

O PACTO DE NÃO EXIGIR (*PACTUM DE NON PETENDO*) E A RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE OS LIMITES À INEXIGIBILIDADE DA PRETENSÃO NOS TRIBUNAIS JUDICIAIS E ARBITRAIS

António Barroso Rodrigues*

Manuel de Albuquerque**

SUMÁRIO: § 1. Enquadramento. O *pactum de non petendo* no tráfego jurídico; 1.1. Da exclusão ou limitação de responsabilidade à mera inexigibilidade de uma responsabilidade previamente assumida; 1.2. O problema e o enquadramento proposto; a vanguarda italiana; 1.3. Antecedentes históricos; breve excuro; a) As figuras-base; o *pactum de non petendo* e a *acceptilatio* em confronto; b) Principais modalidades e configurações históricas do *pactum de non petendo*; § 2. O *pactum de non petendo* em análise; fisionomia e individualidade; 2.1. Morfologia e características essenciais; a) Duração do *pactum* e a limitação temporal inerente; b) Requisitos formais; c) Eficácia do *pactum* e respetiva *oponibilidade* a terceiros; d) Natureza gratuita ou onerosa do *pactum*; e) Determinabilidade do objeto da inexigibilidade; 2.2. Tipologia atual e figuras afins; a) Remissão; b) Transação judicial; 2.3. As principais zonas de querela doutrinária; dilemas atuais; a) A natureza *negocial* e *extraprocessual* do *pactum*; b) Os efeitos implicados ao nível da *exigibilidade* do crédito indemnizatório; c) A fronteira entre a obrigação civil inexigível e a obrigação natural; d) A tutela associada ao incumprimento do *pactum*; breves notas; § 3. Os efeitos substantivos e processuais do *pactum* no título de imputação de danos; 3.1. A admissibilidade da limitação ou exclusão convencional da responsabilidade civil e a sua conexão com o *pactum*; os limites funcionais à pretensão a considerar; 3.2. Outras manifestações no contexto da responsabilidade civil; em geral, o nexo funcional entre a obrigação de prestar e a exclusão da sua exigibilidade; 3.3. Breve apontamento sobre as consequências adjetivas do *pactum* à luz da dinâmica processual; Uma fuga aos tribunais judiciais e arbitrais? § 4. Conclusão; 4.1. A margem de risco inerente e as vantagens associadas ao *pactum*; 4.2. O lugar do *pactum de non petendo* no sistema jurídico.***

* Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador e Bolseiro do Centro de Investigação de Direito Privado. Doutorando em Ciências Jurídicas. Advogado e Jurisconsulto. Email: antoniorodrigues@fd.ulisboa.pt.

** Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. Consultor Jurídico. Email: mra@aalegal.pt.

*** O presente texto foi inspirado no teor da última conferência da *Society of European Contract Law* (SECOLA), realizada em Berlim, em 16 de junho de 2023, à qual ambos os Autores, enquanto membros, tiveram a honra e o privilégio de assistir, bem como na discussão subsequentemente gerada.

§ 1. Enquadramento. O *pactum non petendo* no tráfego jurídico

I. O Direito processual civil consubstancia, segundo as conceções ainda em voga, um complexo normativo *instrumental* às situações jurídicas substantivas que necessariamente o precedem e cujo reconhecimento judicialmente se requer. Daí a sua natureza *accessória*, *complementar* ou *ancilar* perante o direito civil substantivo e as normas materiais que o integram. Todavia, a natureza *pública* – e é verdadeiramente pública – deste ramo do Direito¹ não se opõe ao concomitante reconhecimento de uma ampla margem de *autonomia* às partes. Uma das manifestações prototípicas dessa liberdade reporta-se, como se sabe, à possibilidade de os visados celebrarem *negócios*,

Por todos, dirigimos uma palavra de agradecimento à Prof.^a Doutora Mafalda Miranda Barbosa pelo desafio que nos lançou. À Embaixatriz Teresa Leal Coelho e ao Embaixador Francisco Ribeiro de Menezes fica também o nosso penhorado agradecimento pela forma como ambos fomos recebidos e (tão bem) acolhidos em Berlim. À Prof.^a Doutora Martina D’Onofrio e ao Dr. Davide Bresolin Zoppelli deixamos também a nossa gratidão pela imediata disponibilidade e partilha de elementos essenciais à nossa investigação, aquando da nossa investigação em Heidelberg, bem como à Dr.^a Anna Pelizzari, pelos seus indispensáveis esclarecimentos.

Naturalmente, as insuficiências deste estudo são-nos exclusivamente imputáveis.

¹ Classicamente, a natureza (pública) deste ramo do Direito depende especialmente da *qualidade* dos sujeitos e a da sua *posição relativa* nas relações entre si estabelecidas (neste sentido, por todos, v. ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., Coimbra Editora: Coimbra, 1985, pp. 8-9). Neste quadro, o processo civil não relaciona apenas as *partes* (os privados), mas fundamentalmente a relação do tribunal *com* as partes (expressamente, LÜKE, *Zivilprozessrecht*, I, 11.^a ed., C. H. Beck: Munique, 2020, p. 3, Nm. 2). Ora, essa qualidade não é paritária: tal como resulta do texto constitucional, a função jurisdicional é uma de *soberania*, exercida por órgãos (os tribunais) munidos de poder para tal (110.^o/1 CRP), de *ius imperii*. Temos, portanto, um sujeito *supra-ordenado* e um sujeito *subordinado* (divisão esta altamente criticada por HANS Kelsen, em *Teoria Pura do Direito*, 4.^a ed., trad. João Baptista Machado, Arménio Amado: Coimbra, 1979, pp. 378-382). Por outro lado, a decisão judicial é indiscutivelmente vinculativa e o complexo normativo que se lhe encontra associado, geralmente imperativo, serve precisamente um propósito de justiça pública (não privada; neste sentido, v., também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, Lex: Lisboa, 2000, p. 45). De resto, não parece ser operante apelar à existência de uma segunda ordem de interesses (além do das partes), de tipo público ou coletivo, no contexto processual (sobre esta vertente, v. PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, Almedina: Coimbra, 2015, p. 31), para justificar a distinção. Isto, porque também permeia essa ordem valorativa (pública) no domínio substantivo: nas palavras de ROSENBERG/SCHWAB, «a ordem jurídica privada também promove a preservação da paz jurídica e, assim, o interesse da comunidade» (*die Privatrechtsordnung fördert auch die Erhaltung des Rechtsfriedens und somit das Interesse der Allgemeinheit*; tradução nossa, cf. o A. em *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck: Munique, 18.^a ed., 2018, § 1, p. 9, Nm. 35). Também não colide com a natureza publicística do processo civil, o facto de existirem certas normas dispositivas neste ramo do Direito (assim, MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, colab. de Antunes Varela, Coimbra Editora: Coimbra, 1976, pp. 12-13).

Quanto à ideia referente à *instrumentalidade* do direito processual civil, como um todo, note-se que o processo civil não é mais – aqui, segundo PALMA CARLOS – do que o conjunto de regras a observar para a *assegurar o exercício dos direitos civis* (em anot. ao art. 1.^o do CPC 1939; *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Procural: Lisboa, 1942, p. 6). A precedência da ordem substantiva é lógica (cf. MUSIELAK/VOIT, *Grundkurs ZPO*, 16.^a ed., C.H.Beck: Munique, 2022, p. 7). A teologia apontada deste ramo de Direito, bem como a respetiva natureza, não pretende ser redutora da sua complexidade, muito menos da sua autonomia dogmática (em crítica a tal leitura, v., por todos, PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra Editora: Coimbra, 2003, *maxime* p. 30 e ss.). Simplesmente, importa reconhecer a *utilidade* última do processo como *uma via* (quando não *a via*) para a tutela (de exercício, preventiva ou reintegradora; a tripartição é de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A acção declarativa comum. À luz do Código de Processo Civil de 2013, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 13-14) das situações jurídicas *substantivas* a montante.

*convenções*² ou – aproveitando a fluidez terminológica abundante relativa a este *thema*, melhor explicada *infra* –, *pactos* com vista, direta ou indiretamente, ao processo – bem como, ainda, tomando aqui a parte pelo todo, devido à sua importância expressiva – ao exercício, em si, das *pretensões processuais* das quais são titulares.

1.1. Da exclusão ou limitação de responsabilidade à mera inexigibilidade de uma responsabilidade previamente assumida

II. No tráfego jurídico, é corrente a aposição de cláusulas que visam limitar, ou até excluir, a responsabilidade de determinado contraente pelo não cumprimento da obrigação a que se encontra adstrito ou, genericamente, pela provocação de danos. Contudo, a validade de tais *cláusulas* ou *convenções* é polémica³. Tanto assim é que encontramos na legislação de vários ordenamentos jurídicos normas modeladoras da sua admissibilidade, direta ou indiretamente, geralmente no sentido negativo e especialmente no contexto do incumprimento obrigacional (entre nós, veja-se o artigo 809.º CC). A sua importância não deixou de, ainda assim, se fazer sentir, especialmente pelo árduo labor doutrinário; significado esse apenas igualado pelo real aproveitamento pela *praxis*. Ora, tudo isto sucede sem grandes dificuldades – pelo menos num plano de macro-enquadramento – no campo puramente *substantivo*, como se sabe.

² Seguimos, de perto, a terminologia sugerida por PAULA COSTA E SILVA (*Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonada e outras tantas Novelas pouco exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*, AAFDL: Lisboa, 2020, p. 45 e ss.). Alguma doutrina brasileira, sugere o termo *acordos*, por contraposição ao de *negócio jurídico*, conquanto no primeiro não existe uma contraposição de interesse, *i. e.*, duas declarações negociais diferentes, aspetos que caracterizam o segundo; por todos, v., com referências, ALEXANDRE CASANOVA MANTOVANI, *O princípio da boa-fé e os negócios jurídicos processuais*, RJLB, Ano 3 (2017), pp. 103-146 (113 e respetivas notas de rodapé 41 a 43).

A solução pode ser encontrada na etimologia do termo *contractus* (proveniente de *negotium contractum*). Na época pós-clássica, nota-se a correspondência ao conceito de *pactum* (ou *conventio*). Todavia – e este aspeto é muito relevante –, o *pactum* não gerava, por si, uma obrigação (*nudum pactum obligationem non parit*). Noutra âmbito, a obrigação provinda do *contracto* (*obligatio ex contractu*; para além do delito, claro), pelo menos numa dado momento, podia ser contraídas por quatro motivos, a saber: (i) por coisas (*re*), (ii) por palavras (*verbis*), (iii) por escritos (*litteris*) ou (iv) pelo simples consenso (*consensu*), segundo GAIO (cf. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O conceito jurídico de obligatio e a definição legal de obrigação: estar obrigado é ter de cumprir no prazo fixado o que é devido ao credor*, Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo, AIDROM, 2021, pp. 399-408, 405, nota de rodapé n.º 32). Na Idade Média, o labor dos canonistas valorizou a vontade dos contraentes, a níveis singulares (condensada no aforismo *solus consensus obligat*). Neste momento, o *nudum pactum* torna-se vinculativo, conquanto bastava a palavra dos contraentes para estabelecer-se o vínculo obrigacional, com prejuízo dos antigos requisitos de forma, bem como das formalidades associadas, entretanto abandonadas. Sobre a evolução do sistema contratual moderno e quanto ao peso da autonomia privada como seu sustentável, cf. a lição de PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária em Direito Civil*, pp. 249-252, a qual recuperamos: «[o] sistema contratual moderno é o resultado de um desenvolvimento milenar, caracterizável nas suas grandes linhas através de uma constante tendência para um maior reconhecimento da relevância jurídica da vontade individual e autonomia dos contraentes enquanto elemento essencial e fundamental de todos os contratos.»; *ibidem*, p. 249.

³ Cfr., *infra*, § 3, 3.1.

III. Como se isso não bastasse, noutra patamar de complexidade – e aqui enquanto a vera *ratio* deste ensaio –, surgem outro tipo de convenções, cláusulas ou pactos, com vista, em grande parte, quando não exclusivamente, à limitação do *exercício* das pretensões substantivas, especialmente no domínio da responsabilidade civil.

No tráfego jurídico é comum modelar-se o *exercício* de certas situações jurídicas da qual a contraparte é indiscutivelmente titular, geralmente num sentido *restritivo*.

Num primeiro exemplo – pensemos aqui, por facilidade expositiva, num contrato promessa de compra e venda –, é comum estipular-se que o promitente comprador reconhece a *qualidade* da coisa e a respetiva aptidão para o fim a que se destina, sem ter obtido a tradição da mesma, *comprometendo-se* – note-se – a não *revogar* o contrato; por outro lado, o promitente alienante usualmente se compromete a *não alienar* a coisa por um certo período de tempo⁴. Acima de tudo, podem as partes *acordar* em afastar a possibilidade de execução específica promessa, nos casos admissíveis (830.º/1, 2 e 3), ou seja, acordam em *não exigir o seu cumprimento*.

Outro exemplo resulta da *garantia bancária autónoma*, à primeira solicitação (*on first demand*), mediante a qual – socorrendo-nos aqui da conformação mais corrente deste tipo de garantia – a instituição bancária deve realizar o pagamento ao beneficiário da garantia sem a possibilidade de recusa, ou seja, sem a possibilidade de, primeiro, *litigar*⁵.

Veja-se, ainda, o compromisso do credor perante o devedor de não atuar a garantia (a fiança)⁶ ou, por outro lado, o acordo entre o credor e o fiador relativamente à inexigibilidade do crédito enquanto os bens do devedor não se encontrarem executados⁷.

Além-fronteiras, o mesmo se diga, em Itália, quanto aos efeitos materiais implicados da *cláusula limitativas da invocação de exceções* (*clausola limitativa*

⁴ A propósito da admissibilidade deste tipo de cláusulas – ditas de *inalienabilidade* – v., por todos, ALMEIDA COSTA, *Cláusulas de inalienabilidade*, RLJ, n.º 3813, pp. 329-333, 356-359, n.º 3814, pp. 8-10, n.º 3814, pp. 43-46. Próxima desta figura, embora reportada ao crédito, fica o denominado *pactum de non cedendo* (577.º; além-Reno, § 399 BGB); cf., por todos, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, Almedina: Coimbra (2005), pp. 305-310.

⁵ Parte da doutrina reconhece a celebração de um *pactum de non petendo* tacitamente neste tipo de garantia; com críticas a este enquadramento, embora relacionadas com a nulidade, no seu entendimento, deste tipo de convenções, v. MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, Almedina: Coimbra (2002), *maxime* pp. 329-331. Na jurisprudência, v. o ac. TRP (MARQUES DE CASTILHO), de 12-Dez-2000, proc. n.º 9920386. Na esteira daquela A., v., também CATARINA LUÍSA GOMES SANTOS, *A aplicação da “exceptio doli” na garantia autónoma “à primeira solicitação”*, Coleção Estudos Instituto do Conhecimento AB, n.º 5, Almedina: Coimbra (2016), pp. 311-449 (427).

Em França, uma vez que este mecanismo funciona em complemento ao regime da fiança, ao fiador exclui-se a possibilidade de alegar exceções (art. 2.321 § 3 CCfr).

⁶ Favorável à leitura que qualifica a situação enunciada como a celebração de um *pactum de non petendo*, v. JANUÁRIO DA COSTA GOMES acompanhando o entendimento de FRAGALI (*Assunção Fidejussória de dívida*, Almedina: Coimbra, 2000, p. 851, e respetiva nota da rodapé 447).

⁷ Novamente, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *idem*, p. 996 e respetiva nota de rodapé 250.

della proponibilità di eccezioni; art. 1462.º CCit) ou das *renúncias convencionais a alegações* para a concessão de *parcelamentos tributários* no Brasil⁸.

No geral, estas convenções consubstanciam um *acordo quanto ao não exercício de certas pretensões*, legalmente reconhecidas, geralmente *por um certo lapso de tempo* (no primeiro exemplo: de reter o sinal ou exigi-lo em dobro, de não executar especificamente o contrato durante um certo tempo, *etc.*), por muito a que estas tenham previa e constitutivamente direito, como se disse⁹.

Ora, o tipo de acordo *supra* descrito também alcança (e muitas vezes o faz a título principal), o domínio *processual*, ou seja, o exercício puramente *adjetivo* da *pretensão substantiva*, previamente reconhecida. Não se trata – e este aspeto é central – de restringir o *direito de acção* (*Klagerecht*) de uma posição substantiva¹⁰ (isto ocorre apenas indiretamente, como veremos), nem de restringir dinamicamente uma pretensão processual, entretanto exercida (*ne amplius petatur*), cujo negócio é exclusivamente processual.

Pelo contrário, a eficácia é, *rectius*, *ainda é*, puramente *substantiva*: reporta-se a uma dada *pretensão substantiva*, produzindo efeitos processuais ou extraprocessuais. No domínio da responsabilidade civil e em concreto, o acordo destina-se a restringir a “accionabilidade” judicial e extrajudicial, da pretensão indemnizatória da qual o lesado é titular, preservando, todavia, a sua *existência* e *validade*. Gera-se, em consequência, uma figura próxima, mas não inteiramente coincidente, dos acordos *standstill*, típicos dos países de *Common Law*.

Na verdade, na figura em mãos aparentemente transitamos de uma *renúncia ao direito*, num prisma substantivo, para uma *renúncia à acção*, à *exigibilidade judicial* (*Klagebarkeit*) e/ou *extrajudicial* da pretensão. Isto, sem implicar, insiste-se, uma qualquer limitação operante ou exclusão da situação substantiva *tout-court*, necessariamente precedente e fundamentadora da demanda.

Esses pactos, por influência terminológica direta da fonte romana de onde provêm, ficaram conhecidos por *pactos de não exigir* ou, no latim, por *pacta de non petendo* (no singular nominativo, fala-se, ao invés, de *pactum*; substantivo esse que

⁸ Sobre esta figura, v. ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 39 e ss.

⁹ Isto não significa, contudo, que o *pactum de non petendo* se reporte ao exercício da faculdade de escolha (por acordo) das pretensões predispostas num contexto de *alternatividade*. Como é sabido, adentro do escopo da responsabilidade civil, o legislador reconhece a faculdade de os sujeitos convencionarem na modelação das pretensões (e são várias) emergentes de uma situação de falta de cumprimento (imputável ou não ao devedor): exemplo típico desta situação é a possibilidade de as partes *afastarem* a execução específica de determinados contratos promessa (ainda que com base num sistema presuntivo de que o sinal é uma convenção que afasta a possibilidade de execução específica da promessa; 830.º/1 e 2). Neste caso, como adiante se demonstrará, não se restringe a *exigibilidade* a uma concreta pretensão; pelo contrário, é a existência da pretensão em si que é negada, nos precisos moldes que hajam sido acordados.

¹⁰ Esta é, por todos, a proposta de WAGNER, *Prozeßverträge*, Jus Privatum, 33, Mohr Siebeck: Tubinga, 1998, *maxime* p. 436 e ss.

utilizaremos doravante com aquele outro sentido). Existe outra terminologia, claro, a qual tem reunido menos adesão: em França apela-se, por vezes, ao *contrat de non-opposition*; no Brasil, por sua vez, invoca-se a *promessa de não processar e/ou de não postular*¹¹. Por sua vez, na família jurídica de *Common Law*, é corrente a utilização do acordo de não processar (*covenant not to sue*)¹².

IV. O primeiro ponto de controvérsia é, portanto, o *objeto* da restrição inerente a tais acordos, ou seja, se ainda estamos no campo puramente substantivo, adjetivo ou, ainda, numa combinação de ambas, numa qualquer zona de interferência de entre aquelas realidades. Isto, porquanto – acompanhando aqui a reserva de GERHARD WAGNER – a doutrina e a jurisprudência ignoram as inconsistências de uma figura (aparentemente) heterogénea, reconhecendo-lhe, a par e passo, tanto efeitos substantivos, como adjetivos, sem nisso haver (aparentemente) contradição¹³.

Numa primeira abordagem, o jurista mais cauteloso negará a validade de tais pactos. Por uma razão muito simples: defronte dos mesmos, gera-se-lhe a imediata suspeita de que tais acordos implicam uma palpável renúncia à exigibilidade do crédito (*Durchsetzbarkeit*), qualificada que seja essa renúncia como um abandono *inadmissível* da tutela judicial, à qual *todos* têm direito. Se esse direito é *irrenunciável*, estes pactos seriam, nesta linha argumentativa, simplesmente inválidos. Todavia, em contrapeso, surge uma outra ideia: a de que a propositura de uma acção ou, no geral, o exercício da pretensão, corresponde a um ato de liberdade, para o qual o *não exercício* é legítimo (no fundo, uma renúncia *material*, por *inação*). Nesta linha, não choca, portanto, a modelação *convencional* desse exercício. São estes, no fundo e à partida, os vetores, de peso e contrapeso, em confronto. Avancemos na exposição.

Pois bem, feita uma análise mais aprofundada, devemos notar que tais pactos se encontram expressamente previstos no direito ordinário, de forma inclusive *amiúde*. Uma nota prévia: em todas as hipóteses detetadas, o legislador limitou-se, pura e simplesmente, a restringir a *inexigibilidade* (no francês: *pouvoir de contrainte*) de certas pretensões.

¹¹ A doutrina brasileira é prolixa a este respeito. V., num elenco não exaustivo, ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 21 e ss.; ALEXANDRE CASANOVA MANTOVANI, *O princípio da boa-fé e os negócios jurídicos processuais*, RJLB, Ano 3 (2017), n.º 3, p. 121; ALBERTO ALBUQUERQUE DA COSTA TRIGO, *Promessa de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*, Editora JusPODIVM: Salvador (2020); JOSÉ LAURINDO NETTO *et al.*, *O negócio jurídico processual e a promessa de não processar*, Research, Society and Development, v. 10, n. 6 (2021), p. 6 e ss.

¹² Em matéria de patentes proliferam este tipo de acordos, os quais não se confundem com a remissão de responsabilidade (*release of liability*).

Sobre a heterogeneidade terminológica, v. HANS-ADOLF NEUMANN, *Der vertragliche Ausschluss der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen und im deutschen internationalen Recht*, inédito, LMU: Munique, 1967, p. 60.

¹³ WAGNER, *Prozeßverträge*, p. 397 (e respetiva nota de rodapé 35).

Retomemos a identificação das hipóteses a que fizemos menção: quanto à aludida *limitação da inexigibilidade da pretensão*, são vários os casos que decorrem da lei, em termos *immediatos* – mais do que aqueles possíveis de elencar. Ora, correndo o espectro exemplificativo e (ainda que) excecionalmente¹⁴, encontramos a *inexigibilidade* legal, entre outros exemplos, (i) nas obrigações naturais, por natureza (402.º), (ii) na indemnização pela falta de pagamento da renda, se a mora do locatário cessar no prazo de oito dias (1041.º/2), e (iii) da execução específica da promessa de casamento (1591.º)¹⁵. Os exemplos não terminam por aqui. Vejamos outras situações em maior detalhe.

Primeiro (em termos expressos), no regime da insolvência, veja-se a sustentação da exigibilidade das pretensões, ou seja, o *efeito paralizador (standstill)* no contexto do PER, em benefício do devedor, após a prolação do despacho a nomear o administrador judicial provisório e pelo tempo que perdurarem as negociações (17.º-E/1 CIRE)¹⁶. Por este mecanismo, obsta-se à instauração das acções de cobrança de dívida, por *impossibilidade*¹⁷, e suspendem-se aquelas em curso. No fundo, visa-se conferir um “balão de oxigênio”¹⁸ ao devedor, com vista ao bom termo das negociações; o custo é, por outro lado, evidente: o da inexigibilidade temporária dos créditos.

Segundo (em termos implícitos), veja-se a *suspensão* da exigibilidade do crédito (*i. e.*, do cumprimento do dever primário de prestar) enquanto dure a impossibilidade temporária (792.º/1) – num estado, nas palavras de CATARINA MONTEIRO PIRES, de *quiescência*¹⁹ – ou, por outro lado, enquanto se mantenha o caso de recusa de

¹⁴ À semelhança do sistema alemão, o legislador português entendeu (e bem) consagrar a possibilidade genérica de tutela *primária* do crédito (ou seja, de exigir o respetivo cumprimento). Torna-se, assim, *superfluo* acordar na exigibilidade, p.ex., da obrigação que não seja natural (por contrário à lei; entre nós, v. o disposto no art. 404.º CC) ou impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*); neste sentido e por todos – enquadrando o pactum de non petendo como precisamente o reverso deste último acordo –, v. THOMAS WINKELMANN, *Der Anspruch*, Studien zum Privatrecht 96, Mohr Siebeck: Tubinga (2021), § 5, pp. 310-311 (e respetiva nota de rodapé 40).

¹⁵ Sobre este exemplos (e outros), v. ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES, *O concurso de responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra (2023), pp. 512-513.

¹⁶ Sobre este mecanismo, cf., por todos, SORAIA CARDOSO, *Processo Especial de Revitalização. O Efeito de Standstill*, Almedina: Coimbra (2016).

¹⁷ Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *O efeito standstill no Processo Especial de Revitalização e do Processo Especial para Acordo de Pagamentos*, RFDUL/LLR, LX (2019, 1), pp. 77-98 (83). É ponto atualmente contorverso saber as acções que se encontram abrangidas por aquela regra; tema não explorado dada a economia limitada deste estudo.

¹⁸ A expressão é do STJ, no seu ac. de 13-Abr-2021 (ANTÓNIO BARATEIRO MARTINS), proc. n.º 6521/16.6T8LRS.L1.S1. LUÍS MENEZES LEITÃO entende que a impossibilidade em causa é uma de tipo *originário*, convocando a aplicação do disposto na alínea e) do art. 277.º CPC (*Direito da Insolvência*, 10.ª ed., Almedina: Coimbra, 2021, pp. 385-386, nota de rodapé 490).

¹⁹ Cf., por todos, a construção, aqui seguida, de CATARINA MONTEIRO PIRES, *Direito das Obrigações em Tempos de Calamidade*, Almedina: Coimbra, 2021, pp. 175-176, incorporando, com grande mérito, a lição de CANARIS, *Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung*, FS Huber (2006), p. 143 e ss. (*maxime* p. 146).

cumprimento, pelo exercício legítimo da exceção de não cumprimento (*exceptio non adimpleti contractus*, 428.º/1)²⁰.

Acima de tudo – note-se este aspeto –, encontramos *ainda* previsões relativas à possibilidade de inexigibilidade *convencional*: exemplo paradigmático é a permissão da celebração de um *pacto de permanência na indivisão*²¹ referente ou (i) à *coisa comum* numa situação de compropriedade (1412.º/2), ou, genericamente, (ii) a um *património*, tanto em caso de divórcio (quanto aos bens comuns, em comunhão germânica), como (enquanto uma inovação do Código Civil de 1966) em caso de morte, quanto ao património *hereditário* (2101.º/2)²². Outro exemplo decorre do funcionamento das regras da remissão no contexto da solidariedade: muito simplesmente, o facto de o *accipiens* remitir a dívida de um dos devedores, não impede os demais devedores de exigirem a este o respetivo direito, por inteiro, em sede de regresso (864.º/2), o que transforma esta figura numa mera situação de *inexigibilidade convencional* nas relações externas²³. Próxima desta realidade fica também a limitação da possibilidade de recurso da decisão judicial²⁴. Se estas são previsões excecionais ou, em alternativa, manifestações pontuais de uma possibilidade geral de celebração de tais pactos, é matéria a explorar.

²⁰ Para JOSÉ JOÃO ABRANTES o efeito principal deste mecanismo para o *accipiens* é o «direito à suspensão da exigibilidade da sua obrigação»; cf. o A. em *A Exceção de não Cumprimento do Contrato*, 3.ª ed., Almedina: Coimbra (2018), p. 115.

²¹ Tal acordo não é mais do que, no entendimento de ELSA VAZ SEQUEIRA, uma *autolimitação ao poder de extinguir a comunhão* (em anot. ao art. 1412.º, em *Código Civil Comentado*, Católica Editora: Lisboa, Coord. Henrique Sousa Antunes, p. 425). Poder esse que é irrenunciável (*in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*).

²² Ensina CAPELO DE SOUSA – com inteira razão, a nosso ver – que não se vence a proibição da perpetuidade do acordo de indivisão pelo facto de os interessados serem livres de não exigir a partilha por sua única e exclusiva vontade *a todo o tempo* ou *em permanência* (*i. e.*, de forma também *perpétua*). É que no primeiro caso existe um *acordo* de indivisão perpétuo (expressamente proibido), mas no segundo apenas uma «situação jurídica resultante de vontades unilaterais convergentes», a qual não pode ser *legalmente* impedida (CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2002, p. 92, nota de rodapé 243). OLIVEIRA ASCENSÃO nota a contradição de a situação de indivisão ser transitória, mas, por conta das renovações, se poder prolongar *indefinidamente* (*Direito Civil. Sucessões*, Coimbra Editora: Coimbra, 1981, p. 483); com uma semelhante crítica, v. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Sucessões*, Almedina: Coimbra (2021), pp. 403-404. Cf., também, GALVÃO TELLES, *Sucessões – Parte Geral*, Coimbra Editora: Coimbra (2004), p. 114.

²³ Significa isto que o fenómeno em análise não é *remissivo* em sentido próprio: o devedor, o qual haja sido diretamente beneficiado pelo credor, conserva o débito perante os demais co-devedores. Todavia, assente na validade desta convenção, o cumprimento da obrigação por este último devedor é *inexigível perante o credor* (*i. e.*, nas relações externas); esta característica faz com que ANTUNES VARELA apele expressamente à existência de uma «espécie de *pactum de non petendo*» (*Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2010, p. 775). Com idêntica leitura, aplicada à pluralidade de fiadores e ao acordo do credor que beneficie um deles, v. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 1047-1048 (e respetiva nota de rodapé 471).

²⁴ Sobre a qualificação dessa restrição como integrante de um *pactum*, v. OLIVER ELZER, *Rechtsmittel: pactum de non petendo*, MDR 15/2019, p. 920.

1.2. O problema e o enquadramento proposto; a vanguarda italiana

V. Recordemos o que já foi dito, ainda que por outras palavras: com semelhantes *pacta* – aqui, por facilidade expositiva, reportados a determinada *situação de responsabilidade* – as partes, por regra, não limitam o direito à indemnização, mas apenas o *exercício da pretensão indemnizatória emergente*²⁵. Pois bem, esse tipo de *cláusulas* (ou de *convenções*, quando fora do espectro obrigacional *tout court*) surgem de forma tão amiúde nos países de tradição anglo-saxónica como escasseiam nos demais ordenamentos pertencentes à Família Romano-Germânica. Existem, contudo, vários exemplos que se podem apontar e fundamentalmente a figura não tem escapado do olhar da doutrina mais atenta.

Sobre os tais pactos de *non petendo*, no espaço nacional é incontornável a monografia da PAULA COSTA E SILVA, intitulada «[p]erturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonada e outras tantas Novelas pouco exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento» (2020)²⁶. De resto, as demais referências à figura surgem, entre nós, paulatina e acessoriamente, nos manuais, monografias especializadas e em vários periódicos de referência²⁷. As menções jurisprudenciais existentes são, na sua esmagadora maioria, acidentais e complementares ao *thema decidendum*²⁸. É difícil, portanto, discernir um fio condutor nesta heteronomia irredutível de leituras, posições e argumentos, com o estrito propósito da (mais do que devida), chamemos-lhe assim, *condensação dogmática* da figura à luz das diretrizes impostas pelo nosso Direito objetivo.

²⁵ Acolhemos a proposta inicial de WINDSCHEID, em 1856, quanto à ligação da *actio* ao conceito de pretensão (*Anspruch*) e não ao do simples direito subjetivo; sobre o confronto das várias teorias relativas ao objeto com o qual a acção judicial se relaciona no domínio substantivo (o direito subjetivo, a pretensão ou a responsabilidade, v. JOÃO DE CASTRO MENDES, *O direito de acção judicial*, AAFDL: Lisboa, 1959, p. 139 e ss.).

²⁶ Da ilustre Professora, v., ainda, o estudo *Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*, Negócios Processuais, Editora JusPODIVM: Salvador (2020), pp. 297-335.

²⁷ Num sentido geral, contrário à sua admissibilidade, v. JOÃO LEBRE DE FREITAS, apontando esta solução como uma afloramento da inadmissibilidade de proibição de impugnação do testamento (art. 2310.º CC); em *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2013), p. 101 (nota de rodapé 4), em linha com a proposta de CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, I, AAFDL: Lisboa (1985), pp. 114-115; cf, ainda, a posição expressa pela Procuradoria Geral da República no respetivo Parecer n.º 41/1987, de 29 de julho (CABRAL BARRETO).

²⁸ Cfr., p. ex., o ac. STJ, de 16-Abr-1995 (AFONSO DE MELO), proc. n.º 086339; no depósito irregular, o ac. STJ, de 10-Nov-2011 (GABRIEL CATARINO), proc. n.º 1182/09.1TVLSB.S1.L1; quanto ao direito de acesso à justiça, o ac. TRP, de 12-Jan-2015 (SOARES DE OLIVEIRA), proc. n.º 281/14.2YRPRT; no contexto do pagamento do crédito documentário, ac. TRP, de 09-Jun-2005 (TELES DE MENEZES), proc. n.º 0533150; quanto às bancárias, v. o ac. TRP, de 12-Dez-2000 (MARQUES DE CASTILHO), proc. n.º 9920386; a propósito da transação judicial, o ac. TRL, de 06-Dez-2017 (MARIA TERESA ALBUQUERQUE), proc. n.º 2164/10.6TCLRS.L1-2; e, por fim, o ac. TRG, de 07-Dez-2017 (EVA ALMEIDA), proc. n.º 2659/12.7TBVCT.G1.

A mesma dificuldade surge, como dissemos, noutros ordenamentos, nossos congéneres. Concentremo-nos, todavia, nos bons exemplos.

Para além das obras dedicadas à recuperação das fontes romanas, destaca-se desde logo, no território francês, a investigação de RAYMOND DE BARRAU (1875)²⁹ e de MORISSON DE LA BASSETIÈRE (1883)³⁰. Além-Reno, é incontornável o estudo de HANS REICHEL (1935)³¹, cuja investigação foi, aliás, precursora de muitas outras. No espaço da lusofonia, a investigação mais recente de ALBERTO TRIGO é, também, de destacar³².

Todavia, na modernidade o melhor exemplo provém – dúvidas não haja – de Itália. Em rigor, a doutrina italiana encabeça a vanguarda do enquadramento, doutrinário e jurisprudencial, deste tipo de pactos. Sem propósito exaustivo, destacam-se, desde logo, os estudos de MOSCHELLA (1957)³³, SARGENTI (1959)³⁴, FILIPPO GALLO (1960)³⁵ e RUSCELLO (1976)³⁶. Seguiram-se outros, tais como os SCOGNAMIGLIO (1986)³⁷, CRISTOFARO (1996)³⁸, ORLANDI (2000)³⁹ e de RECINTO

²⁹ *De l'acceptation et du pacte de non petend en droit romain. De la remise de la dette en droit français*, F. Pichon: Paris (1875).

³⁰ *Du pacte de non petendo en Droit Roman: Des partages d'ascendants en Droit Français*, L. Larose et Forcel: Paris (1883).

³¹ *Der Einforderungsverzicht (pactum de non petendo)*, JhJb, Vol. LXXXV (1935), p. 1 e ss. A investigação de KURT CREMER também é de salutar (*Das pactum de non petendo*, Köln, 1959). Além-Reno, a generalidade da doutrina aceita a validade de tais pactos; dá-nos disto conta, por todos, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, I, AT, 22.^a ed., C. H. Beck: Munique (2021), § 3, p. 11. No sentido da admissibilidade (além de REICHEL), v., também, *inter alia*, PETER SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Mohr Siebeck: Tübinga (1968), *passim*; HANS-ADOLF NEUMANN, *Der vertragliche Ausschluss der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen und im deutschen internationalen Recht*, Munique (1967), p. 27 e ss.; por fim, GRUNSKY, *Grundlagen der Verfahrensrechts*, 2.^a ed., Giesecking: Bielefeld (1974), p. 159, exigindo a aplicação das mesmas condicionantes formais da convenção arbitral ao *pactum*.

O entendimento inicial alemão, baseado na inadmissibilidade de tais *pacta*, aproveita uma decisão clássica nesse sentido (RGZ 37, 427 e ss.). Quanto aos AA., na doutrina tedesca mais antiga, contrários à admissibilidade do *pactum*, v., novamente num elenco não exaustivo, CONRAD HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht: Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Scientia: Aalen, 1900, § 23, p. 153 e ss.; JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Rechtslage, p. 311; e, por fim, GERHARD SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen 33, Röhrscheid: Bona (1935).

³² Destacamos de ALBERTO LUCAS ALBUQUERQUE DA COSTA a sua mais recente monografia *Promessa de não processar e não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*, Salvador: JusPodivm, 2020. Recentemente, v., também TAVORA FILHO, *A viabilidade do pactum de non petendo no ordenamento jurídico brasileiro*, Revista de Processo (agosto 2023), vol. 342, ano 48, pp. 19-54.

³³ *Pactum de non petendo*, Diz. prat. diritto privato, 5, 1, p. 19 e ss.

³⁴ *Pactum de non petendo e remissione del debito*, Foro pad., 1959, I, p. 299 e ss.

³⁵ *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano*, Il foro italiano, 1960, Vol. 83, n.º 5 (1960), pp. 129-130, 145-146.

³⁶ *"Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, Rivisti di Diritto Civile, ano XXII, n.º (1967), p. 198 e ss.

³⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un riveduto concetto del 'patto' nell'ordinamento attuale*, Riv. Not. (1986), I, p. 587 e ss.

³⁸ G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, Riv. dir. civil (1996), I, p. 367 e ss.

³⁹ MAURO ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Giuffrè: Milão (2000).

(2004)⁴⁰. Recentemente⁴¹, é, ainda, de destacar a investigação de MARTINA D'ONOFRIO (2021)⁴² e de TOMMASO DALLA MASSARA (2021)⁴³; estes últimos dois AA. foram, aliás, em conjunto, responsáveis pela famosa tradução italiana da obra de HANS REICHEL, da qual demos anteriormente nota⁴⁴.

VI. Neste momento, pode ser feita uma súmula quantos aos efeitos de tais *pactos*. Ainda que a título provisório, diríamos o seguinte: pela nossa parte, o objeto de tais acordos passa, no essencial, pela limitação do exercício de uma posição *substantiva* previamente reconhecida. Se essa limitação se faz apenas em *juízo* ou com vista a este (ao processo, portanto), é matéria que se apurará de seguida.

Escusado será referir que a definição apontada deixa a descoberto um conjunto de questões, a explorar. Todavia, o traçar, perfunctoriamente que seja, das linhas gerais de enquadramento da figura é o penhor mais seguro para a sua efetiva e útil decomposição metodológica. E é ponto assente que ela deva ocorrer, pese embora esta ainda não tenha beneficiado do aprofundamento devido. Ora, a definição apontada convida, desde logo, a compreensão do efetivo campo operativo de tais convenções. Das três, uma: ou (i) estas se reportam ao domínio *substantivo*, (ii) ao *processual* ou, ainda e no limite, (iii) a uma combinação de ambos aqueles domínios, a desvendar. As demais implicações, especialmente quanto à admissibilidade destes pactos, ficam, nos termos enunciados, prejudicadas pela compreensão da respetiva *natureza*.

1.3. Antecedentes históricos; breve excurso

VII. Há muito tempo que se coloca a questão de saber se são admissíveis pactos com função liberatória, especialmente aqueles limitativos ou excludentes do *direito de agir*. A questão não é, por assim dizer, *nova*. Esclareceremos o *porquê*.

Ao tempo dos Romanos, o problema foi considerado e aprofundado de forma simplesmente invejável. É precisamente nesta época que encontramos os principais

⁴⁰ GIUSEPPE RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Univ. Sannio-Sez. giuridico-sociale, Edizioni Scientifiche Italiane: Collana (2004).

⁴¹ Nos estudos mais antigos, embora centrados nas fontes romanas, de onde a figura provém, v. DE VILLA, *Pactum de non petendo*, Nuovo Digesto Italiano, Vol. X, Utet: Torino (1939), p. 408 ss.; e MOSCHELLA, *Pactum de non petendo*, *Dizionario pratico del diritto privato*, Vol. I, Vallardi: Milão (1939), p. 19 ss..

⁴² *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, Cultura giuridica e rapporti civili, 36, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (2021).

⁴³ *Il pactum de non petendo: modello o modelli di modulazione cronologia dell'obbligazione?*, em *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Vol. V, Jovene Editore: Nápoles (2021), pp. 115-158.

⁴⁴ HANS REICHEL, *Il "pactum de non petendo"* (trad. Tommaso dalla Massara/Martina D'Onofrio), Pacini Giuridica: Pisa (2018); deste A., v., ainda, *Unklagbare Ansprüche*, JhJb 59 (1911), pp. 409-460 (445 e ss.)

contributos históricos, na conformação da fisiologia da figura, e é precisamente nesse *apport* que nos devemos, de momento, reter. Isto, por um motivo muito simples: antecipando algumas das nossas conclusões, a dogmática do direito privado romano permeou para os institutos atuais, especialmente fruto da Pandetística⁴⁵, como se sabe, ressalvadas as devidas adaptações, naturalmente. Compreender os quadros atuais do Direito positivo implica, portanto – por muito que não se queira –, recuperar novamente essa lição, *histórica*. Desvendada a opacidade dos seus contornos, este contributo representa indiscutivelmente uma ferramenta útil de compreensão deste instituto atual. *Roma victrix*.

Ora, num exercício de economia, dada a extensão limitada deste estudo, podemos considerar os (vários) ensinamentos do Direito Romano resumidos a dois planos, correspondentes às áreas onde os seus contributos mais frutificaram: primeiro, nas (a) figuras que estão na génese dos institutos atuais, *mutatis mutandis*; segundo, (b) na complexidade inerente àquelas figuras. Vejamos tudo isto, por partes.

a) *As figuras-base; o pactum de non petendo e a acceptilatio em confronto*⁴⁶

VIII. À convenção mediante o qual o credor e o devedor acordavam que o primeiro não exigia o cumprimento do crédito ao segundo chamaram os jusprivatistas romanos de pacto de não pedir (no latim: *pactum de non petendo*). Esse acordo, de origem pretoriana⁴⁷, tinha natureza negocial (carecendo, portanto, da aceitação do devedor, o primitivo beneficiário)⁴⁸. Em rigor, este pacto não provocava a extinção, em si, da

⁴⁵ A evolução do Direito civil encontra-se retratada nos manuais de referências, para os quais se remete. Não cumpre, de momento, reiterar o peso e o lastro histórico que nos foi deixado pelo movimento preconizado por SAVIGNY, de sistemática do Direito com base nas fontes romanas num modelo conceptual (o da *Konstruktionsjurisprudenz*). A repercussão da *Pandetística* (cujo termo provém dos *Pandekten*, entre nós, *Digesta*; o movimento em si foi denominado de *Pandektenwissenschaft* ou *Pandektismus*), na dogmática jus-privatística, é insofismável. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, as quais não podemos deixar de acompanhar, «a herança de Savigny é universal» (*Tratado*, I, 3.^a ed., Almedina: Coimbra, 2021, § 7, p. 131).

⁴⁶ Sobre outras figuras, de génese liberatória, tal como a *solutio per aes et libram*, v., por todos, MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, I, C.H.Beck: Munique (1955), § 150, I, 1, p. 536.

⁴⁷ Na génese, aparenta estar o pagamento da “compensação” com função liberatória da retaliação exercida pelo lesado (MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, p. 536-537). Para mais desenvolvimentos, permanece como referência a dissertação de doutoramento de RAYMOND DE BARRAU, da qual já demos anteriormente conta (*De l’acceptation et du pacte “de non petendo”, en droit romain. De la remise da la dette, en droit français, maxime p. 22 e ss.*). V., ainda, LUIGI PELLECCHI, *La posizione dell’ exceptio pacti nell’Editto del Pretore*, *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), Abr.-Jun. 2009, Vol. 87, no. 2 (Abr.-Jun. 2009), pp. 143-180 (*maxime p. 168*). Recentemente, dando nota da falta de reconhecimento deste *pactum* no *ius civile*, apenas legitimado pelo *ius honorarium*, apresenta-se TAVORA FILHO, *A viabilidade do pactum de non petendo no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 21.

⁴⁸ Nota JENS KLEINSCHMIDT – em anot. ao § 397 BGB, em HKK-BGB, II, §§ 241-432, Mohr Siebeck: Tübinga (2003), § 397, p. 2260, Nm. 9 – que no Direito Romano não existiu uma rescisão unilateral de obrigações. No mesmo sentido, v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. IV, Berlin (1841), § 202, p. 548 e respetiva nota de rodapé (v). Recentemente, com exemplos concretos e realizando a análise detalhada das fontes romanas, v. PETER GRÖSCHER, em *Handbuch des Römischen Privatrechts*,

obrigação primitiva (da *obligatio*), fonte da potencial situação de responsabilidade⁴⁹, muito menos se dirigia à relação obrigacional como um todo⁵⁰. Antes, permitia ao devedor opor à exigência judicial do cumprimento de determinada obrigação, com base no *ius honorarium*. A sua eficácia era também, nos seus contornos, francamente simples e linear: se judicialmente acionado, o devedor opunha em juízo uma *exceptio*, a exceção de pacto concluído (*exceptio pacti conventi*) ou – embora este seja um ponto de controvérsia –, em alternativa, invocava dolo do demandante (mediante a *exceptio doli*)⁵¹. Donde, os efeitos do pacto de não agir eram, nestes termos, puramente *adjetivos*, ou seja, concentrados na tutela processual negativa, uma vez que afetavam apenas a *exigibilidade* do crédito⁵². Quando judicialmente invocado, mediante exceção (*ope exceptionis*), como vimos, a *actio* era, nas palavras de SANTOS JUSTO, *paralisada* e o devedor absolvido⁵³.

Nesta linha, poderíamos ser levados à (errada) conclusão de que não existia, à data, forma de extinguir, de *per se*, a *obligatio* – conquanto, p. ex., os romanos não autonomizavam o conceito de direito subjetivo (o *ius*) do plano adjetivo (da *actio*) (sendo este último aquele verdadeiramente operante). Muito pelo contrário: existia, naquele tempo, um instituto, próximo deste, destinado precisamente a extinguir a obrigação, e não a coartar apenas a sua exigibilidade: este, contraposto ao plano formativo da *stipulatio*, designava-se de *acceptilatio*.

Inicialmente, mediante a *acceptilatio* as partes, num momento solene e formal, extinguíam a dívida também formal⁵⁴ (provinda da *stipulatio*): o devedor perguntava

Vol. II, § 107, Einrede kraft Vereinbarung (*exceptio pacti*), Mohr Siebeck: Tubinga (2023), *maxime* pp. 2896-2897.

⁴⁹ Uma convenção, com essa eficácia liberatória, era o *contrarius consensus*, embora reportada a toda a relação obrigacional, e não apenas a uma obrigação, em concreto. Duas importantes limitações incidem sobre estoutra figura (a do *contrarius consensus*): por um lado, esta apenas se poderia reportar a uma contrato consensual, por outro, dependia de das obrigações de qualquer uma das partes ainda se encontrarem por cumprir. Sobre este aspeto, v. VAZ SERRA, *Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral*, BMJ 43 (1954), p. 57. O entendimento do reputado A., quanto a esta matéria, foi inclusivamente seguido pelo STJ, no ac. de 24-Jan-1995 (TORRES PAULO), proc. n.º 086118.

⁵⁰ Expressamente, REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd.: Cidade do Cabo, Wetton, Joanesburgo (1990), p. 758.

⁵¹ Neste sentido, MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, p. 537; REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 157. Este último A., nota que nem sempre a exceção carecia de ser invocada: em *bonae fidei iudicia* o juiz devia conhecê-la *ex officio* (*idem*, p. 758). Sobre o tipo de *exceptio* a ser invocada pelo devedor, consoante houvesse apenas uma prorrogação do tempo do cumprimento ou estive acoplado ao *pactum* uma remissão, respetivamente, v. HEINRICH HONSELL, *Römisches Recht*, 7.ª ed., Springer: Heildelberg (2010), § 34, p. 106. Ainda quanto à articulação entre a *exceptio pacti conventi* e a *exceptio doli*, v. TIAGO SOARES DA FONSECA, *A transação civil. Na litigância extrajudicial e judicial*, Gestlegal: Coimbra (2018), pp. 85-86 (nota de rodapé 181), bem como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, 5.ª reimp., Almedina: Coimbra (2013), pp. 85-86 (e respetiva nota de rodapé 123).

⁵² Assim, expressamente, PEDRO CALLAPEZ, *A remissão como forma de extinção das obrigações*, Almedina: Coimbra (2023), p. 52

⁵³ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, STVDIA IVRIDICA 76, Coimbra Editora: Coimbra (2019), p. 184, 203.

⁵⁴ Sobre a figura, v., recentemente e por todos, PEDRO CALLAPEZ, *A remissão como forma de extinção das obrigações*, pp. 51-54. O efeito associado à *acceptilatio* formalmente inválida é bastante discutido

“aceitaste aquilo que eu te prometi?” (no latim: *quod tibi ego promisi, habesne acceptum?*) e o credor respondia “aceitei” (*habeo*)⁵⁵, mesmo quando o cumprimento não havia ocorrido⁵⁶. Deste último aspeto (*i. e.*, da desnecessidade da realização da prestação, de cumprimento para a extinção da obrigação) resultava, note-se, o efeito liberatório inerente à *acceptilatio*.

Uma breve nota quando a outro aspeto. Nos primórdios, os romanos encaravam o cumprimento da obrigação como uma operação complexa, para a qual não bastava a realização *qua tale* da prestação. Pelo contrário, era, à data, necessário cumular ao cumprimento um outro, formalmente equivalente àquele subjacente à constituição da obrigação. Através destoutro ato o *accipiens* “libertava” o seu devedor da dívida. Esse ato ficou conhecido por *solutio per aes et libram*. Ora, o equivalente desta formalidade liberatória nas dívidas formais, conquanto oriundas da *stipulatio*, provinha, como fizemos referência, da *acceptilatio*. Quando, no século III a.C., o cumprimento se liberta da formalidade inerente a este segundo ato, paralelo ao do cumprimento, a *acceptilatio* manteve-se em uso, com dois propósitos: primeiro, o de *quitação* (facilitando a prova do cumprimento) e – para aquilo que, de momento, nos importa –, segundo, o *puramente liberatório*. Vejamos este segundo aspeto em maior detalhe. A função liberatória mantinha-se: o credor podia *renunciar* ao seu crédito, sem, portanto, que o devedor houvesse materialmente cumprido. No fim, houve inclusive uma convergência para a *acceptilatio* na remissão de todas dívidas, incluindo as informais. Para tal, as últimas dívidas (as informais) eram transformadas, mediante *novatio*, em dívidas formais fruto de *stipulatio*. Posteriormente, no século I a. C., caminhou-se para uma *acceptilatio* genérica, atribuída a AQUILIUS GALLUS, a qual abrangia todas as dívidas, presentes ou futuras, vencidas ou não (conhecida por *stipulatio Aquiliana*)⁵⁷. No período pós-clássico, o declínio da *acceptilatio* acompanhou a preferência pela informalidade do *pactum de non petendo*. O abandono da natureza

(assim, MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, p. 536 e nota de rodapé 8): a proposta de ULPIANO e de PAULUS é considerá-la uma *pactum de non petendo*, conquanto este não se encontrava adstrito aos mesmos requisitos formais (também FRÉDERIC LORIN, seguida por PEDRO CALLAPEZ, *A remissão*, p. 53, nota de rodapé 107). A propósito, v., ainda, HEINRICH JAKOBS, *Hugolinusglossen im accursischen Apparatzum Digestum vetus, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*. Vol. 307, Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main (2017), p. 321 e ss.

⁵⁵ GAIO 3.169. Existem outras formulações, alternativas à exposta no texto (cf. D. 43, 4, 7). A doutrina aceita, contudo, na natureza incondicional desta figura – distinta, desde logo por este aspeto, do *pactum de non petendo*; cf., neste sentido, MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, p. 536 (nota de rodapé 3). V., a propósito, ainda, GIOVANNI ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al "pactum de non petendo"*, Unione tipogr. Coop.: Perugia (1913).

⁵⁶ *Velut solvisse videtur qui acceptilatione solutus est* (D. 46, 4, 16 e 19).

⁵⁷ Entre nós, v. TIAGO SOARES DA FONSECA, *A transação civil na litigância extrajudicial e judicial*, Gestlegal: Coimbra (2018), pp. 94-97. Para maiores desenvolvimentos, v. JENS KLEINSCHMIDT, em anot. ao § 397 BGB, em HKK-BGB, II, §§ 241-432, Mohr Siebeck: Tübinga (2003), § 397, pp. 2257-2258-, Nm. 8-9.

formal da *acceptilatio*, está na base nas previsões atuais de *remissão*, despidas dos apertados requisitos (formais e quanto às formalidades) de outrora (863.º CC⁵⁸).

Nestes termos e em suma, a imposição da equivalência formal na extinção da obrigação à da sua formação foi abandonada, em particular por conta da auscultação da *praxis*: em regra, a remissão, tem por base uma decisão circunstancial, de carácter gratuito, com vista ao benefício imediato. Considerou-se (e bem) que essa decisão é incompatível, na sua intrínseca dinâmica, com a exigência de apertados requisitos formais (os quais tutelariam outros interesses, tais como o probatório, incluindo o de terceiros). Com esta configuração, o custo da informalidade da remissão – custo esse perfeitamente assumido⁵⁹ – é o de o credor se encontrar desprotegido de decisões liberatórias precipitadas, em benefício do devedor e dos demais interessados nessa desvinculação (tais como os garantes, herdeiros e outros credores do devedor).

b) Principais modalidades e configurações históricas do pactum de non petendo

IX. O *pactum de non petendo* deteve uma complexidade singular. Essa complexidade esconde vários aspetos do regime, ainda hoje em discussão. Sejam claros: o levantamento do nevoeiro que paira sobre a heterogeneidade destes pactos permitirá, antecipamos, identificar os problemas na sua génese e as soluções gizadas, transportáveis para os tempos modernos. Pois bem, o aprofundamento de todas essas idiossincrasias é justamente esse o caminho a percorrer de momento.

Em primeiro lugar, este pacto poderia ser estabelecido para vigorar apenas durante um determinado tempo (*intra certum tempus* ou *ad tempus*), servindo, neste caso, como um mero diferimento (*Stundung*) da demanda. Nos demais casos, o pacto vigorava de forma *definitiva* (*ad infinitum*). Em estrita correspondência com esta natureza, a exceção concedida teria natureza dilatória ou peremptória, respetivamente. Por outro lado, este *pactum* podia reportar-se à totalidade da dívida ou apenas a parte desta⁶⁰.

Em segundo lugar, quanto às pessoas implicadas, o credor podia acordar em não peticionar o seu devedor (*pactum de non petendo in personam*). Noutros casos, a limitação quanto à renúncia da exigência do cumprimento da *obligatio* poderia beneficiar, por acréscimo ao devedor, os co-devedores solidários, os seus herdeiros ou, ainda os

⁵⁸ Veja-se, a propósito, os requisitos formais da *Erläss* alemã, § 397 BGB; da *remissione* italiana, art. 1236 CCit; da *remise de dette* francesa, art. 1350.º CCfr; da *condonación de deuda* espanhola, art. 1187.º CCes; da *afstand* holandesa, art. 6:160 CCh; da *Aufhebung durch Übereinkunft* suíça, art. 115.º do Código das Obrigações suíço; e, por fim, da *unentgeltlicher Verzicht* austríaca, § 1381 ABGB.

⁵⁹ Assim, JENS KLEINSCHMIDT, em anot. ao § 397 BGB, em HKK-BGB, II, § 397, p. 2287, Nm. 45.

⁶⁰ Cf., novamente, JENS KLEINSCHMIDT, em anot. ao § 397 BGB, em HKK-BGB, II, § 397, p. 2258, Nm. 8.

fiadores⁶¹. Este tipo de pacto seria, segundo SAVIGNY, a regra⁶². Se o primeiro pacto se dirige a *uma* pessoa (*ne a te petam*), o segundo visa uma pluralidade de interessados na *remissão*, ou seja, era oponível a várias pessoas, *rectius*, àqueles sujeitos já mencionados, além da pessoa do devedor⁶³. A distinção, entre os tipos de pacto considerados, depende daquilo que as partes acordaram, *ex verbis*. O mesmo é dizer, como RAYMOND DE BARRAU enquadra a questão: «devemo-nos cingir às palavras» (*il faut s'en tenir aux paroles*)⁶⁴. Neste último caso – e a terminologia não é, note-se, despidianda – dizia-se estar em causa uma *coisa* (o pacto era *de non petendo in rem*).

Em terceiro lugar, o *pactum de non petendo* visava, numa perspetiva dinâmica, impedir a demanda do devedor ou, quando *in rem* dos interessados, aos quais já fizemos menção. Juntamente com outras figuras (a compensação, a *praescriptio* e a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*⁶⁵), extinguíam, não a relação obrigacional, mas a instância, ao implicarem a absolvição judicial do devedor.

§ 2. O *pactum de non petendo* em análise; fisionomia e individualidade

2.1. Morfologia e características essenciais

X. Aquilo que ficou dito permite-nos enquadrar melhor o *pactum de non petendo*, atendendo à sua morfologia possível. Esquemáticamente, podemos decompor a sua complexidade naquilo que são as suas características mais relevantes em termos práticos, sem propósito de exaustividade, a saber:

- a) *tempo*;
- b) *forma*;
- c) *relatividade*;
- d) *contraprestação*;
- e) *determinabilidade*.

⁶¹ MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, p. 537 (nota de rodapé 9). A favor de um terceiro tipo de pacto, o qual reúne as qualidades de *in personam* quanto a um dos devedores e de *in rem* quanto a outro, v. RAYMOND DE BARRAU, *De l'acceptation et du pacte "de non petendo"*, p. 25.

⁶² FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Obligationenrecht*, Vol. I, Berlim (1851), § 18, p. 171.

⁶³ A oponibilidade *erga omnes* era apenas própria da *acceptilatio*. Sobre estas figuras, cf., também, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., Almedina: Coimbra (2019), pp. 1130-1131.

⁶⁴ RAYMOND DE BARRAU, *De l'acceptation et du pacte "de non petendo"*, p. 24.

⁶⁵ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, p. 184 e respetiva nota de rodapé 2.

a) *Duração do pactum e a limitação temporal inerente*

XI. [*tempo*] Em abstrato, são configuráveis, dois tipos de vigência do *pactum*: um por *tempo determinado*, cujo prazo seja, eventualmente e por acréscimo, *renovável*; outro, *sem prazo*, ou seja, por tempo indeterminado ou perpétuo (dito *pactum in perpetuum*). Apenas o primeiro é possível (*ad tempus*)⁶⁶; o segundo (sem prazo) não o é, por ser contrário à *ordem pública*⁶⁷. Claro está, os efeitos pretendidos deste último *pactum* são materialmente equivalentes aos de uma *remissão*⁶⁸, quando negociais, ou a uma *renúncia*, se unilaterais⁶⁹; caminho alternativo que fica em aberto para esse efeito, se for essa a vontade dos interessados. Por outro lado, a *condicionalidade* do negócio, por este motivo, quando resolutive, levanta dúvidas⁷⁰.

Esta leitura (da natureza *temporária* do *pactum*) acompanha aquela solução expressa para os casos de inexigibilidade convencional expressamente previstos: o legislador português foi claro, quando admite a validade de pactos *de non petendo* condicionados a uma determinada vigência, ainda que renovável (de *cinco* anos, tanto no acordo de indivisão do bem em compropriedade como na partilha do património hereditário; 1412.º/2 e 2101.º/2, respetivamente): com semelhante limitação, evita-se a renúncia definitiva à exigibilidade do crédito. Prejudicada fica, por outro lado, a possibilidade de se *condicionar* a validade deste *pactum* à vontade do devedor. Em rigor, deve-se impedir a *incerteza* associada a tal cláusula acessória. Aliás, uma condição

⁶⁶ Neste sentido, no contexto do Direito alemão, v. MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, I, § 3, p. 11; entendimento seguido por CLAUDIA MAYER, *Haftung und Paarbeziehung*, p. 23 (nota de rodapé 75). A jurisprudência alemã assim o tem expressamente entendido, quando menciona que este *pactum* gera sempre uma renúncia temporária à exigibilidade de um crédito (*der befristete Verzicht auf die Geltendmachung einer Forderung*; BGH NJW 1983, 2496, 2497).

⁶⁷ A ordem pública extravasa o campo jusprivatístico – esse é, aliás, um entendimento de um sector reputado da doutrina. Aqui cumpre apelar à célebre frase de PAPINIANO: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*). Em sentido contrário, distinguindo entre os *pacta* dilatatórios dos preemptórios, v. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 58.

⁶⁸ São vários os AA. que exploram esta proximidade; v., por todos, além-Reno, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, AT, § 19, I, C. H. Beck: Munique (1987) p. 270; GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Handbuch des Schuldrechts, Vol. III, Mohr Siebeck: Tubinga, 1983, § 3, p. 79. No direito brasileiro, v. ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 25.

⁶⁹ Cfr., PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa em Direito Civil*, STVDIA IVRIDICA 8, BFD, Universidade de Coimbra: Coimbra (1995); A. que defende a validade de uma *renúncia abdicativa* unilateral. V., também TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *Contratos*, Gestlegal: Coimbra (2023), p. 375 (e respetiva nota de rodapé 555), bem como ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial*, Encontros de Direito Civil, A tutela dos Credores, Universidade Católica Editora: Lisboa (2020), pp. 11-47.

⁷⁰ A questão é saber se o mesmo resultado, ao nível de uma restrição temporária, não pode ser obtido através da vinculação (*i*) à decisão a ser tomada por um terceiro (em sentido favorável, v. o BGH NJW-RR 1995, 290), (*ii*) a que sejam concluídas as negociações em curso, (*iii*) à apresentação de um parecer por um especialista (BGH 4.7.2013 - III ZR 52/12, WM 2013, 1452) ou, por outro lado, (*iv*) que seja aposta uma condição ao contrato (assim, v. STAUDINGER/PETERS/JACOBY em comentário ao § 205 BGB, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2019, Nm 16). Uma última proposta, bastante sugestiva, tem sido a de condicionar este negócio à melhoria das condições do devedor, uma tal *cláusula de melhoria* (*Besserungsklausel*), admitida além-Reno, com nuances.

potestativa deste último tal tipo (dependente da vontade do devedor; *a parte debitoris*) é de admissibilidade, em si, *duvidosa*⁷¹.

A este respeito levanta-se uma pergunta pertinente: *durante quanto tempo* é possível celebrar um pacto deste tipo?

Ora, a resposta é clara, apreendida que seja a ideia de que a duração do *pactum* não pode claudicar com a *existência*, em si, da pretensão material a que se reporta: o prazo admissível é sempre inferior ao da prescrição ou da caducidade do direito no qual a pretensão se integra.

Uma outra proposta – que não aquela, por nós, defendida –, segure que a sobreposição dos prazos não é problemática. Especialmente, se configurarmos a *invocação* como requisito *constitutivo* da prescrição (é esta a leitura de AA. como ANTUNES VARELA⁷²), ou seja, que a obrigação civil, ultrapassado o prazo prescricional, *mantém-se civil* se e enquanto não for invocada a respetiva prescrição (poder-se-ia, p. ex. e por acréscimo, defender que o *pactum* implica, em si, a *renúncia* à invocação da prescrição). No entanto, sendo a prescrição invocada existiriam causas de inexistência *distintas e sucessivas*: a primeira, convencional (do *pactum*) e a segunda, legal ou *ex lege* (provinda do regime prescricional, imperativo).

No fundo, importa salvaguardar *a possibilidade do respetivo exercício*, naturalmente. Isto significa – pensemos, de momento, no prazo prescricional ordinário (de vinte anos; 309.º, ao qual o crédito indemnizatório de fonte obrigacional se encontra sujeito⁷³) – muito simplesmente, que o termo do pacto não poder ser superior àquele limite

⁷¹ No sentido expresso da sua *inadmissibilidade*, v., entre nós, CARLOS MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Gestlegal: Coimbra, 2020, pp. 565-566. O mesmo se passa em França: JEAN CARBONNIER aponta a nulidade de tal cláusula, se puramente arbitrária (em *Droit civil*, Vol. II, Quadrige/PUF: Paris, 2004, pp. 2155-2156). Por sua vez, além-Reno, a favor da validade destas condições (*Potestativbedingung*), apresenta-se, por todos, NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.ª ed., C.H.Beck: Munique, 2020, § 52, p. 664. De notar, todavia, a conformação do espaço operacional do *direito postestivo* daquilo que poderia ser o da condição deste tipo (*falsa*, portanto), especialmente ao abrigo da proibição existente na legislação civil brasileira (*maxime*, o art. 122.º do Código Civil Brasileiro); a propósito, e por todos, a investigação de CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI é de salutar; em *Querer y poder en el derecho de los contratos: las denominadas condiciones potestativas* (trad. Cristina Saiz Jabardo), *Presente y futuro del derecho contractual* (Rodrigo Barría Díaz, Alfredo Ferrante, Lilian C. San Martín Neira), Thomson Reuters, 2020, pp. 73-94, *passim*.

Neste contexto, a lição de L. A. HART expressa, nos termos enunciados, esta preocupação: a obrigação carece de um elemento exterior que lhe imprima uma “pressão” ao cumprimento, concretizada por uma reação hostil da comunidade (*O conceito de Direito*, 6.ª ed., trad. de A. Ribeiro Mendes, Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011, pp. 97-99).

⁷² ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, p. 737.

⁷³ Outra foi a proposta meritória de PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A aplicação do prazo prescricional do n.º 1 do artigo 498 do código civil à responsabilidade civil contratual*, ROA, Ano 49, n.º 3 (Dez. 1989), 793-837; seguida, entre nós, por MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra Editora: Coimbra (2010), nota de rodapé 1864. Já nos pronunciamos sobre este entendimento (em ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES, *Concurso*, *maxime* pp. 404-408).

máximo; se for, pode, ainda assim, ser *reduzido* nos termos legais (292.º), tal como sucede em Itália quanto ao acordo de indivisão da compropriedade (art. 1111.º, § 2 CCit).

Aqui chegados, um outro corolário, em linha com a conformação valorativa já avançada, torna-se imediatamente operante: se, no momento da celebração do pacto, decorreram, v. g., cinco anos do prazo prescricional do direito em causa, o *pactum* só poderá ser celebrado, portanto, pelo prazo máximo de quinze.

XII. Questão diversa é-nos colocada pelas chamadas pretensões oriundas de direitos *imprescritíveis* (298.º/1): o exemplo paradigmático, no domínio da responsabilidade civil, decorre da indemnização em espécie devida pela violação do direito de personalidade, cujo crédito indemnizatório não prescreve, como se sabe. No fundo, a *reconstituição natural da personalidade* não é afetada pelo funcionamento da prescrição⁷⁴. Feito este breve enquadramento, pergunta-se: qual o prazo máximo admissível para a restrição da pretensão indemnizatória emergente por uma violação daquele tipo de direitos? A resposta a esta questão *também* (note-se) se deve conformar aos quadros próprios dos direitos de personalidade: sabemos que *se* (e este “se” é determinante) a limitação voluntária for admissível, esta é, ainda assim, revogável a todo o tempo (art. 81.º/2). Ora, cumpre, primeiro, saber *quando* é admissível. Pois bem, a validade desta *limitação* – ora, a restrição da exigibilidade da pretensão indemnizatória por efeito do *pactum* manifestamente é, em si, uma *limitação* – depende de não contrariar os «princípios de ordem pública». Aqui chegados, seguimos o entendimento de BAPTISTA MACHADO quando o mesmo A. indica que uma *vinculação contratual perpétua* ofende precisamente a *ordem pública* (280.º/2)⁷⁵. Assim, entendemos ser esta uma das várias manifestações de

⁷⁴ Para JÚLIO GOMES qualquer pretensão patrimonial decorrente da lesão deste tipo de direitos pode invocar-se perpetuamente (em anot. ao art. 298.º, *Comentário ao Código Civil*, Parte Geral, p. 741).

⁷⁵ BATISTA MACHADO (*Obra Dispersa*, I, Do princípio da liberdade contratual, SCIENTIA IVRIDICA: Braga, 1991, p. 635-637 e respetiva nota de rodapé 4; cf. o A. também em *Parecer sobre denúncia e direito de resolução e contrato de locação de estabelecimento comercial*, *idem*, pp. 649-652). Este A., no primeiro dos estudos a que fizemos menção, afirma: «[j]á a ideia de que a Autora pretendeu obrigar-se a aceitar a renovação do contrato por tempo ilimitado, isto é, pretendeu vincular-se *ad perpetuum*, essa não pode ser aceite, porque é contrária a um princípio ou limite de ordem pública: aquele princípio superior de direito imanente ao instituto da autonomia contratual e que preclui a possibilidade de esta se exprimir em termos de manifesta irracionalidade – em termos de verdadeira “autofagia”, consumindo-se a sai própria através da excessividade da sua vinculação» (*Do princípio da liberdade contratual*, cit., p. 650). A inspiração de BAPTISTA MACHADO na lição de VAZ SERRA é confessada pelo próprio A. (cf. VAZ SERRA, em anot. ao ac. STJ de 07-Mar-1969, RLJ, Ano 103, *maxime* p. 233). São vários os AA. que, entre nós, também se pronunciam no sentido da admissibilidade de uma vinculação perpétua (*a priori* ou num sentido de uma necessária emergência de meios de desvinculação unilateral, de *denúncia*, numa relação obrigacional *ad perpetuum*): num elenco não exaustivo, v. também M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina: Coimbra (1989), p. 74 e ss., e em *Contrato de Mandato*, AAFDL: Lisboa (2012), pp. 95-96. Além-Reno, por todos, cf. CANARIS (*Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina: Coimbra, 2003, trad. de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, p. 34, nota de rodapé 35). Sobre este princípio, especialmente no contexto do arrendamento celebrado sem prazo, v., para outras referências doutrinárias e jurisprudenciais, ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES, *O arrendamento urbano habitacional e não habitacional: o prazo e a sua renovação*, Revista de Direito Comercial (2023), disponível desde 04-Set-2023, pp. 1148-1153.

um princípio-maior: o da limitação temporal das relações obrigacionais, o qual proíbe a perpetuidade do seu vínculo. Este *pactum* permanece necessariamente temporário.

Quanto aos demais *pacta*, a regra precedente, nos seus traços gerais, ficou enunciada: ainda que referentes a pretensões relativas a direitos imprescritíveis ou não sujeitos a caducidade, apenas podem ser celebrados *temporariamente*, por forma a não impedir o seu não exercício (é, p. ex., manifestamente inadmissível a celebração de um *pactum* referente a uma pretensão *personal* por um século, superando a esperança de vida do respetivo titular).

b) *Requisitos formais*

XIII. [*forma*] O *pactum de non petendo* não se encontra, regra geral, sujeito a qualquer requisito de forma (219.º CC), contrariamente ao que sucede, p. ex., com a convenção arbitral (art. 2.º/1 LAV)⁷⁶. Contudo, a título excepcional, o legislador entendeu submeter certos pactos *de non petendo* a requisitos formais: assim sucede ao negócio que estipule a indivisão do património hereditário ou do bem em compropriedade, quando estejam em causa bens imóveis^{77/78}. Fora estas hipóteses e do ponto de vista cautelar, as partes podem, se assim o entenderem, submetê-lo a uma forma mais solene. Isto, por forma a facilitar a prova quer da celebração do *pactum*, quer o respetivo teor. Uma outra vantagem resulta clarividente desta formalidade *ab probationem*: as alterações posteriores ficam subordinadas à mesma solenidade (406.º/1 CC).

c) *Eficácia do pactum e respetiva oponibilidade a terceiros*

XIV. [*relatividade*] Se atentarmos aos efeitos inerentes ao pacto, estes produzem-se entre as partes subscritoras de tal acordo, ou seja, *inter partes*. Não vinculam terceiros (ao respetivo cumprimento)⁷⁹, interessados ou não exercício da pretensão (fica assim, p. ex.,

⁷⁶ Com crítica a esta solução, também adoptada por vários AA. além-Reno (entre os quais WAGNER, *Prozeßverträge*, p. 444); v. AXEL HALFMEIER, *Popularklagen im Privatrecht*, Jus Privatum 105, Mohr Siebeck: Tübinga (2006), p. 327, nota de rodapé 130.

⁷⁷ Quanto ao acordo de indivisão da herança, v., por todos, em linha com o exposto no texto, CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, p. 92, nota de rodapé 242.

⁷⁸ Art. 22.º, a) e g) do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 04 de julho, na sua redação atual; neste sentido, v. a anot. de ELSA VAZ SEQUEIRA ao art. 1412.º (*Código Civil Comentado*, p. 426).

⁷⁹ É controversa a questão de saber qual a posição dos comproprietários que hajam assinado um tal acordo, perante o pedido de divisão licitamente proposto pelos demais, não contratantes (sobre esta matéria, cf. a anot. de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA ao art. 1412.º CC, em *Código Civil comentado*, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 388). Quanto ao acordo que estabeleça a indivisão do património hereditário, o TRE considerou que este impede outros sujeitos, além dos contraentes, de exigirem a partilha (ac. TRE, GRANJA DA FONSECA, de 23-mar-1999, proc. n.º 798/98-3). Neste arresto, considerou-se que o negócio destinado à conservação da herança indivisa deve ser celebrado entre os

em aberto a possibilidade de terceiros se *subrogarem* no crédito), principalmente porque este é *res inter alios*. Todavia, este pacto pode beneficiar *indiretamente*⁸⁰ ou *diretamente*⁸¹ terceiros interessados no cumprimento da obrigação em causa, ocupem eles a posição de garantes do devedor (fiadores, avalistas, *etc.*), herdeiros (potenciais) ou outros credores – sem, todavia, estar em causa um *contrato a favor de terceiro*. Isto significa *também*, ainda por efeito da relatividade (tanto estrutural como de eficácia) enunciada, que este seu efeito não pode ser *imposto por terceiro*⁸².

Um outro aspeto, ainda no escopo da relatividade do prisma da eficácia deste pacto, diz respeito à respetiva *oponibilidade*. Da nossa parte, com salvaguarda da boa-fé na avaliação da respetiva conduta, o *pactum* permanece inoponível a terceiros⁸³. Todavia, poderá excecionalmente sê-lo, desde que se reporte a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo e esse registo, circunscrevendo a pretensão em causa, tenha sido competentemente realizado. Esta solução – a qual se encontra, note-se-, enunciada expressamente pelo legislador quanto ao acordo de indivisão do bem comum (1412.º/2), bem como para a eficácia real do contrato promessa (413.º) ou do pacto de preferência (421.º) –, é

interessados diretos na partilha (2101.º/2, *in fine*) e vincula terceiros (no caso, o cônjuge de um herdeiro) a não exigir a partilha pelo prazo acordado. Ora, *interessados diretos* são, por expressa qualificação legal, somente os herdeiros e o cônjuge meeiro (1085.º, 1, *a*) CPC). Não ficam abrangidos, portanto, os legatários, credores do falecido, os donatários, o Ministério Público, nem os familiares de qualquer um destes interessados (*diretos e indiretos*, claro está).

⁸⁰ Isto afasta a possível qualificação do contrato como um *a favor de terceiro* (443.º e ss. CC). No regime da solidariedade, é bastante discutível os efeitos deste acordo. A aplicação do regime da solidariedade, conformado a um princípio de não prejuízo da posição dos mais condevedores, é altamente sugestiva, especialmente para quem admita a vigência de pactos de *non petendo* sem prazo. Sobre o problema, remetemos para a investigação de MARTINA D'ONOFRIO, *Il pactum de non petendo: struttura e disciplina*, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (2021), pp. 193-223.

⁸¹ Arquétipo desta solução afigura-se o acordo quanto à não utilização da fiança, celebrado entre o devedor e o credor, beneficiando, portanto, um terceiro (o fiador); neste sentido, embora sem precisar as partes contraentes deste tipo de pacto, v. TIAGO HENRIQUES DE SOUSA, *O direito de libertação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança no Direito Civil*, inédito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2021), p. 43.

⁸² Aliás, em sede testamentária, considera-se “contrária à lei” a condição de “não partilhar certo bem” ou de “não requerer inventário” (2232.º CC). Esta proibição apresenta uma ligação estreita ao fundamento da proibição de *renúncia* do direito de exigir a partilha; isto decorre aparentemente do enquadramento da matéria feito por CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 2.ª ed., Quid Juris: Lisboa, 2004, p. 333 e, na sua esteira, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 8.ª ed., Almedina: Coimbra, 2023, p. 197, nota de rodapé 323). Cumpre notar – acompanhando aqui a lição de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA – que a condição “de não divisão” da coisa é aproveitável, por via de redução, desde que limitada a um prazo máximo (os AA. propõem inclusive o de cinco anos, mas outro maior é admissível, se não claudicar com o exercício do direito; cf. a anot. de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA ao art. 1412.º CC, em *Código Civil comentado*, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 387).

⁸³ A discussão a ser tida relaciona-se com o cruzamento dos vetores do conhecimento (efetivo ou normativo), no sentido de o terceiro que conheça o *pactum* ou o deva conhecer ao abrigo de algum critério de diligência não se pode considerar de boa-fé e, por isso, o *pactum* lhe é oponível; sobre a discussão paralela, assente na mesma valoração, a propósito da oponibilidade do *pactum de non cedendo* ao cessionário (577.º/2), cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, 310.

claramente extensível ao restante universo das *pretensões reais*, pelo menos para aquelas que admitam o competente registo e dentro dos limites que são, por todos, conhecidos⁸⁴.

d) *Natureza gratuita ou onerosa do pactum*

XV. [*onerosidade*] O *pactum* descreve, como vimos, um acordo com dependência de uma obrigação fundamental: a *de non petendo*. Como contrapartida, o devedor desta obrigação poderá ser, sinalagmatically, credor de uma outra (dita de *contraprestação*). Nada o impede (405.º/1). Neste caso, o *pactum* diz-se *oneroso*, por oposição àqueles de natureza gratuita, numa conjuntura de verdadeira liberalidade. Uma última nota: não se nega, todavia, a natureza vinculativa deste *pactum*, quando não seja oneroso⁸⁵.

e) *Determinabilidade do objeto da inexigibilidade*

XVI. [*determinabilidade*] É requisito essencial da validade do *pactum de non petendo* que este seja circunscrito a uma questão concreta, devidamente individualizada. Isto não corresponde, como veremos, a uma necessidade de *especificação absoluta*, ao mais ínfimo detalhe, mas abrange necessariamente as pretensões visadas pela situação jurídica em causa⁸⁶. Em termos analíticos, este acordo reporta-se necessariamente a uma *pretensão* emergente de duas partes, independentemente do tipo de vínculo existente e do seu grau de complexidade. Tanto basta. O que não se admite – e assim o tem entendido expressamente a nossa jurisprudência⁸⁷ – é uma vinculação *genérica*, entre determinados sujeitos, em não litigar, judicial ou extrajudicialmente, conquanto tal representa uma renúncia abdicativa ao *direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva* (20.º

⁸⁴ Do registo e no mesmo sentido, se faz depender, como é sabido, a oponibilidade da *reserva de propriedade* (409.º/2) e da *cláusula a retro* (932.º); os limites enunciados da boa-fé podem fundamentar a oponibilidade deste acordo, quando este seja *conhecido* pelo terceiro e se prove esse mesmo conhecimento (v. o regime paralelo do conhecimento da designação de representantes por parte da administração; 163.º/2 CC).

⁸⁵ Em Inglaterra, este ponto deve ser ponderado com as soluções adoptadas: mesmo que uma das partes se haja prometido a não exigir (a *promise not to enforce*) a outra parte pode *confiar* nessa promessa, ainda que a mesma não esteja suporta pela *consideration*; sobre este último conceito, entre nós, cf. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito Inglês dos Contratos*, I, AAFDL: Lisboa (2017), pp. 61-81. Apela-se, então, à figura da *promissory estoppel*, cujo caso-central (no anglicismo, que evitamos sem deixar de dar nota: *landmark case*) é o *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd.*, decidido a 18 de julho de 1946. Cf., por todos, P. S. ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, New York: Clarendon Press, Oxford University Press (1981).

⁸⁶ Expressando esta preocupação, v. PETER SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, p. 66.

⁸⁷ V., por todos, o ac. TRL, de 11-Out-2007 (JORGE LEAL), proc. n.º 6284/2007-2: «[é] certo que a lei, a fundamental e a ordinária, dão, a todos, o direito de acesso aos Tribunais e a dirimir neles os conflitos em que se vejam envolvidos, mas isso não significa que a par de tal direito se lhes proíba também que relativamente a questões concretas, devidamente individualizadas, as pessoas não possam comprometer-se a prescindir de vir a introduzir em juízo acção referente a um concreto caso e se o fizerem, tal comportamento processual viola o contrato, mas não viola lei imperativa».

CRP). Mais: a ambiguidade gerada pela indefinição do objeto do acordo enferma o negócio de uma incerteza legal propícia à convocação dos conhecidos vícios da vontade. Matéria a evitar a todo o custo: semelhante acordo, quando o respetivo objeto seja indeterminado, é, dúvidas não haja, *nulo*.

Já em 1935 SCHIEDERMAIR propôs precisamente essa distinção, entre contratos que se destinam a renunciar à proteção jurídica da pretensão da parte, totalmente inválidos, e, por outro lado, os acordos relativos à exigibilidade substantiva da pretensão (os *pacta de non petendo*)⁸⁸, admissíveis, em seu turno. Os primeiros seriam, segundo o mesmo A., negócios processuais, os segundos meramente substantivos. Concorde-se. Em complemento a esta posição, SIEBERT é também, nos seus termos, expressivo na distinção dos planos: no primeiro, avalia-se a posição do particular perante o Estado (e os seus órgãos de soberana encarregues de administrar a justiça, os Tribunais), no segundo, apenas a relação entre privados, *eventualmente* partes numa qualquer acção⁸⁹.

Uma última nota: por este motivo – embora de verificação menos frequente –, não é de rejeitar a validade da exclusão da exigibilidade de pretensões *futuras*, desde que determináveis⁹⁰. A métrica exigível de *determinabilidade* é uma outra questão, assente na própria complexidade inerente à pretensão (p. ex., a determinação de uma prestação pode estar intimamente associada a condições contratuais⁹¹ ou a situações de facto, tal como sucede tipicamente nos *contratos de fornecimento*⁹²). É matéria a recuperar. Ainda neste campo, também se tem por válida a inexigibilidade parcial, relativa a determinado aspeto, numa situação-maior (pense-se na *situação de responsabilidade* e na multiplicidade de pretensões que enforma, dinamicamente, ao longo do tempo). Um tal *pactum de non*

⁸⁸ O A. acrescentou ao seu elenco um terceiro tipo de pactos, relativos a uma renúncia a direitos processuais (*Verzicht auf prozessuale Rechte*; em *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Röhrscheid: Bona, 1935, p. 91 e ss.); a fisionomia deste (terceiro) tipo de pactos é de difícil apreensão, tal como aponta WAGNER, criticamente, em *Prozeßverträge*, p. 392 e ss.

⁸⁹ RALF SIEBERT, *Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses*, Colónia (1973), p. 127. Aparenta estar em linha com esta proposta, DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, quando o A. propõe a distinção entre *direito à jurisdição* (um direito subjetivo público) e o *direito de acção* (particular); em *Interesse Processual na Acção Declarativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 60-63. Operando no pressuposto desta distinção quanto ao objeto do *pactum*, v., entre nós, PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 53.

⁹⁰ A doutrina alemã mais antiga opunha-se a esta possibilidade, como nos dá nota WAGNER, *Prozeßverträge*, p. 393 (e respetiva nota de rodapé 15).

⁹¹ Chamando a atenção para a distinção entre as condições do negócio jurídico *in toto* (§ 158 BGB) e as condições para a realização da prestação, v. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.^a ed., C.H.Beck: Munique (2020), § 52, p. 662, Nm. 6. Com esta leitura, entre nós, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, p. 356.

⁹² Sobre a qualificação deste tipo contratual, cf. o enquadramento de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora: Coimbra (2014), *maxime* p. 250; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial)*, 2.^a ed., Almedina: Coimbra (2010), pp. 25-27. A proposta de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, em linha com H. P. WESTERMANN, no sentido de estarmos perante um *contrato-quadro*, merece a nossa adesão (*Contratos II*, 5.^a ed., Almedina: Coimbra, 2022, pp. 137-138).

petendo parcial, porquanto restrito a dada pretensão, é, também, nestes termos, admissível⁹³.

2.2. Tipologia atual e figuras afins

XVII. Confrontando os quadros do Direito positivo vigente, o *pactum de não petendo* não se confunde com um conjunto de figuras, de si próximas. Fazemos, no entanto, uma breve ressalva: a heterogeneidade irreduzível de todos os institutos que apresentam uma qualquer proximidade com tais acordos não permite, de momento, a apresentação de um elenco completo e exaustivo. Por outras palavras, as áreas de sobreposição impedem a identificação completa de todas as figuras que apresentem pelo menos um ponto de conexão com o *pactum de non petendo*: o elenco que se segue fica – por impossibilidade prática de obtenção de outro resultado – condensada àquelas reputadas essenciais.

Ora, poder-se-ia cair na tentação de *confundir* ou de *consumir* a relevância (e não se deve) do *pactum* com outras figuras, seus afins, nomeadamente com (a) a *remissão* e a (b) a *transação judicial*. Vejamos, ainda que em linhas gerais, os argumentos favoráveis a essa distinção.

a) Remissão

XVIII. Em primeiro lugar, o *pactum de non petendo* não se confunde a *remissão*⁹⁴. Isto, essencialmente, por dois motivos.

Em primeiro lugar, a figura da remissão, vulgo perdão da dívida, extingue, constitutivamente, a obrigação-base (assim, o *pactum de non petendo* é um *minus* face a esta⁹⁵), bem como, quando existam, as garantias do crédito. Assim se comprova que há lugar à repetição do *indevido*, se o “cumprimento” é realizado após a extinção do crédito por remissão (476.º CC); o mesmo não sucede no *pactum*, caso em que o credor conserva a titularidade do mesmo, meramente inexigível, não sendo obrigado a restituir a prestação entretanto realizada (*soluti retentio*). Por acréscimo, este credor pode transmitir o crédito, objeto do *pactum*.

⁹³ Chama alguma doutrina brasileira a este pacto, a (vera) promessa de não postular. A proposta é de ALBERTO ALBUQUERQUE DA COSTA, *Promessas de não processar e de não postular*, p. 86 e ss., seguida de perto por ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 35 (nota de rodapé 78).

⁹⁴ Contra, apelando ao erro histórico da separação entre os institutos, da remissão e do pacto de não exigir, v. SARGENTI (*ob. cit.*, p. 305). Para este A., essa distinção não é mais do que, nas suas palavras, uma falsa construção dogmática (*falsa costruzione dommatica; ibidem*).

⁹⁵ MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, I, § 3, p. 11.

Em segundo lugar, a *remissão* depende da *existência* da obrigação, à qual se reporta, já o *pactum* pode reportar-se, como veremos, a pretensões *futuras*, desde que determináveis⁹⁶.

Aliás, por este último motivo (o da existência da pretensão), afasta-se o *pactum* também das cláusulas ou convenções *limitativas* de responsabilidade civil. Estas cláusulas podem obstar, quando não dirigidas à *pretensão indenizatória* em si (é o que sucede na generalizada daquelas cláusulas ou convenções de *exclusão* de responsabilidade), à formação do crédito indenizatório, em si, de onde emergiria a pretensão em causa. Por outras palavras, estas dirigem-se, na sua configuração mais geral, à *hipótese* (*i. e.*, à formação da pretensão) e não à *consequência normativa* (ou seja, à limitação da exigibilidade da pretensão existente). Daí a sua diferença perante o *pactum*.

XIX. Sem prejuízo do exposto, não deixa, no entanto, de existir uma certa proximidade entre o *pactum* e a *remissão*⁹⁷. Não no plano dos efeitos de ambas as figuras, como já tivemos oportunidade de ver – ou, ainda, quanto aos *contra-efeitos*, já que a remissão é necessariamente gratuita, contrariamente ao *pactum* – mas, antes, quanto (a) ao *principal beneficiário* e (b) quanto à *forma* (ou ausência dela). Vejamos ambos os aspetos, sumariamente.

[a. *principal beneficiário*] Tanto a remissão, como o *pactum de non petendo*, beneficiam o devedor, ou seja, conferem-lhe uma posição de vantagem. Posição de vantagem essa que o devedor pode recusar. Mas aqui situa-se um novo plano de distinção: na *remissão*, o exercício dessa posição de vantagem esgota-se num único momento, num prisma estritamente constitutivo: concentra-se no momento da *celebração* do contrato do qual a remissão depende e no qual se baseia (863.º/1, *in fine*). Por sua vez, muito mais é permitido quanto ao *pactum de non petendo* o exercício dessa faculdade assume um prisma *dinâmico*, já que o devedor pode “renunciar” ao *pactum non petendo*, expressa ou tacitamente (ainda que tenha efeitos perante terceiros); *renuncia tacitamente* quando se propõe a cumprir, possibilidade essa que não lhe é negada por efeito desta convenção.

[b. *forma*] O *pactum* não se encontra, à partida, sujeito a forma. Há aqui um argumento de maioria de razão, ou *a fortiori*, a ser invocado: se a remissão, destinada a fazer cessar o direito base, não carece de forma solene (863.º/1⁹⁸), então aquele negócio

⁹⁶ Em linha, embora quanto ao *pactum de non exequendo*, v. ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 35 e ss.

⁹⁷ Todas as figuras acabam por apresentar conexões entre si; existe aqui uma clara proximidade axiológica dos institutos. A nossa jurisprudência assim o reconhece: o STJ afirmou, a propósito e em linha com o entendimento de VAZ SERRA, que a remissão, quando onerosa, pode integrar uma novação, uma dação em cumprimento ou uma transação judicial (de 21-Jan-1995, TORRES PAULO, proc. n.º 086118).

⁹⁸ Assim o entende a generalidade da doutrina; v., por todos, VAZ SERRA, *Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral*, BMJ n.º 43 (1954), p. 47; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, em anot. ao art. 863.º CC, *Código Civil Comentado*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2011), pp. 150-151; JOANA VASCONCELOS, em anot. ao art. 863.º CC, *Comentário ao Código Civil*, Vol. II, Direito das Obrigações, Coord. Brandão Proença, Católica Editora: Lisboa (2020), p.

que se dirija a coartar apenas a exigibilidade desse crédito também não. Todavia, como vimos, existem em certos casos exigências formais, justificando o maior distanciamento da figura da remissão.

b) *Transação judicial*

XX. A transação judicial é o último contrato previsto no Código Civil de 1966, de acordo com a sua arrumação sistemática (1248.º a 1250.º). Existe uma distinção base, resultante dos quadros atuais, entre a transação *preventiva* (ou *extrajudicial*; 1250.º, *in fine*) e a transação *extintiva (judicial)*⁹⁹.

São vários os aspetos que afastam este *contrato* de transação da figura em mãos. Na impossibilidade de as mencionar a todas, concentremo-nos em três diferenças fundamentais.

Em primeiro lugar, devemos notar que a transação implica a existência (ainda que futura), de uma *controvérsia* qualquer¹⁰⁰, enquanto a base de um litígio. O mesmo não sucede com a pretensão objeto do *pactum*, a qual pode ser incontestada.

Em segundo lugar, a transação envolve – numa matriz fundamental e num conceptualismo próprio – *concessões recíprocas*, sob pena de estarmos perante ou uma desistência da pretensão ou um ato confessorio sobre o mérito, consoante a posição da parte quanto ao exercício da pretensão. Ora, a *reciprocidade*, não é requisito essencial do *pactum*, embora este, possa, como vimos, ser sinalagmático.

Por fim – e especialmente – na transação as partes visam *suprimir* um litígio. O prisma é, portanto, *definitivo*, seja do ponto de vista preventivo ou relativo a litígio em curso. Muito menos se exige no *pactum*. Este, aliás, não pode sequer geneticamente assumir características perpétuas: permite-se, como vimos, apenas um *diferimento* da exigibilidade da pretensão.

1298, § 7. A matéria é também consensual na jurisprudência: cf., por todos, o ac. TRC (FONTE RAMOS), de 03-Mar-2015, proc. n.º 123/11.0TBIND.C1.

⁹⁹ Aqui, há um reparo a fazer quanto à função preventiva do contrato: este tem em vista, de acordo com a classificação legal, evitar a demanda *judicial*. Portanto, se for celebrado *fora* do processo judicial é sempre *preventivo*. Seria, todavia – e aqui reside a nossa crítica – perfeitamente possível (e preferível) classificar a figura tendo em vista o *fim* deste contrato (*i. e.*, o de pôr termo a um *litígio*); nesse caso seria possível extinguir extrajudicialmente um conflito materializado (ou seja, celebrar uma *transação extintiva extrajudicial*), algo incompreensível pelo critério atualmente previsto.

¹⁰⁰ Com nota deste aspeto, v. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, em anot. ao art. 1248.º, Código Civil Comentado, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2011), pp. 930-931. Sobre o problema, v., ainda, RITA LOBO XAVIER, *Transação judicial e processo civil*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, FDUL: Lisboa (2010), pp. 817-835. A obra de referência é a de TIAGO SOARES DA FONSECA, *A transação civil, maxime* (quanto a este ponto e na qualificação na natureza *sinalagmática* do contrato), p. 292 e ss., 345 e ss.

2.3. As principais zonas de querela doutrinária; dilemas atuais

XXI. Em todo o caso, a problemática em torno do *pactum de non petendo* tende a focar-se não em um, mas em dois aspetos: primeiro, a sua (a) *natureza*, segundo, os seus (b) *efeitos*. Vejamos cada uma destas vertentes em maior detalhe. No entanto, concentremo-nos, de momento, no segundo, o qual permitirá enquadrar melhor o primeiro.

a) A natureza negocial e extraprocessual do *pactum*

XXII. [*natureza negocial*] O *pactum* depende do *acordo* das partes. Por outras palavras, subjaz sempre a este pacto um *negócio jurídico, stricto sensu*, ou seja, um encontro de vontades (do credor e do devedor), canalizadas por via das respetivas declarações negociais (uma liberatória, pelo credor, outra de aceitação, pelo devedor)¹⁰¹. Produz efeitos *diretamente*, incluindo a nível processual. Concretizando, a validade de tais pactos não depende de homologação do tribunal, embora devam ser invocados pela parte (não são de conhecimento oficioso) e se sujeitem a um controlo de validade. Estes *pacta* conformam, na proposta de GOLDSCHMIDT, um *vero ato determinante (Bewirkungshandlung)*.

Na relação estabelecida, aproxima-se, neste aspeto, da *remissão*¹⁰². Por sua vez, a *remissão* apresenta uma ligação funcional ao contrato de doação, onde a aceitação do benefício pelo donatário é requisito de eficácia. O motivo para tal é simples: entende-se

¹⁰¹ Cf. STAUDINGER/PETERS/JACOBY em comentário ao § 205 GBG, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2019), Nm 16.

¹⁰² Noutros ordenamentos, optou-se por outro enquadramento: propõe-se que a remissão não dependa de um acordo entre o credor e o devedor, sendo apenas decorrente do exercício *unilateral* do direito de crédito. No ordenamento espanhol (cf. os arts. 1187.º e ss. CCes) é este o entendimento de reputados AA., ainda que minoritário, tal como DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo 1. El contrato en general. La relación obligatoria, 11.ª ed., Tecnos: Madrid, reimp., 2022, p. 186 e ss.; SANCHÉZ CALERO (Coord.), *Curso de Derecho Civil II*, Derecho de Obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos, 12.ª ed., tirant lo blanch: Valencia, pp. 126-128; e LASARTE/Á. ADAME, *Derecho de Obligaciones*, Principios de Derecho Civil II, 25.ª ed., Marcial Pons: Madrid (2023), p. 164; no sentido mencionado (da unilateralidade da *condonación de la deuda*), v. RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Manual de Derecho Civil*, 5.ª ed., Bercal: Madrid, 2021, p. 191 e ss., referindo-se ao *desistimiento* unilateral, bem como O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, Derecho de obligaciones, 3.ª ed., Ramón Areces: Madrid (2020), p. 153.

Constitui também arquétipo deste modelo – quanto, recorde-se, à base *não-negocial* da remissão – o regime italiano, onde o efeito extintivo da remissão se produz efeito com base na mera declaração do credor. Assim determina o respetivo Código Civil italiano: «[a] *declaración do credor de perdão da dívida extingue a obrigação quando esta é comunicada ao devedor, salvo se o devedor declarar, num prazo razoável, que não quer aproveitá-la*» (art. 1236 CCit; tradução livre). A solução foi alvo de uma grande querela nos trabalhos preparatórios do Código Civil italiano (sobre a figura, por todos, v. a magistral lição de BIANCA, *Diritto Civile*, Vol. IV. L'Obbligazione, Giuffrè Francis Lefebvre: Milão, reimp., 2019, p. 466 e ss.). A jurisprudência italiana acompanha, a par e passo, esta leitura: em vários momentos a Cassação Civil italiana apelou, neste contexto, tanto à existência de um *negócio receptício unilateral (negozio unilaterale recettizio)*; decisão n.º 3559/1976, de 18 de outubro) como, por outro lado, de um *negócio neutro quoad causam* (sendo irrelevante a existência de uma vantagem para o credor; decisão n.º 5260/1983, de 5 de agosto).

que ninguém é obrigado a aceitar uma doação, nem esta produz efeitos sem a aceitação do beneficiário (*non potest liberalitas nolenti acquiri*).

Em suma, embora, analiticamente considerado, existe no *pactum*, uma operação abdicativa por parte de uma das partes a favor de outra, esta depende de acordo dos contraentes. A base contratual implica a necessidade de aceitação da contraparte. O *pactum*, enquanto negócio, não é, portanto, unilateral¹⁰³.

XXIII. Encontramos uma limitação importante no processo formativo deste negócio, a qual deve ser tida em conta. Esta decorre da *necessidade de negociação particular*: prevê-se expressamente a invalidade de qualquer cláusula deste tipo elaboradas sem prévia negociação individual ou cujo destinatário não pode influenciar¹⁰⁴; regime este contrário ao modelo *laissez-faire* que caracteriza os países de *Common Law*, especialmente o dos Estados Unidos da América.

Veja-se que no regime das cláusulas contratuais gerais se dispõe: são «em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que [...] h) *Excluem ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes* ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.» (art. 21.º, h) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na sua redação atual; itálico nosso).

¹⁰³ Neste sentido, FILIPPO GALLO, *Sulla asseritasopravvivenza del pactum de non petendo*, p. 131. Questão diferente é saber se o devedor pode, por si, *renunciar* ao *pactum*, leia-se à posição de vantagem que lhe é conferida. Embora o regime paralelo, da *renúncia* da prescrição o permita (302.º/1), a natureza contratual do *pactum* opõe-se a essa possibilidade, sem fundamento resolutivo expresso convencional ou legal (406.º/1). O mesmo se diga quanto à alternativa de *renúncia do benefício de excussão, mutatis mutandis*, pelo fiador (cf. o disposto no art. 641.º/2 CC; sobre o ponto, por todos, v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória da Dívida*, pp. 1141-1145). Como veremos, uma forma de o devedor “renunciar” aos efeitos atribuídos pelo *pactum* é (por referência à pretensão indemnizatória) satisfazer o crédito (*i. e., cumprir*), ou, quando este tenha efeitos processuais, não invocar este acordo em juízo. Abre-se, todavia, a questão pertinente de saber até que ponto será possível aos garantes do crédito, ao qual a pretensão se reporta, invocarem o *pactum* ao qual o devedor haja renunciado (num regime paralelo ao disposto no art. 698.º/1).

¹⁰⁴ Cumpre não esquecer que nem todos os contratos de *adesão* integram as mencionadas *cláusulas contratuais gerais*. A razão é simples: se as cláusulas contratuais gerais levam necessariamente à existência de contratos de adesão, estes últimos coexistem com cláusulas personalizadas. Cf., a propósito, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO: «[n]a verdade o contrato de adesão é concluído *através de cláusulas contratuais gerais*; mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou o da indeterminação), caso em que haverá *contrato de adesão* (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais»; *Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 3, 2001, 131-163 (136-137); cf., na esteira daquele A., MAFALDA MIRANDA BARBOSA, em *Os contratos de adesão no cerne da protecção do consumidor*, Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 3, 2001, 389-424 (393). Além-Reno e num sentido próximo, o regime civil alemão proíbe a aposição de cláusulas que condicionem um contraente a apenas exercer em juízo as suas pretensões dependente de uma tentativa de resolução amigável do litígio, através de um procedimento extrajudicial com esse fim (intitulada de *renúncia à acção; Klageverzicht*); § 309 (14) BGB; cf., por todos, WOLFGANG HAU, *Der Klageverzicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, MDR 2017, 853-855.

XXIV. [*natureza extraprocessual*] Ensinava ALBERTO DOS REIS, inspirado em ROCCO – com inteira razão, a nosso ver –, que a realização de atos jurídicos com conteúdo processual, por serem feitos *fora* do processo ou *antes* de este existir (inclusive *independentemente* da sua existência, diríamos) são de tipo *extraprocessual*, naturalmente. Existem, como é sabido, vozes contra a este enquadramento¹⁰⁵, mas não lhes assiste razão. O principal argumento de ALBERTO DOS REIS, chave funcional da cisão entre a natureza *processual* ou *extraprocessual* do acordo, nunca chegou a ser vencido¹⁰⁶.

Aliás a nossa jurisprudência, sem surpresa, veio aderir expressamente ao entendimento de ALBERTO DOS REIS. O Supremo Tribunal de Justiça, numa decisão datada de 23 de julho de 1957¹⁰⁷, entendeu que a cláusula de compromisso arbitral, bem como o *pactum de non petendo* e o *pactum* de foro prorrogado (note-se), têm natureza substantiva, às quais se aplicam as regras do negócio jurídico civil.

A chave da discussão está na seguinte ideia: não é necessariamente contraditório que o negócio *de direito substantivo* possa valer também no processo, mediante um qualquer ato posterior de *invocação*¹⁰⁸, sem que se lhe reconheça qualquer natureza desse tipo (processual). Negócio *processual*, para o ser, deve produzir necessariamente efeitos processuais¹⁰⁹ e o *pactum de non petendo*, numa determinada configuração (*i. e.*, quando se dedique a restringir *apenas* a exigibilidade *extraprocessual* da pretensão¹¹⁰), não se

¹⁰⁵ Além-Reno é também este o entendimento de SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, p. 91. Por todos – em sentido contrário ao exposto –, v. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 45 e ss., na esteira do entendimento de CRISTOFARO. A doutrina brasileira, acompanha a crítica; neste sentido, *colorandi causa*, ALEXANDRE CASANOVA MANTOVANI, *O princípio da boa-fé e os negócios jurídicos processuais*, p. 133.

¹⁰⁶ Na simplicidade das suas lições encontramos um brilhantismo irrepetível (cf., ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, 2.ª ed., Vol. I, Coimbra Editora: Coimbra, 1928, p. 161 e ss.).

¹⁰⁷ AGOSTINHO LOPES, proc. n.º 056794.

¹⁰⁸ Esta é precisamente a proposta de JOÃO LEBRE DE FREITAS para três figuras (transação, confissão e desistência do pedido), embora lhes reconheça, cumpre notar, natureza processual (*Sobre o conceito de ato processual*, em Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 149-164, 156). Atesta a natureza substantiva da proposta o facto de se lhe reconhecerem, ou ser possível reconhecer, efeitos extraprocessuais, nem sequer impedidos pela invalidação judicial concreta do acordo, mediante a procedência de determinada pretensão (contra o pacto).

¹⁰⁹ Expressamente neste sentido, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex: Lisboa (1997), p. 193. Para o ilustre A., também é negócio processual aquele que detenha efeitos *além* do processo (*idem*, p. 194); todavia, a eficácia processual é requisito essencial desta sua qualificação. Também não parece operante, conquanto forçada, a qualificação alternativa do *pactum* como um negócio processual atípico (neste sentido, aparentemente, v. BEATRIZ MAGALHÃES GALINDO, *Negócios processuais sobre recursos*, inédito, Lisboa, 2018, pp. 63-64).

¹¹⁰ Utilizamos aqui o sentido *extraprocessual*, conquanto não assumimos como *processual* a demanda nos meios alternativos de resolução do litígio (com destaque para a arbitragem e o *procedimento* que a caracteriza), nem o litígio verdadeiramente à margem de qualquer tipo de processo ou procedimento (pense-se na simples exigibilidade do crédito entre particulares). Noutro sentido, Autores como ANTONIO DO PASSO CABRAL – por entenderem que a pretensão processual integra tanto o juízo estatal como os meios de resolução alternativa de litígios – retiram daí a natureza processual do *pactum* (*Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 23). Todavia, o enquadramento não colhe: também

situa nesse plano de eficácia. Por isto, fica prejudicada uma tal qualificação omni-abrangente, de tipo *processual*, tal como sucede na *cláusula compromissória*, destinada exclusivamente a derrogar a competência jurisdicional ordinária. Isso seria, pura e simplesmente, confundir a espécie com o género. Simplificando, é problemático conferir-lhe essa natureza, porquanto os *pacta tendem*, afirma-se, a dirigir-se à exigibilidade *judicial* da pretensão¹¹¹. Ora, insiste-se, se estes *pacta* também podem, como vimos, limitar-se a coartar tão-só a exigibilidade *extrajudicial* da pretensão, não ficam devidamente enquadrados e por esse motivo falha a qualificação proposta.

Insiste-se: no domínio *extrajudicial* cabem também todas as pretensões exercidas no espaço *processual*, desde que *não referentes a um juízo*. Aquele primeiro domínio (*extrajudicial*) inclui o processo arbitral, de mediação ou dos julgados de paz¹¹².

XXV. Mais: não se diga que é o *objeto* do negócio que define a sua *natureza*. Cumpre retroceder um passo. Nos primórdios da discussão, mais adensada quanto à natureza destes pactos, está, como se constata, o próprio conceito de *negócio jurídico*.

Aqui chegados (ou recuados), a questão central não deixa de ser, como bem reconhece PAULA COSTA E SILVA, o desvendar da *necessidade*, do *motivo*, enfim, da *ratio* de uma tal distinção, entre negócios processuais e não processuais¹¹³. Nenhuma se encontra à vista e isso atesta a artificialidade da distinção.

b) Os efeitos implicados ao nível da exigibilidade do crédito indemnizatório

XXVI. Como é sabido, o direito subjetivo não esgota atomisticamente a posição jurídica ativa reconhecida aos sujeitos no tráfego jurídico. Este conceito deve ser decomposto ao nível dos poderes e das faculdades que o integram¹¹⁴. No contexto dos direitos de crédito (subjetivos), é operante, entre os demais, o *poder de crédito* ou *de pretender*¹¹⁵, mediante o qual se pode exigir uma *conduta* de terceiro (o objeto), com vista à satisfação do *interesse* do seu titular.

nesse enquadramento, fica de fora o domínio operante *extraprocessual* da pretensão. Neste sentido, v. GABRIELA FRANCISCO, *O juiz e a contratualização dos litígios*, inédito, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo: São Paulo, p. 72 (nota de rodapé 176).

¹¹¹ A propósito, CLAUDIA MAYER afirma ser possível que a negação da exigibilidade processual não detenha qualquer efeito substantivo e, para mais, permita uma decisão judicial circunscrita à conformidade da instância (a aspectos processuais, portanto; *Haftung und Paarbeziehung*, p. 23).

¹¹² Com esta proposta de qualificação no domínio do enquadramento da transação judicial, v. TIAGO SORES DA FONSECA, *A transação civil*, p. 453.

¹¹³ *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, pp. 32-33.

¹¹⁴ Já tivemos a oportunidade de nos pronunciar sobre este aspeto; cf. ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES, *O concurso de responsabilidade civil, maxime pp.* 107-119.

¹¹⁵ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria*, 183, seguindo o conceito funcional de direito subjetivo de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 3.

O conceito foi avançado por WINDSCHEID, a quem se atribui a autoria material da figura. Designa-se comumente por *pretensão* (*Anspruch*)¹¹⁶ e juntamente com os demais poderes (na classificação de MENEZES CORDEIRO, os de *gozo*, de *garantia* ou *potestativos*¹¹⁷) formam o direito subjetivo de crédito. Por outro lado, acompanhamos o entendimento de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, segundo o qual a pretensão «não é [...] uma emanção jurídica do direito subjetivo, mas o próprio direito a uma prestação reduzido à competência de aquisição e à faculdade de exigibilidade dessa prestação a um sujeito determinado»¹¹⁸. Ou seja, direito subjetivo, no presente quadro, é como um «poder de vontade potencialmente dirigível contra outrem»¹¹⁹ e a pretensão «como a atuação efectiva daquele poder volitivo»¹²⁰.

O conceito de *pretensão*, reportado ao elemento de exigibilidade do crédito de onde advém, também permite enquadrar o (eventual) exercício *processual* deste direito. Fala-se, a este propósito, de exigibilidade *em juízo*. Todavia, esta não é uma característica ou vertente *necessária*, uma vez que a pretensão pode ser exercida *extrajudicialmente*. O conceito de pretensão é operante e, em linha com PETER ARENS, não claudica com a separação dos domínios substantivos e adjetivos, reportando-se ao primeiro¹²¹.

XXVII. Por isto, o *pactum* não se dirige pura ou exclusivamente *ao processo*¹²², *rectius*, pode dirigir-se, mas esta não é sua característica *necessária*. Cumpre, pois, compreender que essa eficácia convive com uma ampla heterogeneidade, entre pactos limitados à eficácia *judicial* ou *extrajudicial* da pretensão material, bem como, numa terceira

¹¹⁶ Cf., OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, p. 61; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 904; CASTRO MENDES, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, pp. 27-28. Na Alemanha, cfr., por todos, WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 20, pp. 219-220, § 21, pp. 241-242 (a última ed., a 12.ª, de 2020, é apenas de NEUNER); quanto às investigações mais recentes, v., ainda THOMAS WINKELMANN, *Der Anspruch*, Studien zum Privatrecht 96 (2021), Mohr: Tubinga; v., ainda, CHRISTOPH WENDELSTEIN, *Pflicht und Anspruch*, Jus Privatum, 247, Mohr: Tubinga (2021), pp. 39-142. O entendimento de WINDSCHEID mereceu consagração legal espessa no §194 (1) BGB, quando se prevê que «[o] direito de exigir de outrem uma ação ou omissão está sujeito a prescrição».

¹¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 904.

¹¹⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Almedina: Coimbra (1988), p. 77.

¹¹⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *idem*, p. 21

¹²⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

¹²¹ *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründens*, AcP 170, pp. 392-425 (421). É, todavia, possível distinguir, com significado prático, a *pretensão material* (aqui, em causa) da *pretensão processual*; cf. ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES, *O concurso*, pp. 722-724 (e ainda a respetiva nota de rodapé 2332).

¹²² Esta é, p. ex., a proposta de PAOLO GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, Riv. dir. civ. (2020), pp. 984-1020 (p. 1007 e ss.). A maior fragilidade desta proposta é-nos apontada por WAGNER, A. que afirma a inconsistência de um fundamento legal de recusa substantiva de cumprimento se inferir de um mecanismo processual que leva à inadmissibilidade da demanda (*Prozeßverträge*, p. 416 e ss; seguido por CLAUDIA MAUER, *Haftung und Paarbeziehung*, Jus Privatum 221, Mohr Siebeck: Tubinga, 2017, p. 22).

alternativa – certamente mais comum – dirigida a *ambas*. Tudo depende do sentido interpretativo que se retire do respetivo negócio jurídico¹²³.

Existem também tipologias *impróprias* do *pactum de non petendo*, tal como (i) o *pactum de non litigando* e (ii) o de *non exequendo*. O mesmo se diga quanto à chamada *cláusula de paz*¹²⁴. Concentremo-nos na análise das duas primeiras.

[i. *pactum de non litigando*] O *pactum de non litigando* detém uma característica essencial, em resultado, desde logo, do seu peso etimológico: dirige-se a evitar um *conflito de interesses*¹²⁵. Ele não impede o recurso à via *judicial* ou *extraprocessual*. Pelo contrário, o que este tipo de *pactum* pretende evitar é, por um lado, o *litígio*, ou seja, uma manifestação de posições antagónicas quanto ao elemento material do processo, e, por outro, os custos associados à resolução desse litígio (em termos de tempo implicado, custas judiciais e honorários de advogados, *etc.*).

Contra a proposta de CARNELUTTI, se é possível existir um litígio sem processo, tal como um processo sem litígio¹²⁶ (na ausência de *resistência*), o *pactum de non litigando*, assente na última possibilidade, não obsta ao recurso à via judicial. Por outras palavras, por efeito deste pacto (*de non litigando*) a admissibilidade do recurso à via judicial (ou extrajudicial, por sinal) apenas ocorre no contexto na *ausência* de um conflito materializado (p. ex., se o obrigado judicialmente é requerido, não deve contestar a demanda; extrajudicialmente, também não deve expressar uma vontade oposta à pretensão inicial).

O *interesse* subjacente a tal acordo apresenta contornos pouco nítidos, embora o seu propósito seja, em certa medida, discernível: permitirá, desde logo, asseverar perante terceiros a *validade* da pretensão arrogada entre os contratantes (p. ex., perante outros credores, garantes ou herdeiros de qualquer um dos vinculados). Próxima desta realidade, fica a famosa cláusula *solve et repete* – a qual prolifera no domínio tributário, aí de constitucionalidade duvidosa – mediante a qual o devedor *condiciona* a sua obrigação de não litigar à realização prévia do pagamento: no fundo, compromete-se a não litigar com

¹²³ PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 55.

¹²⁴ Através da *cláusula de paz*, também conhecida por *cláusula de mediação*, as partes obrigam-se a recorrer previamente à mediação, como meio alternativo de resolução do litígio judicial. Uma convenção deste tipo suspende a instância judicial, a requerimento do réu (cf. o art. 12.º/2 da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril).

¹²⁵ Próxima desta proposta de qualificação fica o pacto de não-agressão (*Nichtangriffspakts*), cf. LEA TOCHTERMANN (*Sukzessionschutz im Recht des Geistigen Eigentums*, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, 132, Mohr Siebeck: Tübinga, 2018, p. 47).

¹²⁶ Com esta crítica ao entendimento de CARNELUTTI, v., por todos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a teoria do processo declarativo*, Coimbra Editora: Coimbra, 1980, pp. 24-25. Também admitindo o processo sem um litígio, v. TIAGO SOARES DA FONSECA, *A transação judicial*, p. 242.

o seu credor sem que haja previamente cumprido (ou caucionado o valor total). Paga, primeiro (*solve*), e posteriormente repetir-se-á o indevido (*et repete*), sendo o caso¹²⁷.

Todavia, os efeitos deste pacto são, como se pode constar, bastante limitados; mais limitadas ainda são as consequências predispostas para a sua violação: se, no exemplo anterior, o obrigado *contestar* a lide, nem por isso esta não deve considerar operante (a *revelia* não pode ser, portanto, imposta), conquanto os efeitos daquele acordo são meramente obrigacionais (substantivos) e o respetivo inadimplemento é tutelado exclusivamente nessa sede.

[ii. *Pactum de non exequendo*] Por sua vez, o *pactum de non exequendo*¹²⁸ circunscreve a dinâmica da exigibilidade da pretensão à fase executiva, mas não ao seu reconhecimento, muito menos limita o conflito de interesses potencialmente emergente quanto a esse reconhecimento. Detém, portanto, efeitos estritamente processuais. Por outro lado, este *pactum* não impede – uma vez feita a necessária distinção entre ação de cumprimento, execução específica e processo de execução¹²⁹ – a exigibilidade do cumprimento próprio ou a própria execução específica do crédito no *processo declarativo*.

XXVIII. Em suma, o *pactum de non petendo* circunscreve a exigibilidade do crédito: vincula *outrem* (o credor primitivo) a uma conduta concreta, designadamente ao não acionamento da pretensão material.

Ora, numa outra dimensão, intimamente associada com esta restrição, é a concomitante criação de uma obrigação negativa, de *não exigir*¹³⁰, vinculando o devedor de tal pacto. Esta obrigação surgiria conexas com a primeira ordem de efeitos, circunscrita à exigibilidade do crédito principal e corresponderia, até certo ponto, à vontade das partes. Estoutra obrigação, seria, por assim dizer, uma obrigação de *segunda ordem*, onde o

¹²⁷ Em Itália, os limites das admissibilidade desta cláusula encontram-se expressamente regulados no respetivo Código Civil (art. 1462.º CCit). Reconhecendo a bivalência em termos de eficácia (substantiva e adjetiva) a uma cláusula deste tipo, pronunciou-se expressamente a *Cassazione civile*, na sentença n.º 2227, de 27-Fev-1995: «[I]a disciplina del solve et repete (art. 1462 c.c.), se ha indubbe conseguenze nel campo del processo, ha, però, un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile, ma soprattutto dagli interessi che essa tutela (assicurare al creditore il soddisfacimento della sua pretesa, senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore)».

¹²⁸ CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale*, Jovene: Nápoles (1923), p. 106 e ss. Qualificando este *pactum* como um negócio processual, v. AMANDA BELTRÃO SANTOS, *A gestão processual realizada pelas partes*, inédito, Lisboa, 2017, p. 105.

¹²⁹ Cf. RUI PINTO, *Manuel da execução e despejo*, Coimbra Editora: Coimbra (2013), p. 16 e ss.

¹³⁰ Neste sentido, expressamente, v. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, p. 181, bem como PASCAL PHILIPPON, *Le contrat de non-opposition*, Montpellier, 1996, *passim*; enquanto uma obrigação contratual a um determinado comportamento processual, v. RALF SIEBERT, *Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses*, p. 128 (e respetiva nota 5). PEDRO CALLAPEZ, em linha com NATHALIE PICOD (*La remise de dette en droit privé*, p. 10), apela à existência de uma «promessa de não reclamar o crédito» (A remissão como forma de extinção das obrigações, p. 53).

credor e devedor iniciais revestem a qualidade inversa. Explicando melhor, agora quem se vincula a não exigir o crédito é o credor primitivo; e o *devedor inicial* é, por sua vez, *credor* desta última obrigação de conteúdo negativo. Por ser uma obrigação *de non facere*, ou de facto negativo – na qual, como se sabe, fica coartada a possibilidade de execução específica *tout-court*¹³¹ –, a consequência associada ao seu incumprimento deveria ser encarada, em primeiro lugar, no contexto contratual. Pois bem, aqui reside o aspeto mais problemático desta proposta.

A criação de uma tal obrigação reputa-se *necessária e conveniente*. *Necessária*, porquanto a remoção da *exigibilidade* do crédito depende do acordo inicial das partes e, como se constata, de uma conduta do devedor. Isto significa que os efeitos pretendidos não operam *ipso iure*, sem necessidade de ser acoplado um direito (ou dever) *relativo*. *Conveniente* porquanto a coexistência de uma obrigação de facto negativo, convida à aplicação de uma outra ordem de efeitos, legais ou convencionalmente admissíveis, associados a uma situação de incumprimento desta obrigação de segundo grau.

c) A fronteira entre a obrigação civil inexigível e a obrigação natural

XXIX. Revela grande interesse compreender se o *pactum* transforma a obrigação civil (a que se reporta a pretensão afetada) numa de tipo natural *tout-court*. Esta foi, aliás, a proposta de JOSEF KOHLER, no século XIX¹³². A questão é atual, *rectius*, *permanece* atual. Não se perca em vista o facto deste último regime (*i. e.*, o das obrigações naturais; 402.º a 404.º) tender a absorver a relevância de um qualquer cumprimento *judicialmente* inexigível^{133/134}. Em todo o caso, decorrem de outros pontos do ordenamento diversas

¹³¹ Expressamente, LUDWIG KEMPF, *Zur Problematik des Musterprozesses*, ZZZP 73 p. 379, seguido por RALF SIEBERT, *Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses*, p. 129 (e respetiva nota de rodapé 2).

¹³² O A. qualificou o *pactum* como «um contrato civil que torna a *obligatio civilis* em *naturalis*» (*ein civilistischer Vertrag welcher die obligatio civilis zur naturalis macht*); J. KOHLER, *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Carl Heymanns: Berlin, 1894, p. 151.

¹³³ Parece ser esta a proposta de BRANDÃO PROENÇA, quando o ilustre Professor entende que a constituição de uma obrigação natural por acordo comporta a celebração de um «implícito *pactum de non petendo*» (*Lições de cumprimento*, p. 131). Contra, distinguindo entre a inexigibilidade *legal* da pretensão (socorrendo-se dos exemplos dos créditos prescritos e das obrigações naturais), por oposição à *convencional* (referente ao *pactum de non petendo*), v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, p. 89 e respetiva nota de rodapé 57.

¹³⁴ Por aqui premeia a primeira fragilidade de uma tal construção: a de que o afastamento da exigibilidade *judicial* não abarca logicamente a proibição *extrajudicial*. Contudo, a doutrina não hesita nessa correspondência, especialmente quando avalia (num sentido negativo) a possibilidade de *compensação* do crédito natural (neste sentido, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, II, Livraria Almedina: Coimbra 1990, pp. 150-151). Aqui, a ressalva de ALMEIDA COSTA é pertinente: a proibição da compensação não se aplicará, naturalmente, àquela que seja invocada pelo devedor natural (*Direito das Obrigações*, p. 184); muito menos se impedem as demais formas de extinção (dação em cumprimento, remissão ou confusão, *etc.*) ou de transmissão do crédito (especialmente, a sub-rogação por terceiro).

manifestações favoráveis à sistematização de *obrigações rudimentares*, na proposta de PAULA COSTA E SILVA¹³⁵.

Ora – devemos reconhecer –, uma resposta positiva àquela questão (favorável à confusão da obrigação civil inexigível com a natural) afigura-se, numa primeira leitura, altamente sugestiva. Simplesmente, essa mutação de tipologia essencial, especialmente num quadro duplamente transfigurativo (quer de obrigação civil para natural, com a celebração do *pactum*, quer, posteriormente, no seu termo, em sentido inverso; recorde-se que o *pactum* é temporário), não é de aceitar. Por outras palavras, o *pactum de non petendo* não configura uma *transformação* da obrigação, chamemos-lhe assim, *plena* numa *natural*¹³⁶, de forma *temporária*. A sua natureza é outrossim *própria*. Isto, essencialmente por três argumentos¹³⁷.

Primeiro, estamos em crer que essa *transfiguração* da obrigação não pode ser feita *convencionalmente*¹³⁸, por mera vontade das partes. Por agravo: quanto àquelas obrigações de fonte legal, fala uma certa parte da doutrina inclusive da *taxatividade* do respetivo elenco¹³⁹. Aqui cumpre distinguir dois planos, correspondentes ao tipo de *transformação*, *lato sensu*, em causa, dos quais já demos nota: primeiro, de uma obrigação civil para uma obrigação *natural*; segundo, de uma obrigação *natural* para uma *civil*. Nenhum caso é de admitir, pelo menos quanto aos efeitos pretendidos. Quanto à primeira transformação, joga contra essa (note-se) *modificação* convencional tanto a *inderrogabilidade* do regime da prescrição (300.º CC) – cujos efeitos desaguam, segundo a mais avisada doutrina, na criação de uma *obrigação natural* (304.º/1 CC) –, como a

¹³⁵ PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 51.

¹³⁶ Os planos distintos onde consideramos a obrigação natural – enquanto um *minus* – face à civil retrata a ideia (clássica, em si) de que a obrigação natural seria uma obrigação *imperfeita*. Com reservas a esta possibilidade, v. VAZ SERRA, *Obrigações naturais*, BMJ, n.º 53 (1956), p. 126. Cf., ainda, a propósito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Das obrigações naturais: direito ou moral?*, o Direito, Ano 141, n.º 03 (2019), pp. 505-537; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais: Notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Proc. 06A4210)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, II, 2013, pp. 903-924. No sentido do texto, de distinção entre os efeitos do *pactum* e aqueles inerentes à obrigação natural, v. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, pp. 48-49.

¹³⁷ Existem outros, tal como as diferenças relativas à *capacidade para cumprimento* (neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 50). Todavia, um vez que esta matéria ainda se reporta ao funcionamento geral das obrigações civis, a crítica não se afigura decisiva.

¹³⁸ Neste sentido, contra a sua criação *ex novo*, por mera vontade das partes, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VI, 3.ª ed., Almedina: Coimbra (2019), p. 649. Aparentemente em sentido contrário, depõe JOSEF KOHLER, *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, em *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Carl Heymanns: Berlin (1894), p. 151. Afirma o A. que este *pactum* «[é] um contrato de direito civil que transforma a obrigação civil numa natural» ([e]s *handelt sich um einen zivilrechtlichen Vertrag, der die zivilrechtliche Verpflichtung in eine natürliche umwandelt*) (*ibidem*).

¹³⁹ Restrito a um rol que integre pelo menos o disposto nos artigos 304.º/2, 495.º/2, 632.º/2, 636.º/2, 1245.º e 1895.º/2. A propósito, BRANDÃO PROENÇA denuncia a crise dessa taxatividade, permitindo o reconhecimento convencional de obrigações naturais desde que estouras estejam conformes com o disposto no art. 402.º CC; em *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora: Porto (2017), p. 127. V., também, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Almedina: Coimbra (2022), pp. 123-124.

inadmissibilidade da renúncia do credor a exigir o cumprimento da prestação (ao próprio *dever de prestar*, portanto, 809.^o¹⁴⁰).

Depõe contra a segunda operação (recorde-se: a de *substituir*, não modificar, a obrigação natural em civil), de carácter *novativo* (857.^o) – tal como denunciado por ANTUNES VARELA – o facto de se estar a corromper a *espontaneidade* do cumprimento, ainda que por vontade do próprio obrigado¹⁴¹. São vários os AA., como se sabe, que não adirem a este entendimento proibicionista e, muito pelo contrário, permitem a *civilização* da obrigação¹⁴². O seu argumento é forte: é difícil discernir a ligação relevante entre a *espontaneidade* do cumprimento e a hipótese novativa, em si¹⁴³. Mas mesmos estes AA., não conseguem estender a solução (da novação) ao *pactum*: se na novação temos a extinção da obrigação primitiva (no nosso caso, a *natural*), *substituída* por outra (novamente no nosso caso, a *civil*), o mesmo não acontece no *pactum*. Neste está sempre em causa *a mesma obrigação*. Muito menos a celebração do *pactum* se afigura sustentáculo suficiente para conformar (apelando aqui à criatividade jurídica) uma tal *obrigação natural temporária*, por um lado, acompanhada de uma manifestação de vontade novativa *futura*, para o fim do termo para o qual foi celebrado, por outro. Toda esta operação, profundamente conceptualista, deve ser, abandonada a favor do simples reconhecimento da individualidade do *pactum* (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*).

Segundo, o *fundamento* das obrigações, conformada pelo *pactum*, ao abrigo da proposta de MANUEL DE ANDRADE, não se funda num mero de dever de *ordem moral* ou *social*, tal como sucede com as obrigações naturais (402.^o; *in fine*)¹⁴⁴. Ora, o *pactum* não

¹⁴⁰ A discussão pode ser carreada para um nível mais concreto, relativo, p. ex., à admissibilidade da renúncia ao direito da resolução ou ao da execução específica do contrato-promessa. No sentido expresso no texto, v., por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de Exclusão de responsabilidade civil*, 3.^a reimp., Almedina: Coimbra (2020), pp. 196-197. O argumento sistemático de que o regime da proibição da renúncia do credor aos seus direito abrange apenas o disposto nas «divisões anteriores» (809.^o, *in fine*), uma vez que o regime da acção de cumprimento, incluindo a execução específica constante dos art. 817.^o e ss., não colhe.

¹⁴¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, I, pp. 736-737. Contra, VAZ SERRA, *Obrigações naturais*, p. 159, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 183-184 (distinguindo entre esta figura e a promessa de cumprimento), bem como ARMANDO TRIUNFANTE, em anot. ao art. 402.^o (*Comentário ao Código Civil*, Coord. Brandão Proença, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2018, p. 45), excluindo deste regime a obrigação natural de jogo e aposta (*ibidem*). Outra solução, de pendor salomónico, é a de MANUEL DE ANDRADE, quando o A. admite a novação da obrigação natural em civil, embora sem a qualificar de novação pura, conquanto, para si, não será admissível uma «verdadeira novação de qualquer dívida natural» (*Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., Almedina: Coimbra, 1966, p. 85 e respetiva nota de rodapé 1).

¹⁴² A expressão é de RIBEIRO DE FARIA (*Direito das Obrigações*, II, pp. 156-157) e o A. é favorável à novação (*idem*, pp. 152-153).

¹⁴³ A favor da novação da obrigação natural, além do A. mencionado na nota de rodapé anterior, v., por todos, RUI CAMACHO PALMA, *Da obrigação natural*, AAFDL: Lisboa (1999), *maxime* pp. 200-203 (com importantes referências em nota de rodapé).

¹⁴⁴ Se existisse – tal como sucede em Itália, no art. 2034.^o (2) no respetivo Código Civil – a possibilidade de estender este regime a todos os *outros* deveres para os quais a lei não concede ação (*ogni altro per cui la legge non accorda azione*) a crítica não seria procedente. Apelamos aqui, ao antigo brocardo latino, [i]s natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. Sobre a natureza da obrigação natural em causa, v. OPPO, em *Adempimento e liberalità*, Giuffrè: Milão (1947), p. 205 e ss., e, em crítica

se reporta a essa base fundacional comum de cariz moral ou social; muito pelo contrário, ele tem *juridicidade* própria e também não se confunde com um mero *dever de justiça*.

Terceiro – e principalmente –, sendo o *pactum* um negócio necessariamente *temporário*, a inexigibilidade reverterá a dado momento, ou seja, no termo do prazo para o qual foi estipulado. Para nós, a diferença reside precisamente neste elemento disruptor: o *tempo*, no sentido de *recuperação* da *exigibilidade*, algo que não sucede nas obrigações *naturais stricto sensu*, bem como na impossibilidade de nessas operações transfigurativas (de modificação para obrigação natural e, depois, de *civilização*) se manterem as garantias do crédito, às quais o credor não renunciou¹⁴⁵. Ora, afigura-se-nos inconcebível, nos quadros atuais, obrigações *naturais temporárias*, conquanto a essa natureza se opõe o regime que se lhe encontra associado: num exemplo claro, a não repetição do indevido é um *status* perpetuamente associado à obrigação, não sendo possível que se negue temporariamente a *conditio indebiti*.

XXX. Em suma, é possível distinguir com grande alcance operacional, de acordo com a proposta de REICHEL, entre pretensões não acionáveis (ou destituídas de exigibilidade) e meras *obrigações naturais*, uma vez que as figuras apresentam uma natureza e propósito totalmente distintos¹⁴⁶. O *pactum* reporta-se à primeira realidade e não à segunda. Mais: o nosso legislador aprova aquela dicotomia. Esta resulta clara, entre outros exemplos, no regime da impugnação pauliana (615.º/2) onde se faz a distinção entre a obrigação *ainda não exigível* (na qual se inclui a visada pelo *pactum*, temporário, como vimos) e a obrigação natural (sempre inexigível¹⁴⁷).

d) A tutela associada ao incumprimento do *pactum*; breves notas

XXXI. Sendo o *pactum* um negócio jurídico e fixando o mesmo uma obrigação de não exigir, é possível *incumpri-lo*. Mais do que isto, a sua violação é consequente.

Uma breve nota quanto a uma perniciosa distinção no que diz respeito aos efeitos emergentes. É perfeitamente possível que o *pactum* se dirija, por um lado, a uma pretensão ou conjunto delas, negando a respetiva exigibilidade (judicial ou extrajudicial) e, por outro, forme um crédito, uma obrigação negativa, de não fazer

ao modelo axiológico exposto, FRANCISCO GAMBINO, *Rivista di Diritto Civile*, Ano 60, n.º 05 (Set.-Out., 2014), pp. 1013-1024.

¹⁴⁵ Mesmo para quem admita a possibilidade de *garantir* a obrigação natural (em sentido contrário, v. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, p. 737), a verdade é que essa possibilidade implica a *civilização* da obrigação; neste sentido, v. VAZ SERRA, *Obrigações naturais*, pp. 158-159, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, II, pp. 156-157; RUI CAMACHO PALMA, *Da obrigação natural*, p. 135.

¹⁴⁶ Para maiores desenvolvimentos, v. o referido A. em *Unklagbare Ansprüche*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Vol. 60 (1912), pp. 38-105

¹⁴⁷ Somos contra a perpetuidade do *pactum*, como vimos (cf., *supra*, § 2, 2.1., a)); os apologistas doutro entendimento, são confrontados com este problema. Aliás, AA. como SARGENTI apenas qualificavam os *pacta* perpétuos como geradores de obrigações naturais (*Pactum de non petendo*, p. 302).

quanto à (não) “accionabilidade”. Estes efeitos não são geneticamente incompatíveis, ou seja, podem ser *cumulados*¹⁴⁸. Tanto assim é, que se trata, insistentemente, de *objetos diferentes*: a situação jurídica ativa inicial (e as pretensões que enforma) não se confunde com a obrigação de *non facere*. Num exemplo, se pensarmos num crédito indemnizatório, uma coisa é negar a exigibilidade judicial da respetiva pretensão indemnizatória no prazo de dois anos, outra é formar uma obrigação de *não o fazer* (ressarcindo os prejuízos em caso de incumprimento daquele dever).

A este respeito, tem-se colocado a questão de saber *quais* os remédios disponíveis ao credor do *pactum* perante a falta de cumprimento imputável ao devedor.

Identificar um caso de responsabilidade *obligacional típica* (798.º) não parece levantar grandes dúvidas¹⁴⁹. Já parece mais duvidoso, no entanto, saber se existirá aqui a uma ofensa *delitual*, conquanto não se deteta, à partida, uma qualquer lesão de interesses de *integridade*. Noutra perspetiva (ou talvez numa ainda *extraobligacional*) é importante chamar à colação o vetor da *confiança*; *confiança* no sentido daquela que é depositada pelo beneficiário do *pactum*, quando à inexigibilidade da pretensão que o visa e na manutenção da ambiência negocial, entretanto, formada¹⁵⁰.

XXXII. Exploremos melhor a hipótese, *consensual* que seja, de aplicação da modalidade *obligacional* de responsabilidade civil (798.º). Aqui devemos um separar de águas. Importa-nos, de momento, distinguir entre a pretensão destinada ao cumprimento (a *pretensão primária*; *Primäranspruch*) daquela resultante da sua falta, tipicamente a de ressarcimento de dano (pretensão secundária; *Sekundäranspruch*). Não parece ser problemático aceitar a formação de uma prestação deste último tipo (puramente indemnizatória), ainda que anteriormente reforçada (p. ex., mediante a aposição de uma cláusula penal; 810.º CC); mais polémica é, no entanto, permitir-se exigir-se o *cumprimento do pactum* (*do dever de não exigir*), entretanto incumprido. Em nosso

¹⁴⁸ Numa outra perspetiva e com muito interesse, v. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, pp. 58-59.

¹⁴⁹ Cfr., por todos, WAGNER, *Prozeßverträge*, p. 428.

¹⁵⁰ Fatores como a moralidade da cobrança de uma dívida da qual se temporariamente abdicou, bem como, por outro lado (ou até em complemento), uma ideia geral de “perdão” de dívida, são importantes na caracterização de uma situação de responsabilidade pelo incumprimento do *pactum*. Contudo, estes fatores não parecem ser suficientes para sustentar um título de imputação de danos autónomo, com base, portanto, nessa ideia, de *confiança*. Cf., a obra fundamental, entre nós, de CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, p. 286 e p. 757 e ss.; v., também, do A., *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil*, Almedina: Coimbra (1997), p. 79 e ss. e *Contrato e Deveres de Protecção*, Separata BFD, Vol. 39 (1994), p. 25 e ss. Para o ilustre Professor o espaço da responsabilidade pela confiança (a existir, segundo nos parece) será autónomo do espaço delito, do contrato (o caso em mãos) e, ainda, da violação da regra de conduta de boa-fé; em *A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora: Coimbra (2007), pp. 285-307 (296).

entendimento, a tutela do dever de prestar (de cumprimento), *qual tale*, incluindo a nível *cautelar* ou *inibitório*, não se ajusta aos quadros operacionais de tal acordo.

Sejamos claros, intentar uma acção autónoma exigindo a abstenção da contraparte – incluindo, do prisma processual, a abstenção ou a desistência processual de determinada demanda – não se afigura possível e a tutela da obrigação não peticionar restringe-se à indemnizatória¹⁵¹.

Também se tem por derrotada a possibilidade de se requerer injunções anti-processuais (*anti-suit injunctions*); figura muito conhecida nos países de *Common Law* e que permeia nos sistemas continentais, de tradição Romano-Germânica, para o domínio da arbitragem (prevenindo a fuga para os tribunais judiciais contra a cláusula compromissória). No fundo, com estas injunções acautela-se, num sentido restritivo, a possibilidade de ser intentada uma determinada acção noutra tribunal, especialmente num estrangeiro. Em rigor, este mecanismo, elevado a *ordem processual*, poderia melhor operacionalizar, de um ponto de *vista* preventivo, o conflito de competência na União Europeia, *i. e.*, a falta de competência do tribunal de Estado-membro, quando a competência exclusiva pertença ao tribunal de outro Estado-Membro (art. 27.º do Regulamento Bruxelas I). Mais difícil é perceber se esta é a ferramenta adequada, especialmente perante um *pactum* com eficácia processual: ir-se-ia ao processo, para, no final, o impedir. Apresenta, por outro lado, contornos pouco nítidos a compatibilidade deste mecanismo com o Direito da União Europeia, tal como se revelou no famoso caso *The Front Comor*, no domínio da arbitragem¹⁵².

¹⁵¹ Em sentido contrário, ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 28.

¹⁵² Neste casos, a *West Tankers Inc.* havia contratado um navio-tanque (*Front Comor*), para realizar o transporte de crude. O navio acidenta-se ao largo do Golfo de Livorno, na Itália. Ora, a empresa *Front Comor* encontrava-se segurada pela *RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA* (seguradora italiana). No âmbito do primeiro contrato (o de transporte), constava uma cláusula de arbitragem mediante a qual se estabeleceu que qualquer disputa relacionada ao contrato seria resolvida por meio de arbitragem, a ter lugar em Londres. No entanto, a seguradora *RAS* intentou uma acção nos tribunais italianos. A empresa *West Tankers* considerou que essa acção violava a cláusula de arbitragem e procurou uma *anti-suit injunction* emitida no Reino Unido de forma a impedir o processo que corria os seus termos em Itália. O caso chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia em 2007. O TJUE decidiu que as *anti-suit injunctions*, emitidas por tribunais de um Estado-Membro da União Europeia para impedir o curso de acções em tribunais de outros Estados-Membros, eram incompatíveis com o Regulamento de Bruxelas (TJUE, proc. C-185/07, de 10 de fevereiro de 2009).

§ 3. Os efeitos substantivos e processuais do *pactum* no título de imputação de danos

3.1. A admissibilidade da limitação ou exclusão convencional da responsabilidade civil e a sua conexão com o *pactum*; os limites funcionais à pretensão a considerar

I. A liberdade concedida às partes de regular e compor os seus interesses, provém diretamente da sua autonomia privada (405.º). Evidentemente nem este princípio permite conceder às partes um, chamemos-lhe assim, *cheque em branco*, por via do qual, *tudo* podem estipular. Como se sabe, o sistema constringe a autonomia privada das partes, através de determinados institutos, mais do que aqueles possíveis de elencar, mas, aqui, com destaque para a *impossibilidade do negócio* (280.º, 281.º, 294.º, 401.º CC), seja esta originária ou não¹⁵³. Por outro lado, confere-lhe a possibilidade de *balizar*, *condicionar* ou *definir* o objeto do vínculo obrigacional: quando, p. ex., a empresa exploradora de um estacionamento declara não assumir responsabilidade pelo furto dos veículos, não está, dúvidas não haja, a *excluir a sua responsabilidade*; está, ao invés, a negar a *existência da obrigação de vigilância e guarda*, em si (a cláusula é de *limitação do objeto do contrato*, na proposta de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁵⁴ e não de exclusão de responsabilidade).

Neste contexto, é importante reter que, de um modo geral, se impede a *renúncia antecipada* do credor aos seus direitos (809.º). Deste ponto em diante, o entendimento sufragado a propósito da validade das cláusulas de *limitação* e de *exclusão* da responsabilidade está sujeito ao cunho de validade da referida norma. Isto é, cumpre-nos, adentro da economia limitada desta investigação, apontar os limites do sistema para a fixação convencional de um *outro* regime de responsabilidade, limitando-a ou, até mesmo, excluindo-a. A razão é simples: o desvio do regime geral de responsabilidade acarreta consequências, particularmente visíveis na esfera jurídica da parte não faltosa, a começar pela não reparação total dos danos que haja sofridos (contra o tal *Prinzip der Totalreparation*), e os quais integravam um título de imputação de danos do qual é beneficiário.

¹⁵³ Por todos, é de destacar a investigação de CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina: Coimbra, 2020, *maxime* p. 115 e ss. Neste caso, estamos perante, nas palavras da ilustre Professora, um acordo ilegal, perfeitamente executável, no plano ontológico, contudo o «“acto performativo” que lhe está subjacente não é aceite pelo ambiente normativa que o conforma» (*idem*, p. 117). A distinção entre a simples impossibilidade jurídica e a contrariedade à lei, para efeito do escopo de aplicação dos artigos 280.º e 294.º deve ser feita. Alinhamos com a proposta de CATARINA MONTEIRO PIRES: «[a] ilicitude ou contrariedade à lei é uma qualificação que se retira de uma contrariedade de uma ção a uma norma jurídica imperativa de carácter injuntivo, seja uma proibição legal, seja uma norma de aplicação necessária. A impossibilidade jurídica reconhece-se nos casos em que a lei impede *a priori* a concretização dos efeitos visados pelo negócio» (*idem*, p. 123).

¹⁵⁴ Aqui, o A. alinha com PAUL DURAND; cf. *Dano e acordo das partes*, Responsabilidade civil. Cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil, Coord. Mafalda Miranda Barbosa/ Francisco Muniz, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra (2017), pp. 9-30 (*maxime* pp. 12-14)

II. O preceito em questão, aparentemente claro, não admite a renúncia antecipada de qualquer dos direitos (do credor). Entre os direitos atribuídos, contam-se o direito a uma indemnização pelos danos emergente da falta de cumprimento imputável ao devedor. *A priori*, estamos tentados com o resultado primário de uma primeira leitura: qualquer cláusula que exclua ou limite a responsabilidade do devedor, por hipótese, em caso de incumprimento definitivo imputável, seria nula.

A interpretação da norma no sentido descrito é feita, desde logo, por ANTUNES VARELA¹⁵⁵. Um dos argumentos utilizados é o de natureza *histórica*. Nos trabalhos preparatórios de ADRIANO VAZ SERRA, previu-se a proibição deste tipo de cláusulas, desde que a parte incumpridora atuasse com *dolo* ou *culpa grave*. Ou seja: estas cláusulas eram admitidas pelo menos quando a situação de responsabilidade se fundasse em *mera culpa ou negligência*¹⁵⁶. A disposição atual não faz este tipo de distinção, pelo que ANTUNES VARELA entende como vontade inequívoca a do legislador em não atribuir validade à antecipada limitação ou exclusão de responsabilidade. Juntando-se a este Autor, PIRES DE LIMA argumenta, no mesmo sentido, entendendo a consequência de uma outra leitura como a transformação (indevida) da obrigação «numa simples obrigação natural»¹⁵⁷. Em sentido contrário, lê-se INOCÊNCIO GALVÃO TELLES¹⁵⁸ e, fundamentalmente, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁵⁹. Ambos os AA. demonstram a imutabilidade da natureza da obrigação, em termos que não podemos deixar de acompanhar e para cuja investigação se remete. A visão de ANTUNES VARELA e de PIRES LIMA é aquela aparentemente mais conforme à letra da lei; mas, conforme afirma NUNO PINTO DE OLIVEIRA, o entendimento de GALVÃO TELLES e de PINTO MONTEIRO, não sendo o mais imediato à letra do preceito, «cabe seguramente no sentido literal possível»¹⁶⁰.

¹⁵⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, p. 197 (nota de rodapé 2), 914-16, II, 135-139 (nota de rodapé 2 da p. 137). Cfr., ainda, ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Almedina: Coimbra (1985), p. 542 e ss., PESSOA JORGE, *Limitação convencional da responsabilidade civil*, BMJ 281 (1978) pp. 13-14, e em *Direito das Obrigações*, AAFDL: Lisboa (1968), p. 613 e ss. (*maxime* pp. 622-627),

¹⁵⁶ A propósito da regulação convencional da obrigação devida, cf. VAZ SERRA, *Pena convencional*, separata do BMJ n.º 67 (1957), *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros*, BMJ 79 (1958); PAULO MOTA PINTO, *Ónus da prova da culpa do devedor que beneficia da cláusula de exclusão*, Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro, II, Almedina: Coimbra (2019), pp. 959-989; NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar. Cláusulas Penais*, Coimbra: Almedina (2005); e INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, II, 522-533, *Cláusula penal e sanção pecuniária compulsória: sanções coativas ou verdadeiras “penas privadas”*, Código Civil – Livro do Cinquentenário, Vol. I (em homenagem ao Prof. Doutor FERNANDO PESSOA JORGE), Almedina: Coimbra (2020), pp. 635-677.

¹⁵⁷ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA em anot. ao art. 809.º CC, *Código Civil Anotado*, II, p. 73.

¹⁵⁸ Admitindo a estipulação de cláusulas de *limitação* (mas não de *exclusão*) de responsabilidade, cf. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, pp. 426-430; entendimento aparentemente seguido por MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, pp. 287-294.

¹⁵⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas*, *maxime* p. 153 e ss. – a obra de grande referência sobre o tema.

¹⁶⁰ NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas de Exclusão*, p. 25.

A doutrina não é, destarte, unânime¹⁶¹, nem se vislumbra que se alcance qualquer consenso, dado o antagonismo irreduzível das posições.

Vimos que a interpretação daquela norma (809.º) não é consensual. Existe, contudo, um outro preceito que não pode passar despercebido: atente-se ao disposto na alínea c) do artigo 18.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais¹⁶². A proibição incita na norma é absoluta e visa todas aquelas cláusulas que «excluem ou limitem, de modo direto ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou incumprimento defeituoso, em caso de *dolo ou de culpa grave*» (itálico nosso). Ora, exatamente como aponta NUNO PINTO DE OLIVEIRA, «não é menos certo, nem é menos exacto que ambas respondem, e respondem *contraditoriamente*, a uma, e à mesma, questão jurídica»¹⁶³. Seguimos o A. quando este afirma existir uma verdadeira contradição de valores, se aceitarmos o entendimento nos termos do qual estas cláusulas são proibidas. Dito de outra forma, se este regime – cuja aplicação foi pensada para uma base contratual marcada pela desigualdade das partes (1.º/1 e 2 LCCG), onde o perigo de fragilização de uma partes é maior –, admite cláusulas de índole limitativa ou exclusiva da responsabilidade, *em caso de culpa leve*, não se compreende como se pode aceitar uma outra leitura para o regime do Código Civil (809.º), prevista para *contratos negociados*. Ou se aceita esta aparente contradição à unidade do sentido do sistema jurídico ou, justamente pelo sentido de unidade e adequação do sistema, concluímos por uma interpretação restritiva da norma do art. 809.º CC, reduzindo-lhe o alcance.

Isto, por um lado. Por outro, cumpre, ainda, combater a leitura unidirecional do preceito. Também existe um problema hermenêutico na base desta querela. Da nossa parte, não nos devemos reter numa leitura literal do preceito em mãos (nem sequer aplicável à situação de responsabilidade reconduzida exclusivamente à via *extraobrigacional*, na ausência de uma previsão semelhante ao art. 809.º no campo delitual).

Uma breve nota quanto ao processo hermenêutico: nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, «o objeto da interpretação não é o texto da lei como texto [...] mas a norma que esse texto pretende manifestar»¹⁶⁴. Por sua vez, CLAUS-WILHELM CANARIS, concebe tratar-se de um «problema puramente

¹⁶¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/A. BARRETO MENEZES CORDEIRO parecem opor-se à validade destas cláusulas e fazem o enquadramento do tema à luz das cláusulas penais; cf. a anot. ao preceito em *Código Civil Comentado*, II p. 1054. Também em sentido contrário, cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, Parecer – Relatório Pericial (“cláusulas relativas à limitação e exclusão da responsabilidade deste por eventuais falhas ou defeitos dos bens por ele fornecidos a par de preceitos relativos à responsabilidade do fornecedor por atrasos na entrega dos bens”), *inédito*, p. 19 e ss.

¹⁶² Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, na sua redação atual.

¹⁶³ NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Claúsulas de Exclusão*, p. 31.

¹⁶⁴ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação Jurídica*, I, n.º 2, p. 464.

terminológico»¹⁶⁵ entender o corpo do texto, *a letra da lei*, como limite inultrapassável da interpretação. É do conhecimento geral, de resto como se reconhece no artigo 9.º do Código Civil, que o exercício compreensivo-interpretativo da norma não se deve limitar à letra da lei. O corpo textual da norma é, não obstante, um dos elementos do exercício interpretativo. É de se atender à *ratio legis*. A não ser assim, pela letra do art. 809.º do Código Civil, nunca se admitiria a validade deste tipo de cláusulas. Apelamos o outro distinto Professor, desta vez PEDRO DE ALBUQUERQUE, que nos recorda a metodologia implicada no processo interpretativo: «[t]udo isto será feito sem nunca perdermos de vista a factualidade subjacente. É essa uma premissa básica de toda e qualquer interpretação-aplicação do Direito metodologicamente adequada. [...] Num passo devidamente observado, entre nós, por CASTANHEIRA NEVES, depois do *Zweck im Recht* de JHERING, e da sua consequente projeção metodológica por HECK, a teleologia passou a ser dimensão caracterizadora do pensamento jurídico, em termos de se poder dizer ter o finalismo triunfado sobre o formalismo.»¹⁶⁶.

III. Percorrido este caminho, somos a favor da admissibilidade destas cláusulas ou convenções, desde que à atuação da parte incumpridora se reporte a uma conduta desvalorizada levemente, a título de culpa. Quer se trate de *limitação*, quer se trate de *exclusão*, é certo que o credor não deixa de poder exigir o cumprimento do negócio ou, ainda, as demais formas de tutela do interesse de cumprimento (entre as quais, exercer, p. ex., o direito de resolução e o *commodum* de representação)¹⁶⁷.

Faça-se a advertência para a fronteira entre os dois tipos de cláusulas (limitativas e excludentes de responsabilidade) ser, em muitas ocasiões, ténue, senão mesmo inexistente. Por outro lado, se o perigo deste tipo de cláusulas corresponde a uma postura abusiva do devedor, não se compreende a proibição deste tipo de cláusulas em contratos precedidos de *negociações* particulares, por parte de agentes livres, os quais exerçam uma vontade livre e esclarecida. Considerar o argumento da postura abusiva do devedor não tem, salvo o devido respeito, *razão de ser*. Caso contrário, estaríamos a partir imediatamente do pressuposto de que a *cláusula* promoveria

¹⁶⁵ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 160. Entre nós, v., ainda, MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 3.ª ed., Arménio Amado: Coimbra (1978), *maxime* pp. 23-34.

¹⁶⁶ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer* (“Conflito de Interesses – inibições do direito de voto em assembleia geral de acionistas de uma sociedade anónimas”), *inédito*, 2014, pp. 7- 8. Quanto às citações deste nosso ilustre Professor, notamos que CASTANHEIRA NEVES é citado em *O actual problema metodológico da realização do direito*, *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros* (1995), II, p. 273, e em *Metodologia jurídica – Problemas Fundamentais*, BFD, STVDIA IVRIDICA, Universidade de Coimbra: Coimbra (2013), p. 77, 153 e 154; por sua vez, JHERING, em *Der Zweck im Recht*, 2.ª ed., I, (1884), 3.ª ed., II (1898).

¹⁶⁷ Segundo, novamente, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «a cláusula de irresponsabilidade (...) além de não conferir ao devedor a faculdade de não cumprir (...) não esgota, por outro lado, o elenco de sanções predispostas pelo ordenamento jurídico pela falta de cumprimento» (*Cláusulas limitativas*, p. 189); para PESSOA JORGE, por sua vez, «a cláusula de exclusão de responsabilidade [...] não exprime uma autorização para omitir o comportamento devido» (*Ensaio*, p. 277).

uma situação de responsabilidade, ou seja, que esta consubstanciaria um convite à lesão dos interesses da contraparte. Isto, por parte do respetivo beneficiário da limitação ou exclusão de responsabilidade. Em rigor, não reputamos aceitável coartarmos a autonomia privada recorrendo a mecanismos preventivos. É nosso entendimento, arriscamos afirmar, que essoutro caminho se materializa numa *quasi-presunção de abuso de direito*, presunção essa manifestamente inadmissível. E acrescente-se: este argumento não se coaduna com o espírito do sistema, construído e alicerçado na boa-fé e no princípio da confiança¹⁶⁸. Na verdade o sistema português não ignora os deveres a que as partes, pela boa-fé, estão vinculadas. Não é lugar para aprofundarmos esta temática, mas diga-se que a nuvem de suspeição lançada sobre a parte beneficiante da exclusão (ou da limitação da sua responsabilidade), como é visado por este argumento, não se coaduna com a postura esperada das partes pelo sistema, numa perspetiva sistematicamente integrada.

Por tudo isto e à luz do princípio da autonomia privada, não cremos existirem razões de interesse e de ordem pública para se impedir tais cláusulas (muito menos as *convenções* celebradas entre *terceiros*); tão-pouco é concebível que a eficácia preventiva do princípio da reparação total aniquile, de outra forma, a autonomia privada dos interessados: se as partes acordaram não haver responsabilidade – ou, como veremos, *não a exigir* – desde que o incumprimento não seja *doloso* (dito de outra forma se «o grau de censura de que é passível o comportamento do devedor é tão reduzido»¹⁶⁹) deve essa cláusula ser aceite, por válida, valorando o princípio da autonomia privada¹⁷⁰.

IV. Podemos definir, salvo melhor proposta, a cláusula de *limitação* da responsabilidade (por danos) como aquela que se destina a *circumscrever* o montante de indemnização devida, sem o eliminar. Sendo limitativa do *quantum* indemnizatório, nota-se uma certa proximidade com a *cláusula penal* (810.º), pelos efeitos práticos semelhantes, embora não inteiramente coincidentes¹⁷¹. Quer numa, quer noutra, a parte fiel está impedida de exigir uma indemnização pelos danos totalmente sofridos, caso o dano ultrapasse o limite imposto. Relembre-se: não estamos perante uma expurgação da responsabilidade. Os

¹⁶⁸ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, quando o ilustre Professor nos recorda: «[a] confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas», *Da Boa Fé no Direito Civil*, 7.ª reimp., Coimbra: Almedina (1983), p. 1234.

¹⁶⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas*, p. 185.

¹⁷⁰ Há aqui também um argumento de maioria de razão a ser invocado: no contexto da exigibilidade, se as partes podem excluir, em certos casos, a sua responsabilidade, *também* podem excluir a exigibilidade da pretensão indemnizatória emergente; suportando este argumento, de maioria de razão, v., RALF SIEBERT, *Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses*, Colónia (1973), p. 127; PETER SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, p. 66.

¹⁷¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO apela, por um lado, aos diferentes *objetos* das estipulações: na cláusula limitativa existiria, numa imagem sugestiva, um *plafond* dos danos a demonstrar, ou seja, um teto máximo do montante indemnizatório, por oposição ao *forfait* da cláusula penal, mediante o qual se fixa previamente um montante certo, o qual pode inclusive exceder os danos sofridos (*ob. cit.*, p. 145, nota 308).

restantes meios de tutela continuam disponíveis¹⁷². E, claro, o não cumprimento do contrato continua, esse sim, a ser um *facto ilícito*.

A jurisprudência nacional, na sua maioria, não alinha com os entendimentos proibitivos deste tipo de cláusulas. Vejamos duas importantes decisões do Supremo Tribunal de Justiça.

Na primeira, datada de 9 de maio de 1996¹⁷³, afirmou-se: «[o] artigo 809 do Código Civil não proíbe, em princípio, a renúncia prévia ao direito de indemnização por lucros cessantes, através de cláusulas limitativas da responsabilidade contratual».

Posteriormente, no acórdão de 13 de fevereiro de 2001¹⁷⁴, entendeu o douto tribunal: «[n]ma palavra: o artigo 809º estabelecerá a disciplina da cláusula de exclusão da responsabilidade do devedor, tanto por actos próprios, como por actos dos auxiliares dependentes, *rectius*, dos seus agentes; o artigo 800º, nº 2, abrangerá auxiliares autónomos, isto é, actos de terceiros, pelos quais o devedor seria responsável, nos termos do nº 1, não fora a cláusula de irresponsabilidade [...] [f]ica, assim, ressalvada a validade das cláusulas de irresponsabilidade por simples culpa leve do devedor ou dos seus auxiliares, não só porque, em tais casos, não se estará perante uma renúncia ao direito de indemnização (cuja proibição resulta do artigo 809º), mas também porque, de tais cláusulas não resultará qualquer ofensa de ordem pública, limite expressamente referido pelo nº 2 do artigo 800º, *in fine*».

V. O *pactum* versa sobre a *exigibilidade* da pretensão. Como vimos, podem as partes tanto *limitar* como *excluir*, constitutivamente, a existência dessa pretensão indemnizatória, dentro dos limites expostos. Cumpre saber se estas ideias são transportáveis – enquanto igualmente *limites de validade* – para o enquadramento do *pactum*.

Uma primeira ideia é operante: limitar a responsabilidade no sentido já visto, ou seja, conquanto se *elimina definitivamente a responsabilidade além da limitação em causa* não se equipara à limitação de responsabilidade inerente ao *pactum*. Pelo *pactum*, o credor não abdica do direito ao qual a pretensão se reporta, apenas *temporariamente* restringe a exigibilidade da mesma. Não existe qualquer efeito *atributivo*¹⁷⁵, mas, antes, apenas um *abdicativo*, de tipo temporário. Ambas são *limitações*, mas o regime é

¹⁷² V. a este propósito o acórdão do Tribunal Constitucional 153/90, Processo n.º 340/97 (BRAVO SERRA): «É que não se pode, nem deve, confundir as cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade com aquilo que o Prof. Pessoa Jorge expressa como «autorização para omitir o comportamento devido». O credor poderá sempre exigir do devedor (nos casos de existência de cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade) o que for necessário ao cumprimento da obrigação, recorrendo aos tribunais, designadamente movendo a execução que couber (...) O que se afasta ou limita, isso sim, é a dedução da indemnização pela totalidade de uma espécie de danos a que porventura se teria direito».

¹⁷³ MIRANDA GUSMÃO, proc. n.º 087882.

¹⁷⁴ GARCIA MARQUES, proc. n.º 01A3321.

¹⁷⁵ Em linha com VON THUR, v. TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *Contratos*, p. 371 e ss.

absolutamente distinto: recorde-se, uma é definitiva, quanto à responsabilidade *além* da limitação, contrariamente à limitação (apenas temporária) que advém do *pactum*.

Precisamente por este motivo, não podemos carrear, a favor da proposta enunciada, por outro lado, um argumento de maioria de razão: a proibição do *mais* – neste contexto, a limitação ou exclusão de responsabilidade, p. ex., em caso de dolo do lesante – não implica a proibição do menos (o *pactum*) Não é desta forma, nem neste sentido, que se materializa o argumento *a fortiori*. Este funciona apenas em dois modelos, a recordar: primeiro, o que se proíbe ao menos é proibido para o mais (*a minori, ad maius*); segundo, quem pode o mais, pode o menos (*a maiori, ad minus*). Nenhuma destas vertentes está, aqui, em causa. Todavia, parece ser operante aproximar a pretensão da sua fonte: perspetivando o crédito indemnizatório, é apenas legítimo *subordinar o poder de pretender* às restrições que afetam o crédito de onde provém (*accessorium sequitur principal*). Nem outra solução (mais permissiva, certamente) seria admissível: pense-se no facto de o (futuro) lesante, contornar a proibição da sua limitação ou exclusão de responsabilidade, mediante a celebração de um *pactum de non petendo* para esse fim. Esta é, pelos seus contornos, a solução mais consentânea com o espírito do sistema. Se assim o é, basta recuperar as limitações à exclusão da restrição da responsabilidade para compreender, por arrastamento, as limitações substantivas ao objeto do *pactum*.

O princípio enunciado não depende, em concreto, do cardápio que se assuma de limites à validade daquelas cláusulas. Ainda assim, importa conhecer, no mínimo, *alguns*, pelo menos aqueles que estejam em voga. Ora, aqui chegados, o destaque vai para o entendimento de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, para cuja investigação se remete. Já vimos a admissibilidade da limitação (ou exclusão) da responsabilidade em caso de *culpa grave* (v. a solução paralela no sistema alemão, § 276 (3) BGB)¹⁷⁶.

Tanto se aplica ao *pactum*, o qual não pode restringir a exigibilidade de tal pretensão indemnizatória. Devemos, no entanto, notar que a eficácia do *pactum*, quando tenha por base uma pretensão emergente de responsabilidade obrigacional fica, materialmente condicionada: o funcionamento da *presunção de culpa* (799.º/1; a qual funciona como uma verdadeira *presunção de dolo*¹⁷⁷), invalida o afastamento da responsabilidade, por conta do limite enunciado (o da *culpa grave*). A eficácia do *pactum* dependerá, portanto, da demonstração em juízo da ausência de culpa ou de culpa leve do devedor, ou seja, da elisão daquela *presunção* (350.º/2). Apenas

¹⁷⁶ *Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.*

A propósito da exclusão *convencional* de responsabilidade (*Vertragliche Haftungsbeschränkungen*), v. MANFRED WANDT, A. que recorda a inaplicabilidade da limitação do dolo à exclusão da responsabilidade do auxiliar do lesante (§ 278, 2 BGB; em *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 11.ª ed., Vahlen: Munique, 2022, pp. 566-567). A limitação inicial permanece, contudo, intimamente ligada à *ratio* que preside a impossibilidade de limitação convencional do prazo prescricional em caso de responsabilidade *intencional* (§ 202, 1 BGB)

¹⁷⁷ Aqui, em linha, com MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VIII, p. 310; ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES, *O concurso*, p. 318.

cumprida esta etapa, pode o tribunal conhecer a validade do *pactum* e os efeitos da inexigibilidade da pretensão¹⁷⁸.

No enquadramento de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO – aqui seguido –, cumpre, considerar a propriedade de um outro limite, o da *ordem pública*, seja em função do bem em causa – o dos *danos pessoais* (pelo menos quando emergentes do transporte e de responsabilidade civil médica¹⁷⁹) –, seja em termos *axiológicos*, perante a pessoa do *consumidor*¹⁸⁰.

VI. Para além dos casos de inadmissibilidade congénita do *pactum*, a par e passo dos casos em que não se admite a exclusão ou limitação de responsabilidade, cumpre também, compreender uma segunda zona de limitações. Este segundo círculo de constrição reporta-se, desta vez, às restrições inerentes ao carácter negocial do *pactum*.

Muito resumidamente, é importante considerar, num simples e claro paralelismo com a *transação civil* (1249.º CC e 289.º/1 CPC), (i) a *indisponibilidade dos direitos* (*rectius*, das pretensões que estes enformam, reportadas que sejam, em regra, à respetiva, *inderrogabilidade*, *intransmissibilidade* ou *irrenunciabilidade*)¹⁸¹, bem como (ii) a *limitação*, em geral, do *objeto negocial*, quando a pretensão a este surja associada.

A limitação do objeto negocial reporta-se à proibição da limitação da exigibilidade que se materialize na conservação, por esta via, dos efeitos de *negócios jurídicos ilícitos* (cf., o disposto no art. 1249.º, *mutatis mutandis*). Isto, no sentido assumido pela maioria da doutrina, ou seja, um que seja contrário à lei, à

¹⁷⁸ Cfr., *infra*, 3.3.

¹⁷⁹ A leitura de A. PINTO MONTEIRO vai mais longe, enquadrando estas regras como manifestações pontuais de um princípio geral: «[e]stamos em crer, no entanto, que o art. 504.º, n.º 3 constituirá um precipitado de um princípio mais amplo – destinado não apenas a proteger a pessoa transportadas, mas a pessoa *tout court* –, de ordem pública, pelo que deverá afirmar-se a nulidade de convenções exoneratórias respeitantes a *danos pessoais*, independentemente da sua fonte (transporte, produtos defeituosos ou perigosos, intervenções cirúrgicas e actos médicos, em geral, etc.) e da sua natureza (contratual ou extracontratual)»; *Cláusulas limitativas*, p. 309. Hesitamos a erigir os danos pessoais como uma travessa dos limites de tais cláusulas (ou convenções). Está por demonstrar o fundamento deste limite. Mas uma coisa é certa: num sentido geral, os limites da pessoalidade dos bens em causa, podem conviver numa lógica sistematicamente integrada com outras possibilidades legais, tal como o do consentimento às ofensas aos direitos de personalidade (340.º). O consentimento reporta-se, como se sabe, à *licitude* da atuação e, por sua vez, as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade, pelo menos na vertente em causa, ao *tipo de danos excluídos*. É, portanto, inteiramente possível negar, predicativamente, a lesão (por consentimento) cujo dano, reportando ao mesmo interesse (e – note-se – quando proveniente de uma conduta ilícita e culposa; fora, portanto, do consentimento prestado), não se possa excluir. Num exemplo, é inteiramente possível consentir nas lesões implicadas na prática de uma arte marcial, mas não a exclusão dos danos pessoais emergentes de uma qualquer violação, fora do espaço do consentimento, das regras da modalidade em causa.

¹⁸⁰ Cf. o A., em *Cláusulas limitativas*, pp. 159 e ss., 303-332; bem como *Dano e acordo das partes*, p. 21.

¹⁸¹ Seguimos, de perto, os ensinamentos de TIAGO SOARES DA FONSECA (*A transação civil, maxime p. 535 e ss.*); A. que opta, fundamentadamente, pela expressão *indisponibilidade jurídica* (*idem*, p. 541). Quanto às manifestações da irrenunciabilidade do direito, seguida no texto pela tripartição enunciada, cf. o A., *idem*, *maxime p. 719*.

ordem pública ou ofensivo dos bons costumes¹⁸². A proibição não se estende aos efeitos da invalidade do negócio *tout-court*¹⁸³. Não será, portanto, possível acordar na inexigibilidade da pretensão proveniente do cumprimento de um contrato, p. ex., para matar outrem, conquanto o crédito não se forma (a ilicitude precedente impede a própria formação da pretensão, objeto do *pactum*); por sua vez, já será possível ao *pactum* incidir sobre a responsabilidade civil emergente de negócio jurídico ilícito¹⁸⁴ ou sobre a obrigação de restituição em caso de *anulabilidade* do negócio (289.º/1).

A regra ficou enunciada, não nos sendo possível, dada a economia limitada deste estudo, explorar todas as manifestações daquela ordem de restrições.

Um breve apontamento quanto à *indisponibilidade das pretensões* (i. e., o primeiro limite atrás enunciado). Diremos apenas que é por demais evidente, recorrendo aqui a alguns exemplos expressivos, não ser possível celebrar um *pactum de non petendo* que vise, por exemplo (note-se que o elenco não é exaustivo), a *inexigibilidade*, ainda que temporária, (i) do respeito do direito à imagem de outrem (79.º), (ii) do *dever de respeito* entre cônjuges (1672.º) ou do *direito ao divórcio*, (iii) do *dever de educação* do menor (1878.º/1) ou, por fim, (iv) do *direito de alimentos* (2008.º/1). Tudo isto é matéria *subtraída* à disponibilidade das partes e, como tal, à pretensão emergente (de cumprimento ou de integridade) no contexto da responsabilidade civil acoplada a um *pactum de non petendo*.

Claro está, todos os exemplos devem ser reportadas, num patamar superior de abrangência, à respetiva fonte, permitindo a construção de um *sistema de indisponibilidade*: novamente, ainda limitada a este contexto (da responsabilidade civil, seja esta obrigacional ou não) e aos exemplos apontados, veja-se a *indisponibilidade* (i) da pretensão reportada à tutela dos *direitos de personalidade* (70.º/2); (ii) das pretensões reportadas ao estado civil (no caso ao cumprimento dos deveres conjugais, 1672.º)¹⁸⁵, (iii) das obrigações emergentes das responsabilidade parentais (1882.º), e, por fim, (iv) dos *alimentos* (2008.º/1; note-se: apenas quanto à obrigação *legal* de alimentos e nos limites predispostos na lei).

A tarefa enunciada não é alheia a vários contratemplos e dificuldades: adentro das categorias enunciadas, existem várias exceções à indisponibilidade dos efeitos, as quais o *pactum* pode explorar. Recuperando, uma última vez, os exemplos enunciados, é possível acordar na inexigibilidade (i) da pretensão indemnizatória

¹⁸² Cf., GALVÃO TELLES, *Dos contratos em geral*, p. 185; TIAGO SOARES DA FONSECA, *A transação civil*, pp. 724-788.

¹⁸³ A generalidade da doutrina admite a regulação da invalidade dos negócios; cf., com nota da doutrina, para cuja exposição remetemos, TIAGO SOARES DA FONSECA, *ob. cit.*, p. 768.

¹⁸⁴ O mesmo sucede, no campo da transação civil (cf. TIAGO SOARES DA FONSECA, *ob. cit.*, p. 787).

¹⁸⁵ A propósito e por todos, v. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família. Ensaio*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 146, Centro de Estudos Fiscais: Lisboa (1986), *passim*.

emergente da lesão dos direitos de personalidade (o motivo é simples: a obrigação de indemnizar é disponível, mesmo provenha da lesão de um direito indisponível¹⁸⁶), (ii) os cônjuges podem acordar na indivisão do património conjugal, (iii) os pais podem regular as responsabilidades parentais, embora sujeito a uma ato de validação externa, (iv) o mesmo se diga quanto aos alimentos *legais*, onde é perfeitamente possível dispor-se das prestações vencidas (2008.º/1, parte final, *in fine*).

Fora do escopo da responsabilidade civil, a teia de indisponibilidade das pretensões é expansivamente abrangente, embora condicionada aos mesmos fatores, previamente enunciados (p. ex., é inválido o *pactum* que limite o temporariamente reconhecimento voluntário da paternidade).

3.2. Outras manifestações no contexto da responsabilidade civil; em geral, o nexó funcional entre a obrigação de prestar e a exclusão da sua exigibilidade

VII. O grau de interferência entre o regime de incumprimento e o da *exigibilidade* afigura-se também, pelos seus contornos, uma questão intrincada. Se assumirmos – e é precisamente isso que aqui propomos – uma interferência deste pacto *circumscribita* ao prisma da *exigibilidade* do crédito, tudo o demais, do prisma substantivo, fica inatingido, intacto, incólume.

Por outras palavras, o *pactum* não impede, regra geral, nem se vê como poderia, o funcionamento normal da situação de responsabilidade, latente enquanto o *pactum de non petendo* vigora¹⁸⁷. *Ergo*, todos os mecanismos associados à falta de cumprimento – *i. e.*, àquela dialética que opõe credor e devedor (lesado e lesante, respetivamente), *correm os seus termos*: em especial (i) a obrigação que se *vença* automaticamente, não se deixa de vencer, (ii) a obrigação devida (e *vencida*, claro) também se considera, para todos os efeitos, *incumprida* por facto *imputável* ao devedor (804.º/2, *in fine*), (iii) a obrigação continua a *prescrever*¹⁸⁸, concorrendo, a partir desse momento e enquanto vigorar aquele

¹⁸⁶ Segundo TIAGO SORES DA FONSECA, numa leitura que acompanhamos: «[a] obrigação de reparar um dano, mesmo que proveniente da violação de um direito indisponível, é disponível» (*A transação civil*, p. 812).

¹⁸⁷ Neste sentido, CLAUDIA MAUER, *Haftung und Paarbeziehung*, p. 24.

¹⁸⁸ A celebração do *pactum de non petendo* pode consubstanciar o *reconhecimento* da validade e da existência do crédito (325.º CC), ainda que informal: isto, pelo menos quanto aos créditos que existam no momento da sua celebração e para efeitos da *interrupção* do respetivo prazo. Neste aspeto é diferente a solução alemã: o reconhecimento ao *pactum* de um eficácia substantiva (pelo menos quando se demonstre visar excluir a exigibilidade extraprocessual) implica a criação, como vimos, de um fundamento legal de recusa da prestação. Ora, um tal acordo *suspende* (não interrompe) nos termos do código civil alemão a prescrição (§ 205 BGB, *in fine*); sobre a aplicação do *pactum de non petendo* neste contexto, a relação com a moratória (*Stundung*; *forbearance*) e, ainda, com um elenco completo de exemplos de pactos daquele tipo v. a anot. de GROTHE ao § 205 BGB, em *MüKoBGB*, Vol. I, 8.ª ed., C. H. Beck: Munique (2018), pp. 2415-2416, Rn. 5-6.

pacto, um outro fundamento de inexigibilidade, desta vez *legal* (304.º/1 CC). Isto, quanto às pretensões *existentes* no momento da celebração do *pactum*.

Se, por outro lado, a pretensão inexistente no momento da sua celebração – pense-se num *pactum de non petendo preventivo*, em sentido estrito, de conflitos eventuais e futuros – também este não obsta à sua formação: o *pactum de non petendo* não assume a função de uma *cláusula de exclusão* de responsabilidade *primária* (por violação do dever de prestar) e, portanto, não impede a formação do crédito indemnizatório, de *segundo grau* ou da pretensão *secundária* (o dever de indemnizar); muito menos esta solução corresponderia na generalidade dos casos ao interesse do credor¹⁸⁹.

No geral e em ambos os casos (*i. e.*, quanto a pretensões presentes ou futuras), o credor fica inibido de exercer o *poder de pretender* o crédito e, se o fizer, o devedor pode licitamente recusar o cumprimento da prestação¹⁹⁰.

VIII. Ora, esse distanciamento, num *paralelo de tangência*, qual “sombra” substantiva da eficácia do *pactum de non petendo*, resolve, aliás, um outro problema, nomeadamente o de determinar o que sucede *no termo* deste pacto. A resposta é simples: quando o pacto atinga o seu termo final, a situação de substantiva, entretanto inalterada, é, nesse momento, *exigível* quanto à totalidade das pretensões que enforma.

IX. A ideia central, o *Kernpunkt*, daquilo que foi dito baseia-se numa distinção conceptual nuclear, familiar a qualquer jusprivatista: os conceitos de *vencimento* e de *exigibilidade* não se confundem¹⁹¹ e, bem assim, o *pactum de non petendo* opera precisamente no

¹⁸⁹ Com este alerta, v. CLAUDIA MAYER, *Haftung und Paarbeziehung*, p. 25.

¹⁹⁰ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, AT, § 19, I, C. H. Beck: Munique (1987) p. 270.

¹⁹¹ O *vencimento* equivale ao tempo do cumprimento (BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 102), a exigibilidade, por sua vez, reporta-se à possibilidade de este ser exigido pelo credor. As obrigações a prazo, só depois de vencidas (no termo do prazo) se tornam exigíveis. Para PESSOA JORGE, a exigibilidade incluiria uma segunda vertente, em sentido *fraco*, quanto à *possibilidade de interpelação* (*Direito das Obrigações*, p. 284); isto é especialmente relevante nas *obrigações puras* (sem prazo), as quais apenas se vencem quando o devedor por interpelado para cumprir. Temos vindo a socorrer-nos apenas do primeiro sentido de exigibilidade, ao longo da exposição (na proposta de PESSOA JORGE, o da *exigibilidade em sentido forte; ibidem*).

Um entendimento contrário (contra a elevação dos conceitos de *vencimento* e *exigibilidade* como chave-mestra da solução) levar-nos-ia à conclusão, pelo menos quanto aos crédito existentes no momento da conclusão do *pactum*, de que consubstancia os efeitos de uma simples *moratória*, ou seja, de um *diferimento* (*Stundung; forbearance*) do *vencimento* da prestação por parte do credor. Entre nós, esta parece ser a proposta de CARLOS MOTA PINTO, A. que qualifica a moratória como um «*pactum de non petendo intra certum tempus*» (*Cessão da Posição Contratual*, Almedina: Coimbra, 1982, p. 371); além-Reno, esta também aparente ser a proposta de GERNHUBER (*Die Erfüllung und ihre Surrogate*, *Handbuch des Schuldrechts*, Vol. III, Mohr Siebeck: Tübinga, 1983, § 3, pp. 79-80). Para STAUDINGER/PETERS/JACOBY, por outro lado, o diferimento da pretensão distingue-se do *pactum* já que a primeira implica, pelo menos essa é a regra, o reconhecimento da existência da dívida, contrariamente ao último; em comentário ao § 205 GBG, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2019), Nm 14. Existe, longe de dúvidas, uma certa utilidade em perceber o fenómeno moratório que pode ficar acoplado ao *pactum*, pelo menos no

pressuposto dessa distinção. Em suma, o *pactum* nega a *exigibilidade* do crédito (indenizatório ou não) mas não interfere no seu *vencimento*¹⁹², muito menos nas demais consequências associadas à falta de cumprimento (*i. e.*, aquelas que não dependam de uma qualquer conduta por parte do credor). Em certas situações nem se vê como poderia interferir no vencimento, tal como, no exemplo lapidar de BAUR/STÜRNER, do credor que se comprometeu perante o devedor/proprietário em não acionar a hipotecar durante um certo lapso de tempo; caso em que a dívida permanece, dúvidas não haja, *vencida*¹⁹³ embora *inexigível* (*fällig*). É, aliás, precisamente este o propósito dos anglo-saxónicos *forbearance agreements*¹⁹⁴.

Quanto a esta última (à falta de cumprimento), veja-se que o *pactum de non petendo* não impede, como dissemos, (i) a formação do crédito indenizatório pelo atraso no cumprimento (seja este reduzido aos juros moratórios ou não; cf. art. 806.º) e, sobretudo, (ii) a *transferência do risco*.

Todavia, por uma questão de coerência interna, o *pactum* subordina todas estas pretensões *secundárias* (reportadas ao dever de indemnizar) à *inexigibilidade* do primeiro, do dever do prestar, pelo mesmo fundamento¹⁹⁵. Estranho seria, aliás, outra solução. Que sentido faria, pergunta-se, permitir limitar a exigibilidade, por exemplo, da entrega de um imóvel no contexto de uma venda, mas permitir exigir

sentido de diferir o termo das cláusulas que implicam – na expressão de CATARINA MONTEIRO PIRES – uma *temporalização da prestação*, no sentido de fixação temporal do interesse do credor do cumprimento, findo o qual a prestação se torna imediatamente impossível (cf. a ilustre Professora em *Direito das Obrigações em Tempos de Calamidade*, pp. 60-61). Também favorável à distinção entre a moratória (por implicar um novo prazo de vencimento da pretensão) e o *pactum* (o qual suspende a exigibilidade em si), v. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, p. 29 (nota de rodapé 151b)

¹⁹² Contra, v. TOMMASO DALLA MASSARA, *Il pactum de non petendo*, p. 135, em linha com o entendimento expresso por PAULO (*Non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*; P. 3 *quaest.* D. 12, 1, 40). O primeiro A. revela, contudo, abertura para uma solução diferente oriunda de um acordo das partes nesse sentido (*ibidem*, p. 147). No sistema jurídico alemão é costume distinguir-se o *pactum* que interfere no vencimento da obrigação (exemplo típico, nesse sistema, da convenção de arbitragem) daquele que não o faz, tal como exposto *supra* no texto.

¹⁹³ BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, 18.ª ed., C.H.Beck: Munique (2009), § 38 VII, p. 500, Nm. 67.

¹⁹⁴ Através destes o mutuante (*lender*) acorda em não exigir judicialmente o cumprimento ao mutuário (*borrower*), geralmente através da instauração do processo de insolvência, durante um certo lapso de tempo. Esta possibilidade baseia-se na ideia – inteiramente correta a nosso ver – quanto à utilidade em conferir a ambas as partes algum “espaço para respirar” (*breathing room*).

¹⁹⁵ Isto não significa – e o alerta é feito por THOMAS RIEHM (*Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Jus Privatum, 191, Mohr Siebeck: Tübinga, 2015) – que exista uma qualquer prioridade da pretensão primária (do dever de prestar), relativamente ao dever de indemnização. Tão-pouco a distinção pode levar a um escalonamento de pretensões, numa proposta de que faria depender a pretensão secundária (com requisitos próprios) da inexistência da primeira: pelo contrário, ambas podem coexistir, sem qualquer prioridade pré-determinada. Ora, é por isto que a proposta terminológica do A., nomeadamente a de identificar a primeira pretensão como uma de “pretensão do cumprimento natural”, (*Naturalleistungsanspruch*) é altamente sedutora, embora não haja beneficiado da adesão merecida (*ibidem*, p. 8). Entre nós, a lição (sempre atual) de GOMES DA SILVA é de recuperar (*O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 1994, reimp. 2020, Imprensa FDUL: 2021, *passim*; cf., a propósito, a explicação de PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Aplicação Do Prazo Prescricional do n.1 do artigo 498 do código civil à responsabilidade civil contratual*, ROA, Ano 49, n.º 3, Dez. 1989, pp. 793-837, *maxime* p. 800. Note-se, contudo, as críticas a este entendimento, especialmente as de MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, em *Obrigações primária e obrigação de indemnizar*, em Os três problemas do não cumprimento – Estudos, AAFDL: Lisboa (2021), pp. 131-163.

judicialmente o ressarcimento dos danos, entretanto, gerados por essa falta de entrega (p. ex., a título da *privação do respetivo uso*)?

O mesmo se diga quanto ao fenómeno de *contágio*, relativo às demais pretensões, cujo efeito seja equivalente ao daquela tornada inexigível. Há aqui, claro e desde logo, um problema de *delimitação* do objeto da inexigibilidade, do *efeito pretendido*. Este é o ponto central. Se resultar, p. ex., que o objeto da inexigibilidade abarca todas as pretensões relativas ao crédito indemnizatório, aparentam ficar abrangidas as *pretensões conexas* com o crédito inexigível, objeto do *pactum*, por este fenómeno de *arrastamento teleológico*, sejam estas também *creditícias* (não pode o credor primitivo, p. ex., invocar a *exceção de não cumprimento* ou *resolver* o contrato, 428.º/1, 801.º/2, respetivamente), sejam *reais* (v.g., a inexigibilidade da pretensão de restituição da coisa comodatada trava também a *pretensão real reivindicativa*, 1311.º¹⁹⁶). De igual forma fica impedido o recurso aos meios de *autotutela*.

Por outro lado, se apenas determinada pretensão foi negada – pensemos, de momento, por facilidade expositiva, apenas na *indemnizatória*¹⁹⁷ –, aparentam não ficar limitadas as vias *alternativas* (p. ex., a reparação, substituição da coisa, redução do preço, *etc.*), pelo menos aquelas que se apresentem num modelo de concurso (*elektive Konkurrenz*), ou seja, quando a opção de um destes mecanismos implique a exclusão daqueles preteridos.

Mais difícil é compreender as formas de satisfação do crédito *além* do cumprimento. Pois bem, se a exigibilidade do cumprimento fica impedida, ficam, à partida, também coartadas as demais formas de extinção da obrigação *além* do cumprimento: assim, p. ex., o *credor primitivo* não pode *compensar* o crédito, cuja exigibilidade foi temporariamente limitada – todavia, o *devedor* poderá fazê-lo, uma vez que este, como vimos, pode voluntariamente cumprir, a todo o tempo. Isto, claro, se o *pactum de non petendo* se destinar a coartar a exigibilidade *extrajudicial* do crédito (ou a exigibilidade *judicial* e *extrajudicial* em simultâneo).

Numa terceira configuração do *pactum*, ou seja, se este visar *apenas* a exigibilidade *judicial*, já o credor primitivo poderá satisfazer a sua pretensão por

¹⁹⁶ Sobre o problema, sempre atual, da coexistência das pretensões obrigacionais e as reais, bem como a respetiva relação normativa, v., por todos, a marcante lição de NUNO ANDRADE PISSARRA, *Das acções reais*, II, AAFDL: Lisboa (2021), pp. 1483-1484.

¹⁹⁷ Temos vindo a trabalhar a noção de inexigibilidade por referência à pretensão *creditícia*; *lato sensu*, as partes também podem acordar na *não emissão da declaração negocial* (fora, portanto, do escopo do poder de agir de um direito constituído), como seja, *impedir a aceitação* de uma proposta contratual ou a formulação de uma proposta em si. Arquétipo desta situação é a celebração, na aquisição societária, de *standstill agreements* (sob a heterogeneidade desta figura, v., por todos, OLIVER WAGNER, *Standstill Agreements bei feindlichen Übernahmen nach US-amerikanischem und deutschem Recht*, *Eurpäische Hochschulschriften*, 2, Rechtswissenschaft, Vol. 2792, Frankfurt, Berlim, Berna, Nova Iorque, Viena, Lang, 2000, pp. 41-42).

outras vias (*além do cumprimento*). No exemplo mencionado, não fica coartado o recurso à compensação; 847.º/1, a)¹⁹⁸.

Quando o *pactum* detenha esta eficácia *extraprocessual* – e é precisamente isso que se julga suceder em regra – é, pois, de conferir a *proteção substantiva* ao respetivo beneficiário (i. e., ao devedor primitivo), *em toda a sua extensão*.

Em suma, pelo facto de a falta de cumprimento ocorrer dentro da vigência de um *pactum* nada implica – em especial, em matéria de incumprimento – que esse inadimplemento não se considere também *imputável* ao devedor (804.º/2, *in fine*). Em rigor, a obrigação a prazo *vence-se* e o cumprimento continua a ser *possível*¹⁹⁹: a única limitação que ocorre vincula o credor (não o devedor, note-se) a não exigir esse mesmo cumprimento, o qual, pode, ainda assim ocorrer.

Aliás – chamemos a atenção para este aspeto –, o *pactum* não consubstancia uma causa válida de recusa da prestação, por parte do credor. Muito pelo contrário, o credor que se recuse a receber a prestação na vigência de um pacto deste tipo incorre, simplesmente, em *mora* (do credor; 813.º CC), embora – tal como o *credor natural*, segundo a *communis opinio*²⁰⁰ – este não deva indemnizar o devedor pelas despesas em que incorreu com o oferecimento infrutífero da prestação (816.º).

Por outro lado, admitindo, como demonstrado, que essa falta de cumprimento é *imputável ao devedor* – e é isto precisamente que ocorre na generalidade dos casos – o *pactum* não consubstancia uma causa de *justificação* operante (ao nível do desvalor da conduta do devedor), seja a título de ilicitude, seja de culpa. Muito menos o *pactum de non petendo posterior* a uma situação de incumprimento, seja em termos de celebração, seja de simples invocação, serviria para o eliminar: este pacto não tem aptidão para uma tal *purgatio morae*. Na verdade, se o devedor estava em incumprimento, a celebração de um pacto deste tipo não afasta, por regra, a mora e a obrigação em causa continua a acumular juros moratórios e todas as demais consequências jurídicas²⁰¹.

¹⁹⁸ Neste sentido, CLAUDIA MAYER, *Haftung und Paarbeziehung*, p. 24. Entre nós, neste caso, procede uma exceção de direito material impeditiva do recurso à compensação, tal como mencionado no corpo do texto (847.º/1, a) CC).

Contra o exposto em texto, v. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, pp. 48-49. A chave do problema está na distinção nítida do objeto da inexigibilidade dos seus efeitos potenciais – e daí o motivo da nossa circunstância: é perfeitamente possível o *pactum* reportar-se à pretensão material numa dimensão somente *judicial*, *extrajudicial* ou, numa terceira hipótese, a *ambas*.

¹⁹⁹ Assim, H. ROTH, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, 1988, p. 219.

²⁰⁰ Contra, RUI CAMACHO PALMA, *Da Obrigação Natural*, pp. 215-217, com nota dos AA. favoráveis ao entendimento expresso no texto (*idem*, nota de rodapé 524).

²⁰¹ É, neste ponto, diametralmente distinta a proposta de REICHEL. Este último A. defende uma interferência do pacto (tratado como um *Einforderungsverzicht*) no vencimento da obrigação, para futuro, bem como (por maioria de razão) da acumulação de juros de mora; por outro, lado, segundo o mesmo A., a celebração deste pacto também torna inexigíveis os juros moratórios, os quais se haja, entretanto, vencido

Podem as partes, contudo, obviar a esta miríade de efeitos, ao nível *substantivo*. Se pretendem uma tal purgação da mora, a solução é simples: podem, em alternativa (melhor, *em complemento*), estipular um prazo de *vencimento* distinto da obrigação em causa. Esse (novo) prazo de vencimento (verdadeira *moratória*), atinge uma raiz substantiva distinta e obsta às consequências, acima elencadas, as quais se encontram associadas a uma, qualquer uma, *falta de cumprimento imputável ao devedor*. Por outro lado, se a situação de incumprimento *antecede* (note-se) a celebração do pacto, as partes podem, por acréscimo, *remitir parcialmente*²⁰² a dívida, pelo menos na parte que se reporte à compensação de danos pelo interesse de cumprimento, entretanto lesado.

X. Uma breve nota quanto aos principais argumentos aduzidos pelos apologistas da interferência substantiva do *pactum de non petendo* além da exigibilidade: se este interfere, de *per se* e em qualquer grau, no vencimento da obrigação, cria-se um sistema *paradoxal*. *Paradoxal*, por um motivo muito simples: como pode um pacto destinado a travar a *exigibilidade* de uma pretensão, negar, constitutivamente, a sua *formação*? A visão contrária não ultrapassa esta contradição, outrossim, *lógica*: o efeito-exceção do *pactum de non petendo* carece da formação da pretensão, do seu vencimento. Não tem, portanto, aptidão para negar (*previamente*) o vencimento da obrigação, cuja exigibilidade (necessariamente *posterior*) afasta.

O que foi dito acarreta consequências de maior, as quais devemos conhecer. A ideia central é esta: o *pactum* difere as consequências jurídicas associadas ao não cumprimento para o termo do prazo para o qual se encontre estipulado. Isto, em detrimento da posição do devedor, até aí beneficiário de uma cláusula de inexigibilidade.

Retratemos algumas das consequências mencionadas num exemplo pretensamente claro: durante a vigência consideravelmente prolongada de um *pactum de non petendo*, reportado a uma obrigação pecuniária a prazo, cujo termo ocorra dentro do prazo daquele, a dívida vence-se. A partir desse momento (do vencimento), existe uma falta de cumprimento imputável ao devedor, ainda que *inexigível*. Por tanto, vencem-se juros moratórios (806.º). Ora, quando o devedor pretenda cumprir, deve liquidar também o montante referente a esta obrigação acessória, de juros; seja voluntariamente, a todo o tempo, ou por iniciativa do credor, *forçadamente*, no termo do *pactum*. Uma outra proposta – tal como a de

(*Il pactum de non petendo, maxime*, p. 93 e ss.). No sentido de uma *purgatio morae* para futuro (*ex nunc*), à partida – portanto, sem efeitos retroativos –, v. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, § 3, p. 79.

Ainda sobre esta matéria (dos juros), curiosamente LARENZ aponta consubstanciar precisamente um *pactum de non petendo* o facto de o credor se dispor a não exigir a restituição do montante mutuado, sem abranger os juros que se vençam posteriormente (no tedesco: *wenn der Gläubiger zwar auf die Rückzahlung der Darlehenssumme, nicht aber auf weitere Zinszahlungen zu verzichten gewillt ist; Lehrbuch des Schuldrechts*, I, AT, § 19, I, p. 270).

²⁰² Uma remissão total deixaria a descoberto o crédito sobre a o qual a inexigibilidade acordada se reporta: em termos simples, faltaria o crédito, objeto do *pactum*.

TOMMASO DALLA MASSARA, por nós rejeitada –, destinada a reconhecer uma eficácia substantiva, eliminadora da *mora debitoris*, transforma este *pactum de non petendo*, anterior ao vencimento da obrigação numa cláusula de *deferimento do prazo de cumprimento* (para o termo do prazo do *pactum*) ou, por outro lado, se *posterior* ao vencimento da obrigação (cujo cumprimento se encontra, entretanto, em falta), equivale-o a uma *remissão*. O que se afigura incompatível com o propósito, analiticamente condensado, da figura, distinta de outras, tais como *cláusulas relativas ao vencimento da obrigação*, a *novação* e a *remissão* – tudo figuras distintas, com espaço operacional próprio, como ficou demonstrado.

XI. Insiste-se: o que ficou dito não prejudica, naturalmente, uma convenção das partes no sentido expansivo dos efeitos, ali circunscritos: os contraentes são naturalmente livres de conformar o vencimento da obrigação, como bem lhes aprouver, tal como de limitar os efeitos do inadimplemento, entretanto, ocorrido: a modelação de um *pactum de non petendo* o qual interfira no prazo de cumprimento ou tenha, por qualquer via, uma efeito *quasi-remissivo* ou *quasi-novativo* é também válido, claro.

Pode, p. ex., o credor da obrigação, parte no *pactum de non petendo*, acordar – aqui, note-se, verdadeiramente como um *plus* àquele acordo inicial – em (i) não exigir os juros moratórios *convencionais* gerados pela obrigação que, entretanto, se vença ou (ii) uma qualquer indemnização, em termos gerais; pode, por outro lado, (iii) recusar inverter o regime do *risco* associado a dada prestação.

Não obstante a generalizada proclamação desta possibilidade pela mais avisada doutrina (relativa à determinação exaustiva dos efeitos do *pactum*), a verdade é que a hipótese, ao implicar o reconhecimento destes efeitos expansivos, é (extremamente) rara. *Rara*, porque assenta na capacidade de antecipação das partes deste aspeto do regime e isso, simplesmente, não se verifica. Cumpre não esquecer que este contrato detém uma particular fisionomia, a qual ainda é, em grande medida, totalmente desconhecida pelos operadores no tráfego jurídico. Ora, demos as voltas que quisermos, o problema coloca-se precisamente no desvendar do efeito deste pacto na *ausência de previsão das partes nesse sentido*, desde que de forma esclarecedora. Pois bem, o que dizer quando as partes não se hajam pronunciado sobre esta matéria no pacto de *non petendo*, entretanto celebrado? A solução ficou, por nós, enunciada.

3.3. Breve apontamento sobre as consequências adjetivas do *pactum* à luz da dinâmica processual. Uma fuga aos tribunais judiciais e arbitrais?

XII. Tal como referimos inicialmente, a capacidade de modelação das regras processuais à vontade e conveniência das partes é *ampla* e isso não colide, como vimos, com a

natureza *pública* do direito processual²⁰³. Vejamos alguns exemplos práticos: as partes podem, p. ex., (i) conformar a *competência* jurisdicional (94.º CPC) ou territorial dos tribunais portugueses para a causa (95.º CPC), (ii) *alterar as regras probatórias*, nos limites legais (345.º CC) e, ainda, (iii) *renunciar ao recurso* (632.º CPC). Com influência direta no processo, mas partindo de uma base substantiva, as partes podem, sobretudo, (iv) *transacionar*, pondo fim ao litígio por acordo (1248.º CC), ou – principalmente – (v) celebrar um *pactum de non petendo* com *eficácia* processual. Recordemos este aspeto. Embora o *pactum* não detenha *natureza* processual, destina-se ao *exercício processual*, ou, pelo menos, tem essa potencial aptidão numa das suas modalidades usuais. Claro está, se o *pactum* detiver *apenas* *eficácia extraprocessual*, o conhecimento em juízo da pretensão não fica prejudicado. Na modalidade mais corrente do *pactum*, este detém, *apenas* ou *também* (por acréscimo à *extraprocessual*), *eficácia* processual. Vejamos em maior detalhe o que sucede neste último caso.

XIII. Neste momento, importa-nos densificar os efeitos do *pactum* no processo, invocado que seja em juízo pela parte interessada e tendo *eficácia* judicial. Um aspeto é, desde logo, claro: o *pactum* consubstancia, muito simplesmente, um mecanismo de defesa processual (*exceptio pacti conventi*). Em concreto, conforma uma *exceção* processual, reportada a efeitos *materiais*²⁰⁴. Todavia, não se trata de uma *exceção perentória*, por apelo a uma das classificações mais importante neste campo. Na verdade, não é um facto *impeditivo tout-court* do efeito jurídico dos factos articulados pelo Autor (576.º/3 CPC, *in fine*). Muito pelo contrário, é uma *exceção dilatória*, conquanto não impede, a final, a condenação do réu no pedido.

Significa isto que o *pactum* não alcança o efeito *processual* pretendido, pelo menos aquele expectavelmente associado à *inexigibilidade* da pretensão? Cremos que não. A explicação devida apoia-se numa outra classificação, a qual deve ser aposta à *exceção* processual que enforma: esta *exceção*, além de *dilatória*, é *modificativa*, uma vez que impõe condições para o exercício do direito invocado pelo autor, nomeadamente o decurso do tempo pelo qual o *pactum* foi estipulado (o mesmo sucede com a invocação da condição suspensiva não verificada, 270.^{o205}, da *exceção* de não cumprimento, 428.º/1, ou do direito de retenção, *jus retentionis*, 754.º). Por outras palavras, a *exceção* impõe uma condição ao exercício do direito invocado pelo autor, nomeadamente o decurso do

²⁰³ Cfr., *supra*, nota de rodapé 1. Também PAULA COSTA E SILVA, no contexto dos vícios do acto postulativo, afirma que o processo, sujeito a normas de direito público, em nada colide com a aplicação, aos atos das partes, de *normas de direito privado*. Mais: prossegue a ilustre Professora, num sentido que acompanhamos: «[a]liás, não poderá fazer-se comungar os actos que integram o processo da qualidade pública de parte das normas que o regime» (*Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora: Coimbra, 2003, § 19, pp. 483-484).

²⁰⁴ Sobre a natureza da *exceção peremptória*, cf., JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL: Lisboa (2022), *maxime* pp. 422-423.

²⁰⁵ A inclusão da condição suspensiva neste âmbito não é isenta de dúvidas, em especial atendendo ao disposto no art. 621.º, o qual permitiria absolver o réu do pedido (não a respetiva condenação); com esta leitura, v. LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum*, 3.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2013), p. 323 (nota 19).

prazo pelo qual o pacto foi estabelecido²⁰⁶. Isto, quando esteja em causa precisamente a exigibilidade do crédito indemnizatório²⁰⁷.

A natureza da exceção (*dilatória material*) ajuda-nos a localizar o tempo da sua invocação: o *pactum* deve ser arguido pelas partes nos articulados (na contestação, 573.º/1 CPC); claro está, se devedor do *pactum* (credor primitivo da pretensão indemnizatória em causa) figurar como Autor na demanda, pode ser invocado, naturalmente, em réplica ao pedido reconvenicional²⁰⁸.

Uma breve nota quanto a este ponto. Embora a conexão com a qualificação próxima da *prescrição* (reportada à inexigibilidade permanente do crédito) ou seja, de uma *exceção extintiva*, seja sedutora, o *pactum* é objeto de uma outra qualificação, quando invocado em juízo: conforma uma *exceção material dilatatória*²⁰⁹, como vimos, no sentido – e esta é a novidade – de que o visado não rejeita necessariamente (embora o possa fazer) a existência ou validade da pretensão e especialmente não conduz à *improcedência definitiva da ação*²¹⁰, permitindo uma condenação *in futurum*, melhor explanada adiante; pelo contrário, apenas rejeita – socorrendo-nos aqui do exemplo da pretensão indemnizatória – a necessidade de cumprir *naquele preciso momento*²¹¹.

²⁰⁶ Com este elenco, cf. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora: Coimbra (1976), pp. 133-134; CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, p. 371; JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, p. 428.

²⁰⁷ Note-se que para DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA nada impede, relativamente a uma obrigação natural ou prescrita, o simples reconhecimento da existência da situação substantiva, numa acção de simples apreciação; o que não se poderá fazer é exigir o respetivo cumprimento processualmente (*Interesse Processual na Acção Declarativa*, maxime p. 63 e respetiva nota de rodapé 127). Aqui, seríamos levados a creer que o *pactum* apenas se restringe às ações condenatórias; é precisamente essa a proposta de PETER SCHLOSSER, seguida por TEIXEIRA DE SOUSA (*O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, p. 89, nota de rodapé 58) e, posteriormente, por PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 49.

²⁰⁸ ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 21 e ss. Em sentido contrário, negando a relevância processual nestes moldes, v. STAUDINGER/PETERS/JACOBY, em comentário ao § 205 GBG, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2019), Nm 14.

²⁰⁹ Sobre esta figura, além dos AA. já mencionados, v. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, p. 133; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: Conceito e fundamento*, Almedina: Coimbra (1986).

²¹⁰ Neste sentido, embora rejeitando a natureza peremptória destas exceções, v. ALBERTO DOS REIS em comentário ao art. 498.º do CPC 1961: «As exceções dilatórias excluem, *de momento*, a acção, ou melhor, a pretensão do autor [...] As exceções peremptórias excluem *definitivamente* e para sempre a acção ou o exercício da pretensão» (*Código de Processo Civil anotado*, III, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 80). Cf., ainda, ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, p. 298. Mais à frente os AA. afirmam: «[a] noção de exceções peremptórias dada no n.º 3 do artigo 493.º cinge-se apenas às exceções materiais (às que «importam a absolvição total ou parcial do pedido»), sendo certo que as exceções materiais *dilatórias* não cabem, nem na noção legal das exceções *dilatórias*, nem na definição legal das exceções *peremptórias*.» (*ibidem*, p. 304). É diferente o entendimento de JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, para quem o facto de o réu não ser «simplesmente condenado a cumprir a obrigação» é motivo suficiente para conferir a esta exceção a natureza peremptória (*Manual de Processo Civil*, Vol. I, p. 428).

²¹¹ A proximidade com a qualificação da exceção (temporária, à partida) de não cumprimento é clara; cf., a propósito, a qualificação desta defesa em juízo por CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção*

XIV. Naturalmente – acompanhando aqui as convenções arbitrais – o *pactum* carece de ser invocado pela parte a quem aproveita (o devedor do crédito principal)²¹². Por não ser de *conhecimento officioso*, a falta de invocação detém os efeitos equivalentes a uma *renúncia* do mesmo²¹³. Questão mais complexa afigura-se a determinação das consequências da *revogação* do *pactum* e da sua implicação em juízo, embora nada rejeite a sua admissibilidade, condicionando, desta forma, a decisão judicial.

XIV. Um outro aspeto é de *summa* importância. A decisão judicial que conheça a validade da exceção material é de tipo *material*, e não meramente *formal*²¹⁴. Contudo, como vimos, o *pactum* tem uma validade temporalmente limitada. Ora, isto implica adaptar o quadro valorativo da decisão possível.

Aqui chegados, haveria (aparentemente) dois caminhos a percorrer²¹⁵.

Primeiro, poder-se-ia invocar que o tribunal conheceria de mérito a causa, sendo necessário, depois, adaptar os efeitos do *caso julgado* (621.º CPC)²¹⁶. O preceito a que fizemos referência também se aplica, ninguém o negará, aos casos em que não haja decorrido um prazo («por não ter sido praticado determinado facto»; 621.º CPC, *in fine*). Isso far-se-ia nos seguintes termos: se a parte decaiu por não ter decorrido o prazo, a sentença não obstará a que o pedido se renovasse atingido o prazo, ou seja, no termo do prazo para o qual *pactum* foi celebrado. O alcance do caso julgado ficaria, então, limitado nestes precisos termos²¹⁷ –, ou seja, a absolvição do pedido não extinguiria o direito exercido. Tanto não se revela necessário, conquanto, como nos explica LEBRE DE

Pecuniária Compulsória, 4.ª ed., Almedina: Coimbra (2023), p. 334 (seguida pelo ac. do TRC, de 21-Fev-2018, LUÍS CRAVO, proc. n.º 131004/16.4YIPRT.C1); cf., em linha, JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, p. 428. Em sentido contrário, ou seja, qualificando a figura da *exceptio* enquanto uma *exceção peremptória modificativa*, v. o ac. STJ de 22-Nov-2018 (BERNARDO DOMINGOS), proc. n.º 85159/13.0YIPRT.C1.S1.

²¹² ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*, p. 27.

²¹³ No sentido de o *pactum* ser dependente da vontade discricionária do devedor, v. a decisão do BGH de 05-Mar-2014 (IX ZR 133/14; NJW 2015, 1672 (1675)). A solução é, nesta medida, idêntica à invocação da preterição de tribunal arbitral (96.º, b) CPC, 97.º, n.º 1 CPC). Com esta leitura, v. TÁVORA FILHO, *A viabilidade do pactum de non petendo*, p. 31 (e respetiva nota de rodapé 74), na esteira de ALBUQUERQUE DA COSTA TRIGO.

²¹⁴ É outra a leitura da jurisprudência alemã, decidida na negação do conhecimento do mérito do juízo e vinculando o tribunal a proferir uma decisão de absolvição da instância. Por todos, v. a decisão BGH 1983 - VIII ZR 197/82 - NJW 1984, 669, 670. Cf., ainda, REICHEL, *Unklagbare Ansprüche, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, p. 74 e ss.

²¹⁵ Em linha com a bifurcação estrutural apresentada, v. JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, p. 424.

²¹⁶ A doutrina favorável à admissibilidade de um *pactum* perpétuo defenderá, em consequência, a absolvição do réu do pedido, em virtude de um direito de recusa da prestação, sem mais adaptações; neste sentido, presentemente criticado, v. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 58, 62.

²¹⁷ Quanto à necessária adaptação do caso julgado a esta hipótese e no sentido do texto, v. o ac. TRP (PAULO DIAS DA SILVA), de 01-Jun-2023, proc. n.º 910/21.1T8VFR.P1.

FREITAS, o prazo em causa (no art. 621.º CPC) reporta-se tão-só aos casos em que o respetivo decurso «não é pressuposto da exigibilidade da obrigação»²¹⁸.

Numa segunda proposta – e é este, por nós, o caminho a percorrer –, cumpre recuperar a solução carreada, *mutatis mutandis*, com a *exceção da moratória*. Ora, nesse caso nada impede o réu (devedor primitivo e beneficiário do *pactum*) de ser condenado *in futurum* a cumprir a prestação, ou seja, no termo do prazo²¹⁹. É precisamente este o regime predisposto pelo legislador para a decisão em caso de *inexigibilidade da obrigação* (e, logo, das pretensões que esta enforma; 610.º/1 CPC): pode o réu ser condenado a satisfazer a prestação no momento próprio, leia-se, no termo do *pactum*. Mais: se o réu não contestar a *existência da obrigação* (pode, claro, e *deve* invocar o *pactum*)²²⁰, é o autor, apenas, condenado nas custas e a satisfazer os honorários do advogado do réu (610.º/3 CPC). Uma solução inteiramente justa, a qual não claudica, note-se, com a apreciação da pretensão indemnizatória emergente quanto aos demais danos emergentes do incumprimento do *pactum*.

Um apontamento final, ainda a respeito do enquadramento adjetivo da matéria. Se o termo do prazo para o qual o *pactum* for estipulado for atingido em momento posterior ao da propositura da acção (e antes do encerramento da discussão), há adaptações a fazer àquilo foi dito: neste caso, o tribunal deve considerar esse facto e condenar o réu no cumprimento da obrigação (não *in futurum*, note-se; cf. o 611.º/1 CPC)²²¹.

§ 4. Conclusões

4.1. A margem de risco inerente e as vantagens associadas ao *pactum*

²¹⁸ Resolvido fica, assim, o confronto com o decurso do prazo previsto no art. 610.º/1 CPC. Cf., por todos, LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum*, p. 323 (nota 19) e em comentário ao art. 621.º, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, 2019, p. 722.

²¹⁹ Neste sentido, v. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, p. 62.

²²⁰ Não se trata, portanto, de negar a pretensão do autor mas de ressaltar este aspeto da inexigibilidade; no fundo, a apresentação, nas palavras de WOLFGANG LÜKE de um “sim, mas” (“*ja, aber*”; *Zivilprozessrecht I*, 11.ª ed., C.H.Beck: Munique, 2020, p. 230, Nm. 3). Cf., ainda, MUSIELAK/VOIT, *Grundkurs ZPO*, 16.ª ed., C.H.Beck: Munique (2022), pp. 263-264. Representa bem este ponto a distinção operante proposta por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA entre o *interesse em contradizer* (relativo à desvantagem resultante da demanda – se a condenação *in futurum* não colide com o seu interesse não há este interesse, *em contradizer*) e o *interesse em contestar* (o de inerente à improcedência da acção); MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Interesse Processual na Acção Declarativa*, AAFDL: Lisboa (1989), pp. 14-16; do mesmo A., v., ainda, *As Partes, o Objeto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex: Lisboa (1995), pp. 97-99.

²²¹ Segundo LEBRE DE FREITAS, «[o] caso julgado acerta, pois, as situações jurídicas existentes no momento do encerramento da discussão em 1.ª instância, não sendo contra ele invocáveis factos que, ocorridos até esse momento, não tenham sido eficazmente alegados no processo.» (*A Confissão no Direito Probatório*, p. 431, nota de rodapé 66).

I. A emergência do *pactum de non petendo* representa um baluarte de autonomia *vis-à-vis* o crescendo da heteronomia na composição dos litígios. Insiste-se: os privados são livres de compor, dirimir, decidir os litígios que lhes dizem respeito por um conjunto variado de instrumentos e especialmente de forma *preemptiva*. Um desses instrumentos é, como visto, o pacto restritivo da “accionabilidade” das pretensões das quais são, ou expectavelmente serão, titulares.

Não se nega, contudo, as *desvantagens* associadas à figura. Que o *pactum de non petendo* é uma figura com potencial para abusos, é uma evidência e esse risco deve ser considerado. Na verdade, dada a ausência de quadros dogmáticos precisos e estáveis, os credores podem tentar aproveitar-se da figura para promover uma vinculação artificial do devedor, desde que se reconheça à figura – e nada nos obriga a afastar a hipótese – a potencialidade interruptiva do prazo prescricional, ainda que tácito (326.º/1 CC).

Por outro lado, o *pactum* interfere de uma forma significativa no tráfego jurídico e na dinâmica de mercado: produz efeitos, direta ou indiretamente, perante terceiros (pense-se nos garantes ou herdeiros do devedor), dada a paralisação artificial da dívida, ou seja, com a inerente promoção de um estado de suspensão de responsabilidade, impedindo o conhecimento fidedigno dos riscos de crédito, a cada momento, pelos demais credores. Aliás, os credores tenderão a depositar confiança numa determinada situação de inexigibilidade *convencional*. Por outras palavras, os demais credores do devedor primitivo, beneficiário do *pactum*, são forçados a confiar nos efeitos deste negócio jurídico (*do pactum*), o qual se encontra sujeito, como qualquer outro, a um contingente de circunstâncias, entre as quais a vontade do devedor em cumprir. Uma situação patrimonial manifestamente instável, portanto.

II. Existem, por outro lado, vantagens claras, as quais muito superam todos os riscos associados. Vejamos alguns. Num contexto de crise económica – e é essa a situação que o país atravessa –, o *pactum* consubstancia uma ferramenta útil na composição dos litígios à margem do processo, custoso, moroso e potencialmente infrutífero para o credor, como se sabe – atualmente, com grande incidência para os devedores de crédito à habitação²²². Aquilo que o *pactum* não é – e essa é uma crítica infundadamente apontada – é um mecanismo associado à chamada “privatização do Direito”, enquanto forma de os particulares contornarem as regras predispostas para a resolução de litígios. O *pactum* é,

²²² Cf. recentemente os apoios conferidos aos devedores dos contratos de crédito para aquisição ou construção de habitação própria permanente, nomeadamente a *fixação temporária da prestação* (Decreto-Lei n.º 91/2023, de 11 de outubro). Existem outros casos, tal como, entre nós, a suspensão da execução de hipoteca sobre os imóveis que constituíam habitação própria e permanente do executado, como sucedeu num plano de regime extraordinário e transitório de protecção dos arrendatários durante a Pandemia COVID-19 (cf. o art. 8.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, entretanto revogada), ou, à escala internacional, na crise das dívidas soberanas, tendo a Grécia beneficiado, com contornos muito parecidos ao *pactum*, de semelhante beneplácito perante os credores internacionais.

ao cabo, um negócio jurídico, cuja utilização e validade ainda está sujeita a um crivo particular de validade judicial, como vimos.

4.2. O lugar do *pactum de non petendo* no sistema jurídico

III. Tal como ficou demonstrado, o *pactum* apresenta, por um lado, um conjunto de características condicionantes: é necessariamente (i) *temporário* e, em regra, (ii) tanto *informal* (iii) como *relativo* (i. e., produz efeitos *inter partes*); pode, por outro lado, (iv) ser *gratuito* ou *oneroso*, embora deva ser, quanto ao objeto, (v) *determinável* no que respeita às pretensões que enforma, ainda que futuras. No essencial, trata-se de um *negócio jurídico puramente privado*, ou seja, detém natureza *extraprocessual*, sujeito, outra banda, a negociação particular. Quanto aos seus efeitos, pode assumir uma *eficácia* multifacetada; eficácia essa melhor representada numa tipologia tripartida, a saber: o *pactum* pode produzir efeitos (i) *apenas* judiciais, (ii) *apenas* extrajudiciais ou, numa terceira vertente, (iii) tanto judiciais como extrajudiciais. A última modalidade é a mais corrente. Estes aspetos conferem-lhe um espaço próprio no ordenamento, à margem de outras figuras conexas (tal como a remissão, a transação judicial ou, ainda, a obrigação natural), embora com margem para uma coexistência virtuosa e com espaço para fenómenos de miscigenação.

IV. O *pactum* trabalha fundamentalmente com o *poder de pretender* (ou seja, com a *pretensão*, *Anspruch*), inerente às situações jurídicas ativas reconhecidas aos particulares. Daí que partilhe, num fenómeno claro de *arrastamento dogmático*, das condicionantes que se refletem da posição jurídica de onde emerge. Neste contexto, vimos, com especial detalhe, o que sucede com o crédito indemnizatório: os limites reconhecidos à limitação ou exclusão da responsabilidade (leia-se, da formação em si do crédito indemnizatório, conquanto um problema *constitutivo*, *anterior* aos das prestações posteriormente geradas), propagam-se para as pretensões que este enforma, especialmente para a indemnizatória. Neste campo, (i) o limite do *dolo* ou da *culpa grave*, por um lado, e (ii) a *indisponibilidade dos direitos*, bem como (iii) os *limites ao objeto negocial*, por outro, são operantes e devem ser considerados.

Com respeito a esta pretensão (indemnizatória), por efeito do *pactum restringe-se*, *desarma-se* o direito de crédito em si, sem se claudicar com a sua validade ou a sua existência. Mais do que isso, forma-se, por acréscimo àqueles efeitos, um *vero dever de não exigir*, ou seja, um dever de prestar de facto negativo (*non facere*), cuja tutela associada permite ao credor deste dever (o dever primitivo) ser ressarcido de todos os danos emergentes, p. ex., das custas judiciais ou das despesas incorridas com o patrocínio. Isto, pelo menos – socorrendo-nos aqui dos fenómenos típicos do incumprimento – quando o *pactum* detenha eficácia judicial e a pretensão haja sido exigida nos tribunais judicial ou detenha eficácia extrajudicial e a pretensão haja sido acionada nos tribunais

arbitrais. Em todo o caso, quando se sustenha nesse plano de eficácia, o *pactum* deve ser invocado em juízo (nos tribunais judiciais ou arbitrais), para que o Tribunal possa conhecer e qualificar enquanto *exceção dilatória material*, condenando, a final, o devedor primitivo (credor e beneficiário do *pactum*) *in futurum*, ou seja, no termo do prazo para o qual o *pactum* foi necessariamente estipulado.

V. Daquilo que fica dito não nos é possível circunscrever a eficácia dos pactos *de non petendo* ao plano substantivo, embora esse seja o seu pretense campo primário de aplicação. No mosaico de efeitos, substantivos e processuais, inerentes à aplicação da figura, em toda a sua dinâmica ou pelo menos num plano de potencialidade abstrata, o *pactum* continua a desafiar a compartimentalização rígida entre o plano adjetivo e o substantivo. Existem – e isso ficou demonstrado – vários *planos de intercessão*, *vasos comunicantes*, enfim, *zonas claras de interferência* entre ambos os ramos do Direito, numa singularidade controversa e de especial interesse para os juristas. Retrata bem esta ideia, adversa a uma tal categorização absoluta e dicotômica, GERHARD WAGNER, quando o ilustre A. afirma, a propósito do *pactum de non petendo*, estarmos perante uma «existência deslumbrante entre o direito substantivo e o processual» (*eine schillernde Existenz zwischen materiellem Recht und Prozessrecht*)²²³.

Para concluir, pese embora o *pactum de non petendo* não seja uma figura que reúna, hoje, a atenção devida pelos operadores – o que se explica, desde logo, pela dificuldade etimológica inevitavelmente associada (em alternativa e na nossa língua-mãe, preferimos o termo *acordo de não exigir*) –, este representa, por um lado, uma necessidade clara do tráfego jurídico e, por outro, um produto inevitável de um sistema legal, como o nosso, (ainda) erigido num plano do primado da autonomia privada.

²²³ Cf. WAGNER, *Prozeßverträge*, p. 396.