudicial. Cfr. acórdão STJ, de 21/3/1995, CJ II (1995) 1, págs. 130 e ss., e acórdão Rel. Porto, de 16/11/2000, CJ XXV (2000) 5, págs. 190 e ss. A situações de patente iniquidade poderá obviar-se, muito excepcionalmente, pela aplicação da figura do abuso de direito.

Cfr. ainda na jurisprudência, quanto às hipóteses em que o negócio consigo mesmo é admissível, o acórdão STJ, de 26/6/2003, CJ/Supremo XI (2003) 2, págs. 122 e ss.

do o negócio “*por sua natureza exclua a possibilidade de um conflito de interesses*”¹⁰⁴.

Claro que isto pode ser assim, porque a questão da tutela da contraparte (o próprio representante ou o outro representado, tendo este último de se “deixar imputar” o comportamento daquele) – convém insistir – se põe aqui em moldes bem distintos do que sucede no abuso de poderes (porventura, não carece, nem merece, ela aqui protecção). Devendo, de resto, apontar-se que será a contraparte a ter de demonstrar a existência de uma das hipóteses em que (excepcionalmente) o contrato consigo mesmo seja admitido (no abuso, antiteticamente, é ao representado que competirá provar a preterição dos seus interesses e o conhecimento ou dever de conhecer tal circunstância pela contraparte).

X. À luz das considerações precedentes, já se compreende que, no caso de negócio consigo mesmo, se reserve para o representado a decisão sobre a não produção de efeitos, portanto, que ela dependa da iniciativa deste último. Pode bem suceder que, no caso concreto, o representante não se tenha desviado da prossecução dos interesses do representado, permanecendo estes incólumes (o que, por definição, não será nunca o caso no abuso de poderes). Porque a hipótese legal se recorta em função de uma situação típica de (mero) perigo para os interesses do representado, propendeu-se naturalmente para deixar a actuação da tutela concedida à sua apreciação¹⁰⁵.

Por outro lado, perante a nossa lei, fica claro que a eventual improdução de efeitos¹⁰⁶ do negócio consigo mesmo¹⁰⁷ não está dependente

¹⁰⁴ Itálicos nossos.

¹⁰⁵ Não se excluirá que, excepcionalmente, não ocorrendo qualquer concreto prejuízo para o *dominus* do negócio consigo mesmo, e sobretudo correspondendo este à consideração dos seus interesses e da sua vontade hipotética, lhe possa estar vedada, por contrária à boa fé, nos termos do abuso de direito (art. 334.º), a anulação do negócio. Cfr., para o direito português, Vaz Serra, *Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades* (Algumas considerações), RLJ, 100.º, pág. 196.

¹⁰⁶ Suscitada a anulação (que no caso da representação dupla caberá a qualquer dos representados, se nenhum deles a permitiu), dentro do prazo de um ano (o *dies a quo* deverá corresponder ao conhecimento de que o negócio foi celebrado como auto-negócio, e não ao mero conhecimento da sua conclusão, cfr. art. 287.º; note-se que no direito italiano se colocam dúvidas quanto a saber se o prazo de anulabilidade não se conta

de qualquer conhecimento por parte da contraparte (isto é, do outro representado¹⁰⁸, sendo porém que logo haverá aqui que tomar em conta o disposto no artigo 259.º, n.º 1) do “conflito de interesses”, como se passa no abuso da representação (cfr. artigo 269.º, parte final)¹⁰⁹. Tão-pouco poderá a contraparte fazer uso das faculdades previstas no n.º 3 e no n.º 4 do artigo 268.º, as quais se teriam por possíveis, em termos gerais¹¹⁰, se a lei tivesse estatuído como consequência a ineficácia do negócio representativo (equiparando o negócio consigo mesmo ao abuso da representação).

E, de algum modo como contraprova do que vimos dizendo, atente-se a que, sendo um negócio consigo mesmo admissível porque con-

da conclusão do contrato, nos termos gerais – “negli altri casi”, isto é, nos casos não compreendidos no parágrafo anterior – previstos no art. 1142, 3, do Códice Civile) ou a todo o tempo se o negócio não estiver cumprido (cfr. art. 287.º), e na ausência (na representação dupla, por parte daquele que queira fazer valer a anulabilidade) de confirmação (confirmação que de resto pode, também aqui, ter lugar de modo tácito, como se ilustra na situação decidida pelo STJ, acórdão de 3/3/1998, BMJ 475, págs. 610 e ss.), e, porventura, em face do outro representado.

Cabe ainda aludir à eventual responsabilidade em que incorrerá o representante, nos termos da relação interna com o *dominus*, pelos danos que para este último possam advir de um negócio consigo mesmo não autorizado (danos que, aliás, podem não ser removidos totalmente pela anulação do negócio).

¹⁰⁷ Pode ser que esteja apenas em causa parte do negócio realizado pelo representante (ou vários negócios conexonados, não sendo admitida a contratação consigo mesmo apenas para um ou alguns deles). Aplicar-se-ão então as regras da redução (art. 292.º).

¹⁰⁸ Obviamente, no autocontrato, sempre se poderá afirmar o conhecimento ou o dever de conhecer da contraparte, o próprio representante. E, de qualquer forma, não haveria aí que atender a tal restrição (que se destina a proteger um terceiro) à relevância do abuso da representação.

¹⁰⁹ Esta diferença – de aqui não se impor a ponderação do interesse do terceiro – é invocada na doutrina alemã, para condenar as teorias que procuram resolver o problema do abuso de representação com recurso ao § 181 do BGB. Cfr., por exemplo, Christoph Tietz, *Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura. Die Bedeutung der Vertretungsbefugnis für die Bestimmung der Vertretungsmacht*, Frankfurt am Main 1990, pág. 295 – contudo não é claro se o autor está a pensar (também) nas hipóteses de representação dupla.

¹¹⁰ De resto, a faculdade de revogação estaria excluída (mesmo na dupla representação, pois o conhecimento do representado haveria que ser imputado aos representados, nos termos do art. 259.º). Porventura deverão exceptuar-se as hipóteses em que o representante por um “erro de direito” ignorava a consequência legal para o negócio consigo mesmo. Cfr., para o direito alemão (onde, como já se disse, o negócio mesmo se tem por ineficaz e suscetível de ratificação), W. Thiele, *op. cit.*, pág. 1385.

sentido, isso não exclui, no limite, que ele configure uma hipótese de exercício abusivo dos poderes¹¹¹.

Reter-se-á, pois, que dentro da lógica da nossa lei (não obstante esta, porventura, não ser inatacável nas suas premissas) existe uma justificação para a diferente consequência, relativamente ao abuso dos poderes, prevista para o negócio consigo mesmo¹¹².

¹¹¹ Em sentido diferente, considerando, no fundamental, existir aí uma “relação de especialidade”, tende alguma doutrina e jurisprudência italianas a arredarem a possibilidade de aplicação do art. 1394 quando o negócio consigo mesmo seja admissível (por autorização específica do representado mas sobretudo por predeterminação das condições). Cfr., com indicações, C. Tomassetti, *op. cit.*, págs. 276 e ss. Tenha-se ainda em conta que, como já atrás salientámos, parte da doutrina italiana considera as excepções previstas para a proibição do negócio consigo mesmo meramente exemplificativas.

Repare-se que ao abuso de poderes, que aqui julgamos possível, corresponderá, sempre ou quase sempre, o tratamento da falta de poderes, pois ter-se-á por conhecido da contraparte. No caso da dupla contratação, actuando o representante em colusão com um dos representados, será de admitir, como em geral se defende para tais hipóteses, a nulidade do negócio *ex vi* do artigo 280.º, n.º 2. O facto de, desse modo, se retirar ao representado a faculdade de ratificar não revestirá grande significado prático visto que o negócio será, para ele, desfavorável.

Fora tais hipóteses, nada impede que o negócio consigo mesmo vá associado ao “excesso de poderes” ou à falta destes. Isso assumirá importância, pois então o negócio, além de anulável, será ineficaz. O que, entre outras diferenças de regime de que já demos conta, poderá obstar a que um terceiro se prevaleça da protecção do art. 291.º (cfr., sobre a aplicação do art. 291.º aos negócios ineficazes, por último, o nosso *Um «caso exemplar» ou um «exemplo casual»*, DJ, 2006, págs. 123 e ss.).

Também não se excluirá a possibilidade de o negócio consigo mesmo configurar um negócio usurário, nos termos do art. 282.º. O que em termos práticos poderá revestir relevância quando o representado queira requerer a modificação do negócio e não a sua anulação (cfr. art. 283.º).

¹¹² Posição que já exprimámos (até de modo um pouco mais percutiente) em *Notas sobre a falta e limites do poder de representação*, RDES, 1995, XXXVII, págs. 50 e ss., e que pôde entretanto confortar-se na autorizada opinião de Pedro de Albuquerque, *op. cit.*, págs. 935 e ss., que escreve (a págs. 942 e s.), citando-nos e transcrevendo praticamente o que já escrevêramos: “Pela nossa parte não concordamos, porém, com a ideia de existência de uma qualquer contradição entre o artigo 261.º e artigos 268.º e 269.º do Código Civil. Tem razão RAÚL GUICHARD quando sublinha a circunstância de o artigo 269.º do Código Civil pressupor um efectivo desvio do representante relativamente à vontade do representado. Não a mera situação de potencial dissídio entre a *voluntas* do *dominus* e a do seu auxiliar, como sucede com o artigo 261.º do Código Civil. Na verdade, neste último preceito quanto releva não é a efectiva preterição da vontade do representado mas sim a simples situação potencial conflito de interesses ou de vontades entre o representado. De facto, nos termos do artigo 261.º o negócio consigo mesmo, não permitido, continua a não

O que precede não significa que a decisão legislativa consagrada no artigo 261.º e a fundamentação que, parece-nos, lhe está subjacente sejam irrefragáveis¹¹³.

ser admissível mesmo quando se mostre ter o representante, naquele caso concreto, actuado com toda a diligência devida e até praticado um acto insusceptível de ferir os interesses ou a vontade do representado. Nestes termos, o artigo 261.º não está a consagrar qualquer situação de falta, ausência ou limitação de poderes representativos – resultante de um concreto conflito de interesses ou vontades entre representante e representado. Está, antes, e simplesmente, a sancionar a própria ilicitude da representação dupla enquanto tal. Repare-se, além disso, como face à nossa lei, a não produção dos efeitos do negócio consigo mesmo não depende de qualquer conhecimento ou cognoscibilidade, por parte do representante (ou do outro representado), da existência do conflito de interesses, ou vontades, ao contrário de quanto se passa no abuso de representação. Tão-pouco pode a outra parte, na situação contemplada no artigo 261.º, fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 268.º do Código Civil. Facultade essa difícil de excluir se a lei tivesse estatuído como consequência do negócio consigo mesmo a respectiva ineficácia (equiparando o negócio consigo mesmo ao abuso de representação). Não foi, pois, de forma inocente, ou inadvertida, que o nosso legislador se afastou da solução de ineficácia, prevista no Anteprojecto de RUI DE ALARCÃO para o negócio consigo mesmo e preferiu a anulabilidade. Existem, pois, razões de sobra para explicar a diversidade de regimes entre os artigos 268.º e 269.º do Código Civil” (eliminou-se aqui, na citação, as notas de rodapé e as respectivas referências).

O autor, que não pretende aí estudar a figura do negócio consigo mesmo, mas apenas apurar se do respectivo regime e enquadramento dogmático é viável extrair um argumento a favor da causalidade ou dependência imediata do poder de representação relativamente à relação-base ou causal, partindo do entendimento acima exposto, responde negativamente a tal quesito. Conquanto entenda que o art. 261.º permite refutar a concepção (de base labandiana) que vê o poder de representação em termos absolutamente autónomos e formais e faz depender a eficácia directa exclusiva e imediatamente da *contemplatio domini*, encarada esta, por sua vez, como algo de puramente abstracto. Com efeito, o preceito apelaria ainda para a possibilidade ou potencialidade de um conflito de interesses. “Na verdade, do artigo 261.º resulta claramente, e ao contrário do pretendido pelos defensores da visão labandiana do fenómeno representativo, como a situação dos interesses ou vontade do representado não se mostra, desde que o *procurator* actue de modo formalmente correcto, irrelevante para o legislador (no sentido segundo o qual subjacente ao artigo 261.º do Código Civil se encontra também uma certa ideia de funcionalização do poder, pode ver-se, Raul Guichard, *O problema...*, p. 107, nota (209)). E tanto assim é, que em dois casos, o legislador afastou a licitude de todo um conjunto de negócios, pelas suas características, particularmente aptos a gerarem conflitos de interesses ou de vontade entre o representante e o representado, independentemente de eles, na prática, se materializarem, ou não, efectivamente” (*op. cit.*, págs. 943 e s., nota 1493).

¹¹³ E, num plano prático, pode perguntar-se se a possibilidade de assinalar um prazo para “ratificação” não seria aqui conveniente.

Viável seria, de resto, fazer depender a ineficácia (em sentido amplo) do negócio consigo mesmo da verificação de uma *efectiva* preterição dos interesses do representado, tal como acontece para o abuso dos poderes ¹¹⁴. De todo o modo, a solução consagrada no artigo 261.º não foi essa, como se procurou mostrar.

Por outro lado, como já se notou, nas hipóteses pouco frequentes em que na procuração se afaste a possibilidade de negócio consigo mesmo, então este será considerado ineficaz (por falta de poderes).

¹¹⁴Cfr., neste sentido, C. Donisi, *op. cit.*, pág. 285. Num sentido algo semelhante vai a investigação sobre o negócio consigo mesmo de U. Hübner já muitas vezes citada.