

ANOTAÇÃO

Pelo Professor Doutor António Menezes Cordeiro

I — INTRODUÇÃO

1. A IMPORTÂNCIA DO ACÓRDÃO

I. O acórdão arbitral de 31-Mar.-1993, agora dado à estampa e anotado, nas colunas da *Revista da Ordem dos Advogados*, tem o maior interesse prático e científico.

Trata-se da primeira decisão jurisdicional que imputa responsabilidade por uma privatização. Fazendo-o, ela teve de estatuir sobre as consequências de vícios em empresa vendida: tema clássico sobre o qual escasseiam, entre nós, elementos recentes. E finalmente, a questão suscitada constitui campo fértil para a concretização dos institutos da *culpa in contrahendo*, da responsabilidade pelo prospecto, da responsabilidade dos administradores e do cálculo da indemnização.

II. A causa agora decidida deu azo a intervenções doutrinárias que cumpre relacionar. Os Autores, por ordem de datas de elaboração, obtiveram os seguintes pareceres de Direito: do signatário (2-Ago.-1991) ⁽¹⁾, de PESSOA JORGE (15-Jun.-1992) ⁽²⁾, de INOCÊNCIO

⁽¹⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Vícios ocultos nos bens privatizados: subsídios para a análise da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa — Banco de Investimento, SA e suas consequências*, 169 pp., inédito. Cumpre esclarecer que este parecer não foi utilizado na presente anotação. Na verdade, tratou-se dum estudo elaborado um ano antes do litígio, com vista a ponderar as diversas e possíveis soluções, para o problema suscitado. O parecer foi utilizado, pela então Sociedade Financeira Portu-

GALVÃO TELLES (23-Jul.-1992) ⁽³⁾, de ANTUNES VARELA (28-Agot.-1992) ⁽⁴⁾, de MARCELO REBELO DE SOUSA (10-Set.-1992) ⁽⁵⁾, de FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ (Set.-1992) ⁽⁶⁾, de GOMES DA SILVA/RITA AMARAL CABRAL (Set.-1992) ⁽⁷⁾ e de CALVÃO DA SILVA (Set.-1992) ⁽⁸⁾.

Por seu turno, o demandado obteve pareceres de Direito de MANUEL PORTO/FERNANDO DO NASCIMENTO (15-Out.-1992) ⁽⁹⁾ e de HENRIQUE MESQUITA (Dez.-1992) ⁽¹⁰⁾.

A maioria dos referidos pareceres foi publicada em revistas jurídicas especializadas, todas de reconhecido prestígio. Além disso, ANTUNES VARELA providenciou a publicação do acórdão agora anotado nas colunas da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* ⁽¹¹⁾,

guesa, para acompanhar uma exposição dirigida ao Governo, com vista a demonstrar a necessidade de se alcançar uma solução justa. O objectivo foi conseguido, uma vez que as subsequentes negociações, conduzidas pelo Governo e pelo próprio Banco Pinto & Sotto Mayor, formalmente encarregado da privatização, permitiram a formação do Tribunal Arbitral, que solucionou o problema. Mais tarde, o parecer seria junto aos autos arbitrais. Embora a solução do acórdão se enquadrasse numa das vias preconizadas no parecer, é evidente que os elementos depois apurados já não correspondiam, rigorosamente, aos disponibilizados em Julho de 1991.

⁽²⁾ FERNANDO PESSOA JORGE, *Erro de avaliação na venda de empresa privatizada*, O Direito 125 (1993), 357-381.

⁽³⁾ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Culpa na formação do contrato*, O Direito 125 (1993), 333-356.

⁽⁴⁾ J. ANTUNES VARELA, *Parecer sobre a aquisição (da maioria) da Sociedade Financeira Portuguesa — Banco de Investimento, SA*, 69 pp. e aditamento, 5 pp., inédito. Este parecer não foi junto aos autos, não sendo, pois, público. O autor agradece ao Prof. Doutor ANTUNES VARELA a autorização dada para a sua utilização nesta anotação.

⁽⁵⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade pré-contratual — vertentes privatística e publicística*, O Direito 125 (1993), 383-416.

⁽⁶⁾ ANTÓNIO FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ, *Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa*, CJ XVIII (1993), 4, 15-32.

⁽⁷⁾ MANUEL GOMES DA SILVA/RITA AMARAL CABRAL, *Parecer*, 40 pp., inédito.

⁽⁸⁾ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de empresas*, CJ XVIII (1993) 2, 9-16.

⁽⁹⁾ MANUEL PORTO/FERNANDO DO NASCIMENTO, *Processo de privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, na ROA 1994, 973-997.

⁽¹⁰⁾ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Parecer*, 68 pp., inédito.

⁽¹¹⁾ RLJ 126 (1993), 128-160.

fazendo-o acompanhar duma severíssima anotação, em termos formais e substanciais sem precedente ⁽¹²⁾. Também no seio da *Revista*, HENRIQUE MESQUITA iniciou a publicação duma segunda e contundente anotação ⁽¹³⁾.

III. O próprio acórdão arbitral, em si, foi subscrito pelos árbitros FAUSTO DE QUADROS (presidente), RUY DE ALBUQUERQUE e ALMEIDA COSTA, todos professores universitários e colaboradores ilustres da *Revista da Ordem dos Advogados*. Além disso, a leitura do acórdão mostra a presença dum *voto de vencido* de ALMEIDA COSTA, voto esse que, mais do que uma solução alternativa, se apresenta como um projecto alternativo de acórdão, suscitando, entre outras, diversas questões jurídico-científicas.

IV. O caso da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa, hoje definitivamente encerrado, mas sempre em aberto no tocante ao comentário científico, constituirá, assim, uma das mais significativas questões jurídicas deste final de século.

Ao anotar o acórdão arbitral que solucionou o caso em questão, o signatário pretende deixar bem claro que não tocará nos melindres formais que derivam das declarações de voto que acompanham o acórdão e das anotações já publicadas.

Sem menosprezo pelos restantes, apenas os aspectos científicos serão aqui levados à *Revista da Ordem dos Advogados*.

2. OS FACTOS RELEVANTES E O LITÍGIO

I. Dos múltiplos factos relevantes judiciosamente seriados no acórdão, cumpre relevar os essenciais.

⁽¹²⁾ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Anotação a Tribunal Arbitral / Acórdão de 31 de Março de 1993*, RLJ 126 (1993), 160, 180-192 (1993-1994), 311-320 e 347-352.

⁽¹³⁾ M. HENRIQUE MESQUITA, *Tribunal Arbitral / Acção proposta pelo Banco Mello contra o Banco Pinto & Sotto Mayor e decidida por Acórdão de 31 de Março de 1993*, RLJ 127 (1994), 155-160, 186-192, em curso de publicação.

A Sociedade Financeira Portuguesa, SA, foi constituída pelo Decreto-Lei n.º 49.273, de 27 de Setembro de 1969. Manteve-se, de então em diante, na posse do Estado, funcionando como uma instituição especial de crédito.

O Decreto-Lei n.º 282-A/90, de 14 de Setembro, transformou a SFP em sociedade anónima de capitais públicos, nos quadros da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril. Simultaneamente, a instituição em causa foi transformada em banco de investimento. A totalidade das suas acções transitaria, depois, para o Banco Pinto & Sotto Mayor, através do seguinte esquema: o Estado, accionista único do BPSM, deliberou, em 19-Fev.-1991, um aumento de capital desse Banco, de 26,5 para 30,5 milhões de contos, realizando em espécie, com as acções da SFP, os 4 milhões de aumento. Em Março de 1991, o capital da SFP aumentou para 9 milhões de contos, por incorporação de reservas.

O Decreto-Lei n.º 138-A/91, de 9 de Abril, veio aprovar a privatização da SFP. Para o efeito, dividiu as acções da instituição em três lotes: 10% para aquisição por trabalhadores, pequenos subscritores e emigrantes, 10% para o público em geral, em leilão competitivo e 80% em bloco, também em leilão competitivo. Seguiu-se a Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/91, de 11 de Abril, que veio precisar os preços-bases e regulamentar os diversos aspectos em jogo.

II. Entretanto, em 17-Dez.-1990, a SFP concedera à IBEROL uma garantia bancária à primeira solicitação, no montante de US \$7.000.000 e a favor da CARGILL INTERNATIONAL. Como contragarantia, foi prestado um aval pela COPAZ, empresa do mesmo grupo. Em 23-Jan.-1991, foi concedida, em condições similares, uma segunda garantia de US \$6.800.000.

Ambas as garantias, com uma incidência especial para a segunda, foram concedidas sem se ter atentado suficientemente na verdadeira situação da IBEROL e da COPAZ. Logo na altura, a importância relativa às garantias podia ser considerada como tecnicamente perdida. E efectivamente, a SFP acabaria por ter de honrar as garantias, em 24-Jun.-1991 e 3-Set.-1991, respectivamente. O grupo IBEROL suspendeu, entretanto, os seus pagamentos.

III. Atcedendo a privatização da SFP, foram divulgados elementos relativos à sua situação patrimonial. Tais elementos não reflectiam, porém, com suficiente clareza, a existência das responsabilidades derivadas das garantias prestadas.

Assim, aquando das operações de privatização, que culminaram na sessão especial da bolsa de 6-Mai.-1991, o Grupo MELLO ofereceu pelo lote indivisível de 80% das acções, o preço de 1.930\$60/acção, sem ter em conta a menos valia representada pelas aludidas responsabilidades e que se elevavam a 2.000.000 c.; apenas após a operação, a nova administração apurou o sucedido.

IV. Detectado o problema, a SFP e o BPSM acordaram em submeter a questão a um Tribunal Arbitral.

Perante esse Tribunal, a SFP — agora BANCO MELLO ou BM — veio pedir:

- a) A condenação do BPSM a assumir as garantias prestadas ou a pagar o seu valor, no total de cerca de 2.100.000 c.;
- b) Subsidiariamente, a redução do preço pago por acção na proporção daquele valor: 234\$81/acção;
- c) Cumulativamente, a condenação do BPSM a pagar cerca de 5.079 c., com juros de mora, correspondentes ao atraso no pagamento da comissão;
- d) A condenação do BPSM a pagar 776 c./dia e 728 c./dia, a título de lucros cessantes, por cada garantia, até ao seu pagamento;
- e) A condenação do BPSM a pagar diversas importâncias correspondentes aos danos da lide;
- f) A condenação do BPSM a pagar 1.128.843 c., pela diminuição da valor da expectativa de crescimento futuro;
- g) A condenação do BPSM a pagar 250.000 c., pelos danos causados à imagem do BM, pelas notícias surgidas na imprensa;
- h) Se nenhum dos pedidos procedesse, subsidiariamente, a condenação do BPSM a restituir o enriquecimento.

O BPSM contestou, refutando todos os pedidos.

3. AS SOLUÇÕES PRECONIZADAS

I. O litígio originou, como foi referido, uma literatura jurídica bastante ampla. Tem interesse, antes de definir os pontos a considerar, recordar as soluções por que os diversos Autores preconizaram.

Assim e mantendo a ordem cronológica das intervenções:

- para MENEZES CORDEIRO, há responsabilidade pelo prospecto, por violação do Decreto-Lei n.º 8/88, então em vigor; em alternativa, através da figura da venda de coisa defeituosa, surge uma pretensão a redução do preço, por via do artigo 911.º/1 do Código Civil, eventualmente acompanhada do direito a indemnização; por fim, seria possível responsabilizar os administradores e o sócio único que os fez eleger;
- para PESSOA JORGE, a hipótese seria de venda de bens onerados; o contrato seria anulável, tendo o BPSM o dever de sanar o vício, entregando à SFP o montante garantido — artigo 907.º; não sendo acatado esse dever, poderia haver lugar à redução do preço — artigo 911.º/1 — havendo ainda azo a indemnização por falsas informações;
- para INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, o caso deveria ser enquadrado no artigo 227.º do Código Civil; no entanto, admite a redução do preço, pela aplicação analógica do artigo 911.º do Código Civil; o artigo 227.º, reforçado pelo artigo 909.º, ambos do mesmo Código, permite considerar indemnizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes, sendo, ainda, de computar os danos morais;
- para ANTUNES VARELA não caberia, aqui, responsabilizar os administradores por má gestão; tão-pouco se poderia falar numa venda de coisas defeituosas ou oneradas; haveria, sim «... falta grave do dever de informação ...», imposto, designadamente, pelo Decreto-Lei n.º 8/88, caindo, pois, a entidade vendedora no âmbito dos artigos 485.º e 227.º do Código Civil, devendo indemnizar todos os danos causados ao lesado;
- Para REBELO DE SOUSA, haveria que aplicar analogicamente o regime de venda de coisa onerada; além disso,

- verificar-se-ia uma violação dos deveres pré-contratuais — artigo 227.º — e uma situação de responsabilidade pelo prospecto, ocorrendo ainda a responsabilidade dos administradores; tais valorações seriam confirmadas pela óptica do Direito público;
- para FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ, surge aqui um caso de venda de empresa; as garantias não-publicitadas permitiriam a aplicação do regime da venda de bens onerados; os compradores teriam direito à convalescença do contrato, à redução do preço e à indemnização dos prejuízos; além disso, sempre haveria violação do dever legal de informação — artigo 485.º/2 — e do dever geral de informação — artigo 227.º/1, ambos do Código Civil;
 - para GOMES DA SILVA/RITA AMARAL CABRAL, as garantias ocultas constituiriam violação do dever de informar exigido pelo Decreto-Lei n.º 8/88 e pelo artigo 485.º do Código Civil, sendo ainda possível invocar a culpa na formação do contrato — artigo 227.º; haveria que indemnizar dos danos emergentes e lucros cessantes, sendo ainda de computar danos morais;
 - para CALVÃO DA SILVA, a hipótese seria de venda de empresa; o problema poderia ser enquadrado na venda de coisas oneradas, cabendo o direito à redução do preço ou à sanção da anulabilidade, com indemnização; além disso, haveria também lugar para o instituto da responsabilidade pelo prospecto;
 - para MANUEL PORTO/FERNANDO NASCIMENTO, estariam disponíveis todas as informações necessárias, enquanto que as garantias teriam sido bem concedidas; além disso, teriam expirado os prazos para fazer valer pretensões; parece inferir-se deste parecer, que é essencialmente económico e tem a ver com o motante das indemnizações, que seria pertinente invocar, em abstracto, os institutos da responsabilidade pelo prospecto e da venda de bens onerados;
 - para HENRIQUE MESQUITA, haveria venda de acções e não de empresa: as acções não estariam oneradas nem seriam defeituosas; o regime da venda de coisa defeituosa ou onerada não seria aplicável; o BPSM não seria responsável por

erros de gestão, apenas imputáveis aos administradores; a responsabilidade pelo prospecto apenas poderia ser invocada pelos compradores de acções da SFP e não pelo BM; o BPSM não teria enriquecido à custa do BM.

II. O acórdão aqui em análise entendeu, no essencial, haver lugar para responsabilidade pelo prospecto: nenhuma das garantias estaria reflectida no prospecto oficial, assim se violando o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 8/88. Impor-se-ia, por esta via, a restauração natural, o que tornaria inútil examinar a hipótese da venda de coisas defeituosas ou oneradas (14). Tomou, depois, algumas posições quanto à equidade e ao dever de indemnizar, adiante referenciadas.

O voto de vencido de ALMEIDA COSTA inclina-se para uma hipótese de responsabilidade pré-contratual, baseada no artigo 227.º do Código Civil; recusa, de modo explícito, a aplicabilidade do regime da venda de bens onerados ou de coisas defeituosas. Chega, depois, mercê de diversas considerações, a uma cifra indemnizatória inferior à do acórdão.

III. ANTUNES VARELA, na anotação que publicou ao acórdão sub judice, pelo contrário, afirma a insuficiência do princípio geral da boa fé para fundamentar a decisão tomada. Segundo este Autor, haveria que procurar um dever especial de informação, que teria sido violado; encontra tal dever, designadamente, no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 8/88 (15). ANTUNES VARELA acaba, pois, por sufragar o acórdão. Apenas é de notar que esse Autor rejeita expressamente a hipótese de aplicação do regime da coisa defeituosa ou de bens onera-

(14) Não se confirma, pois, com o devido respeito, a asserção vertida no n.º 2 da declaração de voto de ALMEIDA COSTA de que teria havido, por parte do acórdão «... um autêntico pré-julgamento do litígio, tanto no sentido de reconduzir a responsabilidade do Réu ao regime do dever de indemnizar privativo de determinadas situações de venda de coisas defeituosas ou de bens onerados...»; contra tal asserção se manifesta, aliás, ANTUNES VARELA, *Anotação cit.*, 189-190, nota 2, chamando a atenção para os fundamentos jurídicos efectivamente usados pelo acórdão. Cf., também, *ob. cit.*, 191, 1.ª coluna.

(15) ANTUNES VARELA, *Anotação cit.*, 347 ss. (349).

dos ⁽¹⁶⁾. Tece, ainda, diversas críticas processuais ao acórdão, abaixo aludidas.

Por fim, HENRIQUES MESQUITA, na sua anotação em curso, começa por considerar iníqua a condenação de que o BPSM foi alvo. Seguidamente, declara ir manter as posições antes tomadas, no seu parecer. Ponderado este, verifica-se, antes de mais, que este Autor tem, dos factos, uma versão diversa da do acórdão e da dos outros jurisprudentes.

IV. A leitura das muitas centenas de páginas escritas pelos diversos autores nacionais sobre o caso da privatização da SFP, bem como a do acórdão e do voto de vencido que o acompanha, acaba, afinal, por traduzir uma convergência notável de pontos de vista. Assim, os árbitros vencedores, o árbitro vencido e os 13 jurisprudentes ouvidos manifestaram-se, ainda que em grau diferente, favoráveis à pertinência da violação de deveres de informação, seja *in contrahendo*, seja na modalidade de responsabilidade pelo prospecto.

A hipótese de aplicação do regime de venda de bens onerados ou defeituosos, directamente ou por analogia, obteve o sufrágio de MENEZES CORDEIRO, PESSOA JORGE GALVÃO TELLES ⁽¹⁷⁾, REBELO DE SOUSA, FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ, CALVÃO DA SILVA e MANUEL PORTO/FERNANDO NASCIMENTO. Contra manifestaram-se ANTUNES VARELA, HENRIQUES MESQUITA e ALMEIDA COSTA. O acórdão aqui anotado declarou expressamente não tomar posição nesta matéria. Também se abstiveram GOMES DA SILVA / RITA AMARAL CABRAL.

Outros aspectos, como da responsabilidade dos administradores, acabaram por suscitar uma convergência também marcada. O acór-

⁽¹⁶⁾ ANTUNES VARELA, *Anotação cit.*, 311 ss.

⁽¹⁷⁾ Não se confirma, com o devido respeito, a interpretação dada por ALMEIDA COSTA ao parecer de GALVÃO TELLES — cf. o *voto de vencido*, n.º 3 — no sentido de não se verificarem «... os pressupostos da aplicação de regimes especiais, como os da venda de bens onerados (arts. 905.º e segs. do Cód. Civil) e os da venda de coisas defeituosas (arts. 913.º e segs. do Cód. Civil)». De facto, GALVÃO TELLES, *Parecer cit.*, 343 e 351, opina no sentido da aplicação analógica do artigo 911.º (redução de preço), apelando ainda — *idem*, 351-352 — ao artigo 909.º (indenização). Cf., na versão dactilografada, fl. 22 e fl. 38, p. ex.

dão, porém, não seguiu essa via, pelo que o aspecto não será, aqui, aprofundado.

V. Em suma: a consideração desapaixonada do vasto material originado pelo litígio mostra que não há divergências substantivas que pareçam justificar o ardor de certas considerações suscitadas pelo acórdão.

De todo o modo, cumpre assinalar que, tanto no voto de ALMEIDA COSTA como na anotação de ANTUNES VARELA aparecem pesadas considerações sobre aspectos processuais. Trata-se de matéria não tratada nos diversos pareceres, mas que não poderá, aqui, deixar de ser referenciada.

4. OS PONTOS A CONSIDERAR

I. O primeiro ponto a merecer reflexão é de índole processual: tem a ver com a estrutura da sentença. O árbitro vencido declarou discordar de tal estrutura apontando mesmo os seguintes óbices: *a)* o acórdão não adoptou a estrutura prevista no artigo 659.º do Código de Processo Civil, embora a isso não estivesse obrigado; *b)* o acórdão faz uma descrição pormenorizada da matéria de facto, em vez de fazer «... referência sucinta a alguns aspectos factuais que considerassem mais relevantes para a solução do litígio»; *c)* o acórdão acolheu, entre os factos, matéria jurídica. Na sua anotação, ANTUNES VARELA acaba, afinal, por fazer destes aspectos os que mais o separam do acórdão anotado ⁽¹⁸⁾.

Cumpra, assim, reflectir sobre questões processuais, com relevo para a estrutura da sentença, a determinação dos factos relevantes e a distinção entre estes e os juízos de valor jurídico.

II. O segundo ponto a ponderar tem a ver com a noção de equidade. De facto, as partes acordaram em submeter o seu litígio a um tribunal arbitral que decidiria segundo a equidade. O acórdão teve, pois, de precisar o que entendia por equidade, numa orientação que

(18) ANTUNES VARELA, *Anotação cit.*, 184 ss.

parece, aliás, ser também a do árbitro vencido. Não obstante, esta noção parece não ser acompanhada pelos anotadores da *Revista* (19). O ponto é demasiado importante para não ser ponderado: é impensável tomá-lo com ligeireza.

III. Em terceiro lugar, encontramos o tema dos vícios na empresa vendida. Como resultou da súmula doutrinária acima efectuada, este aspecto é o que mais agitou as intervenções efectuadas a propósito do litígio ora solucionando. Trata-se duma questão que data dos princípios do século, abundantemente tratada, sobretudo na Ciência Jurídica alemã. Recentemente, mercê das vendas maciças de empresas verificadas na antiga Alemanha Oriental, o tem tem sido reanimado.

Há vários equívocos que cumpre desfazer. Além disso, a questão da venda de empresas tinha já obtido, entre nós, um tratamento condigno, tratamento esse que parece, subitamente, esquecido. Os vícios na empresa vendida constituem, assim, um ponto relevante desta anotação.

IV. Por fim, deparam-se-nos a questão da *culpa in contrahendo* e da responsabilidade pelo prospecto. Sobre esta matéria, há convergência de pontos de vista entre os diversos doutrinadores; foi, ainda, por aqui que o acórdão anotado solucionou o pleito. Em tais condições, impunha-se fazer o ponto da situação, confrontando a doutrina nacional com os mais recentes desenvolvimentos sobre o tema. Porém, este importante aspecto será objecto duma segunda e excelente anotação ao acórdão agora publicado, de autoria de RITA AMARAL CABRAL, colaboradora ilustre desta *Revista*, e de seguida inserida.

(19) ANTUNES VARELA, *Anotação* cit., 181-182, nota 1; «parece»: com toda a vénia, é evidente que este escrito surge mais preocupado em demolir, peça por peça, o acórdão anotado, do que em explicar aos seus leitores qual possa ser, afinal, a verdadeira noção de equidade. Quanto a HENRIQUE MESQUITA, *Anotação* cit., 156, ao considerar, *ad nutum*, a solução do acórdão como iníqua, parece, igualmente, não aceitar a via nele tomada.

V. Pelo exposto, a anotação subsequente irá percorrer os seguintes temas:

- aspectos processuais;
- a equidade;
- os vícios da empresa vendida.

II — ASPECTOS PROCESSUAIS

5. A ESTRUTURA DA DECISÃO

I. Passa-se a considerar o tema da estrutura da decisão ou, se se preferir, a sua sintaxe.

O artigo 659.º do Código de Processo Civil, na versão de 1961, muito semelhante à de 1939, dispunha:

1. A sentença começa pelo relatório, no qual se mencionam os nomes das partes e se faz uma exposição concisa do pedido e seus fundamentos, bem como dos fundamentos e conclusões da defesa (...) O relatório concluirá pela descrição da causa tal como emergiu da discussão final, fixando com precisão as questões a resolver.
2. Ao relatório seguem-se os fundamentos e a decisão (...)

A lei possibilitava, pois, elaborar uma descrição analítica da sentença, seriando os diversos troços por que ela se alargaria ⁽²⁰⁾. Era bem sabido que a inobservância do estilo referido na lei só envolvia a nulidade da sentença se faltassem os fundamentos de facto ou de direito da decisão ou ocorresse omissão ou excesso de pronúncia — artigo 668.º/1, *b)*, *d)* e *e)*, do Código de Processo Civil. Nas outras hipóteses, visto o regime geral do artigo 201.º/1 do mesmo diploma, a inobservância do modelo legal só determinaria nulidade quando ela

⁽²⁰⁾ Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, II volume (1987, póstumo, rev. e act. por ARMINDO RIBEIRO MENDES), 753 ss.

pudesse influir no exame ou na decisão de causa, o que seria de verificação académica ⁽²¹⁾.

II. O Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, alterou o artigo 659.º do Código de Processo Civil, dando-lhe a seguinte configuração:

1. A sentença começa por identificar as partes e o objecto do litígio, sintetizar as pretensões por elas formuladas e os seus fundamentos e fixar as questões que importa solucionar.
 2. Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considerar provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final.
- (...)

Há uma certa desformalização; a norma mantém, contudo, a mesma estrutura inicial, de tal modo que, salvo o artigo 668.º do Código de Processo Civil, a inobservância do artigo 659.º do mesmo Código não induz nulidade, em princípio.

III. O artigo 659.º, no que mantenha de estilístico, é surpreendente. Compreende-se que a sentença deva conter o *minimum* que a torne inteligível, legítima e controlável pelos destinatários e, havendo recurso, pelos tribunais superiores. Já não parece acertado nem adequado — cf. artigo 9.º/3 do Código Civil — que o legislador, dirigindo-se a juízes formados, se afadigue com prescrições de sintaxe. O artigo 668.º/1 corresponde ao referido *minimum*. Quanto ao artigo 659.º: trata-se duma norma conjuntural, preconizada, em 1939, por ALBERTO DOS REIS, para resolver um problema, então muito concreto, que se verificava e que, hoje, desligada da *ocasio*, já não contém senão uma indicação tendencial.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1876 e mau grado a concisão deste diploma ⁽²²⁾, explica ALBERTO DOS REIS ⁽²³⁾, que

⁽²¹⁾ Não foi localizada jurisprudência em que, jamais, tal tivesse sucedido.

⁽²²⁾ Cf. DIAS FERREIRA, *Código de Processo Civil, Anotado*, tomo I (1887), 375 ss.

⁽²³⁾ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. V (1952), 12 s.

era regra as sentenças procederem, no relatório, a uma transcrição pura e simples dos articulados. Tratava-se duma prática inadequada que provocou sucessivos protestos do ilustre processualista ⁽²⁴⁾, a tal ponto que, no projecto do que seria o Código de 1939, ALBERTO DOS REIS chegou a propor um § único, a acrescentar ao (futuro) artigo 659.º, assim concebido:

O relatório não deve reproduzir os articulados. Extractará unicamente a essência do litígio.

Contra a inclusão deste § único se manifestaria, na comissão de revisão, MANUEL RODRIGUES: «... nem é fácil supor que um juiz julgue com consciência se não sabe extrair o que há de essencial nas afirmações do autor e do réu. A permanência do parágrafo revelaria um nível intelectual rudimentar no julgador, o que não é verdadeiro nem decoroso» ⁽²⁵⁾.

O § único acabaria por desaparecer na 1.ª revisão ministerial ⁽²⁶⁾.

IV. O episódio relatado recorda a natureza conjuntural de muitas regras jurídicas. Aquando da publicação do Código de Processo Civil de 1939, a preocupação dos processualistas não era a de providenciar sentenças (mais) extensas, desenvolvidas e uniformizadas. Pelo contrário: pretendia-se fazer aproximar o teor da sentença da verdade intelectual do juiz. Para o efeito, previa-se o *maximum*; não o *minimum*.

Pois bem: as preocupações de ALBERTO DOS REIS e de MANUEL RODRIGUES, independentemente de lograrem consagração em lei, são actuais. O juiz deve exprimir os pressupostos fácticos e jurídicos do que decida e não repetir maquinalmente rituais sem substância. A lei deve prescrever o mínimo para evitar nulidades — mas, aí, com clareza e incisivamente. A partir daí, não é de esperar

⁽²⁴⁾ ALBERTO DOS REIS, *Quesitos e relatórios*, RLJ 58 (1925), 241-247 (243 ss.) e *Suspensão da instância*, RLJ 82 (1949), 49-52 (50), entre outros.

⁽²⁵⁾ MANUEL RODRIGUES, *Observações e propostas de alterações ao projecto do Código de Processo Civil*, ROA 1949, 3-4, 334-344 (337).

⁽²⁶⁾ Recorde-se que era então ministro da justiça, precisamente, MANUEL RODRIGUES.

«... um nível intelectual rudimentar no julgador, o que não é verdadeiro nem decoroso», nas já citadas palavras de MANUEL RODRIGUES.

V. Cumpre ainda salientar — como aliás ALBERTO DOS REIS, conscienciosamente, não deixou de fazer ⁽²⁷⁾ — que o artigo 659.º do Código de Processo Civil não é a única forma de conceber sentenças. Há outras, entre as quais, justamente, a de indicar, após a identificação do pleito, os factos relevantes ⁽²⁸⁾.

No tocante a tribunais arbitrais, como é óbvio e legítimo, a liberdade do julgador é ampliada: não são aplicáveis as regras — caso as haja — relativas à configuração das sentenças ⁽²⁹⁾. Mal se compreenderia, com efeito, que as partes fossem recorrer à arbitragem para, afinal, verem funcionar as mais formais das regras aplicáveis (nalguns) tribunais estaduais. Em reputadas instâncias arbitrais internacionais — como nas da arbitragem da Câmara de Comércio Internacional — é prática corrente não interferir nos aspectos formais dos projectos de decisão arbitral ⁽³⁰⁾.

Por fim — e para encerrar este ponto — bastará sublinhar que, nas mais conceituadas decisões arbitrais — precisamente as da Câmara de Comércio Internacional — é frequente indicar as partes, a causa e seriar, de imediato, os factos considerados relevantes ⁽³¹⁾.

⁽²⁷⁾ ALBERTO DOS REIS, *Código Anotado* cit., 5.º vol., 9 ss.

⁽²⁸⁾ Para não sair do texto de ALBERTO DOS REIS, veja-se o caso, aí descrito, do Código de Processo Civil francês. Quanto ao Código de Processo Civil alemão, na versão em vigor, aliás, bastante formalista, cf. ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 14.ª ed. (1986), 344 ss.

⁽²⁹⁾ Assim: HANS JAKOB MAIER, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit / ein Handbuch des deutschen und internationalen Schiedsgerichtspraxis* (1979), 356 ss. (356); cf. PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 4.ª ed. (1990), 162, e GÜNTER HENN, *Schiedsverfahrensrecht / ein Handbuch*, 2.ª ed. (1991), 186: a decisão deve ser justificada, mas sem necessidade de se seguir a estrita fórmula legal.

⁽³⁰⁾ Cf. KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, *ICC — Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht eines Schiedsrichters*, em *Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer* (1986), 73-88 (87).

⁽³¹⁾ Confrontar, p. ex., SIGVARD JARVIN / YVES DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI / 1974-1985* (1990) onde, a cada passo, pode ser verificada a afirmação feita no texto.

Não se vislumbra, pois, matéria científica nas críticas dirigidas à sistematização do acórdão arbitral, aqui anotado.

6. A INDICAÇÃO DOS FACTOS RELEVANTES

I. A segunda questão processual que cumpre esclarecer tem a ver com a indicação dos factos relevantes. O acórdão arbitral ter-se-á excedido na lista dos factos que consignou?

A resposta a esta questão exige breves considerações sobre o actual estágio de conhecimentos da Ciência do Direito, no tocante à resolução de casos concretos ⁽³²⁾.

II. Uma orientação tradicional, de cariz positivista e conceptualista, pretendia explicar a solução jurídica de casos concretos através duma compartimentação de fases: *a)* determinação da fonte relevante; *b)* interpretação da fonte; *c)* eventualmente, integração da lacuna; *d)* determinação dos factos relevantes; *e)* qualificação dos factos relevantes; *f)* aplicação. Esta compartimentação era tornada possível pela pretensão do automatismo do juiz, autêntica máquina de apurar factos, depois subsumidos em conceitos e inseridos em previsões normativas, uns e outras de exclusiva elaboração legislativa. Além disso, ela implicava a legitimidade do método da subsunção.

Tudo isto está ultrapassado há longas décadas, mal se justificando a necessidade de o repetir nesta sede.

III. O processo de realização do Direito não é automático: ele assenta não numa atitude cognitiva, mas antes cognitivo-volitiva. O intérprete-aplicador, toma decisões: não faz aplicações automáticas. Por outro lado, a realização é unitária e não compartimentada. É sabido que a determinação dos factos relevantes tem, subjacente, um pré-entendimento da norma e, logo, uma pré-interpretação: como se poderiam conhecer factos *relevantes* se, afinal, tal relevância depende do Direito que se queira aplicar?

⁽³²⁾ Para maiores desenvolvimentos cf. MENEZES CORDEIRO, *Ciência do Direito e metodologia jurídica nos finais do século XX*, ROA 1988, 697-772 (759 ss.), com indicações.

As diversas fases da realização do Direito não são sucessivas, mas sobrepostas; elas operam em conjunto, podendo, se necessário, recorrer-se à ideia duma espiral de aplicação: haverá tantas idas aos «factos», às «fontes», às «soluções» e às «normas» quantas as necessárias para tomar a decisão conforme com o sistema que a legitime. O intérprete-aplicador, por honestidade na decisão e para manter o seu controlo sobre a mesma, terá de estar bem consciente das potencialidades e das limitações que este estado de coisas encerra.

IV. Os práticos do Direito, com natural relevo para os advogados, sabem perfeitamente que a solução do litígio é condicionada pelo recorte factual que se entenda fazer. Quantas batalhas judiciais têm sido ingloriamente travadas, nos tribunais de recurso, para tentar, por via jurídica, corrigir distorções de factos praticadas na primeira instância! A simples omissão dum facto pode vedar a aplicação duma norma ou coarctar o funcionamento dum princípio.

Limitar a descrição dos factos ao «necessário» para a resolução da causa é, em regra, fazer passar por «factos» puras decisões jurídicas. Na dúvida, há que ser generoso na delimitação dos factos: *quod abundat, non nocet*; mas o que falte prejudicará definitivamente a realização do Direito.

V. Feitas estas considerações, não se vê que o acórdão arbitral possa ter pecado por indicação de factos em excesso. Designadamente: a matéria relativa ao deficiente funcionamento interno da S.F.P., o qual permitiu que fossem concedidas garantias elevadas sem as cautelas adequadas é triplamente útil: permite situar o vício (ou o ponto a informar) bem no interior da S.F.P. e não em eventuais áleas do mercado; deixa em aberto a hipótese de resolução através da responsabilidade dos administradores, hipótese essa que não se vê possa ser afastada através do escamotear dos factos pertinentes; faculta uma ideia mais objectiva das «culpas» em presença: afinal, a falta de valor da S.F.P. não adveio dum azar qualquer mas, antes, da própria gestão, dessa entidade, imputável a ela própria e ao accionista único.

A concluir não pode deixar de se consignar muito claramente o seguinte: o pré-entendimento, em si, é inerente a qualquer decisão humana; condenável é, sim, o pré-entendimento que faça passar por «factos» premissas normativas indemonstradas; ora é mais vulnerável

a esse pré-entendimento vicioso a amputação apriorística de factos do que um alargamento excessivo, susceptível de correcção no «ulterior momento» da aplicação.

7. COABITAÇÃO DE FACTOS, VALORES E NORMAS; A) QUESTÕES-DE-FACTO E QUESTÕES-DE-DIREITO

I. Prosseguindo agora na análise das questões processuais suscitadas pelo acórdão arbitral aqui anotado, cumpre ponderar a invocada coabitação, no sector reservado a factos, de valores e de normas.

Tradicionalmente, a distinção entre questões-de-facto e questões-de-direito não oferecia dificuldades: a questão-de-facto implicava um puro conhecimento da realidade material, enquanto a de-direito teria a ver com operações de interpretação jurídica. Trata-se duma contraposição que tem, no essencial, relevância processual e designadamente : delimita a competência normal do Supremo.

II. A propósito da distinção, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, como base de trabalho, vem dizer que «... o juiz opera no *puro dominio do facto* quando reconstitui a situação particular e concreta sobre a qual é chamado a decidir; essa reconstituição escapa à censura do Supremo Tribunal de Justiça» ⁽³³⁾.

Trata-se dum ponto de vista que implica desvios. Importa referenciar cinco:

- a existência de questões mistas;
- a sindicância sobre regras de prova;
- a sindicância sobre os poderes da Relação de fixar factos;
- a sindicância sobre a actuação processual da Relação;
- a necessidade, para o Supremo poder decidir «de-direito» de lhe ser apresentada uma matéria de facto bastante e minimamente coerente.

⁽³³⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, volume VI cit., 37.

III. A existência de *questões mistas* era já apontada e examinada por ALBERTO DOS REIS ⁽³⁴⁾. Trata-se de pontos nos quais factos e Direito se encontram de tal modo interligados que não é possível proceder a uma qualificação segura.

Uma primeira orientação, bastante antiga, reconduzia as questões mistas a questões-de-facto. A tendência geral orientou-se, depois, no sentido de as considerar questões-de-direito, ainda que assentes sobre factos. O Supremo poderia intervir, desde que respeitasse tais factos.

Ao tempo do *Código Anotado* de ALBERTO DOS REIS, as questões mistas que suscitavam a atenção eram as atinentes a *injúrias graves, posse de estado, convivência marital, residência permanente, proveito comum e marcas* ⁽³⁵⁾.

Hoje em dia, pode-se afirmar que são *questões mistas* sujeitas, na parte jurídica, à sindicância do Supremo Tribunal de Justiça a interpretação dos contratos ⁽³⁶⁾, a culpa ⁽³⁷⁾ e o próprio nexo de causalidade.

⁽³⁴⁾ ALBERTO DOS REIS, *Código Anotado*, vol. VI cit., 39 ss.

⁽³⁵⁾ *Idem*, 39-51.

⁽³⁶⁾ Por último: STJ 29-Abr. - 1993 (MIRANDA GUSMÃO), CJ / Supremo I (1993) 2, 73-74 (75), STJ 30- Mar. - 1989 (MENERES PIMENTEL), BMJ 385 (1989), 563-567 (566) e STJ 6-Jul. - 1989 (FERNANDES FUGAS, BMJ 389 (1989), 556-564 (560). Trata-se dum ponto que implicou uma conhecida viragem jurisprudencial nos anos 70; recordem-se, como meros exemplos: STJ 23-Jul.-1971 (OLIVEIRA CARVALHO), BMJ 209 (1971), 172-177 (175), onde se aceitou que, perante o novo Código Civil, a interpretação dos pactos sociais não fosse uma mera questão de facto; STJ 14-Out.-1976 (MIGUEL CAEIRO), BMJ 260 (1976), 104-109 (107-108), onde se indica o sentido que o declaratório normal daria à declaração e STJ 6-Jul. - 1982 (LOPES NUNES), BMJ 319 (1982), 310-317 (314), onde se consigna o poder do Supremo de verificar se foram observados os artigos 236.º/1 e 238.º/1 do Código Civil. Também a doutrina é hoje pacífica quando afirma que, respeitados os factos, a interpretação dos contratos é uma questão-de-direito: CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito* (1967), 328 ss., MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil* (1984), 2.º vol., 1073, nota 653 e PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed. (1987), 224.

⁽³⁷⁾ Assim: STJ 6 - Jan. - 1987 (JOAQUIM FIGUEIREDO), BMJ 363 (1987), 488-491 e STJ 2-Fev. - 1988 (PINHEIRO FARINHA), BMJ 374 (1988), 443-448 (447); a nível de Relação, cumpre citar: RLx 18-Abr.-1989 (CUNHA E SILVA) CJ 14 (1989) 2, 139-141 (141, 1.ª col.), Rcb 27-Jun. - 1989 (CASTANHEIRA DA COSTA), CJ 14 (1989) 3, 89-92 (91, 1.ª col.) e Rev 18-Abr. - 1991 (COSTA SOARES), CJ 16 (1991), 2, 343-348 (346).

dade⁽³⁸⁾. Há um nítido progredir da área jurídica, embora todos estes elementos devam, em primeiro lugar, ser delucidados no plano dos factos.

IV. *A sindicância do Supremo sobre as regras de prova* tem a ver com as considerações que seguem.

Em princípio, vigora a regra da liberdade de prova: o julgador pode formar a sua convicção sobre factos através de quaisquer meios lícitos: documentos, testemunhas e ilacções admissíveis.

Em certos casos, porém, a lei impõe que determinado facto só possa ser provado por determinada forma ou que, na sua demonstração, não possa ser usado certo tipo de prova. O acatamento de tais regras sujeita-se à censura do Supremo. Assim, segundo o artigo 722.º, n.º 2, do Código de Processo Civil,

O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objecto do recurso de revista, salvo havendo ofensa duma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova.

II. O Supremo tem aplicado esta regra de modo a não deixar dúvidas quanto à sua efectividade⁽³⁹⁾. Assim, se foi usado um meio de prova concretamente proibido pela lei, o Supremo não considerará o facto assim «provado». E se um facto provado em termos plenos for ignorado, o Supremo tê-lo-á em conta.

Exemplo paradigmático é o de ter sido dada como provada a simulação invocada pelo simulador, na base de prova testemunhal: haveria, então, violação directa do artigo 394.º/2 do Código Civil, cabendo ao Supremo dar como não provados os competentes quesitos.

⁽³⁸⁾ STJ 26-Nov.-1987 (LIMA CLUNY), BMJ 371 (1987), 402-407 (406); trata-se duma área onde é de esperar progressos importantes, à medida que se imponham as concepções da causalidade normativa.

⁽³⁹⁾ STJ 21 Nov.-1978 (FERREIRA DA COSTA), BMJ 281 (1978), 241-246 (246), STJ 9-Jul.-1982 (DIAS DA FONSECA), BMJ 336 (1984), 372-376 (374), STJ 28.-Set.-1988 (GAMA PRAZERES), BMJ 379 (1988), 567-577 (567-568) e STJ 15-Jun.-1989 (SALVIANO DE SOUSA), BMJ 388 (1989), 418-421 (420).

V. A *sindicância sobre os poderes da Relação de fixar factos* tem a ver com a estabilidade das decisões do colectivo. Embora dispondo de poderes para fixar factos, a Relação apenas pode alterar as respostas aos quesitos nos casos previstos no artigo 712.º/1 do Código de Processo Civil. Os números 2 e 3 desse mesmo preceito acrescentam novas hipóteses de intervenção.

Pois bem: o Supremo não pode tocar nas decisões do colectivo. Mas pode censurar a Relação pelo uso que ela faça do artigo 712.º do Código de Processo Civil ⁽⁴⁰⁾. Alguns arestos, na sequência de ALBERTO DOS REIS, falam numa censura «discreta». A «discrição» do Supremo só pode ser entendida como uma manifestação do aforismo *de minima non curat praetor*: estando em jogo a decisão final, o Supremo deverá mesmo exercer os seus poderes, haja ou não «discrição». Outra questão tem a ver com o seguinte: o Supremo só pode agir quando a Relação faça uso positivo do artigo 712.º ou, também quando, indevidamente, se recuse a usar os poderes atribuídos por esse preceito? Alguns acórdãos parecem depor no primeiro sentido: só se a Relação usar positivamente tais poderes haverá censura ⁽⁴¹⁾. Outros, pelo contrário, são muito claros: quer o uso quer o não-uso são censuráveis ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ P. ex.: STJ 11-Jul.-1972 (CORREIA GUEDES), BMJ 219 (1972), 168-172, STJ 23-Fev.-1973 (CARVALHO JÚNIOR), BMJ 224 (1973), 132-134 (133), STJ 11-Jul.-1973 (DANIEL JAIME FERREIRA), BMJ 229 (1973), 88-92 (90-91), STJ 28-Jan.-1975 (OLIVEIRA CARVALHO), BMJ 243 (1975), 227-234 (231), STJ 6-NOV.-1979 (ANÍBAL AQUILINO RIBEIRO), BMJ 291 (1979), 393-395 (394), STJ 9-Dez.-1982 (RODRIGUES BASTOS), BMJ 322 (1983), 321-327 (325), STJ 30-Nov.-1983 (QUE-SADA PASTOR), BMJ 331 (1983), 345-354 (349-350), STJ 8-Fev.-1984 (FERREIRA JÚNIOR), BMJ 334 (1984), 267-273 (270), STJ 28-Sep.-1988 (GAMA PRAZERES), BMJ 379 (1988), 567-577 (567-568), STJ 15-Jun.-1989 (SALVIANO DE SOUSA), BMJ 388 (1989), 418-421 (420), STJ 20-Out.-1989 (MÁRIO AFONSO), BMJ 390 (1989), 372-378 (376) e STJ 29-Nov.-1989 (SALVIANO DE SOUSA), BMJ 391 (1989), 514-519 (517).

⁽⁴¹⁾ Ainda nestes casos, é frequente o Supremo declarar que não pode intervir por não ter havido uso, pela Relação, dos poderes conferidos pelo artigo 712.º e, *além disso*, por não se terem verificado os pressupostos de intervenção da Relação; assim: STJ 6-Nov.-1979 cit., BMJ 291, 394 e 395 e STJ 9-Dez.-1982 cit., BMJ 322, 325.

⁽⁴²⁾ STJ 11-Jul.-1973 cit., BMJ 229, 90-91 e STJ 30-Nov.-1983 cit., BMJ 331, 349-350.

Não se vê, neste último ponto, como duvidar. O Direito não pode ser um jogo de proposições formais. Os poderes concedidos à Relação pelo artigo 712.º são poderes-deveres: verificados os pressupostos, a Relação *tem* de os usar. *Tão grave é o uso excessivo como a omissão do que era devido. Detectada a falha, o Supremo deve censurar tanto o uso como o não-uso.* Caso a caso se verificará se o Supremo pode substituir a decisão da Relação ou se deve fazer baixar os autos.

VI. A *sindicância sobre a actuação processual da Relação* vem genericamente prevista no artigo 722.º/3 do Código de Processo Civil: o Supremo pode verificar eventuais nulidades que surjam por via dos artigos 668.º e 716.º daquele diploma. Particularmente relevantes são as hipóteses de excesso e de omissão de pronúncia. O Supremo pode, designadamente, censurar a Relação por esta não ter anulado a decisão do colectivo e mandado proceder a novo julgamento da causa (43).

VII. Por fim, a *necessidade de decidir sobre factos completos e coerentes* é uma exigência mínima para salvaguardar a dignidade e a operacionalidade das tarefas do Supremo. Parece evidente que se lhe for presente matéria insuficiente, absurda ou contraditória, nenhuma decisão de Direito é possível.

Quando haja falhas nos factos, o Supremo pode fazer baixar o processo à Relação, para que os factos sejam completados — artigo 729.º/3 do Código de Processo Civil (44). Além das hipóteses mais comuns de insuficiência, há casos particulares: assim quando os fac-

(43) A hipótese vem referida em STJ 10-Mai.-1977 (RODRIGUES BASTOS), BMJ 267 (1977), 103-107 (104-105); só não foi aplicada no caso concreto, por, aí, não se justificar.

(44) STJ 2-Mai.-1973 (FALCÃO GARCIA), BMJ 227 (1973), 47-56, STJ 26-Jun.-1974 (FERREIRA MANSO), BMJ 238 (1974), 140-148, STJ 6-DEZ.-1979 (ABEL DE CAMPOS), BMJ 292 (1979), 320-324, STJ 16-JUN.-1983 (LIMA CLUNY), BMJ 328 (1983), 546-552 (552), STJ 19-SET.-1989 (MENERES PIMENTEL), BMJ 389 (1989), 551-555 e STJ 24-Jan.-1990 (FERREIRA DA SILVA), BMJ 393 (1990), 574-576 (575 e 576).

tos permitam duas opções, cabe à Relação indicar qual a relevante ⁽⁴⁵⁾; havendo contradição nas respostas aos quesitos — o que o Supremo não pode apreciar — os autos devem baixar ⁽⁴⁶⁾.

A consideração da casuística mostra que o Supremo vai sendo progressivamente mais exigente com a qualidade das descrições fácticas que lhe vão chegando ⁽⁴⁷⁾; também por aqui, as questões-de-direito vão sendo alargadas.

8. CONTINUAÇÃO; B) FACTOS NORMATIVOS, LINGUAGEM E MANUSEIO DAS QUESTÕES MISTAS

I. Antes de apreciar o sucedido com o acórdão, cumpre ainda ponderar três pontos relevantes: o dos factos normativos, o da linguagem e o do tratamento das questões mistas.

Factos normativos são aqueles que permitem a revelação de normas jurídicas. O facto normativo incluiria, nesse sentido, a fonte do Direito. Pois bem: as operações de interpretação e de aplicação que tenham lugar a partir do facto normativo dão azo a questões-de-direito; a existência do facto normativo, em si, é questão-de-facto.

O problema surge muito nítido no tocante a factos normativos diferentes da lei: o Direito consuetudinário, local ou estrangeiro deve ser provado por quem o invocar — artigo 348.º/1, do Código Civil — assim ficando evidenciado o tratar-se de questão-de-facto.

Este raciocínio é extensivo aos usos e às denominadas regras da arte, isto é, às regras que devem ser observadas no exercício de certas profissões: médicos, advogados ou gestores de empresa, como meros exemplos. As soluções concretas a que se chegue, dependentes da articulação desses elementos com regras jurídicas, são questões-de-direito. A própria configuração do uso ou a observância da regra da arte é questão-de-facto ⁽⁴⁸⁾. Assim, será questão-de-facto o saber se

⁽⁴⁵⁾ STJ 11-Dez.-1973 (ARALA CHAVES), BMJ 232 (1974), 110-116 (116).

⁽⁴⁶⁾ STJ 16-Out.-1974 (JOSÉ MONTENEGRO), BMJ 240 (1974), 165-171 (168) e STJ 28-Abr.-1975 (JOÃO SOARES), BMJ 246 (1975), 107-112.

⁽⁴⁷⁾ Cf. as considerações de STJ 24-Jan.-1990 cit., BMJ 393, 575 e 576.

⁽⁴⁸⁾ Cf., nesse sentido, RCb 17-Fev.-1994 (VICTOR DEVESA), CJ 19 (1994) 1, 75-79 (78, 1.ª col.): «... são exemplo as normas que remetem para os usos, as regras do

um cirurgião operou correctamente o seu paciente; a responsabilidade que advenha da operação é questão-de-direito.

A própria lei é envolvida neste raciocínio. A publicação dum diploma é um facto: a situação de ele ser de conhecimento officioso não a transforma em questão-de-direito.

III. A *linguagem jurídica*, sobretudo quando usada pelos próprios juristas, leva, muitas vezes, ao uso de termos jurídicos para exprimir factos.

Assim, é frequente, em peças jurisdicionais, considerarem-se provadas: a celebração de contratos, a qualidade de cônjuge, a ocorrência de incumprimentos ou a verificação de danos, como exemplos. Todas essas eventualidades são, porém, questões-de-direito. Assim, quando se diga que elas «foram provadas», há que ter sensibilidade para entender: pretende-se, simplesmente, dizer que se provaram os competentes factos constitutivos.

Seria, na verdade, impraticável que, numa especificação ou num questionário se viesse articular: *A* disse que passava a fazer uma declaração que intitulou proposta e cujo teor era (...), tendo *B* dito fazer uma declaração que intitulou aceitação e cujo teor era «aceito». Qualquer jurista diria que se provou a conclusão do correspondente contrato, sem prejuízo de tudo estar em aberto no campo do Direito.

III. Por fim, temos o tema do *manuseio das questões mistas*. Perante os actuais conhecimentos da Ciência do Direito, não é, em rigor, correcto, dizer que se provou a culpa de *A*, o dolo de *B* ou, sequer, o nexó causal entre certo evento e determinado dano. Tudo isso passa por diversas regras jurídicas sujeitas, designadamente, à censura do Supremo. No entanto, não há (ainda) disponíveis termos técnicos que permitam exprimir, por exemplo, a culpa-facto e a culpa-direito, separadamente; será mesmo questionável a utilidade de proceder a tal destrição, necessariamente artificial.

A solução tenderá a ser a seguinte: a questão mista continuará a ser designada pela locução tradicional, sendo porém certo que,

tráfico. Neste caso, a regra da experiência ou a concepção que a lei se reporta é um puro facto».

quando considerada provada, ficam ressalvados os seus elementos jurídicos.

9. CONTINUAÇÃO; C) A SITUAÇÃO ACTUAL E O CASO DO ACÓRDÃO

I. Na actualidade, a distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito recomendará tudo menos proclamações incisivas e categóricas ⁽⁴⁹⁾. Além das múltiplas pontes, circunstanciais ou de fundo, existentes entre as duas «questões», cumpre recordar as exigências da moderna metodologia jurídica.

A distinção entre facto e direito (ser e dever-ser) constitui uma reminiscência neo-kantiana hoje pacificamente identificada. Pela sua filiação como pelas suas conexões, ela postula uma Ciência Jurídica formalizada e marcadamente conceptual. Admitir um mundo jurídico separado dos factos leva à subsunção, à inversão e à definitiva incapacidade para lidar com conceitos indeterminados, para integrar lacunas, para tratar princípios em contradição ou para encarar, sequer, normas injustas ⁽⁵⁰⁾.

II. O momento é, definitivamente, de dúvidas e de humildade e não de certezas e de segurança, para as quais não há, hoje, apoio na Ciência do Direito.

A distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito funciona, pois, como um instrumento utilitário no tocante à distribuição de competências no processo, com um relevo particular para o papel do Supremo, na revista: não como uma evidência ontológica. Em cada situação haverá que ponderar o tipo de questões que deverão seguir um ou outro regime.

III. Com estes elementos, cumpre regressar ao caso do acórdão. A apreciação dos factos nele seriados pode ser comodamente efec-

⁽⁴⁹⁾ Cf. as justas cautelas de RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil* (1992), 255-256.

⁽⁵⁰⁾ Remete-se para MENEZES CORDEIRO, *Ciência do Direito* cit., 699 ss.

tuada seguindo o teor do discurso da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* ⁽⁵¹⁾. Assim, esta verbera o acórdão por:

- a) *ter incluído na lista dos factos utilizados para determinar o enquadramento jurídico da questão manifestos juízos de valor (secção A, n.ºs 12, 13, 61, 69 e 71).*

Pois bem:

- o n.º 12 refere que *«Segundo os peritos, a contragarantia solicitada, livrança avalizada pela COPAZ, não foi 'a mais conveniente'...»*; trata-se da determinação duma regra da arte, tal como seria, por exemplo, a inadequação de certo tratamento médico; tal «juízo de valor» não é jurídico, antes tendo a ver com técnicas de gestão; constitui, assim, um **claro facto**, a determinar por peritos e não pelo Tribunal;
- o n.º 13 prossegue que *«No entender dos peritos, os procedimentos adoptados pela S.F.P. para decidir a concessão das garantias parece não terem sido os mais adequados nem prudentes...»*; vale a mesma conclusão: o juízo é de gestão, cabendo ao Tribunal tratá-lo como *um facto*, a provar por peritos;
- o n.º 61 afirma que *«A taxa de cobertura das responsabilidades foi registada de forma incorrecta»*; pelo contexto, vê-se que se trata dum juízo de contabilidade, atestado por peritos e não de uma conclusão jurídica; processualmente, é *um facto*;
- o n.º 69 diz textualmente: *«O Balanço sintético do primeiro trimestre posto à disposição dos accionistas para consulta não revela a primeira garantia prestada, por se não encontrar contabilizada, e não é conclusivo na forma como apresenta as rubricas extrapatrimoniais, pois nele se não consignam a indicação de cliente ou beneficiário, e sendo a consignação da garantia feita global e abstractamente»*;

(51) R LJ 126, 188 ss. A *Revista* afirma retomar as críticas formuladas pelo árbitro vencido, das quais procederiam, pelo menos, algumas.

desta feita, não há aqui, pura e simplesmente, qualquer juízo de valor, mas sim a constatação de factos;

— o n.º 71 prossegue: «*Só o balancete analítico do primeiro trimestre seria conclusivo ...*»; é um facto e não um juízo de valor.

Resta concluir. Nos locais assinalados, o acórdão ou consignou conclusões técnicas dos peritos, apontando juízos de valor que, por serem de gestão, não obedecem a regras jurídicas, sendo, pois, factos para o Direito ou alinhou puros factos. As críticas formuladas improcedem.

IV. De seguida, a *Revista* censura o acórdão por este

b) *ter considerado matéria de facto assente em dos sentidos possíveis de regras de direito que as partes interpretaram diferentemente nos seus articulados (secção A, n.º 28);*

O n.º 28 em causa vem dizer que, de *harmonia com o artigo 10.º, n.º 1, dos Estatutos da S.F.P., aprovados pelo Decreto-Lei n.º 282-A/90, de 14 de Setembro, o Conselho de Administração tinha de ter cinco membros.*

As partes poderão discordar quanto às consequências desta regra. Agora quanto à sua existência nos estatutos da S.F.P., não há dúvidas: o facto será normativo, mas é facto.

V. Segue-se a observação de o acórdão,

c) *como matéria de facto ter qualificado a simples invocação de um Decreto-Lei (secção A, n.º 89);*

Diz o n.º 89: «*Foi pelo R. invocado, tanto na sua douta contestação, como em parecer subscrito por Ilustre Jurisconsulto, o Decreto-Lei n.º 315/85, de 2 de Agosto, relativo ao segredo bancário*»; a «*simples invocação de um Decreto-Lei*» é, seguramente, matéria de facto; a utilidade da invocação ressalta do contexto em que surge, sendo, tudo o mais, questão de estilo.

VI. E a de ele,

d) ter arrolado no inventário dos factos relevantes, tidos como provados, simples afirmações constantes de relatórios periciais, divergentes entre si, sem revelar o modo como se chegou à convicção sobre a realidade dos factos a que as afirmações se referem;

Desta feita, a crítica parece ater-se ao que se considera uma ordenação defeituosa do material do acórdão. Como, porém, não se fazem precisões, não há apreciação possível. Havendo divergência quanto à verificação da prova — se é que jamais a houve — vota-se, mal cabendo aos anotadores, que não assistiram, para mais, à produção da prova, tomar partido.

VII. Rematando-se, por fim:

e) a equivocada compreensão da matéria do acórdão ter conduzido a um autêntico pré-julgamento do litígio, tanto no sentido de entroncar a responsabilidade do Réu no regime próprio da venda de coisas defeituosas ou de bens onerados, como no de aceitar a tese da inexistência de qualquer grau de culpa dos adquirentes das acções na ignorância dos contratos de garantia com a IBEROL.

A ideia recorrente do pré-julgamento entroncado na venda de coisas defeituosas ou de bens onerados e da qual, aliás, ANTUNES VARELA declara distanciar-se, não visa atingir o acórdão arbitral, que não seguiu tal via, mas sim, objectivamente, os pareceres que, antes dele, perfilharam a aplicabilidade do regime da venda em causa. A seu tempo se procurará esclarecer esse ponto.

Quanto ao resto, não resulta, dos factos apontados, qualquer pré-julgamento: emerge, antes, um julgamento bastante nítido. Era o que se esperava do acórdão. A generalidade das críticas deixa, sim, em aberto a hipótese dum pré-julgamento de sinal contrário ao julgamento do acórdão.

VIII. Em suma: o acórdão moveu-se, com cautela, no domínio dos factos e do direito. Por certo que cada autor terá o seu estilo. Não se justificam, contudo, as severas e desbragadas críticas movidas aos

factos alinhados no acórdão, desferidas com o fito de apresentar falhas técnicas onde, na realidade, elas não se confirmam. A Ciência do Direito deve ser objectiva.

III — A EQUIDADE

10. GENERALIDADES; BREVE NOTA HISTÓRICA

I. Prosseguindo na anotação, cumpre agora ponderar o tema da equidade. Com efeito, o Tribunal Arbitral recebeu das partes a incumbência de dirimir o litígio segundo a equidade. Trata-se duma faculdade prevista no artigo 22.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

O acórdão arbitral formulou — em termos, aliás, simples mas claros — o que entendia por equidade. Trata-se, como já foi referido, dum ponto que tem vindo a merecer críticas diversas, por parte das anotações publicadas na RLJ.

Cumpre examiná-lo. À partida, convém sublinhar que sendo a equidade um conceito indeterminado, o seu tratamento terá de ser feito com a maior precisão e nunca na base de generalidades.

II. No antigo Direito romano surgiam fórmulas processuais ligadas à expressão *bonum et aequum*. Na opinião dos romanistas, tal expressão vinha atribuir ao juiz uma certa margem para calcular o montante da condenação⁽⁵²⁾. O exemplo mais claro da *actio in bonum et aequum concepta* era a *actio iniuriarum*⁽⁵³⁾. Influenciada por institutos gregos⁽⁵⁴⁾, a *iniuria* exprimia uma (simples) agressão desconforme com o Direito, praticada sobre uma pessoa ou uma coisa⁽⁵⁵⁾; e

⁽⁵²⁾ O clássico fundamental neste ponto é, ainda hoje, FRITZ PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, SZRom 52 (1932), 78-155 (85 ss.). Outros elementos podem ser confrontados em MENEZES CORDEIRO, *A decisão segundo a equidade*, O Direito 122 (1990), 261-280 (262), cujos termos, em parte, se retomam.

⁽⁵³⁾ PRINGSHEIM, *Bonum et aequum* cit., 86 e 101. Em sentido mis amplo cf. ARRIGO MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'«iniura» in età repubblicana* (1977), 168-169.

⁽⁵⁴⁾ HERMANN FERDINAND HITZIG, *Beiträge zur Geschichte der iniuria im griechischen und römischen Recht* (1988), 54 ss.

⁽⁵⁵⁾ DIETRICH VON SIMON, *Begriff und Tatbestand der «Iniuria» im altrömischen Recht*, SZRom 82 (1965), 132-187 (160-161).

assim sendo, apenas uma certa liberdade do *iudex* permitiria calcular o montante da indemnização.

Em termos linguísticos, *bonum et aequum* aparece como um fortalecimento de *aequus* ⁽⁵⁶⁾, que remontaria ao indo-europeu *ékáh* — *uno*, igual ⁽⁵⁷⁾. São conhecidos paralelos no grego clássico em *eikos* — conveniente, verdadeiro, exacto e justo — e ao sânscrito *aika*, ligado às ideias de igualdade e de proporção ⁽⁵⁸⁾.

III. *Dequus* foi possível aceder à virtude abstracta correspondente: *a aequitas* ⁽⁵⁹⁾. Ela própria entendida como igualdade ⁽⁶⁰⁾, chegaria a ser deificada, surgindo a figura da deusa *Aequitas*, personificação divina da equidade ⁽⁶¹⁾.

Esta riqueza significativa da *aequitas*, explica como, desde cedo, ela assumiu vários sentidos. Uma tripartição sistematizada por KIPP ⁽⁶²⁾ e aprofundada por PRINGHEIM ⁽⁶³⁾ permite apontar na *aequitas* três particulares acepções. Assim:

— a *aequitas* como bitola de crítica ao Direito e como princípio do seu aperfeiçoamento; na verdade, o simples decurso do tempo torna qualquer Direito injusto; a *aequitas* permitiria

⁽⁵⁶⁾ KIPP, *Aequitas*, na *Paulys Realencyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, por G. Wissowa, 1.º vol., tomo 1 (1893), 598-604 (598).

⁽⁵⁷⁾ AUSFELD, *Aequus*, no *Thesaurus Language Latinae*, 1.º vol. (1900), 1928; desse autor e na mesma publicação, *Aequitas*, 1013-1017. Recorde-se a expressão alemã actual *gleich*.

⁽⁵⁸⁾ ANTÓNIO GUARINO, *Equità (diritto romano)*, NssDI 6 (1960), 619-624 (620).

⁽⁵⁹⁾ Cf. AUSFELD, *Aequitas* cit., 1013.

⁽⁶⁰⁾ VON SOKOLOWSKI, *Der Gerechtigkeitsbegriff des römischen Rechtes*, St. Bonfante (1930), 1.º vol., 191; cf., ainda, VITTORIO SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (1880), *Studi giuridici*, III vol., 1.ª parte (s/d), 14 e GEORGE CIULEI, *L'equité chez Cicéron* (1972), 22-23.

⁽⁶¹⁾ Vide AUST, *Aequitas*, na *Paulys Realencyklopädie*, 1.º vol., 1.º tomo cit., 604-605; cf. PAUL LATTE, *Römische Religionsgeschichte* (1960), 322, nota 1.

⁽⁶²⁾ KIPP, *Aequitas* cit., 600-602.

⁽⁶³⁾ PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, Conf. XIV cent. Pandette (1930), 183-214 (194).

aqui lançar uma ponte entre o Direito do passado e o do futuro, como princípio da justiça ⁽⁶⁴⁾;

— a *aequitas* como um princípio de interpretação do Direito: os contratos, os testamentos e as próprias leis não devem ser entendidos segundo a letra, mas antes segundo o espírito subjacente a cada caso ⁽⁶⁵⁾;

— a *aequitas* como um modo de decisão diferente do Direito: a decisão do caso concreto seria encontrada não segundo uma ordem firme, mas de acordo com o sentir do juiz ⁽⁶⁶⁾.

Estas acepções não são estranhas entre si nem, muito menos, opostas. Assim, é de esperar a existência de múltiplas e possíveis conexões entre elas. Tem ainda interesse referenciar que, de acordo com as regras históricas que, normalmente, presidem à elaboração de conceitos muito abstractos, a *aequitas* tenha sido precedida por certas manifestações concretas. Assim, tem-se admitido que, no período clássico, o pretor, *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* ⁽⁶⁷⁾, tenha usado os seus poderes sempre que deparasse com uma norma inadequada — *ius iniqum*. Seguiu-se a generalização: o pretor orienta-se pela *aequitas* para corrigir o *ius* ⁽⁶⁸⁾.

IV. Tem ainda o maior interesse, para melhor captar o sentido da *aequitas*, ter presente que se trata de uma noção fortemente marcada

⁽⁶⁴⁾ CF. FRANCESCO CALASSO, *Equità, I — Promesse storica*, ED 15 (1966), 65-69 (66) e PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides cit.*, 194. HERMANN LANGE, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, SZRom 71 (1954), 319-347 (321-322), permite ainda aqui fazer uma distinção: a *aequitas* poderia exprimir um esquema de ponderação voluntarística do Direito ou, antes, uma ordem objectiva, independente dos homens, ora prévia em relação ao Direito, ora em sua oposição.

⁽⁶⁵⁾ PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides cit.*, 195-196.

⁽⁶⁶⁾ PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides cit.*, 197.

⁽⁶⁷⁾ PAPINIANUS, D. 1.1.7.

⁽⁶⁸⁾ CF. GUARINO, *Equità cit.*, 620-621 e V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità cit.*, 2.

pelo pensamento grego ⁽⁶⁹⁾. A esse propósito, impõe-se recordar a ideia de *epieikeia* ⁽⁷⁰⁾, dada por aristóteles:

(...) a *epieikeia*, sendo justa, não se reconduz aquela justiça que é conformidade com a lei, mas é antes um correctivo trazido à justiça legal (...). Quando, pois, a lei coloca uma regra universal, e surge, em seguida, um caso particular que escapa a essa regra universal, é então legítimo, na medida em que a disposição adoptada pelo legislador seja insuficiente e erróneo, por causa do seu carácter absoluto, trazer um correctivo, para obviar a esta omissão, edictando o que o próprio legislador edictaria se ele lá estivesse e o que ele teria prescrito na lei se tivesse tido conhecimento do caso em questão» ⁽⁷¹⁾.

Trata-se duma fórmula nitidamente mais forte do que o possível no *Ius Romanum*, claramente marcado por preocupações de precisão e de segurança. Não obstante, ela manteve-se como um lastro subjacente a muitos textos.

⁽⁶⁹⁾ Cf. BASTNAGER, *De aequitate in iure romano*, BIDR 45 (1938), 357, ANTONIO CARCATERA, «*Justitia*» nelle fonti e nella storia del diritto romano, ACI Verona II (1951), 40, CIULEI, *L'équité chez Cicéron* cit., 20, GUARINO, *Equità* cit., 620, H. F. JOLOWICZ, *Roman foundations of modern law* (1957), 56, PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides* cit., 193, 197 e 199, e JOHANNES STROUX, *Die Griechischen Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft* (1933) = *Römische Rechtswissenschaft und Rethorik* (1949), 105. Entre nós, cf. MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Equidade em Temas fundamentais de Direito* (1986), 85-94 (87).

⁽⁷⁰⁾ Nas traduções do grego, *epieikeia* surge, muitas vezes, como equidade. Mas essa equivalência vocabular não é recomendável: apesar da influência da *epieikeia* grega na *aequitas* romana, as duas noções não se confundem, obedecendo a espíritos diferentes com sensibilidades próprias. Alguns autores, como RICCOBONO, *La definizione del «ius» al tempo di Adriano*, BIDR 53-54 (1948), 5-82 (53 ss.), exacerbam mesmo as diferenças: a *aequitas* romana traduz «unidade», «igualdade» e «equilíbrio», enquanto a *epieikeia* aponta para «conveniente», «oportuno» e «apropriado». Não obstante, mesmo com eventuais diferenças, todos concordam na existência de estreitos contactos entre as duas noções. Quando ao sentido de *epieikeia* em ARISTÓTOLES refira-se, ainda, FRANCESCO D'AGOSTINHO, *Epieikeia / Il tema dell'equità nell'antichità greca* (1973), 7.

⁽⁷¹⁾ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 5. 10 = 1137 b 11-12 e 19-23 = RENÉ ANTOINE GAUTHIER / JEAN YVES JOLIF, *Introduction, traduction et commentaire*, 2.^a ed. (1970), 1, 2, 157.

V. No período pós-clássico, houve um retrocesso marcado na formulação independente de vários conceitos. A *aequitas*, atribuída como faculdade ora ao juiz, ora ao imperador, veio a confundir-se com outras noções antes distintas, como o *bonum et aequum* e a *bona fides* ⁽⁷²⁾.

Toda esta evolução teve como efeito prático *restringir* a *aequitas*. Na verdade, estava fora de causa vir conceder ao *judex* — que por vezes, na época, nem formação jurídica tinha — os *latos* poderes criativos e correctivos que o pretor outrora tivera. Por isso, os poderes da equidade acabariam por, formalmente, ser reservados ao imperador: segundo uma constituição de Constantinus,

inter aequitatem iusque interpositum interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere ⁽⁷³⁾.

VI. A rica evolução acima sumariada deixou rastros palpáveis nos nossos dias ⁽⁷⁴⁾. Através das diversas recepções do Direito romano, os ordenamentos e as próprias culturas do Continente Euro-

⁽⁷²⁾ Cf. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides* cit., 208 e 209. Um dos factores de confusão foi a perda do processo clássico, bipartido entre o *praetor* e o *judex*. Os textos foram interpolados, provavelmente sob IUSTINIANUS / TRIBUNIANUS, justamente para substituir *praetor* por *judex*. São referidos, como exemplos, fragmentos de ULPIANUS: D. 11.1.21 *Ubi cumque iudicem aequitas moverit, aequo oportere fieri interrogationem dibium non est* e D. 13.4.4.1 *in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iude, qui huic addictus est*; sobre ambos impendem acusações de interpolações; cf. ERNST LEVY / ERNST RABEL, *Index interpolationum quae in Iustuniani Digestis inesse dicuntur*, 1.º vol., 146 e 198-199.

⁽⁷³⁾ C. 1.14.1. Vide, também, MAX KASER, *Das römische Privatrecht* — 2.º vol., *Die nachklassischen Entwicklungen* (1959), 243, BASTNAGEL, *De aequitate in iure romano* cit., 361 e GEORG EISSER, *Zur Deutung von «Summum ius summa iniuria» im römischen Recht*, em *Summa ius summa iniuria / Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, publ. pela Universidade de Tübingen (1963), 1-21 (20-21); esta obra colectiva de grande importância será citada *Summum ius*.

⁽⁷⁴⁾ Além dos escritos históricos acima citados tem ainda interesse referir KARL ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit / Hauptthemen der Rechtsphilosophie* (1971), 180 ss. e, apesar de um pouco desactualizado, FRITZ GILLIS, *Die Billigkeit / Ein Grundform des freien Rechts* (1914), 58 ss.

peu captaram, lado a lado, as diversas acepções de *aequitas* e a própria *epieikeia* aristotélica ⁽⁷⁵⁾.

Como haverá oportunidade de retomar, as diversas sensibilidades acabaram por se agrupar em dois cernes mais impressivos: uma equidade lata, que traduz um modo de decisão para além do Direito e que, por isso, ficará de certa forma reservada ao legislador e uma equidade estrita, que implica apenas certos correctivos ao Direito legislado.

11. A EQUIDADE NOS NOSSOS DIAS

I. A equidade é, hoje em dia, objecto de referências dispersas ⁽⁷⁶⁾: a sua riqueza significativa permite que, muitas vezes sem grande precisão de linguagem, os textos jurídicos se lhe reportem.

A doutrina tem procurado agrupar as múltiplas menções existentes. Chegou-se, assim, às duas referidas acepções fundamentais ⁽⁷⁷⁾:

- Uma noção fraca, que partindo da lei positiva, permitiria corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das normas abstractas, aquando da aplicação concreta;
- Uma noção forte, que prescinde do Direito estrito e procura, para os problemas, soluções baseadas na denominada justiça do caso concreto.

⁽⁷⁵⁾ A tais acepções é ainda possível juntar contributos canónicos, com novos e enriquecidos alcances como, por exemplo, o de *misericordia*; cf. FERDINAND ELSENER, *Billigkeit und Gnade im kanonischen Recht*, Summum ius (1963), 168-190 (169) e PIO FEDELE, *Equità canonica*, ED 15 (1966), 147-159.

⁽⁷⁶⁾ Cf. JOSEF ESSER, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht*, Summum ius (1963), 22-40 (23).

⁽⁷⁷⁾ Assim: JÜRGEN BAUMANN, *Grenzen der Individualen Gerechtigkeit im Strafrecht*, Summum ius (1963), 116-144 (118); KARL ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* cit., 182; JOSEF ESSER, *Wandlungen* cit., 29; FROSINI, *Nozione di equità*, ED 15 (1966), 69-82; WERNER GRAMSCH, *Die Billigkeit im Recht* (1938), 15; HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed. (1977), 420-421; HENRI MAZEAUD, *Les notions de «droit» de «justice» e d'«équité»*, FS Simonius (1955), 229-233 (232-233); ANTONIO NASI, *Giudizio d'equità*, ED 15 (1966), 107-146 (115) e SALVATORE ROMANO, *Prinzipio do equità*, ED 15 (1966), 83-106 (83 ss.).

Estas aceções, como já tem sido notado, têm a ver com as relações entre a equidade e o Direito; elas não dão, contudo, o próprio conteúdo da equidade.

II. A equidade, tanto na aceção «fraca» como na aceção «forte», tem a ver com a vertente individualizadora da justiça ⁽⁷⁸⁾. O julgador, ao decidir, terá de se preocupar apenas com o problema que lhe é posto, sem ter de ponderar a necessidade de, mais tarde, vir ter de decidir outras questões do mesmo modo.

A partir daqui, porém, há que reconhecer a presença de dois diversos problemas: *uma questão de Direito positivo*, consistente em saber até que ponto se reconhece ao julgador a possibilidade de decidir com recurso à equidade e, por essa via, de adaptar ou de ignorar o Direito estrito e *uma questão de metodologia do Direito* que se traduz na indagação de qual a realidade última a ter em conta, então, pelo mesmo julgador. Para prevenir inversões conceptuais, é adequado partir do Direito positivo.

III. O Código Civil vigente não define a equidade ⁽⁷⁹⁾. Tem-na, porém, repetidamente em conta, em termos que, no seu conjunto, permitem alcançar algumas conclusões.

Assim:

artigo 4.º: os tribunais só podem resolver segundo a equidade quando haja disposição legal que o permita, quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível ou quando as partes tenham previamente convencionado o

⁽⁷⁸⁾ Assim: ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* cit., 185, H. HENKEL, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed. cit., 423 e 424 e WILHELM SAUER, *Die Gerechtigkeit / Wesen und Bedeutung im Leben der Menschen und Volker* (1959), 137.

⁽⁷⁹⁾ No Código de Seabra, apenas incidentalmente a equidade era referida. Aquando da elaboração do projecto, rejeitou-se a referência à equidade como critério de integração de lacunas — cf. JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, 1.º vol., 2.ª ed. (1929), 176-177 — antes se optando pela referência ao «Direito natural»; não obstante, o apelo à equidade — à justiça do caso concreto — com esse papel integrador ganhou adeptos, principalmente nos últimos tempos de vigência do Código; cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito / Introdução e Teoria Geral*, 7.ª ed. (1993), 429 ss., e CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — questão-de-direito* cit., 317.

recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória;

artigo 72.º/2: quando, no exercício de uma actividade profissional duas ou mais pessoas tenham nomes total ou parcialmente iguais, o tribunal deve decretar as providências que, segundo juízo de equidade, melhor conciliem os interesses em presença;

artigo 283.º/1: em vez de anulação do negócio usurário, o lesado pode requerer a sua modificação de acordo com juízos de equidade;

artigo 339.º/2: havendo danos causados em estado de necessidade, quando o perigo não for provocado por culpa exclusiva do autor da destruição, pode o tribunal fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade;

artigo 400.º/1: a determinação da prestação, efectuada por uma das partes ou por terceiro, deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados;

artigo 437.º/1: em certas condições, a alteração das circunstâncias pode dar lugar à modificação do contrato segundo juízos de equidade;

artigo 462.º: quando, tendo em vista uma promessa pública, várias pessoas tiverem cooperado conjunta ou separadamente e todas tiverem direito à prestação, será esta dividida equitativamente, atendendo-se à parte que cada uma delas teve nesse resultado;

artigo 494.º: a indemnização devida nos termos de responsabilidade fundada na mera culpa ou negligência pode ser equitativamente fixada em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados;

artigo 496.º/3: havendo danos não patrimoniais, o montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal;

artigo 566.º/3: quando não for possível averiguar o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados;

- artigo 812.º/1*: a cláusula penal manifestamente excessiva pode ser reduzida pelo tribunal de acordo com a equidade;
- artigo 883.º/1*: no contrato de compra e venda, quando se verifique a insuficiência de determinadas regras para a determinação do preço, é o mesmo determinado pelo tribunal segundo juízos de equidade;
- artigo 992.º/3*: no contrato de sociedade, quando não se fixe o quinhão do sócio de indústria nos lucros nem o valor da sua contribuição, será o mesmo estimado pelo tribunal segundo juízos de equidade;
- artigo 1142.º/2*: o arrendatário que aumente o valor do local locado, quando o arrendamento venha a cessar por caducidade ou por denúncia do senhorio, tem direito a uma compensação fixada pelo tribunal segundo juízos de equidade;
- artigo 1158.º/2*: no contrato de mandato oneroso, a retribuição, quando não tenha sido ajustada pelas partes nem seja determinável pelas tarifas profissionais é fixada por juízos de equidade;
- artigo 1215.º/2*: no contrato de empreitada, quando sejam introduzidas alterações no plano da obra de tal monta que o preço seja elevado em mais de vinte por cento, o empreiteiro pode denunciar o contrato e exigir uma indemnização equitativa;
- artigo 1407.º/2*: na administração de coisa comum, quando não seja possível formar a maioria legal, a qualquer dos consortes é lícito recorrer ao tribunal, que decidirá segundo juízos de equidade.

Este elenco logo mostra que em caso algum o juiz fica com liberdade de decidir arbitrariamente. Boa parte das remissões para a equidade têm a ver com obrigações que oferecem *dificuldades na sua quantificação abstracta*. Assim acontece, de modo repetido, com situações indemnizatórias e compensatórias e, ainda, com a retribuição correspondente a determinados bens ou serviços. Por isso, a exacta quantificação terá de ser feita *in concreto* pelo julgador. Daí não se infira, porém, que este pode fixar o que entender. Nos diversos casos, a lei indica as margens dentro das quais operará a equidade; por exemplo, no estado de necessidade, o juiz deve atender à activi-

dade do agente, ao proveito que terceiros tenham retirado do acto ou à contribuição que eles tenham dado para a criação do estado de necessidade — artigo 339.º/2; e na diminuição da indemnização causada por «mera culpa», deve o juiz atender à culpabilidade do agente, à situação económica deste e do lesado e às demais circunstâncias do caso, para além de, naturalmente, se dever ainda atender a todas as regras que condicionam e delimitam o dever de indemnizar, em geral.

Mesmo nas situações em que o papel do julgador não é, apenas, o de quantificar uma prestação — p. ex., as providências a decretar em face da identidade de nomes profissionais, segundo o artigo 72.º/1 do Código Civil — é claro que a margem de discricionariedade é limitada: há posições jurídicas atribuídas por lei que têm de ser respeitadas; apenas no mínimo requerido pelos fins em presença será possível vir introduzir desvios *ad aequitatem*.

IV. O desenvolvimento anterior permite concluir que o Código Civil, quando remete para a equidade, tem em vista ocorrências dominadas pela vaguidade ou por certa indeterminação, numa situação que apenas *in concreto* pode ser superada. Não se trata, porém, de conjunções nas quais, de todo em todo, o julgador possa decidir como entender, sem observar bitolas pré-fixadas de decisão. Tais indicações são úteis. Mas podem não ser decisivas: o artigo 4.º do Código Civil, ao permitir genericamente o recurso à equidade quando haja acordo das partes nesse sentido, bem poderia ter em vista uma acepção mais ampla dessa noção⁽⁸⁰⁾. E quando tal sucedesse, essa noção mais ampla poderia ser transposta para o artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que, justamente, permite às partes decidir que os árbitros julguem segundo a equidade. Há, pois, que prosseguir a pesquisa.

⁽⁸⁰⁾ O artigo 4.º do Código Civil, designadamente a sua alínea b) que tem, nele, um papel nuclear, inspirou-se no artigo 114.º do Código de Processo Civil italiano. Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Exposição de motivos*, BMJ 102 (1961), 148, bem como RODRIGUES BASTOS, *Das Leis, sua Interpretação e Aplicação / Segundo o Código Civil de 1966* (1967), 27-28. A origem processual do preceito tem várias consequências, como explica JOSÉ H. SARAIVA, *Apostilha crítica ao projecto de Código Civil*, ROA 27 (1967), 5-141 (38).

12. A REMISSÃO PARA A EQUIDADE, FEITA PELAS PARTES

I. Quando, por remissão das partes, haja que julgar segundo a equidade, parece seguro *que não se pretendeu obter uma solução casual ou arbitrária* ⁽⁸¹⁾: basta ver a regulamentação existente no domínio da arbitragem e o próprio cuidado que sempre se põe na escolha dos árbitros ⁽⁸²⁾. As partes pretendem pois, no mínimo, uma *solução justa*. Tanto basta para poder afirmar que tal solução se vai sujeitar a certas regras.

Na busca de regras que prossigam, possibilitem ou permitam a obtenção da justiça, em qualquer das suas acepções, acaba por se encontrar sempre o Direito. Como se escreveu noutro local ⁽⁸³⁾,

(...) o Direito vigente, num ordenamento devidamente estruturado, conforme às aspirações do seu tempo e dotado de um nível constitucional capaz, exprime, no seu grau mais elevado de desenvolvimento, aquilo que, numa sociedade, é considerado justo, ético, adequado e conveniente. Apenas ficam de fora certas regras técnicas, como as atinentes a formalidades, a prazos ou a deveres instrumentais que, operando nos problemas uma simplificação excessiva, ditada pelas necessidades de celeridade, confrontadas com a complexidade do tráfego social, correspondem a outra ordem de carências que a equidade pode ignorar.

II. A decisão segundo a equidade *é, pois, uma decisão tomada à luz do Direito e de acordo com as directrizes jurídicas dimanadas pelas normas positivas estritas*. Apenas será dispensada a aplicação de regras formais, cuja existência se torna necessária apenas em serviços públicos ou em tribunais do Estado. Pense-se, por exemplo, nos

⁽⁸¹⁾ Cf., além das obras já citadas, JOACHIM GERNHUBER, *Die Billigkeit und ihr Preis*, Summum ius (1963), 205-223 (209) e FRANCESCO GAZZONI, *Equità e autonomia privata* (1970), 140 ss.

⁽⁸²⁾ Os quais são, em regra, juristas reputados. Além disso, todo o procedimento de arbitragem é modelo nos termos dum discurso jurídico.

⁽⁸³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, 2.º vol. (1984), 1204.

prazos, nas citações formais, nos documentos autenticados, etc. A maleabilização das saídas será de encarar quando não estejam em causa as posições substanciais das partes: num Mundo de bens escassos, não se pode dar a uma pessoa sem tirar a outra; ora não há equidade no tirar, *contra legem*, vantagens seja a quem for. Na contraposição entre as duas acepções de equidade acima anotadas — a «fraca» ou moderada e a «forte» ou mais intensa —, há que optar, portanto, convictamente, pela primeira.

III. A aproximação entre a equidade e o Direito positivo, aqui propugnada, não deve, porém, ser levada até uma total identificação.

Quando as partes remetam para uma decisão de acordo com a equidade, *elas revelaram uma intenção de abdicar de parte, pelo menos, do Direito positivo*. E é por isso, aliás, que a cláusula de equidade só é possível quando estejam em causa relações disponíveis. Por isso, haverá que partir do Direito estrito, expurgado de regras formais e limado de aspectos demasiado rígidos; o resultado assim obtido poderá ser adaptado, dentro de certos limites, de modo a melhor corresponder ao equilíbrio buscado pelas partes.

IV. Na base destes elementos, será possível retomar o tema de natureza da própria equidade. Frente a frente duas orientações: uma pretende sublinhar uma equidade abstracta, cuja decisão traduziria uma aplicação do mais alto princípio do Direito ao caso concreto⁽⁸⁴⁾; outra que apela para uma afirmada juridicidade imanente do caso concreto⁽⁸⁵⁾.

Mas se bem se atentar, ambas são pouco esclarecedoras. Explicar que a «decisão pela equidade» é uma «decisão pela justiça fundamental» não resolve nada, antes se resumindo numa conversão linguística. E apelar a uma «juridicidade imanente» tão-pouco adianta: os factos não podem ser bitolas de si próprios⁽⁸⁶⁾, de tal modo que apenas valorações exteriores permitirão qualquer julgamento.

(84) Cf. FRANZ GILLIS, *Die Billigkeit* cit., 87.

(85) Cf. HEINRICH HENKEL, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed. cit., 424.

(86) Cf. GERNHUBER, *Billigkeit und ihr Preis* cit., 207.

O julgamento de equidade será assim, em última análise, *sempre o produto duma decisão humana que visará ordenar determinado problema perante um conjunto articulado de proposições objectivas*. Ele distinguir-se-á do puro julgamento jurídico por apresentar menos preocupações sistemáticas e maiores empirismo e intuição. Mas as proposições objectivas a ter em conta, base de qualquer convencibilidade da própria decisão de equidade, serão as historicamente mais adequadas. O Direito permite conhecê-las.

13. A DOUTRINA PORTUGUESA

I. A doutrina portuguesa do período contemporâneo veio, inicialmente, associar a equidade à integração das lacunas. Coelho da Rocha escrevia:

Assim uma causa diz-se de justiça quando não é oposta às disposições das leis civís, e diz-se de equidade, quando é conforme aos princípios da *moral*, ou do *direito natural*, se estes não estão formalmente determinados pelas leis civís ⁽⁸⁷⁾.

Há, assim, como que uma tradição integrativa da equidade, numa orientação retomada por Guilherme Moreira:

Na nossa legislação não está sancionado o princípio de que o juiz deve, tendo em vista o fim que o legislador se propôs, e não a sua vontade, adaptar as leis ás necessidades sociais. Só na falta de lei expressa, ou quando esta seja obscura, é que o juiz poderá atender a essas necessidades, pronunciando um juízo equitativo, isto é, aplicando regras de direito que se adaptem ás circunstâncias especiais do facto ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁷⁾ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª ed. (1917, reimpr.), 4 (§ 10.º).

⁽⁸⁸⁾ GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português* _ vol. 1.º, Parte Geral (1907), 36.

Uma certa reacção positivista seria assumida por José Tavares, segundo o qual,

A equidade não satisfaz como direito subsidiário, porque é uma noção jurídica abstracta, e tão imperfeita, que não pode traduzir-se em ideias positivas e concretas.

A noção mais aceitável da equidade é, em nosso entender, a da justiça relativa, ou seja, a conciliação dos interesses e, harmonia com as circunstâncias particulares em que se apresentam.

Mas, qualquer que seja a noção adoptada, subsiste sempre o vago indefinido da fórmula jurídica e, por consequência, o arbítrio dos tribunais ⁽⁸⁹⁾.

Uma posição também contrária á utilização da equidade como critério de integração viria de Cunha Gonçalves; depois de referir a Antiguidade, Aristóteles e o Direito romano, diz este Autor:

(...) cometeria grave erro o juiz que pretendesse modificar o direito em homenagem à equidade ou ao que êle como tal considera. A equidade é um princípio que só pode ser invocado quando o desenvolvimento jurídico dum povo está atrasado, não possuindo ele uma desenvolvida legislação.

(...) não é lícito aos juízes sobrepor ao direito positivo quaisquer razões de piedade ou excessos de benevolência que muito se confundem com a parcialidade ⁽⁹⁰⁾.

Tal como José Tavares, também Cunha Gonçalves recorria aos trabalhos preparatórios do Código de Seabra para justificar o não-recurso à equidade como via para a integração das lacunas.

II. A utilização de equidade na integração das lacunas tem a ver, como é natural, com o conteúdo que se atribua a essa noção. Ultra-

⁽⁸⁹⁾ JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 2.ª ed. (1929), 176.

⁽⁹⁰⁾ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. I (1929), 40-41.

passada a identificação de equidade com um subjectivismo do julgador, ela ganharia renovadas potencialidades. Tem assim o maior interesse reportar as finais considerações de Cabral de Moncada:

É conveniente notar que o juiz, ainda quando aplica um critério de equidade na sua decisão, não pode identificar esse critério com o do seu arbítrio pessoal. Nesse caso ainda deve procurar sempre um fundamento, *o mais objectivo possível*, já na natureza especial da relação jurídica que tem a julgar, já nos princípios gerais orientadores da interpretação. Será isso muitas vezes difícil, mas só orientando-se nesse sentido poderá evitar o arbítrio e fugir ao subjectivismo dos seus sentimentos pessoais que, como tais, nunca podem constituir fonte de direito subsidiário ... ⁽⁹¹⁾.

III. Esta noção foi precisada com a entrada em vigor do Código Civil de 1966. Dotado de uma articulação mais perfeita entre as fontes do Direito, o Código Civil deixou uma espaço claro para a equidade — o do artigo 4.º — claramente separado do tema da integração das lacunas.

Segundo Rodrigues Bastos, em observações feitas ao artigo 4.º do Código Civil,

A palavra «equidade» é tomada aqui na acepção de realização da justiça abstracta no caso concreto, o que, em regra, envolve uma atenuação do rigor da norma legal, por virtude da apreciação subjectiva do julgador.

Mas se o juiz de equidade decide, não pelo ajuste do preceito legal às particularidades do caso, mas arbitrariamente, há violação de lei, que é sempre o comando a ter, primeiramente, em conta ⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ L. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil / Parte Geral*, 3.ª ed., vol. 1.º (1959), 36, nota 2.

⁽⁹²⁾ RODRIGUES BASTOS, *Das leis, sua interpretação e aplicação* cit., 28.

14. A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

I. O recurso inicial à equidade como fórmula integrativa foi um tanto prejudicado pela legislação processual comercial que fazia um apelo indiscriminado à equidade.

Logo o artigo 207.º do Código Comercial de 1833 (Ferreira Borges) vinha dispor ⁽⁹³⁾,

Os tribunais de comercio são essencialmente juízos de equidade.

Bastante criticada, esta disposição transitaria para o Código de Processo Comercial de 1905 ⁽⁹⁴⁾, segundo cujo artigo 3.º

O juízo comercial é essencialmente juízo de equidade.

Sobre esse preceito escreveu Barbosa de Magalhães ⁽⁹⁵⁾,

Inútil e perigosa esta disposição. Inútil se quer significar apenas que os tribunais do comércio devem recorrer aos princípios de direito natural na resolução dos casos não especialmente prevenidos nas leis mercantis, nem analogamente n'outras leis, porque é o que já está determinado no art. 16 do Cod. Civ., mandado aplicar pelo art. 3 do Cod. Com. Perigosa, se se destina a autorisar os juizes a interpretar e modificar a lei escrita no sentido d'uma equidade que se não define.

⁽⁹³⁾ Cf. na ed. da Imprensa da Universidade de Coimbra (1856), 41.

⁽⁹⁴⁾ Aprovado por Decreto de 14 de Dezembro de 1905 (ARTHUR MONTENEGRO). Este artigo 3.º correspondia ao artigo 2.º do Código de processo Comercial de 24 de Janeiro de 1895.

⁽⁹⁵⁾ J.M. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Código de Processo Comercial Anotado*, 2.º vol., 3.ª ed. (1912), 70. Este Autor explica ainda que no Código Comercial de 1833, outros preceitos permitiam, depois, restringir o alcance do artigo 207; esses preceitos perderam-se, no Código de Processo Comercial, obrigando a uma reconstrução doutrinária nesse sentido.

II. Neste pano de fundo aparece jurisprudência comercial, anterior a 1939 ⁽⁹⁶⁾, que se reporta à equidade, primeiro em moldes declarativos e, mais tarde, em termos de progressiva restrição.

Assim, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, em 24 de Maio de 1901,

(...) sendo o juízo comercial essencialmente juízo de equidade (Código de processo comercial, artigo 2.º) devendo as causas que nele correm ser decididas pela verdade sabida, sem estricte observância de formulas, como já prescrevia o Código Comercial de 1833 no artigo 1.078.º (...) ⁽⁹⁷⁾.

Mais tarde, porém, prevaleceria uma orientação mais restritiva. A superioridade da lei é afirmada ⁽⁹⁸⁾ e a necessidade de respeitar os contratos enfatizada; assim, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 17 de Junho de 1931,

(...) nenhuma condição de equidade pode autorizar o juiz a modificar as convenções livre e legalmente firmadas entre as partes e que formam lei entre elas ⁽⁹⁹⁾.

E segundo o Supremo Tribunal Administrativo, em acórdão de 4 de Julho de 1944,

(...) 'julgar pela equidade' é aplicar os princípios do direito natural, resolver sem observância estrita de formalidades, dentro dos princípios da razão e da justiça, mas sem preterir a lei expressa (...) e sem alterar ou modificar as convenções que

⁽⁹⁶⁾ Portanto, até à data em que o Código de Processo de JOSÉ ALBERTO DOS REIS pôs termo à Lei Processual Comercial.

⁽⁹⁷⁾ STJ 24-Mai.-1901 (F. AZEVEDO), RLJ 41 (1908), 213-214 (214).

⁽⁹⁸⁾ STJ 17-Jun.-1925 (B. VEIGA), RLJ 58 (1925), 271-272 (272) e STJ 27-Mai.-1930 (B. VEIGA), RT 48 (1930), 180-182..

⁽⁹⁹⁾ STJ 17-Jun.-1931 (B. VEIGA), RLJ 64 (1931) 134-136 (136).

foram livremente estipuladas pelas partes, que formam direito entre elas (...) ⁽¹⁰⁰⁾.

III. Em datas mais recentes, tem interesse considerar acórdãos de Tribunais Arbitrais que se encontrem publicados. Assim, no acórdão proferido no conhecido caso da *Anglo-Portuguese Telephone*, escreve-se, designadamente, quanto à equidade:

Situando-se entre o direito e a moral ou abrangendo aquele no sentido mais lato (*jus latum*), a equidade tem sido considerada como a 'expressão da justiça num dado caso concreto', pelo que lhe cumpre tomar em consideração as circunstâncias especiais de que eo mesmo se reveste, não aplicando, quando o fim da ordem jurídica, que é a realização da justiça e do bem comum, o justifique, a norma geral na sua rigidez (...) ⁽¹⁰¹⁾;

⁽¹⁰⁰⁾ STA (Pleno) 4-Jul.-1944, O Direito 79 (1947), 233-240 (237, 1.ª coluna). Lê-se, ainda, nesse acórdão:

(...) para se definir a expressão empregada no transcrito artigo «regular equitativamente» não é necessário recorrer às definições dadas na antiguidade sobre «*equidade*»; pois

Considerando que o nosso direito e a jurisprudência pátria dão-nos os necessários elementos para tal interpretação; porquanto,

Considerando que várias são as normas que mandam ou têm mandado aplicar a decisão dos pleitos, tais como o artigo 1.078.º do Código Comercial, de 1933, artigo 685.º do actual, artigo 2.º do Código de Processo Comercial de 1896, artigo 3.º do mesmo Código de 1905, artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 24.363 sobre desastres no trabalho, etc., e;

Considerando que o facto de o julgador proferir as suas decisões com equidade, *não tem ele a faculdade de julgar como muito bem entender nem definitivamente*, pois as suas decisões estão sujeitas a recurso e, por isso, sujeitas a modificação e a revogação (...)

O Direito, 79 (1947), 236, 2.ª coluna — 237, 1.ª coluna.

⁽¹⁰¹⁾ Tribunal Arbitral, caso *Governo da República Portuguesa/The Anglo Portuguese Telephone Company, Limited*, 14-Mai.-1969 (JOAQUIM TRIGO DE NEGREIROS), O Direito 101 (1969), 130-172 (144).

E mais à frente:

Diferente, porém, é a posição do árbitro autorizado a julgar segundo a equidade, pois, não estando sujeito à aplicação do direito constituído, o seu objectivo fundamental concentrar-se-á, não na segurança dos contratos, mas na realização da justiça.

Por isso, sem esquecer a necessidade de assegurar à vida social um mínimo de segurança, o árbitro, livre da rigidez do texto escrito, procura pesar as circunstâncias especiais que concorrem no caso a decidir, a natureza do contrato, a equivalência da prestações, quando esta seja considerada como elemento necessário dos contratos comutativos (...) Ainda o árbitro não pode deixar de ter em conta, igualmente, o justo equilíbrio de interesses, devendo decidir-se, em caso de dúvida, sendo o contrato oneroso, pelo critério que conduzir ao maior equilíbrio das prestações (...) ⁽¹⁰²⁾.

Também no Acórdão Arbitral de 22 de Agosto de 1988, proferido no caso Liscont/APL, se tomou posição quanto à equidade. Aí, depois de ponderar o alcance *forte* e o alcance *fraco* da noção, o Tribunal optou pelo segundo, explicitando que, com o recurso à equidade, se visava a utilização exclusiva do

(...) argumento literal e (de) as inferências de pura lógica formal, os jogos de conceitos e a mera análise semântica das *paroles de la loi* ... ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ *Idem*, 145. Neste acórdão aparece um bem elaborado voto de vencido de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES o qual, embora discordando da solução final a que chegou o acórdão, sufraga, no entanto, a orientação básica quanto à equidade. Diz designadamente, GALVÃO TELLES:

O que em estrita *legalidade* seria absolutamente defeso — sair dos termos *precisos* do compromisso e convolar para *outra* causa de pedir — não me pareceu inadmissível a uma luz de *equidade*, que tal era aquela que devia inspirar a atitude do Tribunal perante o caso.

Cf. O Direito cit., 101, 165-166.

⁽¹⁰³⁾ Tribunal Arbitral, caso LISCONT, SA / Administração do Porto de Lisboa, 22-Ago.-1988 (ANTÓNIO BARBOSA DE MELO), O Direito 121 (1989), 591-638 (603).

Finalmente, os tribunais judiciais, nas poucas oportunidades que têm surgido de se pronunciar sobre a equidade, têm confirmada a *media via* acima referenciada. Assim, segundo a Relação de Évora e 11 de Dezembro de 1975,

Subtraindo o julgador aos critérios puros e rigorosos de carácter normativo fixados na lei, a equidade surge como verdadeira fonte de direito, a que o artigo 4.º do Código Civil deu expresso acolhimento ⁽¹⁰⁴⁾.

IV. A consideração das doutrina e jurisprudência portuguesa sobre a equidade permite considerar a existência de uma certa oscilação pendurar entre entendimentos mais fortes e mais estritos, acabando por se encontrar um certo ponto de equilíbrio.

A equidade não é arbítrio: ela parte sempre do Direito positivo, expressão histórica máxima da justiça, em cada sociedade organizada. Simplesmente, ela alija determinados elementos técnicos e formais que apenas se justificam perante as exigências de normalização estadual. É, assim, possível fazer apelo ao razoável, ao equilíbrio entre as partes e à justa repartição de encargos. De modo paralelo, afastar-se-ão os obstáculos formais ou os argumentos habéis mas, predominantemente, técnico-jurídicos, procurando antes ponderar *os interesses globais das partes*.

15. O CASO DO ACÓRDÃO

I. O acórdão arbitral, pronunciando-se sobre a equidade, veio considerar o seguinte ⁽¹⁰⁵⁾:

Julgar conforme a equidade não significa, para o Tribunal, rejeitar o Direito positivo, muito menos decidir arbitrariamente: quer tão-somente dizer que ele deve ultrapassar os critérios abstractos e formais fornecidos pela norma positiva e encontrar a solução mais justa, mais razoável, mais proporcional e mais

⁽¹⁰⁴⁾ Rev 11-Dez.-1975 (JOSÉ MANSO PRETO), BMJ 254 (1976), 146-147.

⁽¹⁰⁵⁾ Acórdão Arbitral, ponto D), I.

equilibrada para os interesses em disputa, extraindo todas as potencialidades do juízo *ex aequo et bono*, tal como ele vem sendo entendido desde o Direito romano.

Se bem se reparar, esta fórmula sintética traduz, precisamente, a noção de equidade, tal como resulta da evolução acima analisada. Ela corresponde, ainda, às referências usadas, actualmente, na arbitragem internacional ⁽¹⁰⁶⁾. E ela parece ter colhido o apoio unânime dos árbitros, já que não suscitou objecções no voto de vencido.

II. A esta noção, parece Antunes Varela contrapor duas observações: as normas positivas não seriam formais e a noção de equidade varia consoante as normas que para ela remetam ⁽¹⁰⁷⁾. A primeira joga com as palavras: é evidente que se a equidade ultrapassa os critérios formais da norma positiva, é porque mantém os critérios substanciais que ela contenha: nenhum jurista formado viria afirmar que as normas positivas assentam exclusiva ou principalmente sobre critérios formais, sendo abusivo imputar tal afirmação ao texto do acórdão. A segunda não releva: é óbvio — isso resultou, por exemplo, do levantamento acima efectuado sobre os artigos que, no Código Civil, referem a equidade — que a equidade, mercê da rica história em que assenta, tem, na lei, diversos sentidos. Quando as partes remetam para um tribunal arbitral, elas não têm em vista, porém, nenhuma dessas noções díspares de equidade nem, muito menos, a do artigo 509.º/1 do Código de Processo Civil: trata-se, sim, da equidade hoje inserida no artigo 22.º da Lei n.º 31/86.

III. A noção de equidade adoptada pelo acórdão está apoiada na evolução do instituto e na sua configuração actual perante o Direito

⁽¹⁰⁶⁾ Cf., por todos, H. J. MAIER, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit* cit., 344 ss. e GLOSSNER / BREDOW / BÜHLER, *Das Schiedsgericht in der Praxis*, 3.ª ed. (1990), 27. O esquema equivale, igualmente, a fórmulas usadas pela CCI; cf. a *Collection of ICC Arbitral Awards* cit., 20, 502 e *passim*.

⁽¹⁰⁷⁾ *Anotação* cit., 181, nota 1. Como foi referido, o Autor toma, aí — como aliás na generalidade da sua *Anotação* —, um tom empenhado e apaixonado que dificulta a apreensão do seu pensamento científico.

português. Ela vai ao encontro das fórmulas hoje consagradas na arbitragem internacional.

Não há razões objectivas para a desconsiderar. Nenhumas.

IV — OS VÍCIOS NA EMPRESA VENDIDA

16. GENERALIDADES; OS TERMOS DO PROBLEMA

I. A privatização da Sociedade Financeira Portuguesa teve em vista a passagem desta instituição de crédito para as mãos de particulares. Estes, por seu turno, acederam às competentes operações porque tencionavam adquirir um banco ou empresa bancária. Mas não uma empresa qualquer, independentemente da sua situação intrínseca: não faria sentido adquirir um banco em termos puramente aleatórios. Os interessados dirigiram-se, sim, para aquela precisa empresa e pelo preço que propuseram, na base do que era suposto serem as suas qualidades intrínsecas. Mais tarde, já depois de consumada a aquisição, os adquirentes vêm a verificar que o banco comprado dissimulava, na sua contabilidade, as duas garantias prestadas à IBEROL e que, tecnicamente, estavam perdidas. O banco tinha vícios, que acarretavam uma certa quebra no seu valor.

O Código Civil, a propósito do contrato de compra e venda, regula, nos artigos 905.º e seguintes, a venda de bens onerados, e nos artigos 913.º e seguintes, a de coisas defeituosas. Pergunta-se, de imediato, se estes preceitos — ou alguns deles — não terão aplicação ao caso da Sociedade Financeira. É certo que o acórdão anotando entendeu solucionar o pleito com recurso ao instituto da responsabilidade pelo prospecto. Nessa base, considerou desnecessário ponderar a hipótese de venda de bem onerado ou de coisa defeituosa e isso mau grado a maioria dos juriconsultos ouvidos se ter pronunciado, ainda que por vias diversas, favorável à aplicação. Porém, o voto do árbitro vencido refere-se ao tema em moldes polémicos e muito estimulantes, do ponto de vista científico. Cumpre aproveitar a oportunidade para, desfazendo equívocos, deixar claro o estado das questões quanto ao tema dos vícios na empresa vendida.

II. A primeira questão a delucidar tem a ver com a própria possibilidade de comprar ou vender empresas. A empresa poderá constituir o objecto unitário duma compra e venda? Aparentemente, a questão não mereceria grande atenção, sobretudo entre nós: uma tradição sólida, ancorada nos estudos de José Tavares, de Barbosa de Magalhães, de Ferrer Correia, de Orlando de Carvalho e de Oliveira Ascensão consagrava, há mais de sessenta anos, a empresa como objecto de negócios. Surpreendentemente, o caso da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa veio ressuscitar dúvidas. Chegaram mesmo a surgir afirmações de que não se teria transaccionado uma empresa mas sim... acções, o que seria substancialmente diferente.

Pelo vistos, a temática não pode ser considerada encerrada.

III. A segunda questão tem a ver com a aplicabilidade, à venda de empresa, que contenha vícios, das regras sobre coisas defeituosas ou bens onerados. Como bem se calcula, esta questão não foi descoberta, em Portugal, neste final de século, e a propósito da privatização da Sociedade Financeira: tem antecedentes que remontam ao princípio do século, altura em que, precisamente, se impôs a ideia da empresa como objecto unitário de negócios. Cumpre relatá-los, ainda que de modo sintético, acompanhando a sua evolução.

Adiantando matéria, desde já se pode afirmar que a jurisprudência e a maioria da doutrina alemãs respondem afirmativamente à questão suscitada: as regras sobre coisas defeituosas ou bens onerados aplicam-se às vendas totais ou parciais de empresas. Há, porém, na doutrina, algumas construções alternativas, que cumpre conhecer. Um especial espaço será dedicado à fórmula — aliás já com alguns anos — de CLAUS-WILHELM CANARIS, quer pela posição universitária e científica de proa hoje ocupada por ele, quer pelo relevo que lhe foi dado no voto do árbitro vencido.

IV. Por fim caberá relatar a evolução da doutrina portuguesa. Esta, apesar da sua dimensão relativamente modesta, compreende muitos elementos sobre o tema aqui em análise. Trata-se de elementos que não foram considerados pelos autores que afastaram a aplicabilidade, ao caso da Sociedade Financeira, das regras sobre venda de coisas defeituosas ou oneradas. No entanto, tais elementos são impor-

tantes, tanto mais que o Direito português vigente tem, neste ponto especificidades significativas em relação ao alemão.

Finalmente, caberá ensaiar uma tomada de posição, verificando a situação jurídica portuguesa e apreciando, à sua luz, o caso da Sociedade Financeira.

17. A EMPRESA COMO OBJECTO UNITÁRIO DE NEGÓCIOS

I. A empresa traduz uma articulação de bens produtivos, de trabalho e de organização, por forma a produzir novos bens ⁽¹⁰⁸⁾. Autores inserem, na noção de empresa, o seu próprio escopo ⁽¹⁰⁹⁾. Mas não: em certos casos, o escopo da empresa pode ser alterado, sem interferir na sua identidade. Normalmente, distingue-se entre empresa e estabelecimento: a este último faltaria a direcção, essencial à empresa. Surgem, porém, orientações que aproximam ambas as realidades ⁽¹¹⁰⁾.

A noção de empresa é essencialmente económica. Trata-se, assim, duma articulação que pode coincidir, ou não, com a jurídica. Uma empresa pode, efectivamente, pertencer a um único empresário, singular ou colectivo, assim propiciando a confusão entre ambas as noções. Porém, ocorrem situações nas quais uma sociedade — ou uma pessoa singular — detém duas ou mais empresas, bem como casos inversos: uma empresa cujos sectores pertençam a entidades diferentes, ainda que concertadas.

II. Em qualquer dos casos, a empresa era sempre tomada como objecto e não como sujeito: sobre ela incidiriam direitos de outras

⁽¹⁰⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, 1.º vol. (1986), 232 e *Da tomada de sociedades (Takeover): efectivação, valoração e técnicas de defesa*, ROA 1994, 761-717 (762). Cf. WOLFGANG FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht, I — Weltwirtschaftsrecht* (1983), 584.

⁽¹⁰⁹⁾ THOMAS RAISER, *Unternehmensziele und Unternehmensbegriff*, ZHR 144 (1980), 206-231 (229).

⁽¹¹⁰⁾ Cf. o ponto 10 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, que aprovou o regime do estabelecimento individual de responsabilidade limitada; este texto entendeu que «empresa pode, também, designar a actividade do empresário».

entidades. Uma fonte de aparentes complicações adviria da recente tendência, em legislação jurídico-económica portuguesa, de assacar direitos e deveres às empresas. Tal tendência, normalmente imputada ao menor rigor técnico de certa legislação de emergência, recebeu um inesperado reforço por parte do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril. Este diploma considera-se aplicável a «empresas» — artigo 1.º — e define empresa, «... para o efeito do disposto no presente diploma...», «... toda a organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços» — artigo 2.º. Trata-se duma noção de empresa *sui generis*, que mais parece a de estabelecimento. Tudo isso seria personalizado. A doutrina já produzida no âmbito do CPEF não parece entusiasmada com a noção, manifestamente diversa da técnica jurídica consagrada. Trata-se, pois, de a confinar, apenas, ao CPEF ⁽¹¹¹⁾. Com esta ressalva, não parece útil personalizar, sem mais, as empresas: equivaleria a duplicar, sem particular utilidade, a noção de pessoa colectiva, com as suas diversas e conhecidas modalidades.

III. A possibilidade de transmitir unitariamente a empresa tem vindo a impor-se, na doutrina, desde o princípio do século ⁽¹¹²⁾. A jurisprudência seguiu, de perto, essa orientação ⁽¹¹³⁾. Em boa hora: a complexidade estrutural da empresa torna impensável vir-se exigir, para uma transmissão, tantos negócios quantos os elementos que a integrem.

⁽¹¹¹⁾ Cf. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado* (1994), 54.

⁽¹¹²⁾ Recorde-se o clássico de RUDOLF ISAY, *Das Recht am Unternehmen* (1910), 12 ss. e, em especial e como exemplos, OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht* (1927), 70 ss., MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, 2/3 ed. (1928), 79 e FRIEDRICH KLAUSING, «Nachfolge» in *ein Unternehmen / Ein Beitrag zur Frage: «Personlichkeit und Gemeinschaft» im Handelsrecht*, JW 1938, 2521-2521-2525 (2521).

⁽¹¹³⁾ Assim: RG 15-Nov.-1907, RGZ 67 (1908), 86-90, RG 17-Jan.-1908, RGZ 68 (1908), 49-55 (54), RG 26-Jan.-1909, 226-234 (228), RGZ 78 (1912), 270-272 (270), RG 16-Mar.-1920, RGZ 98 (1920), 283-293 (292), que refere-se tratar-se de jurisprudência constante e RG 19-Jun.-1931, RGZ 133 (1931), 113-124. A generalidade das decisões abaixo citadas tem este ponto por pressuposto e evidente.

Na prática, isso bloqueia a circulação das empresas, em nome dum conceptualismo analítico estranho ao Direito e à sua Ciência. Mais: há elementos que, pela sua própria natureza, só se conseguem transferir perante uma transmissão global da empresa: pense-se no aviamento e na clientela. Hoje em dia, a transmissibilidade unitária dum empresa pode considerar-se pacífica, seja para civilistas ⁽¹¹⁴⁾, seja para comercialistas ⁽¹¹⁵⁾, seja, finalmente, para a jurisprudência ⁽¹¹⁶⁾, sem prejuízo de a transferência de alguns dos elementos nela compreendidos poder exigir especiais formalidades.

IV. Uma especial categoria de empresa, cuja alienabilidade levantou dúvidas, é a dos consultórios médicos e a dos escritórios de advogados. Numa primeira fase, a jurisprudência considerou contrária aos bons costumes e, como tal, nula, a alienação dum consultório médico ⁽¹¹⁷⁾. Mais tarde, a transmissibilidade dos estabelecimentos de profissionais liberais veio a ser reconhecida, ainda que por excepção ⁽¹¹⁸⁾ e desde que entre profissionais do mesmo officio devida-

⁽¹¹⁴⁾ Assim, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts II, 1 — Besonderer Teil*, 13.ª ed. (1986), 164 ss. e WOLFGANG FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 8.ª ed. (1992), 416 ss., por todos. Entre os comentaristas, cf. HARM PETER WESTERMANN, *MünchKomm*, 3, 1 (§§ 433-651 K), 2.ª ed. (1988), § 433, Nr. 10 (28), onde se lê, designadamente: «Não é necessária a inclusão da 'empresa' entre os objectos de direito reconhecidos pelo BGB para chegar à conclusão de que a empresa como âmbito de actuação empresarial, com todos os respectivos valores materiais e imateriais constitui objecto de compra», JAUERNIG/VOLLKOMMER, *BGB* 53.ª ed. (1994), § 433 (482).

⁽¹¹⁵⁾ Assim e como exemplos: PETER HOMMELHOFF, *Die Sachmangelhaftung beim Unternehmenskauf* (1975), 13 ss., HANS-JOACHIM HIDDEMENN, *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Rechtsprechung*, ZGR 1982, 435-451 (438 e 450) e WILHELM BEISEL/HANS-HERMANN KLUPP, *Der Unternehmenskauf / Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschliesslich gesellschafts-arbeits- und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens*, 2.ª ed. (1991), 3 ss.

⁽¹¹⁶⁾ P. ex., OLG Karlsruhe 22-Abr. - 1975, DB 1975, 1262-1263. No mesmo sentido pode ser citada, também, toda a jurisprudência abaixo referida, a propósito da transmissão da empresa através da transferência das partes sociais do ente que a detinha.

⁽¹¹⁷⁾ RG 17-Mar.-1907, RGZ 66 (1907), 139-143.

⁽¹¹⁸⁾ RG 23-Nov.-1936, JW 1937, 921-923; tratou-se, aqui, da venda dum escritório dum advogado, feita pela sua viúva, a favor de outro.

mente habilitados ⁽¹¹⁹⁾. A doutrina foi acompanhando esta evolução ⁽¹²⁰⁾.

E assim, hoje, é possível reforçar as diversas considerações feitas a propósito da venda de empresas e do regime dos vícios nas empresas vendidas através de casos ocorridos com consultórios médicos e com escritórios de advogados.

18. TRANSMISSÃO DA EMPRESA E TRANSMISSÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

I. No princípio do século, a transmissão duma empresa fazia-se através dum negócio de compra e venda que recaía, directamente, sobre o negócio em causa. Tratava-se, na generalidade, de empresas simples: a sua transferência não suscitava particulares problemas de ordem burocrática, nem dava azo a questões fiscais embricadas.

Mais tarde, a transmissão das empresas passou a efectuar-se de um modo muito mais simples: através da alienação das partes sociais do ente colectivo que, formalmente, as detivesse. Pôs-se, então, o problema de saber se este tipo de transmissão, aparentemente indirecto, podia ser valorado como uma verdadeira compra e venda de empresa. Inicialmente, confrontada com a questão, a jurisprudência hesitou: transferir-se-iam acções ou quotas e não empresas ⁽¹²¹⁾. Bem se com-

⁽¹¹⁹⁾ Assim: BGH 18-Dez. - 1954, BGHZ 16 (1955), 71-82 = NVW 1955, 337-338 (uma hipótese de troca, entre dois médicos, dos respectivos consultórios), OLG Köln 4-Nov.-1955, NJW 1956, 346-348, anot. K. REDEKER, 346-347 (consultório de dentista), BGH 8-Jun.-1959, NJW 1959, 1584-1586 (uma hipótese de vício da coisa, a propósito duma troca de consultórios), BGH 20-Jan.-1965, BGHZ 43 (1965), 46-51 = NJW 1965, 581-582 (venda de escritório de advogado), OLG Düsseldorf 16-Out.-1972, NJW 1973, 558-559 (alienação dum consultório médico) e BGH 26-Out.-1972, NJW 1973, 98-100 (*idem*, dum advogado).

⁽¹²⁰⁾ GÜNTHER SCHULZ, *Die entgeltliche Überlassung einer Rechtsanwaltp Praxis*, JW 1937, 1377-1378, defendendo, aqui, a presença dum contrato especial, WALTER KALLFELZ, *Ist der Verkauf einer ärztlichen Praxis als Verstoss gegen die guten Sitten (§ 138, abs. 1 BGB) wichtig?*, JW 1937, 1513-1518, que responde negativamente à questão formulada e ERHARD TIEFENBACHER, *Ist der Verkauf einer Anwaltp Praxis zulässig?*, BB 1959, 473-474.

⁽¹²¹⁾ RG 5-Nov.-1904, RGZ 59 (1905), 240-244 (243), chamando embora a atenção para o facto de os §§ 459 e seguintes do BGB, relativos a vícios na coisa vendida, se

preende esta timidez: estava-se na fase exegética que sucede à entrada em vigor de qualquer Código Civil. Os espíritos mostravam um natural fascínio pela nova lei, tomada na sua letra, em detrimento do seu espírito e dos valores subjacentes.

II. Vencida essa fase, a jurisprudência veio equiparar, para efeitos da aplicação de determinadas regras, designadamente sobre os vícios, a venda de partes sociais à venda da própria empresa em si ⁽¹²²⁾, numa posição que seria mantida até aos nossos dias ⁽¹²³⁾.

Esta orientação, favorável à equiparação, para certos efeitos do regime, da venda das partes sociais à venda directa da empresa, foi sufragada pela doutrina ⁽¹²⁴⁾. Alguns autores requerem, para a equiparação em causa, a transmissão duma parcela considerável do capital social da entidade detentora da empresa ⁽¹²⁵⁾ ou a transmissão duma parcela que assegure a obtenção do poder de direcção da empresa ⁽¹²⁶⁾. Algumas decisões judiciais põem, também, a tónica nesse ponto ⁽¹²⁷⁾.

poderem aplicar não apenas a coisas mas, também, a relações jurídicas e de facto e RG 26-Jan.-1915, RGZ 86 (1915), 146-149 (149), com considerações similares.

⁽¹²²⁾ RG 16-Mar.-1920, RGZ 98 (1920), 289-293, RG 2-Nov.-1920, RGZ 100 (1921), 200-204 (203-204), RG 9-Mar.-1928, RGZ 120 (1928), 283-292. Por vezes, foca-se que a aplicação das regras é feita por analogia.

⁽¹²³⁾ OLG München 14-Nov.-1966, NJW 1967, 1326-1329, BGH 16-Out.-1968, JZ 1969, 336-337, anot. HANS SCHLOSSER, 336-338, concordante, BGH 16-Out.-1968, NJW 1969, 184-185, BGH 7-Jan.-1970, NJW 1970, 556-557, BGH 27-Fev.-1970, WM 1970, 819-822, BGH 24-Nov.-1982, BGHZ 85 (1983), 367-375 = NJW 1983, 390, BGH 18-Abr.-1984, WM 1984, 936-938 (938) e BGH 16-Jan.-1991, NJW 1991, 1223-1224. Citam-se, apenas, agora e como sempre, decisões que houve a oportunidade de confrontar pessoal e directamente; muitas outras vêm referidas em obras da especialidade.

⁽¹²⁴⁾ ULRICH HUBER, *Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen*, ZGR 1972, 395-420 (405), JÜRGEN F. BAUR, *Die Gewährleistungshaftung des Unternehmenskaufers*, BB 1979, 381-387, BEISEL/KLUMPP, *Der Unternehmenskauf*, 2.ª ed. cit., 41 (Nr. 137) e HOLZAPFEL/PÖLLATH, *Recht und Praxis des Unternehmenskaufs*, 7.ª ed. (1994), 68.

⁽¹²⁵⁾ Cf. PETER HOMMELHOFF, *Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf* (1975), 4, e HIDDEMANN, *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf* cit., 450.

⁽¹²⁶⁾ Cf. PETER HOMMELHOFF, *Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilswerb*, ZHR 140 (1976), 271-300 (277 s. e 283 ss.) e JÜRGEN PRÖLSS, *Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Unternehmensmängel*, ZIP 1981, 337-346.

⁽¹²⁷⁾ RGH 12-Nov.-1975, BGHZ 65 (1976), 246-253 = NJW 1976, 236-237, com ricas considerações doutrinárias sobre o tema.

III. Estamos, pois, na presença dum esquema que funciona, no mais experiente e aprofundado ordenamento do Continente, há quase um século. É certo que a compra de posições sociais como forma de aquisição da empresa, detida pelo ente colectivo em causa, levanta problemas próprios, com relevo para os atinentes ao mercado mobiliário. Mas a essência económica do fenómeno, a que o Direito não pode deixar de atender, é mesmo a da transferência duma empresa.

Seria, assim, um grave retrocesso vir sustentar, *ad nutum* — ainda por cima sem sequer ter em conta as inúmeras referências jurisprudenciais e doutrinárias acima referidas — que, perante uma aquisição de posições sociais, apenas estas relevariam, independentemente da verdade da empresa subjacente: a realidade da vida sucumbiria ao conceptualismo.

Contudo, nem todas as aquisições de participações sociais são idênticas ou têm a mesma finalidade. A matéria poderia ficar esclarecida através da distinção, na compra de posições sociais, entre a *compra económica* e a *compra financeira*. No primeiro caso, a aquisição tem em vista a empresa subjacente: o adquirente pretende exercer a actividade empresarial. No segundo, ela apenas visa realizar operações mobiliárias com as posições sociais adquiridas. Como é evidente, na primeira hipótese, a assimilação à venda da empresa é mais nítida.

A distinção é, assim, útil para permitir uma boa interpretação da vontade das partes. Mas ela não deve ser absolutizada: mesmo na compra puramente financeira de posições sociais, a empresa subjacente é primordial para o relevo das posições sociais a adquirir e para o preço das mesmas.

IV. Sempre sob a reserva de, no caso concreto, se vir a apurar que uma determinada norma não é aplicável ou carece de adaptação, podemos concluir que as valorações subjacentes à transmissão directa duma empresa são aplicáveis na hipótese da transmissão através da alienação de participações sociais.

19. VÍCIOS NA EMPRESA VENDIDA; A) A SOLUÇÃO PELA COMPRA E VENDA

I. A empresa transmitida pode ter vícios, em sentido técnico, isto é: pode não ter as qualidades asseguradas ou, ainda, aquelas que,

dado o circunstancialismo, seria de esperar; pode esconder defeitos que minorem o seu valor; pode, ainda, sofrer de onerações que, embora não atingindo o aparelho produtivo em si, no entanto, venham pôr em causa a plenitude do direito do titular.

Quando a empresa vendida tenha vícios, haverá, por certo, soluções de Direito positivo que permitam restabelecer a justiça perturbada. Afasta-se, pois, sem necessidade de maior argumentação, a doutrina, segundo a qual, a não haver vícios nas participações sociais transmitidas, o vício da empresa não acarretaria quaisquer consequências (!).

II. Na hipótese de venda de coisa com vício, no sentido amplo acima apresentado, os diversos ordenamentos continentais prevêem um regime bastante complexo, de modo a contemplar as diversas hipóteses (¹²⁸). Assim, surgem a favor do comprador:

- Pretensões de resolução do contrato (ou de anulação, segundo o Direito português);
- pretensões de redução do preço;
- pretensões de reparação do vício;
- pretensões de indemnização por todos os danos causados.

Este subsistema é dos mais completos que o Direito romano actual conhece. Nenhum instituto geral permite tão grande diversidade de soluções, de modo a bem contemplar os interesses em presença. Apenas um óbice: por razões de segurança no comércio, os diversos legisladores marcam prazos curtos para que o comprador lesado faça valer os seus direitos. No exemplo alemão e segundo o § 477 BGB: seis meses para os móveis e um ano para os imóveis.

III. O postulado de que a empresa poderia ser unitariamente transmitida por venda sempre teve, subjacente, a ideia de que lhe seriam aplicáveis os diversos preceitos relativos ao vício da coisa ven-

(¹²⁸) Cf. os §§ 459 e ss. do BGH alemão, os artigos 1490.º e seguintes do Código Civil italiano, artigos 1641.º e seguintes do Código Civil francês e artigos 913.º e seguintes do nosso Código Civil.

dida. Surgia uma dificuldade: o BGB falava em «coisa» a qual, na linguagem jurídica alemã é, rigorosamente, a coisa corpórea. Ora a empresa nunca poderia atingir um grau de reificação tão elevado que permitisse reconduzi-la às coisas corpóreas. Por isso, desde cedo se defendeu que a aplicação, à venda da empresa, das regras sobre a venda da coisa com vício, se faria por analogia. A jurisprudência do *Reichsgericht* formou-se, constante, nesse sentido (¹²⁹).

Para restabelecer a justiça histórica, um tanto perturbada pela leitura, fora do contexto, da intervenção de CANARIS, em 1982, abaixo examinada, cumpre esclarecer que o *Reichsgericht* consagrou a *culpa in contrahendo* precisamente no período histórico em que começou a aplicar, ao vício da empresa, o regime do vício da coisa vendida (¹³⁰). Não houve, pois, qualquer resquício. Também é importante frizar que, desde o início, os juristas tiveram consciência dos inconvenientes da aplicação desse regime às empresas: as pretensões do comprador prescreviam — segundo a técnica jurídica alemã; na portuguesa, como se sabe, «caducariam» — em prazos muito curtos (¹³¹). Não houve, pois, qualquer aplicação cega e acrítica: antes se verificou que a riqueza diferenciadora de soluções proporcionada pelo regime de compra e venda era satisfatória, também para a aquisição das empresas.

(¹²⁹) Foram confrontadas, entre tantas outras: RG 13-Mar.-1906, RGZ 63 (1906), 57-62 (61), RG 15-Nov.-1907, RGZ 67 (1908), 86-90 (89-90), RG 20-Nov.-1908, RGZ 69 (1909), 429-432, RG 24-Jun.-1919, RGZ 96 (1919), 156-160, RG 16-Mar.-1920, RGZ 98 (1920), 289-293 (292), RG 2-Nov.-1920, RGZ 100 (1921), 200-204 (204), RG 9-Mar.-1928, RGZ 120 (1928), 283-292 (284) e RG 22-Jun.-1938, JW 1938, 2613.

(¹³⁰) O «caso do linóleo» foi decidido, pelo RG, em 7-Dez.-1991, RGZ 78 (1912), 239-241 (249); a *culpa in contrahendo*, data de 1861-recorde-se RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, JhB 4 (1861), 1-113, republicado nos *Gesammelte Aufsätze* 1.º vol. (1881); a pandectística tardia teve-a bem em conta — cf. as obras referidas em MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, 1.º vol. (1984), 532 ss. — sendo, pois, segura a sua divulgação entre os juristas da época e, por maioria, entre os juizes do Supremo Tribunal do Reich.

(¹³¹) Cf. DÜRINGER, *Die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche (§ 477 BGB)*, LZ 1907, 131-132; este autor, perante os inconvenientes de prazos tão curtos, conclui recomendando às partes que, por acordo, prolonguem os prazos legais.

IV. A aplicabilidade do regime do vício da coisa à venda da empresa, quer directa quer através da alienação de posições sociais, mantém-se, hoje, constante, tanto na jurisprudência ⁽¹³²⁾ como na doutrina ⁽¹³³⁾.

Os mais recentes avanços doutrinários reclamam, como abaixo se verificará, certos complementos. Seria, porém, dar uma imagem desconforme deixar cair a ideia de que essa aplicabilidade está ultrapassada. Não está; vai, tão-só, evoluindo, mas sem retroceder.

20. Continuação; b) SOLUÇÕES ALTERNATIVAS; *CULPA IN CONTRAHENDO* E A POSIÇÃO DE CANARIS; APRECIÇÃO

I. A solução do problema do vício na empresa vendida com recurso às regras da compra e venda não é única. Como tantas vezes sucede em Direito, há construções alternativas, de que cumpre dar conta.

Além de hipóteses menos desenvolvidas e apenas parcelares ⁽¹³⁴⁾, cumpre relevar a *culpa in contrahendo* e a posição de CANARIS, fundamentalmente virada para a base do negócio.

⁽¹³²⁾ BGH 16-Out.-1968, JZ 1969, 336-337, BGH 16-Out.. 1968, NJW 1969, 184-185, BGH 7-Jan.-1970, NJW 1970, 556-557, BGH 16-Mar.-1973, BGHZ 60 (1973), 319-323 (recusando, expressamente, a *culpa in contrahendo*), BGH 18-Abr.-1984, WM 1984, 936-938 e BGH 16-Jan.-1991, NJW 1991, 1223-1224.

⁽¹³³⁾ STAUDINGER / KÖHLER, BGB 12.^a ed. (1981), § 433, Nr. 19 ss. (69 ss.), PALANDT / PUTZO, BGB 52.^a ed. (1993), § 433 (482), REICH / *AlternativKomm BGB* (1979), §§ 433-853, 59, JAUERNIG/VOLLKOMMER, BGB 7.^a cit., § 459 (513), FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 8.^a ed. cit., 416, LARENZ, *Schuldrecht II*, 1, 13.^a ed. cit., 165 ss., SCHLOSSER, Anot. BG 16-Out.-1968, JZ 1969, 336-338, JÜRGEN PRÖLSS, *Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaften für Unternehmensmängel* cit., 344, admitindo, também, a *culpa in contrahendo*, HEINZ JOSEF WILLEMSSEN, *Zum Verhältnis von Sachmängelhaftung und culpa in contrahendo beim Unternehmenskauf*, AcP 182 (1982), 515-572 (560), o qual, depois de analisar as «soluções alternativas», propõe o regresso aos §§ 459 ss. do BGB, BEISEL/KLÜMP, *Der Unternehmenskauf* cit., 238 ss., como exemplos. Seria também possível citar aqui toda a vasta doutrina que, na actualidade, parte da aplicabilidade do regime do vício da coisa vendida, e propõe, depois, determinadas adaptações.

⁽¹³⁴⁾ Assim, a de PHILIPP HECK, *Grundriss des Schuldrechts* (1929), 287-288 (§ 91, 11), que apelava para os princípios gerais dos contratos de garantia.

A *culpa in contrahendo*, conhecida, como se viu, desde o início da vigência do BGB, foi invocada, já nos anos trinta, para equacionar o problema dos vícios na empresa vendida ⁽¹³⁵⁾. Mais recentemente, ela surge na pena de Jürgen Baur, que a apresenta como instrumento ideal para dispensar protecção ao comprador de empresa viciada ⁽¹³⁶⁾. Alguma jurisprudência cita, também, a *culpa in contrahendo*, em abono das suas decisões ⁽¹³⁷⁾.

II. Normalmente, a presença de vícios numa empresa vendida traduz, também, uma ocorrência de *culpa in contrahendo*. Desde o momento em que o vendedor soubesse ou devesse saber do vício, impenderia, sobre ele, *ex bona fide*, o dever de prevenir o comprador. Não o tendo feito, ele incorre no dever de indemnizar por *culpa in contrahendo*. Esta estaria, assim, em concurso com os remédios próprios da compra e venda.

A *culpa in contrahendo* tem, de facto, sido apontada nalguma literatura como complementando as regras do vício da coisa ⁽¹³⁸⁾, designadamente os seus curtos prazos de prescrição ⁽¹³⁹⁾. Ela está sempre tendencialmente presente, devendo ser aproveitada nas áreas em que as regras específicas da compra e venda não sejam bastantes.

Porém, não é minimamente pensável preconizar a substituição total das regras do vício da coisa vendida pela *culpa in contrahendo*. Desde logo por haver hipóteses importantes nas quais há vício na empresa vendida, mas falta a *culpa* do vendedor. As regras da compra e venda ainda deixariam de pé determinados remédios, com relevo para a anulação do contrato, ao contrário da *culpa in contrahendo*.

⁽¹³⁵⁾ HOENINGER, em DÜRINGER / HACHENBURG / HOENINGER, *Handelsgesetzbuch*, 3.ª ed. (1930/32), § 25, An. 14 (1.º vol. (1930), 326), aliás com dúvidas e prenót. § 373, An. 176 (5.º vol. (1932), 160-161), nas hipóteses de descoberta tardia do vício. Quanto a RUDOLF MÜLLER-ERZABACH, *Deutsches Handelsrecht*, 2/3 ed. (1928), 79: ele aceita a venda da empresa, apenas chamando a atenção para os limites de alguns preceitos relativos a vícios, com relevo para o § 477.

⁽¹³⁶⁾ JÜRGEN F. BAUR, *Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers / Ein Beitrag zu den ungeklärten zivilrechtlichen Grundlagen von Konzentrationsvorgängen*, BB 1979, 381-387 (383).

⁽¹³⁷⁾ Assim, BGH 25-Mai.-1977, NJW 1977, 1536-1538.

⁽¹³⁸⁾ Assim, SOERGEL / HUBERT, *BGB* 12.ª ed. (1991), § 459, An. 258 (1001).

⁽¹³⁹⁾ PRÖLSS, *Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Unternehmensmängel* cit., 344.

apenas permite a via indemnizatória. Ora o recurso ao regime da compra e venda oferece outras soluções mais diferenciadas: anulação, redução do preço, reparação do vício e indemnização. Os interesses das partes podem recomendar, antes, uma destas soluções. Para quê negar-lhas, na base de neoconceptualismos?

III. Em 1982, CLAUS-WILHELM CANARIS fez publicar um enérgico artigo relativo ao incumprimento na compra de empresa ⁽¹⁴⁰⁾. Numa primeira parte, ele faz notar que há demasiadas diferenças entre a compra de coisa e a compra de empresa para se poder falar em analogia ⁽¹⁴¹⁾. Passando à parte construtiva, CANARIS defende a aplicabilidade da base do negócio: perante uma grave perturbação na equivalência das prestações, poder-se-ia, seja resolver o contrato, seja adaptar o seu preço ⁽¹⁴²⁾. Passando a resumir o seu pensamento, CANARIS faz a seguinte consideração, muito impressiva: «O recurso aos §§ 459 ss. do BGB constitui um resquício histórico-dogmático do tempo em que nem a doutrina da base do negócio nem o instituto da *culpa in contrahendo* eram reconhecidos como direito vigente» ⁽¹⁴³⁾. A *culpa in contrahendo* seria insatisfatória; quedaria a base do negócio.

IV. Antes de apreciar esta tese de CANARIS, cumpre situar o pensamento desse Autor e inserir o artigo em causa no contexto em que ocorreu. CANARIS pode já ser considerado como o grande reanimador do pensamento jurídico-sistemático, carecido de novas bases, após décadas de ataques formais movidos pela tópica ⁽¹⁴⁴⁾. Trata-se, porém, dum pensamento oposto ao lógico-axiomático: o sistema, móvel e cibernético, não implica meras deduções de princípios ou normas pré-estabelecidas: antes faculta a construção desses mes-

⁽¹⁴⁰⁾ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf*, ZGR 1982, 395-434.

⁽¹⁴¹⁾ *Idem*, 401-402.

⁽¹⁴²⁾ *Idem*, 406-408. Em compensação, CANARIS rejeita a solução com base na *culpa in contrahendo*: esta não permitiria desfazer o contrato viciado mas, tão-só, arbitrar indemnizações.

⁽¹⁴³⁾ *Idem*, 433.

⁽¹⁴⁴⁾ Fundamental: CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, trad. 2.ª ed. alemã., ed. F. C. Gulbenkian, Lisboa (1988), introdução e tradução de A. MENEZES CORDEIRO.

mos princípios e normas. O momento da aplicação é decisivo, uma vez que permite, seja novos dados a ter em conta na solução concreta, seja a reformulação dos próprios dados sistemáticos ⁽¹⁴⁵⁾. Em suma: é totalmente contrário ao pensamento de CANARIS vir apresentar argumentos conceptuais ou desenvolver raciocínios apriorísticos. A excelência das soluções é reitora.

O artigo de 1982, de CANARIS, sobre vícios na empresa adquirida, derivou dum simpósio que decorreu nos dias 22 e 23 de Janeiro de 1982, em Kronberg/Taunus, sobre questões civis da compra de empresa ⁽¹⁴⁶⁾. Além do trabalho de CANARIS, resultaram, desse simpósio, os escritos significativos de KARLHEINZ QUACK ⁽¹⁴⁷⁾, PETER HOMMELHOFF ⁽¹⁴⁸⁾, HANS-JOACHIM HIDDEMANN ⁽¹⁴⁹⁾, KURT WESSING ⁽¹⁵⁰⁾, WALTHER HADDING ⁽¹⁵¹⁾, HARM PETER WESTERMANN ⁽¹⁵²⁾ e BRUNO M. KÜBLER ⁽¹⁵³⁾,

⁽¹⁴⁵⁾ CLAUD-WILHELM CANARIS, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ 1993, 377-391 (384 ss.). Este importante escrito reproduz parte das considerações inseridas na intervenção feita por CANARIS, aquando do seu doutoramento *honoris causa*, em 5-Dez.-1990, na Universidade de Lisboa, ocasião em que foi apadrinhado pelo autor desta anotação.

⁽¹⁴⁶⁾ O autor desta anotação encontrava-se, nessa ocasião, em Munique onde, sob a orientação do Professor CANARIS, preparava a sua dissertação de doutoramento sobre a boa fé no Direito civil. Um dos temas abordados com CANARIS foi, precisamente, o da base do negócio, tendo, então, tido conhecimento da experiência de alargamento desse instituto, a ensair no simpósio. Quando, 10 anos mais tarde, ocorreu o caso da Sociedade Financiera, não pareceu, de todo, necessário vir complicar a matéria com esta construção que, desde o início, foi considerada, pelo seu Autor, como uma experiência universitária. Parece útil e justo divulgar, publicamente, estas circunstâncias e as referidas na nota anterior.

⁽¹⁴⁷⁾ KARLHEINZ QUACK, *Der Unternehmenskauf und seine Probleme*, ZGR 1982, 350-365.

⁽¹⁴⁸⁾ PETER HOMMELHOFF, *Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und anteilswerb*, ZGR 1982, 366-390.

⁽¹⁴⁹⁾ HANS-JOACHIM HIDDEMANN, *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung*, ZGR 1982, 435-451.

⁽¹⁵⁰⁾ KURT WESSING, *Vertragsklauseln beim Unternehmenskauf*, ZGR 1982, 476-497.

⁽¹⁵¹⁾ WALTHER HADDING, *Sicherungsrechte beim Unternehmenskauf*, ZGR 1982, 476-497.

⁽¹⁵²⁾ HARM PETER WESTERMANN, *Neuere Entwicklungen der Verkaufhaftung beim Kauf von Unternehmensbeteiligung*, ZGR 1982, 45-62.

⁽¹⁵³⁾ BRUNO M. KÜBLER, *Sondersituation bei Unternehmensfortführung und Unternehmenskauf im Konkurs*, ZGR 1982, 498-516.

além do relatório sobre a discussão, então havida, de BARBARA GRÜNEWALD ⁽¹⁵⁴⁾. Temos, pois, para além do relatório, oito envolventes escritos, todos com características próprias, que não cumpre, agora, examinar. Aposição de CANARIS colheu o simpósio de surpresa: o recurso à base do negócio, em tais circunstâncias é, de facto, inovador. Na discussão, verificou-se que a generalidade dos intervenientes entendeu apontar a necessidade de complementar a jurisprudência dominante; porém, o recurso à base do negócio foi considerado insuficiente, dado o escasso desenvolvimento desse instituto. Em suma: a tese de CANARIS veio animar o simpósio, permitindo uma discussão viva; trata-se de um ensaio universitário excelente, sendo imperioso que se repitam experiências deste tipo; mas não foi apresentado, nunca, como uma doutrina acabada, destinada a solucionar casos concretos.

Posteriormente, como se viu, a doutrina de CANARIS não obteve difusão, não mais sendo retomada pelo próprio. Aliás, tal estado de coisas foi amplamente exposto, por exemplo, no parecer, hoje publicado, de FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ, parecer esse que, objectivamente, não foi tido em conta nem pelo voto de ALMEIDA COSTA, nem nas anotações da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*.

V. Cumpre apreciar. Mau grado toda a simpatia pessoal e o respeito académico merecidos por C.-W. CANARIS, não se pode sufragar a tese — no mínimo irreverente — de solucionar a venda de empresa com vício com recurso à base do negócio. Desde logo, por os pressupostos serem diferentes: o vício não é uma superveniência e a sua constatação ocorre, em regra, já depois de extinto, pela execução, o contrato. Depois, porque o efeito prático procurado com a base do negócio — portanto, a hipótese de escolher entre a resolução do contrato ou a sua alteração — conseguem-se através do regime da compra e venda, que permite escolher entre a anulação e a redução do preço. Em terceiro lugar, porque a base do negócio deixa, de fora, duas hipóteses importantes de solução: a da reparação do vício e a do dever de indemnizar.

⁽¹⁵⁴⁾ BARBARA GRÜNEWALD, *Berich über die Diskussion*, ZGR 1982, 452-454.

Qualquer uma destas três razões seria, só por si, decisiva. Mas pode-se ir mais longe: há uma razão científica de fundo contrária ao alargamento da base do negócio. Este instituto foi usado, nos anos trinta, para solucionar problemas que não tinham, então, uma solução diferenciada. Foi o que sucedeu com certo tipo de erro, com a distribuição do risco e com a interpretação complementadora: estes institutos ganharam espaço à custa da antiga alteração das circunstâncias, facultando soluções mais firmes e precisas ⁽¹⁵⁵⁾. Nos últimos dez anos — portanto, já após o artigo de CANARIS — esta tendência mais tem vindo a acentuar-se, sendo de sublinhar o espaço, sempre maior, obtido pela interpretação contratual complementadora ⁽¹⁵⁶⁾.

A base do negócio nada tem para dar, em termos de soluções precisas e previsíveis. Trata-se, pois, de, do seu seio, retirar as matérias que possam ser enquadradas por outros institutos. Não o inverso.

21. A DOUTRINA PORTUGUESA; O PONTO DA SITUAÇÃO; O ACÓRDÃO

I. A discussão tem sido seguida na base da experiência alemã: a que mais longe levou a análise desta problemática. Cumpre, agora, esclarecer que o Direito português permite conclusões ainda mais fáceis.

O grande embaraço que o Direito alemão coloca à aplicabilidade do regime do vício da coisa vendida às empresas é o «preconceito pandectístico» (Ferrer Correia) de que coisa será sempre o objecto corpóreo. Entre nós, tal «preconceito» não ocorre. Além disso, o artigo 939.º do Código Civil permite alargar aos diversos contratos onerosos o regime da venda. Tanto bastaria para, sendo necessário, defender a aplicabilidade directa das regras sobre compra e venda à venda das empresas.

A doutrina portuguesa desde cedo trabalhou com o conceito de empresa, chamando a atenção para o seu perfil económico e unitá-

⁽¹⁵⁵⁾ Cf., com indicações, MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias*, separata dos Escritos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha (1987).

⁽¹⁵⁶⁾ Cf., com indicações, MENEZES CORDEIRO, *Convenções colectivas de trabalho e alteração das circunstâncias* (1995), em vias de publicação.

rio ⁽¹⁵⁷⁾. Os meandros do regime da sua circulação foram sendo aprofundados por Barbosa de Magalhães ⁽¹⁵⁸⁾, por Ferrer Correia ⁽¹⁵⁹⁾, por Orlando de Carvalho ⁽¹⁶⁰⁾ e por Oliveira Ascensão ⁽¹⁶¹⁾. Pois bem: sendo a empresa um objecto unitário de negócios e podendo ela, conseqüente e logicamente, ser objecto de compra e venda, é perfeitamente natural que se lhe aplique o regime competente, na hipótese de vício.

II. Não é justo afirmar que o regime da venda de coisa defeituosa surge rígido ou impreciso. Como foi referido, tal regime deixa escolher entre a anulação do contrato, a reparação do vício, a redução do preço e a indemnização, consoante as circunstâncias. O regime é preciso e muito analítico. O facto de ser mal conhecido não justifica o seu abandono.

Apenas os prazos são irrealisticamente curtos. A aplicação deste regime beneficia, assim, a parte vendedora e não a compradora: trata-se de mais um dos equívocos causados pela literatura que circunda o caso da Sociedade Financeira, e que cumpre esclarecer. Por isso, quando a doutrina moderna reclama a complementação das regras da compra e venda com as da *culpa in contrahendo*, trata-se de suprir as insuficiências da compra e venda: não de a substituir ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Recorde-se JOSÉ TAVARES, *Sociedades e empresas comerciais*, 2.ª ed. (1924), 683 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial*, 2.ª ed. inalterada (1964).

⁽¹⁵⁹⁾ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Sociedades fictícias e unipessoais* (1948), 195 ss., *Sociedades unipessoais de responsabilidade limitada* (1945), em *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2.ª ed. (1985), 129-170 e *O problema das sociedades unipessoais*, *idem*, 171-213. A matéria está exemplarmente tratada no parecer de FERRER CORREIA / ALMENO DE SÁ.

⁽¹⁶⁰⁾ ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial I — O problema da empresa como objecto de negócios* (1967).

⁽¹⁶¹⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Lições de Direito comercial*, vol. I (1986/87), 514 ss.

⁽¹⁶²⁾ Recordem-se: PRÖLSS, *Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Unternehmensmängel* cit., 349 e SOERGEL/HUBERT, BGB 12.ª ed. cit., 995. Quanto à actualidade do regime de venda de coisa defeituosa, além das obras já citadas de KÖMLER, de SCHLOSSER, de WILLEMSSEN e de BEISEL/KLUMPP, cumpre referir: GEROLD LOOS, *Die Haftung für Rechts- und Sachmängel des Unternehmens beim ver-*

III. E com isto, regressamos ao acórdão arbitral aqui anotado. Como se viu, o acórdão entendeu solucionar o litúgio com recurso à responsabilidade pelo prospecto. Considerou-se dispensado, por isso, de ponderar a hipótese de venda de coisa defeituosa. Perante o teor da declaração de voto do árbitro vencido, será de supor que o Tribunal Arbitral ainda terá tentado uma solução de compromisso. Se foi esse o caso, o esforço foi vão: acabou por ser criticado, na mesma, por uma opção que não tomou.

A hipótese da venda de coisa defeituosa vem ponderada no voto do árbitro vencido ⁽¹⁶³⁾, e nas anotações da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* ⁽¹⁶⁴⁾ ⁽¹⁶⁵⁾. Ambos a rejeitam, com o argumento recorrente de que se venderam acções e não uma empresa. Com todo e o devido respeito, o método seguido é insustentável: vai contra a doutrina existente e contra a tradição jurídica portuguesa, representando, além disso, um puro retrocesso conceptual. A via correcta para criticar a aplicabilidade do regime da venda às empresas passaria pela ponderação do regime em causa e pela verificação da sua inadaptação à realidade empresarial ⁽¹⁶⁶⁾. Sobre isso, não há uma linha.

A ideia da privatização através da venda, em bloco, dum volumoso lote de acções visou, precisamente, assegurar a transmissão da empresa. A compra desta foi económica e não financeira. A menos-valia representada pela presença insuspeita das garantias perdidas é um vício. O regime da compra e venda dá excelentes soluções para a resolução da injustiça assim criada, ainda que sob a sindicância da responsabilidade pelo prospecto ou, em geral, da *culpa in contrahendo*.

IV. Para encerrar esta parte da anotação ao acórdão arbitral de 31 de Março de 1993, apenas mais duas palavras.

kauf von Aktien oder GMBH-Anteilen, NJW 1962, 519-524 (521 ss.), HORST NEUMANN-DUESBERG, *Gewährleistung für Unternehmensmängel bei Verkauf von Gesellschaftsanteilen*, WM 1968, 494-502 e HANNO GOLTZ, *Die Haftung des Verkäufers bei der Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes*, DB 1974, 1609-1612. Também entre nós, como se viu, é doutrina largamente dominante, colhendo os sufrágios, entre outros, de FERRER CORREIA, de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES e de PESSOA JORGE.

⁽¹⁶³⁾ No n.º 3.

⁽¹⁶⁴⁾ RLJ 126, 285 ss. (ANTUNES VARELA).

⁽¹⁶⁵⁾ RLJ 127, 223 ss. e passim (H. MESQUITA).

⁽¹⁶⁶⁾ Recorde-se ser este o percurso de CANARIS; nunca o da (mera) venda de posições sociais.

A liberdade científica tem ónus. O Direito não pode ser intuitivo, assentando em primeiras impressões ou em simples aversões. A venda da empresa deriva, hoje, de muitas dezenas de estudos e de decisões, que só em conjunto devem ser valorados e referenciados. A tendência actual é clara, no sentido de prevenir soluções únicas, apriorísticas ou monolíticas. O momento, aqui como noutras latitudes, é de prudência: não de certezas.

Não se encontrou qualquer base científica razoável para rejeitar o contributo do regime da compra e venda para resolver o caso da Sociedade Financeira. As críticas dirigidas aos pareceres de Direito que admitiram essa via não são objectivas.

A forma — francamente inesperada — que a controvérsia, supostamente científica, veio a assumir, justificará o silêncio dos árbitros vencedores sobre o tema: doutro modo, ele teria, por certo, merecido a atenção do excelente acórdão, agora anotado.