

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

---

EDITORIAL Pág. 5

DISCURSO DO SENHOR BASTONÁRIO ANTÓNIO MARINHO E PINTO NA  
ABERTURA DO ANO JUDICIAL DE 2010 Pág. 7

### Actualidade

António Menezes Cordeiro: "O SISTEMA LUSÓFONO DE DIREITO" Pág. 17

Reis Friede: "PERCEPÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO" Pág. 121

### Doutrina

Bastonário Mário Raposo: "ARRESTO DE NAVIOS" Pág. 153

Diogo Leite de Campos: "DOS CONTRATOS DE RELAÇÃO ÀS RELAÇÕES  
DE ASSOCIAÇÃO" Pág. 193

José Carlos Brandão Proença: "A DESVINCULAÇÃO NÃO MOTIVADA  
NOS CONTRATOS DE CONSUMO: UM VERDADEIRO DIREITO DE RESOLU-  
ÇÃO?" Pág. 219

Rui Pinto Duarte: "A DENUNCIABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES CONTRA-  
TUAIS DURADOURAS PROPTER REM" Pág. 273

Manuel A. Carneiro da Frada: "A PROTECÇÃO JUSCIVIL DA VIDA PRÉ-  
-NATAL — SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO" Pág. 299

L. Miguel Pestana de Vasconcelos: "A ONERAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES  
SOCIAIS POR UMA SGPS DETIDAS HÁ MENOS DE UM ANO" Pág. 325

Margarida Costa Andrade: "O PENHOR FINANCEIRO COM DIREITO DE  
DISPOSIÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS" Pág. 351

Nuno Manuel Pinto Oliveira: "INSOLVÊNCIA E CONTRATO-PROMESSA —  
OS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA SOBRE O CONTRATO-PROMESSA COM EFICÁ-  
CIA OBRIGACIONAL" Pág. 395

---

# REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS

ISSN 0870-8118

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

*Director*

Bastonário António Marinho e Pinto

*Sub-Director*

Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

*Comissão de Redacção*

Dr. Fernão Fernandes Thomaz	Prof. Doutor Diogo Leite de Campos
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão	Prof. Doutor Fausto de Quadros
Prof. Doutor José Sérvulo Correia	Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha
Dr. José Osvaldo Gomes	Dr. Rui Chancerelle de Machete
Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa	Bastonário Mário Raposo
Prof. Doutor Germano Marques da Silva	
Dr. Alberto Luís	
Dr. <sup>a</sup> Carla Morgado	

*Delegado do Conselho Geral*

Dr. João Loff Barreto

*Correcção*

D.<sup>ra</sup> Elsa Mariano

*Secretária*

Fátima Maciel

Propriedade da Ordem dos Advogados

Edição da Ordem dos Advogados

*Redacção e Administração:*

Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-060 Lisboa — Portugal

*Composição*

AGuerra, Viseu

*Impressão*

Tipografia Frasco, L.<sup>da</sup>, Póvoa de Varzim

Depósito Legal: 124011/98

N.º de Registo na ERC: 124904

Tiragem: 13 500 exemplares

# REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 70  
2 0 1 0



---

L I S B O A





## EDITORIAL 2010

O ano de 2009 ficou marcado pela crise financeira e económica e pela agitação política ligada a sucessivos actos eleitorais: eleições europeias, eleições legislativas e eleições autárquicas. Assistiu-se, de acordo com esse calendário, a uma aceleração dos processos legislativos e, depois, a um seu abrandamento. Em compensação, intensificaram-se as situações mediáticas, que envolveram titulares de cargos públicos, dentro da própria área da Justiça.

A Ordem dos Advogados acompanha, com consternação, o desvio de mecanismos jurídicos de investigação criminal para fins a ela estranhos e as sucessivas quebras do segredo de justiça. Não é questão, apenas, de lei: antes de cultura.

Enquanto braço jurídico-científico da Ordem dos Advogados, a Revista irá, sem o desamparo do seu papel liderante na conformação geral da doutrina, reavivar os temas básicos do ordenamento, particularmente os ligados à pessoa e à sua dignidade. E em tempos de globalização, a Revista pretende dar o seu contributo no domínio dos sistemas jurídicos lusófonos, numa conexão aprofundada entre os Direitos que usam a língua portuguesa, para a sua estruturação.

O actual regime republicano vai completar o seu primeiro século. A Revista reflectirá os valores reavivados em 1910, no campo dos direitos das pessoas, da família, da sociedade e da coisa pública.

Um programa aliciante, para o qual as suas colunas estão abertas, por direito próprio, a todos os advogados.

*A Comissão*



## DISCURSO DO BASTONÁRIO ANTÓNIO MARINHO E PINTO

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Primeiro-Ministro  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Ministro da Justiça  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Procurador-Geral da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Cardeal Patriarca de Lisboa  
Senhores Convidados  
Ex.<sup>mos</sup> Senhores Magistrados  
Caros Colegas

Este é o terceiro ano consecutivo em que tenho a honra de, em nome dos Advogados Portugueses, usar da palavra nesta cerimónia solene.

Nas edições anteriores fiz diagnósticos pouco elogiosos para a justiça e para o funcionamento de algumas das suas instituições. E, infelizmente, não há motivos para mudar de perspectiva.

Em Portugal, como em qualquer Estado de direito democrático, a administração da justiça assenta em três pilares (o Juiz, o Procurador da República e o Advogado), a que corresponde, respectivamente, a função jurisdicional (dizer o direito para os concretos litígios judiciais), a função de representar o Estado (que consiste na titularidade em exclusivo da acção penal e na titularidade dos interesses punitivos do Estado) e a função de representação dos interesses jurídicos dos cidadãos (através do patrocínio forense).

As três funções têm assento na Constituição da República Portuguesa, o que significa que qualquer delas é imprescindível à administração da justiça.

Nenhum tribunal pode funcionar se faltar um desses pilares ou se algum deles estiver subalternizado ou diminuído na sua dignidade própria.

O que se passa hoje em Portugal é que a representação dos cidadãos está subalternizada, enquanto a representação do Estado, a cargo do Ministério Público, está desproporcionadamente favorecida.

Os pratos da balança estão muito desequilibrados e o fiel inclina-se acentuadamente para um dos lados.

Juízes e Procuradores convivem no exercício das respectivas funções, quase da mesma forma como conviveram durante os tempos da formação no Centro de Estudos Judiciários.

Trabalham lado a lado, almoçam juntos, viajam juntos, entram e saem juntos das salas de audiência e, muitas vezes, discutem juntos aquilo que deveriam analisar e decidir em separado.

Há casos em que o juiz entra na sala de audiências já com o despacho preparado para decidir a promoção que o magistrado do MP previamente lhe comunicou, sem que a defesa disso tivesse conhecimento.

Por outro lado, a realidade judiciária demonstra que os magistrados do MP representam-se mais a si próprios do que à República de que são Procuradores; ou então actuam orientados pela particular visão que, em cada momento, cada um deles tem dos interesses do Estado.

No mesmo processo, com os mesmos factos, as mesmas provas, as mesmas leis, o MP, frequentemente, tem uma posição na 1.<sup>a</sup> instância, tem outra, diametralmente oposta, na segunda e, por vezes, ainda consegue ter uma terceira diferente das anteriores, no Supremo Tribunal de Justiça ou no Tribunal Constitucional.

Na verdade não podemos deixar de constatar que os Procuradores da República agem, em Portugal, com total independência, como se fossem juízes e, pior do que isso, também verificamos que muitos juízes actuam como se fossem Procuradores.

Na justiça penal os julgadores, em regra, não têm uma posição de rigorosa equidistância em relação à defesa e à acusação — em relação às pretensões punitivas do Estado e aos direitos dos arguidos.

E isso não é só nos tribunais. Se atentarmos no discurso público de alguns juízes, pretensamente falando em nome de todos, vemos claramente que esse discurso se confunde com o discurso dos magistrados do MP e, por vezes, até, com o das polícias.

Eles reivindicam permanentemente mais escutas telefónicas, mais segredo de justiça, mais detenção, mais prisão preventiva.

Os sindicatos dos juízes, dos procuradores e das polícias estão quase sempre unidos nas mesmas reivindicações, ou seja, reclamando leis que lhes permitam deter mais, escutar mais, silenciar mais, prender mais e sempre durante mais tempo.

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Primeiro-Ministro

Em Portugal, a luta política está judicializada e, pior do que isso, há sinais evidentes de que a justiça está politizada.

Grande parte do debate político tem vindo a fazer-se em torno dos problemas da justiça, não com o objectivo de encontrar soluções consensuais e duradouras, mas sim para ver quem desses problemas tira os maiores dividendos políticos.

Uma parte importante da luta política tem vindo realizar-se à volta de processos judiciais pendentes com o objectivo de obter vantagens partidárias.

Infelizmente, alguns magistrados contribuem para essa situação e chegam mesmo a participar abertamente nesse debate sem para tal, obviamente, possuir a necessária legitimidade.

Com efeito, alguns desses magistrados não são capazes de manter a distância e a reserva que deviam ter e participam abertamente no debate político, mesmo quando ele se faz a partir de decisões de outros magistrados em processos pendentes.

Decisões judiciais legítimas já foram mesmo contestadas publicamente por esses magistrados, por razões manifestamente políticas.

Já se chegou ao ponto de o exercício legítimo das competências legais do próprio Presidente deste Supremo Tribunal de Jus-

tiça, ter sido publicamente posto em causa por outros magistrados, unicamente porque as suas decisões não proporcionaram os efeitos políticos que alguns esperavam obter com elas.

E isso depois de se ter tentado condicionar o uso dessas competências através de decisões tomadas em primeira instância por quem não tinha competência legal para as proferir.

E, claro, tudo sempre atirado para a comunicação social com uma abundância de pormenores que já só espanta pela impunidade com que tudo isso acontece.

É neste contexto que se agravou o problema das permanentes e cirúrgicas violações do segredo de justiça em fases processuais em que os arguidos e os seus defensores não podem aceder ao processo. Essas violações vão quase sempre no sentido de incriminar os suspeitos e de conduzir à formulação pública de juízos de culpabilidade sobre pessoas a quem a lei, ingenuamente, manda tratar como inocentes.

Há uma chocante promiscuidade entre certos sectores da investigação criminal e certos órgãos da comunicação social.

A gravação de conversas entre um jornalista e um juiz de um tribunal superior (que curiosamente desempenhava funções policiais durante a investigação do chamado «Processo Casa Pia»), gravação essa, aliás, efectuada ilicitamente por um dos intervenientes nessas conversas, esclareceu de forma lapidar qual a cultura e as preocupações que predominam em certos sectores das magistraturas e do jornalismo português.

Grande parte da investigação criminal faz-se para a comunicação social, com o intuito óbvio de criar artificialmente o alarme social necessário à aplicação de medidas de coacção mais severas e de condenações mais duras.

As violações cirúrgicas do segredo de justiça traduzem-se quase sempre em vantagens processuais para a acusação e em prejuízos para a defesa.

Em muitos casos os arguidos já chegam condenados à audiência de julgamento, sendo eles que têm de provar a sua inocência e não a acusação que tem de provar a sua culpabilidade.

A culpa necessária à condenação já fora previamente demonstrada na comunicação social, e de tal maneira, que ao julgador não



resta outra alternativa que não condenar os arguidos, senão acaba ele mesmo condenado a preceito por certos órgãos de informação, através da já consagrada fórmula tabelar — «policia prende, juiz solta».

Já se generalizou na sociedade portuguesa a convicção de que as violações do segredo de justiça não podem ser punidas porque certos jornalistas e certos jornais que publicam essas violações sabem demais.

Por outro lado, para certos órgãos de informação, a liberdade de imprensa transformou-se em pura «libertinagem de imprensa».

Perante a incapacidade dos jornalistas sérios e do próprio Estado em proteger esse valor fundamental da sociedade democrática, esses órgãos de pseudo informação acusam, denunciam, especulam e caluniam, sob a orientação de fontes judiciais anónimas, sempre sem qualquer respeito pela dignidade humana e pelos direitos mais elementares das suas vítimas.

É tempo de pôr cobro a essa promiscuidade.

Os tribunais deixaram de inspirar confiança aos cidadãos.

Como se pode compreender que as gravações de conversas telefónicas, ordenadas por um juiz no âmbito de uma investigação criminal, sejam colocadas na Internet, mais concretamente no *You Tube*, depois de os visados terem sido absolvidos e o processo ter sido arquivado?

Como se pode compreender que essas gravações não tenham sido destruídas quando deixaram de ter relevância como meio de prova ou, pelo menos, com o trânsito em julgado da decisão que absolveu os arguidos escutados?

O segredo de justiça foi transformado numa verdadeira farsa e já é tempo de lhe pôr termo — ou à farsa ou ao segredo.

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Primeiro-Ministro

A justiça portuguesa terá também de responder por que é que alguns magistrados violam as imunidades dos Advogados, ao realizar buscas aos seus escritórios para obter provas que incriminem os seus clientes, sem que nenhum Advogado seja suspeito da prática de qualquer crime.

Não é próprio de um Estado de direito, mas sim de Estados terroristas, a realização de buscas a um escritório para apreender a correspondência de um Advogado com o seu cliente, sem que esse Advogado seja suspeito de participação em algum crime.

Também não é juridicamente admissível (nem moralmente sério) constituir um Advogado arguido unicamente para legitimar processualmente a busca que se deseja.

Se um Advogado auxilia um seu cliente a cometer um crime — e, infelizmente, temos alguns que o fazem — então deve responder como qualquer criminoso, sem nenhum privilégio.

Mas se ele se limita a ajudar o seu cliente a defender-se em tribunal, então ele está a cumprir a sua obrigação profissional e, mais do que isso, está a desempenhar uma função importantíssima para o Estado de direito.

Não compreender isto é não compreender os pressupostos básicos do funcionamento da justiça no mundo civilizado.

As imunidades profissionais dos Advogados, nomeadamente, a garantia do sigilo profissional, foram criadas como garantias dos cidadãos e, por isso, são tão importantes para a boa administração da justiça como o é a independência dos juízes.

É necessário que os magistrados portugueses respeitem o sigilo profissional dos Advogados, enquanto valor superior da ordem jurídica indissociável da boa administração da justiça.

Infelizmente, os ataques às imunidades constitucionais e legais dos Advogados não têm partido apenas de alguns sectores judiciais.

Também de certos departamentos governamentais tem havido tentativas de desqualificar a Advocacia portuguesa, procurando colocá-la sob o escrutínio de uma polícia dependente directamente do governo.

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Primeiro-Ministro

O que se tem passado com as tentativas da ASAE em fiscalizar os escritórios de Advogados sob pretexto de verificar a existência de livros de reclamações só revela a incapacidade de alguns sectores do governo em compreender a essência da Advocacia.

Será próprio de um Estado de direito democrático atribuir a um órgão de polícia criminal, como é a ASAE, competência para fiscalizar a actividade profissional dos Advogados?

O Estado quer que a Advocacia portuguesa seja regulada pela Ordem dos Advogados com base num Estatuto aprovado por lei da Assembleia da República ou pretende também que seja o governo a regulá-la directamente com base em decretos-lei avulsos?

O Governo da República reconhece e respeita a independência dos Advogados portugueses, ou, pelo contrário, entende que o exercício do patrocínio forense (que a Constituição da República define no seu artigo 208.º como um elemento essencial à administração da Justiça), deve ficar, pelo menos parcialmente, sob o escrutínio de uma polícia económica dependente do próprio governo?

Sendo uma actividade privada, a Advocacia possui, no entanto, um relevantíssimo interesse público, já que é imprescindível à administração da justiça.

Ora, se o Estado delegou na Ordem dos Advogados os poderes para a sua regulação profissional, foi precisamente para salvar a independência dos Advogados.

Portanto, não faz qualquer sentido, que o próprio Estado venha depois avocar parte desse poder regulador para o entregar a um órgão policial, ameaçando, assim, a essência da profissão, ou seja, a sua independência.

Por isso, saudamos o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, recentemente aprovado, que, acolhendo as posições da OA, considerou que não é obrigatória a existência e disponibilização de livros de reclamações nos escritórios dos Advogados.

Saudamos esse parecer porque ele reconhece o óbvio, isto é, que a Advocacia reveste especificidades que impedem que seja equiparada a uma qualquer actividade mercantil e os escritórios dos Advogados reduzidos a meros estabelecimentos comerciais.

Lamenta-se é que ainda haja magistrados que, não compreendendo ou não aceitando essas especificidades, tenham chegado ao ponto de equiparar a confiança recíproca que tem de existir entre

um cidadão e o seu Advogado — confiança essa absolutamente necessária ao estabelecimento do mandato e ao efectivo exercício do patrocínio forense — à confiança que um consumidor deposita nos estabelecimentos comerciais do seu bairro.

São tão antigas as tentativas de desqualificar a Advocacia quão antigas são as tentações de domesticar os Advogados — umas e outras, felizmente, sempre foram e continuarão a ser votadas ao fracasso.

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Primeiro-Ministro

Uma última palavra apenas para sublinhar, mais uma vez, a necessidade urgente de se rever o actual regime de custas processuais.

O Estado deve garantir o acesso à justiça a todos os cidadãos.

A ninguém mais é lícito fazer justiça senão ao Estado, através de órgãos próprios que são os tribunais.

Por isso não pode o mesmo Estado cobrar as elevadas quantias que cobra aos cidadãos e às empresas pela péssima justiça que lhes presta.

Infelizmente, as exorbitantes taxas de justiça exigidas nos nossos tribunais tornaram a justiça uma espécie de bem de luxo que, em bom rigor, o Estado acaba por vender quase a preços de mercado.

É altura de pôr um fim a esta situação, tão escandalosa quanto é certo que em Espanha, aqui mesmo ao lado, a justiça é gratuita.

A gratuidade da justiça é hoje uma exigência da cidadania republicana.

Os cidadãos e as empresas têm direito à justiça e não podem ser afastados dela apenas porque o Estado, em vez de a prestar gratuitamente a todos optou por colocá-la ao alcance apenas de alguns.

E em ano de celebrações da República, esperemos que o Governo e a Assembleia da República estejam à altura das exigências republicanas em matéria de justiça.

Em nenhum país haverá democracia sem justiça e, em Portugal, não poderá haver justiça com um regime de custas processuais que impede tantas pessoas de ir a tribunal defender os seus direitos e interesses legítimos.

Muito obrigado.

*António Marinho e Pinto*  
BASTONÁRIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS



## O SISTEMA LUSÓFONO DE DIREITO (\*)

*Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro*

*SUMÁRIO:*

I — A revisão do comparatismo tradicional: 1. A ideia de sistema no Direito comparado; 2. Os critérios de determinação; a inversão; 3. Critérios preconizados; 4. A massa crítica. II — O peso das relações básicas e a língua: 5. O objecto da comparação: as obrigações; 6. O papel da linguagem; 7. A coesão científica e linguística das obrigações. III — As obrigações no Mundo: 8. Conspecto geral; 9. O sistema napoleónico; 10. O sistema romano-germânico; 11. O sistema anglo-saxónico; 12. O sistema islâmico; 13. O sistema chinês. IV — As obrigações em língua portuguesa: A — Na Europa: 14. Ordenações; 15. Pré-codificação; 16. O Código de Seabra; 17. A recepção do pandectismo; 18. O Código Vaz Serra (1966); 19. Evolução posterior; B — No Brasil: 20. Aspectos gerais; 21. O Código Civil de 1916; 22. O Código Civil de 2002; 23. Perspectivas; C — Em África: 24. Angola; 25. Cabo Verde; 26. Guiné; 27. Moçambique; 28. São Tomé e Príncipe; D — Na Ásia: 29. Goa, Damão e Diu; 30. Macau; 31. Timor. V — A autonomia do sistema lusófono: 32. As perspectivas planetárias; 33. As línguas nacionais e as obrigações; 34. O papel do português no Direito; 35. A esfera lusófona; 36. O sistema lusófono.

### **I — A revisão do comparatismo tradicional**

#### *1. A ideia de sistema no Direito comparado*

I. O Planeta oferece-nos uma Humanidade repartida por nações, por Estados e por diversas culturas. Acompanhando essa

---

(\*) O presente escrito aproveita parte de uma comunicação feita na Academia das Ciências de Lisboa, sob a presidência do Prof. Doutor Adriano Moreira.



fragmentação singraram, no Globo, diversas Ordens Jurídicas: tendencialmente uma por cada Estado, a que haveria ainda que somar os Estados plurilegislativos. Compete ao Direito comparado proceder ao cotejo entre dois ou mais ordenamentos diferentes, de modo a melhor conhecer as essências respectivas, explicando as suas origem e evolução <sup>(1)</sup>. Além disso, o Direito comparado permite aperfeiçoar as diversas Ordens Jurídicas <sup>(2)</sup>, acompanhando reformas e ponderando as consequências do que se faça. O Direito comparado é, ainda, um instrumento necessário para permitir, quando assim seja determinado pelas normas de conflitos, conhecer e aplicar o Direito estrangeiro. Finalmente, o Direito comparado revela-se fundamental nos actuais esforços de aproximação europeia <sup>(3)</sup>. Podemos dizer que o Direito comparado é, há muito, tomado como uma disciplina básica da Ciência do Direito <sup>(4)</sup>.

II. Uma das tarefas do Direito comparado — porventura a mais básica — é a de ordenar as ordens jurídicas em grandes grupos; também se fala em famílias de Direitos ou em estilos ou modelos jurídicos <sup>(5)</sup>. Trata-se de uma operação clarificadora, que permite transmitir com eficiência uma grande quantidade de informação e que facilita todas as ulteriores tarefas de investigação.

---

<sup>(1)</sup> O Direito comparado conheceu uma especial radicação após a publicação do Código Napoleão (1804); vide BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, *Comparative Law in France*, em REIMANN/ZIMMERMANN (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2008), 36-67; todavia, surgiu anteriormente: CHARLES DONAHUE, *Comparative Law before the Code Napoleon*, *idem*, 3-32.

<sup>(2)</sup> HEIN KÖTZ, *Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik*, *RabelsZ* 54 (1990), 203-216, acentuando os aspectos funcionais da “boa dogmática”.

<sup>(3)</sup> ULRICH EVERLING, *Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, *RabelsZ* 50 (1986), 193-232; HEIN KÖTZ, *Europäische Juristenausbildung*, *ZEuP* 1993, 268-278; HEINZ-PETER MANSEL, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, *JZ* 1991, 529-534.

<sup>(4)</sup> FRIEDRICH KÜBLER, *Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft*, *JZ* 1977, 113-118; logo no pós-guerra: KONRAD ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 15 (1949/50), 5-21.

<sup>(5)</sup> H. PATRICK GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 421-440.

Pela nossa parte, recuperada a ideia kantiana de sistema <sup>(6)</sup>, falaremos em sistemas de Direito. Estes derivam da possibilidade de reconduzir diversas Ordens Jurídicas nacionais a grandes postulados unitários. Pois bem: quando distintos ordenamentos apresentem, em comum, aspectos ponderosos que os aproximam, distinguindo-os dos demais, podemos ordená-los num sistema. Admitimos, todavia, que a mesma ideia pudesse ser expressa com recurso a “modelo”.

III. A noção de sistema, assim tomada, é formal. Podemos arvorar qualquer factor comum a eixo ordenador do sistema. Por essa via, teremos, por exemplo, sistemas de Direito europeus e extraeuropeus; de língua francesa ou de língua inglesa; socialistas ou capitalistas; democráticos ou totalitários e assim por diante.

O grande desafio está em compor sistemas com base em elementos intrínsecos, que tenham uma efectiva utilidade jurídico-científica.

## 2. Os critérios de determinação; a inversão

I. A fixação de critérios para a determinação de sistemas ou famílias de Direitos, para efeitos comparatísticos, é um tema clássico do Direito comparado. Têm sido apresentadas várias soluções <sup>(7)</sup>, cabendo referir a de Zweigert/Kötz <sup>(8)</sup>, que estudam, sucessivamente, os seguintes círculos jurídicos: românico; alemão; nórdico; *common law*; extremo oriente (China e Japão); religiosos (islâmico e hindu). Admitem, ainda, círculos “híbridos” <sup>(9)</sup>, que

---

<sup>(6)</sup> Veja-se a introdução à tradução portuguesa de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2.<sup>a</sup> ed. (1996), LXIV ss., ambas de nossa autoria.

<sup>(7)</sup> Remetemos para KONRAD ZWIEGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. (1996), § 5 (62 ss., com indicações). Entre nós: CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito comparado*, 2.<sup>a</sup> ed. (1998), 31 ss. e DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, I — *Introdução e parte geral* (2008), 63 ss..

<sup>(8)</sup> ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., § 6, IV (73).

<sup>(9)</sup> Sobre esse tema: JACQUES DU PLESSIS, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 477-512.

levantam dificuldades de recondução: o grego, o da Louisiana, o do Québec, o da Escócia, o da África do Sul, o de Israel, o das Filipinas, o de Porto Rico e o da China Continental. Com flutuações, podemos afirmar que a classificação apresentada surge, de uma forma ou de outra, nos diversos estudiosos do Direito comparado <sup>(10)</sup>.

II. Os referidos comparatistas (Zweigert e Kötz), que consideramos representativos do actual comparatismo, apresentam, como estando na base da ordenação por eles preconizada, os critérios seguintes <sup>(11)</sup>:

- 1) a origem e o desenvolvimento históricos das ordens jurídicas;
- 2) uma forma específica do pensamento jurídico nelas dominante;
- 3) institutos jurídicos especialmente característicos;
- 4) tipo de fontes e sua interpretação;
- 5) factores ideológicos.

A origem e o desenvolvimento históricos permitiriam isolar o sistema da *common law* e, com mais dificuldade, o francês e o alemão; a forma específica do pensamento jurídico contrapor a *common law* aos sistemas continentais; os institutos jurídicos marcantes permitiriam separar a *common law* e contrapor o círculo francês (causa, acção directa, *actio de in rem verso*) ao alemão (cláusulas gerais, contratos reais abstractos, *culpa in contrahendo*, base do negócio, enriquecimento sem causa e registo predial); o tipo de fontes e de interpretação permite, de novo, isolar a *common law*; os factores ideológicos, a que se acrescentam os religiosos, isolam as ordens jurídicas chinesa, hindu, islâmica e outras <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> RENÉ DAVID/CAMILLE JAUFFRED-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.<sup>a</sup> ed. (2002), 15 ss.; estes Autores referem as seguintes famílias: romano-germânica, russa, *common law* e outras (muçulmana, hindu e extremo-oriente); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado* cit., 1, 95 ss., considera, por seu turno, as famílias seguintes: romano-germânica, *common law*, muçulmana, dos sistemas africanos, hindu e chinesa.

<sup>(11)</sup> ZWEIFERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., § 5, III (68).

<sup>(12)</sup> *Idem*, 68-71.

III. Estamos perante critérios empíricos que, do nosso ponto de vista, mais não fazem do que procurar justificar, *a posteriori*, uma ordenação intuída. Abreviando, parece claro que os sistemas de *common law* se distinguem dos continentais por qualquer dos parâmetros em jogo, excepto o “ideológico”. A separação entre os sistemas românico (francês) e alemão já é complicada, exigindo referências a institutos especializados. Os elementos ideológicos e religiosos acabaram por ter reflexos em áreas pessoais, familiares e sucessórias. Do ponto de vista técnico e nas áreas nucleares, não é discutível a recondução, por exemplo, dos Direitos coreano (Sul), grego, japonês e turco ao sistema germânico.

No fundo, o que se passa é o seguinte: o núcleo histórico do comparatismo trabalha na base da contraposição entre os Direitos alemão, francês e inglês. Só com dificuldade considera outras experiências, fazendo-o em termos por vezes clamorosamente errados.

As pretensões de universalismo hoje patentes nos comparatistas e o próprio fenómeno de globalização obrigam a rever os critérios tradicionais do comparatismo clássico (13).

### 3. *Critérios preconizados*

I. O Direito é uma realidade muito complexa. Desde logo, tem uma natureza histórico-cultural. Obedece a inúmeros parâmetros, de tal modo que, muitas vezes, nem pode ser explicado na sua génese: tem uma natureza ontológica, comparável à da língua. De seguida, implica uma aprendizagem. Desde o Direito romano que perguntar pela essência do jurídico obriga a indagar como se faz o seu ensino. O Direito comporta fenómenos de recepção: uma determinada Ciência Jurídica pode ser adoptada por uma comunidade, independentemente de fenómenos de dominação económica, política ou militar. Basta pensar na recepção do Direito romano,

---

(13) HORATIA MUIR WATT, *Globalization and Comparative Law*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 579-607.

ocorrida por três vezes no último milênio, nalguns países europeus: no século XII, com as universidades, no século XVI, com o humanismo e no século XIX, com o pandectismo.

Tanto chega para não ser possível fixar um mapa planetário dos sistemas jurídicos, sem ter em conta o ensino e as recepções da Ciência do Direito. Basta recordar os códigos civis grego, japonês e turco, de estilo germânico, bem como o Código Civil da China Continental, que entra em vigor no presente ano de 2010, também de tipo alemão. Temos, como primeiro critério, a autonomia do ensino e das recepções condicionantes do sistema considerado <sup>(14)</sup>.

II. O relevo do ensino e a eventualidade das recepções não devem obnubilar o papel da História e a constância das instituições ou de algumas delas. Um sistema coerente ou está totalmente assente em recepções ou depende, nalguma medida, daquilo que o antecedeu. Tanto basta para apresentar, como segundo critério, a consistência histórico-cultural.

III. Um terceiro parâmetro é o da língua. Como abaixo procuraremos aprofundar, o Direito surge como um domínio linguisticamente condicionado. O Direito romano deve a sua precisão ao latim: um tanto à semelhança do actual Direito alemão, que nunca atingiria o nível de analitismo que o torna tão sedutor, se não fora a língua que o veicula.

Não parece realista descobrir sistemas jurídicos planetários sem considerar o fenómeno linguístico. Temos, por isso e como terceiro critério, o condicionamento linguístico. Um sistema autónomo assenta num idioma específico <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> MICHELE GRAZIADEL, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 441-475.

<sup>(15)</sup> A diversidade linguística coloca, só por si, específicos problemas ao Direito comparado: VIVIAN GROSSWALD CURRAN, *Comparative Law and Language*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 675-707; mas vamos mais longe: ela condiciona os sistemas.

#### 4. *A massa crítica*

I. Na fixação de grandes sistemas de Direito, temos ainda uma exigência, empírica mas inevitável: a da massa crítica. O moderno comparatismo tem uma pretensão de universalismo. Tanto basta para que, a um sistema de Direito, se deva exigir uma certa dimensão geográfica e humana.

O Direito alemão será, quanto sabemos, o Direito mais aperfeiçoado e evoluído do Planeta: sejam quais forem os critérios e isso nos seus diversos âmbitos. Seria, porém, deslocado descobrir, nele, um sistema mundial, apenas por ser compartilhado pela Alemanha, pela Áustria e pela Suíça, pelo menos em parte. De facto, o essencial do sistema alemão foi recebido em todo o Mundo, tendo conquistado, recentemente e segundo parece, a maior nação do Planeta: a China Continental. Este aspecto é, curiosamente, pouco enfocado (quando não: desconhecido) pelos comparatistas de Além-Reno, mas é bem real.

Podemos admitir que um pequeno País disponha de uma Ordem Jurídica coerente, avançada e totalmente diferente das dos demais: isso não permite falar num “sistema de Direito” mas, tão-só, um Direito autónomo.

II. Que dimensões devemos exigir para se falar em massa crítica? Tentemos o método das aproximações. O Direito inglês, só por si, estaria confinado a um Estado e a parte das Ilhas Britânicas. Mas se considerarmos a sua expansão aos Estados Unidos, a parte do Canadá, a parte da Índia, a Hong-Kong, à Austrália e à Nova Zelândia, teremos uma imagem humana, económica e geográfica que permite considerar presente a tal massa crítica.

O Direito francês limita-se ao hexágono gaulês e à Bélgica: é pouco. mas tem manifestações efectivas no Québec, na Louisiana, em vários Estados francófonos e em diversos Países do Norte de África, incluindo o Egipto. Além disso, toma corpo em muitos ordenamentos de fala castelhana. Passa no teste.

O Direito islâmico está difundido por dezenas de Estados e aproxima-se da fasquia do bilião de praticantes. A ter efectiva autonomia (isto é: a não se limitar a aspectos familiares mais circuns-

critos, questão que não tem de ser aqui solucionada), tem, seguramente, uma massa crítica.

Os Direitos chinês e hindú, a não se reconduzirem ao sistema alemão e ao anglo-saxónico, respectivamente, teriam seguramente e cada um deles, massa crítica: ultrapassam o bilião de praticantes.

III. Já Direitos como o holandês (evoluído do francês e com cariz próprio) e o italiano (também evoluído do francês, sob influência alemã, e com autonomia clara), notáveis e muito interessantes, não podem aspirar, com realismo, a “sistemas de Direito” de cariz planetário. Não lograram, no Globo, uma expansão bastante. O mesmo se diga do “sistema” nórdico, circunscrito à Escandinávia e regendo algumas dezenas de milhões de pessoas.

IV. A presença de uma massa crítica não é um mero dado quantitativo, com expressão estatística. De facto, apenas a partir de uma certa dimensão teremos universidades bastantes, uma doutrina autónoma, tratados, manuais, monografias e revistas especializadas e uma vivência auto-suficiente. Além disso e num Mundo em mutação constante, apenas uma massa crítica dá garantias de perenidade e de futuro.

V. Resta definir “massa crítica”. O Mundo que conhecemos resultou da expansão da Europa moderna: primeiro, atlântica e, depois, índica e pacífica. Tirando os casos extremos da China e da Índia, com os seus biliões de habitantes, haverá que requerer, pelo menos, uma presença pluricontinental e algumas centenas de milhões de praticantes. Esses dados fácticos poderão ser reforçados pelo peso cultural (caso de França), pela unidade linguística (*common law*) ou pela elevação doutrinária (caso do sistema germânico).

Veremos se é possível equacionar, nestes domínios, o Direito lusófono: caso este exista.



## II — O peso das relações básicas e a língua

### 5. *O objecto da comparação: as obrigações*

I. O Direito comparado deve recair sobre as relações básicas dos ordenamentos em presença: tendencialmente, todos os que possam ser reconduzidos a grandes sistemas. Sem prejuízo pelo papel científico, cultural e social que assumam, não é realista fixar sistemas universais na base de particularismos atinentes ao Direito de família ou das sucessões, ao Direito constitucional ou à Administração Pública. A História recente mostra que aspectos organizativos e publicísticos fundamentais podem mudar sem que isso decida do destino sistemático do Direito considerado. Como exemplos: a ex-República Democrática Alemã não deixou o sistema germânico em 1949 (ou 1975, data da publicação do *Zivilgesetzbuch*, que substituiu o BGB), a ele regressando em 1991, com a reunificação: o interlúdio soviético não modificou a cultura profunda do respectivo ordenamento<sup>(16)</sup>; o Portugal do Estado Novo não mudou de sistema com a Revolução de 1974-1975, nem com a Constituição de 1976.

II. A comparação de Direitos, para ser frutuosa, deve ainda recair sobre realidades comparáveis. Essa comparabilidade exige institutos funcionalmente captáveis e reportados a modelos de decisão jurídica claros e economicamente identificáveis<sup>(17)</sup>.

Tudo isso leva-nos ao Direito das obrigações. Nos nossos dias, qualquer Direito conhece institutos como o contrato, a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. De resto, é precisamente nesses domínios que trabalha o comparatismo tradicional<sup>(18)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Esta afirmação pode ser demonstrada através de concretização do “princípio da moral socialista”, equivalente ao da boa fé ocidental; vide o nosso *Da boa fé no Direito civil* (1985, 5.ª reimp., 2009), 1268-1271.

<sup>(17)</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito comparado, ensino e método* (2000), 149 ss..

<sup>(18)</sup> Sempre como paradigma: ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed. cit., 314 ss., 538 ss. e 597 ss., respectivamente quanto ao contrato, ao enriquecimento sem causa e ao delito.

III. Além de se reportar a uma realidade objectiva comum aos vários Povos, o Direito das obrigações rege as relações básicas entre as pessoas e afina os diversos conceitos usados, depois, noutras áreas. Está em jogo uma Ciência Jurídica profunda, pouco sensível a modas e a flutuações sócio-políticas. Em suma: exprime, por excelência, a vivência jurídica real, interferindo em todas as outras áreas do ordenamento. Temos em conta um Direito das obrigações material, o qual envolve a doutrina do negócio jurídico e a formação dos contratos, deslocada, nalguns Direitos, para a “parte geral”.

IV. Resta adiantar: um sistema de Direito comparatisticamente admitido abrangerá ordens jurídicas reconhecíveis pelos Direitos das obrigações respectivos. Paralelamente, na presença de Direitos das obrigações distintos, não há lugar para a inclusão num mesmo sistema.

## 6. *O papel da linguagem*

I. Num breve acervo de nótulas metodológicas introdutórias ao Direito comparado, é importante referenciar o papel substantivo da linguagem.

Na origem, encontramos as correntes que integram a denominada Filosofia da Linguagem e que constituem como que o contraponto cultural aos esquemas abstractos da hermenêutica pós-existencialista<sup>(19)</sup>. Vamos sintetizar o essencial<sup>(20)</sup>.

---

(19) FRIEDRICH MÜLLER, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts* (1997), 55 ss. e GEORG PAVLAKOS, *Persons and norms: on the normative groundwork of discourse-ethics*, ARSP 85 (1999), 7-22; refira-se ainda o já clássico de JOHN LANGSHAW AUSTIN, *How to do Things with Words* (1975), trad. al. *Zur Theorie der Sprechakte*, 2.<sup>a</sup> ed. por EIKE VON SAVIGNY (1979). Em todo este domínio, é incontornável LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tractatus lógico-philosophicus* (1922, sendo usada aqui a 3.<sup>a</sup> ed. da Suhrkamp, 2003).

(20) Entre nós e com aplicação ao negócio jurídico, veja-se o muito importante 2.º vol. de FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico* (1990).

II. As fórmulas jurídicas correspondem a abstrações. A sua aprendizagem e a sua comunicação não se fazem — pelo menos por agora — em termos de pensamento puro: os seres humanos são obrigados, pelas suas limitações, a operar através da linguagem, isto é, através de figurações fonéticas com correspondência escrita e das subseqüentes combinações estudadas pela gramática e pela semântica. Um conceito jurídico é, assim, uma fórmula linguisticamente condicionada ou melhor: ontologicamente linguística. Comunicar um conceito é transmitir a figuração linguística que lhe corresponda. Pensar nesse conceito é, antes do mais, invocar essa mesma figuração. O jurista não “pensa” em termos puros: estes são susceptíveis, apenas, de dar corpo a sentimentos básicos ou a estruturas muito genéricas e indiferenciadas.

III. Este estado de coisas dá azo a três proposições que compete ter sempre em conta, num qualquer discurso humano. Assim:

- os conceitos são viabilizados ou potenciados pela linguagem;
- as justificações podem ser meramente linguísticas;
- é possível um metadiscurso, isto é, um discurso que não se reporte à realidade em si mas, apenas, às locuções que a descrevam.

A primeira proposição tem um papel decisivo no Direito comparado. Os conceitos são viabilizados ou potenciados pela linguagem: trata-se do ponto de partida de toda a rubrica relativa ao papel substancial da linguagem. O Direito comparado permite ilustrar esta afirmação da melhor forma: uma obrigação será simples ou complexa, consoante o idioma em que ela seja expressa compreenda ou não um termo para a exprimir; na hipótese negativa, somos obrigados a recorrer a um conjunto de expressões — e, portanto: a um conjunto de deveres — para traduzir o que, de outro modo, surgiria como dever único. Certos contratos ocorrem como tipos autónomos nos Direitos cujos idiomas comportem expressões próprias. Por exemplo: no Direito alemão e no Direito italiano aparece, como autónoma, a figura da “locação de coisa produtiva”, ao contrário do que sucede no Direito português; quer a língua alemã,

quer a italiana têm termos unitários para designar essa figura: *Pacht* e *affitto*, respectivamente <sup>(21)</sup>. No limite, podemos afirmar que um Direito nacional — particularmente: um Direito civil nacional — será verdadeiramente distinto dos restantes na medida em que assente numa língua diferenciada <sup>(22)</sup>.

IV. As segunda e terceira proposições também são ponderosas, ainda que por uma via diversa. Vamos vê-las.

Perante um problema, pode-se encontrar uma efectiva solução material que o resolva. Mas pode-se tudo deixar em aberto, recorrendo ao subterfúgio de uma (simples) composição verbal. O exemplo histórico mais conhecido no campo do Direito é o da afirmação, na relação de trabalho, de uma situação comunitário-pessoal <sup>(23)</sup>. Procurando resolver o problema da litigiosidade entre trabalhadores e empregadores, veio pura e simplesmente afirmar-se que, entre uns e outros, haveria uma relação de tipo comunitário-pessoal que daria corpo a uma solidariedade de interesses. Os problemas continuaram. Linguisticamente, porém, tudo ficou resolvido.

No Código Civil encontramos exemplos de soluções linguísticas: não podendo — ou querendo — optar entre uma orientação objectivista (pensamento da lei) e uma orientação subjectivista (pensamento do legislador), o artigo 9.º/1 remeteu para um (ambíguo) “pensamento legislativo”. Tudo ficou resolvido apenas na linguagem <sup>(24)</sup>.

Nos contratos, as soluções linguísticas são frequentes. Querendo contratar mas não conseguindo chegar totalmente a acordo,

---

<sup>(21)</sup> Quanto ao *Pacht*, cf. os §§ 581 e seguintes do BGB; quanto ao *affitto*, os artigos 1615 e seguintes do Código italiano.

<sup>(22)</sup> JEAN-LOUIS SOURIOUX, *Pour l'apprentissage du langage du droit*, RTDC 1999, 343-353 e HANS HATTENHAUER, *Zur Zukunft des Deutschen als Sprache der Rechtswissenschaft*, JZ 2000, 545-551 (546); este Autor — *idem*, 549 — chama a atenção para os problemas suscitados pela tradução do Código Civil alemão em língua inglesa.

<sup>(23)</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica laboral; perspectivas dogmáticas do Direito do trabalho*, sep. ROA, 1982, 27 ss..

<sup>(24)</sup> A Constituição de 1976, na sua versão inicial, era muito pródiga em compromissos vocabulares; visando um consenso inexistente, ela consagrou, lado a lado, princípios contraditórios. A interpretação e, sobretudo, as revisões constitucionais subsequentes ultrapassariam os problemas assim deixados em aberto.

as partes optam seja por consagrar fórmulas ambíguas seja por, pura e simplesmente, colocar, lado a lado, esquemas contraditórios. Tudo é transferido para o momento da execução do contrato.

Finalmente: o discurso jurídico pode reportar-se não à realidade em si, mas apenas a determinada palavra. Por exemplo, uma discussão sobre a “Justiça” poderá fixar a complexa realidade subjacente ou centrar-se, apenas, sobre o termo “Justiça”. Teremos, então, um metadiscurso, fonte de pseudo-soluções, todas elas meramente vocabulares.

Pois bem: o nível meramente linguístico de certas proposições e a possibilidade de metadiscursos podem dificultar o comparatismo. Pense-se no sistema soviético, de Direito, perfeitamente consagrado e objecto de análises infundáveis dos comparatistas. Como pode ter desaparecido subitamente? Provavelmente, nunca teve verdadeira autonomia substancial <sup>(25)</sup>: assentava em abundantes desenvolvimentos linguísticos e dependia de um metadiscurso ideológico que não bulia nas estruturas jurídico-científicas fundamentais.

V. A linguagem, em Direito, deve ser técnica, precisa, simples e correcta. Quando se possa exprimir um pensamento ou uma ideia em termos simples, nenhuma vantagem há em fazê-lo de modo complicado. De outro modo, além do mau serviço cultural, poderemos criar situações que ponham em causa a bondade e a natureza científica das soluções que se alcancem.

Cumpra ainda acentuar o seguinte. A linguagem comum, particularmente quando se trate de línguas latinas <sup>(26)</sup>, é muitas vezes imprecisa: ambígua, vaga ou polissémica. Um bom discurso jurídico deve ultrapassar essas limitações apresentando-se, pelo menos, mais preciso. Adiante veremos o papel da língua portuguesa no Direito.

---

<sup>(25)</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito comparado*, 2.<sup>a</sup> ed. cit., 33-34.

<sup>(26)</sup> FRIEDRICH E. SCHNAPP, *Von der (Un-)Verständlichkeit der Juristensprache*, JZ 2004, 473-481, fez essa mesma afirmação em relação à própria língua alemã, tendencialmente mais precisa do que as latinas.

## 7. *A coesão científica e linguística das obrigações*

I. O Direito comparado deve ter consciência de que certos sectores normativos vivem dominados por soluções linguísticas e por metadiscursos. Veja-se a evolução da linguagem constitucional, nos últimos cinquenta anos. Ora para fixar sistemas de Direito, devemos transcender modas e contingências. Isso leva-nos a procurar o núcleo duro dos ordenamentos, dotado de funções comparáveis nas várias ordens jurídicas e pouco sensível às modas: o Direito das obrigações. Este sector civil apresenta dois pólos essenciais, que se retratam já no Direito romano <sup>(27)</sup>: a área contratual e a área delitual. A primeira dá azo à generalidade das obrigações, obrigações essas que servem, em muitos pontos, de matriz à própria matéria delitual; a segunda preenche o domínio fundamental da responsabilidade civil. Mas para além desses dois pólos, o Direito das obrigações dispõe de uma forte estruturação científica.

II. Vamos procurar explicitar a coesão científica do Direito das obrigações através de alguns tópicos. Assim:

- a extensão da matéria;
- a afinação da linguagem;
- a experimentação e o aperfeiçoamento dos institutos;
- a densidade doutrinária.

A extensão da matéria leva a que poucas questões não tenham um posicionamento obrigacional. Noutros termos: para qualquer problema da vida real, há uma solução de Direito das obrigações. Ainda que, concretamente, devam prevalecer saídas impostas por outras disciplinas, o Direito das obrigações seria sempre capaz de apontar composições equilibradas. Estas, de resto, são úteis, mesmo quando não aplicáveis: têm um papel de sindicância, exprimindo um equilíbrio sistemático que só por especiais razões pode ser quebrado.

---

<sup>(27)</sup> Como veremos, essa contraposição surge, hoje, muito nítida, no sistema anglo-saxónico, através da divisão entre *contracts* e *torts*.

III. A afinação da linguagem prende-se com a antiguidade da matéria, o seu contínuo aperfeiçoamento e, sobretudo: com a natureza abstracta dos vínculos obrigacionais e dos regimes a eles relativos. Noutras disciplinas, o Direito é “visível”: desde os direitos reais à família, às sucessões, ao Direito público e ao próprio Direito constitucional. Nas obrigações, há que recorrer a figurações linguísticas. Isso só será funcional na medida em que as pessoas usem, entre si, uma linguagem precisa. E precisos terão de ser, por maioria de razão, os operadores jurídicos e, *maxime*, o juiz. A essa luz, compreende-se a utilidade do uso instrumental de línguas analíticas, como o latim e o alemão, para melhor apreender o exacto alcance dos conceitos. Em consequência desta afirmação, o Direito das obrigações prepara e reelabora a generalidade das formulações linguísticas usadas nas diversas disciplinas privadas e em todo o tecido normativo e jurídico-científico.

IV. A experimentação e o aperfeiçoamento dos institutos têm a ver com a antiguidade, a perenidade e a intensidade do Direito das obrigações. As diversas regras foram aplicadas ao longo da História e em ambiências distintas: muitos milhares de vezes. Existe, nesse nível, um gigantesco laboratório onde as teorias e as saídas podem ser testadas e aperfeiçoadas. O moderno Direito das obrigações é um código de justiça e de equilíbrio: o melhor que a Humanidade logrou aprontar, após milénios de erros e de tentativas.

A maioria das novidades jurídico-científicas surgidas, no passado ou nos nossos dias, tem a ver com o Direito das obrigações: directa ou indirectamente. De novo se manifestam as virtualidades da experimentação e do aperfeiçoamento.

V. Finalmente, a coesão científica das obrigações apoia-se na densidade doutrinária. Sobre os diversos temas é possível coligir uma bibliografia infinda. A vida de um ser humano seria insuficiente para esgotar um simples desses temas. Torna-se, assim, possível avançar com uma coesão muito elevada.

Em suma: se há uma área onde a verdadeira essência dos sistemas jurídicos deverá transparecer, com significado, será a das obrigações.



### III — As obrigações no Mundo

#### 8. *Conspecto geral*

I. No desenvolvimento subsequente, damos por adquiridas as considerações gerais sobre as codificações, a sua origem e a sua evolução <sup>(28)</sup>. Na presente rubrica interessar-nos-ão, pelas razões apontadas, apenas os aspectos relativos ao Direito das obrigações. E ainda aí, vamos relevar não propriamente as diversas experiências nacionais mas, antes, os grandes sistemas que repartem o Globo. Tudo isso pressupõe um conhecimento desenvolvido da matéria, que cumpre remeter para os comparatistas <sup>(29)</sup>.

II. O Planeta, como foi referido, é repartido por centenas de Direitos privados: todos com a sua História, a sua dignidade e a sua aptidão para acolher a reflexão jurídico-científica dos interessados. Na base das considerações acima efectuadas, e apelando aos critérios do ensino e das recepções, da consistência histórico-cultural, do condicionamento linguístico e da massa crítica, vamos distinguir, desde já, cinco sistemas planetários:

- o sistema napoleónico;
- o sistema romano-germânico;
- o sistema anglo-saxónico;
- o sistema islâmico;
- o sistema chinês.

Outros poderiam ser considerados, como o indiano: a este faremos, todavia, uma referência breve, a propósito da experiência de Goa.

III. Na concretização desses cinco sistemas, vão-nos interessar critérios técnicos, particularmente os mais relevantes, para o

---

<sup>(28)</sup> Vide o nosso *Tratado de Direito civil*, I — *Parte geral*, tomo 1, 3.<sup>a</sup> ed. (2005, reimp., 2009), 73 ss..

<sup>(29)</sup> Em especial: KONRAD ZWEIFERT/HEINZ KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., 62 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado* cit., 1, 70 ss.

Direito das obrigações. Com efeito, é evidente que os sistemas napoleónico, romano-germânico e anglo-saxónico operam em sociedades muito semelhantes, todas comungantes da cultura ocidental. Aliás, os países que os encabeçam estão empenhados numa experiência de integração económica, social e política que terá, pelo menos, o efeito de os aproximar: especialmente no tocante ao Direito das obrigações. O próprio sistema chinês continental, tanto quanto é perceptível e um tanto à semelhança dos sistemas japonês e coreano, está hoje próximo do romano-germânico, enquanto o Direito de Hong-Kong é de tipo anglo-saxónico.

Apesar de as conexões comparatisticamente mais complexas estarem sempre presentes, vamos privilegiar a contraposição técnica como ponto de partida. No final, testaremos a possível autonomia de um sistema lusófono.

## 9. *O sistema napoleónico*

I. O sistema napoleónico das obrigações resulta do Código Civil francês ou Código Napoleão, de 1804<sup>(30)</sup>. Na sua origem temos o desenvolvimento próprio da sistemática humanista, montado pelos grandes jurisprudentes elegantes Cujacius (1522-1590) e Donellus (1527-1591) e ordenados por afeiçoados ao jusracionismo: Domat (1625-1696) e Pothier (1699-1772)<sup>(31)</sup>. Daí resultaria,

---

<sup>(30)</sup> Não nos parece hoje possível falar num sistema românico, que envolveria os Direitos francês, italiano e ibérico-americano; num erro que surge na melhor doutrina — p. ex., WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* / I — *Frühe und religiöse Rechte / Romanischer Rechtskreis* (1975), 425 ss., que se limita, quanto ao Direito português a, transcrevendo Zweigert, se interrogar sobre se ainda pertencerá a esse sistema (e não ao germânico): chega mesmo a considerar o Código de 1966 como uma segunda versão portuguesa do Código francês [a primeira seria o Código de Seabra (!)], ob. cit., 580.

<sup>(31)</sup> Vide o nosso *Tratado* I/1, 3.<sup>a</sup> ed., 69 ss. e 74 ss. Quanto à elaboração do Código Civil francês: JEAN-FRANÇOIS NIORT, *Homo civilis / Contribution à l'histoire du Code Civil français*, 1.<sup>o</sup> vol. (2004), com indicações; FRANÇOIS EWALD (publ.), *Naissance du Code Civil / Travaux préparatoires du Code Civil* (2004); a apresentação de JEAN-DENIS BREDIN à ed. *fac simile*, *Code Civil des français / Bicentenaire, 1804/2004* (2004), e a 1.<sup>a</sup> parte de AAVV, *1804/2004, Le Code Civil / Un passé, un présent, un avenir* (2004). Entre os Autores do Código Civil, uma referência a PORTALIS; vide JEAN-LUC A.

mercê da direcção exercida por Napoleão e da presença, em comissão, de juriconsultos de génio, o primeiro grande código civil.

II. O Código Napoleão acolheu o Direito romano da sua época, dando-lhe uma arrumação racional intuitiva, com projecção do pensamento libero-individualista. Depois de um título preliminar sobre a publicação, os efeitos e a aplicação das leis em geral (1.º a 6.º), comporta três livros:

- Livro I — Das pessoas (7.º a 515.º);
- Livro II — Dos bens e das diferentes modificações da propriedade (516.º a 710.º);
- Livro III — Das diferentes maneiras por que se adquire a propriedade (711.º a 2283.º).

Trata-se de uma arrumação geral bastante lógica <sup>(32)</sup>, mas que não tem em conta a materialidade jurídica subjacente. Há, pois, que descer às subdivisões do Código, de modo a apreendê-la.

III. A matéria das obrigações surge no livro III: mas em parte dele. Com efeito, o livro em causa tem a seguinte arrumação <sup>(33)</sup>:

- Título I — Das sucessões (720.º a 892.º);
- Título II — Das doações entre vivos e dos testamentos (893.º a 1100.º);
- Título III — Dos contratos ou das obrigações convencionais (1101.º a 1369.º);
- Título IV — Dos compromissos (“*engagements*”) que se formam sem convenção (1370.º a 1386.º);
- Título IV bis — Da responsabilidade pelo facto de produtos perigosos (1386.º/1 a 1386.º/16) <sup>(34)</sup>;

---

CHARTIER, *Portalis, père du Code Civil* (2004) e PEDRO SOARES MARTINEZ, *O pensamento filosófico de Portalis*, RFDUL 2006, 9-17.

<sup>(32)</sup> Vide JEAN RAY, *Essai sur la structure logique du Code Civil français* (1926), 196 ss..

<sup>(33)</sup> Disponível: *Code Civil* da Dalloz, 109.ª ed. (2010).

<sup>(34)</sup> Aditado pela Lei 98-389, de 19-Mai.-1998, em transposição da Directriz n.º 85/374, de 25-Jul., relativa à responsabilidade do produtor.

Título V	— Do contrato de casamento e dos regimes matrimoniais (1387.º a 1581.º);
Título VI	— Da venda (1582.º a 1701.º);
Título VII	— Da troca (1702.º a 1707.º);
Título VIII	— Do contrato de locação (1708.º a 1831.º);
Título VIII bis	— Do contrato de promoção imobiliária (1831.º/1 a 1831.º/5) <sup>(35)</sup> ;
Título IX	— Da sociedade (1832.º a 1873.º);
Título IX bis	— Das convenções relativas aos direitos indivisos (1873.º/1 a 1873.º/18) <sup>(36)</sup> ;
Título X	— Do empréstimo (1874.º a 1914.º);
Título XI	— Do depósito e do sequestro (1915.º a 1963.º);
Título XII	— Dos contratos aleatórios (1964.º a 1983.º);
Título XIII	— Do mandato (1984.º a 2010.º);
Título XIV	— Da fiança (2011.º a 2043.º);
Título XV	— Das transacções (2044.º a 2058.º);
Título XVI	— Do compromisso (2059.º a 2061.º) <sup>(37)</sup> ;
Título XVII	— Do penhor (2071.º a 2091.º);
Título XVIII	— Dos privilégios e hipotecas (2092.º a 2203.º);
Título XIX	— Da execução e das graduações de credores (2204.º a 2218.º);
Título XX	— Da prescrição e da posse (2219.º a 2283.º).

Como se vê, releva o título III, quanto às obrigações em geral, o título IV, sobre a responsabilidade civil e os títulos VII a XVI, referentes aos diversos contratos. Depois poderíamos ainda apontar os títulos XVII e XVIII, sobre garantias reais e parte do XX, quanto à prescrição.

A arrumação do Código Napoleão foi adoptada pela doutrina francesa, nas diversas fases da exegese <sup>(38)</sup>.

<sup>(35)</sup> Aditado pela Lei 71-579, de 16-Jul.-1971, com alterações subsequentes.

<sup>(36)</sup> Aditado pela Lei 76-1286, de 31-Dez.-1976.

<sup>(37)</sup> Os artigos 2062.º a 2070.º foram revogados pela Lei de 22-Jul.-1867.

<sup>(38)</sup> Assim: HENRI-JEAN BAPTISTE DARD, *Code Civil des français avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, edits et déclarations qui ont rapport à chaque article ou Conférence du Code Civil avec les lois anciennes* (1805), 217 ss., quanto às obrigações; M. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, tomo 3.º (1824); M. DURAN-

IV. Mais tarde, num esforço a que não é alheia uma certa influência do pensamento jurídico alemão, a doutrina veio a arrumar a matéria em “bens” (direitos reais), Direito das obrigações (em geral), contratos, Direito das pessoas e da família e Direito das sucessões. A ordem respectiva varia, consoante os autores <sup>(39)</sup>.

A preparação do Código Civil alemão foi seguida com interesse em França, sendo de recordar o esforço de Saleilles, na divulgação do BGB no hexágono gaulês <sup>(40)</sup>. O método alemão aplicado ao Código Napoleão surgiu na Renânia onde, até ao advento do BGB, vigorou uma versão em alemão daquele diploma <sup>(41)</sup>. Nesse âmbito, Zachariä elaborou um manual de Direito francês, escrito em língua alemã <sup>(42)</sup> e, mais tarde, vertido para francês <sup>(43)</sup>. Teve influência, vindo a ser aproveitado por Charles Aubry (1803-1883) e Frédéric-Charles Rau

---

TON, *Cours de droit civil français suivant le Code Civil*, tomo 10 (1830); segue nos tomos subsequentes; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente ou commentaire du titre VI du livre III du code civil*, 2.<sup>a</sup> ed., a partir de 1835; M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie & Pratique des Obligations en commentaire des titres III & IV, Livre III, du Code Napoléon*, I (1857) (5 volumes no total); V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5.<sup>a</sup> ed., tomo 4 (1859), 328 ss. e tomo 5.<sup>o</sup>, 5.<sup>a</sup> ed. (1859), até 378; FERNAND LAURENT, *Principes de droit civil français*, vol. 15, 3.<sup>a</sup> ed. (1878), 469 ss. (Tit. IV, *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), que continuam no vol. 16, no 17 e no 18, no 19, e no 20, todos 3.<sup>a</sup> ed. (1878); vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed. (1878), sobre a codificação; A. M. DEMANTE/E. COLMET DE SANTERRE, *Cours Analytique de Code Civil*, tomo 5, 2.<sup>a</sup> ed. (1883), 1 ss.; MARCEL PLANIOL/GEORGES RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo VI, *Obligations*, parte I, por PAUL ESMEIN (1952), 1046 pp. (Parte I, contrato e Parte II, 639 ss.), responsabilidade civil; HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge / Principes — Doctrine — Jurisprudence*, tomo II — *Les obligations*, 3, 1.<sup>a</sup> parte (1964), 389 ss. e 2.<sup>a</sup> parte, tomo IV, 3.<sup>a</sup> ed. (1967) (RENÉ DEKKERS intervém apenas a partir do tomo V).

<sup>(39)</sup> Por exemplo, o grande civilista JEAN CARBONNIER (1908-2003), trata, por esta ordem — *Droit civil*, ed. 2004, 2574 pp.: introdução; pessoas; família; bens; obrigações. Cf. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat / Théorie des Modes d'acquisition des droits réels et des Sources des Obligations*, 2.<sup>a</sup> ed. (1924), 445 ss..

<sup>(40)</sup> RAYMOND SALEILLES, *De la possession des meubles / Études de droit allemand et droit français* (1907) e *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*, 3.<sup>a</sup> ed. (1914).

<sup>(41)</sup> ELMAR WADLE, *Rezeption durch Anpassung: Der Code Civil und das Badische Landrecht / Erinnerung an eine Erfolgsgeschichte*, ZEuP 2004, 947-960.

<sup>(42)</sup> KARL SALOMO ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 3.<sup>a</sup> ed., 4 volumes (1827-1828).

<sup>(43)</sup> K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. da 5.<sup>a</sup> ed. alemã, por G. MASSÉ/CH. VERGÉ (1857).

(1803-1877), no seu *Cours*, que lhe assumiram o método<sup>(44)</sup>. A Grande Guerra de 1914-18 veio provocar um afastamento entre os dois grandes pólos do Direito continental. O intercâmbio, que nunca cessou, foi retomado nos anos cinquenta do século XX, intensificando-se com a integração europeia.

No tocante à arrumação interna da matéria relativa às obrigações em geral, é comum distinguir as rubricas seguintes<sup>(45)</sup>:

- contratos em geral, incluindo a formação, a invalidade, os efeitos, a inexecução e a resolução;
- a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa;
- o regime geral das obrigações, abrangendo a cessão, a extinção e as medidas de coacção.

Alguns autores começam, porém, pela responsabilidade civil<sup>(46)</sup>: numa especial liberdade sistematizadora que é, justamente, possibilitada pelo papel da doutrina, sobre uma ordenação antiquada.

V. Passando ao conteúdo da matéria, o sistema napoleónico das obrigações caracteriza-se pelos aspectos seguintes:

- utiliza uma linguagem elegante, emotiva e um tanto imprecisa (o francês), que permite conexões intuitivas e compreensivas, por oposição a racionais e analíticas;
- concentra, na doutrina do contrato, toda a matéria relativa ao negócio jurídico: o Direito civil francês desconhece a parte geral;

---

<sup>(44)</sup> C. AUBRY/C. RAU, *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6.<sup>a</sup> ed., s/d, 8 volumes.

<sup>(45)</sup> Tal, por exemplo, a arrumação de JEAN CARBONNIER, *Les obligations*, 22.<sup>a</sup> ed. (2002, ed. 2004), 1939 ss., 2269 ss. e 2529 ss., de ALAIN BÉNABENT, *Droit civil / Les obligations*, 11.<sup>a</sup> ed. (2007), 25 ss., 315 ss. (“obrigações de origem legal”) e 515 ss., de FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil / Les obligations*, 9.<sup>a</sup> ed. (2002), 25 ss. e 663 ss., embora com subdivisões e de BERTRAND FAGES, *Droit des obligations* (2007), 15 ss. e 339 ss., o qual inclui no final (449 ss.) um “regime geral das obrigações”.

<sup>(46)</sup> Por exemplo, PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS/PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2.<sup>a</sup> ed. (2007): parte I — responsabilidades delituais (11 ss.), parte II — contratos e quase-contratos (177 ss.) e parte III — regime geral (579 ss.).

- lida com uma responsabilidade civil centrada num pressuposto único e vago (a *faute* ou falta), de tal modo que é capaz de cobrir diversos problemas novos que, com o tempo, vieram a surgir;
- apresenta conceitualizações mais antigas: por exemplo, no tocante à arrumação das fontes (com categorias como os quase-contratos e os quase-delitos), às invalidades (com nulidades absolutas e relativas) e ao enriquecimento sem causa;
- acusa dificuldades no acolhimento efectivo de novos institutos, como a *culpa in contrahendo*, os deveres acessórios e a alteração das circunstâncias.

Globalmente, o uso da língua francesa <sup>(47)</sup> e o envelhecimento do Código Napoleão, que encetou valentemente o seu terceiro século de vigência <sup>(48)</sup>, conduz a uma dogmática menos rigorosa, mais subtil e, tecnicamente, menos eficaz. Deve ainda notar-se que, tradicionalmente, o estudo do Direito era, em França, pouco prestigiado, sendo facilitada a obtenção de graus académicos. Todavia, mantém-se, subjacente, uma grande vitalidade, sendo de sublinhar o recente surto de estudos romanistas, no âmbito das obrigações <sup>(49)</sup>.

## 10. O sistema romano-germânico

I. O sistema romano-germânico das obrigações tem <sup>(50)</sup>, como manifestação mais directa, a consagração da “classificação germâ-

---

<sup>(47)</sup> O elegante (e impreciso) estilo do Código Napoleão já era criticado, por BERNARD WINDSCHEID, *Zur Lehre des Codes Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* (1847, reimp., 1969), V: poria em causa a precisão que advém da completa clareza do pensamento.

<sup>(48)</sup> ALFONS BÜRGE, *Zweihundert Jahre Code Civil des Français: Gedanken zu einem Mythos*, ZEuP 2004, 5-19.

<sup>(49)</sup> Como exemplos, embora de distinta valia: JEAN-FRANÇOIS BRÉGI, *Droit romain: les obligations* (2006), 310 pp.; EMMANUELLE CHEVREAU/YVES MAUSEN/CLAIRE BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations* (2007), 286 pp.; DAVID DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations* (2007), 916 pp.; MARIE-HÉLÈNE RENAUT, *Histoire du droit des obligations* (2008), 137 pp..

<sup>(50)</sup> Quanto a aspectos gerais do sistema romano-germânico (“do Centro da Europa”) vide WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstel-*

nica” do Direito civil, na pandectística da primeira metade do século XIX e, em especial, a obra de Savigny<sup>(51)</sup>. O livro dedicado às obrigações corria, *grosso modo*, a matéria tal como ficaria no então futuro BGB. Assim e na base das clássicas *Pandectae* de Windscheid<sup>(52)</sup>, ele abrangia, numa primeira parte, os créditos em geral, envolvendo<sup>(53)</sup>:

- o conceito de direito de crédito;
- o objecto do crédito (a prestação);
- o conteúdo do crédito;
- os sujeitos do crédito, incluindo a pluralidade;
- a constituição, a modificação e a extinção dos créditos.

Seguia-se, depois, o tratamento das relações de crédito em especial, reportado aos diversos contratos, à responsabilidade civil e ao enriquecimento sem causa<sup>(54)</sup>.

II. No BGB, o livro II, intitulado “Direito das relações obrigacionais”, tem o seguinte conteúdo<sup>(55)</sup>:

- Secção 1 — Conteúdo das relações obrigacionais (§§ 241 a 304);
- Secção 2 — Formação de relações obrigacionais negociais através de cláusulas contratuais gerais (§§ 305 a 310);
- Secção 3 — Relações obrigacionais provenientes de contratos (§§ 311 a 359);
- Secção 4 — Extinção de relações obrigacionais (§§ 362 a 397);

---

*lung* / III — *Mitteleuropäischer Rechtskreis* (1976), 37 ss. (Savigny), 101 ss. (Jhering) e 307 ss. (pendulação entre Direito natural e positivismo): a melhor parte da monumental obra de Fikentscher.

<sup>(51)</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* I (1851), 520 pp. e II (1853), 331 pp.; existe uma 2.<sup>a</sup> reimp., 1987. Num primeiro capítulo, Savigny versa o conceito de obrigação (I, 4 ss.), os tipos (I, 22 ss.), os sujeitos (I, 131 ss.) e o objecto das obrigações (I, 295 ss.); num segundo capítulo, é versada a constituição das obrigações, distinguindo-se o contrato (II, 7 ss.) e o delito (II, 293 ss.).

<sup>(52)</sup> BERNARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.<sup>a</sup> ed. (1906, reimp., 1984), 2.<sup>o</sup> vol., 1-538.

<sup>(53)</sup> *Idem*, 1 ss., 13 ss., 86 ss., 193 ss., 237 ss., 355 ss. e 415 ss..

<sup>(54)</sup> *Idem*, 865 ss. e 959 ss..

<sup>(55)</sup> Na sequência da grande reforma de 2001, que acrescentou algumas das rubricas; o § 419 foi revogado.



- Secção 5 — Cessão de um crédito (§§ 398 a 413);
- Secção 6 — Assunção de dívida (§§ 414 a 418);
- Secção 7 — Pluralidade de devedores e credores (§§ 420 a 432);
- Secção 8 — Relações obrigacionais em especial (§§ 433 a 853).

Na secção relativa às relações obrigacionais em especial, o BGB começa por tratar, em 25 títulos, os contratos de compra e troca, de habitação periódica, de mútuo, de doação, de locação, de comodato, de mútuo de coisa, de prestação de serviço, de empreitada e de mediação, a oferta pública de recompensa, os contratos de mandato e de agenciamento de negócios, a gestão de negócios, os contratos de depósito, de entrega de coisa a estalajadeiro e de sociedade, a comunhão, os contratos de renda vitalícia, de jogo e aposta, de fiança e de transacção, a obrigação de informar, a promessa ao portador e a obrigação de exibição de coisa. Temos, aqui, figuras comuns ao Código Napoleão e outras que se prendem mais directamente com as práticas comercial e jurídica alemãs. Além disso, é patente que não estão em causa, apenas, contratos: lado a lado surgem negócios unilaterais e outros tipos de fontes de obrigações. Finalmente, temos os dois últimos títulos:

- Título 26 — Enriquecimento sem causa (§§ 812 a 822);
- Título 27 — Actos ilícitos (§§ 823 a 853).

III. A ordenação do BGB, dentro do Direito das obrigações, tem, em geral, sido conservada pela doutrina. Trata-se de uma ordenação profundamente radicada na Ciência do Direito que antecedeu e que acompanhou a preparação do Código alemão: a sua publicação veio, naturalmente, reforçá-la. Todavia, seria engano pensar que a Ciência do Direito subjacente permaneceu estática. Pelo contrário: embora conservando os quadros formais apontados, ela está, hoje, irreconhecível.

IV. A primeira constatação é a de que o sistema alemão das obrigações está mais próximo do *ius romanum* do que o do Código Napoleão e isso mau grado este ser mais antigo. A razão é simples: o BGB assentou na pandectística que representou uma nova recepção do Direito romano, agora tomado não num sentido de reconhe-

cimento histórico, mas de reconstituição dogmática actual. O sistema merece assim, plenamente, o epíteto de sistema romano-germânico.

De seguida, verifica-se que se trata de um sistema mais “científico” (menos “ideológico”) do que o francês. Particularmente nas obrigações, o BGB eleva-se ao nível de pura Ciência do Direito. As categorias usadas tornam-se de maior precisão e assumem um grau superior de analitismo <sup>(56)</sup>.

V. No plano do conteúdo, o sistema romano-germânico das obrigações marca os pontos seguintes:

- lida com a parte geral, onde se inclui a temática do negócio jurídico e da sua formação <sup>(57)</sup>; o Direito das obrigações fica, assim, alijado dessa matéria e dos temas a ela conexos;
- prevê cláusulas gerais de grande relevo, que possibilitaram todo o desenvolvimento jurídico-científico processado no século XX: uma menção especial ao lendário § 242 (o parágrafo real) em que assentaram importantes descobertas jurídicas e que consagra a boa fé nas obrigações;
- trabalha com um conceito fechado e analítico de responsabilidade civil: houve, assim, que afinar diversos instrumentos;
- apresenta, designadamente após a grande reforma de 2001/2002, as conceitualizações mais avançadas da Ciência do Direito continental.

A linguagem do BGB, que foi cuidadosamente respeitada, aquando da reforma de 2001/2002, é considerada (Helmut Köhler) como antiquada, com frases complicadas e conceitos abstractos. O Código fala para juristas e não para cidadãos, afinando, num sis-

---

<sup>(56)</sup> Quanto ao confronto entre os Códigos alemão e francês *vide* o curto mas rico texto de Sir BASIL MARKESINIS/HANNES UNBERATH/ANGUS JOHNSTON, *The German Law of Contract / A Comparative Treatise*, 2.<sup>a</sup> ed. (2006), 16-19.

<sup>(57)</sup> A parte geral é considerada como o aspecto mais característico do BGB; *vide* MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, *The German Law of Contract* cit., 19-20.

tema completo, o Direito romano da pandectística <sup>(58)</sup>. O alemão é, já por si, mais rico e mais analítico do que o francês, permitindo mais e melhores formulações. Mas sobretudo: temos uma Ciência do Direito desenvolvida por juristas muito prestigiados, apoiada em dezenas de universidades e num grande rigor académico. Como veremos, o elevado tecnicismo científico do BGB explica a sua vitalidade, muito para além das áreas de influência política, cultural e económica da Alemanha.

## 11. *O sistema anglo-saxónico*

I. O Direito da Inglaterra conheceu uma evolução distinta da dos Direitos continentais, contrapondo-se-lhes directamente. *Grosso modo*, podemos considerar que ele não sofreu nem a segunda nem a terceira recepções do Direito romano, mantendo-se à margem das sistemáticas racionalista e integrada. Consequentemente, passou ao lado das codificações jurídico-científicas do século XIX. A explicação é de ordem histórica, limitando-se aqui as referências ao Direito das obrigações <sup>(59)</sup>.

II. Os traços romanos da *Brittania* perderam-se <sup>(60)</sup>. Seguiram-se elementos anglo-saxões de base consuetudinária <sup>(61)</sup> e normandos, de tipo feudal <sup>(62)</sup>. Os reis normandos impuseram o fran-

---

<sup>(58)</sup> HELMUT KÖHLER, na introdução ao *Bürgerliches Gesetzbuch* da Beck, 60.<sup>a</sup> ed. (2009), XIII.

<sup>(59)</sup> Cabe referir, em especial: THOMAS EDWARD SCRUTTON, *The Influence of Roman Law on the Law of England* (1885, reimp.), 19 ss. e 67 ss., DAVID IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (1999, reimp., 2006) e WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellug / II — Anglo-amerikanischer Rechtskreis* (1975), 15 ss. e 58 ss. (método do caso). De todo o modo, é precisamente na área das obrigações, pela sua objectividade, que o Direito comparado se torna mais estimulante: no clássico de ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. cit. 314 ss., 538 ss. e 597 ss., a parte especial recai sobre os contratos, o enriquecimento ilegítimo e o delito.

<sup>(60)</sup> Sir FREDERICK POLLOCK/FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *The History of the English Law / Before the Time of Edward I*, 2.<sup>a</sup> ed. por S. F. C. MILSON, I (1968) 1 ss..

<sup>(61)</sup> *Idem*, 25 ss.

<sup>(62)</sup> *Idem*, 64 ss..

cês, com reflexos na linguagem jurídica <sup>(63)</sup>. O Direito canónico e o Direito romano tiveram, depois, um certo papel.

No século XII (Henrique II, com o seu *chief justician* Ramulf Glanvill) ocorreram reformas processuais que lançaram as bases de tribunais independentes, a funcionar com júris <sup>(64)</sup>. No século XIII (Henrique III, com Henry de Bracton) avançou-se com novos tribunais de jurisdição real, que aplicavam Direito comum (*common law*), por oposição a particularismos consuetudinários locais <sup>(65)</sup>.

O Direito dos contratos era muito incipiente, antes da conquista normanda. Foram necessários séculos de evolução para que a matéria se impusesse <sup>(66)</sup>. A Igreja sublinhava a necessidade de cumprir a palavra dada, mesmo sem especiais formalismos primitivos: mas nem sempre a lição era acolhida pelos tribunais.

Foram sendo atribuídas acções de base contratual (p. ex., o *writ of covenant de breve de conventionne*), permitindo remédios para diversas obrigações <sup>(67)</sup>.

III. A matéria dos delitos (*torts*), correspondentes à violação de deveres legais e às consequências daí derivadas, foi a primeira a desenvolver-se <sup>(68)</sup>. Só mais tarde vieram os contratos formais (*covenant under seal*) e os simples, apoiados na *consideration* <sup>(69)</sup>.

IV. Não existe, propriamente, uma categoria sistemática Direito das obrigações: *law of obligations* é usado para tratar o tema no Direito romano <sup>(70)</sup>. No Direito inglês — e, mais lata-

<sup>(63)</sup> *Idem*, 79 ss.. Vide, sobre tudo isto, também H. POTTER'S, *Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 4.<sup>a</sup> ed. por A. K. KIRALFY (1958), 9 ss. e ARTHUR R. HOGUE, *Origins of the Common Law* (1966, reimp., 1985), 15 ss., 33 ss. e 185 ss..

<sup>(64)</sup> POLLOCK/MAITLAND, *The History of the English Law* cit., I, 136 ss..

<sup>(65)</sup> *Idem*, 174 ss.; ZWIGERT/KÖTZ, *Einführung* cit., 180.

<sup>(66)</sup> POLLOCK/MAITLAND, *The History of the English Law*, II (1968), 184: o contrato começou por ser um simples prolongamento da propriedade.

<sup>(67)</sup> *Idem*, II, 184-239.

<sup>(68)</sup> POTTER'S, *Historical Introduction*, 4.<sup>a</sup> ed. cit., 372 ss..

<sup>(69)</sup> *Idem*, 446 ss.. Cf., quanto à *consideration*, o *Black's Law Dictionary*, 7.<sup>a</sup> ed. (1999), 300-301.

<sup>(70)</sup> Assim o clássico de REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations / Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996); vide, já sob a luz de uma (certa) integração, GEOFFREY SAMUEL, *Law of Obligations* (2010), XXIX + 358 pp., 1 ss..

mente, no sistema anglo-saxónico — surgem duas distintas disciplinas: *contracts* e *torts*. A primeira ocupa-se do negócio jurídico, da sua formação, do conteúdo, das invalidades e do incumprimento <sup>(71)</sup>; a segunda versa o equivalente à nossa responsabilidade civil delitual <sup>(72)</sup>.

A disparidade técnica acentua-se, ainda, pela não autonomização, no Direito inglês, do Direito comercial <sup>(73)</sup>. Os contratos comerciais são tratados em conjunto com os demais, de acordo com as opções dos seus autores.

V. No tocante a *contracts*, o Direito inglês e o norte-americano construíram uma laboriosa parte geral. Com base em Closen, Perlmutter e Wittenberg, podemos apontar a seguinte sequência <sup>(74)</sup>:

- I — O processo de formação;
- II — Bases para a responsabilidade pré-contratual e para a *restitution* <sup>(75)</sup>;
- III — Excepções à validade do contrato (incluindo as invalidades e a quebra do contrato).

VI. Quanto a *torts*, área em que existem, também, diversas arrumações, encontramos, com exemplo na de Markesinis e Deakin:

- I — Introdução;
- II — *Tort of Negligence*;
- III — Formas especiais de negligência;
- IV — Interferência com a pessoa;
- V — Imóveis, móveis e interferência intencional com interesses económicos;

---

<sup>(71)</sup> Vide, p. ex., RICHARD STONE, *The Modern Law of Contract*, 6.<sup>a</sup> ed. (2006), TREITEL, *The Law of Contract*, 20.<sup>a</sup> ed., por EDWIN PEEL (2007) e MINDY CHEN-WISHART, *Contract Law*, 2.<sup>a</sup> ed. (2008).

<sup>(72)</sup> SIMON DEAKIN/ANGUS JOHNSTON/BASIL MARKESINIS, *Tort Law*, 6.<sup>a</sup> ed. (2008).

<sup>(73)</sup> Vide o nosso *Manual de Direito comercial*, 2.<sup>a</sup> ed. (2007), 72 ss..

<sup>(74)</sup> MICHAEL L. CLOSEN/RICHARD M. PERLMUTTER/JEFFREY D. WITTENBERG, *Contracts: contemporary cases, comments and problems* (1997), 19 ss., 155 ss. e 255 ss.. Outros conteúdos podem ser vistos em RICHARD STONE, *The Modern Law of Contract*, 6.<sup>a</sup> ed. (2006) e em MINDY CHEN-WISHART, *Contract Law*, 2.<sup>a</sup> ed. (2008), já citados.

<sup>(75)</sup> *Grosso modo*, o enriquecimento continental.

- VI — Responsabilidade objectiva;
- VII — Protecção da dignidade humana;
- VIII — Defesas e remédios.

VII. Para além da total diversidade sistemática, existente entre as obrigações continentais e o seu equivalente anglo-saxónico<sup>(76)</sup>, há que sublinhar uma profunda clivagem conceptual e dogmática. Os conceitos não coincidem, sendo impossível proceder a traduções literais. De um modo geral, podemos dizer que as construções obrigacionistas anglo-saxónicas são menos diferenciadas, perante as romano-germânicas. Múltiplos institutos do Direito das obrigações, como a boa fé, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias ou o próprio enriquecimento sem causa só tardiamente chegaram ao Direito anglo-saxónico. Este, por seu turno, tem-se mostrado mais robusto em certas áreas da responsabilidade civil (por exemplo, os *punitive damages*), num fenómeno algo paralelo ao do sistema napoleónico: assente em imprecisões terminológicas e na indiferenciação dos pressupostos da responsabilidade civil.

Na falta de um sistema contratual completo, os contratos anglo-saxónicos tornam-se muito desenvolvidos, procurando prever as diversas hipóteses.

Verifica-se ainda, no Direito dos contratos inglês, uma predilecção pela interpretação objectiva<sup>(77)</sup>.

## 12. *O sistema islâmico*

I. A referência ao Direito islâmico, no domínio das obrigações, fica fora dos roteiros comuns dos civilistas continentais: apenas os comparatistas mais especializados se lhe reportam. Todavia, afigura-se que, pelo peso humano, demográfico, cultural e sócio-

---

<sup>(76)</sup> Curiosa a reenumeração do Direito alemão, de acordo com a lógica anglo-saxónica; cf. BASIL S. MARLKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts / A Comparative Treatise*, 4.<sup>a</sup> ed. (2002).

<sup>(77)</sup> ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *A interpretação no Direito anglo-saxónico*, O Direito 141 (2009), 665-678.

-económico que o Islão representa e, ainda, pelas especiais relações que mantém com o espaço português, deve ser feita uma apresentação, ainda que elementar, do tema <sup>(78)</sup>.

II. O Direito islâmico é uma ordem normativa que não se distingue da Ordem mais vasta formada pelas regras aplicáveis aos crentes. Torna-se difícil fazer qualquer comparação com os Direitos ocidentais laicizados: falta, a estes, uma dimensão teocrática que permita colocá-los num plano comparável com as regras islâmicas. Isto dito, podemos distinguir, no Direito islâmico, quatro fontes: o próprio Corão, texto sagrado revelado por Deus <sup>(79)</sup>, a Suna, que traduz uma série de condutas do Profeta Maomé, fixadas no século IX por El-Bokhâri e por Moslem, dois grandes doutores do Islão, a Idjamâ' ou a opinião unânime dos doutores e o qiyâs ou raciocínio por analogia <sup>(80)</sup>.

Por seu turno, nos níveis normativos, cumpre distinguir a *Shari 'ah*, ou conjunto de condutas esperadas da parte do crente <sup>(81)</sup> e que, do nosso ponto de vista, englobariam normas religiosas, nor-

<sup>(78)</sup> A bibliografia ocidental sobre Direito islâmico é muito extensa. Assim, em RÜDIGER LOHLKER, *Bibliographie des islamischen Rechts* (2005), 185 pp., podem ser confrontadas 1802 obras. De reter, pelas sínteses que levam a cabo: MALISE RUTHVEN, *Der Islam / Eine Kurze Einführung* (2005), CHRISTINE SCHIRRMACHER, *Der Islam / Eine Einführung* (2005) e MICHAEL COOK, *Der Koran / Eine Kurze Einführung* (2005). Em termos comparatísticos, KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., 296 ss..

<sup>(79)</sup> Na impossibilidade de aceder ao original em árabe, cotejamos as seguintes traduções: *Alcorão Sagrado / O significado dos versículos*, trad. port. SAMIR AL HAYEK (1994); *The Qur'an / A new translation*, trad. ingl. ABDEL HALEEM (2005, reimp., 2008); *Der Koran*, trad. al. MAX HENNING (2006); *Le Saint Coran*, trad. francesa. intr. LYESS CHACAL (2005).

<sup>(80)</sup> 'ABN AL-WAHHÂB KHALLÂF, *Les fondements du Droit musulman*, trad. fr. de CLAUDE DABBAK, ASMAA GODIN e MEHREZIA LABIDI MAIZA (2008), 33 ss., 53 ss., 67 ss. e 77 ss.; este Autor acrescenta, ainda, a escolha preferencial, o interesse geral, a presunção de continuidade, as leis dos povos monoteístas e a opinião do próximo. Na nossa literatura: ANTÓNIO VEIGA MENEZES CORDEIRO, *Princípios essenciais do Direito civil muçulmano* (1956, polic.), 5 ss..

<sup>(81)</sup> MOHAMMDA HASHIM KAMALI, *Shari 'ah Law: An Introduction* (2008), 14 e AHMAD A. REIDGELD, *Handbuch Islam / Die Glaubens — und Rechtslehre der Muslime*, 2.<sup>a</sup> ed. (2008), 105. Uma introdução muito acessível à *Shari 'ah* pode ser vista em SAÏD RAMADAN, *La Shari 'ah / Introduction au Droit islamique*, 2.<sup>a</sup> ed. (2001).

mas éticas e normas jurídicas e a *Fiqh* ou doutrina jurídica islâmica, sujeita a aprendizagem específica <sup>(82)</sup>.

III. As regras reveladas no século VII visavam uma sociedade delimitada, com características próprias, na Península arábica. A rápida expansão islâmica, primeiro militar e, depois, sócio-cultural, veio exigir uma série de readaptações que, mantendo o espírito do Islão, permitissem encarar novas realidades <sup>(83)</sup>. Nos textos revelados, há pouca matéria relativa ao Direito das obrigações <sup>(84)</sup>.

A área das obrigações (contratos e responsabilidade civil) é considerada mais técnica e, nesse sentido, menos dependente da *Shari 'ah*, concentrando-se a *Fiqh* em matérias de Direito de família e de Direito das sucessões.

De todo o modo, encontramos, no Corão, as regras básicas das obrigações. Assim:

Ó vós que sois crentes: não gasteis o vosso património, entre vós, por ninharias; realizai antes o tráfego, por mútuo consentimento e não cometeis suicídio, pois Deus é misericordioso (4,29) <sup>(85)</sup>;

Ó vós que sois crentes: cumpri as vossas obrigações (5,1) <sup>(86)</sup>;

A paga para o mal será (apenas) o mal em igual medida, mas àquele que perdoa e faz a paz, a sua paga será perante Deus; Ele não gosta de quem faz o mal (42,40) <sup>(87)</sup>.

<sup>(82)</sup> KAMALI, *Shari 'ah Law* cit., 19 e REIDEGELD, *Handbuch Islam*, loc. cit.. Cf. BERNARD BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes* (1993), 28 ss..

<sup>(83)</sup> IGNAZ GOLDZIHNER, *Le dogme et la loi dans l'Islam / Histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. FÉLIX ARIN (2005; a 1.<sup>a</sup> ed. é de 1920), 27 ss.; N. J. COULSON, *A History of the Islamic Law* (2007), 9 ss. e 75 ss.; WAEL B. HALLAQ, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, 5.<sup>a</sup> ed. (2008), 29 ss. e 122 ss. e *A History of Islamic Legal Theories* (2007), 3 ss..

<sup>(84)</sup> CHAFIK CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman* (1969, reimp., 2005), 47.

<sup>(85)</sup> *Alcorão Sagrado* cit., 94 = *Der Koran*, 95 = *The Qur'an*, 53. Na trad. ingl.: (...) *but trade by mutual consent* (...).

<sup>(86)</sup> *Alcorão Sagrado* cit., 122 = *Der Koran*, 114 = *The Qur'an*, 67. Os comentadores tomam, aqui, obrigações em sentido amplo, as quais são, por vezes, traduzidas por "contratos"; assim, KAMALI, *Shari 'ah Law* cit., 20 e MAX HENNING, *Der Koran*, trad. al. cit..

<sup>(87)</sup> As traduções variam nos termos usados; ficamos com a alemã: *Der Koran* cit., 468.



Quanto a específicos contratos:

(...) Deus permitiu a venda, mas proibiu a usura (...) (2,275) <sup>(88)</sup>.

A regra do equilíbrio nos contratos pertence, também, ao acervo islâmico <sup>(89)</sup>.

IV. A doutrina islâmica rejeita o enriquecimento injusto, os contratos de jogo ou de aposta e a usura <sup>(90)</sup>. A contratação em geral fica sob controlo ético, tendo vindo a desenvolver-se na base da analogia <sup>(91)</sup>. Os vícios dos contratos são relevados, com destaque para a violência <sup>(92)</sup>.

As necessidades da vida moderna levaram a que a matéria mais técnica das obrigações venha a assumir feições napoleónicas (Marrocos, Argélia, Tunísia ou Egipto), romano-germânicas (Turquia) ou anglo-saxónicas (Paquistão). Os temas delicados da vida das pessoas (família, sucessões ou direitos pessoais) mantêm-se mais próximos da origem, aí surgindo contraposições algo vincadas com o Direito do Ocidente <sup>(93)</sup>. O Código egípcio de 1948, particularmente na área das obrigações e dos reais, logrou uma síntese islâmico-românica que tem sido apreciada e alargada <sup>(94)</sup>.

O ponto mais delicado da responsabilidade civil conheceu, de todo o modo, o passo decisivo da sua individualização: um esforço conseguido, também, pelo Direito canónico <sup>(95)</sup>.

<sup>(88)</sup> *Idem*, 65.

<sup>(89)</sup> NAYLA COMAIR-OBEID, *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East* (1996), 17 ss..

<sup>(90)</sup> JOSEPH SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law* (1982, reimp.), 144.

<sup>(91)</sup> MOHAMAD HASHIM KAMALI, *Principles of Islamic Jurisprudence* (2003), 264 ss.; NAYLA COMAIR-OBEID, *Les contrats en Droit musulman des affaires* (1995), 20 ss..

<sup>(92)</sup> CHAFIK CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman* cit., 120 ss..

<sup>(93)</sup> Cf. MATHIAS ROHE, *Der Islam und deutsches Zivilrecht*, em *Beiträge zum Islamischen Recht* II (2003), 35-61.

<sup>(94)</sup> KILIAN BÄLZ, *Das moderne arabische Recht*, em *Beiträge* cit., 175-187 (1790 ss.). O célebre curso de Direito comparado das obrigações de Betti foi leccionado no Cairo: EMILIO BETTI, *Cours de Droit civil comparé des obligations* (1957/58), que tem em conta, entre outros, o Código Civil egípcio.

<sup>(95)</sup> Corão 6,164: ninguém suportará os pecados de outrem; *The Qur'an* cit., 93; retivemos a trad. de RAMADAN, *La Shari'ah* cit., 7.

V. Na actualidade, os grandes interesses islâmicos estipulam, muitas vezes, a aplicação do Direito anglo-saxónico. Todavia, desenvolve-se uma teoria jurídica que, apelando aos princípios clássicos do Islão, toca, com muito virtuosismo, nos temas jurídicos<sup>(96)</sup>. Os modernos instrumentos contratuais comportam uma exposição islâmica<sup>(97)</sup>, ainda que se afigure uma reflexão sobre dados ocidentais.

O indesejável ruído de fundo causado pelo denominado fundamentalismo não deve prejudicar a dignificação universitária, entre nós, da teoria islâmica das obrigações.

### 13. *O sistema chinês*

I. A China representa a maior Nação do Planeta. Hoje, ela mantém relações económicas muito intensas, com todos os países, surgindo como o segundo País mais rico do Mundo, depois dos Estados Unidos. Também aqui se impõe uma breve referência ao sistema chinês das obrigações: a ligação histórica representada por Macau mais o justifica.

Na China, encontramos quatro distintos sistemas de obrigações: o da China Continental, o da Ilha Formosa, o de Hong-Kong e o de Macau. Este último repousa num Código Civil do tipo romano-germânico, muito semelhante ao português. Ser-lhe-á feita referência a propósito dos Direitos lusófonos<sup>(98)</sup>.

II. Em Hong-Kong vigora um sistema do tipo anglo-saxónico, particularmente na área contratual<sup>(99)</sup>. Aquando da reunificação com

---

<sup>(96)</sup> Vide, p. ex., LAWRENCE ROSEN, *The Justice of Islam* (2002), 3 ss., 154 ss. e *passim* e CLAUS LUTTERMANN, *Islamic Finance: Ein Dialog über Recht, Weltwirtschaft und Religionen*, JZ 2009, 706-715.

<sup>(97)</sup> Vide os escritos reunidos por MUNAWAR IQBAL e TARIQULLAH KHAN, *Financial Engineering and Islamic Contracts* (2005) ou os múltiplos contributos reunidos nos *Beiträge zum Islamischen Recht* (6 volumes publicados), de que destacamos, como exemplo, HASSAN REZAEI, *Islamic Sharia and Cyberspace: Reflections on the Interactions of Sharia and Iranian Society in Cyberspace*, em *Beiträge IV* (2004), 105-124.

<sup>(98)</sup> *Infra*, n.º 30.

<sup>(99)</sup> MICHAEL J. FISHER/DESMOND G. GREENWOOD, *Contract Law in Hong Kong* (2008), 21 ss. e *passim*.

a China, a Lei Básica de 1997 <sup>(100)</sup> especificara que se manteria em vigor, sem prejuízo de alterações, o *common law* pré-vigente. Na verdade, desde o Tratado de Nanquim, assinado em 1842, ficara consignado Hong Kong como possessão britânica. Isso levou a que, num dilatado período finalmente marcado por uma larga expansão económica, fosse implantado um Direito de tipo anglo-saxónico. A influência australiana (variante do *common law* mais estatutária) é apontada. Encontramos, assim, nas obrigações de Hong Kong, as diversas categorias a que nos habituou o sistema anglo-saxónico. Subjacente, porém, está sempre o velho Direito chinês.

III. A civilização chinesa é bastante anterior, nas suas origens, à romana: uma afirmação também válida para o Direito. Assim, o primeiro corpo de leis chinesas data de 536 a.C.: quase cem anos antes da Lei das XII Tábuas <sup>(101)</sup>. Todavia, a cultura prevalente não foi muito favorável ao desenvolvimento de uma autónoma Ciência do Direito.

O pensamento de base postulava uma harmonia entre a terra, o homem e o céu. O homem deveria pautar a sua conduta pela natureza, processando uma conciliação. O sistema social assenta em deveres de harmonia e de adaptação e não em direitos. Os juristas, enquanto portadores de regras abstractas *a priori* válidas, são desconsiderados: incentivariam ao litígio, por oposição à negociação equilibrada <sup>(102)</sup>. Os tribunais eram muito aleatórios: diz-se que propositadamente, de modo a incentivar a busca de soluções negociadas.

O confucionismo deu lugar a uma sociedade ritualizada, assente na família, geradora de costumes que dispensavam um Direito, como o que conhecemos.

IV. Com a revolução republicana de 1911, pôs-se, na ordem do dia, a adopção de leis modernas, de tipo ocidental. O *common*

---

<sup>(100)</sup> HUALING FU/LISON HARRIS (SIMON N. M. YOUNG (publ.), *Interpreting Hong Kong's Basic Law: the Struggle for Coherence* (2008); com diversos estudos relevantes.

<sup>(101)</sup> Sobre toda a matéria das codificações chinesas, JIAYOU SHI, *La codification du Droit civil chinois au regard de l'expérience française* (2006), 57 ss..

<sup>(102)</sup> O Direito seria adequado para os bárbaros, que o teriam inventado. *Vide* RENÉ DAVID/CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.<sup>a</sup> ed. cit., 406.

*law* não era transponível, mercê das suas características próprias. Deste modo, ainda sob a Dinastia Qing, deposta em 1911, o grande jurista Shen Jiaben (1840-1913), particularmente impressionado pelo êxito do Japão, que havia operado codificações de inspiração alemã, programou um conjunto de reformas, que incluiriam códigos modernos. Assim, no final do período Qing, foi elaborado um projecto de ordenação semelhante ao BGB alemão. A queda do Império e as convulsões subseqüentes levaram a que, apenas no ano de 1929, fosse aprovado um primeiro Código Civil chinês: também modelado sobre o BGB, embora com abertura a soluções tradicionais chinesas <sup>(103)</sup>. Trata-se de um diploma que continua a vigorar na Ilha Formosa (Taiwan).

V. O regime popular implantado em 1949 não logrou uma recodificação do Direito civil chinês. A quebra da legalidade levou a que se falasse num certo retorno às tradições conservadoras chinesas (prevenir questões pela negociação), agora sensíveis à necessidade de evitar problemas com o Partido único. A subseqüente abertura económica ao exterior, com a readmissão da iniciativa privada, levou à aprovação sucessiva de diversos diplomas avulsos, com relevo para uma lei de contratos, em 1999, de inspiração romano-germânica.

Um projecto do Código Civil de 2002, sujeito a discussão e moldado na tradição do BGB, veio acolher os diplomas em causa <sup>(104)</sup>. Em certas áreas, como a do Direito intelectual, há que relevar influências anglo-saxónicas <sup>(105)</sup>. Eis a sua sistematização <sup>(106)</sup>:

---

<sup>(103)</sup> JIAYOU SHI, *La Codification du Droit Civil chinois*, cit. 65-79. Quanto à recepção da Ciência Jurídica alemã cf. ALEXANDER THEUSNER, *Das Konzept von allgemeinem und besonderem Teil im chinesisches Zivilrecht / Mechanismen, Ursachen und dogmatische Hintergründe der Rezeption deutschen Zivilrechts in China, dargestellt am Beispiel der Übernahme des Konzepts von allgemeinem und besonderem Teil* (2005), 7 ss..

<sup>(104)</sup> THEUSNER, *Das Konzept* cit., 81 ss., 103 ss. e 237 ss.; quanto ao projecto, JIAYOU SHI, *La Codification* cit., 250 ss..

<sup>(105)</sup> Em DONALD C. CLARKE, *China's Legal System: New Developments, New Challenges* (publ.) (2008), podem ver-se oito escritos sobre diversos aspectos do actual Direito chinês; da Société de Législation Comparée, refira-se *Un nouveau regard sur le Droit chinois* (2008), com mais de duas dezenas de estudos diversificados.

<sup>(106)</sup> Por último, GERT BRÜGGEMEIER/ZHU YAN, *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz* (2009), 20.

- Livro I — Parte geral;
- Livro II — Direitos reais;
- Livro III — Direito dos contratos;
- Livro IV — Direitos de personalidade;
- Livro V — Direito de família;
- Livro VI — Direito de adopção;
- Livro VII — Direito das sucessões;
- Livro VIII — Direito da responsabilidade civil;
- Livro IX — Direito internacional privado.

Está prevista a sua aprovação para 2010.

VI. *Grosso modo*, o Direito dos contratos chinês apresenta muitas dogmatizações de tipo romano-germânico<sup>(107)</sup>. Estão nessas condições princípios como o da boa fé, institutos como a *culpa in contrahendo*<sup>(108)</sup>, as cláusulas contratuais gerais, a perturbação das prestações<sup>(109)</sup> e a inclusão de terceiros na relação obrigacional. Quanto ao Direito da responsabilidade: beneficiando dos progressos doutrinários registados ao longo do século XX, o projecto chinês assume uma feição pós-industrial: sanciona os actos ilícitos e consigna a responsabilidade objectiva, a responsabilidade pela organização e a responsabilidade por danos ambientais<sup>(110)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> Em especial PING SHI, *Die Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts* (2005), 47 ss..

<sup>(108)</sup> PING SHI, *Dir Prinzipien* cit. 62 ss.; vide, a sua aplicação nos seguros: PENG CHENG, *L'information précontractuelle en droit des assurances / Étude de droit comparé français et chinois* (2005), *passim*.

<sup>(109)</sup> Vide, além de PING SHI, MARIE PEI-HENG CHANG, *La résolution du contrat pour inexécution / Étude comparative du droit français et du droit chinois* (2005), *passim*.

<sup>(110)</sup> O texto, incluindo traduções em inglês, francês e alemão, pode ser confrontado em GERT BRÜGGEMEIER/ZHU YAN, *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz* cit., 116 ss., precedido por elucidativa justificação de motivos.

## IV — As obrigações em língua portuguesa

### A — *Na Europa*

#### 14. *Ordenações*

I. Na origem das obrigações em língua portuguesa estão os textos latinos do *Corpus Iuris Civilis*, da Glosa e dos comentadores. O português foi usado nas Leis dos Reis de Portugal, desde o início do século XIII e, depois, nas Ordenações do Reino: Afonsinas (1447), Manuelinas (1522) e Filipinas (1603). Vamos tomar estas como referência, tanto mais que seguiram o esquema das antecessoras <sup>(111)</sup>.

II. Nas Ordenações Filipinas (1603), a matéria das obrigações surgia no Livro IV <sup>(112)</sup>. Aí eram tratados, por vezes com bastante pormenor, os contratos mais importantes: compra e venda, locação, prestação de serviço, enfiteuse, parceria, mútuo, comodato, penhor, fiança e doação, para além de alguns pontos de Direito de Família.

Quanto à *compra e venda* tínhamos, desde logo, dezassete títulos: I — Das compras e vendas que se devem fazer por preço certo; II — Das compras e vendas, feitas por signal ao vendedor simplesmente, ou em começo de paga; III — Que quando se vende a cousa, que he obrigada, sempre passa com seu encargo; IV — Da venda de bens de raiz feita com condição, que tornando-se até certo dia o preço, seja a venda desfeita; V — Do comprador que não pagou o preço ao tempo, que devia, por a cousa não ser do vendedor; VI — Do que compra alguma cousa obrigada a outrem, e consigna o preço em Juízo, por não ficar obrigado aos credores; VII — Do que vende huma mesma cousa duas vezes a diversas pessoas; VIII — Do perigo, ou perda que aconteceu na cousa vendida, antes de ser entregue ao comprador; IX — Da venda de

---

<sup>(111)</sup> Usa-se a edição da Fundação Calouste Gulbenkian.

<sup>(112)</sup> Quanto à sistematização geral das Ordenações e aos seus antecedentes: *Tratado I/1*, 3.<sup>a</sup> ed., 117 ss..

cousa de raiz feita a tempo, que já era arrendada, ou alugada a outrem per tempo certo; X — Das vendas e alheações, que se fazem de cousas litigiosas; XI — Que ninguem seja constringido a vender seu herdamto, e cousas que tiver contra sua vontade; XII — Das vendas e trocas, que alguns fazem com seus filhos e netos; XIII — Do que quer desfazer a venda, por ser enganado em mais da metade do justo preço; XIV — Que ninguem compre, nem venda dezembargos; XV — Que os Corregedores das Comarcas e outros Officiaes temporaes não comprem bens de raiz, nem fação outros contractos nos lugares onde são officiaes; XVI — Que os Clerigos e Fidalgos não comprem para regatar; XVII — Quando os que comprão scravos, ou bestas, os poderão engeitar por doenças, ou manqueiras.

Seguia-se matéria relativa a certas *provas e promessas*: XVIII — Quando os Carniceiros, Padeiras, ou Taverneiros serão cridos per seu juramento no que venderem fiado dos seus mesteres; XIX — Do que prometteu fazer scriptura de venda, ou de outro contracto, e depois a não quer fazer; XX — Como se pagará o pão que se vendeu fiado, ou se emprestou.

Depois, sucessivamente:

*Obrigações pecuniárias*: XXI — Em que moedas se farão os pagamentos do que se compra, ou deve; XXII — Que se não engeite moeda d'El-Rey.

*Locação*: XXIII — Dos alugeres das cazas; XXIV — Em que casos poderá o senhor da caza lançar fora o alugador; XXV — Dos Officiaes que não podem ser Rendeiros; XXVI — Que os Officiaes da Fazenda não arrendem cousa alguma aos Rendeiros d'El-Rey, nem os Senhores de terras a seus Ouvidores, XVII — Das sterilidades.

*Prestação de serviço*: XXVIII — Que todo o homem possa viver com quem lhe aprouver; XIX — Do Criado, que vive com o senhor a bemfazer, e como se lhe pagará o serviço; XXX — Do Criado, que vivendo a bemfazer, se põe com outrem, e do que o recolhe; XXXI — Como se pagarão os serviços e soldadas dos criados, que não entrarão a partido certo; XXXII — Que se não possa pedir soldada, ou serviço, passados trez annos; XXXIII — Per que maneira se provarão os pagamentos dos serviços e soldadas; XXXIV — Do que lança de caza o Criado que tem por soldada; XXXV — Do que demanda ao Criado o dano que lhe fez.

*Enfiteuse*: XXXVI — Do que toma alguma propriedade de foro para si e certas pessoas, e não nomeou alguém a ella antes da morte; XXXVII — Das nomeações que se fazem dos prazos, em que casos se podem revogar; XXXVIII — Do Foreiro, que alheou o foro com auctoridade do Senhorio, ou sem ella; XXXIX — Do Foreiro, que não pagou a pensão em tempo devido: E como purgará a mora; XL — Que se não aforem cazas senão a dinheiro; XLI — Que os Foreiros dos bens da Coroa, Morgados, Capellas ou Commendas, não dêem dinheiro, nem outra cousa aos Senhorios por lhes afoarem ou innovarem; XLII — Que não sejam constringidas pessoas algumas a pessoalmente morarem em algumas terras ou casaes; XLIII — Das Sesmarias.

*Sociedade e parceria*: XLIV — Do contracto da Sociedade e Companhia; XLV — Do que dá herdade a parceiro de mêas, ou a terço, ou quarto, ou a renda por certa quantidade.

*Depósito e empréstimo*: XLIX — Que nenhum Official da Justiça, ou Fazenda receba deposito algum; L — Do emprestido, que se chama Mutuo; LI — Do que confessa ter recebido alguma cousa, e depois o nega; LII — Do que confessa que lhe he deixado em seu juramento com alguma qualidade; LIII — Do contracto do emprestido que se chama Commodato; LIV — Do que não entrega a cousa emprestada, ou alugada, ao tempo, que he obrigado e do terceiro, que a embarga.

*Penhor e penhora*: LV — Que as terras da Coroa, e os assentamentos d'El-rey, não possam ser apenhados, nem obrigados; LVI — Dos que apenhão seus bens com condição, que não pagando a certo dia, fique o penhor arrematado; LVII — Que ninguém tome posse de sua cousa, nem penhore sem autoridade de Justiça; LVIII — Dos que tomão forçosamente a posse da cousa, que outrem possue.

*Fiança*: LIX — Dos Fiadores; LX — Do homem casado que fia alguém sem consentimento de sua mulher; LXI — Do beneficio do Senatusconsulto Velleano, introduzido em favor das mulheres, que ficão por fiadoras de outrem.

*Doação*: LXII — Das Doações, que hão de ser insinuadas; LXIII — Das doações e alforria, que se podem revogar por causa de ingratição; LXIV — Da doação de bens moveis, feita pelo marido á mulher, ou pela mulher ao marido; LXVI — Da doação ou venda feita por homem casado a sua barregã.



III. Tem ainda interesse sublinhar que as Ordenações, depois de regularem diversos contratos em especial, continham significativa matéria que hoje consideramos geral. Assim, surgiam determinadas proibições, a simulação, a proibição de renúncia à tutela jurídica (“desaforamento”) e ao foro civil <sup>(113)</sup>, da contratação com presos e da prisão por dívidas, da compensação, e da prescrição. Seguia-se matéria sucessória.

Mais propriamente e no tocante à “matéria geral” das obrigações, contida no Livro IV das Ordenações, temos:

*Proibições*: LXXVII — Dos contractos usurarios; LXVIII — Que se não fação contractos de pão, vinho, azeite, e outros mantimentos senão a dinheiro; LXIX — Que se não fação arrendamentos de gados, ou colmêas; LXX — Das penas convencionaes, e judiciais, e interesses, em que casos se podem levar.

*Simulação*: LXXI — Dos contractos simulados.

*Proibição de renúncias à tutela*: LXXII — Dos contractos desaforados; LXXIII — Que se não fação contractos, nem distractos com juramento promissorio, ou boa fé.

*Cessão de bens*: LXXIV — Dos que fazem cessão de bens.

*Presos*: LXXV — Quando valerá a obrigação feita pelo que stá preso; LXXVI — Dos que podem ser presos por dívidas cíveis, ou crimes LXXVII — Dos que podem ser recommendados na Cadêa.

*Compensação*: LXVIII — Das Compensações.

*Prescrição*: LXXIX — Das Prescrições.

Torna-se muito impressivo: nas Ordenações, encontram-se o essencial das mais clássicas regras de Direito das obrigações, ainda actuais e perfeitamente adaptadas ao Povo e ao seu tempo <sup>(114)</sup>.

---

<sup>(113)</sup> O que se conseguia com “juramentos promissórios” ou de boa fé, que remetiam as partes para o foro eclesiástico.

<sup>(114)</sup> De resto, a génese dessas soluções pode ser procurada, em muitos casos, nas indicações dadas nas *Ordenações Afonsinas* (séc. XV).

IV. Ponto fraco das Ordenações era a responsabilidade civil. Não continham nenhuma previsão geral de responsabilidade. O próprio termo “responsabilidade” nem existia ainda, na língua portuguesa: ele só surge nos princípios do século XIX <sup>(115)</sup>, tendo conhecido um emprego jurídico nos princípios do século XX, através de Guilherme Moreira. Falava-se em *delictos* ou em *perdas e interesses*.

As Ordenações previam situações de responsabilidade obrigacional, a propósito de alguns tipos contratuais. Assim, no tocante a “compras e vendas, feitas por sinal dado ao vendedor simplesmente ou em começo de pagamento”, dispunham <sup>(116)</sup>:

(...) será elle obrigado de lhe entregar a coisa vendida, se for em seu poder; e se em seu poder não for, pagar-lhe-há todo o interesse que lhe pertencer, assi por respeito do ganho, como por respeito da perda.

No campo do comodato, mandavam <sup>(117)</sup>:

porque este contracto se faz regularmente em proveito do que recebe a cousa emprestada, e não do que a empresta, fica obrigado aquelle, a que se empresta, guarda-la com toda a diligencia, como se fora sua. E não sómente se lhe imputará o dolo e culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levíssima.

A responsabilidade delitual ou aquiliana surgia paredes-meias com a matéria penal <sup>(118)</sup>. Numerosos crimes eram acompanhados por sanções pecuniárias, algumas das quais revertendo para o lesado. Todavia, admitiam as Ordenações que o prejudicado pudesse, em certos casos, desistir da acção penal (querelar) e pedir, apenas, “sua justiça e seu interesse” (indenização). Assim, quanto a *Em que casos se devem receber querelas* <sup>(119)</sup>:

---

<sup>(115)</sup> Vide o nosso *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* (1996), 400; “responsabilidade” adveio do francês “responsabilité”, expressão surgida na segunda metade do séc. XVII (Pascal e Molière), usada, pela primeira vez, em Direito, por DOMAT e oficializada, no Dicionário da *Academie*, apenas em 1798.

<sup>(116)</sup> Livro 4, Tit. II, Pr. = ed. Gulbenkian, 4-5, 779-780.

<sup>(117)</sup> Livro 4, Tit. LIII, § 2 = ed. Gulbenkian, 4-5, 847/II.

<sup>(118)</sup> No próprio Código de Seabra (artigos 2364.º e 2367.º ss., p.ex.) ainda encontramos resquícios desta orientação.

<sup>(119)</sup> Livro 5, Tit. CXVII, § 21, 1.ª parte = ed. Gulbenkian, 1278/I.

E não tolhemos, que em todos os malefícios que forem feitos a alguma pessoa, de que póde querelar por lhe a elle tocar, e pertencer, se querelar não quiser, pode demandar judicialmente contra a parte contraria sua justiça, e seu interesse, e injuria, sendo a parte para isso citada.

Da literatura da época, inferimos que a matéria era colmatada através das *obligationes ex maleficio*, retiradas das *institutiones* <sup>(120)</sup>.

V. A matéria hoje contida em Direito das obrigações assumia, na vertente contratual, um especial desenvolvimento. Na origem temos o Direito romano e a sua primeira recepção, feita na Universidade. Mas ele sofreu um especial processo de adaptação à realidade lusófona. No campo delitual, lidava-se com o *corpus iuris civilis* e com toda a doutrina que o acompanhou, ao longo do período intermédio.

Um certo relevo deve ser dado a temas gerais das obrigações. Embora discretamente inseridos após o tratamento dos diversos contratos em especial, tais temas estavam presentes e revelavam já um tratamento abstracto de certas áreas da matéria. Era, de resto, a tradição do *ius romanum*.

Cumpre ainda recordar que, quando se iniciou, mercê da reforma do Marquês de Pombal (1771-1772), o ensino universitário do Direito pátrio (até então só se ensinava Direito romano e Direito canónico), as Ordenações foram adoptadas como manual de estudo <sup>(121)</sup>.

As Ordenações vigoraram em Portugal e nas África e Ásia de língua portuguesa até 1867, data da sua substituição pelo Código de Seabra. No Brasil, elas mantiveram-se até 1916, ano da publicação do primeiro Código Civil daquele País. Muitas particularidades do actual Direito das obrigações remontam às

---

<sup>(120)</sup> Por ex., HEINECCIUS, *Institutiones Juris Civilis*, ed. WALDECK (1814, reed. 1887), 265 ss. (267): uma obra muito em uso na academia jurídica da época.

<sup>(121)</sup> Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações / Relatório sobre o programa, conteúdo e método de ensino da disciplina* (2001), 46, com indicações.

Ordenações: é um erro grave não as ensinar nas faculdades lusófonas.

### 15. *Pré-codificação*

I. O período que decorre desde a reforma pombalina da Universidade (1772) e até ao Código de Seabra (1867) é o da pré-codificação. Os esforços dos juristas estiveram virados para a grande conquista do Direito civil moderno: a preparação de uma lei civil cientificamente elaborada.

Na origem da pré-codificação podemos colocar os compêndios de Pascoal de Mello <sup>(122)</sup>. No tocante ao Direito civil, este Autor inspira-se nas *institutiones*:

- Livro II — Direito das pessoas, incluindo a família;
- Livro III — Direito das coisas, incluindo parte das sucessões;
- Livro IV — Direito das obrigações e acções <sup>(123)</sup>.

Pascoal de Mello assenta na definição das *institutiones*, 3,13,Pr. e reparte, na linha dessa obra, as obrigações provenientes do contrato, do quase-contrato, do delito, do quase-delito e de várias outras figuras. Desenvolve passando às modalidades, aos diversos contratos, aos distintos quase-contratos e aos pagamentos e liberações <sup>(124)</sup>.

O próprio Pascoal de Mello anunciara que apenas se iria ocupar das obrigações surgidas de um contrato, isto é, de um facto lícito <sup>(125)</sup>. E assim, é nas *Instituições de Direito criminal portu-*

---

<sup>(122)</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS (1738-1798); quanto a elementos biográficos e bibliográficos *vide* o nosso *Teoria geral do Direito civil / Relatório* (1988), 102-103.

<sup>(123)</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS, *Institutiones Juris Civilis Lusitani cum Publici tum Privati*, IV — *De obligationibus et actionibus* (1815); existe trad. port. de MIGUEL PINTO DE MENESES, BMJ 168 (1967), 27-165, 170 (1967), 89-134 e 171 (1967), 69-168 (o Livro IV — *Das obrigações e acções*).

<sup>(124)</sup> Um apanhado no nosso *Da responsabilidade civil* cit., 447; também LUÍS MENESES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 54-55.

<sup>(125)</sup> PASCOAL DE MELLO, *Instituições de Direito civil* cit., BMJ 168, 37.

*guês* <sup>(126)</sup> que ele nos dá a noção de delito e das suas consequências; será um:

(...) facto ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano, e sofrer uma pena.

Pascoal de Mello escreveu originalmente em português. A sua obra foi publicada em latim por, na época (finais do século XVIII), se ter entendido que isso asseguraria uma maior divulgação. Quanto ao conteúdo, mormente no que respeita às obrigações, Mello actualizou, em função do Direito do seu tempo, designadamente das Ordenações, as proposições do Direito romano: é o nosso *usus modernus pandectarum*. É detectável um estilo menos agudo do que o dos juracionistas do século XVIII, o que coloca Mello mais próximo da jurisprudência elegante do *mos gallicum*.

Adaptadas no ensino durante muitas gerações <sup>(127)</sup>, as *Instituições* de Pascoal de Mello estiveram na base de todo o progresso ulterior.

II. Na sequência de Pascoal de Mello, Manuel de Almeida e Sousa (conhecido como Lobão) (1744-1817), elaborou uma obra extensa, apresentada como *Notas a Mello* <sup>(128)</sup>. Infelizmente, ela não chegaria ao livro IV, relativo às obrigações. Todavia, Lobão produziu outros escritos, com relevo para o seu tratado sobre avaliações e danos, com o que integra a lacuna importante da responsabilidade civil <sup>(129)</sup>. Publicou, ainda, diversos títulos sobre temas diversos da área contratual <sup>(130)</sup>.

---

<sup>(126)</sup> PASCOAL DE MELLO, *Instituições de Direito criminal português / Livro único*, trad. de MIGUEL PINTO DE MENESES, BMJ 155 (1966), 43-202 (56).

<sup>(127)</sup> Vide o nosso *Teoria geral do Direito civil / Relatório* (1988), 104-105, indicando obras ulteriores que se desenvolveram a partir de PASCOAL DE MELLO, com destaque para LOBÃO e para LIZ TEIXEIRA.

<sup>(128)</sup> MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, *de Lobão, Notas de uso pratico e criticas, adições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio, sobre todos os titulos, e todos os §§ do Livro primeiro das Instituições de Direito Civil Lusitano do Doutor Pascoal José de Mello Freire*, ed. Imprensa Nacional (1847-1854).

<sup>(129)</sup> MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, *de Lobão, Tratado Practico das Avaliações e dos Damnos* (1826), 231 pp..

<sup>(130)</sup> Assim, MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, *de Lobão, Tractado das obrigações*

III. A primeira figura-chave da pré-codificação de Seabra foi Corrêa Telles <sup>(131)</sup>. Este Autor teve o papel importante de divulgar, em língua portuguesa, os grandes nomes da pré-codificação francesa: Domat (1625-1696) <sup>(132)</sup> e Pothier (1699-1772) <sup>(133)</sup>. Além disso, elaborou o influente *Digesto Portuguez*, onde o tema das obrigações surge desenvolvido <sup>(134)</sup>. Retemos, em títulos sucessivos:

- I — Disposições gerais;
  - II — Da ignorância do direito;
  - III — Dos direitos e obrigações reais e pessoais;
  - IV — Dos direitos e obrigações condicionais;
  - V — Dos direitos e obrigações modais ou causais;
  - VI — Dos direitos e obrigações alternativas;
  - VII — Dos direitos e obrigações solidárias;
  - VIII — Dos direitos e obrigações indivisíveis;
  - IX — Das obrigações de dar, fazer ou não fazer;
  - X — Dos direitos e obrigações que derivam dos contratos;
  - XI — Dos direitos e obrigações acessórios;
  - XII — Dos direitos e obrigações que derivam dos delitos, ou quase-delitos;
- (...)
- XV — Dos modos de provar os direitos e obrigações;
  - XVI — Dos modos de fazer cessar os direitos e obrigações.

---

*reciprocas que produzem acções civis* (1828), 508 pp.; vide, com mais elementos, LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 57-58.

<sup>(131)</sup> JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES (1780-1849); vide elementos no nosso *Teoria geral / Relatório*, 107-108.

<sup>(132)</sup> JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Theoria da interpretação das leis / Ensaio sobre a natureza do censo consignativo* (1845; há ed. de 1815, 1824 e 1838), onde traduz, com anotações, a introdução de JEAN DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*.

<sup>(133)</sup> JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, trad. de POTHIER, *Tratado das obrigações pessoais, e reciprocas nos pactos, contratos, convenções, etc.*, 2 volumes (1835).

<sup>(134)</sup> JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez do Tratado dos direitos e obrigações civis accomodado às leis e costumes da Nação portuguesa para servir de subsídio ao "Novo Codigo Civil"* (3.<sup>a</sup> ed.), 1849, reimp., 1909; há ed. de 1835 e 1840), 3 volumes; nos diversos volumes, vai variando o subtítulo; existe um suplemento: *Manual de Processo Civil*, como 4.<sup>o</sup> volume ao Digesto.

Estamos perante uma seriação familiar: quiçá actual. Corrêa Telles apoia-se no Código francês e procede a frequentes remissões para autores do *usus modernum* e para as Ordenações. Além disso, são colmatadas lacunas, enquanto começa a tomar forma uma parte geral das obrigações, contraposta aos diversos contratos. O sistema lusófono aproximava-se então do napoleónico, de cujo Código, além da arrumação geral, eram acolhidos muitos conceitos.

IV. A segunda figura-chave da pré-codificação lusófona foi Coelho da Rocha <sup>(135)</sup>. Numa primeira fase, este Autor adoptou o esquema de Pascoal de Mello, procurando actualizá-lo através de referências a Pothier, a Mackeldey, a Gustav Hugo e a Corrêa Telles <sup>(136)</sup>.

Todavia, em 1843-1844, Coelho da Rocha faz uma importante inversão e passa a adoptar o sistema de F. Mackeldey, professor em Bona e autor de um Manual de Direito romano, traduzido em francês <sup>(137)</sup>. Nessa base, elaborou as *Instituições de Direito civil*. Mackeldey optara pela classificação germânica, à qual aditara um título sobre o concurso de credores. Coelho da Rocha, seguindo esse esquema, acabou por transferir a matéria das obrigações para a parte geral <sup>(138)</sup>.

É, pois, na parte geral que, depois de versar o Direito como “faculdade moral” e de expender noções gerais sobre pessoas, sobre coisas e sobre actos, que Coelho da Rocha vem tratar, sucessivamente:

- V — Das obrigações em geral;
- VI — Das perdas e interesses;
- VII — Das obrigações resultantes de actos ilícitos;
- VIII — Da extinção das obrigações;
- IX — Das acções e excepções.

---

<sup>(135)</sup> MANOEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA (1793-1850); *vide* elementos biográficos e bibliográficos no nosso *Teoria geral / Relatório*, 110 ss. e com LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 72 ss..

<sup>(136)</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. e loc. cit.*

<sup>(137)</sup> F. MACKELDEY, *Manuel de Droit romain, contenant la théorie des institutions, précédée d'une introduction à l'étude du Droit romain*, trad. da 10.<sup>a</sup> ed. alemã, de J. BEVING, 3.<sup>a</sup> ed. (1846).

<sup>(138)</sup> Quanto aos sistemas de MACKELDEY e de COELHO DA ROCHA, *vide* o nosso *Teoria geral / Relatório*, 112-113 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 74-75.

Curiosamente: Coelho da Rocha tinha sistematicamente razão, ao incluir a responsabilidade civil na parte geral. Além disso, o desenvolvimento das rubricas integrava uma certa lacuna na doutrina lusófona: a relativa à responsabilidade civil, já colmatada por Lobão.

A matéria dos contratos em geral e dos contratos em especial ocorria no Livro III — *Dos direitos enquanto aos actos jurídicos*, da parte especial. Aí, após as disposições de última vontade, Coelho da Rocha tratava, sucessivamente:

Secção 2.<sup>a</sup> Dos contractos em geral e das transacções:

Capítulo I — Dos contractos em geral;

Capítulo II — Das transacções.

Secção 3.<sup>a</sup> Dos contractos gratuitos:

Capítulo I — Das doações;

Capítulo II — Do empréstimo;

Capítulo III — Do depósito;

Capítulo IV — Do mandato;

Capítulo V — Da negotiorum-gestão.

Secção 4.<sup>a</sup> Dos contractos onerosos:

Capítulo I — Da compra e venda;

Capítulo II — Da permutação;

Capítulo III — Da locação-condução;

Capítulo IV — Da sociedade;

Capítulo V — Dos contractos aleatórios;

Capítulo VI — Dos contractos acessórios.

Deve sublinhar-se a actualidade por que são tratados muitos destes temas, sendo importante manter o conhecimento dos clássicos civilistas portugueses do século XIX.

## 16. *O Código de Seabra*

I. Na sequência de uma pré-codificação que preencheu três gerações de juristas, o Direito de fala portuguesa ficou maduro para



uma primeira codificação. Ela foi levada a cabo por António Luiz de Seabra (o Visconde de Seabra) <sup>(139)</sup> autor do projecto adoptado, em 1867, como Código Civil. O projecto foi fonte de um debate vivo, sobretudo em torno do tema do casamento civil. No tocante às obrigações, área essencialmente técnica, pouco foi dito <sup>(140)</sup>.

A sua aprovação <sup>(141)</sup> marcou a quebra da unidade formal de fontes do sistema lusófono de Direitos: o Brasil manteve, em vigor, as Ordenações.

II. O Código de Seabra é filho do seu tempo <sup>(142)</sup>. Ele integra-se no sistema napoleónico, seja a nível de sistemática global, seja pelos princípios, seja, finalmente, em muitas das suas soluções.

Não foi, porém, uma integração servil. Ele beneficiou das críticas à ordenação napoleónica que, então, já ultrapassara o meio século. Além disso, tirou partido da pré-codificação portuguesa e da preparação filosófica do seu autor. Finalmente, o Código manteve linhas de continuidade com o Direito anterior, particularmente

<sup>(139)</sup> ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA (1798-1895); cf. MAXIMINO JOSÉ DE MORAES CORREIA/MANUEL DE ANDRADE, *Em memória do Visconde de Seabra*, BFD XXVIII (1952), 270-301, bem como o nosso *Teoria geral / Relatório*, 117 ss. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 79 ss..

<sup>(140)</sup> ANTÓNIO BANDEIRA DE NEIVA, *Observações sobre o projecto de Código Civil* (1861), 115 ss.; este Autor começa de modo demolidor, quanto aos *contractos em geral*: a epigraphe do capítulo promete muito; mas o capítulo não cumpriu a promessa: tudo ficou a desejar-se.

Porém, na sequência, procede a um mero confronto de redacção com códigos estrangeiros; cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 79.

<sup>(141)</sup> As vicissitudes da preparação e da aprovação do Código de Seabra podem ser confrontadas em: JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código civil portuguez anotado*, 1, 2.<sup>a</sup> ed. (1894), V-X; GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito civil português* — vol. I — *Parte geral* (1907), 22-25; ANTÓNIO JOSÉ TEIXEIRA D'ABREU, *Curso de Direito civil*, 1.<sup>o</sup> *Introdução* (1910), 378-382; JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito civil*, 1, 2.<sup>a</sup> ed. (1929), 325-328; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil I* (1929), 121-126, com muitos pormenores; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Direito civil (Noções fundamentais)* (1936-1937), 129-131; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito civil / Parte geral*, 4.<sup>a</sup> ed. póstuma (1995), 116-118.

<sup>(142)</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil português*, BFD XXXVII (1961), 138-160 e MÁRIO REIS MARQUES, *O liberalismo e a codificação do Direito civil em Portugal / Subsídios para a implantação em Portugal do Direito moderno* (1987), 147 ss. e 175 ss..

o Direito das Ordenações, de modo a concertar uma adaptação à cultura dos povos a que se applicava.

III. Muito aplaudido <sup>(143)</sup>, o sistema do Código de Seabra era o seguinte:

Parte I — Da capacidade civil:

Livro único (1.º a 358.º).

Parte II — Da aquisição dos direitos:

Livro I — Dos direitos originários e dos que se adquirem por facto e vontade própria independentemente da cooperação de outrem (359.º a 640.º);

Livro II — Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente (641.º a 1722.º);

Livro III — Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei (1723.º a 2166.º).

Parte III — Do direito de propriedade:

Livro único (2167.º a 2360.º).

Parte IV — Da ofensa dos direitos e da sua reparação (2361.º a 2538.º):

Livro I — Da responsabilidade civil;

Livro II — Da prova dos direitos e da restituição deles.

Na verdade: é patente a influência do Código Napoleão. Todavia, a arrumação racionalista vai mais longe, designadamente no modo de aquisição dos direitos.

---

<sup>(143)</sup> Chegou a ser considerado como o mais racionalmente elaborado dos actuais; assim MONEVA, *apud* JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La ordenación sistemática del derecho civil* (1954), 48. *Vide*, ainda, CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito civil*, 4.ª ed. cit., 123: (...) não se podem negar ao nosso Código Civil nem o mérito da originalidade nem o rigor lógico na concepção do plano traçado pelo seu autor.

IV. A matéria das obrigações surge, essencialmente, no Livro II, cujo conteúdo principiava pelo Título I — *Dos contractos e obrigações em geral*, que compreendia doze capítulos:

- Capítulo I — Disposições preliminares (641.º a 643.º);
- Capítulo II — Da capacidade dos contrahentes (644.º a 646.º);
- Capítulo III — Do mutuo consensu (647.º a 668.º);
- Capítulo IV — Do objecto dos contratos (669.º a 671.º);
- Capítulo V — Das condições e clausulas dos contractos (672.º a 683.º);
- Capítulo VI — Da interpretação dos contratos (684.º e 685.º);
- Capítulo VII — Da forma externa dos contractos (686.º);
- Capítulo VIII — Da rescisão dos contractos (687.º a 701.º);
- Capítulo IX — Dos efeitos e cumprimento dos contractos (702.º a 817.º) <sup>(144)</sup>;
- Capítulo X — Da caução ou garantia dos contractos (818.º a 1029.º) <sup>(145)</sup>;
- Capítulo XI — Dos actos e contractos celebrados em prejuízo de terceiro (1030.º a 1045.º);
- Capítulo XII — Da evicção (1046.º a 1055.º).

Esta matéria tem uma certa correspondência no Livro III (Diversas maneiras de adquirir a propriedade), Título III (Dos contratos ou das obrigações convencionais em geral (artigos 1101.º a 1369.º) do Código Napoleão sem, todavia, lhe equivaler.

Seguia-se um Título II — *Dos contractos em particular*, que abrangia:

- Capítulo I — Do casamento (1056.º a 1239.º);
- Capítulo II — Do contracto de sociedade (1240.º a 1318.º);

---

<sup>(144)</sup> Incluindo oito secções: I — Disposições geraes; II — Da prestação de factos; III — Da prestação de cousas; IV — Da prestação como alternativa; V — Do logar e do tempo da prestação; VI — Das pessoas que podem fazer a prestação, e das pessoas a quem deve ser feita; VII — Da proposta de pagamento e da consignação em depósito; VIII — Da compensação; IX — Da sub-rogação; X — Da cessão; XI — Da confusão de direitos e de obrigações; XII — Da novação; XIII — Do perdão e da renuncia.

<sup>(145)</sup> Abrangendo quatro secções: I — Fiança; II — Penhor; III — Consignação de rendimentos; IV — Dos privilegios creditorios e das hypothecas; a propósito das *hypothecas* surgia uma subsecção VII, relativa ao registo predial, de grande relevo.

- Capítulo III — Do mandato ou procuradoria (1319.º a 1369.º);  
Capítulo IV — Do contracto de prestação de serviços (1370.º a 1451.º) <sup>(146)</sup>;  
Capítulo V — Das doações (1452.º a 1506.º);  
Capítulo VI — Do empréstimo (1507.º a 1536.º) <sup>(147)</sup>;  
Capítulo VII — Dos contractos aleatorios (1537.º a 1543.º);  
Capítulo VIII — Do contracto de compra e venda (1544.º a 1591.º);  
Capítulo IX — Do escambo ou troca (1592.º a 1594.º);  
Capítulo X — Do contracto de locação (1595.º a 1635.º);  
Capítulo XI — Da usura (1636.º a 1643.º);  
Capítulo XII — Da renda ou censo consignativo (1644.º a 1652.º);  
Capítulo XIII — Do contracto de emprazamento (1653.º a 1705.º);  
Capítulo XIV — Do censo reservativo (1706.º a 1709.º);  
Capítulo XV — Da transacção (1710.º a 1721.º);  
Capítulo XVI — Do registo de transmissão do bem e direitos immobiliarios (1722.º).

A correspondência com o Código Napoleão é menor; este diploma não agrupa, de resto, os contratos em particular. Qual o critério? Menezes Leitão suscita a hipótese de os contratos se arrumarem em função da intensidade decrescente dos sacrifícios exigidos às partes no contrato <sup>(148)</sup>. Parece, todavia, que há uma certa despersonalização crescente: máxima no casamento, baixando na sociedade, no mandato, na prestação de serviços, na doação, no empréstimo e nos contratos aleatórios: todos eles, todavia, com elementos *intuitu personae*. Depois surgiam os contratos onerosos, despersonalizados, da compra e venda à transacção.

No Livro III — Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei, surge, ainda, como objecto do Direito das obrigações:

---

<sup>(146)</sup> Abarcando, em oito secções, o serviço doméstico, o serviço salariado, as empreitadas, as artes e profissões liberais, a recovagem, barcagem e alquilaria, a albergaria ou pousada, a aprendizagem e o depósito.

<sup>(147)</sup> Subdividido em *commodato e mutuo*.

<sup>(148)</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 81-82, nota 343.

Título I — Da gestão de negócios (1723.º a 1734.º).  
O Título I era relativo às sucessões.

Na Parte IV — Da offensa dos direitos e da sua reparação, tinham, por fim:

Livro I — Da responsabilidade civil (2361.º a 2403.º).

Esse livro compreendia uma série de subdivisões, que consideraremos oportunamente.

V. A sistemática do Código de Seabra era linguisticamente inoperacional. Não vemos como propor, num plano de estudos, uma disciplina chamada “dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente” ou como escrever um “Manual dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei”. O cérebro humano tem de colocar, na base, conceitos simples: um fenómeno válido para pedagogos, para legisladores e para cientistas.

A arrumação da matéria, no tocante às obrigações, não era a ideal, por se encontrar dispersa: nada de inultrapassável. Ainda quanto às obrigações, o maior óbice era o da responsabilidade civil: muito incipiente, sobretudo à medida que a revolução industrial veio exigir novas esferas de imputação de danos.

VI. O Código de Seabra foi recebido com alguma frieza pela doutrina: não havia obras explicativas. Das críticas falaremos a propósito do Código Civil de 1966. Quanto a vantagens:

- o Código de Seabra traduziu um aperfeiçoamento no português jurídico, sedimentando conceitos e acepções antes ambivalentes ou imprecisos;
- em geral, o Código conservou as soluções territorialmente mais adequadas <sup>(149)</sup>; manteve uma continuidade com o que de bom havia no Direito anterior;

---

<sup>(149)</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Annotado* cit., 1, 2.ª ed., XVII, exprime-se nestes termos:

Porém, quanto á doutrina não produziu o codigo civil, como tem acontecido

- o Código permitiu um tratamento tecnicamente mais avançado, das obrigações;
- o Código constituiu um bom instrumento pedagógico.

O Código de Seabra facultou a viragem para o pandectismo: à sua luz desabrochou a Ciência do Direito.

VII. O Código de Seabra foi, também nas obrigações, seguido por um período exegético: tratava-se, quanto ao estudo e ao ensino do Direito, de o ler em profundidade, explicando as palavras, as conexões e o alcance efectivo. O próprio Código passou a consistir o texto base do ensino do Direito civil português<sup>(150)</sup>.

Não é possível, numa área jurídico-científica como o Direito das obrigações, construir do geral para o especial. Os numerosos problemas e os diversíssimos institutos devem ser aprofundados por si, um por um, de modo a permitir uma apreensão dogmática; só depois se tornam possíveis as grandes sínteses. O Direito português das obrigações tinha, assim, de ser aprofundado na periferia.

### 17. *A recepção do pandectismo*

I. Nos finais do século XIX, o Direito português integrava-se no sistema napoleónico de Direito. O esquema geral do Código de Seabra aproximava-se do de Napoleão; o método dominante era o da exegese: diversos institutos seguiam o figurino francês; a cultura geral do País era moldada pelos “caixotes de civilização” (Eça de

---

n’outros paizes, revolução profunda nos costumes dos povos e nas suas aspirações sociaes. N’alguns paizes as disposições liberaes da legislação civil têm servido mais ao progresso das instituições politicas, do que os mais avançados capitulos das constituições democraticas.

Entre nós não succedeu o mesmo. O *fundo* do nosso direito civil resentia-se já das idéas liberaes, que foram sempre typo e caracteristico do povo portuguez.

O codígo pois, se fez alteração importante no direito velho, não creou uma revolução nos nossos habitos e costumes, porque as innovações que estabeleceu representam a aspiração dos povos, as reclamações dos nossos habitos e costumes, e as opiniões dos nossos praxistas sustentadas desde largos annos.

<sup>(150)</sup> Vide em LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 87 ss., notas 359 ss., as competentes indicações.

Queirós) de Além-Pirinéus; finalmente, a língua francesa era, por excelência, a língua académica.

Entretanto, desenvolvia-se, nos centros universitários alemães, uma nova Ciência do Direito. Assente nos *digesta*, ela aprofundava, reescrevia e sistematizava os diversos institutos, conseguindo soluções mais diferenciadas e melhor adaptadas aos problemas. A partir de 1850, a doutrina do Brasil foi pioneira, no sentido de, na produção alemã, procurar inspiração para uma reforma aprofundada da Ciência Jurídica civil <sup>(151)</sup>.

II. Um primeiro esforço fora já levado a cabo por Coelho da Rocha. Este Autor, como vimos, ao adoptar a sistematização civil de Mackeldey, deu os passos pioneiros no sentido da rearrumação do Direito lusófono. Falta, porém, uma redogmatização do tecido civil, com especial focagem nas áreas mais sensíveis à Ciência do Direito: a parte geral e as obrigações.

O contributo decisivo ficou a dever-se a Guilherme Moreira <sup>(152)</sup><sup>(153)</sup>. Do lado de lá do Atlântico, um movimento paralelo fora levado a cabo por Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) que, confrontado com a complexidade das leis civis brasileiras, então existente, preparou uma consolidação já numa base pandectística <sup>(154)</sup>. Essa orientação reflectir-se-ia nos juristas subsequentes e, designadamente, em Clóvis Beviláqua, pai do Código Civil brasileiro de 1916 <sup>(155)</sup>.

<sup>(151)</sup> O cenário de uma influência doutrinária brasileira na Faculdade de Direito de Coimbra dos finais do séc. XIX e, em especial, no pensamento renovador de GUILHERME MOREIRA deve ser investigado e confirmado.

<sup>(152)</sup> Cf. os nossos *Teoria geral / Relatório*, 131 ss., *A modernização do Direito civil I — Aspectos gerais* (2004), 37-39, e *Tratado I/1*, 3.<sup>a</sup> ed., 111-112 e 127, bem como PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico* (1995), 10 ss. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 107-113.

<sup>(153)</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA (1861-1922). Quanto a elementos biográficos e bibliográficos *vide* o nosso *Teoria geral / Relatório*, 131 ss. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 107 ss., com especial atenção às notas de rodapé.

<sup>(154)</sup> EUGEN BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, ZEuP 2004, 515-547 (527, 528 e 531): citamos este escrito pela curiosidade de documentar a afirmação à luz da literatura alemã; BUCHER (ob. cit., 538) vem admitir, às tantas, uma família hispano-portuguesa de Direito, no que nos parece um desconhecimento das realidades ibéricas e das suas projecções. Já em ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., 105-107, tal confusão não ocorre.

<sup>(155)</sup> *Infra*, n.º 20.

Em traços muito largos, podemos dizer, com especial interesse para a área do Direito das obrigações, que a recepção do pandectismo se cifrou nos seguintes pontos:

- alteração das obras de referência e de consulta: passou-se de autores franceses a autores italianos e alemães;
- progressivo conhecimento do BGB alemão;
- redistribuição das matérias civis de acordo com a classificação germânica: parte geral, obrigações, reais, família e sucessões;
- arrumação, dentro das obrigações, das rubricas em função das obras pandectísticas;
- apuramento de uma parte geral das obrigações;
- acolhimento de diversos institutos desenvolvidos além-Reno;
- afinamento dogmático geral, com a introdução e o desenvolvimento de um pensamento analítico responsivo.

As inerentes novidades são visíveis na obra de Guilherme Moreira, particularmente no volume segundo — *Das obrigações* — das suas *Instituições do Direito civil português* <sup>(156)</sup>.

IV. Mais importante do que a mudança de paradigma cultural e sistemático é o trabalho dogmático feito na periferia. Seja na sua obra central — as *Instituições* — seja em importantes trabalhos periféricos, como os estudos dedicados à responsabilidade civil <sup>(157)</sup>

---

<sup>(156)</sup> De que existe uma pré-edição, de 1902/03 e a obra definitiva, de 1911, com 2.<sup>a</sup> ed. póstuma, 1925.

<sup>(157)</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, *Observações à proposta de lei de 7 de Fevereiro de 1903, em que são interpretados alguns artigos do Código Civil*, RLJ 35 (1903), 513-522, 529-535, 561-569, 577-585, RLJ 36 (1903), 2-8, 17-22, 33-42, 49-55, 65-70, 81-86, 97-101, 129-132, 145-149, 161-165, 177-181, 193-197, 209-213, 224-228, 241-244, 257-260, 273-276, 289-292, 305-308, 32 1-324, RLJ 36 (1904), 353-356, 369-373, 385-389, 104-404, 417-421, 449-452, 465-468, 497-500, 513-517, 529-532, RLJ 37 (1904), 2-5, 17-20, 33-36, 65-68, 81-84, 97-100, 113-117, 129-132, 145-148, 161-164, 193-196, 209-212, 241-244, 256-260, 273-276, 289-292, 305-308, 321-324, 336-340, 353-360, 369-372, 385-388, 401-404 e RLJ 37 (1905), 417-420, 433-436, 449-452, 465-469, 481-484, 497-500 e



e à personalidade colectiva <sup>(158)</sup>, Guilherme Moreira reformulou integralmente matérias inteiras, introduzindo outras antes desconhecidas. Estão, nessas condições, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias, a gestão de negócios, os negócios unilaterais, o contrato em relação a terceiros, o enriquecimento sem causa e o modelo dualista ou analítico da responsabilidade civil.

V. A classificação germânica começara por ser criticada <sup>(159)</sup>, enquanto o próprio ensino inovador deu azo a protestos <sup>(160)</sup>. Todavia, rapidamente o novo método foi acolhido no ensino, na lei <sup>(161)</sup> e na Ciência Jurídica subsequente. Os diversos autores que se seguiram a Moreira vieram adoptar a nova geografia. Paralelamente, intensificou-se o acesso às literaturas italiana e alemã: quanto a esta, primeiro, através de traduções francesas e italianas e, depois, directamente, à medida que se difundia, nos meios universitários, o hábito de ler em alemão.

---

529-532; *Estudo sobre a responsabilidade civil*, RLJ 37 (1905), 561-564, RLJ 38 (1905), 2-5, 17-20, 33-36, 49-52, 65-68, 81-84, 96-100, 113-116, 129-131, 144-147, 177-179, 192-196, 209-212, 224-228, 257-259, 273-275, 305-308, 321-324, 337-340, 353-356, 369-356, 369-372 e 385-388, RLJ 38 (1906), 417-420, 433-436, 449-451, 465-468, 481-483, 513-515, 529-532, 545-548 e 561-564, RLJ 39 (1906), 2-5, 17-19, 33-36, 49-52, 81-84, 97-99, 113-115, 145-147, 161-164, 193-196, 225-228, 257-259, 289-191, 305-308, 337-339, 353-356, 369-371, 385-388, 401-404 e 417-420 e RLJ 39 (1907), 449-452, 465-468, 481-483, 513-516, 545-547, 577-579 e 609-612, com extractos em BFD LIII (1977), 391-554.

<sup>(158)</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, *Da personalidade colectiva*, RLJ 40 (1907) 385-388, 401-403 e 433-436, RLJ 41 (1908), 449-451, 465-467, 481-483, 513-515, 545-547, 577-579, 593-595, 609-611 e 641-644, RLJ 41 (1908), 2-4, 15-19, 33-35, 49-51, 81-83, 97-99, 129-131, 145-147, 177-179, 193-195, 225-227, 241-243, 257-260, 289-291, 305-307, 321-323, 337-339, 353-355, 368-371, 385-387 e 101-404, RLJ 41 (1909), 433-435, 449-451, 465-467, 497-500, 513-515, 529-532, 545-547, 561-563, 577-579, 593-595 e 609-611 e RLJ 42(1909), 2-4, 17-19, 33-35, 49-51, 65-68, 81-84, 97-99, 113-115, 129-131, 145-163, 193-195, 225-227 e 257-259.

<sup>(159)</sup> ABEL PEREIRA DE ANDRADE, *Commentario ao Codigo Civil Portuguez (Artt. 359.º e segg.) / Moldado nas prelecções do exmo. sr. dr. Sanches da Gama, lente da sexta cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, I (1895), CXXXIV e CXXXV e ANTÓNIO JOSÉ TEIXEIRA DE ABREU, *Curso de Direito civil — vol. I — Introdução* (1910), 372.

<sup>(160)</sup> ANTUNES VARELA, *Discurso proferido no centenário do Dr. Guilherme Alves Moreira*, BFD XXXVII (1961), 199-204 (203) e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 109-110, nota 451.

<sup>(161)</sup> Decreto 8:578, de 18-Abr.-1923, DG I Série, n.º 8, de 12-Jan.-1923, 51-64.

A recepção do pandectismo não foi total. Em muitos institutos mantiveram-se elementos da cepa tradicional e, ainda, factores de origem napoleónica. Digamos que se obteve uma nova síntese: mas com um centro de gravidade claramente romano-germânico.

## 18. *O Código Vaz Serra (1966)*

I. O Direito civil ficou irreconhecível, em cerca de meio século: o ensino na base pandectística, tecnicamente mais aperfeiçoado e mais eficaz, levou a que, num período historicamente curto, a Ciência Jurídica basculasse para o sistema romano-germânico. O movimento foi, de resto, facilitado pelo Código Civil brasileiro, de 1916, de clara inspiração alemã.

Punha-se, agora, a questão: valeria a pena fazer um novo Código Civil? A resposta não era inelutável: o Código de Seabra permitira a recepção de um pandectismo e o seu desabrochar, em síntese nacional. Logo, ele não era impedimento à nova Ciência, então dominante. Todavia, a elaboração de um novo código civil sempre seria um ensejo para reponderar muita matéria, acertando o passo da lei pelo da História e permitindo reformas sectoriais. Além disso, a revisão do Código Civil inscrever-se-ia na obra reformadora do Estado Novo, sendo apresentada como mais um feito desse regime.

II. A reforma foi desencadeada por Adriano Vaz Serra, em 1944: professor de Direito das obrigações entre 1926 e 1937<sup>(162)</sup> e Ministro da Justiça em 1944, altura em que o Decreto n.º 33:908, de 4 de Setembro desse mesmo ano<sup>(163)</sup>, determinou que se procedesse à reforma. Subsequentemente, Vaz Serra deixou o Governo

---

<sup>(162)</sup> Quanto ao ensino de VAZ SERRA *vide* LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 150-153. Ficaram lições, organizadas por alunos: AFONSO LEITE DE SAMPAIO/ALBERTO LOPES MADEIRA/EDUARDO MARTINS MANSO, *Direito Civil Português / Das obrigações (de harmonia com as prelecções do Ex.mo Senhor Doutor Adriano Vaz Serra ao curso do 1.º ano jurídico de 1929-1930)* (1930) e MÁRIO AUGUSTO DA CUNHA, *Direito civil português / Das obrigações* (1935).

<sup>(163)</sup> DG I Série, n.º 196, de 4-Set.-1944, 830-836; *vide* ADRIANO VAZ SERRA, *A revisão geral do Código Civil / Alguns factos e comentários*, BMJ 2 (1947), 24-76 = BFD 22 (1947), 451-513.

para presidir à comissão de reforma, tendo ficado incumbido do projecto na área do Direito das obrigações <sup>(164)</sup>.

III. No âmbito da preparação do Código Civil, Vaz Serra elaborou, precisamente para o Direito das obrigações, um conjunto de estudos que, ainda hoje, asseguram uma cobertura única da matéria.

Apesar da extensão, cumpre dar conta dos temas estudados por Vaz Serra, no domínio do Direito das obrigações e com vista à preparação do que seria o Código Civil de 1966. Assim:

1. *Compensação* <sup>(165)</sup>;
2. *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações* <sup>(166)</sup>;
3. *Sub-rogação nos direitos do credor* <sup>(167)</sup>;
4. *Direito de satisfação ou resgate e sub-rogação legal nos casos de hipoteca ou de penhor* <sup>(168)</sup>;
5. *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento* <sup>(169)</sup>;
6. *Consignação em depósito, venda da coisa devida e exoneração do devedor por impossibilidade da prestação resultante de circunstância atinente ao credor* <sup>(170)</sup>;
7. *Confusão* <sup>(171)</sup>;
8. *Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral* <sup>(172)</sup>;

---

<sup>(164)</sup> Quanto à preparação do Código Vaz Serra vide o nosso *Tratado* I/1, 3.<sup>a</sup> ed., 128 ss..

<sup>(165)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Compensação*, BMJ 31 (1952), 13-209.

<sup>(166)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, BMJ 34 (1953), 5-212.

<sup>(167)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Sub-rogação nos direitos do credor*, BMJ 37 (1953), 5-66.

<sup>(168)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Direito de satisfação ou resgate e sub-rogação legal nos casos de hipoteca ou de penhor*, BMJ 39 (1953), 5-24.

<sup>(169)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento*, BMJ 39 (1953), 25-57.

<sup>(170)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Consignação em depósito, venda da coisa devida e exoneração do devedor por impossibilidade da prestação resultante de circunstância atinente ao credor*, BMJ 40 (1954), 5-192.

<sup>(171)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Confusão*, BMJ 41 (1954), 17-55.

<sup>(172)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral*, BMJ 43 (1954), 5-98.

9. *Cessão de créditos ou de outros direitos* <sup>(173)</sup>;
10. *Mora do credor* <sup>(174)</sup>;
11. *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor* <sup>(175)</sup>;
12. *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor* <sup>(176)</sup>;
13. *Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes* <sup>(177)</sup>;
14. *Mora do devedor* <sup>(178)</sup>;
15. *Cessão da posição contratual* <sup>(179)</sup>;
16. *Lugar da prestação* <sup>(180)</sup>;
17. *Tempo da prestação — Denúncia* <sup>(181)</sup>;
18. *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro* <sup>(182)</sup>;
19. *Obrigações pecuniárias* <sup>(183)</sup>;
20. *Obrigações naturais* <sup>(184)</sup>;
21. *Obrigações genéricas* <sup>(185)</sup>;
22. *Obrigações alternativas. Obrigações com faculdade alternativa* <sup>(186)</sup>;

---

<sup>(173)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, BMJ, número especial (1955), 5 ss. = BFD, vol. XXX (1954), 191-399, e vol. XXXI (1955), 190-365.

<sup>(174)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Mora do credor*, número especial (1955), 375 ss..

<sup>(175)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, BMJ 46 (1955), 5-152.

<sup>(176)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, BMJ 47 (1955), 5-97.

<sup>(177)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes*, BMJ 47 (1955), 98-126.

<sup>(178)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Mora do devedor*, BMJ 48 (1955), 5-317.

<sup>(179)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Cessão da posição contratual*, BMJ 49 (1955), 5-30.

<sup>(180)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Lugar da prestação*, BMJ 50 (1955), 5-48.

<sup>(181)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Tempo da prestação — Denúncia*, BMJ 50 (1955), 49-211.

<sup>(182)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro*, BMJ 51 (1955), 29-229.

<sup>(183)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações pecuniárias*, BMJ 52 (1956), 5-228.

<sup>(184)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações naturais*, BMJ 53 (1956), 5-171.

<sup>(185)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações genéricas*, BMJ 55 (1956), 5-59.

<sup>(186)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações alternativas. Obrigações com faculdade alternativa*, BMJ 55 (1956), 61-158.

23. *Obrigação de juro* <sup>(187)</sup>;
24. *Penhor* <sup>(188)</sup>;
25. *Títulos de crédito* <sup>(189)</sup>;
26. *Hipoteca* <sup>(190)</sup>;
27. *Privilégios* <sup>(191)</sup>;
28. *Direito de retenção* <sup>(192)</sup>;
29. *Consigna o de rendimentos* <sup>(193)</sup>;
30. *Gestão de negócios* <sup>(194)</sup>;
31. *Excepção de contrato não cumprido* <sup>(195)</sup>;
32. *Pena convencional* <sup>(196)</sup>;
33. *Culpa do devedor ou do agente* <sup>(197)</sup>;
34. *Resolução do contrato* <sup>(198)</sup>;
35. *Resolução ou modifica o dos contratos por altera o das circunstâncias* <sup>(199)</sup>;
36. *Pluralidade de devedores ou de credores* <sup>(200)</sup>;
37. *Fiança e figuras análogas* <sup>(201)</sup>;
38. *Novaç o* <sup>(202)</sup>;

---

<sup>(187)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obriga o de juro*, BMJ 55 (1956), 159-170.

<sup>(188)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ 58 (1956), 17-293 e 59 (1956), 13-268.

<sup>(189)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Títulos de crédito*, BMJ 60 (1956), 5-350 e 61 (1956), 5-364.

<sup>(190)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Hipoteca*, BMJ 62 (1957), 5-356 e 63 (1957), 193-396.

<sup>(191)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Privilégios*, BMJ 64 (1957), 41-339.

<sup>(192)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Direito de retenção*, BMJ 65 (1957), 103-259.

<sup>(193)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Consigna o de rendimentos*, BMJ 65 (1957), 263-316.

<sup>(194)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Gestão de negócios*, BMJ 66 (1957), 45-282.

<sup>(195)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Excepção de contrato não cumprido*, BMJ 67 (1957), 17-183.

<sup>(196)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Pena convencional*, BMJ 67 (1957), 185-243.

<sup>(197)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Culpa do devedor ou do agente*, BMJ 68 (1957), 13-151.

<sup>(198)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, BMJ 68 (1957), 153-291.

<sup>(199)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução ou modifica o dos contratos por altera o das circunstâncias*, BMJ 68 (1957), 293-385.

<sup>(200)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Pluralidade de devedores ou de credores*, BMJ 69 (1957), 37-352 e 70 (1957), 5-240.

<sup>(201)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e figuras análogas*, BMJ 71 (1957), 19-331.

<sup>(202)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Novaç o*, BMJ 72 (1958), 5-75.

39. *Expromissão* <sup>(203)</sup>;
40. *Promessa de liberação e contrato a favor do credor* <sup>(204)</sup>;
41. *Delegação* <sup>(205)</sup>;
42. *Assunção de dívida (Cessão de dívida sucessão singular na dívida)* <sup>(206)</sup>;
43. *Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos* <sup>(207)</sup>;
44. *Cessão de bens aos credores* <sup>(208)</sup>;
45. *Realização coactiva da prestação (Execução) (Regime civil)* <sup>(209)</sup>;
46. *Objecto da obrigação. A prestação — suas espécies, conteúdo e requisitos* <sup>(210)</sup>;
47. *Promessa pública* <sup>(211)</sup>;
48. *Efeitos dos contratos (Princípios gerais)* <sup>(212)</sup>;
49. *Responsabilidade patrimonial* <sup>(213)</sup>;
50. *Contrato-promessa* <sup>(214)</sup>;
51. *Obrigação de preferência (Pacto de preferência ou de opção)* <sup>(215)</sup>;
52. *Obrigações — Ideias preliminares gerais* <sup>(216)</sup>;

---

<sup>(203)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Expromissão*, BMJ 72 (1958), 77-81.

<sup>(204)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Promessa de liberação e contrato a favor do credor*, BMJ 72 (1958), 83-95.

<sup>(205)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Delegação*, BMJ 72 (1958), 97-187.

<sup>(206)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Assunção de dívida (Cessão de dívida sucessão singular na dívida)*, BMJ 72 (1958), 189-257.

<sup>(207)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, BMJ 72 (1958), 259-305.

<sup>(208)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Cessão de bens aos credores*, BMJ 72 (1958), 307-325.

<sup>(209)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Realização coactiva da prestação (Execução) (Regime civil)*, BMJ 73 (1958), 31-394.

<sup>(210)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Objecto da obrigação. A prestação — suas espécies, conteúdo e requisitos*, BMJ 74 (1958), 15-283.

<sup>(211)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Promessa pública*, BMJ 74 (1958), 285-331.

<sup>(212)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Efeitos dos contratos (Princípios gerais)*, BMJ 74 (1958), 333-368.

<sup>(213)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, BMJ 75 (1958), 5-410.

<sup>(214)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Contrato-promessa*, BMJ 76 (1958), 5-129.

<sup>(215)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de preferência (Pacto de preferência ou de opção)*, BMJ 76 (1958), 131-289.

<sup>(216)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações — Ideias preliminares gerais*, BMJ 77 (1958), 5-125.

53. *Fontes das obrigações — O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações* <sup>(217)</sup>;
54. *Fixação de prazo* <sup>(218)</sup>;
55. *Exibição de coisas ou documentos* <sup>(219)</sup>;
56. *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros* <sup>(220)</sup>;
57. *Obrigação de prestação de contas e outras obrigações de informação* <sup>(221)</sup>;
58. *Contrato para pessoa a nomear* <sup>(222)</sup>;
59. *Obrigação de reembolso de despesas (ou benfeitorias) e “ius tollendi”* <sup>(223)</sup>;
60. *Obrigação de restituição* <sup>(224)</sup>;
61. *Obrigações de sujeito indeterminado* <sup>(225)</sup>;
62. *Contrato de modificação ou de substituição da relação obrigacional* <sup>(226)</sup>;
63. *Responsabilidade do albergueiro, etc., pelas coisas introduzidas no albergue, etc.* <sup>(227)</sup>;
64. *Reclamação judicial* <sup>(228)</sup>;

---

<sup>(217)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Fontes das obrigações — O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações*, BMJ 77 (1958), 127-219.

<sup>(218)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Fixação de prazo*, BMJ 77 (1958), 221-225.

<sup>(219)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Exibição de coisas ou documentos*, BMJ 77 (1958), 227-251.

<sup>(220)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros*, BMJ 79 (1958), 105-148.

<sup>(221)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de prestação de contas e outras obrigações de informação*, BMJ 79 (1958), 149-161.

<sup>(222)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Contrato para pessoa a nomear*, BMJ 79 (1958), 163-199.

<sup>(223)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de reembolso de despesas (ou benfeitorias) e “ius tollendi”*, BMJ 80 (1958), 13-51.

<sup>(224)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de restituição*, BMJ 80 (1958), 53-85.

<sup>(225)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações de sujeito indeterminado*, BMJ 80 (1958), 87-99.

<sup>(226)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Contrato de modificação ou de substituição da relação obrigacional*, BMJ 80 (1958), 101-135.

<sup>(227)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade do albergueiro, etc., pelas coisas introduzidas no albergue, etc.*, BMJ 80 (1958), 137-185.

<sup>(228)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Reclamação judicial*, BMJ 80 (1958), 187-202.

65. *Enriquecimento sem causa* <sup>(229)</sup>;
66. *Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos* <sup>(230)</sup>;
67. *Reparação do dano não patrimonial* <sup>(231)</sup>;
68. *Obrigaçãõ de indemnizaçãõ (Colocaçãõ. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensãõ do dever de indemnizar. Espécies de indemnizaçãõ). Direito de abstençãõ e de remoçãõ* <sup>(232)</sup>;
69. *Causas justificativas do facto danoso* <sup>(233)</sup>;
70. *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual* <sup>(234)</sup>;
71. *Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)* <sup>(235)</sup>;
72. *Responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações* <sup>(236)</sup>;
73. *Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades* <sup>(237)</sup>;
74. *Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância* <sup>(238)</sup>;
75. *Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes* <sup>(239)</sup>;

---

<sup>(229)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Enriquecimento sem causa*, BMJ 81 (1958), 5-245 e 82 (1959), 5-289.

<sup>(230)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*, BMJ 83 (1959), 5-67.

<sup>(231)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, BMJ 83 (1959), 69-109.

<sup>(232)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigaçãõ de indemnizaçãõ (Colocaçãõ. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensãõ do dever de indemnizar. Espécies de indemnizaçãõ). Direito de abstençãõ e de remoçãõ*, BMJ 84 (1959), 5-303.

<sup>(233)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Causas justificativas do facto danoso*, BMJ 85 (1959), 13-113.

<sup>(234)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ 85 (1959), 115-241.

<sup>(235)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)*, BMJ 85 (1959), 243-343.

<sup>(236)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações*, BMJ 85 (1959), 345-360.

<sup>(237)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades*, BMJ 85 (1959), 361-380.

<sup>(238)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância*, BMJ 85 (1959), 381-444.

<sup>(239)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes*, BMJ 85 (1959), 446-519.



76. *Responsabilidade pelos danos causados por animais* <sup>(240)</sup>;
77. *O dever de indemnizar e o interesse de terceiros* <sup>(241)</sup>;
78. *Conculpabilidade do prejudicado* <sup>(242)</sup>;
79. *Prescrição do direito de indemnização* <sup>(243)</sup>;
80. *Responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras* <sup>(244)</sup>;
81. *Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)* <sup>(245)</sup>;
82. *União de contratos. Contratos mistos* <sup>(246)</sup>;
83. *Tribunal competente para apreciação da responsabilidade civil conexa com a criminal* <sup>(247)</sup>;
84. *Requisitos da responsabilidade civil* <sup>(248)</sup>;
85. *Responsabilidade pelos danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás e por produção e emprego de energia nuclear* <sup>(249)</sup>;
86. *Algumas questões em matéria de responsabilidade civil* <sup>(250)</sup>;

---

<sup>(240)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por animais*, BMJ 86 (1959), 21-101.

<sup>(241)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *O dever de indemnizar e o interesse de terceiros*, BMJ 86 (1959), 103-129.

<sup>(242)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Conculpabilidade do prejudicado*, BMJ 86 (1959), 131-175.

<sup>(243)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Prescrição do direito de indemnização*, BMJ 87 (1959), 23-67.

<sup>(244)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras*, BMJ 88 (1959), 13-62.

<sup>(245)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*, BMJ 90 (1959), 5-322.

<sup>(246)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *União de contratos. Contratos mistos*, BMJ 91 (1959), 11-145.

<sup>(247)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Tribunal competente para apreciação da responsabilidade civil conexa com a criminal*, BMJ 91 (1959), 147-206.

<sup>(248)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos da responsabilidade civil*, BMJ 92 (1960), 37-137.

<sup>(249)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás e por produção e emprego de energia nuclear*, BMJ 92 (1960), 139-157.

<sup>(250)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Algumas questões em matéria de responsabilidade civil*, BMJ 93 (1960), 5-79.

87. *Garantia da evicção, dos vícios da coisa e dos ónus, na venda em execução* <sup>(251)</sup>;
88. *Algumas questões em matéria de fiança* <sup>(252)</sup>;
89. *Prescrição e caducidade* <sup>(253)</sup>;
90. *Provas (Direito probatório material)* <sup>(254)</sup>;
91. *Empreitada* <sup>(255)</sup>.

IV. Além de Vaz Serra, também Inocêncio Galvão Telles, Ferrer Correia e Pires de Lima deram o seu contributo às obrigações do novo Código.

Quanto a Inocêncio Galvão Telles, temos:

1. *Compra e venda e locação* <sup>(256)</sup>;
2. *Mandato* <sup>(257)</sup>;
3. *Aspectos comuns aos vários contratos* <sup>(258)</sup>;
4. *Contratos civis* <sup>(259)</sup>.

---

<sup>(251)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Garantia da evicção, dos vícios da coisa e dos ónus, na venda em execução*, BMJ 95 (1960), 5-22.

<sup>(252)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Algumas questões em matéria de fiança*, BMJ 96 (1960), 5-99.

<sup>(253)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Prescrição e caducidade*, BMJ 105 (1961), 5-248, 106 (1961), 45-278, e 107 (1961), 159-306; em BMJ 106, 45, o estudo passa a chamar-se *Prescrição extintiva e caducidade*, título que mantém em BMJ 107, 159.

<sup>(254)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito probatório material)*, BMJ 110 (1961), 61-256, 111 (1961), 5-194 e 112 (1962), 33-299.

<sup>(255)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Empreitada*, BMJ 145 (1965), 19-190 e 146 (1965), 33-247.

<sup>(256)</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Dos contratos em especial — I e II (Compra e venda e locação)*, RFDUL V (1948), 173-230 = BMJ 13 (1949), 5-51.

<sup>(257)</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Mandato (Anteprojecto de um capítulo do futuro Código Civil português)*, BMJ 16 (1950), 38-46.

<sup>(258)</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Aspectos comuns aos vários contratos / Exposição de motivos referente ao título do futuro Código Civil português sobre contratos em especial*, RFDUL VII (1950), 234-315 = BMJ 23 (1951), 18-91.

<sup>(259)</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis. Exposição de motivos*, RFDUL IX (1953), 144-221 e X (1954), 161-245 = BMJ 83 (1959), 114-182.

Ferrer Correia:

5. *Contrato de sociedade* <sup>(260)</sup>.

Pires de Lima:

6. *Contrato de doação* <sup>(261)</sup>.

V. O próprio Vaz Serra juntou, em publicação, os anteprojectos parcelares que preparara a propósito de cada um dos seus anteprojectos: um articulado imenso <sup>(262)</sup>. Do mesmo deu, à estampa, uma versão resumida <sup>(263)</sup>.

Seguiu-se uma “revisão ministerial”: levada a cabo por Antunes Varela, com o auxílio de Pires de Lima e, no plano linguístico, de Paulo Merêa <sup>(264)</sup>. A parte do Direito das obrigações foi publicada <sup>(265)</sup>. Seguiu-se nova “revisão ministerial”: a segunda, que apenas circulou copiografada <sup>(266)</sup>. O projecto final foi publicado em 1966 <sup>(267)</sup>, sendo o Código Civil aprovado, pouco depois, pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966 <sup>(268)</sup>: antecedido por brevíssima discussão pública <sup>(269)</sup>, que não relevou para o Direito das obrigações.

<sup>(260)</sup> ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA/VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Do contrato de sociedade*, BMJ 104 (1961), 5-24.

<sup>(261)</sup> FERNANDO AUGUSTO PIRES DE LIMA, *Contrato de doação*, BMJ 104 (1961), 25-37.

<sup>(262)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das obrigações*, BMJ 98 (1960), 129-316, 99 (1960), 267-526, 100 (1960), 161-413 e 101 (1960), 163-403.

<sup>(263)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das obrigações* (versão resumida), BMJ 98 (1960), 13-128, 99 (1960), 27-265, 100 (1960), 17-159, e 101 (1960), 15-161. Citaremos este último articulado de acordo com a separata: *Direito das obrigações (com excepção dos contratos em especial) / Anteprojecto* (1960).

<sup>(264)</sup> Vide JOÃO ANTUNES VARELA, *A elaboração do Código Civil, em A feitura das leis I* (1986), 17-34.

<sup>(265)</sup> BMJ 119 (1962), 27-217 e 120 (1962), 19-162, com índice geral das obrigações, BMJ 120, 163-168.

<sup>(266)</sup> Em Abril de 1965, o título relativo às *obrigações em geral*; em Junho de 1965, o título *Dos contratos em especial*.

<sup>(267)</sup> *Projecto de novo Código Civil* (1966).

<sup>(268)</sup> DG I Série, n.º 274, de 25-Nov.-1966, 1883-2086.

<sup>(269)</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Do projecto ao Código Civil* (1966) e *Código Civil*, Enc. Pólis I (1983), 929-944.

VI. A preparação do Código Civil ficou indelevelmente marcada pela obra de Vaz Serra. Não há, particularmente no domínio das obrigações, qualquer improviso possível, dada a densidade jurídico-científica subjacente. Os estudos de Vaz Serra seguem um método assaz sólido e uniforme: fazem o ponto da situação no Direito nacional e nos Direitos continentais europeus, com especial atenção ao alemão. Isto posto, de entre as várias soluções compaginadas, Vaz Serra escolhe a melhor. A aproximação ao Direito alemão era, assim, inevitável e, de um modo geral: salutar.

Mas de forma alguma (e ao contrário do que se verificou noutras experiências de recepção do BGB alemão) se poderá falar em tradução de textos. As soluções foram sempre reelaboradas à luz da Ciência e da tradição nacionais. O único senão foi a natureza muito alargada e pesada dos preceitos propostos por Vaz Serra: pretexto para que, nas revisões ministeriais, Antunes Varela alterasse diversas propostas bem interessantes, substituindo-as (aí sim e por vezes) por traduções de preceitos do Código italiano de 1942.

VII. A crítica ao Código Civil de 1966 deve ser feita na Parte geral <sup>(270)</sup>. No tocante às obrigações, para além das tardias incursões dos textos italianos, cabe referenciar uma certa desactualização doutrinária. O essencial dos textos doutrinários alemães que mais pesaram datava do período entre as duas Guerras.

Mas o próprio Código foi habilmente feito, de modo a não tolher o subsequente desenvolvimento da Ciência do Direito.

## 19. *Evolução posterior*

I. O Direito das obrigações é marcado pela estabilidade <sup>(271)</sup>. Ele assenta em vínculos abstractos, concatenados, ao longo dos séculos, em esquemas de desenvolvimento constante. Os diversos institutos que nele se inserem têm conhecido um aperfeiçoamento

---

<sup>(270)</sup> *Tratado I/1*, 3.<sup>a</sup> ed., 130.

<sup>(271)</sup> JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações* 1 (1980/81, reimp., 2001), 10 e MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.<sup>a</sup> ed. (1966), 13.

intenso, sendo difícil encontrar novidades radicais no modo de os entender. A evolução é por vezes subtil e intervém apenas após um plano de especial aprofundamento: passa despercebido ao leigo ou, mesmo, ao jurista menos versado ou menos motivado para estes problemas.

O progresso do Direito das obrigações tem, assim, muito a ver com o sistema de exposição, com o modo por que é ensinado e pela informação que, sobre a matéria e os seus pontos, seja possível reunir.

II. O estudo do ensino do Direito das obrigações e o da sua evolução recente têm sido levados a cabo em sucessivos relatórios universitários <sup>(272)</sup>, com justo relevo para o de Menezes Leitão. Para os presentes propósitos, vamos tão-só retratar alguns tópicos.

No domínio do Direito das obrigações, o aparecimento do Código Civil de 1966 não provocou uma quebra tão grande como o sucedido noutras disciplinas, particularmente em Teoria geral do Direito civil <sup>(273)</sup> e em Direitos reais <sup>(274)</sup>. De facto, houve aí uma

---

<sup>(272)</sup> Assim: JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações / Relatório*, apresentado a provas de agregação na Faculdade de Economia do Porto (1991); JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino do Direito das obrigações*, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade de Coimbra (1995); LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações / Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade de Lisboa (2001); JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Direito das obrigações [Para um enquadramento do seu ensino no último quartel do século XX e no primeiro quinquénio do século XXI] / Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade Católica Portuguesa (2007); ANA PRATA, *Direito das obrigações / Relatório incluindo o programa, os conteúdos e os métodos de ensino e de avaliação da disciplina de Direito das obrigações*, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade Nova de Lisboa (2008).

<sup>(273)</sup> Vide o nosso *Teoria geral / Relatório*, 179 ss., onde propusemos, para o período subsequente a 1966, a “exegese germânica”.

<sup>(274)</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direitos Reais / Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino* (2009), 372 ss. e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais / Perspectiva histórica do seu ensino em Portugal* (2008), 151 ss., salientam a continuidade doutrinária e pedagógica entre a literatura de Direitos Reais antes e depois do Código; nós próprios já o havíamos afirmado. Todavia, assim é no campo das grandes opções. O discurso em si passou a reportar-se aos novos textos, com um nível de exegese ainda mais intenso do que o da parte geral; bastará recordar temas como o da posse/detenção. Ora nas obrigações, provavelmente pela obra de Manuel de Andrade e pela de Vaz Serra e pelo ensino mais alargado de Pessoa Jorge, nunca se chegou a tais extremos.

continuidade mais marcada entre a doutrina anterior e a posterior ao Código Vaz Serra <sup>(275)</sup>. E isso por duas razões muito simples:

- a doutrina anterior, mormente por via dos esforços de Vaz Serra, já havia antecipado boa parte das novidades comportadas em 1966;
- o próprio Código continha potenciais que só passados 20 anos sobre a sua promulgação puderam ser aproveitados.

III. No período posterior a 1945, a doutrina obrigacionista começou a contar com as dezenas de extensos desenvolvimentos de Vaz Serra <sup>(276)</sup>. Autores de prestígio iluminaram áreas delicadas: pense-se em Pereira Coelho, no tocante à responsabilidade civil <sup>(277)</sup> ou em Pessoa Jorge, no domínio do mandato <sup>(278)</sup>. No plano do ensino, dispúnhamos, antes de 1966, dos excelentes textos de Manuel de Andrade <sup>(279)</sup> e de Pereira Coelho <sup>(280)</sup>: totalmente adaptados ao pensamento romano-germânico.

Paralelamente, a elaboração puramente nacional atingia um ponto alto com as investigações de Gomes da Silva <sup>(281)</sup>, no domínio da dogmática básica das obrigações. Essas investigações tiveram, aliás, como base, o ensino de Paulo Cunha sobre a garantia nas obrigações <sup>(282)</sup>. Mesmo autores que, como Inocêncio Galvão

<sup>(275)</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 193.

<sup>(276)</sup> Citados *supra*, notas 165 a 255.

<sup>(277)</sup> FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Culpa do lesante e extensão da reparação*, RDES 1950, 68-87, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, BFD/Supl. 9 (1951), 65-242 e *O problema da causa virtual na responsabilidade civil* (1955).

<sup>(278)</sup> FERNANDO PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* (1961).

<sup>(279)</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.<sup>a</sup> ed. (1966), já citado, que remonta às lições de 1951, como ele próprio explica no prefácio à 1.<sup>a</sup> ed., de 1958.

<sup>(280)</sup> ABÍLIO NETO/MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Obrigações / Aditamentos à Teoria geral das obrigações*, de Manuel de Andrade, segundo as preleções do Doutor Pereira Coelho (1963/64).

<sup>(281)</sup> MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, *Ensaio sobre o direito geral de garantia nas obrigações* (1939, reimp., 1965); *Conceito e estrutura da obrigação* (1943, reimp., 1971); *O dever de prestar e o dever de indemnizar I* (1944).

<sup>(282)</sup> PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações / Apontamentos das aulas de Direito civil do 5.º ano da Faculdade de Direito de Lisboa*, por EUDORO PAMPLONA CORTE-REAL, 2 volumes, 1938-1939 (364 pp. + 387 pp.).

Telles, não acediam, directamente, aos textos alemães, mantinham posturas actualizadas e asseguravam uma reflexão nacional própria, de nível elevado <sup>(283)</sup>.

IV. Em suma: o novo Código Civil não veio, mau grado o enorme passo jurídico-científico que representou, provocar aprofundadas remodelações de programas ou de dogmatizações obrigacionais. De todo o modo, após a sua publicação, todos os obrigacionistas se centraram nos seus textos, readaptando o discurso e procurando reconduzi-los aos quadros que já conheciam.

Neste sentido, mantemos que, após 1966, se assistiu a um efectivo surto de exegese, particularmente claro na obra monumental de Antunes Varela <sup>(284)</sup>.

Este Autor veio, numa exposição clara e extensa, explicar as soluções do Código Civil, com insistência nos pontos em que entendeu desviar-se de Vaz Serra. Para além disso, as obrigações de Varela caracterizam-se por uma escassa actualização (*summo rigore*, as publicações posteriores a 1966 eram indiferentes) e pela preocupação de afastar tudo quanto contundisse com a visão mais imediata do Código Civil <sup>(285)</sup>. Varela não aceitava o diálogo com a doutrina nacional: embora a conhecesse e, sem a referir, a fosse rebatendo, a sua obra constitui uma autojustificação perante Vaz Serra e um desenvolvimento do Código Civil. As obrigações de Varela devem, de resto, ser lidas em estreita ligação com o também monumental Código Civil Anotado <sup>(286)</sup>.

---

<sup>(283)</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 3.<sup>a</sup> ed. (1965) e *Manual de Direito das obrigações* 1, 2.<sup>a</sup> ed. (1965).

<sup>(284)</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 1.<sup>a</sup> ed. (1970), 809 pp., antecedidas por lições policopiadas. Temos: 2.<sup>a</sup> ed., 1 (1973), 814 pp.; e 2 (1978), 425 pp.; os dois volumes passaram a ser editados em separado; quanto ao 1.º: 3.<sup>a</sup> ed. (1980), 828 pp.; 4.<sup>a</sup> ed. (1982), 866 pp.; 5.<sup>a</sup> ed. (1986), 919 pp.; 6.<sup>a</sup> ed. (1989), 931 pp.; 7.<sup>a</sup> ed. (1991), 959 pp.; 8.<sup>a</sup> ed. (1994), 977 pp.; 9.<sup>a</sup> ed. (1996), 990 pp.; 10.<sup>a</sup> ed. (2000), 962 pp., com diversas reimpressões; quanto ao 2.º: 3.<sup>a</sup> ed. (1980), 417 pp.; 4.<sup>a</sup> ed. (1990), 598 pp.; 5.<sup>a</sup> ed. (1992), 606 pp.; 6.<sup>a</sup> ed. (1995), 606 pp.; 7.<sup>a</sup> ed. (1997), 612 pp., também com diversas reimpressões.

<sup>(285)</sup> Assim, as críticas à eficácia externa, às relações contratuais de facto, às cláusulas contratuais gerais e ao próprio abuso do direito.

<sup>(286)</sup> FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume I (Artigos 1.º a 761.º), 1.<sup>a</sup> ed. (1967), 261-596 e volume II

De todo o modo, o saldo é positivo. Antunes Varela logrou disponibilizar muita matéria, tornando-a acessível aos seus leitores. Em compensação: prejudicou o recurso directo às fontes, essencial para a investigação.

Ainda na exegese subsequente a 1966, haverá que integrar o Direito das obrigações de Mário Júlio de Almeida Costa. Também elas nasceram da necessidade de, no imediato, explicar em texto o Código Civil. Vieram, depois, a alargar o seu âmbito<sup>(287)</sup>, acabando por acolher matéria não inferior à de Antunes Varela, embora apresentada em termos mais condensados. No confronto com este, Almeida Costa surge mais actualizado e mais sensível à doutrina circundante, embora não escondendo a ligação básica ao texto do Código Civil.

Esta linha mantém-se muito importante, até hoje, particularmente no ensino: através da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Católica de Lisboa, ela continua a formar metade dos nossos juristas.

V. A descolagem exegética adveio, paradoxalmente, de autores menos germanizados, como Inocêncio Galvão Telles<sup>(288)</sup> e Fernando Pessoa Jorge<sup>(289)</sup>, mas que, todavia, acompanharam perfeitamente a elaboração do Código Civil, nela tendo participado.

---

(Artigos 762.º a 1250.º), 1.ª ed. (1968), 611 pp.; I, 2.ª ed., revista e actualizada, com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA (s/d, mas 1979), 323-706 e II, 2.ª ed. (1981), 797 pp.; I, 3.ª ed., revista e actualizada, com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA (1982), 345-751 e II, 3.ª ed., revista e actualizada (1986), 914 pp.; I, 4.ª ed., revista e actualizada, com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA (1987), 794 pp. e II, 4.ª ed., revista e actualizada (1997), 938 pp..

<sup>(287)</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 1.ª ed. (1968), 490 pp.; 3.ª ed. reformulada (1979), 833 pp.; 4.ª ed. remodelada (1984), 811 pp.; 5.ª ed. remodelada e actualizada (1991), 982 pp.; 6.ª ed. (1994), 1008 pp.; 7.ª ed. (1998), 1030 pp.; 8.ª ed. revista e aumentada (2000), 1060 pp.; 9.ª ed. (2001), 1070 pp.; 10.ª ed. reelaborada (2006), 1146 pp., 11.ª ed. (2008), 1146 pp. e 12.ª ed. (2009), 1146 pp.; das edições indicadas, diversas tiveram reimpressões.

<sup>(288)</sup> Dando continuidade às publicações anteriores, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES dá à estampa: 2.ª ed. (1979), 489 pp.; 3.ª ed. (1980), 445 pp.; 4.ª ed. (1982), 389 pp.; 5.ª ed. (1986), 485 pp.; 6.ª ed. (1989), 489 pp.; 7.ª ed. (1997), 485 pp..

<sup>(289)</sup> FERNANDO PESSOA JORGE, *Direito das obrigações* (1971-72, polic.), até à p. 256 e (1973-74), até à p. 288; e *Lições de Direito das obrigações* I (1966-67), 712 pp. e II (1966-69), 40 pp..



Galvão Telles revela um fino tacto jurídico e um alargado conhecimento dos problemas reais a que o Código vai aplicar-se. Deste modo, é frequente encontrarmos, no seu texto, respostas que obras bem mais desenvolvidas não comportam. Pessoa Jorge, embora em obra que não teve, infelizmente, sequência após 1974, veio remodelar o ensino das obrigações, dando-lhe um alcance mais reflexivo e mais crítico, que está na origem de toda a subsequente escola da Faculdade de Direito de Lisboa.

VI. Muito promissora foi ainda a linha obrigacionista que, de Manuel de Andrade a Pereira Coelho, passaria a Mota Pinto <sup>(290)</sup>, a Rui de Alarcão <sup>(291)</sup>, a Ribeiro de Faria <sup>(292)</sup>, a Baptista Machado <sup>(293)</sup> e aos actuais obrigacionistas da Faculdade de Direito de Coimbra: Diogo Leite de Campos, Jorge Sinde Monteiro, António Pinto Monteiro, João Calvão da Silva, Joaquim Sousa Ribeiro e Paulo Mota Pinto. Na Faculdade de Direito do Porto, avulta Manuel Carneiro da Frada, sendo de referir, com muita atenção e apreço, na Escola de Direito da Universidade do Minho, Nuno Manuel Pinto Oliveira <sup>(294)</sup>.

VII. O Direito das obrigações constitui uma área de pesquisa, por excelência. Várias razões de fundo a tanto conduzem <sup>(295)</sup>. Neste momento dispomos de dezenas de monografias, em geral de nível elevado e que têm permitido aprofundar a dogmática obrigacionista. O panorama é radicalmente diverso do existente nos finais dos anos setenta.

---

<sup>(290)</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Direito das obrigações*, por ENCARNAÇÃO CABRAL e JORGE DE AMORIM (1973, polic.), 360 pp., incompl..

<sup>(291)</sup> RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações*, por MÁRIO SOARES DE FREITAS, EMÍLIA DOS SANTOS RODRIGUES e MÁRIO JOSÉ GANDARELA (1975, polic.), 120 pp., incompl., e *Direito das obrigações*, por J. SOUSA RIBEIRO, J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e J. C. PROENÇA (1983, polic.), 283 pp..

<sup>(292)</sup> JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações I e II* (1980/1981) e diversos escritos parcelares, referidos nos locais próprios.

<sup>(293)</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, diversos escritos reunidos em *Obra dispersa*, 2 volumes (1991), referidos, também, nos locais próprios.

<sup>(294)</sup> As obras destes Autores serão referidas no nosso *Tratado de Direito Civil, II* — *Direito das Obrigações*, em quatro tomos.

<sup>(295)</sup> *Vide supra*, n.º 5.

Nos nossos dias, para além da necessidade de divulgar as evoluções mais recentes, põe-se a tarefa de gerir a vasta informação nacional disponível, ordenando, também com ela, uma exposição sistemática da matéria.

## B — *No Brasil*

### 20. *Aspectos gerais*

I. O Direito brasileiro encetou, há dois séculos, uma via própria de aperfeiçoamento e de realização. Mantém, todavia, inúmeras ligações ao Direito português: históricas, pessoais, afectivas e, sobretudo, dogmáticas e linguísticas. Justifica-se, deste modo, a inclusão do Direito brasileiro, particularmente na área das obrigações, num grande sistema do Direito lusófono. Nas diversas rubricas podemos apontar uma similitude periférica que justifica, do nosso ponto de vista, esta orientação.

II. Na origem, devemos sublinhar que a Independência do Brasil, correspondendo, sem dúvida, à marcha da História e à aspiração do seu Povo, foi acordada a nível dinástico <sup>(296)</sup>. Aquando das invasões francesas, a Corte portuguesa transferiu-se para o Brasil. E enquanto durou a ocupação estrangeira da Metrópole, depois continuada com a presença britânica, a capital do Império Lusófono ficou em solo brasileiro. A Independência era já um facto. O herdeiro da Coroa portuguesa foi, depois, o primeiro Imperador do Brasil, tendo sido, ele próprio, a proclamar a independência. Não houve, ao contrário do sucedido na América de fala castelhana, nem uma ruptura, nem uma guerra de libertação. Os contactos entre o Brasil e Portugal mantiveram-se estreitos, após a Independência: muitos juristas do jovem País vinham formar-se em Coimbra, enquanto a emigração portuguesa para o Bra-

---

<sup>(296)</sup> Vide, em síntese, JOSÉ ANTÓNIO GONSALVES DE MELLO, *Brasil*, DHP I (1979), 373-382 e JOEL SERRÃO, *João VI*, DHP III (1979), 402-404 e *Pedro IV*, DHP V (1979), 35-39.

sil se intensificou, multiplicando as famílias transatlânticas e assegurando a coesão cultural e linguística.

III. No campo do Direito privado, o Brasil independente conservou as leis do Reino, com relevo para as Ordenações de 1603 e, nomeadamente para o seu Livro IV: o menos desactualizável, porquanto votado às obrigações <sup>(297)</sup>. Vieram, sobre elas, acumular-se as leis dos Reis de Portugal e do Brasil, e as Leis do Império do Brasil, a que se seguiram as leis republicanas. Subsidiariamente aplicava-se o Direito romano, o costume e as leis das nações cultas, mantendo-se formalmente em vigor a Lei da Boa Razão <sup>(298)</sup>.

A situação era tão complexa que houve *consolidações* de inspiração privada, com relevo para a de Teixeira de Freitas <sup>(299)</sup> e para a de Carlos de Carvalho <sup>(300)</sup>. Havia que elaborar um Código, o qual fora, de resto, prometido por D. Pedro I, na Constituição de 25 de Março de 1822 <sup>(301)</sup>. Seguiram-se numerosas e movimentadas tentativas de levar a bom termo essa aspiração: sem êxito.

---

<sup>(297)</sup> Vigoravam por força da Lei de 20-Out.-1823 (1.º), reforçada pelo artigo 83.º da Constituição Federal, em tudo o que implícita ou explicitamente não contrariasse o sistema do governo e os princípios nele consagrados.

<sup>(298)</sup> Sobre toda esta matéria *vide* RICARDO FIÚZA (org.), *Novo Código Civil anotado* (2003), XVIII e a introdução de MANUEL PAULO MERÊA, *Código Civil Brasileiro Anotado* (1917), V ss.; recorde-se que PAULO MERÊA, professor em Coimbra e, depois, em Lisboa, foi um grande historiador do Direito e, também, um comparatista ilustre; é de retomar a sua tradição de estudos brasileiros, no País.

<sup>(299)</sup> AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis* (1855), com 5.ª ed. (1915): 155 pp. de excelente introdução, seguidas por um articulado. A matéria tinha já um tratamento pandectístico, surgindo os contratos como direitos pessoais (artigos 342.º e ss.). O autor citava ORTOLAN e ZACHARIAE, para além dos clássicos. Quanto a TEIXEIRA DE FREITAS, M. A. DE SÁ VIANNA, *Augusto Teixeira de Freitas / Traços Biográficos* (1905).

<sup>(300)</sup> CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO, *Direito Civil Brasileiro: recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de Agosto de 1899* (1915), 708 pp., com larga introdução e com o sistema germânico, antecedendo os Direitos Reais e o Direito das obrigações (artigos 856.º a 1384.º).

<sup>(301)</sup> Artigo 179.º, § 18.º:

Organisar-se-há quanto antes um código civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e equidade.

*Vide* SILVESTRE PINHEIRO-FERREIRA, *Observações sobre a Constituição do Imperio do Brazil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, 2.ª ed. (1835), 84.

Num breve apanhado, sucedeu o seguinte. Em 22-Dez.-1858, o Ministro da Justiça (Nabuco de Araújo) contratou um jurisconsulto para a elaboração de um projecto: precisamente Teixeira de Freitas, que preparou um *Esboço*, que não seguiu. Em 1872, foi disso incumbido o próprio Nabuco de Araújo, que veio a falecer. Em 1878, oferece-se Felício dos Santos para prosseguir, apresentando, passados três anos, uns *Apontamentos para o projecto do Código Civil Brasileiro*. O projecto ainda foi remetido, em 1882, à Câmara dos Deputados, mas sem êxito.

Em 1-Jul.-1889, constituiu-se uma comissão cujos membros assumiram as diversas partes do futuro Código: à semelhança do método seguido com o BGB e, em 1944, com o Código Vaz Serra. Em 1890, foi confiado a António Coelho Rodrigues (1896-1912) a organização do projecto. Este ficou concluído em 11-Jan.-1893<sup>(302)</sup>, mas foi rejeitado pelo Governo.

Por fim, em 1899, foi incumbido Clóvis Beviláqua, insigne professor do Recife, de preparar um novo projecto. Solidamente amparado em ricos conhecimentos civis e comparatísticos<sup>(303)</sup>, Clóvis Beviláqua, apresentou rapidamente o projecto que, após múltiplas vicissitudes, daria lugar ao Código Civil.

Entre os episódios sobrevividos que retardaram o projecto, temos o parecer da Comissão do Senado, subscrito pelo seu presidente, o célebre Ruy Barbosa<sup>(304)</sup> que, em 3-Abr-1902, criticou fortemente o projecto, particularmente por razões linguísticas<sup>(305)</sup>.

---

<sup>(302)</sup> ANTÓNIO COELHO RODRIGUES, *Projecto do código civil brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar* (1893), em 2734 artigos, concluído em Genebra e com uma clara filiação romano-germânica.

<sup>(303)</sup> De CLÓVIS BEVILÁQUA, retomemos: *Resumo de Legislação comparada sobre o direito privado*, 2.<sup>a</sup> ed. (1897), 296 pp., patenteando conhecimentos de Direito civil francês e alemão e isso ainda antes do BGB; *Theoria geral do Direito civil* (1908), 433 pp., com a bibliografia europeia do tempo; *Direito das obrigações*, 2.<sup>a</sup> ed. (1910), 531 pp., com o tratamento avançado da matéria. Após a aprovação do Código Civil de 1916, de que ele fora o autor, BEVILÁQUA notabilizou-se pelos comentários a esse diploma. Destacamos: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. IV, *Direito das Obrigações* 1 (1924) e 2 (1926).

<sup>(304)</sup> Vide a publicação *Ruy Barbosa / Cronologia da vida e da obra* (1999).

<sup>(305)</sup> *Projecto do Código Civil Brasileiro (Projecto da Câmara n.º 1 de 1902 e emendas do Senado com Parecer da Comissão Especial*, ed. oficial, e *Trabalhos da Comissão especial do Senado*, vol. I-II, *Parecer e réplica*, de Ruy Barbosa I (1902); o parecer é digno de leitura, sendo uma excelente prosa do melhor português.

Seguiu-se acesa polémica <sup>(306)</sup>.

O projecto final manteve-se, de todo o modo, obra de Clóvis Beviláqua. O Código foi aprovado em 1 de Janeiro de 1916, para entrar em vigor um ano depois.

IV. Os episódios que acompanharam a preparação do Código Civil brasileiro e que se prolongaram por mais de meio século, envolvendo três gerações de ilustres juristas, tiveram uma vantagem: mantiveram uma doutrina em sobressalto, sempre muito atenta ao progresso da Ciência jurídica civil.

Deve ter-se presente que a Ciência jurídica brasileira, na lógica do Direito lusófono que remonta à lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769), está permanentemente aberta às novidades exteriores, seleccionando as mais adaptadas à realidade local.

A superioridade técnica dos esquemas da terceira sistemática, da pandectística e do BGB, perceptíveis nos finais do século XIX, foi reconhecida e acolhida por juristas brasileiros. O projecto de António Coelho Rodrigues (1893), na linha de Teixeira de Freitas, já adoptava a classificação germânica, enquanto Clóvis Beviláqua era um bom conhecedor da língua alemã, cuja doutrina mais significativa citava directamente.

Guilherme Moreira acedeu à obra de Clóvis Beviláqua, que referia a propósito dos diversos assuntos. Fica a pergunta que já colocámos: até que ponto o Direito português não ficou a dever a recepção do pandectismo, a um fenómeno semelhante, ocorrido anos antes no Brasil? Teríamos, aí, as bases para um sistema lusófono concertado e próprio.

## 21. *O Código Civil de 1916*

I. Com os antecedentes apontados, chegamos ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1916. Eis o seu sistema geral:

---

<sup>(306)</sup> ERNESTO CARNEIRO RIBEIRO, *Ligeiras observações sobre as emendas do Dr. Ruy Barbosa feitas à redacção do projecto do Código Civil* (1902) e CLÓVIS BEVILÁQUA, *Em defesa do projecto do Código Civil brasileiro* (1906), 540 pp..

## Parte geral:

- Livro I — Das pessoas (2.º a 42.º);
- Livro II — Dos bens (43.º a 73.º);
- Livro III — Dos factos jurídicos (74.º a 179.º).

## Parte especial:

- Livro I — Direito da família (180.º a 484.º);
- Livro II — Da posse Direito das coisas (485.º a 862.º);
- Livro III — Do Direito das obrigações (862.º a 1571.º);
- Livro IV — Do Direito das sucessões (1572.º a 1807.º).

A presença de uma parte geral e as quatro partes especiais, ainda que por uma ordem inabitual, logo revelam a presença da classificação germânica do Direito civil. A ordenação analítica dos preceitos, a sua articulação e o modo por que prevalece o tecnicismo confirmam a filiação romano-germânica do segundo grande código lusófono.

II. No tocante aos Direito das obrigações, o Livro III da parte especial tinha a seguinte composição:

- Título I — Das modalidades das obrigações (863.º a 927.º);
- Título II — Dos efeitos das obrigações (928.º a 1064.º);
- Título III — Da cessão do crédito (1065.º a 1078.º);
- Título IV — Dos contractos (1079.º a 1121.º);
- Título V — Das várias especies de contractos (1122.º a 1504.º);
- Título VI — Das obrigações por declaração universal de vontade (1505.º a 1517.º);
- Título VII — As obrigações por actos illicitos (1518.º a 1532.º);
- Título VIII — Da liquidação das obrigações (1533.º a 1553.º);
- Título IX — Do concurso de credores (1554.º a 1571.º).

A matéria é familiar ao sistema romano-germânico. Surge um título (o IV) sobre contratos em geral, seguindo-se a matéria dos contratos em especial. As fontes de obrigações diferentes do contrato, correctamente isoladas, são subseqüentes aos próprios contratos em especial: como é lógica.

III. É certo que, no Código Civil de 1916, faltam institutos de ponta, como a *culpa in contrahendo*, o abuso do direito ou a alteração de circunstâncias. Todavia, eles também estavam ausentes do BGB, sendo de recordar que o projecto brasileiro ficou pronto, de facto, em 1899.

O Código representou um enorme avanço jurídico-científico, estando por esclarecer a sua influência em Portugal: quiçá maior do que o até agora admitido. À sua luz floresceu a civilística clássica brasileira, com relevo para Clóvis Beviláqua<sup>(307)</sup>, Carvalho de Mendonça<sup>(308)</sup> e Pontes de Miranda<sup>(309)</sup> e Orosimbo Nonato<sup>(310)</sup>.

## 22. *O Código Civil de 2002*

I. A evolução da realidade brasileira, com a urbanização e a industrialização crescentes, levaram ao desejo de preparar um novo Código Civil. Os trabalhos iniciaram-se nos anos 70 do século XX, tendo sido apresentado um projecto, em 1975. Vicissitudes várias levaram a que o Código apenas fosse promulgado em 10-Jan.-2002.

### II. Cumpre reter o seu sistema:

#### Parte Geral

Livro I — Das pessoas (1.º a 78.º);

Livro II — Dos bens (79.º a 103.º);

Livro III — Dos factos jurídicos (104.º a 232.º)<sup>(311)</sup>;

---

<sup>(307)</sup> Vide as obras cit. *supra*, com relevo para o *Direito das obrigações*, 2.ª ed. (1910).

<sup>(308)</sup> MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral de direitos de crédito*, 4.ª ed., I e II (1956).

<sup>(309)</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, XXII ss..

<sup>(310)</sup> OROSIMBO NONATO, *Curso de obrigações*, 2 volumes, s/d.

<sup>(311)</sup> O livro III, por seu turno, desdobra-se em cinco títulos relativos, respectivamente, ao negócio jurídico, aos actos lícitos, aos actos ilícitos, à prescrição e à decadência (i.é: caducidade) e à prova.

### Parte Especial

- Livro I — Do Direito das obrigações (233.º a 965.º) <sup>(312)</sup>;
- Livro II — Do Direito de empresa (966.º a 1195.º) <sup>(313)</sup>;
- Livro III — Do Direito das coisas (1196.º a 1510.º);
- Livro IV — Do Direito da família (1511.º a 1783.º);
- Livro V — Do Direito das sucessões (1784.º a 2027.º);
- Livro Complementar — Das disposições finais e transitórias (2028.º a 2046.º).

III. O Código de 2002 realizou a velha aspiração dos privatistas de acolher a matéria comercial. Assim:

- entre as várias espécies de contratos incluem-se a comissão (693.º a 709.º), a agência e distribuição (710.º a 721.º), a corretagem (722.º a 729.º), o transporte (730.º a 756.º) e o seguro (757.º a 802.º); além disso, e entre os títulos incluídos no Direito das obrigações, um deles — o VIII — regula os títulos de crédito (887.º a 926.º);
- temos um livro sobre a empresa que versa os comerciantes (966.º a 980.º), as sociedades, não personificadas (986.º a 990.º) <sup>(314)</sup> e personificadas (997.º a 1141.º), o estabelecimento (1142.º a 1149.º) e os institutos complementares (1150.º a 1195.º) onde se inclui o registo, o nome empresarial, os prepostos e a escrituração;
- o artigo 2045.º revoga o Código Civil de 1916 e o essencial do Código Comercial de 1850.

Fora do Código Civil ficou o Direito do trabalho e o Direito do consumo: disciplinas que, no Brasil, conhecem um grande surto de

---

<sup>(312)</sup> Inclui dez importantes títulos: das modalidades, transmissão, inadimplemento e extinção e inadimplemento das obrigações, contratos em geral, várias espécies de contrato, actos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil e preferências e privilégios creditórios.

<sup>(313)</sup> Inclui quatro títulos: do empresário, da sociedade, do estabelecimento e dos institutos complementares.

<sup>(314)</sup> Abrangendo a sociedade em comum (uma sociedade “de facto”, não registada) e a sociedade em conta de participação. Cf. RICARDO FIÚZA, *Novo Código Civil Comentado* cit., 892 ss..



apuramento e de divulgação. Sobre o novo Código floresce, agora, uma importante literatura, com relevo para o Direito das obrigações.

### 23. *Perspectivas*

I. O Código Civil de 2002 veio fortalecer a integração do Direito brasileiro (particularmente do Direito das obrigações) no sistema romano-germânico embora, do nosso ponto de vista, evoluíu para um sistema lusófono autónomo.

A inspiração geral do Código, onde é patente alguma influência do Código português de 1966, é a do BGB. Como especificidade temos a relativa unificação conseguida com o Direito comercial, um tanto à luz do sucedido em Itália (1942) e na Holanda (1992). Trata-se, de resto, da melhor forma de actualizar as regras aplicáveis aos contratos comerciais.

II. O aprofundamento jurídico-científico de inúmeras matérias permitiu, ao legislador de 2002, consagrar as figuras emblemáticas da concretização da boa fé: o abuso do direito (187.º), a *culpa in contrahendo* e a boa execução dos contratos (422.º) e a alteração de circunstâncias (478.º a 480.º). Multiplicam-se excelentes investigações periféricas sobre todos esses temas.

No geral, o Código de 2002 não representou qualquer ruptura dentro da tradição civilística brasileira: em muitos domínios, particularmente no Direito das obrigações, ele veio manter os esquemas de 1916. A sua aprovação desencadeou um surto de exposições gerais de Direito das obrigações, que merecem a maior atenção <sup>(315)</sup>.

---

<sup>(315)</sup> Como exemplos: CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito civil*, II — *Teoria geral das obrigações*, 21.ª ed., atualizador Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004); *idem*, III — *Contratos*, 12.ª ed., atualizador Regis Fichtner (2007); ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 17.ª ed., atualizador Edvaldo Brito (2007); *idem*, *Contratos*, 26.ª ed., atualizadores António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2007); SILVIO RODRIGUES, *Direito civil*, 2 — *Parte geral das obrigações*, 30.ª ed. (2002), 9.ª tiragem (2008); *idem*, 3 — *Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, 30.ª ed. (2004); *idem*, 4 — *Responsabilidade civil*, 20.ª ed., 4.ª tiragem (2007); MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito civil brasileiro*, 2 — *Teoria geral das obrigações* (2009); *idem*, 3 — *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 25.ª ed. (2009);

III. A coesão do sistema lusófono, cujo nascimento acompanhamos, depende do diálogo jurídico-científico que se mantenha e intensifique, com o Direito do Brasil. Tal como na língua, essa conexão parece-nos fundamental para preservar, nas próximas gerações, a lusofonia na Europa.

## C — *Em África*

### 24. *Angola*

I. Angola, com as suas riquezas naturais, o seu vasto território, as paisagens únicas e as suas gentes, tem um grande potencial económico e cultural. O restabelecimento da paz civil deixa esperar um período de intenso desenvolvimento. Tem, pois, o maior interesse seguir a evolução do seu Direito privado.

II. No Direito comercial, o estabelecimento dos princípios de uma economia de mercado foi fixado pela Lei das privatizações, aprovada pela Lei n.º 10/94, de 31 de Agosto e alterada pela Lei n.º 8/2003, de 18 de Abril <sup>(316)</sup>. Quanto ao Direito comercial propriamente dito, temos a assinalar a Lei das Sociedades Comerciais, adoptada pela Lei n.º 1/2004, de 13 de Fevereiro. Trata-se de um diploma de grande fôlego, em 529 artigos e no qual, com adaptações, é patente a influência do Código das Sociedades Comerciais de 1986. Por essa via, o Direito angolano das sociedades mantém uma firme ligação ao Direito continental de filiação germânica. Esse diploma foi antecedido pelo Decreto n.º 47/2003, de 8 de Julho, que criou o Ficheiro Central de Denominações Sociais (FCDS).

---

*idem*, *Tratado teórico e prático dos contratos*, 6.ª ed., 5 volumes (2006); ARNOLDO WALD, *Direito civil / 2 — Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, 18.ª ed. (2009).

<sup>(316)</sup> Toda esta matéria por ser comodamente seguida em CARLOS MARIA FEIJÓ, *O novo Direito de economia de Angola* (2005), 566 pp..

III. No domínio dos contratos, temos três importantes diplomas a assinalar:

- a Lei sobre as cláusulas contratuais gerais dos contratos (Lei n.º 4/2002, de 18 de Fevereiro);
- a Lei sobre os contratos de distribuição, agência, franchising e concessão comercial (Lei n.º 18/2003, de 12 de Agosto);
- a Lei sobre os contratos de conta em participação, consórcios e agrupamento de empresas (Lei n.º 19/2003, de 12 de Agosto).

A experiência angolana surge sustentada: não se procurou proceder a uma codificação *ad nutum*, patrocinada por alguma instituição internacional. Antes se tem avançado por fases, apoiadas na jovem doutrina jurídica de Angola.

O intercâmbio universitário existente deve ser incrementado.

IV. Quanto ao Direito das obrigações propriamente dito <sup>(317)</sup>, ou com reflexos nele, verifica-se que o Código Vaz Serra foi alterado nas áreas seguintes:

- habitação <sup>(318)</sup>;
- maioridade, que passou para os 18 anos <sup>(319)</sup>;
- associações <sup>(320)</sup>;
- águas <sup>(321)</sup>;
- juros <sup>(322)</sup>.

---

<sup>(317)</sup> Para um apanhado do Direito civil de Angola dispomos da excelente obra de CARLOS ALBERTO B. BURITY DA SILVA, *Teoria geral do Direito civil* (2004), 29 ss. (87-88).

<sup>(318)</sup> Despacho n.º 54/77, de 20 de Agosto; Decreto Executivo Conjunto n.º 11/79, de 24 de Agosto; Despacho Conjunto n.º 57/79, de 29 de Novembro; Decreto Executivo Conjunto n.º 22/80, de 29 de Abril; Decreto n.º 6/92, de 24 de Janeiro; está em causa matéria de ocupação de habitações, de rendas e de despejos.

<sup>(319)</sup> Lei n.º 68/6, de 12 de Outubro.

<sup>(320)</sup> Lei n.º 14/91, de 11 de Maio.

<sup>(321)</sup> Lei n.º 6/02, de 21 de Junho.

<sup>(322)</sup> Lei n.º 3/03, de 14 de Fevereiro.

Está em estudo uma recodificação da matéria avulsa entretanto surgida.

## 25. *Cabo Verde*

I. Cabo Verde é uma encantadora Nação, com um cunho próprio muito antes da independência formal. No tocante ao Direito civil, o Código Vaz Serra comporta alterações nalguns pontos: o Livro IV foi substituído, após diversas modificações, por um Código da Família adoptado pelo Decreto-Lei n.º 58/81, de 20 de Junho; vários preceitos do Livro I cederam o passo ao Código de Menores, do Decreto-Lei n.º 89/92, de 25 de Setembro. No Livro III, foi revogada a matéria das águas, hoje objecto do Código da Água, aprovado pela Lei n.º 41/II/84, de 18 de Junho. As sucessões foram visadas pelo Decreto-Lei n.º 138/85, de 6 de Dezembro, enquanto as associações passaram para a Lei n.º 28/III/87, de 31 de Dezembro.

II. Quanto às obrigações: o Decreto-Lei n.º 56/95, de 18 de Outubro, mexeu na matéria dos juros (559.º e 1148.º) e na exigência de escritura (1143.º e 1239.º). Anteriormente, a Lei n.º 24/II/83, de 12 de Janeiro, fixara uma preferência a favor do inquilino obrigacional.

A Lei n.º 4/V/96, de 2 de Julho, autorizou o Governo a proceder a uma revisão geral do Código Civil, absorvendo, designadamente, os Códigos da Família, dos Menores e da Água e a temática das sucessões. A tarefa foi levada a cabo pelo Decreto Legislativo n.º 12-C/97, de 30 de Junho. A matéria está, pois, alterada, embora sobressaia a estabilidade relativa do Direito das obrigações: fenómeno natural, tendo em conta a sua substância romano-germânica <sup>(323)</sup>.

III. Devemos ainda referir vigorosas reformulações na área empresarial. Assim, o Direito de Cabo Verde mantém em vigor

---

(323) Cumpre agradecer os elementos fornecidos pelo Dr. Carlos Veiga.

parte do Código Comercial de Veiga Beirão (1888). Todavia, abrigou uma importante reforma no Direito das sociedades. O Decreto Legislativo n.º 3/99, de 29 de Março, veio aprovar o Código das Empresas Comerciais, seguindo-se o Decreto-Lei n.º 59/99, de 27 de Setembro, que regulamentou o Registo das Firmas <sup>(324)</sup>.

IV. O Código das Empresas Comerciais abrange os pontos seguintes:

Livro I

- Título I — Estabelecimento comercial (3.º a 16.º);
- Título II — Formas de cooperação entre empresas comerciais <sup>(325)</sup> (17.º a 74.º);
- Título III — Empresas Comerciais <sup>(326)</sup> (75.º a 103.º).

Livro II

- Título I — Parte geral (104.º a 258.º);
- Título II — Sociedades em nome colectivo (259.º a 271.º);
- Título III — Sociedades por quotas (272.º a 341.º);
- Título IV — Sociedades anónimas (342.º a 458.º);
- Título V — Sociedades em comandita (459.º a 473.º);
- Título VI — Sociedades cooperativas (474.º a 511.º);
- Título VII — Sociedades coligadas (512.º a 539.º).
- Livro VIII — Disposições gerais e de mera ordenação social (540.º a 560.º).

V. O Código das Empresas Comerciais de Cabo Verde mostra que, na sua elaboração, foi tida em conta a produção legislativa portuguesa mais recente, com especial relevo para o Código das Sociedades Comerciais. Todavia, houve o cuidado de contemplar algumas especificidades nacionais <sup>(327)</sup>, atendo-se, ainda, a críticas doutrinárias. Trata-se de uma experiência a seguir.

---

<sup>(324)</sup> Ambos os diplomas estão publicados sob o título *Código das Empresas Comerciais e Registo das Firmas*, Praia, 2003.

<sup>(325)</sup> Abrange o consórcio, o contrato de associação em participação e o agrupamento complementar de empresas.

<sup>(326)</sup> Com a firma, escrituração e o balanço e prestação de contas.

<sup>(327)</sup> Tem o maior interesse a leitura do preâmbulo do Decreto Legislativo n.º 3/99, de 29 de Março.

## 26. Guiné

I. A Guiné ou Guiné-Bissau constitui um antigo País marcado por múltiplas influências culturais e pela hospitalidade do seu Povo. No presente momento histórico, o seu Direito atravessa uma evolução dinamizada pela adesão à OHADA, a que abaixo faremos referência.

No que toca ao Direito civil, mantém-se em vigor o Código Vaz Serra, alterado por leis avulsas no domínio da família (Leis n.º 3, n.º 4, n.º 5 e n.º 6, de 1976), dos negócios usurários (Lei n.º 13, de 1997) e do inquilinato (1989) <sup>(328)</sup>.

II. A evolução do Direito comercial da Guiné está marcada pela sua adesão à OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*): criada pelo Tratado relativo à harmonização do Direito comercial em África, assinado a 17 de Outubro de 1993 em Porto Luís (Ilha Maurícia). Hoje, ela abrange 16 países: da Zona Franco (CFA) e, ainda, os Comores e a Guiné Conacry, estando aberta a todos os Estados africanos. Anuncia-se a adesão da República Democrática do Congo <sup>(329)</sup>.

A OHADA tem elaborado actos uniformes, particularmente no domínio comercial. Uma vez vertidos em língua portuguesa, tais actos devem conformar as leis internas, substituindo a anterior legislação.

Os meios universitários guineenses, particularmente a Faculdade de Direito de Bissau, mantêm um bom intercâmbio com a Universidade de Lisboa. A experiência da OHADA, fortemente marcada pela influência francófona e com grande apoio francês, implica uma inflexão para a órbita gaulesa. Os actos uniformes, elaborados nessa esfera, apresentam uma grande dificuldade con-

---

<sup>(328)</sup> Vide, da Faculdade de Direito de Bissau, o Código Civil (com anotações) e Legislação Complementar (2006), intr. de RUI ATAÍDE, 9-14; cf. HIGINO LOPES CARDOSO (org.), *Guiné-Bissau / Índice de Legislação (1975-2005)* (2007), 689 pp. e CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS MADALENO, *Direito das obrigações guineense* (2009), 885 pp..

<sup>(329)</sup> Vide [www.ohada.com](http://www.ohada.com), onde podem ser confrontados os diversos elementos; JANUÁRIO GOMES/RUI ATAÍDE; *OHADA, Tratado, regulamentos e actos uniformes* (2008), 698 pp..

ceitual. A Guiné, como único País aderente portador de uma Ciência Jurídica de tipo germânico, terá excelentes condições para liderar o processo de estudo dos actos uniformes. Para já, é essencial proceder a uma adequada transposição interna, que não sacrifique a sua tradição jurídica própria. E é fundamental que o Estado português dê um apoio lúcido à cooperação interuniversitária.

## 27. *Moçambique*

I. Banhado pelo Índico e rodeado de países anglófonos, Moçambique representa uma significativa guarda-avançada da lusofonia, na África Austral. O seu vasto território, o seu potencial humano e económico e o mosaico de povos e de culturas que representa são garantes de excelente futuro.

II. No plano jurídico, Moçambique privilegiou as reformas na área da família e na das leis comerciais e bancárias. Assim, foi aprovado, após diversas peripécias <sup>(330)</sup>, um novo Código Comercial, adoptado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro. Quanto ao Direito da família <sup>(331)</sup>: a matéria consta, hoje, da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto.

III. No tocante ao Direito das obrigações, mantém-se em vigor o Código Vaz Serra. Em diversos domínios há que operar a sua harmonização com o Código Comercial de 2005, o qual contém matéria genérica, como a relativa às cláusulas contratuais gerais. Nalgumas áreas, como na do arrendamento, a prática social e judicial moçambicana têm vindo a encontrar soluções adaptadas à realidade desse País.

---

<sup>(330)</sup> Vide o nosso *Manual de Direito comercial*, 2.ª ed. (2007), 122 ss..

<sup>(331)</sup> IBRAHIM ABUDO, *A problemática e complexidade da aplicação da Lei de Família em Moçambique* (2008, polic.).

## 28. *São Tomé e Príncipe*

I. O Direito privado de São Tomé e Príncipe evoluiu na base de reformas sectoriais. Temos diplomas relativos à banca, aos seguros, aos petróleos e a *off shores* <sup>(332)</sup>: áreas em que esse belíssimo País terá, por certo, um largo futuro.

II. No que tange ao Código Civil, regista-se a reforma da família, levada a cabo pela Lei n.º 2/77, de 28 de Dezembro, que revogou o seu livro IV. O artigo 122.º foi alterado, passando a maioria para os 18 anos. No restante e, particularmente, no tocante ao Direito das obrigações, mantém-se em vigor o Código Vaz Serra.

## D — *Na Ásia*

### 29. *Goa, Damão e Diu*

I. O Subcontinente Indiano é, pela História, um grande ponto de encontro de povos e de culturas. O mosaico daí resultante reflectiu-se no Direito <sup>(333)</sup>.

O Ordenamento tradicional da Índia assentou numa concepção ética global, que inclui o Direito e da qual promanam deveres para as pessoas. As regras a observar constam de recolhas de máximas e princípios antigos (século VI a. C.), venerados e desenvolvidos. O costume complementa essa matéria. No século XVI, sobreveio uma dominação islâmica, que implantou, nalguns locais, o Direito corânico. Finalmente, a partir do século XIX, ocorre a ocupação britânica, que acabaria por deixar a língua (entre as classes letradas) e o *common law*. As sínteses resultantes destas sobreposições são muito complexas.

---

<sup>(332)</sup> Quanto às leis comerciais santomenses vide KILUANGE TINY/RUTE MARTINS SANTOS/N'GUNU TINY, *Investimentos em São Tomé e Príncipe / Legislação Básica* (2006), 461 pp.; cf. *Manual de Direito comercial*, 2.ª ed., 125.

<sup>(333)</sup> Cf. RENÉ DAVID/CAMILLE JAUFFRED-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.ª ed. cit., 373 ss..



II. Os portugueses chegaram à Índia nos finais do século XV. A partir de 1509, constituiu-se, em Goa, um território sob administração portuguesa, alargado a Damão, a Diu e aos enclaves, administração essa que perdurou até 1961. No meio-milénio que isso representa, houve intensa mistura de sangue e de cultura. Grandes juristas portugueses, como Luiz da Cunha Gonçalves, eram goeses.

A independência da União Indiana, no segundo pós-guerra, pôs o problema da subsistência de territórios sob administração estrangeira e, designadamente, do nosso Estado da Índia. O regime de Oliveira Salazar cometeu um grave erro histórico: em vez de, como se impunha, negociar com a União Indiana a entrega do Território, com ressalva da sua autonomia, do Direito e do português, manteve uma política belicista que acabou, em Dezembro de 1961, num desastre militar. O Conselho de Segurança das Nações Unidas, paralisado por um veto da União Soviética, nada pôde fazer, enquanto o Ocidente, pouco interessado em conflitos com a União Indiana, se desinteressou do problema. Um pequeno mas muito significativo povo lusófono foi, assim, abandonado.

III. Em 1961 vigorava, em Goa, o Direito civil português, através do Código de Seabra. As demais leis eram portuguesas, com algumas adaptações e o português era a língua usada nos tribunais. Havia uma Relação de Goa, com largas tradições e história: remontava ao século XVI<sup>(334)</sup>.

A tomada de Goa foi seguida, num primeiro momento, por regras que mantiveram em funcionamento as leis e a organização judiciária portuguesas<sup>(335)</sup>. O pessoal goês que permaneceu foi conservado. Todavia, iniciou-se um rápido e eficaz processo de anglicização da justiça. O português foi suprimido nas escolas: medida grave, uma vez que era, em geral, a segunda língua dos goeses (sendo a primeira o Concanim); a partir daí, as novas gerações seriam angló-

---

<sup>(334)</sup> Vide, designadamente, CARMO D'SOUZA, *Legal System in Goa*, vol. I, *Judicial Institutions (1510-1982)* (189 pp.) e vol. II, *Laws and Legal Trends (1510-1969)* (306 pp.).

<sup>(335)</sup> F. E. NORONHA, *Understanding the Common Civil Code / An Introduction to Civil Law* (2008), 95 ss..

fonas. Nos tribunais, onde o português começou por sobreviver, a exigência de tradução, em inglês, das peças e dos documentos, acabaria por levar à proscrição da língua portuguesa <sup>(336)</sup>. Perdida a lusofonia, perdida ficou a Ciência do Direito a que ela deu corpo.

IV. Parte do Código de Seabra sobreviveria: na área da família e em certos domínios das sucessões e da propriedade <sup>(337)</sup>. E recentemente, já sem complexos de parte a parte, tem-se restabelecido um promissor intercâmbio universitário entre cientistas goeses e portugueses. No tocante às obrigações, funciona o *common law* anglo-saxónico.

A experiência de Goa traduziu a inabilidade do Estado Novo em ver para além do imediato horizonte e a imposição, *manu militari*, do sistema anglo-saxónico, contra o romano-germânico. Fica a História, intocável e uma curiosa interpenetração de sistemas, com implicação do lusófono.

### 30. Macau

I. A presença lusófona em Macau data do século XVI. Lá esteve Camões, o que, em termos simbólicos, vale qualquer exposição histórica. Acrescente-se ainda que, ao contrário da presença britânica na China, Macau foi português por um acordo livremente celebrado com as autoridades chinesas. Ao longo dos séculos, conviveram em Macau, a comunidade chinesa e a portuguesa, a primeira observando as suas leis e costumes e a segunda mantendo as Ordenações e, depois, o Código de Seabra e o Código Vaz Serra <sup>(338)</sup>, vindos da longínqua Metrópole.

II. Após os convénios que levariam à entrega de Macau à China e aproveitando a cláusula que permitiria a Macau, durante

---

<sup>(336)</sup> Cf. CARMO D'SOUZA, *Legal System in Goa*, vol. I cit., 155 ss. (173 ss.).

<sup>(337)</sup> Cf. DIRK OTTO, *Das Weiterleben des portugiesischen Rechts in Goa*, em 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage / Seminar in Heidelberg 20/21-11-1992* (1994), 124-141.

<sup>(338)</sup> O Código Civil de 1966 foi mandado aplicar a Macau pela Portaria n.º 22 869, de 4-Set.-1967, alterado pela Portaria n.º 318/74, de 23-Abr..

cinquenta anos, manter as suas leis próprias<sup>(339)</sup>, a Administração Portuguesa optou por aperfeiçoar códigos e leis propriamente macaenses. E um dos diplomas então aprontados foi, precisamente, o Código Civil de Macau. Para o efeito, foi nomeado um coordenador (Luís Miguel Urbano), assessorado por uma comissão consultiva local e apoiado, nos temas mais delicados, por juristas de MetrÓpole<sup>(340)</sup>. Assim foi aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto, o Código Civil de Macau.

III. O Código Civil de Macau segue, de perto, o Código Vaz Serra. Tem adaptações sensíveis em áreas como o arrendamento, os privilégios ou a família. A matéria das obrigações em geral (Livro II, artigos 391.º a 864.º) e a dos contratos em especial (865.º a 1174.º) conserva-se muito próxima da de 1966.

O Código Civil de Macau, designadamente pela existência de uma versão oficial em Chinês, assegura a presença do sistema lusófono na maior Nação do Planeta. O problema reside na necessidade de manter juristas macaenses que conheçam e usem o português. A dificuldade em colocar quadros de vulto nos centros de ensino de Direito em Macau, e isso mau grado as facilidades e a hospitalidade demonstradas pelas entidades chinesas, é o grande óbice à futura manutenção desta experiência. A transformação do território no maior casino do Globo atrai, como era inevitável, a influência da anglo-esfera.

Existe uma literatura macaense de língua portuguesa e com relevo para as obrigações, que deve ser divulgada.

### 31. *Timor*

I. A experiência timorense tem alguns contornos muito particulares: um verdadeiro caso de estudo<sup>(341)</sup>.

---

<sup>(339)</sup> Vide, sobre o Direito de Macau, ANTÓNIO KATCHI, *As fontes do Direito em Macau* (2006), 580 pp..

<sup>(340)</sup> Vide a *Nota de abertura* de JORGE NORONHA E SILVEIRA, então Secretário Adjunto para a justiça, à ed. oficial do Código Civil / Versão Portuguesa (1999).

<sup>(341)</sup> Cumpre agradecer os elementos que nos foram dados pelo Dr. LUÍS SOTTO-MAYOR FELGUEIRAS, ilustre magistrado do Ministério Público e que prestou serviço em Timor.

Na sequência da invasão de 1975, foi posta em vigor, na então província de Timor, a legislação indonésia. Trata-se de uma situação de facto, uma vez que a independência fora proclamada em 28 de Novembro de 1975 e a ocupação indonésia nunca chegou a ser reconhecida pela comunidade internacional <sup>(342)</sup>.

A legalidade acabaria por ser reposta na sequência da intervenção das Nações Unidas e do referendo que deu larga maioria à independência. Seguiu-se a Constituição de 2002. Qual o Direito em vigor?

## II. A Lei n.º 2/2002, de 7 de Agosto, veio dispor (1.º):

A legislação vigente em Timor-Leste em 19 de Maio de 2002 mantém-se em vigor, com as necessárias adaptações, em tudo o que se não mostrar contrário à Constituição e aos princípios nela consignados.

Mas qual era a legislação vigente em 19 de Maio de 2002? Logicamente, seria a portuguesa, uma vez que a ocupação indonésia nunca foi reconhecida, nem pela ONU, nem pelo povo de Timor. E nesse sentido, chegou a ser decidido pelo Tribunal de Recurso, em Dili. As confusões daí resultantes, em conjunto com um persistente Direito consuetudinário, levaram o Parlamento de Timor a aprovar uma lei interpretativa: a Lei n.º 10/2003, de 10 de Dezembro, cujo artigo 1.º dispunha:

Entende-se por legislação vigente em Timor-Leste em 19 de Maio de 2002, nos termos do disposto no artigo 1.º da Lei n.º 2/2002, de 7 de Agosto, toda a legislação indonésia que era aplicada e vigorava “de facto” em Timor-Leste, antes do dia 25 de Outubro de 1999, nos termos estatuídos no Regulamento n.º 1/1999 da UNTAET.

## III. No campo civil foi, pois, (re)posta em vigor a Lei indonésia. Está em preparação um Código Civil, de feição timorense,

---

<sup>(342)</sup> Quanto a aspectos públicos e de Direito internacional, cf. JORGE MIRANDA (org.), *Timor e o Direito* (2000), com contributos de oito Autores.

de tipo romano-germânico, muito próximo do modelo de Vaz Serra e que merece a maior atenção <sup>(343)</sup>.

Assinale-se, ainda, que foi aprovada a Lei n.º 4/2004, de 21 de Abril, “sobre sociedades comerciais”. Trata-se de um verdadeiro código das sociedades comerciais <sup>(344)</sup>, influenciado pelo Código das Sociedades Comerciais português de 1986, mas que traduz, em diversos pontos, significativas adaptações à realidade local.

Esperemos que os poderes públicos de Lisboa criem condições para a intensificação do intercâmbio científico entre os dois Países e que se acelere a (re)divulgação da fala portuguesa em Timor.

## V — A autonomia do sistema lusófono

### 32. *As perspectivas planetárias*

I. O posicionamento dos Direitos de fala portuguesa, no xadrez mundial, exige uma ponderação de conjunto. Começemos com o ponto da situação.

Na história recente assistiu-se, num primeiro momento, a uma larga expansão do sistema francês. Pelas armas napoleónicas e, depois, pela força do liberalismo, o modelo do *Code* foi introduzido na Renânia, em Itália, na Península, na Holanda e nas Américas Latinas, de fala castelhana. No início do século XX, a influência do Código Civil francês regrediu, perante a pressão do BGB alemão, tecnicamente superior. Países como o Brasil, a Suíça, a Grécia, a Turquia, o Japão, e, depois, Portugal, adoptaram o sistema romano-germânico enquanto outros, como a Itália, se mostraram, desde o início, muito influenciados por ele.

O modelo anglo-saxónico logrou implantações nos domínios britânicos. Além dos Estados Unidos (salvo a Luisiana), vamos encontrá-lo no Canadá (excepto o Québec), na Austrália e na Nova

---

<sup>(343)</sup> República Democrática de Timor Leste/Ministério da Justiça, *Anteprojecto do Código Civil de Timor-Leste*, 2008. O Livro II ocupa, aí, os artigos 332.º a 1170.º.

<sup>(344)</sup> Com 304 artigos ordenados em moldes continentais: parte geral e diversos tipos de sociedades. Admitimos que o próprio Direito indonésio, mercê da influência holandesa, já manifestasse tendências continentais (por oposição a anglo-saxónicas).

Zelândia e, ainda, em diversas outras colônias e protectorados. Este sistema, pela complexidade da sua aprendizagem, não se tem mostrado capaz de uma recepção livre: ele tem-se implantado na sequência de situações de dominação militar ou política.

O modelo islâmico e o modelo chinês, com abertura, na área das obrigações, aos modelos continentais e, em especial, ao romano-germânico, mantêm-se nos seus espaços próprios.

II. O equilíbrio assim conseguido aparentou rupturas, nas duas últimas décadas. A globalização traduziu-se num incremento grande da língua inglesa: a pressão norte-americana e a necessidade prática de encontrar uma língua universal, em que todos se entendam, a tanto conduz. Afirma-se, mesmo, a existência de uma anglo-esfera, que daria, aos povos que se exprimam em inglês, uma especial vantagem competitiva, em relação aos restantes <sup>(345)</sup>. A multiplicação dos contratos internacionais, concluídos em língua inglesa <sup>(346)</sup>, conduziu a um acréscimo de apelos ao Direito inglês. As dificuldades inerentes ao *common law* são contornadas com a adopção de fórmulas muito explícitas.

Paralelamente, porém, a pressão comunitária, no Reino Unido e as necessidades de uniformização comercial, nos Estados Unidos, têm levado a uma “continentalização” dos respectivos direitos contratuais.

Um tanto paradoxalmente: o domínio da língua inglesa não tem trazido, consigo, o do Direito anglo-saxónico: as dificuldades estruturais do velho *common law* a isso conduzem. Noutros termos: a aprendizagem jurídico-científica é mais eficaz na presença de leis codificadas.

III. A adesão da China Continental ao sistema romano-germânico, a somar à do Japão e à da Coreia, parece fazer bascular o Direito das obrigações, a nível mundial, para o modelo do BGB.

---

<sup>(345)</sup> JAMES C. BENNET, *The Anglosphere Challenge / Why the English-Speaking Nations Will Lead the Way in the Twenty-First Century* (2007).

<sup>(346)</sup> Nos princípios do século XXI, a língua inglesa é correntemente usada em negociações entre grandes empresas espanholas e portuguesas e, depois, nos contratos a que se chegue.

A língua chinesa (mandarim), quando não seja materna, é de muito difícil aprendizagem. O inglês vai manter-se como língua universal, nas relações internacionais. Mas isso não equivale à expansão do (verdadeiro) *common law*.

Quanto à Europa: o alargamento a leste incrementou o inglês, em detrimento do francês e do alemão. Os esforços de unificação do Direito das obrigações têm-se processado em língua inglesa: mas com um modelo codificado avançado (romano-germânico) em vista <sup>(347)</sup>.

Previsões? A manterem-se as últimas tendências de planetarização da economia e da cultura e a não haver retrocessos induzidos de (sucessivas) crises económicas ou ambientais, no espaço de quatro gerações, haverá um código mundial das obrigações de tipo romano-germânico: em várias línguas, mas uniformizado em inglês. Esse código aplicar-se-á, no início, apenas nas relações plurilocalizadas; mas à medida que for assimilado, tenderá a funcionar nas próprias relações internas. Há que elevar o nível da Ciência jurídica lusófona, para sermos parceiros nesse novo mundo.

### 33. *As línguas nacionais e as obrigações*

I. O domínio previsível do inglês nos negócios não fará desaparecer as línguas nacionais. A experiência mostra que o ser humano normal, mediante um processo de adequada aprendizagem, pode dominar duas ou mais línguas. O bilinguismo ou, mesmo, o multilinguismo serão de regra entre os juristas formados. Pergunta-se, a essa luz, se não será possível um Direito das obrigações a dois tempos: uniforme, a nível internacional e tradicional, no plano interno.

O problema já tem sido estudado pelo prisma da integração comunitária e da preparação de um código europeu dos contratos ou das obrigações. De todo o modo, adiantamos algumas reflexões.

---

<sup>(347)</sup> Temos em mente o produto mais avançado, em 2010, nesse campo: os monumentais *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law / Draft Common Frame of Reference* (DCFR), ed. CHRISTIAN VON BAR/ERIC CLIVE/HANS SCHULTE-NÖLKE (2009), 643 pp., com toda uma literature circundante.

II. A grande maioria das relações obrigacionais estabelece-se dentro dos diversos espaços nacionais. A quase totalidade dos processos judicialmente resolvidos tem a ver com questões *intra muros*. Seria, assim, um erro de perspectiva sustentar que os actuais códigos territoriais estão ultrapassados ou, sequer, que prejudicam, a qualquer título, as relações empresariais. No campo das obrigações, já hoje é perfeitamente possível escolher a lei aplicável. Nada se dizendo e nas relações puramente internas: o Direito nacional é, por definição, o mais adequadamente aplicável. Sofreu todo um longo período de adaptação à realidade local e exprime-se na língua do sítio: é da natureza das coisas.

III. A contraposição entre o sistema napoleónico e o romano-germânico mostra que a língua tem um papel relevante. Há conceitos que (só) se impõem desde que exista uma fórmula vocabular para os exprimir.

É certo que algumas experiências, como a do Direito do Estado Norte-Americano da Luisiana, de feição napoleónica, mostram que o Direito pode sobreviver, mesmo quando se perca a língua que lhe serviu de suporte. Mas isso sucede mercê de um vigoroso esforço das universidades (onde se fala francês) e da disponibilidade da cultura francesa. Em regra, o Direito localmente diferenciado apoia-se numa língua distinta. Perdida a língua, perdido fica o Direito. Vale o exemplo infeliz de Goa.

A manutenção do Direito das obrigações de base territorial depende da eficácia das línguas em que ele se apoie. Temos em vista uma vitalidade efectiva, no ensino, na economia, nas instâncias de aplicação do Direito, na política e na comunicação social: não uma pura sobrevivência folclórica ou literária.

Haverá, pois, que encontrar um equilíbrio com a anglo-esfera.

IV. Recordamos um troço clássico de Wilhelm von Humboldt (1767-1835) <sup>(348)</sup>:

---

<sup>(348)</sup> WILHELM VON HUMBOLDT, *Über den Dualis* (1827), = *Gesammelte Schriften* (ed. Academia das Ciências Prussiana), VI (1907), 4-30 (4-5), confrontável, também, em WILHELM VON HUMBOLDT, *Schriften zur Sprache*, publ. MICHAEL BÖHLER (2007), 21-29 (21).



A língua não é, porém, apenas um mero meio de entendimento, mas antes a expressão do espírito e da visão do Mundo dos falantes (...).

Retomando este texto podemos, com Weir, ir ainda mais longe: a língua não é, apenas, a expressão da visão do Mundo dos falantes: ela conformou, também, essa visão do Mundo <sup>(349)</sup>. Sendo uma afirmação reconhecida, ela assume, no Direito e nos actuais cenários da integração europeia, um significado acrescido.

O papel substancial da linguagem, investigado e demonstrado, designadamente, por Humboldt, desde o princípio do século XIX <sup>(350)</sup>, é o argumento irrecusável para sustentar a autonomia de qualquer família jurídica.

### 34. *O papel do português no Direito*

I. Conhecida a dimensão das obrigações em português no Planeta, vamos indagar o possível influxo do factor linguístico sobre a sua articulação e sobre o seu modo de desenvolvimento jurídico-científico. A língua francesa permite conceitos subtis e difusos, como a *faute*; a alemã é muito precisa e analítica; o inglês é criativo.

Derivam, daí, características que podemos acompanhar nos respectivos sistemas. E o português: terá características que se reflectam nas Ciências Jurídicas que o usem?

II. O uso correcto da língua portuguesa, quer oral, quer escrita, implica que se evitem repetições de palavras e cacafonias: seja na mesma proposição, seja em proposições próximas. Há uma musicali-

---

<sup>(349)</sup> TONY WEIR, *Die Sprachen des europäischen Rechts / Eine skytische Betrachtung*, ZEuP 1995, 368-374 (369).

<sup>(350)</sup> De WILHELM VON HUMBOLDT, além do curioso estudo sobre o dual, acima citado, recordamos *Ueber das Entstehen der gramatischen Formen, und ihren Einfluss auf die Ideenentwicklung* (1822) = *Gesammelte Schriften* (ed. cit.), IV (1905), 285-313, *Über den Zusammenhang der Schrift mit der Sprache* (1838) = *Gesammelte Schriften* (ed. cit.), V (1906), 31-106 e *Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts* (1836) = *Gesammelte Schriften* (ed. cit.), VI (1907), 1-344.

dade das frases, perfeitamente natural e de que nos apercebemos apenas quando ela seja quebrada. O legislador, o autor de textos jurídicos e o comum operador que exerça em forma oral ou por escrito, devem evitar as tais repetições ou a proximidade de palavras que, embora gramaticalmente bem inseridas, soem “mal”. Esta exigência do português obriga a uma permanente procura de expressões sinónimas ou equivalentes. Pois bem: aí reside um problema específico para a decisão conceitual. Muitas vezes o termo “obrigação” surge onde era de esperar “dever”, “sujeição”, “ónus”, “encargo” ou “dever genérico” e inversamente: tudo isso por exigência da elegância do português jurídico.

O problema não se põe noutros idiomas, como no alemão: aí, as boas regras não são feridas pela repetição de sons ou de palavras: um trunfo para a precisão jurídica do discurso, ainda que com prejuízo para a (nossa) sensibilidade.

III. A própria elegância linguística que origina o problema deverá constituir a chave para a sua superação. Quando se diga, por exemplo, que a “obrigação” é um “vínculo jurídico” pelo qual uma pessoa “fica adstrita” (397.º, do Código Civil), estão-se a equiparar essas três locuções. Noutros contextos, obrigação, vinculação e adstrição podem ter alcances distintos. Infere-se, daqui, que apenas no conjunto podemos emprestar, a qualquer locução, o seu preciso sentido. Este fenómeno é particularmente relevante no Direito das obrigações. Ele acompanha as diversas formulações conceituais, devendo estar sempre presente.

### 35. *A esfera lusófona*

I. A manutenção de toda uma cultura jurídica nacional, com universidades, livros, revistas, congressos, intercâmbios diversos, leis (logo: Parlamentos, Governos e Soberania) e códigos, exige uma massa crítica: humana, territorial, económica e linguística. Na evolução europeia, sabemos que foi possível, a nações pequenas e pouco povoadas, fazer singrar experiências jurídico-linguísticas próprias. Mas, hoje, a dimensão requerida deve ser repensada: é, seguramente, outra.

Em termos europeus, um Estado/Nação viável deverá reunir cerca de 50 milhões de pessoas, para um território de 300 ou 400 mil quilómetros quadrados. A Espanha estará no limite mínimo: Estados-padrão serão a Alemanha, a França, a Itália, a Polónia ou o Reino-Unido. Aquém desse limite: haverá todo um universo de História, de Cultura, de vivências e, até, de Direito territorial autónomo; mas será quimérico intentar lançar um verdadeiro sistema de Direito, com tudo o que isso implica: falta a massa crítica. O Direito das obrigações, pelas suas exigências de pensamento abstracto partilhado, pelas suas dimensões e pela sua imediata coesão económico-social será, disso, a mais adequada ilustração.

No plano mundial: a referência a um sistema implicará, como foi referido, ou uma dimensão humana da ordem do bilião de pessoas (China e Índia) ou uma expansão considerável através dos diversos continentes, com centenas de milhões de praticantes.

II. A independência portugalense de 1143 e a sua conservação, em 1385, têm explicações internas. Já a restauração de 1640, em contraciclo com os movimentos integradores, que assistiram à absorção de Nações mais fortes e aguerridas do que a portuguesa, só se explica pela projecção ultramarina e pelo apoio então recebido da Índia, do Brasil e de África: económico, político e sócio-militar<sup>(351)</sup>. Trata-se de um factor decisivo para a manutenção e progresso de um Direito de expressão portuguesa.

III. Um Estado de 10 milhões de pessoas, numa Europa integrada de 500 milhões, não tem expressão. A salvaguarda de um sistema jurídico próprio, completo, com tudo o que isso pressupõe e exige, assume custos marginais que, a prazo, a tornarão insustentável. Mas, numa perspectiva mundial, a situação é diversa: fazendo apelo aos falantes do português (a que se poderá juntar, ainda, a Galiza), ultrapassa-se a fasquia dos 250 milhões, incluindo Estados ricos (Angola) e emergentes (Brasil). Recorde-se que o

---

<sup>(351)</sup> Remetemos para a introdução ao nosso *Da modernização do Direito civil / I* — *Aspectos gerais* (2004), 13 ss..

português é a terceira língua europeia mais falada fora da Europa: depois do inglês e do castelhano.

Em suma: o espaço do português jurídico, assente no núcleo duro do Direito das obrigações, já permite uma vitalidade própria, na aldeia planetária global. Vamos trabalhar nessa perspectiva.

### 36. *O sistema lusófono*

I. Ao estudioso do Direito das obrigações impõe-se a existência, entre as grandes famílias, de um sistema de Direito lusófono. Esta conclusão pode ser generalizada a toda a Ordem Jurídica.

A ideia, no quadro dos grandes sistemas de Direito, de um sistema lusófono foi apresentada pelo Prof. Erik Jayme<sup>(352)</sup> e, numa perspectiva mais lata, pelo Prof. Marques dos Santos<sup>(353)</sup>. Erik Jayme sublinha a especialidade de certos institutos, como os regimes de bens, que influenciaram o Brasil e outros países. Marques dos Santos considera a presença de “uma família jurídica lusitana mais chegada dentro da grande família romano-germânica de direito, que se contrapõe ao mundo anglo-saxónico da *common law*”<sup>(354)</sup>. Também a proximidade dos esquemas constitucionais dos países de fala portuguesa tem sido enfatizada<sup>(355)</sup>.

Dário Moura Vicente, por seu turno, reconhece a similitude dos ordenamentos lusófonos, sublinhando a facilidade de comunicação entre os juristas respectivos e, até, a possibilidade de o jurista de um desses ordenamentos exercer, sem grande esforço, a

---

<sup>(352)</sup> ERIK JAYME, *Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts*, FS Imre Zajtay (1982), 261-269 (262-264). Tem ainda interesse referir a recolha de estudos org. por ERIK JAYME, *Das Recht der lusophonen Länder: Tagensreferente, Rechtsprechung, Gutachten* (2000), 249 pp..

<sup>(353)</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As relações entre Portugal, a Europa e o Mundo Lusófono e as suas repercussões no plano jurídico* (1999), em *Estudos de Direito internacional privado e de Direito público* (2004), 579-594.

<sup>(354)</sup> *Idem*, 585.

<sup>(355)</sup> MANUEL MALHEIROS/MARLIESE REINERT-SCHOERER, *Die Entkolonialisierung und die Verbreitung des portugiesischen Rechtskultur*, em 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage / Seminar in Heidelberg 20/21-11-1992* (1994), 99-109 (104 ss.).

sua profissão nos demais <sup>(356)</sup>. Todavia, discorda da autonomia de uma família jurídica lusófona. Por três razões <sup>(357)</sup>:

- porque lhes falta uma concepção própria do Direito;
- porque “poderosas forças centrífugas” operam em sentido contrário ao de uma inserção num sistema (a União Europeia, o Mercosul e as várias organizações africanas);
- porque nos países africanos há um Direito consuetudinário aplicado em detrimento do Direito oficial.

Evidentemente: temos de nos entender quanto ao sentido de “família jurídica” <sup>(358)</sup>. Se descermos às raízes, encontraremos um Direito ocidental sendo, de todo, impossível distinguir o sistema napoleónico do germânico. Admitimos, ainda, que os especialistas nas diversas áreas tenham sensibilidades diferentes quanto ao problema: é natural que o internacionalista privatista se perturbe perante o esvaziamento do Direito internacional privado nacional ou que o publicista dê relevo a aspectos de organização circunstanciais.

Isto dito: no momento actual, nada põe em causa a evidente proximidade dos Direitos lusófonos.

II. Para um correcto posicionamento do sistema lusófono, será, com efeito, decisivo o Direito privado comum, fundamentalmente o Direito das obrigações. Ora, a essa luz, afigura-se que o Direito de fala portuguesa é uma família própria, aparentada à romano-germânica (não à napoleónica!), mas dela distinta. Assim, é um sistema:

- com plena autonomia linguística e doutrinária: para quem conheça minimamente a realidade, ele não tem a ver com um pretenso sistema ibero-americano, faltando (e até é pena) contactos com os Direitos de fala castelhana;

---

<sup>(356)</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado* cit., 1, 87-89 (89).

<sup>(357)</sup> *Idem*, 89.

<sup>(358)</sup> Em especial, JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch / Entstehungsgeschichte und ausgewählte Einzelprobleme* (2008), 247 ss., referindo diversas fórmulas de ordenação dos círculos jurídicos.

- impenetrável a quem, nele, não se tenha formado;
- com uma História própria, totalmente diferenciada: partindo das Ordenações, que remontam ao início do século XV, acolheu elementos franceses, nos princípios do século XIX, mas virou-se para o pandectismo romano-germânico (Brasil, 1856; Portugal, 1903) com o qual, todavia, não se confunde;
- que joga com a teoria do contrato e com a teoria do negócio, em simultâneo;
- com uma responsabilidade civil híbrida, de cunho autónomo;
- que, em cada instituto singelo, tem especificidades;
- que reelaborou já os seus princípios, com leituras autónomas;
- com massa crítica: 10 países ou territórios nos cinco continentes e mais de 250 milhões de praticantes; nove séculos de desenvolvimento autónomo, com leis de estilo próprio; sete séculos de ensino universitário independente; ordens profissionais intocadas, etc.

III. De facto, o Direito civil de expressão portuguesa, pelo estilo, pela linguagem, pelas referências doutrinárias, pela estruturação do discurso e pela configuração do sistema, aproxima-se claramente da família romano-germânica: mais do que os Direitos holandeses (napoleónico, embora com uma recente evolução autónoma) e italiano (apontado como intermédio, entre os sistemas romano-germânico e napoleónico). E essa filiação mais reforçada fica se considerarmos o Direito brasileiro, que se encontra nas mesmas circunstâncias <sup>(359)</sup>.

---

<sup>(359)</sup> No sentido de questionar se o sistema português ainda pertencerá ao círculo napoleónico ou se não terá passado para o germânico, ZWEIFERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., 106-107 e KURT HANNS EBERT, *Rechtsvergleichung / Einführung in die Grundlagen* (1978), 50; também THOMAS HENNINGER, *Europäisches Privatrecht und Methode* (2009), 165.

IV. Deve sublinhar-se, ao nível dos “grandes” comparatistas, uma ignorância confrangedora quanto ao sistema lusófono <sup>(360)</sup>. Um Autor com a craveira de Eichler, por exemplo, tratando dos vários círculos do Direito, refere um pretenso círculo “ibero-americano”, que integraria, *ad nutum*, o Brasil e Portugal, de cujas literaturas não refere uma única obra <sup>(361)</sup>. Um erro similar comete Eugen Bucher, ao falar numa família hispano-portuguesa de Direito <sup>(362)</sup>. Inacreditavelmente insuficiente e inexacta é, também, a já citada referência de Fikentscher <sup>(363)</sup>.

É óbvio que os Autores não têm o dever (a não ser intelectual) de se pronunciarem sobre o Direito lusófono. Mas quando o façam, devem ter a humildade mínima de se informarem.

V. Mas apesar do inegável parentesco, não pode o sistema lusófono ser incluído, sem menos, nos sistemas romano-germânicos. Com efeito:

- há uma forte barreira linguística, de tal modo que, na prática, apenas no plano da investigação se pode falar num acesso completo e directo às fontes de língua alemã (leis, doutrina e jurisprudência);
- verifica-se, perante os alemães, uma simplificação de diversos conceitos, institutos e construções; os grandes doutrinadores usaram, no essencial, manuais e não estudos monográficos aprofundados;

---

<sup>(360)</sup> “O Direito português é tratado superficialmente”, nas palavras de JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil* cit., 266. Quanto ao Direito da América Latina: *Latin American Law has largely been neglected by mainstream comparative law*: palavras de JAN KLEINHEISTERKAMP, *Development of Comparative Law in Latin America*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 261-301 (261); este Autor, muito interessante, dedica contudo um escasso desenvolvimento ao Brasil (*idem*, 266 e 276-277).

<sup>(361)</sup> HERMANN EICHLER, *Gesetz und System* (1970), 76. Mais tarde, este Autor emendou a mão, admitindo a passagem do Direito português ao círculo germânico: *Rechtssysteme der Zivilgesetzbücher* (1983), 118-124 (123).

<sup>(362)</sup> EUGEN BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, ZEuP 2004, 515-547 (538).

<sup>(363)</sup> FIKENTSCHER, *Methoden* cit., 580.

- mantêm-se institutos tradicionais e esquemas napoleónicos, desconhecidos no Direito alemão;
- o uso da língua portuguesa esbate certos conceitos e dá azo a um modo próprio de colocação dos problemas.

Por isso, sustentamos, hoje, a autonomia do sistema lusófono: um subsistema com elementos híbridos e uma elaboração coerente própria, dentro de uma família alargada de Direito romano-germânico.

VI. Ocorre fazer, aqui, uma referência ao escrito de Jens Müller, sobre a parte geral do Código Civil português. Este Autor procede a uma indagação alargada sobre o tema: com acesso directo à literatura portuguesa <sup>(364)</sup>.

Entre diversos pontos com interesse, Müller mostra-se surpreendido por, na opção legislativa de 1966, pela parte geral, não se referir o Código brasileiro de 1916 <sup>(365)</sup>. Tem razão. As explicações possíveis são de ordem subjectiva e política: prendem-se com o desencanto de Salazar perante as orientações do Presidente Getúlio Vargas. Afigura-se-nos, porém, que a parte geral, introduzida no Brasil por Teixeira de Freitas, muito antes do Código de 1916 e retomada por Clóvis Beviláqua, pai do Código em causa <sup>(366)</sup>, teve o seu peso nas opções de Guilherme Moreira e, por aí, do Código Vaz Serra.

O próprio Müller acaba por qualificar o sistema português como híbrido <sup>(367)</sup>. Todavia, a consideração dos Direitos lusófonos, no seu conjunto, o distanciamento muito grande perante os conceitos napoleónicos (alguns dos quais intraduzíveis, em português, mau grado o parentesco linguístico) e o sistema do Code Civil, a recepção incompleta do Direito alemão e as tradições e elaboração próprias permitem falar num sistema (ou subsistema) lusófono autónomo.

---

<sup>(364)</sup> JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch / Entstehungsgeschichte und ausgewählte Einzelprobleme* (2008), 318 pp., já citado.

<sup>(365)</sup> *Idem*, 271.

<sup>(366)</sup> *Supra*, 202 ss..

<sup>(367)</sup> JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch* cit., 276-279.





## PERCEPÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO (1)

*Pelo Prof. Doutor Reis Friede (2)*

Não obstante a tese segundo a qual o *Direito* se constitui em efetivo *ramo científico* ter sido negligenciada no passado por expressiva parcela de estudiosos, na atualidade contemporânea é, no mínimo, majoritária a posição doutrinária que entende o *Direito* como autêntica e genuína *Ciência Autônoma*.

Ainda que se possa discutir se o *Direito* constitui-se na própria *ciência*, em sua descrição conceitual, ou, ao contrário, restringe-se apenas ao *objeto de uma ciência* (a chamada *Ciência do Direito*), a verdade é que, no presente momento evolutivo, poucos são os autores que ousam desafiar a visão dominante do *Direito como ciência* e suas principais conseqüências, especialmente após o advento — e, sobretudo, a leitura técnica — da notável obra de HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, em que o autor logrou demonstrar, na qualidade de mentor do racionalismo dogmático (normativismo jurídico), a *pureza jurídica* do *Direito* em seu aspecto tipicamente científico.

Mesmo assim, entre nós ainda existem aqueles que simplesmente defendem o ponto de vista do *Direito* como uma *forma não-*

---

(1) Palestra proferida na Escola Naval em 2 de julho de 2009.

(2) Reis Friede, Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público. Mestre e Doutor em Direito. Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro — UFRJ e autor de inúmeras obras jurídicas, dentre as quais “*Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*”, 6.<sup>a</sup> edição, Forense Universitária, 2008, RJ (189 ps.) e “*Vícios de Capacidade Subjetiva do Julgador: Do Impedimento e da Suspeição do Magistrado nos Processos Civil, Penal e Trabalhista*”, 6.<sup>a</sup> edição, Forense, 2009, RJ (469 ps.).

-científica, desafiando não só o caminho lógico-evolutivo do estudo do *Direito*, mas, particularmente, a acepção mais precisa (e correta) do vocábulo *ciência*.

“(...) não é rigorosamente científico denominar o *Direito* de *ciência*. (...). As pretensas *ciências sociais*, com ranço comtiano, onde se costuma incluir o *Direito* (...) não oferecem princípios de validade universal que lhes justifiquem a terminologia (...)”.

(PAULINO JACQUES *in* Curso de Introdução ao Estudo do Direito, ps. 10/11)

“O *Direito* não é *ciência*, mas *arte*; como também ramo da moral” (GENY *in* Science et Technique en Droit Privé Positif, 2a. édition, Tome I, Paris, 1927, ps. 69/71 e 89)

“As regras do Direito são preceitos artísticos, normas para fins práticos, determinações ordens, que se impõem à vontade. *Não se confundem com as afirmações científicas, que se dirigem à inteligência.*” (PEDRO LESSA *in* Estudos de Philosophia do Direito, Rio, 1912, p. 46)

## 1. Conceito de Ciência

A questão central, nesse contexto de atuação, ao que tudo indica, parece ser, sob o prisma de sua própria especificidade, os múltiplos e variáveis conceitos de *ciência*, bem como, as possíveis e diferentes traduções do vocábulo em epígrafe.

Nesse sentido, resta oportuna a lição de TÉRCIO SAMPAIO FERAZ JR. (*in* Direito, Retórica e Comunicação, Saraiva, SP, 1973, ps. 159/160) para quem “a expressão *ciência* não é *unívoca*; não obstante de com ela se pretender designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único e uniforme que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica.”

De qualquer sorte, o que caracteriza a *ciência*, na acepção atual, não pode ser, em nenhuma hipótese, como deseja PAULINO JACQUES, uma pretensa e utópica *validade universal de seus princípios*, independentemente de meridianos e paralelos, uma vez que, de forma absolutamente diversa, a noção contemporânea de *ciência* reside no *escopo próprio de sua atuação*, ou seja, na busca,

*constante e permanente, pela verdade* (ou, ainda, em outras palavras, na perene explicação evolutiva dos diversos fenômenos naturais e sociais).

(Nesse contexto, por força do *raciocínio binário*, é lícito, inclusive, consignar o conceito antagônico à *ciência* que se traduz modernamente pela *crença*. Enquanto a *ciência*, reconhecendo que não possui a *verdade*, objetiva, de forma constante e permanente, encontrá-la (através da busca incessante da explicação verdadeira dos fenômenos fáticos (de valoração objetiva e subjetiva) e de suas conseqüentes ocorrências no mundo real e cultural), a *crença*, por sua vez, ciente de que já possui a *verdade* (ou seja, a correta explicação para os fenômenos fáticos do mundo real), simplesmente impõe a sua explicação (interpretação), como única e insuperável tradução da realidade, permitindo, neste sentido, a concepção básica da denominada *fé* (que é sempre imposta), como fator último a impedir o próprio desenvolvimento da *crença*.

Não é por outra razão, inclusive, que a essência da *fé* (na qualidade de fator basilar da *crença*) se traduz pelo “*acreditar em algo que não pode ser provado*”, tornando, por efeito, toda *crença* (como, por exemplo, a *religião*) igualmente válida (não permitindo, conseqüentemente, padrões de comparação qualitativa) e determinante sob a ótica de sua própria abrangência.)

Em essência, — é oportuno ressaltar —, inexistente, de forma insofismável, a efetiva possibilidade de se ter *fato* gerando *normas* de *validade sinérgica*, acima de qualquer possibilidade de contestação no espectro temporal-evolutivo.

Muito pelo contrário, o que a *ciência* realiza, no âmbito de sua atuação, é exatamente *conceber*, caracterizando e criando através de interpretações próprias (porém, com necessário escopo de generalização), a melhor explicação de um dado fenômeno particular (natural ou social), em um considerado momento histórico em que aspectos culturais, geográficos, organizacionais, etc, necessariamente possuem sua esfera — maior ou menor — de influência.

(Assim é que nos primórdios da *Física*, a melhor explicação científica para o fenômeno da queda de um objeto em direção ao chão não passava pela atual e complexa teoria da *gravitação universal*, preferindo os “cientistas” da época, por ausência de melhor interpretação, entenderem o *fato* (na qualidade de efetivo aconteci-

mento no mundo real) através da singela concepção da existência de uma pretensa “*mão invisível*” que simplesmente empurrava todo e qualquer objeto em direção ao solo.

Mas mesmo com todo o desenvolvimento da *Ciência da Física*, o homem ainda não foi capaz de explicar, de forma inequívoca, dentro de seu contexto de juízo de realidade, dotado de valoração objetiva, o simples fato da queda de um objeto em direção chão, considerando, sobretudo, que a vigente *lei da gravidade* (corolário da teoria da gravitação universal) parte de um *princípio básico* de suposta validade universal, mas amplamente contestável, que poderia ser resumido, não obstante algumas complexidades que deixaremos ao largo, da seguinte maneira: um corpo de *massa menor* é sempre *atraído* em direção ao corpo de *massa maior*, determinando, em consequência, que qualquer objeto (de massa relativa desprezível) simplesmente “caia” em direção ao centro do planeta (que possui massa infinitas vezes maior), sendo contido apenas pelo obstáculo natural que é exatamente a sua superfície (ou seja, o chão).

Como o pressuposto básico da *atração gravitacional* como concebida na atualidade contemporânea, pressupõe a existência de *corpos com massa*, a *Física* de hoje simplesmente não é capaz de explicar a descomunal *atração gravitacional* que exerce os chamados “*buracos negros*”, na qualidade de corpos celestes desprovidos de matéria, e, por consequência, de *massa*, na concepção clássica de “*massa branca*”.)

A concepção básica de *Ciência* (incluindo seu conceito específico), por efeito consequente, não pode considerar a existência de incontestes e permanentes *princípios de validade universal*, tendo em vista que a validade intrínseca dos princípios e pressupostos científicos são sempre mutáveis no tempo e no espaço, em decorrência da própria e necessária *evolução* dos conceitos científicos.

(É evidente que os denominados *Princípios Gerais do Direito* não são universais ou mesmo permanentes (até porque, os fenômenos sociais que os instruem são nitidamente mais complexos que os fenômenos naturais, objetos de outras ciências) muito embora, no mundo atual de notável capacidade de comunicação e intercâmbio, essa realidade tenda naturalmente a um ponto de aproximação semelhante a pretensa universalização de concepções tipicamente estudados pela Física, Química, Astronomia etc. O próprio conceito axioló-

gico de *justiça*, como valor intrínseco do *Direito*, é conveniente ressaltar, vem sendo, de modo perceptível, permanentemente universalizado, não obstante as diversas culturas e os diferentes estágios evolutivos das várias sociedades em convivência temporal comum.

Por outro lado, é também importante consignar que as ciências dotadas de *juízo de valor* (valoração subjetiva), como o *Direito*, são inerentes ao denominado *mundo cultural*, em que as preocupações valorativas possuem incontestemente natureza subjetiva.)

Por efeito conseqüente, a *ciência* não pode, sob pena de sublime subversão lógico-conceitual, ser encarada como algo que se traduz por uma *verdade absoluta*, mas, ao contrário, necessariamente deve ser entendida como algo que *busca*, de forma constante e permanente, a *verdade* (em sua acepção plena), aproximando-se cada vez mais da mesma, porém sem nunca poder atingi-la, ou mesmo tangenciá-la com plena segurança.

(É exatamente neste sentido que alguns autores observam a existência, em matéria científica, das denominadas “*verdades relativas*”, ou, em outras palavras, “*verdades*” com validade limitada ou restrita, no tempo e no espaço, a uma dada e/ou considerada situação fática.

Por outro prisma, como o objeto das *ciências sociais* (culturais) é mais complexo do que o das *ciências naturais*, considerando, neste contexto analítico, não só a célebre afirmação de WILHELM DILTHEY (Introduction a l'étude des Sciences Humaines, Paris, 1942) de que “a *natureza* se explica, enquanto que a *cultura* se compreende” mas, sobretudo, a constatação inequívoca de que o *fato social* abrange *relações múltiplas* (mecânicas, físicas, químicas, biológicas, etc.), deduz-se, sem muito esforço, que a sua mobilidade é muito maior que a relativa às ciências naturais, gerando uma falsa impressão de que suas *conclusões interpretativas* são menos válidas ou mesmo desprovidas de qualquer grau de cientificidade.

A verdade, entretanto, é que ambas as ciências (naturais e sociais (culturais)) são, por definição, inexatas (pois buscam, de forma constante e permanente, as suas respectivas *verdades interpretativas*), diferenciando-se apenas no foco de associação dos fenômenos e, em conseqüência, no *lapso temporal associado* que, no caso das ciências naturais (por se tratar de fenômenos de menor *complexidade relacional*), são mais longos, originando uma primeira (e equivocada) impressão de que não são variáveis e, portanto, traduzem uma realidade fixa e exata.)

## 1.1. Classificação Binária das Ciências

Se é plenamente correto afirmar que as *ciências*, de modo geral, não se traduzem em *verdades absolutas* (ou, sob outra ótica, em princípios imutáveis e intangíveis de validade permanente e universal), mas apenas e limitadamente na busca incansável por estas mesmas *verdades* (no sentido da explicação correta e absoluta para cada fenômeno natural ou social (cultural)), não menos acertada constitui a afirmação segundo a qual o *raciocínio binário humano* se constitui no principal fator limitante do próprio desenvolvimento científico.

(Sob uma ótica puramente matemática, neste sentido, seria até mesmo lícito afirmar que o *raciocínio binário* corresponde, como uma sinérgica limitação humana, a uma progressão geométrica de razão igual a *dois*. Em essência, o número *a* índice *n*, último numeral da progressão, corresponderia ao *infinito*, demonstrando, claramente, a efetiva *possibilidade* humana de desenvolvimento. Porém, a *velocidade* deste mesmo desenvolvimento, correspondente à razão *q* da progressão, seria o menor possível, ou seja dois, equivalente numeral ao *raciocínio binário*).

Como a contingência de superação da *limitação binária* tem se mostrado, nos inúmeros séculos de desenvolvimento da humanidade, tarefa impossível de ser concretizada, restou, de forma inexorável, ao gênero humano conceber e adaptar todos os modelos de desenvolvimento científico a esta forma única e exclusiva de pensar.

Por efeito conseqüente, todas as *classificações* de cunho científico forçosamente tiveram de se adaptar, e efetivamente se adaptaram, à imposição do *binarismo*, inclusive, sob esta ótica, a própria *classificação das ciências* em seu sentido amplo.

Nesse contexto, as *ciências*, quanto ao seu objeto, passaram, de maneira amplamente majoritária, a ser classificadas em dois principais grupos: as denominadas *ciências da natureza* (cujo foco de observação são fenômenos *naturais*) e as chamadas *ciências da sociedade* (cujo foco de observação cinge-se a fenômenos *sociais* e *culturais*). As *ciências naturais*, por sua vez, passaram a admitir uma subdivisão peculiar em *ciências do macrocosmos* (cujo foco

de observação são fenômenos naturais externos aos seres vivos) e em *ciências do microcosmos* (cujo foco de observação são fenômenos naturais internos aos seres vivos), ao passo que as *ciências sociais*, por seu turno, passaram a acolher a subdivisão em *ciências não-hermenêuticas* (ou não-comportamentais) e em *ciências hermenêuticas* (ou comportamentais).

No primeiro grupo (ciências naturais do macrocosmos), encontramos a *Física*, a *Química*, a *Astronomia* etc.; no segundo grupo (ciências naturais do microcosmos), nos deparamos com a *Medicina*, a *Biologia*, etc.; no terceiro grupo (ciências sociais não-hermenêuticas) achamos a *Sociologia*, a *Antropologia*, etc.; e, finalmente, no quarto grupo (ciências sociais hermenêuticas), encontramos o *Direito*.

(É importante esclarecer que a *nomenclatura usual* designativa dos diversos *tipos de ciência* não guarda o necessário *rigor terminológico* que deve, em última análise, traduzir as características intrínsecas de cada *modalidade científica*. Assim, seria absurdo supor a existência de uma pretensa *ciência exata*, considerando o próprio *conceito contemporâneo de ciência* que se coaduna, de modo geral, com a “*busca da verdade*”.

De igual forma, sem qualquer *precisão designativa*, apresenta—se a expressão *ciência humana*, posto que toda *ciência* é um produto humano de *valoração intrínseca* a um *fato*, concebendo uma *regra explicativa* (norma), associada, por seu turno, a um *juízo de realidade* ou a um *juízo de valor*.

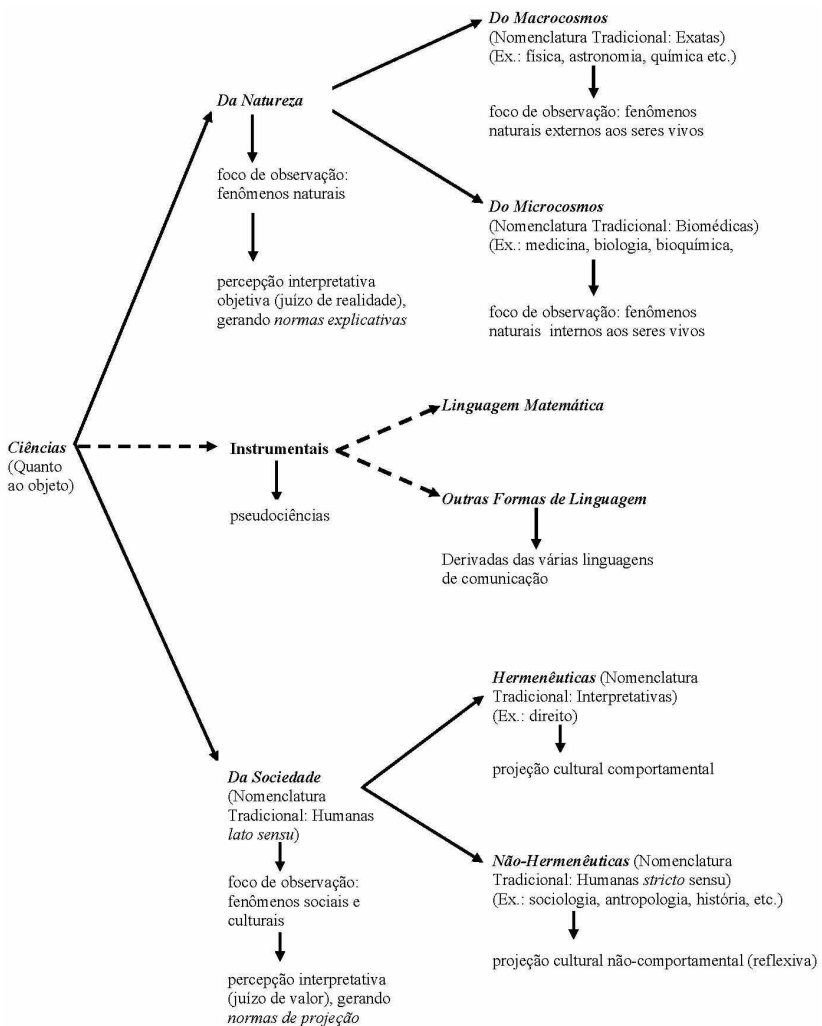
Ainda assim, é forçoso reconhecer que não há como afastar, de modo definitivo, estas *nomenclaturas tradicionais* (porém, *atécnicas*), devendo pois, os estudiosos do tema (e demais interessados) procurar conviver com tais expressões, através de uma “*virtual tradução*” de seus verdadeiros (e respectivos) sentidos designativos.)

Muito embora os menos avisados possam questionar onde estaria, neste espectro classificatório, posicionada a *Matemática*, a verdade é que esta pseudociência, por não possuir o escopo próprio de atuação das *ciências* (ou seja, a *valoração intrínseca* (e interpretativa) de um *fato* (natural ou social), concebendo uma *norma explicativa* (inerente ao *mundo real*) ou *de projeção* (inerente ao



*mundo cultural*)), melhor se encontra classificada como genuína *linguagem* científica ou, como preferem alguns, efetiva *ciência instrumental*.

**Diagrama 1:**  
**Classificação das Ciências (Quanto ao Objeto de Observação)**



### 1.1.1. *Outras Classificações Relativas às Ciências*

Não obstante a consagrada classificação *binária das ciências*, resta oportuno consignar que, no espectro histórico-evolutivo, como bem leciona MARIA HELENA DINIZ em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* (12.<sup>a</sup> ed., Saraiva, SP, 2000, ps. 22-26), muitos autores ensaiaram algumas classificações, hoje, de modo geral, reputadas primitivas (e, portanto, ultrapassadas), que partem de outros pressupostos lógicos.

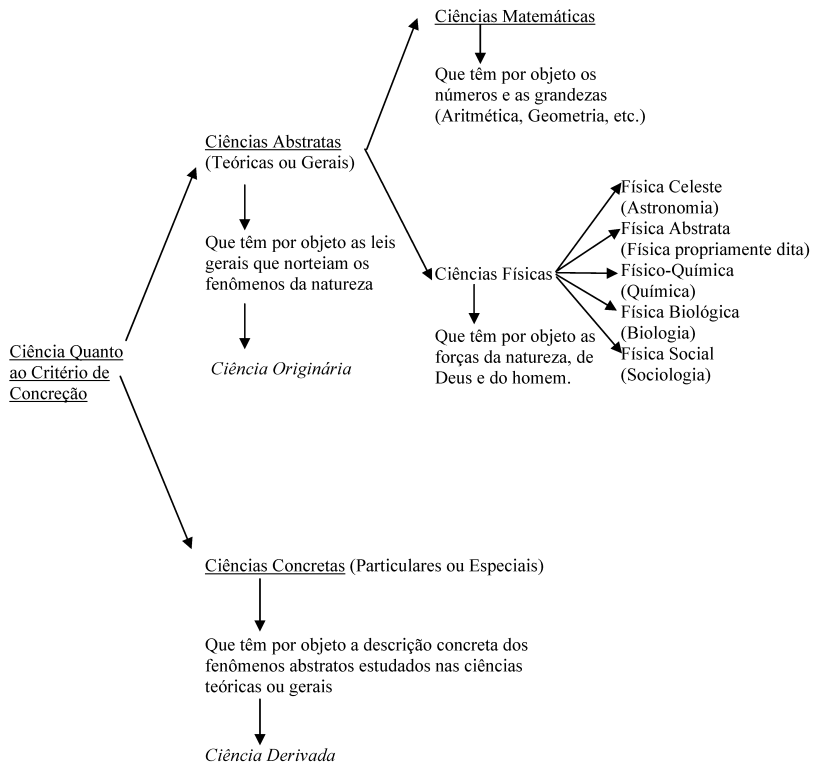
AUGUSTO COMTE, (*Cour de Philosophie Positive*, Paris, 1949), por exemplo, optou por classificar as ciências em *abstratas* (teóricas ou gerais) e *concretas* (particulares ou especiais).

No primeiro grupo comtiano, como bem salienta MARIA HELENA DINIZ (ob. cit., p. 23), estariam as ciências que estudam as leis gerais que norteiam os fenômenos da natureza, sendo-lhes aplicável os critérios da *dependência dogmática* (que consiste em agrupar as ciências, de modo que cada uma delas se baseie na antecedente, preparando a conseqüente), da *sucessão histórica* (que indica a ordem cronológica de formação das ciências, partindo das mais antigas às mais recentes) e de *generalidade decrescente e complexidade crescente* (que procede partindo da mais geral para a menos geral e da menos complexa para a mais complexa), compreendendo, neste particular, a *matemática* (ciência dos números e da grandeza, a mais simples e universal, posto que só se refere às relações de quantidade, embora seja a mais geral porque se estende a todos os fenômenos), a *astronomia* (física celeste ou mecânica universal, ciência que estuda as massas materiais que existem no universo), a *física* (ciência que se ocupa dos fenômenos físicos, ou seja das forças da natureza), a *química* (físico-química, ciência que tem por objeto a constituição dos corpos particulares), a *biologia* (física-biológica, ciência que estuda os corpos complexos que se apresentam com vida) e a *sociologia* (físico social, ciência das relações sociais que se dedica a acompanhar a vida social do homem).

No segundo grupo desta classificação, por seu turno, encontrariam-se as *ciências derivadas* em que a tônica seria a descrição concreta dos fenômenos abstratos estudados nas ciências teóricas

ou gerais. Desta feita, a *botânica* e a *zoologia* seriam ciências concretas derivadas da *biologia*, ao passo que o *Direito* seria uma ciência concreta derivada da *sociologia*.

**Diagrama 2:**  
**Classificação das Ciências Segundo Augusto Comte**



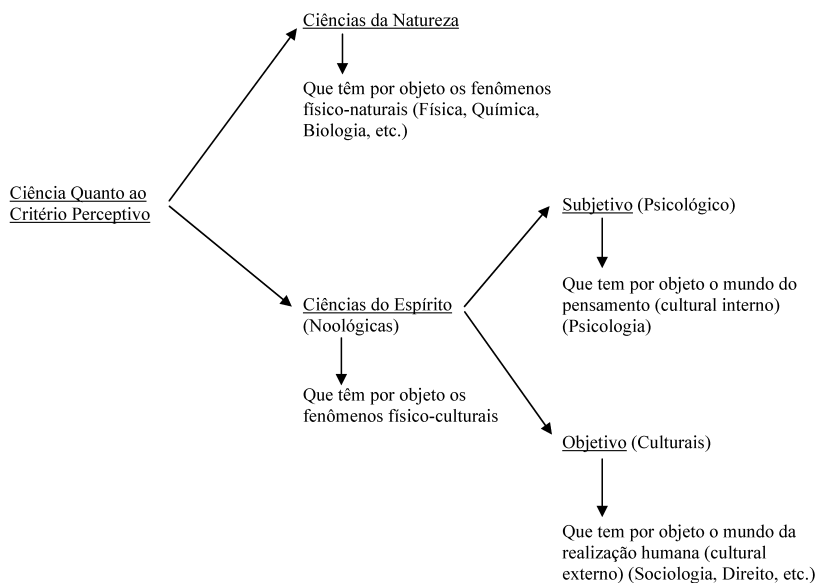
WILHEM DILTHEY (Introduction a l'Étude des Sciences Humaines, Paris, 1942), inspirado, como bem lembra MARIA HELENA DINIZ (ob. cit., p. 24), na classificação de ciência de AMPÈRE, optou, por sua vez, em distinguir *ciências da natureza* (que se ocupam dos fenômenos físico-naturais, empregando o método da explicação fática) e *ciências do espírito* (ciências noológicas ou culturais na

nomenclatura de RICKERT), estas subdivididas em *ciências do espírito subjetivo* (*psicológicos*, que têm por objeto o mundo pensamento) e em *ciências do espírito objetivo* (*culturais*, que descrevem e analisam a realidade histórica e social como produto das ações humanas).

Nesse contexto classificatório, encontraríamos na primeira divisão a *física*, a *química*, a *biologia*, etc., ao passo que, na segunda divisão, a *psicologia* (espírito subjetivo) e a *sociologia* e o *direito* (espírito objetivo), entre outras.

### Diagrama 3:

#### Classificação das Ciências Segundo Wilhem Dilthey (e Ampère)



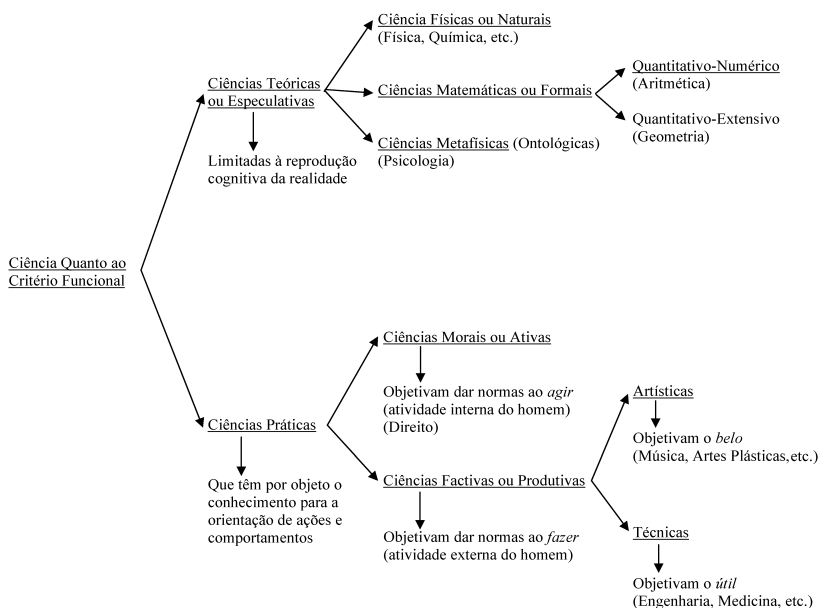
ARISTÓTELES, baseando-se no critério ficcional, por seu turno, preferiu dividir as ciências em *teórica ou especulativa* (limitadas à reprodução cognitiva da realidade), e *práticas* (que tem por objeto o conhecimento para a orientação de ações e comportamentos).

Dentre as *ciências teóricas*, distinguiu-se, conforme o grau de abstração inerente a cada uma delas, as *ciências físicas ou naturais* (incluindo a percepção da natureza originária (realidade natural) e da natureza transformada pelo homem (realidade cultural)), as *ciências matemáticas ou formais* (atinentes ao mundo quantitativo numérico (aritmética) e extensivo (geometria)) e as *ciências metafísicas (ontológicas)*, relativas ao ser enquanto ser, ocupando-se com noções de causa e efeito).

Já no grupo das *ciências práticas*, existiriam as *ciências morais ou ativas* que objetivam dar normas ao *agir*, procurando dirigir a *atividade interna* e pessoal do homem, buscando atingir o *bem comum* — onde estaria inserido o *Direito* —, e as *ciências factivas e produtivas* (que visam dar normas ao *fazer*, procurando dirigir a *atividade externa* e pessoal do homem, buscando atingir o *belo* (ciências artísticas) ou o *útil* (ciências técnicas)).

#### Diagrama 4:

#### Classificação das Ciências Segundo Aristóteles



De qualquer sorte,—e independentemente de outras considerações —, vale frisar que, sob uma certa ótica, todas essas diferentes classificações também atendem, a exemplo da doutrina mais contemporânea a propósito do tema, a uma concepção *binária*, ainda que, de modo inevitável, restrita, por sua vez, a uma percepção menos desenvolvida (avançada) do fenômeno epistemológico em seu sentido amplo.

## 1.2. Normas da Natureza (Juízo de Realidade) e Normas da Cultura (Juízo de Valor)

A moderna *concepção classificatória binária*, todavia, não pode ser plena e satisfatoriamente entendida, em sua *inteireza*, sem a necessária compreensão da origem última da própria *dicotomia intrínseca* que existe na distinção básica e fundamental entre as *ciências naturais e sociais* (culturais), na qualidade de incontestes *circunstâncias originárias* que se operam como verdadeiras *explicações lógico-distintivas*.

Essas inerentes características circunstanciais aludem, sobretudo, às diferentes *percepções normativas* que se deduzem a partir da observação dos mais diversos fenômenos naturais e sociais (culturais), o que torna, por via de conseqüência, o seu estudo indiscutivelmente fundamental para a perfeita compreensão do *Direito* como ciência social (cultural).

Desta feita, o primeiro passo, sob esta ótica analítica, é procurar estabelecer claramente a indubitável diferença entre as *regras derivadas da simples observação da natureza*, — que retratam a realidade perceptível do mundo como ele se apresenta (mundo do ser) —, produzindo os chamados “*juízos de realidade*”, das *regras derivadas da percepção intelectual e criativa do homem*, — que, ao contrário, traduzem a *percepção axiológica* do ser social e criativo —, produzindo os denominados “*juízos de valor*”.

(Conforme já mencionamos, a partir da observação de fatos da natureza, o homem descreve interpretativamente determinadas normas que retratam, através de uma *percepção objetiva*, a explicação lógica relativa aos fenômenos naturais, concebendo os chamados “*juízos de realidade*”. Neste particular, é cediço deduzir que os cor-

pos providos de massa “caem” (na verdade se dirigem ao centro do planeta), em função de uma *construção normativa*, cuja *síntese conclusiva* aponta para a explicação teórica da lei da gravitação universal (cujo corolário mais conhecido denomina-se lei da gravidade), da mesma maneira que os gases, quando submetidos ao calor, se dilatam, através de leis concebidas pelo homem por intermédio de uma *valoração objetiva* da realidade fática inerente ao denominado *mundo do ser*, em que a participação humana, embora tenha inegável carácter de *percepção valorativa*, é sempre dirigida objetivamente a explicação dos fenômenos inerentes ao mundo como ele de fato se apresenta, sem qualquer consideração subjetiva (juízo de valor propriamente considerado), posto que seu único objetivo é extrair juízos perceptivos de realidade, criando normas físicas com o intuito de sedimentar (e desenvolver) os conhecimentos adquiridos.

A partir da observação dos fatos sociais, em virtual oposição, todavia, o homem descreve interpretativamente, determinadas normas que refletem, através de uma *percepção subjetiva*, não a explicação lógica inerente ao *mundo natural*, mas, ao contrário, a *valoração efetiva* derivada da *realidade cultural* em que se encontra inserido, produzindo *normas de cultura* (e não *normas da natureza*) derivadas de um *juízo de valor* (valoração subjetiva).

Neste especial, o homem, de forma diversa do *juízo de realidade* (onde também existe uma valoração perceptível, ainda que de carácter objetivo), não mais deseja construir normatizações inerentes ao mundo como ele é (mundo do ser), mas, ao contrário, procura traduzir valores próprios (subjetivos) que projetem *alterações circunstanciais* capazes de interferir com a realidade, concebendo um autêntico *mundo derivado* que corresponde aos vários objetivos pelos quais o homem analisa a realidade fática buscando, através dos vários *juízos de valor*, analisá-la e modificá-la.)

As *normas da natureza*, inerentes ao *juízo de realidade* (valoração factual perceptiva da carácter objetivo), como se pode facilmente deduzir, são estudados pelas chamadas *ciências naturais*, por intermédio de suas duas vertentes: *macrocosmos* (relativa aos aspectos factuais da realidade observável externa aos seres vivos) e *microcosmos* (relativa aos aspectos factuais da realidade observável interna aos seres vivos).

Já as *normas da cultura*, inerentes ao *juízo de valor* (valoração perceptível de carácter subjetivo), ao contrário, correspondem

às denominadas *ciências sociais* (culturais) que se subdividem, por seu turno, em *ciências não-hermenêuticas* (em que os juízos de valor são procedidos sobre fatos sociais observados, reunindo, pois, normas derivadas de simples *percepção axiológica e reflexiva* dos fenômenos ocorridos no mundo cultural, tais como as normas sociológicas, históricas, econômicas, etc.) e em *ciências hermenêuticas* (em que os juízos de valor se adicionam a uma projeção de obrigatoriedade de comportamento na busca da preservação de valores e que, por esta razão, são necessariamente reinterpretadas hermeneuticamente).

Vale registrar, por oportuno, que outros autores também têm ensaiado outras classificações a respeito do tema, ainda que, de um modo geral, aludam, como não poderia deixar de ser, as inexoráveis diferenças entre as *normas da natureza* (derivadas do *juízo de realidade* e inerentes ao *mundo do ser*) e as *normas de cultura* (derivadas do *juízo de valor* e inerentes ao *mundo do dever-ser*). Nesse particular, resta, como ilustração, expressamente aludir à classificação de HERMES DE LIMA (Introdução à Ciência do Direito, 27.<sup>a</sup> ed., Freitas Bastos, RJ, 1983), que procurou estabelecer uma classificação, segundo a conduta humana, em *normas técnicas* (derivadas do *juízo de realidade* e inerentes ao *mundo do ser*) e em *normas éticas* (derivadas do *juízo de valor* e inerentes ao *mundo do dever-ser*).

## 2. Classificação da Ciência do Direito

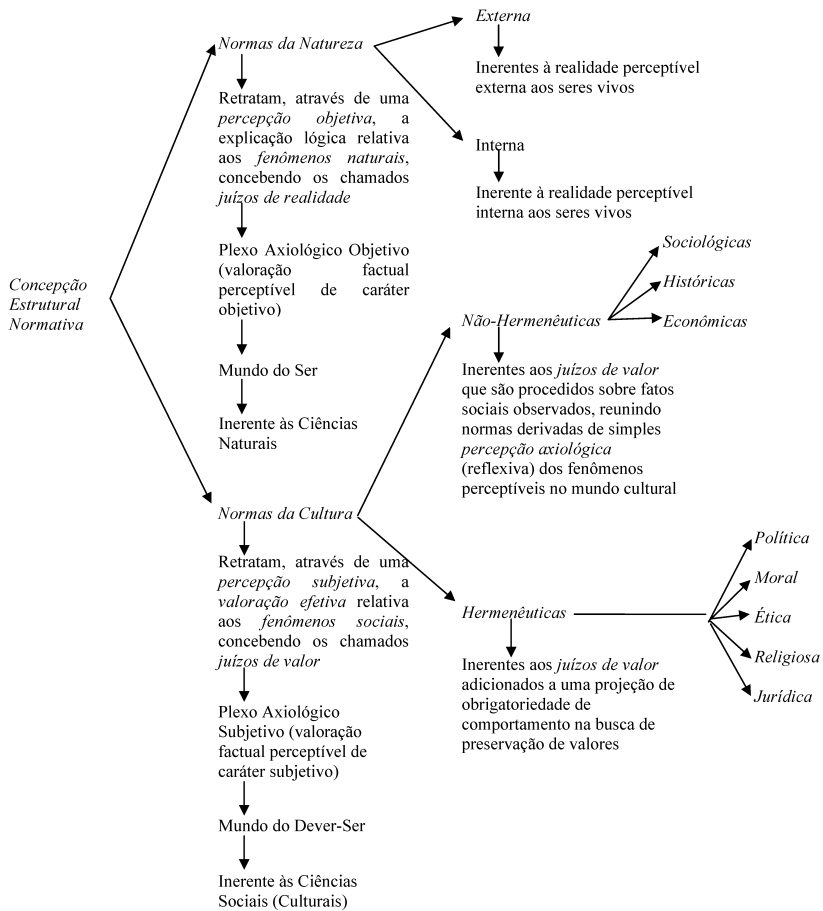
Como o objeto precípua de nosso trabalho restringe-se ao estudo do Direito, mister que, a partir de um amplo quadro ilustrativo (já perfeitamente delineado), nos limitemos à *classificação do Direito*, objetivando, desta feita, extrair os importantes ensinamentos derivados desta percepção.

Neste diapasão, resta fundamental assinalar que, num espectro analítico mais adequado, a *Ciência do Direito* tem sido corretamente classificada como efetiva *ciência social*, de nítida feição *hermenêutica*, considerando, especialmente, não só possuir foco de observação em fenômenos sociais e culturais, mas, sobretudo, por desenvolver um sistema peculiar de *interpretação de fatos sociais*



**Diagrama 5:**

**Concepção Estrutural Normativa: Normas da Natureza (Juízo de Realidade) e Normas da Cultura (Juízo de Valor)**



e culturais que não se limita, de nenhuma maneira, à simples *valoração intrínseca* dos mesmos, concebendo *norma* (fase legislativa), mas, ao contrário, permite ultrapassar a concepção fundamental interpretativa, *reprocessando a conclusão* (ou, em outras palavras, a própria norma) e concebendo, desta feita, uma *segunda*

*norma* (de aplicação) no contexto de um sinérgico processo hermenêutico (fase judicial).

(A verdade é que o *Direito*, como ciência, possui, numa aproximação para fins didáticos, dois diferentes *momentos interpretativos*. O primeiro — comum a todas as *ciências* e que se processa através da tríade *fato/valor/norma* — caracteriza um *processo tipicamente legislativo* de criação da própria *norma abstrata*. O segundo — peculiar à chamada *ciência jurídica* — desenvolve um *processo genuinamente judicial* de aplicação efetiva da *norma abstrata* por meio da caracterização (através de um complexo hermenêutico de mecanismos de interpretação da norma jurídica) da *norma concreta* (ou efetiva).)

Todavia, não obstante a inerente complexidade do assim concebido *processo hermenêutico*, o *Direito*, sob o prisma classificatório, não pode se restringir (e de fato não se restringe) à simples designação de *ciência social hermenêutica*, posto que a denominada *ciência jurídica* também se caracteriza, de forma diversa das demais ciências, por ser uma ciência particular de *projeção comportamental* (ou, como preferem alguns autores, ciência de projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser)) e por ser uma ciência inexoravelmente *axiológica* (valorativa).

(Sob a ótica *axiológica*, em particular, cumpre esclarecer que o *Direito* se exterioriza, no âmbito científico, através de um específico e complexo processo de *valoração factual* que inclui *parcelas intrínsecas* (notadamente a *segurança* das relações sócio-político-jurídicas e a busca da *justiça* (ou da decisão justa)), cuja ponderação se concretiza, de maneira diferenciada, por intermédio dos diversos *ramos científicos do Direito*. Assim, o *Direito Processual*, que, incontestavelmente, se constitui em uma inexorável unidade (como sempre defenderam os unitaristas (ou monistas), como HANS KELSEN), passou a ser dividido em *Direito Processual Penal* — no qual, no eventual confronto entre os valores axiológicos da justiça e da segurança, prepondera o *valor da justiça* (razão pela qual inexiste, por exemplo, prazo decadencial para o ajuizamento da competente ação autônoma de impugnação (revisão criminal) contra sentença condenatória transitada em julgado) — e em *Direito Processual Não-Penal* (Direito Processual Patrimonial ou Civil *lato sensu*) — no qual, no mesmo confronto, prepondera o *valor da segurança* (razão pela qual há, no âmbito do *processo civil*, em situação aná-

loga, prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da competente ação autônoma de impugnação (ação rescisória) contra sentença transitada em julgado na esfera cível.)

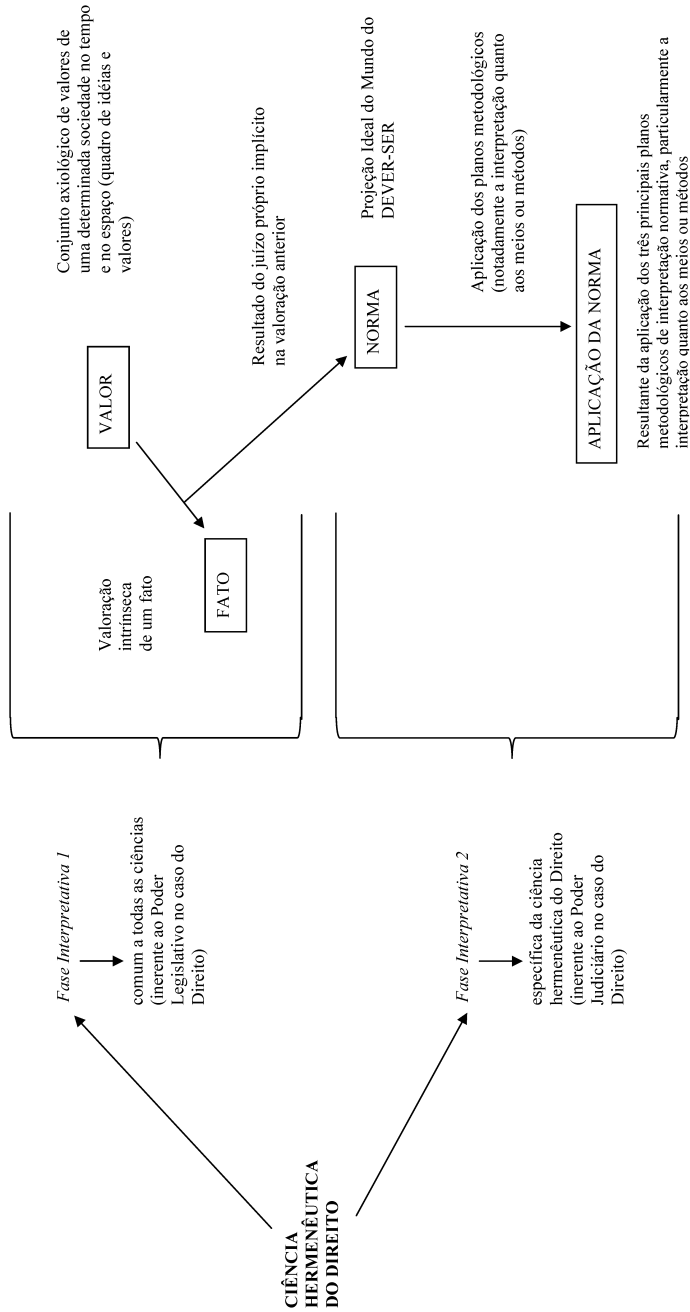
## 2.1. Axiologia Jurídica e Projeção Comportamental do Direito

Inegavelmente, as características *axiológicas* e de *projeção comportamental* (meta do dever-ser) do *Direito*, muito mais do que a própria *vertente hermenêutica*, foram responsáveis, por muitos anos (e mesmo séculos), pela grande dúvida no tocante ao específico posicionamento enciclopédico do *Direito*. Havia no passado remoto razoáveis dúvidas (e algumas com sobrevida mesmo no passado recente) a respeito dessas características particulares da *Ciência Jurídica*, notadamente no que alude à sua específica operacionalidade prática, forjando, em conseqüência, uma forte incompreensão quanto à efetiva possibilidade de se ter, no espectro classificatório, uma autêntica *ciência social* de projeção de um *mundo ideal*, a partir de premissas valorativas (de cunho nitidamente axiológico), inerentes a um quadro de *idéias* (com forte feição ideológica), presentes e decompostas no *mundo real*.

Entretanto, o que aparenta ter sido *dúvida* primaz no passado parece ter se transformado em incontestes *certeza* no presente, permitindo que o *Direito* — a par de toda a sorte de inegáveis especificidades — se posicione, com invejável segurança, na atualidade contemporânea, em um tipo particular de *ciência*, com características especiais (*hermenêutica*, *comportamental* (projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser)) e *axiológica*), mas nem por isso distante do *factum* característico fundamental de todas as *ciências*, ou seja, a busca permanente e contínua pela verdade, através da interpretação de fatos (naturais ou sociais), por intermédio da necessária e insuperável *valoração* intrínseca de um dado *fenômeno*, originando uma *norma* ou *tese* (explicativa e/ou comportamental).

(Informações complementares e detalhes a respeito do tema podem ser pesquisados em nossa obra *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, ps. 1-38).

**Diagrama 6:**  
**Caracterização da Ciência Hermenêutica do Direito**



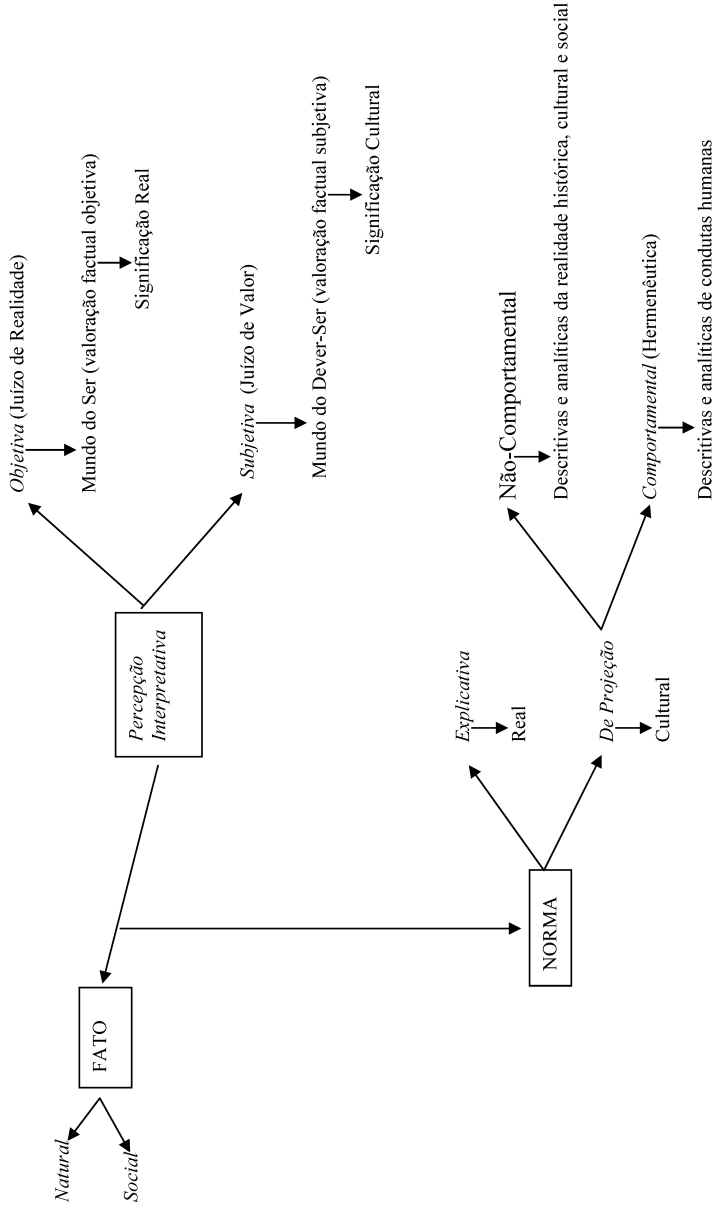
### 3. Tridimensionalidade do Direito

Não obstante toda a sorte de considerações que permitem uma verdadeira multiplicidade de pontos de vista a respeito do *Direito como ciência*, — particularmente o próprio *conceito de ciência*, que de sua matriz original e restritiva (“ciência é um complexo de *enunciados verdadeiros*, rigorosamente *fundados* e *demonstrados*, com um sentido limitado, dirigido a um determinado objeto”) evoluiu para uma concepção contemporânea mais ampla e consentânea (“ciência é a busca da *verdade* (explicativa de uma realidade inerente ao mundo do ser ou projetativa de uma percepção cultural inerente ao mundo do dever-ser)—, é fato que, em seu caráter estrutural, a denominada *Ciência Jurídica* apresenta-se através de uma nítida *feição tridimensional*, transcendente, em todos os casos, às diversas concepções epistemológico-jurídicas relativas à cientificidade do conhecimento jurídico.

Desta feita, — independente da particular concepção doutrinária de MIGUEL REALE —, o *Direito*, como qualquer ciência, constitui-se, em último grau, em uma *resultante final* da *percepção interpretativa* (de *índole subjetiva*, inerente ao seu correspondente *juízo de valor*, relativo ao denominado *mundo do dever-ser*, dotado de *significação cultural*) de um dado *fato social*, traduzindo necessariamente uma *concepção normativa* (cultural) de *projeção comportamental* e de natureza *hermenêutica*.

Por efeito conseqüente, a caracterização do *Direito*, como incontestada realidade científica, em sua vertente tridimensional, apenas reflete, em linhas gerais, o caráter comum da equação que sempre se constrói por intermédio da *percepção interpretativa* de um *fato* (*valorização factual*) concebendo uma *norma resultante*; sendo certo, sob este prisma, que as diferentes ciências e suas respectivas classificações se operam a partir, sobretudo, das duas diferentes possibilidades de *percepções interpretativas* de um dado *fato* produzindo *normas finalísticas*: de caráter *objetivo* (*juízo de realidade* inerente ao *mundo do ser* sobre *fatos naturais*, traduzindo *normas (reais) explicativas*) ou de caráter *subjetivo* (*juízo de valor* inerente ao *mundo do dever-ser* sobre *fatos sociais*, traduzindo *normas (culturais) de projeção comportamental* (hermenêutica) ou não-comportamental).

**Diagrama 7:**  
**Estrutura Tridimensional das Ciências**



### 3.1. Estrutura Tridimensional do Direito

O *tridimensionalismo*, essencialmente, constitui-se, portanto, em uma *característica estrutural* inerente a todas as ciências, — e não, como podem supor os menos avisados, a uma *particularidade* da *Ciência do Direito*—, ainda que sejamos obrigados a reconhecer que a denominada *visão tridimensional de MIGUEL REALE*, neste aspecto, transcenda à concepção básica da tríade Fato-Valor-Norma, comum a toda construção científica, para também abranger aspectos associados, próprios e específicos, da Ciência Jurídica, tais como aqueles integrantes da interação do *fato* com a *validade social* (sociologismo jurídico), do *valor* com a *validade ética* (moralismo jurídico) e da *norma* com a *validade técnico-jurídica* (normativismo abstrato), além de *elementos de domínio* que traduzem uma *tridimensionalidade concreta ou específica: fato/eficácia* (aspecto do *ser*), *valor/fundamento* (aspecto do *poder-ser*) e *norma/vigência* (aspecto do *dever-ser*).

## 4. Caracterização Particular da Ciência do Direito

De todo e exposto, resta concluir,—não obstante algumas acepções conceituais simplificadas (que entendem, por exemplo, a *ciência* “como um conjunto organizado de conhecimentos relativos a um determinado objeto, especialmente os obtidos mediante a observação e a experiência dos fatos e um método próprio”) —, que toda a *ciência* resume-se, em última análise, a um processo de *percepção valorativa objetiva* (inerente ao mundo real) ou *subjetiva* (inerente ao mundo cultural) de um dado *fato natural* ou *social*, produzindo, em consequência, uma *norma explicativa* (descritiva da realidade física) ou de *projeção não-comportamental* (descritivas e analíticas da realidade histórica, cultural e social) e *comportamental* (descritivas e analíticas de condutas humanas).

Nesse aspecto, é cediço concluir que toda a *ciência* é, em síntese, *interpretativa* em uma tradução abrangente, tendo em vista

que o escopo de atuação científica se processa exatamente através da interpretação de fenômenos naturais ou sociais (culturais).

Desta feita, a chamada *valoração* intrínseca de um dado *fato* (natural ou social), criando uma tese ou *norma*, nada mais é do que o resultado último de uma *interpretação* em sentido amplo.

Por efeito, quando se afirma que uma determinada *ciência* é classificada como *não-hermenêutica* isto não significa dizer que inexistente, *in casu*, interpretação, mas apenas que não se processa, na hipótese, um mecanismo de “*sobreinterpretação*” (ou dupla interpretação), caracterizador do denominado *processo hermenêutico*.

Nesse diapasão analítico, é lícito afirmar que a denominada *ciência hermenêutica* — de que o *Direito* é o melhor exemplo — se caracteriza, sobretudo, pela efetiva existência de um autêntico *processo complexo de interpretação*. Por efeito, vale dizer que inicialmente há, como em todas as demais ciências, a *valoração* intrínseca de um *fato* criando uma dada *norma* ou tese (*fase legislativa*); todavia, de forma diversa das demais espécies científicas, a *norma* produzida pelo sistema interpretativo básico não pode ser, de imediato, aplicada, sendo necessária uma espécie de “*sobreinterpretação*” (ou seja, a *norma* concebida originariamente é *reinterpretada* através de um novo e diferente processo) para se chegar, finalmente, à interpretação final e definitiva, no contexto específico de uma “*verdade relativa*”, por intermédio de uma *fase judiciária*.

A este fenômeno particular e próprio do *Direito* é que convencionalmente a doutrina costuma denominar de *interpretação normativa* ou *hermenêutica jurídica* e que, em face de sua inerente complexidade, será estudado em capítulo estanque.

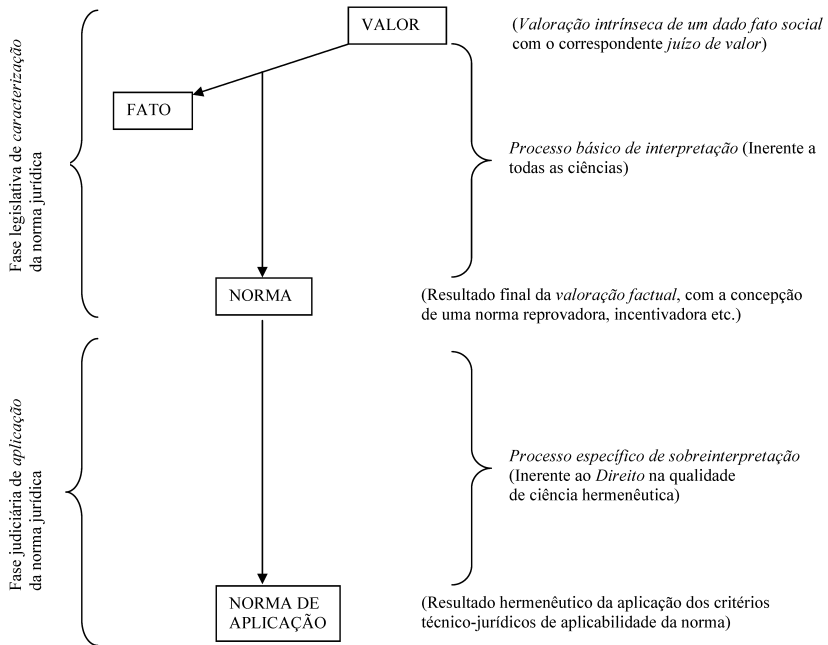
#### 4.1. Ciência Axiológica

Da mesma forma que o *Direito* se caracteriza, sob o prisma hermenêutico, como uma *ciência de “duplo processo interpretativo”* (ou “*sobreinterpretação*”), igualmente se processa como uma *ciência de valoração factual ampliada*, ou mesmo de “*sobrevaloração*”.



### Diagrama 8:

#### Processo Interpretativo Concernente à Ciência do Direito



Isto significa, em linguagem objetiva, que, no âmbito da *Ciência do Direito*, o processo de *valorização* intrínseca de um *fato*, concebendo uma dada *norma*, não se restringe a um *espectro valorativo* (de cunho científico) nitidamente *objetivo* (ou exclusivamente interpretativo), mas, ao contrário, necessita da imposição de *valores sociais* (derivados da *ética*, da *moral* etc. e que, necessariamente, são mutáveis no *tempo* e no *espaço*) e de *valores intrínsecos* (tais como *segurança*, *justiça*, *ordem* etc.)

Como os *valores axiológicos do Direito* podem, inclusive (em dadas circunstâncias), ser antagônicos (*segurança versus justiça*, por exemplo), incumbe ao *processo valorativo* (de feição axiológica) particular do *Direito* a busca permanente de uma solução conciliadora, representada, em última análise, pela caracterização

dicotômica dos diferentes *ramos científicos do Direito* (direito penal, civil, tributário etc.) que *ponderam*, de maneira propositadamente desigual, os diferentes valores intrínsecos a cada dada situação efetiva.

(Não é por outra razão que, após duas horas acaloradas de debates, o Superior Tribunal de Justiça tomou uma decisão inédita no Brasil.

*Negou o cancelamento do registro de paternidade*, mesmo após um exame de DNA comprovar que um pediatra de Goiás não era o pai biológico de uma criança. A razão: a sentença já havia transitado em julgado.

O STJ optou por manter a sentença para preservar a “*segurança jurídica*” no campo do Direito Civil.

A ação foi julgada em primeira instância em 1993 e a decisão, à base de provas testemunhais, foi pelo reconhecimento da paternidade. Em segunda instância, manteve-se a decisão. E, em grau de recurso, chegou o caso ao STJ, que não julgou a ação por se tratar de matéria de prova (é conveniente lembrar que o STJ só tem competência para julgar matéria de direito).

Só depois de vencidos os prazos legais em que podia recorrer, o pediatra entrou com uma ação de *negação de paternidade*, exigindo o exame de DNA e pedindo o cancelamento do registro civil.

O exame provou que não era ele o pai. Mas aos olhos da lei era tarde demais. Prevaleceram no STJ os argumentos de que a *matéria julgada deveria ser preservada*, sob pena de abrir um precedente que determinaria a possibilidade de reavaliação constante de ações já julgadas, fazendo, desta feita, pois, prevalecer o princípio de *segurança jurídica* sobre o valor da *justiça*, como valor axiológico básico inerente ao Direito, considerando, sobretudo, a natureza não-penal do Direito Processual vertente à hipótese.)

## 5. Especificidades da Ciência Jurídica

A percepção do *Direito* como inexorável *ramo científico*, todavia, não é, por si só, suficiente para a plena compreensão do *fenômeno jurídico* à luz das necessidades de superação das múltiplas questões que se apresentam.

Muito pelo contrário, resta fundamental que o estudioso da matéria seja capaz de entender, de forma amplamente satisfatória, as três *características basilares do Direito como ciência: projeção comportamental, axiologia e hermenêutica*.

A primeira — *projeção comportamental* — alude ao fato de que a preocupação vital do *Direito* resume-se, acima de tudo, em *moldar comportamentos* individuais e grupais, a partir de um quadro de idéias e valores (mutáveis no tempo e no espaço), idealizado pelo conjunto da sociedade, representada pelos seus legisladores.

(Não é por outra razão que as *normas incriminadoras* (típicas da parte especial do Código Penal), por exemplo, *não podem ser aplicadas retroativamente*, posto que a *preocupação fundamental do Direito não é punir* e sim evitar que a conduta reprovável (e em algum momento já realizada) se repita, *projetando*, desta feita, o *comportamento* idealizado pelo conjunto da sociedade (contrário à prática da conduta considerada).

Em sentido oposto, as chamadas *normas permissivas* têm emprego retroativo exatamente pelo fato de que a *projeção de comportamentos*, intrínseca ao *Direito*, encontra fundamento na *valoração factual* (valoração político-ideológica do conjunto da sociedade (através de seus representantes) sobre o fato social, concebendo a norma comportamental (norma jurídica) que, por natureza, é sempre mutável no tempo (e no espaço) e, por esta razão, deve acompanhar os desígnios sociais mais atualizados.)

Assim é que o *Direito* está, de modo constante e permanente, a *orientar as condutas humanas em sociedade*, a partir de suas *normas jurídicas* que são *produzidas pelo conjunto da sociedade* (ainda que através de seus representantes eleitos para tanto) e *aplicadas* (interpretadas) por um *corpo técnico de julgadores*, quando da eventualidade da existência do *conflito* (derivado da não-compreensão dos exatos termos da norma e/ou do efetivo e intencional descumprimento da mesma).

A segunda — a *axiologia* — corresponde à incontestável existência de uma infinidade de *valores intrínsecos ao Direito*, donde se destacam, preponderantemente, os valores da *justiça* e da *segurança*.

Como ambos os valores são igualmente importantes, tratou o *Direito* (originalmente, uma incontestável realidade unitária) de se

*ramificar*, permitindo o estabelecimento *a priori* de eventuais possibilidades de prevalência de um valor sobre o outro, quando preexiste a hipótese de *conflito valorativo*.

Desta maneira, prevalece, em última instância, a *verdade real* (em nome do *valor da justiça*) nas questões instrumentalizadas pelo *Direito Processual Penal*, ao passo que prepondera, em última análise, a *verdade ficta, formal ou presumida* (em nome do *valor da segurança*) nas questões (sobretudo patrimoniais) instrumentalizadas pelo *Direito Processual Civil*.

(Ainda assim, deve ser esclarecido que os *valores vertentes do Direito* (fundamentalmente, a *justiça* e a *segurança*) não são necessariamente divergentes. Muito pelo contrário, trata-se de *valores* harmônicos e convergentes que, apenas em dadas situações concretas, tornam-se divergentes, obrigando o *Direito*, como *realidade axiológica*, a resolver o eventual *conflito valorativo*. Assim é que, em essência, o *Direito Processual Civil*, em relação ao *Direito Processual Penal*, busca igualmente a *verdade real*; apenas, não a encontrando, sua disciplina autoriza o julgador a sentenciar com base na *verdade presumida*. Aliás, a maior prova da convergência axiológica dos valores intrínsecos ao direito pode ser deduzida partindo-se de uma premissa segundo a qual cada *grau jurisdicional* subsequente (posterior) aperfeiçoa o anterior, forjando a concepção hipotética de que, para se ter um *decisão absolutamente justa*, seriam necessário *n* graus, quando *n* tende ao infinito (•). Ora, como a existência humana é inexoravelmente finita, tal *concepção* – abstrata e hipoteticamente *justa* – seria, na prática, absolutamente *injusta*, posto que todos os jurisdicionados (e demais interessados) deixariam de existir antes da prolação final da sentença. A restrição do número de graus de jurisdição – uma incontestável imposição do *fator segurança* –, por efeito, coaduna, neste contexto, perfeitamente com os ditames mais sublimes do *valor da justiça*, demonstrando claramente o relativo *equilíbrio axiológico do Direito*.)

A terceira — *hermenêutica* — indica, sobremaneira, a existente *interação funcional* entre a apriorística *parcela legislativa do Direito* e a subsequente *parcela judiciária*, responsável última pela *interpretação* (e *aplicação*, nos eventuais conflitos) das *normas jurídicas* produzidas pelos representantes do *povo* (na qualidade de titular do Poder Político).

(A idéia central *in casu* corresponde, em termos aproximados, à noção da separação funcional do exercício do Poder Político e, em parte, ao festejado mecanismo de freios e contrapesos, considerando que, na hipótese, a parcela responsável pela criação e edição das leis (Poder Legislativo) não pode interpretar e aplicar as mesmas, ao passo que a parcela responsável pela interpretação e aplicação das leis (Poder Judiciário, em última análise) não pode fazê-lo, exceto com base na norma legitimamente produzida pelo legislador. Não é por outro motivo que, não obstante seja pacífico o entendimento de que o julgador deve sempre buscar a decisão justa, o mesmo jamais pode obter o resultado almejado senão com base na lei (ou nas leis), legítima e constitucionalmente produzidas pelo legislador.

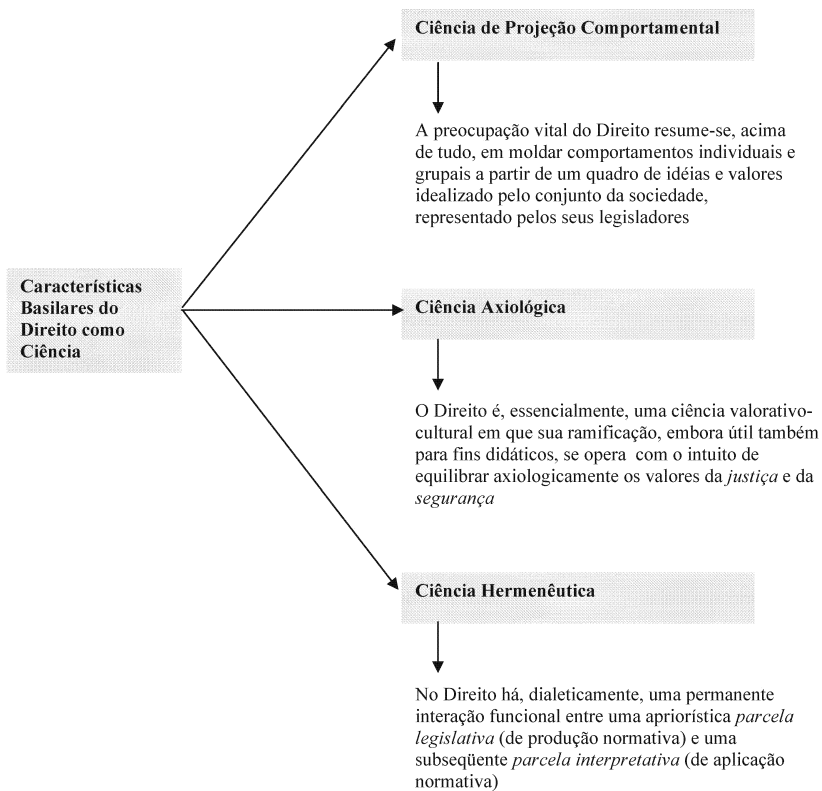
Também, a propósito do tema, vale consignar que não é só o julgador que aplica e interpreta a norma jurídica. Muito pelo contrário, todos os operadores do Direito (advogados, membros do Ministério Público, juízes etc.) e até mesmo os cidadãos são potenciais aplicadores e intérpretes (o primeiro grupo, de forma técnica, e o segundo, de modo leigo), sendo certo que, no eventual conflito, no entanto, a última palavra (no que tange à interpretação e à aplicação das normas jurídicas) será sempre do Judiciário (e, conseqüentemente, de seus membros.)

Muito embora o conhecimento dessas três *características basilares do Direito como ciência* seja absolutamente fundamental para o entendimento e a compreensão última do fenômeno jurídico, é exatamente esta última característica (a *hermenêutica jurídica*)— e sua indispensável e plena compreensão — o fator primordial para o completo êxito deste objetivo, posto que tal característica atinge o âmago da *concepção estrutural do Direito*.

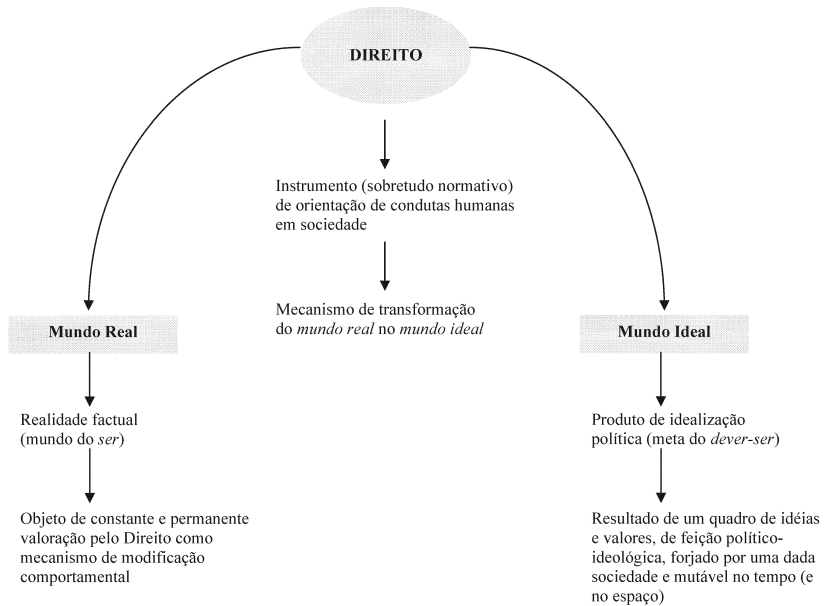
Aliás, neste particular, cumpre assinalar, de modo veemente, que o *objeto específico* (em seu sentido mais restritivo) *do conteúdo dos cursos jurídicos* cinge-se, preponderantemente (se não exclusivamente) à *interpretação* (e *aplicação*) da *norma jurídica*, produzida pelo legislador, e não propriamente à *caracterização originária* da *lei* (em seu sentido amplo) ou do próprio *Direito*, devendo, neste aspecto, serem afastadas, com sinérgica repulsa, quaisquer teses (ou posições) excêntricas (e altamente controverti-

das), como a do propalado *Direito Alternativo* ou *Direito Insurgente*.

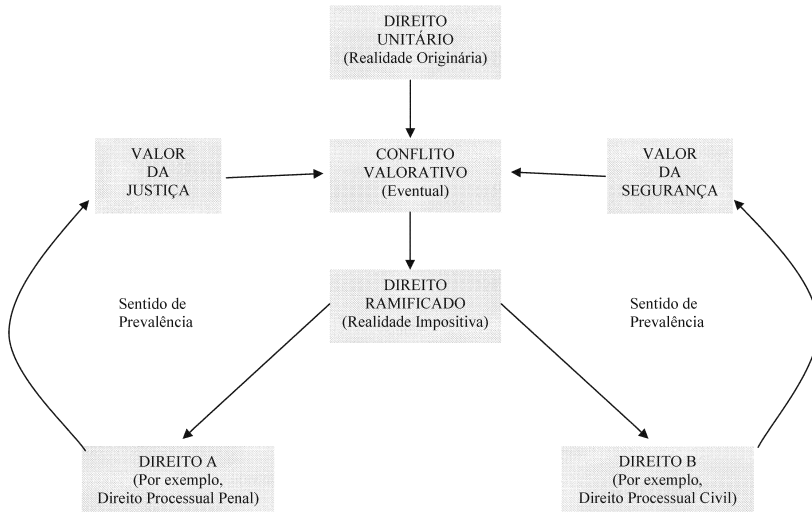
**Diagrama 9:**  
**Características Basilares do Direito como Ciência**



**Diagrama 10:**  
**Direito como Ciência de Projeção Comportamental**

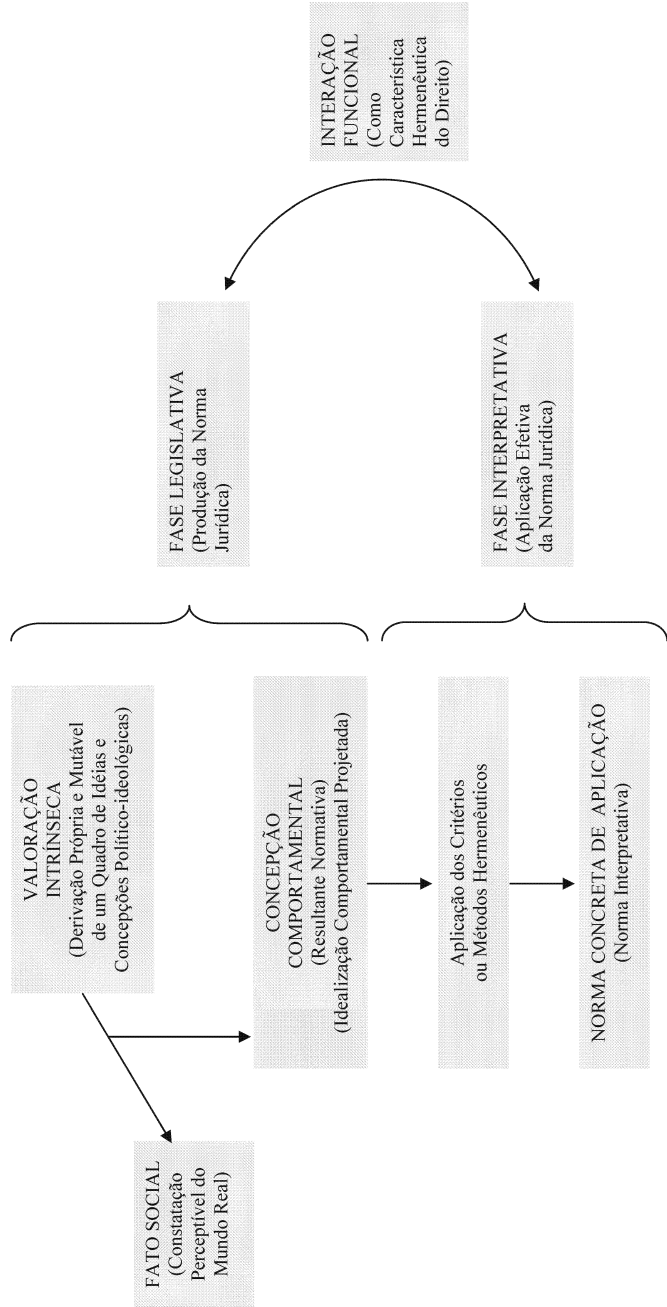


**Diagrama 11:**  
**Direito como Ciência Axiológica**





**Diagrama 12:  
Direito como Ciência Hermenêutica**



## ARRESTO DE NAVIOS \*

Bastonário Mário Raposo

*SUMÁRIO:*

*I. Regime internacional. 1. Caracterização do arresto. 2. E a sua aplicação. 3. Arresto duplo. 4. Créditos Marítimos. 5. Arresto de navios. Mas de que navios? 6. O arresto de navios “aparentados” e as “single-ships companies”. 7. O arresto de navio fretado. 8. O art. 9 da Convenção e os “statutory rights”. 9. Ainda os “statutory rights of action”. 10. O “mistério” do art. 9, 2, da Conv. 52. II. Mareva Injunction. 11.1. O “alter ego” do arresto de navios... 11.2. Que tem provado bem. III. Lei Interna. 12. Quando e como se aplica. IV. Poderá o arresto de navio ser decretado por um tribunal arbitral? 13. Arbitrabilidade das medidas cautelares. 14. O arresto arbitral. 15. A Convenção de 52 e a solução arbitral.*

### **I. Regime internacional**

#### **1. Caracterização do arresto**

*I.1.* Diz o art. 1, 2, da Convenção de Bruxelas de 1952 que o arresto de navios “significa a imobilização de um navio, mediante autorização de autoridade judiciária competente, em garantia de um crédito marítimo, mas não compreende a apreensão de um navio baseada em título executível”. A frase final do preceito, que está mais expressivamente formulada na versão (autên-

---

(\*) Comunicação apresentada nas 2.<sup>as</sup> Jornadas de Direito Marítimo (Faculdade de Direito de Lisboa) em 11.11.2010.

tica) francesa (“... mais ne comprend pas la saisie d’un navire pour l’exécution d’un titre”), pretende excluir do conceito o que se poderá chamar de arresto *executivo*, ou seja, o que tenha a finalidade imediata de concretizar uma execução.

Refere-se usualmente que o arresto de navios é um *meio de pressão* sobre o devedor de um crédito marítimo <sup>(1)</sup>. Realmente, a mera imobilização tem custos elevados: manutenção, encargos com a tripulação, suspensão dos lucros de exploração, etc. <sup>(2)</sup>. Cabe às autoridades portuárias (em sentido amplo) <sup>(3)</sup> o dever de recusar a saída do navio. Isto embora possam promover a deslocação do navio arrestado dentro do porto, a fim de facilitar que, neste, a movimentação de outros navios se processe com maior facilidade.

Tratar-se-á de uma “detenção física”, de “una suerte de *res-tricción material* o *immobilización material*, incompatible, por tanto, con una simples anotación registral” <sup>(4)</sup>.

1.2. Exactamente por ser uma medida extremamente gravosa para o requerido, é de entender que o requerente do arresto possa ser obrigado a prestar caução.

---

<sup>(1)</sup> “La plupart du temps, la saisie conservatoire n’est utilisée par les créances de l’armateur que comme un simple moyen de pression pour le forcer à payer, et non pas pour garantir, pour anticipation, l’efficacité d’une exécution qui aurait lieu sur le navire lui-même, situation qui n’est, dans ce domaine, que l’éventualité la moins probable” (Jean-Pierre Rémy, *La saisie des navires dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, em *Rapport annuel de la Cour de Cassation*, 1995, p. 181).

<sup>(2)</sup> O arresto não implica que a manutenção do navio, *lato sensu*, passe a estar a cargo do credor requerente do arresto. E o dever de custódia mantém-se no requerido (*Cour de Cassation*, 3.3.1998, *Il Diritto Marittimo* — doravante D.M., 1999, p. 1328, com breve anotação concordante de Francesco Berlingieri).

<sup>(3)</sup> Cfr., designadamente, a Lei 35/86, de 4 de Setembro, referente aos Tribunais Marítimos e a extensa Exposição de Motivos n.º 17/IV, que lhe deu origem. Cfr. também o Dec.-Lei 370/2007, de 6 de Novembro.

<sup>(4)</sup> Ignacio Arroyo, *La incorporación y aplicación de los convenios internacionales sobre embargo de buques*, em *Anuario de Derecho Marítimo* (doravante ADM), vol. XXIV, 2007, p. 183 s, *maxime* p. 187. Conclui Arroyo: “En rigor, se trata más de una inmovilización que de una medida restrictiva de la disponibilidad”. Anthony Antapassis fala de uma “*imobilização corporal*” do navio (sic) e não de uma “*imobilização jurídica*” (*La Convention de 1952 sur la saisie conservatoire des navires et sa mise en oeuvre en Grèce*, em *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, I, (D.M.), 2010, p. 60 s.).

Não alude a Conv. 52 explicitamente a esse tipo de caução. É, no entanto, de assentar em que, estando prevista na lei portuguesa <sup>(5)</sup>, é admissível, por via do disposto no art. 6 da Convenção.

Deverá a caução assegurar o pagamento da indemnização em que o requerente poderá vir a ser condenado em caso de *wrongful arrest* <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Art. 620 do Cód. Civil (“o requerente do arresto é obrigado a prestar caução, se esta lhe for exigida pelo tribunal”). A prestação de caução não é, pois, *ex-lege* obrigatória, dependendo do critério do Juiz. Assim também art. 390, 2 e art. 392, 2, ambos do Cód. Proc. Civil. Ao invés o Juiz está adstrito a exigí-la, nos termos da lei espanhola 2/1967, de 8 de Abril. Usualmente, a caução será efectuada por garantia bancária. Um caso de “macroscópica desproporção” entre o valor do crédito e o do navio a arrestar é referido na decisão da *Corte d’Appello* de Cagliari de 8.7.2009 (D.M., 2010, p. 117). Entendeu o Tribunal ocorrer assim a violação do devedor de “lealtà e de probità” previsto no art. 88 do Cód. Proc. Civil italiano. A lei grega (art. 164 Cód. Proc. Civil) exige mesmo que “la personne tierce, physique ou morale, fournissant la garantie personnelle soit une banque” (Antapassis, *est. cit.*, p. 78). Como é evidente, poderá a caução ser prestada por depósito em numerário. Só que raramente tal acontece (Yves Tassel, em *Droits Maritimes*, tomo I, livro IV, ed. *Juris Service*, 1995, p. 276). Na Conv. 99 está expressamente prevista a *possibilidade* de o tribunal impor ao requerente do arresto a obrigação de prestar uma caução (art. 6, 1).

<sup>(6)</sup> São, pois, as leis nacionais (cit. art. 6 da Conv. 52) a regular “todas as questões relativas à responsabilidade do autor”. No sistema inglês “gross negligence or malice must be proved to establish wrongful arrest”. Há que fazer, pois, a prova de negligência grave ou dolo (Christopher Hill, *Maritime Law*, 5.<sup>a</sup> ed., LLP, 1998, p. 120). Fala-se em França em *arresto abusivo* (Martine Remond-Gouilloud, *Droit Maritime*, 2.<sup>a</sup> ed., Pedone, 1993, p. 189). A *Cour de Cassation*, em 19.3.1996, considerara igualmente *abusivo* o arresto requerido sobre bens desproporcionadamente mais valiosos que o valor do crédito (cit. por Cécile Navarre-Laroche, *La saisie conservatoire des navires...*, ed. *Moreux*, 2001, p. 222). Sobre os termos e amplitude da garantia bancária V. Lebre de Freitas, *A apreensão liminar como antecipação do arresto do navio*, em “Nos 20 anos do Cód. Soc. Com.”, *Coimbra Editora*, 2007, p. 1095 s., *maxime* p. 1102 e Ac. da Relação de Lisboa de 3.8.2005, aí citado. Dispõe o art. 621 do Cód. Civil port. que o requerente do arresto é responsável se não tiver agido “com a prudência normal”. Não se exige, pois, dolo ou culpa grave, mas a mera negligência (cfr. sobre esta excepção á regra geral da litigância de má fé — art. 456 do Cód. Proc. Civil — Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, lições de 1967-68, p. 91, em nota e, no mesmo sentido, Rita Barbosa da Cruz, *O Arresto*, em *O Direito*, 2000, p. 107 s., *maxime* p. 140). O critério legal português estará, pois, na linha do assumido em Espanha e na Alemanha. Sobre o critério do legislador do Cód. Civil port., em confronto com aquele em que assenta o *abuso do direito*. Cfr., numa perspectiva geral, Menezes Cordeiro, *Eficácia externa dos créditos e abuso do direito*, em *O Direito*, 2009, p. 29 s., *maxime* p. 66. Noutra plano, este da actuação *jurisprudencial*, será de recordar o caso, constante de uma sentença do Tribunal Marítimo de Lisboa (10.5.2000), em que o arresto foi decretado com base num anúncio publicitário de uma agência marítima no qual erradamente se atribuía a propriedade de um navio a um armador que com ele ou com o crédito marítimo nada tinha. Sergio La China intitula ironicamente o seu comentário (D.M., 2001, p. 1186): *Sequestro imprudente e responsabilità per danni: non fidarsi troppo di sole notizie giornalistiche!*

1.3. Quanto ao polo oposto, para que o requerido possa pôr termo ao arresto terá, ele próprio, que prestar caução (art. 5 Conv. 52). Na falta de acordo das partes “sobre a importância da caução ou garantia” caberá ao tribunal “fixar a sua natureza e montante” (*id.*).

No entanto, se o arresto tiver sido decretado com base nos créditos marítimos previstos nas alíneas *o*) e *p*) do art. 1,1 da Conv. 52 (relacionados com a propriedade, compropriedade ou posse contestadas do navio e sua exploração) *o levantamento do arresto não poderá ser autorizado*. O regime aplicável será então o do art. 7,2 da Conv. 52 (<sup>7</sup>).

1.4. Realmente, se o *forum arresti* não for o competente para julgar do fundo da causa — o que em alguns casos acontecerá (<sup>8</sup>) — o tribunal que decretou o arresto deve fixar o prazo dentro do qual a acção deverá ser proposta no tribunal competente (art. 7,2). E o mesmo poderá acontecer na hipótese do art. 7,3. Se a acção não for proposta no prazo fixado pelo juiz do arresto o arrestado pode pedir o levantamento do arresto ou da caução prestada (art. 7,4) (<sup>9</sup>).

1.5. Contas feitas, poderá concluir-se, face às regras do art. 7 da Conv. 52, que o arresto não pode ser caracterizado como um *meio de pressão* mas como uma fase (a de garantia) de um *iter* processual que culminará numa sentença de mérito e na sua possível concretização?

É evidente que o arresto tem as duas valências sendo um falso problema ignorar qualquer delas.

---

(<sup>7</sup>) Se o tribunal que decretou o arresto não tiver competência para se pronunciar sobre a causa principal, a caução a prestar, para obter o levantamento do arresto, deverá garantir o cumprimento da decisão condenatória (na versão autêntica inglesa: “judgement”) que venha a ser ulteriormente proferida pelo tribunal competente para conhecer do mérito da causa. Entretanto, o tribunal do arresto fixará o prazo dentro do qual o requerido do arresto deverá propor a acção no tribunal competente.

(<sup>8</sup>) Cfr. *infra* nota (72).

(<sup>9</sup>) Diz o art. 7,3: “Se as convenções das partes contêm cláusula atributiva de competência a outra jurisdição ou cláusula arbitral, o tribunal *poderá* fixar o prazo de propositura da acção principal”. Ao invés do que se passa no n.º 2 desse art. 7 o Juiz não estará adstrito a fixar um prazo para a propositura da acção. Apenas o *poderá* fazer.

Que funciona como *garantia* de um crédito marítimo é dito pela própria Conv. (art. 1,2).

Que constitui um efficacíssimo *meio de pressão* mostra-o a mais captável realidade e lembram-no todos os autores.

Como sintetiza Marta Zabaleta Díaz <sup>(10)</sup>:

“A maior desgraça que pode acontecer a um armador ou afretador é a de o navio que explora comercialmente ser arrestado e, por conseguinte, imobilizado. A falta de mobilidade do navio impede aquele que o explora de obter lucros. Não obstante, porém, continua a suportar os mesmos encargos e despesas que suportaria se ele estivesse a navegar. Dizia já um velho aforismo popular que “barco parado não ganha frete”.

Enfim, “la suite probable de la saisie conservatoire sera la demande de mainlevée. Le saisissant doit craindre aussi la caducité de la saisie” <sup>(11)</sup>.

Entretanto, e como é óbvio, qualquer procedimento cautelar tem uma função *instrumental*. Assim, o arresto (qualquer tipo de arresto) “constitui um importante meio de defesa de direitos de natureza creditícia, atentas as potencialidades que revela no tocante à conservação da garantia patrimonial do credor” <sup>(12)</sup>. É uma instrumentalidade bifronte: de um lado como *meio de pressão*, de outro como *garantia* do crédito que a determina, e da sua tutela jurisdicional <sup>(13)</sup>.

*I.6.* Dispõe, entretanto, o art. 5 Conv. 52 que na hipótese de não poder ser levantado (definitivamente) o arresto mediante prestação de caução ( i.e., como dissemos, se os créditos marítimos em

---

<sup>(10)</sup> *Notas sobre la competencia jurisdiccional en el embargo preventivo de buques*, em ADM, vol. XXI (2004), p. 213.

<sup>(11)</sup> Yves Tassel, *ob. cit.*, p. 274.

<sup>(12)</sup> Abrantes Geraldés, *Temas da reforma do processo civil*, ed. Almedina, IV, 2.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 168. Esta característica é especificamente assinalada por Belén Mora Capitán, *El embargo preventivo de buques*, ed. J.B. Bosch, 2000, p. 122.

<sup>(13)</sup> A “funcionalidade” do arresto como *meio de pressão* concretizar-se-á na medida em que, para obviar à imobilização do navio, paralisante da sua actividade, o requerido tenderá a promover o seu levantamento.

que ele se fundou forem os previstos no art. 1,1, alíneas *o*) e *p*) da Conv. 52) *poderá* o Juiz “autorizar a exploração do navio pelo possuidor, desde que este preste garantias bastantes, ou regular a gestão do navio durante a pendência do arresto”.

Tratar-se-á então, em termos de realidade, de autorizar o possuidor do navio *a efectuar uma ou mais viagens determinadas*, durante prazos pre-fixados.

## 2. E a sua aplicação

2.1. Nos termos do art. 8,1, da Conv. 52 as disposições desta são aplicáveis em qualquer dos Estados contratantes “a todo o navio que arvore a bandeira de um Estado contratante”.

Entendeu o Supremo Tribunal da Irlanda, em 24.11.1994 (D.M., 1996, p. 256) que deste preceito advem implicitamente a não aplicabilidade da Convenção a um navio que arvore a bandeira de um Estado não contratante. Esta regra apenas comportaria uma excepção: a possibilidade de arrestar um navio com bandeira de um Estado não contratante, nos termos do art. 8, 2. E, segundo o S.T. irlandês, aproveitar-se-ia apenas da *Convenção* a listagem contida no art. 1,1.

Discorda Francesco Berlingieri deste critério, por considerar que *todas* as disposições da Conv. 52, são aplicáveis a navios com bandeira de Estados não contratantes. E comenta que limitar a aplicabilidade a esses navios do art. 1,1, por ser o único preceito referido no art. 8, 2, “non avrebbe alcun senso”<sup>(14)</sup>.

O que este art. 8, 2 diz é que um navio com bandeira de Estado não contratante pode ser arrestado com base num crédito

---

<sup>(14)</sup> A anotação de Berlingieri (*Sull'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1952 in tema di sequestro conservativo di navi di Stati non contraenti*) não foi, no entanto, adoptada sem discordância. Designadamente o Tribunal de Trieste em 14.8.2008 (D.M. 2009, p. 1247) considerou que o art. 7 não é aplicável a navios de bandeira de um Estado não contratante. Esta era a solução já assumida pela *Corte di Cassazione* em 25.5.1993 (D.M. 1994, p. 157), com anotação discordante de Francesco Berlingieri, que também dissentiu da decisão do Tribunal de Trieste. Berlingieri explicita com mais detalhe a sua posição em *Arrest of Ships*, 4ª ed., *Informa*, 2006, p. 306 s.

marítimo constante do art. 1,1, ou com base num crédito que autorize o arresto segundo a lei deste Estado.

2.2. Pierre Bonassies apoia decididamente a aplicabilidade da Convenção aos navios de bandeira de Estado contratante, apenas com a dualidade constante do art. 8,3. Esta posição foi, aliás, a adoptada pela *Cour de Cassation* em 30.10.2000 (D.M.F., 2000, p. 1012). Bonassies afasta, assim, a leitura que limita a aplicação da Conv. 52 aos créditos marítimos que poderão dar causa a um arresto (art. 1,1), ficando todo o processamento deste regulado pelas leis do Estado da bandeira, “et notamment la détermination des navires saisissables”<sup>(15)</sup>.

É evidente que a *recusa* prevista no art. 8, 3, não pode ser feita caso a caso. Terá que o ser com carácter genérico pelo órgão competente de cada Estado<sup>(16)</sup>.

2.3. Diz o art. 8,4 que “nenhuma disposição da presente Convenção modificará ou afectará a lei interna dos Estados contratantes no respeitante ao arresto de um navio na jurisdição do Estado cuja bandeira ele arvora, por pessoa com residência habitual ou principal estabelecimento nesse Estado”.

Significa isto que o regime da Convenção não se aplica ao arresto em Portugal de um *navio* português por um residente português num tribunal português.

Ou seja, a Convenção apenas se aplicará quando um de três elementos — local do arresto, bandeira do navio a arrestar e requerente do arresto — for estrangeiro ao Estado onde tiver lugar o arresto<sup>(17)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> *La Cour de Cassation française et la Convention de 1952...*, en *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, p. 216 s.

<sup>(16)</sup> Dispõe este art. 8, 3, que qualquer Estado contratante pode *recusar* todas ou parte das vantagens da Convenção a qualquer Estado não contratante ou a qualquer pessoa que à data do arresto não tenha a sua residência habitual ou o seu principal estabelecimento neste Estado. Portugal não declarou atempadamente essa recusa.

<sup>(17)</sup> Antoine Vialard, *Droit Maritime*, ed. Puf, 1997, p. 315. Mário Raposo, *Estudos sobre o novo Direito Marítimo*, ed. Coimbra Editora, 1999, p. 168.



### 3. Arresto duplo

3.1. Consagra o art. 3,3 da Conv. 52 o princípio da proibição de um segundo arresto no mesmo navio, ou de outro pertencente ao mesmo proprietário, pelo mesmo crédito.

Explicita, entretanto:

“Nenhum navio poderá ser arrestado e nenhuma caução ou garantia poderá ser prestada, mais de uma vez, na jurisdição de um ou vários Estados contratantes, pelo mesmo crédito e a pedido do mesmo autor; e se um navio for arrestado numa das ditas jurisdições, e prestada caução ou garantia, quer para fazer levantar o arresto, quer para o evitar, qualquer arresto ulterior, desse navio ou de outro pertencente ao mesmo proprietário, efectuado a solicitação do autor e pelo mesmo crédito marítimo, será levantado ou liberado o navio pelo tribunal ou jurisdição competente do referido Estado, a não ser que o mesmo prove, em termos considerados bastantes pelo tribunal ou autoridade judiciária competente, que a garantia ou caução foi definitivamente extinta antes da realização do arresto subsequente ou que não existe qualquer razão válida para a manter”.

A ideia essencial a reter de tão alastrada e só arduamente entendível norma é a de, como regra, não ser admitido o *re-arresto*. Relata Francesco Berlingieri, invocando, como frequentemente acontece, os trabalhos preparatórios da Convenção <sup>(18)</sup> que

“a provision to the effect that a ship may not be arrested more than once in respect of the same claimant already existed in the draft prepared by the CMI International Sub-Committee in 1951. In its comments on the draft the French association suggested that an exception could perhaps be made to that rule, in cases where the claimant could not obtain sufficient security after the first arrest. The British association was of the view that as a rule double arrest should be prohibited, but agreed with the French association that there may be situations where a

---

<sup>(18)</sup> Metodologia que, não obstante a muito especial autoridade do Mestre italiano, participante qualificado que foi da formação de muitas Convenções internacionais (designadamente da que agora está em causa e da que, com grande dificuldade de percurso, a visa substituir – ou seja, a de 1999) pode não se ajustar por inteiro à do art. 9 do nosso Cód. Civil. De qualquer modo os trabalhos preparatórios ajudam a reconstituir a vontade legislativa, embora não esgotando os demais critérios de interpretação.

second arrest may be justified and suggested a more elaborate wording of the provision”<sup>(19)</sup>.

3.2. É de concluir, pois, que um segundo arresto, ou re-arresto, será apenas de decretar quando o requerente prove que, por qualquer razão, o primeiro arresto já não é bastante como garantia eficaz do crédito reclamado. Em concreto o fundamento invocado será a insuficiência da caução. Entretanto, o re-arresto terá sempre um carácter *excepcional*.

3.3. A Convenção de Genebra de 1999, que se propõe, até agora com quase completo inêxito <sup>(20)</sup>, substituir a Convenção de Bruxelas de 1952 revela maior abertura em relação à possibilidade de obter um segundo arresto, quer sobre o mesmo navio, quer sobre outro que seja arrestável. Embora mais inteligível e praticável, o art. 5 da nova Convenção ainda é objecto de reparos da doutrina, até porque não prevê que o arresto recaia desde logo, simultaneamente, sobre dois navios <sup>(21)</sup>. Define, entretanto, claramente, as causas do re-arresto: (1) inadequação da garantia; (2) superveniente incapacidade do garante em assegurar o cumprimento desta; (3) cancelamento da garantia.

## 4. Créditos marítimos

4.1. Passa como moeda corrente que, nos termos da Conv. 52, bastará *alegar* a existência de um dos créditos constantes da lista *exhaustiva* (e de aplicação restritiva) do art. 1,1 para que um navio de mar possa ser arrestado. Não há que justificar o receio de perda da garantia patrimonial <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Cfr. *Arrest of Ships*, 3.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 141-142.

<sup>(20)</sup> Não ratificada por Portugal.

<sup>(21)</sup> Assim Belén Mora Capitán, ob. cit., p. 337. Cfr, no entanto, da mesma autora uma opinião mais favorável em *Unificación internacional del embargo preventivo de buques. Del Convenio (...de 1952) al Convenio (...) de 1999*, em ADM, vol. XXIV (2007), p. 91 s., *maxime* p. 100.

<sup>(22)</sup> Mário Raposo, *Arresto de navios*, em *Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, ed. Almedina, 2006, p. 89-107. No tocante ao *Direito interno português* este texto

O simplismo deste pressuposto, que não encontrou até agora dissonância consistente, mostra “à quel point la saisie conservatoire peut s’avérer être un formidable moyen de pression de la part des créanciers”, refere Cécile Navarre-Laroche <sup>(23)</sup>. E, por isso mesmo, lembrava já Rodière que “un pareil système ne peut être viable que par la menace de lourdes indemnités en cas d’abus du droit de saisir” <sup>(24)</sup>.

Não é necessário alegar (e muito menos provar) o requisito do *periculum in mora*, como desnecessária é a verificação de “une créance certaine, liquide et exigible” <sup>(25)</sup>.

4.2. Nunca surgiu controvérsia minimamente consistente sobre o que constitui o *primum movens* da Conv. 52: *basta a alegação do crédito marítimo*.

Entretanto, como quase sempre acontece, há opiniões dissonantes. Designadamente o Acórdão do S.T.J. de 21.5.1996 <sup>(26)</sup>, embora revogando o Acórdão da Relação de Lisboa que decidira ser necessária a prova do receio de perda da garantia patrimonial, considerou que para obter o arresto bastava fazer a *prova* do crédito marítimo. Ora, como aliás se mostra da Conv. 52, citada no Acórdão, não é necessário *provar* a existência do crédito sendo suficiente a simples *alegação*.

Como sintetizou Antonio Vialard <sup>(27)</sup>, a *alegação* de um crédito marítimo consiste no simples facto de se emitir uma pretensão nele fundada. Ou seja, de o invocar como fundamento do arresto.

É, entretanto, evidente que o crédito marítimo terá que ser um dos que consta da listagem do art. 1,1 da Conv. 52, o que é tarefa exegética nem sempre fácil.

alterou significativamente o publicado na ROA, 2003, p. 5-24 (*Problemas relacionados com o arresto de navios*).

<sup>(23)</sup> *ob.cit.*, p. 67.

<sup>(24)</sup> *Le navire*, ed. Dalloz, 1980, p. 231.

<sup>(25)</sup> Yves Tassel, *ob. cit.*, p. 270. Sobre a desnecessidade da prova do *periculum in mora* cfr. D.M. 2003, p. 1375; 2004, p. 1463; 2005, p. 200; 2007, p. 520 e 2008, pp. 979 e 1402.

<sup>(26)</sup> *Colectânea – S.T.J.*, ano IV, II, p. 85. O mesmo será de referir quanto ao Acórdão da Relação de Lisboa de 19.3.1998 (*Colectânea*, ano XXIII, II, p 96).

<sup>(27)</sup> Anotação a *Cour d’Appel* de Poitiers, 13.11.1985, D.M.F., 1987, p. 646.

Será essa, até certo ponto, a ideia de Léo Delwaide <sup>(28)</sup>, quando conclui que a alegação não deve referir-se a um crédito inverosímil (*invraisemblable*). O mesmo que é dizer de um crédito que não cabe, mesmo com esforço interpretativo, no elenco do art. 1,1, da Conv. 52.

A questão não é debatida *na doutrina* em Portugal, como não o é nos restantes países. Apenas na jurisprudência surgem dissonâncias, e mesmo essas raras <sup>(29)</sup>.

Na doutrina não serão encontráveis autores de relevo que, face à Conv. 52, sustentem que não bastará a *alegação* de um crédito marítimo para fundamentar o pedido de arresto. Isto pelo menos recentemente <sup>(30)</sup>.

4.3. Como é entendível, o que se acaba de esboçar tem apenas a ver com casos em que não há distinção entre o responsável do crédito marítimo e o proprietário do *offending ship*.

4.4. Uma das mais recorrentes críticas que se fazem à Conv. 52 tem a ver com o elenco de créditos marítimos contido no

<sup>(28)</sup> *Saisie conservatoire des navires de mer en Belgique*, em D.M.F., 1984, p. 249. Cfr. também do mesmo autor *Chronique de Droit Maritime belge*, III, 1983-1988, em D.M.F., 1990, *maxime* p. 123.

<sup>(29)</sup> Por ex., a *Cour d'Appel* de Poitiers, em 13.11.1985 exigiu a *prova* de que o crédito marítimo tem um carácter *sério e exacto*. Mas a *Cour de Cassation* veio rectificar o erro, em 26.5.1987 (D.M.F., 1987, p. 645). Outras divergências jurisprudenciais (repito, raras) estão assinaladas em Mário Raposo, *est. cit.* de 2006, p. 97-99. A *Cour d'Appel* de Rouen, em 15.2.1990, concluiu que “la saisie conservatoire du navire ne pouvait être ordonnée et maintenue qu’une présence d’une créance suffisamment certaine dont l’existence même ne sera pas sérieusement discutable” (D.M.F., 1992, p. 48). Em análogo sentido decidiu a *Cour de Cassation* em 15.10.1996 (BTL, 1996, p. 738: ...”un principe de créance certaine”).

<sup>(30)</sup> Uma significativa excepção é, no entanto, encontrável. Uma excepção com mais de meio século. Mas posta por um grande maritimista: Paul Chauveau. Para ele, o Juiz não se poderia confinar ao papel passivo de aceitar a *alegação*. Deveria verificar se a alegação tinha uma “*vraisemblance suffisante*”, se tinha fundamento (*Traité de Droit Maritime*, ed. *Librairies Techniques*, 1958, p. 164). Dir-se-á, no entanto, que a subsunção do que vem alegado numa das hipóteses enumeradas no art. 1,1, envolve sempre uma verificação conceitual e, por decorrência, um papel não meramente passivo do Juiz. Assim, v.g., um fornecimento de víveres integrará a previsão do art. 1,1, K), que fala em “fornecimento de produtos ou de material feitos a um navio para a sua exploração ou conservação”? Sobre essa intervenção *activa* do Juiz cfr. Mário Raposo, *est. cit.*, de 2006, p. 98, onde se apontam casos de subsunção de algumas hipóteses na listagem do art. 1,1.

art. 1,1 ou com a deficiente redacção de algumas das suas alíneas. E foi essa uma das mais fortes motivações da nova Convenção — a de 1999 (Genebra).

Era, designadamente, motivo de reparo não estarem os prémios de seguros incluídos na referida previsão. O mesmo acontecia com os créditos decorrentes de um contrato de agência marítima <sup>(31)</sup>.

4.5. Na Conv. 1999, depois de nos trabalhos preparatórios se ter figurado a hipótese de uma listagem *exemplificativa*, e não *exaustiva* como na Conv. 52, concluiu-se, a final, que seria de manter o sistema nesta consagrado, embora com as correcções e aditamentos que a realidade tinha vindo a demonstrar. Assim, entre outras inovações, foi incluído um novo crédito marítimo, decorrente da reparação dos danos causados (ou susceptíveis de causar) no meio ambiente e interesses conexos e do custo das medidas tomadas para os evitar (al. *d*).

Foram, finalmente, incluídos (al. *q*) os prémios de seguros.

Isto como mera amostragem. Entretanto, e de qualquer modo, é de evidenciar a gravidade da não inclusão na *actual* listagem de créditos, dos prémios de seguro e da reparação e da prevenção dos danos ambientais <sup>(32)</sup>.

4.6. É de referir que a jurisprudência, com a concordância da melhor doutrina, tem entendido que o arresto de navio é viável mesmo que somente parte do crédito invocado seja um crédito marítimo. Assim decidiu o Tribunal de Comércio de Marselha em 4.6.2003 <sup>(33)</sup>. E no mesmo sentido decidira já a *Cour de Cas-*

---

<sup>(31)</sup> Certo é que já em 20.5.1995 o Tribunal de Génova decidira que o contrato de agência se enquadra no art. 1,1 n) da Conv. 52 (D.M., 1995, pág. 768, com anotação concordante de Giorgio Berlingieri). No mesmo sentido Tribunal de Bari 19.7.2002 (D.M., 2004, p. 1424): “Ha natura di credito marittimo ai sensi dell’art. 1,1 n) della Convenzione (...) del 1952 (...) il credito nascente da un contratto di agenzia non rilevando che una parte pur considerevole del credito sia estraneo all’attività svolta dall’agente quale raccomandatario, essendo invece relativo all’indennità e di compensi di fine rapporto agenziale”.

<sup>(32)</sup> Tribunal de Nápoles 28.3.2006, em D.M., 2008, p. 979 e jurisprudência e doutrina aí referidas relativamente aos prémios de seguros, sempre no sentido negativo.

<sup>(33)</sup> D.M.F., 2004, p.47.

sation em 3.2.1998, com a anotação concordante de Pierre Bonasies<sup>(34)</sup>.

Na jurisprudência italiana a orientação tende a ser a mesma. Apontar-se-á como exemplo a sentença do Tribunal de Nápoles de 28.3.2006<sup>(35)</sup>, no caso de não ser destrinchável “la parte marittima da quella non marittima”.

## 5. Arresto de navios. Mas de que navios?

### 5.1. Não dá a Conv. 52 um conceito de navio.

Tem-se entendido, no entanto, que para esse efeito não releva a sua afectação ao comércio, à pesca, a recreio ou à investigação científica<sup>(36)</sup>.

Mas serão de considerar como navios *quaisquer* engenhos flutuantes?

É de admitir que a Conv. 52 incluirá na sua previsão “sailing ships or craft not self-propelled”<sup>(37)</sup>.

5.2. Existe uma irrecusável anfibologia no conceito. O critério da auto-propulsão tem na jurisprudência italiana uma grande preponderância. Por ex., Righetti, na sua última edição do *Codice della Navigazione*<sup>(38)</sup>, arrola numerosas decisões nesse sentido. O que excluiria as plataformas marítimas. Estas, no entanto, segundo a opinião ainda dominante, têm lugar no conceito de navio<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> D.M.F., 1998, p. 260.

<sup>(35)</sup> D.M., 2008, p. 979. Da detida anotação de Nicolò Medica parece concluir-se que terá sido esta a 1.ª vez que um tribunal italiano decidiu neste sentido em termos concludentes.

<sup>(36)</sup> Yves Tassel, ob. cit., p. 271.

<sup>(37)</sup> F. Berlingieri, *Arrest of ships*, 3.ª ed., p. 14. Cfr. também 4.ª ed., p. 301. Entretanto, e em sentido diverso, Rodière (ob. cit., p. 233) entendia que as plataformas móveis (“engins flottants”) não são navios. Mas dois anos antes pressupunha que aquilo que relevava para a caracterização como um navio era a circunstância de o engenho flutuante estar sujeito aos *riscos de mar* (*Faut-il reviser la définition classique du navire?*, em *Jurisclasseur Périodique*, 1978, 2880).

<sup>(38)</sup> 7.ª ed., *Giuffrè*, 2009, p. 137.

<sup>(39)</sup> Alfredo Antonini, *Corso di Diritto dei Trasporti*, 2.ª ed., 2008, *Giuffrè*, p. 59 refere ser muito discutível a qualificação das plataformas marítimas como navios.

O problema já se pôs em Portugal, na doutrina <sup>(40)</sup>.

5.3. E os *hóteis flutuantes* ? E as *dragas*? Para o Supremo Tribunal da Irlanda, em 22.1.1998 (D.M., 1998, p. 876) a draga é um navio, não só quando navegar, mas quando estiver fixa, no local da sua actividade, não sendo necessária a autopropulsão ou mesmo a existência de leme ou de outro mecanismo direccional. E no mesmo sentido veio a julgar o Supremo Tribunal dos Estados Unidos em 22.2.2005 (D.M., 2007, p. 1272). Mas o Tribunal de Marselha em 19.7.2006 foi de opinião diversa. (D.M., 2007, p. 1249) <sup>(41)</sup>.

5.4. Poderá um navio com graves avarias ou mesmo quase afundado ser considerado como tal para efeitos de arresto?

Berlingieri entende que sim:

“The physical conditions of the ship do no affect the application of the Convention. Therefore the Convention applies to ships which are not capable of sailing because they are stranded, sunken or damage beyond repair” <sup>(42)</sup>.

De parecer substancialmente diverso foi a *Corte di Cassazione* em 5.4.2005 (D.M., 2007, p. 1141). Para ela um navio com

---

<sup>(40)</sup> Mário Raposo, *Direito Marítimo...*, ROA, 1983, p. 347-395, *maxime* p. 390 e Acórdão do S.T.J. de 29.11.1977 (B.M.J., 271, p. 251) considerando uma grua, *para efeitos de abalroação*, como um navio. Naquele est. aceitei este critério (p.394). Para Antapas-sis (*est. cit.* p. 55) não são *navios* as “construções flutuantes” que, embora podendo deslocar-se, estão colocadas de maneira permanente no mesmo local, como é o caso das plataformas marítimas, dos entrepostos flutuantes de armazenamento de combustíveis líquidos ou gasosos ou de recepção de resíduos de petróleo, etc. Uma tal aceção é confirmada pelo facto da *Convenção* se referir na versão inglesa a *seagoing vessels* e na versão francesa a *navires de mer*, “c’est-à-dire de navires qui accomplissent leur destination *en se mouvant sur la mer*”.

<sup>(41)</sup> A questão foi analisada tendo em vista a Convenção de Londres de 1976 sobre limitação de responsabilidade por créditos marítimos (ainda não ratificada por Portugal). Da extensa anotação de Sergio La China é de inferir que o critério sustentado não estará confinado àquela Convenção. Para Lefebvre d’Ovidio — Pescatore — Tullio, *Manuale di Diritto della Navigazione* (9.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2000, p. 261) não são de considerar como *navios* os que, embora podendo navegar, estiverem afectados a uma instalação *fixa*, como um restaurante ou um hotel.

<sup>(42)</sup> *Arrest of Ships*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 15.

graves avarias não corresponde já aos requisitos que permitem o transporte <sup>(43)</sup>.

Para nós parece evidente que, para efeitos de arresto, o que releva é que o navio tenha possibilidade de *recuperação*, sendo restituível à sua condição de elemento válido e operante do património respondente. É mais uma questão de grau, não sendo um postulado a encarar acriticamente, como tese geral.

## 6. O arresto dos navios “aparentados” e as “single-ship companies”

6.1. Como regra, pode ser arrestado o navio ao qual o crédito se refere (“offending ship”) ou qualquer outro navio que na data da constituição do crédito marítimo fosse do proprietário daquele navio.

É o que dispõe o art. 3, 1 da Conv. 52.

6.2. Completando este quadro normativo dispõe o n.º 2 do art. 3 que “reputar-se-á terem o mesmo proprietário os navios cujas quotas-partes pertençam em propriedade à mesma ou mesmas pessoas”.

Pensou-se inicialmente que, desde que o *capital* de duas sociedades “single-ship” pertencesse inteiramente à mesma pessoa ou entidade, ficaria preenchida a previsão daquele n.º 2 do art. 3 <sup>(44)</sup>.

Entretanto, logo em 1994 Jean-Serge Rohart deu como certo que o preceito “vise les parts de propriété du *navire* e non les parts des *sociétés* propriétaires de navires” <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Na circunstância o navio fora abandonado pela tripulação.

<sup>(44)</sup> *Cour d'Appel de Aix-en-Provence*, 20.3.1992, D.M., 1993, p. 851.

<sup>(45)</sup> Em *La saisie des navires apparentés: suite et fin?*, em D.M.F., 1994, p. 339 s., *maxime* p. 353. Esta perspectiva viria a ser confirmada por Francesco Berlingieri: o n.º 2 do art. 3 “precisa quindi che le navi devono reputarsi essere dello stesso proprietario quando tutte le parti della proprietà (cioè, per il nostro diritto, i carati) appartengono alla stessa o alle stesse persone” (*Sister ships e navi “apparentés”*, D.M., 1998, p. 315 s., *maxime* 336). Mais recentemente Pierre Bonassies reitera estes pontos de vista dizendo que “la détention de la totalité du capital d'une société d'armement n'équivaut pas à l'ensemble des parts de copropriété d'un navire” (*La Cour de Cassation française et la Convention de 1952... cit.*, p. 221).



6.3. Só que a realidade é por vezes mais complexa do que a norma.

Tem-se desenvolvido uma estratégia de dispersão dos grandes patrimónios de mar, repartindo-os por “single-ship companies” (sociedades de um único navio). Por esta via cada *single-ship*, tendo património diverso da *empresa-mãe*, com ela não se poderia confundir. E sobre ela recairia a responsabilidade pelos danos pelos quais, sem essa “figuração”, responderia a “empresa-mãe”.

Preocupou-se a jurisprudência, sobretudo em França, em “desmontar” os conglomerados de “single-ship companies”, interligados por uma gestão comum (a nível superior), pelas mesmas instalações ou por sistemas de organização globais. A existência de uma “comunidade de interesses” deu causa ao que foi chamado de “teoria da aparência”.

Exemplo clássico desta foi o arresto do navio *Brave Mother* pertencente a uma sociedade formalmente diversa de uma outra, à qual pertencia o navio *Brave Thémis*. A *Cour d’Appel* de Rennes, em 21.6.1989<sup>(46)</sup> considerou que aos dois navios era aplicável o regime do art. 3 da Conv. 52.

No caso, a *aparência* de uma comunhão de interesses advinha:

- da semelhança do nome dos navios: *Brave Mother* e *Brave Thémis*; da circunstância de as sociedades terem administradores comuns, a maior parte deles pertencendo à família de Andreas Petrakis, ele mesmo presidente das duas sociedades;
- de ambas as sociedades terem a mesma sede e um mesmo código telefónico (*Mari-Petr*).

---

<sup>(46)</sup> D.M.F., 1989, p. 649. A *Cour de Cassation* em 12.2.1991 confirmou a decisão da *Cour d’Appel* de Rennes (D.M.F., 1991, p. 315). E, em remate, deu como certo que a mera verificação de que existia uma comunidade de interesses entre as duas sociedades justificava o arresto de um navio pertencente a uma delas pelo credor marítimo da outra. Outras decisões adoptaram o mesmo critério. Assim, como ex., a *Cour d’Appel* de Rouen em 26.3.1992. Neste caso foi decidido que a “comunidade de interesses” revelava-se pela unidade de interesses e de gestão (D.M.F., 1992, p. 574). Esta *Cour d’Appel* entenderia em 26.1.1995 que a “comunidade de interesses” era revelada não apenas pelo nome dos navios mas pela exploração continuada das mesmas linhas e pelo conjunto de actividades empresariais de navegação (D.M.F., 1996, p. 49).

Mas a evidente fragilidade da “teoria da aparência” e da verificação da “comunidade de interesses” que lhe era subjacente levou a *Cour de Cassation* a alterar o critério sobre o entendimento até então dado ao art. 3, 2 da Conv. 52.

A razão decisiva considerada desde então foi a de a sociedade criada com o propósito de subtrair a *empresa-mãe* a responsabilidade que de outro modo lhe seria exigível ser considerada uma sociedade *fictícia*, “une société de façade” (47).

6.4. Em *Espanha* as decisões são por vezes contraditórias. Assim, a *Audiência Provincial de Barcelona* considerou, em 27.11.2001, que a circunstância de dois navios, registados em nome de diferentes proprietários, terem a mesma gestão, era insuficiente para justificar o arresto de um deles para garantir a dívida ao outro respeitante. Entretanto, o mesmo tribunal em 16.5.2002 julgou em sentido diametralmente oposto.

6.5. Em *Inglaterra* os tribunais “have invested himself with the discretionary power to investigate *beneficial ownership*” que esteja encoberto pelo *registered ownership* (48). Importa “look behind the registered owner to determine the true beneficial ownership” Se o *beneficial owner* não for o *legal ownership* a “single-ship company” terá dimanado de um expediente juridicamente consurável (49).

---

(47) De qualquer modo, vistas bem as coisas, as duas soluções jurisprudenciais tinham uma finalidade análoga: a de impedir que através de uma solução enganatória uma sociedade se subtraia à responsabilização a que, sem isso, estaria sujeita. Mesmo por aplicação de chamada teoria da “comunidade de interesses” o que estava em causa era romper o véu (“piercing the veil”) que encobria uma sociedade fictícia. Disto é exemplo a decisão da *Cour de Cassation* de 21.1.1997 (D.M., 1998, p. 470). Criando tantas sociedades quantos os navios que explora o armador fracciona a responsabilidade que sem isso sobre ele recairia (Isabelle Corbier, *La notion juridique d’armateur*, ed. Puf., 1999, p. 115).

(48) Christopher Hill, em *Arrest of Ships 1* (ob. col.), LLP, 1985, p. 15-16, e *Maritime Law* cit. (1998), p. 107.

(49) Nos Estados-Unidos o *corporate veil* deve ser perfurado se resultar de *fraud* ou de *wrongdoing* (F. Berlingieri, *Sister ships...* cit, p. 330, em nota, referindo-se ao Estado de Nova Iorque).

## 7. O arresto de navio fretado

7.1. Se o devedor do crédito marítimo for o proprietário do navio que se pretende arrestar poderão surgir questões de concepção da Conv. 52 mas poucos e não dificilmente enfrentáveis serão os problemas de exegese.

Mais complexo será o entendimento a dar à Conv. 52 quando o navio que se pretende arrestar seja objecto de arresto não pertencer ao devedor do crédito marítimo.

Estará aí o *punctum dolens* do sistema da Conv. 52, Carlo Lobietti, ainda em 2007, para ele reclamava uma solução “cirúrgica”<sup>(50)</sup>, obviamente difícil ou mesmo impossível de levar a cabo no tocante à Conv. 52. O “remédio” poderia estar na relutantemente acolhida Conv. 99, mas não é esperável, como dissemos, que ela em breve prazo possa vir a suceder em pleno à Conv. 52.

7.2. Em 1978 escrevia Francesco Berlingieri:

“In base alla nuova normativa uniforme il sequestro della nave in relazione alla quale è sorto il credito è sempre consentito per *tutti* i credito marittimi (anche se non assistiti da privilegio speciale) quando il credito è sorto in relazione all’esercizio di tale nave”<sup>(51)</sup>.

Aconteceu, entretanto, que em 1999, comentando a decisão do Tribunal de Veneza de 5.6.1998, que entendeu que o art. 3,4 deve ser interpretado à luz do art. 9 e que portanto “non può essere consentito il sequestro conservativo di una nave a garanzia di credito *nei confronti del noleggiatore a tempo* non assistito da privilegio”, Berlingieri alterou as suas posições anteriores, fixando-se na actual<sup>(52)</sup>.

<sup>(50)</sup> D.M., 2007, p. 228. Já na anotação à decisão do Tribunal de Ravenna de 23.3.2000 (D.M., 2002, p. 1372) fora referido que o art. 3,4 Conv. 52 era objecto “di interpretazioni contrastanti”.

<sup>(51)</sup> *Ratifica delle Convenzioni di Bruxelles del 1952 in tema di urto e di sequestro conservativo di navi*, (D.M., 1978, p. 154). Referia-se Berlingieri ao arresto de navio por dívida contraída pelo afretador não-proprietário (Giorgio Righetti, *Trattato di Diritto Marittimo*, IV, Giuffrè, 1999, p. 459, em nota). Aliás, Righetti esclarece que “l’arresto di una nave per debito marittimo contratto da un soggetto non proprietario senza che il credito sia assistito da privilegio speciale è stato accettato nel 1952 (...)” (*id.*, p. 458).

<sup>(52)</sup> Cfr. D.M., 1999, p. 438. O comentário tem o título de *Ancora sul sequestro di*

E fê-lo, aduzindo ser incontestável que, tendo em conta que o art. 9 da Conv. está implícito no art. 3,4 Conv. 52, daí advirá que “il credito garantito deve essere assistito da privilegio sulla nave”<sup>(53)</sup>. E mais: qualquer que seja a interpretação que se queira dar ao art. 3,4 Conv. 52 daí não advirá uma garantia nova, com a consequência de o arresto não ter efeito “se il credito non può essere fatto valere sulla nave, mediante la sua espropriazione”.

E conclui:

“In considerazione di ciò il creditore che, in base ad una interpretazione letterale dell’art 3, § 4, ottiene ed esegue il sequestro di una nave senza poter realizzare su questa il suo credito compie un atto illecito e deve rispondere dei danni che il suo comportamento causa al proprietario della nave”.

7.3. Pensa, assim, Berlingieri que o arresto fica desprovido de eficácia se o crédito não puder ser feito valer *sobre o navio*, mediante a sua venda judicial.

Acontece, no entanto, que a Conv. 52 “não se ocupa minimamente dos problemas ligados à execução forçada do navio” e, bem ao contrário, toma “in specifica considerazione il tema del rilascio di garanzie per la sua liberazione”<sup>(54)</sup>.

7.4. As duas áreas de indagação *situam-se em planos completamente diversos*.

O arresto previsto na Conv. 52 implica uma mera imobilização do navio, “del tutto svincolata della fase esecutiva”<sup>(55)</sup>. Está em causa, na perspectiva de Sergio La China, um conceito *totalmente novo* de tutela cautelar, autosuficiente e com tendência a bastar-se a si mesma (“ad esaurirsi in se stessa”)<sup>(56)</sup>.

---

*nave non appartenente al debitore* (p. 439-442).

<sup>(53)</sup> Depois de reconhecer que o aludido art. 3,4 Conv. 52 “ha dato sempre luogo a contrastanti interpretazioni”.

<sup>(54)</sup> Maurizio Orione, *Ancora qualche breve cenno sugli effetti dell’art. 3,4 della Conv. (52) sul sequestro conservativo di nave marittime*, em D.M., 1994, p. 1197-1206, maxime p. 1203.

<sup>(55)</sup> Gianantonio Tassinari, *La sequestrabilità della nave di proprietà di soggetto diverso dal debitore del credito marittimo...*, em D.M., 2001, p. 969 s., maxime p. 997.

<sup>(56)</sup> *Sequestro e attuazione delle garanzie sulla nave (...)*, em D.M., 1983, p. 153-154, cit. por Tassinari, est. e loc. cit.

Será, pois, de apontar — refere Tassinari — para uma interpretação *literal* do art. 3,4. E não é exacto — como pretende Francesco Berlingieri — que do art. 9 Conv. 5.<sup>a</sup> implicitamente resulte que o crédito reclamado deva ser um crédito privilegiado (<sup>57</sup>).

7.5. Entre várias sentenças de tribunais italianos com que Tassinari ampara a sua perspectiva a 1.<sup>a</sup> é a do *Tribunal de Messina* de 11.3.1995. Realmente do sumário constante de D.M. (1995, p. 1075) consta que o arresto contra armador não proprietário é apenas consentido se o crédito disser respeito ao navio objecto do arresto (<sup>58</sup>). Outra sentença é a do *Tribunal de Bari* de 26.11.1996 (D.M. 1998, p. 1218) na qual se conclui que o crédito em que se funda o arresto de navio do fretador por dívida do afretador não carece de ser privilegiado.

Depois disso (<sup>59</sup>) são, pelo menos, de registar as decisões do Tribunal de Génova de 13.1.2003 (<sup>60</sup>) e do Tribunal de Nápoles de 28.3.2006 (<sup>61</sup>).

7.6. O pressuposto de que parte Berlingieri é o de que “la Convenzione è stata predisposta di sequestro di navi”. Foi também sempre essa a ideia de Pierre Bonassies: a Convenção deverá ser lida em termos de “mieux protéger la liberté de la navigation maritime” — o que aponta para a redução dos interesses dos credores marítimos. Ou seja, só os que tiverem créditos privilegiados poderão aceder ao direito de requerer o arresto dos navios fretados (art. 3,4, Conv. 52).

---

(<sup>57</sup>) Deve-se — e bem — a Berlingieri a correcção (feita logo na 1.<sup>a</sup> ed. de *Arrest of Ships*, de 1992) do erro (material) de numeração, que repercutiu no art. 3,1, Conv. 52. Neste, a remissão feita para o art. 10 deve ser lida como remetendo para o art. 9. E essa correcção nunca foi posta em causa, até porque logo compreendida. É uma *causa finita*.

(<sup>58</sup>) Isto é, o *offending ship*. Dos elementos de que dispomos não se extrai *expressamente* a dispensabilidade da invocação de um crédito privilegiado. Cfr., no entanto, a anotação de Maurizio Orione, *Breve rassegna di orientamenti giurisprudenziale su alcuni aspetti del sequestro conservativo di nave*, cit. D.M. p. 1076 s, *maxime* p. 1085.

(<sup>59</sup>) E da decisão do Tribunal de Salerno de 21.1.1997 (D.M., 1998, p. 436).

(<sup>60</sup>) D.M., 2004, p. 1482. Acentuando, como é óbvio, que o crédito deve dizer respeito ao navio.

(<sup>61</sup>) D.M., 2008, p. 979. (...não releva o facto de o crédito não ter carácter privilegiado).

Mas não é assim. E, pelo contrário, capta-se no teor geral da Convenção um bem marcado *favor arresti*. Ou, como diz Ignacio Arroyo: “Entiendo que el Convenio deve perseguir la protección del comercio marítimo. Y el comercio se potencia dando protección al crédito. Y el embargo del buque es la mejor garantía — y en ocasiones la única viable — de esa protección. Por eso el Convenio insta una institución marítima, el llamado embargo preventivo del buque, que opera (...), de forma sencilla y con gran efectividad” (62).

7.7. Aliás, o regime geral da Conv. 52 atribui já aos créditos marítimos constantes da lista *fehada* do art. 1,1, um regime de exceção relativamente a outros créditos que poderiam ser tidos como de natureza marítima.

Na fundamentação da referida sentença do Tribunal de Bari de 26.11.1996 (63) pondera-se ajustadamente que a Conv. 52 “introduce la particolare figura del *maritime claim* (credito marittimo, letteralmente pretesa marittima) quale credito rinveniente de una precisa tipologia de cause (art. 1)”.

E aduz-se que se trata de créditos não dotados de privilégio em sentido técnico mas constituindo um particular instrumento de natureza processual.

A mesma ideia viria a ser evidenciada, mais de 10 anos depois, por Ignacio Arroyo (64):

“El privilegio, en general, supone un trato especial o diferente (preferente o mas favorable) frente a otros creditos, denominados ordinarios. El privilegio o régimen especialmente favorable consiste, en este caso,

---

(62) Est. cit. de 2007, p. 192. Cfr. também *Curso de Derecho Marítimo*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson — Civitas, 2005, p. 407. É de referir ainda que no *editorial* do ADM, XXIV, 2007, com o título de *Embargo de buques y privilegios maritimos*, p. 15-16 sintetiza, a propósito do conceito e finalidade do arresto (art. 1,2, Conv. 52): “El embargo no es un embargo sino una medida de inmovilización”. O que justifica nos já referido termos. E, na realidade, “la saisie conservatoire n’a pour but que l’immobilisation du navire, afin de contraindre son propriétaire ou exploitant à fournir une garantie suffisante au réclamant” (Raymond Achard, *La XXXIII Conférence du CMI à Lisbonne*, D.M.F., 1985, p. 516 s.).

(63) Cit. D.M., 1998, p. 1218.

(64) Est. cit. de 2007, p. 196.

en poder embargar el buque bajo condiciones distintas y más benignas a las exigidas a los demás créditos”.

Realmente — releve-se a insistência — bastará, quanto a tais créditos marítimos, *a sua alegação*, ao invés do que acontece com todas os demais créditos.

Analogamente Niccolo Médica, na anotação à citada sentença do Tribunal de Nápoles de 28.3.2006 realça a

“protezione privilegiata che la Convenzione la inteso accordare ai crediti marittimi, riconoscendoli come particolarmente meritevoli di tutela”<sup>(65)</sup>.

7.8. Certo é que a redacção da Conv. 52 nem sempre se mostra clara e facilmente apreensível.

Com efeito, e por exemplo, dispõe no 1.º § do art. 3,4, que “no caso de fretamento de navio, *com transferência de gestão náutica*, quando só o afretador responder por um crédito marítimo relativo a esse navio, o autor poderá arrestar o mesmo navio ou outro pertencente ao afretador, com observância das disposições da presente Convenção, mas nenhum outro navio pertencente ao proprietário poderá ser arrestado por tal crédito marítimo”.

No preceito está previsto um fretamento *em casco nu*.

Corresponde este à *charter by demise* e ao *bareboat charter* dos anglo-saxónicos. Por regra, no 1.º caso o capitão e parte da tripulação são fornecidos pelo armador-proprietário; no 2.º caso o navio é entregue sem qualquer tripulação. Ocorrem, como é óbvio, inúmeras variantes, dentro da liberdade contratual que as partes têm<sup>(66)</sup>.

Entretanto, e de qualquer modo, esta formulação cria um *distinguo* relativamente à do 2.º § desse art. 3,4. Neste, alarga-se a previsão legal a “todos os casos em que pessoa diversa do proprietário é devedora de um crédito marítimo”.

---

<sup>(65)</sup> Cit. D.M., 2008, p. 979. Esta ideia era já assinalada por Sergio La China em *Sequestro e attuazione delle garanzie sulla nave...*, D.M., 1983, p. 153.

<sup>(66)</sup> *The demise charterparty*, em John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 6.ª ed., Pearson — Longman, 2008, p. 7.

O entendimento largamente dominante é o de que a hipótese que cabe neste 2.º § é a do *fretamento a tempo* ou, talvez, a do *fretamento por viagem* (67).

Obviamente que a ser assim neste 2.º § também caberia a hipótese formalizada no 1.º § (68).

## 8. O art. 9 da Conv. e os “statutory rights”

8.1. Disse Patrick Simon, ao reflectir sobre a vantagem que haveria em encontrar entendimentos próximos dos grandes textos internacionais de Direito Marítimo, que “je pense en particulier au fameux article 3 de la Convention de 1952 sur la saisie des navires: ce texte donne lieu d’un pays à un autre de très nombreux et divergentes interprétations” (69).

8.2. Ora, precisamente quanto ao art. 3,4 Conv. 52, não é exacto que do art. 9 se possam extrair as inferências que para Berlingieri dele despontam — e que implicam a existência de um crédito privilegiado.

Desde logo o art. 3,4 não cria, por si só, um direito de acção (“right of action”) que, “fora das suas estipulações, não existiria”.

Ao arresto só excepcionalmente se segue no tempo uma execução. Dele apenas advem a imobilização do navio e o reforço da garantia que ele já representava. Não se cria uma *nova* garantia: consolida-se a existente. O arresto é, sobretudo, um *meio de pres-*

---

(67) Cécile Navarre — Laroche, *ob. cit.*, p. 336.

(68) O que faz com que Cécile Navarre — Laroche considere ser “mal venue” a precisão do 1.º § do preceito. E o certo é que na jurisprudência produzida sobre o art. 3,4, não se estabelece qualquer regime específico para o fretamento a tempo. Assim, por ex., Trib. Nápoles, 20.12.1995 (D.M., 1997, p. 154), Trib. Marselha, 4.6.2003 (*Revue Scapel*, 2003, p. 228) e Trib. Génova, 2.11.2005 (D.M., 2007, p. 228). Certo é que Emmanuel du Pontavice figura a inclusão do fretamento *a tempo* no art. 3,4 se estiver em causa um fretamento com transferência da gestão náutica (“time-charter with demise of the ship”). Cfr. *La statut du navire*, ed. Litec, 1976, p. 336. Só que, a ser assim, ficará sem sentido o 2.º § do mesmo art. 3,4.

(69) *Unification ou diversité des règles de droit maritime*, em *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, II, 2010, p. 937.



*são*. E porque paralisa “une exploitation très couteuse, la manque à gagner qui en résulte (...) est efficace” (70).

Entre o arresto e a execução intercalar-se-á a apreciação jurisdicional do mérito da causa, da qual decorrerá um “título exequível” (71).

E dá-se mesmo o caso de o arresto caducar se o seu requerente não propuser a *acção principal* dentro do prazo estabelecido pelo Juiz que o decretou (art. 7, n.ºs 2, 3 e 4, Conv. 52). E o tribunal competente para a causa principal nem será necessariamente o do arresto (72).

8.3. Certo é que sobre o navio arrestado pode, no desenvolver do *iter* processual, ser ulteriormente requerida uma execução. Mas esta só *cinematicamente* tem a ver com o arresto, com ele não tendo qualquer relação *causal*. A execução pode recair sobre quaisquer bens do dono do navio, esteja (ou tenha sido) ou não arrestado. O *título* em que fundará a execução *não será o arresto*, mas qualquer dos que a lei geral estabelece.

A *venda judicial*, que eventualmente possa ocorrer na fase própria da execução, nada tem a ver com o arresto, tal como está configurado na Conv. de 52.

---

(70) Martine Remond — Gouilloud, *Forum arresti: le jusant*, D.M.F., 1996, p. 788.

(71) Insiste-se: a imobilização do navio é “del tutto svincolate della fase esecutiva” (Tassinari e Orione, já referidos). O “título exequível” (*sic* versão portuguesa) advirá de um “judgement” (versão oficial inglesa). O regime dos arts. 622 do Cód. Civil e do art. 409 do C.P. Civil, que assimilam o arresto à penhora, não podem ser transpostos para o sistema da Conv. 52, sob pena de radicalmente o subverterem. E nem será, em contrário, de invocar o art. 6.2, da Conv. A “saisie conservatoire”, o *arrest*, transformar-se-ia numa “saisie exécution” (*attachment*).

(72) “Ce n’est plus alors de *forum arresti* qu’il s’agit, puisque la règle de compétence se trouve fondée, non sur lieu de saisie, mais sur l’origine ou la nature de la créance litigieuse” (Martine Remond-Gouilloud, referida por Cécile Navarre — Laroche, *ob. cit.*, p. 154). Sobre a *medida* da competência do *forum arresti* para conhecer da acção declarativa cfr. agora art. 70 das *Regras de Roterdão*, no tocante ao transporte internacional de mercadorias. Sobre esta vid. Manuel Januário da Costa Gomes, *Introdução às Regras de Roterdão*, em *Temas de Direito dos Transportes*, I, Almedina, 2010, *maxime*, p. 79, e Sánchez Calero, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2.ª ed., Thomson — Reuters, 2010, p. 773.

É de insistir na síntese de Belén Mora Capitán:

“Uma das particularidades da Conv. (1952) que, precisamente, dota o arresto (“embargo preventivo”) de uma grande eficácia prática é a sua desvinculação face a uma eventual e futura execução (...). É por isso que a Conv. não exige que o devedor seja simultaneamente proprietário do navio ou que o crédito seja privilegiado para poder arrestar o navio que deu origem ao crédito que se reclama. Isto permite arrestar um navio quando o devedor é o afretador do navio e o crédito não é privilegiado (...)” (73).

## 9. Ainda os “statutory rights of action”

9.1. No direito inglês (e, mais genericamente, em *common law*) é o arresto tido como uma “actio in rem”. Mas como a uma *actio in rem* estará associado um *maritime lien*, multiplicaram-se com isto os créditos privilegiados — o que para além de desvirtuar o conceito de *maritime lien*, implicaria a ampliação desmesurada de “cargas ocultas sobre el buque” (74).

Daí o surgimento dos “statutory rights in rem”, que viabilizam um arresto (tido como uma *actio in rem*) sem que o credor disponha de um crédito privilegiado.

Enquanto que o *maritime lien* tem carácter *substantivo*, sendo *anterior* à *actio in rem*, o *statutory right* constitui uma medida meramente processual, que apenas surge quando se requer o arresto — e por este ser uma *actio in rem*.

“La categorizzazione normativa improntata ai criteri dommatici (nozione di diritto real *in iure*) è stata scartata e sostituida con un catalogazione prettamente empirica a fini processuali (elenco di *actiones in rem*) (75).

---

(73) Est. cit. de 2007, p. 96.

(74) Carmen Alonso Ledesma, *Les privilegios maritimos*, ed. Civitas, (Madrid), 1995, p. 150 s.

(75) Giorgio Righetti, *ob. cit.*, Cfr. ainda Simon Baughen, *Shipping Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Cavendish Publishing, 2004, p. 399.

9.2. Aconteceu precisamente que os “statutory rights *in rem*” surgiram no direito inglês a propósito do arresto de navio, entendido este como uma “actio *in rem*”.

“English law, in giving effect to the 1952 Arrest Convention as enacted, created other liens called statutory liens” (76).

Aos “true maritime liens” sucederam no referente ao arresto os “lesser rights *in rem*”

“apply to all other categories of claim in connection with a ship” (77).

Não integram o “estatuto” do crédito como os “true liens”: conferem direitos de mera garantia *processual*, sem natureza *substantiva*.

9.3. O já referido comentário de Maurizio Orione (D.M., 1994, p. 1197) incidiu precisamente sobre um caso julgado num tribunal norte-americano para o qual a Conv. 52 não contem *maritime liens* mas apenas *statutory rights of action in rem*.

Ora, como já dissera Francesco Berlingieri em 1988 (78): “Anche se in modo non del tutto esplicito, l’art. 9 chiarisce che la Convenzione del 1952 non ha avuto lo scopo di creare diritti sostanziali nuovi, diversi da quelli previsti dalla legge nazionale applicabile o dalla normativa uniforme realizzate con la Convenzione del 1926 sui privilegi e le ipoteche”.

É de concluir, pois, que a invocabilidade da natureza, meramente *processual*, dos “statutory rights” não afronta, e antes se ajusta, ao 2.º § do art. 9 Conv. 52 (79).

---

(76) Don Soutar, *Ship arrest in the USA and various jurisdictions...* em *Scritti Francesco Berlingieri*, II, 2010, p. 942 s, *maxime* p. 947.

(77) Don Soutar, *id.*, *id.*

(78) *Note sull’ambito di applicazione della Convenzione (...) del 1952 sul sequestro di navi e sulla sequestrabilità di navi non appartenenti al debitore*, em D.M., 1988, p. 809.

(79) De qualquer modo a clássica distinção de *common law* entre *actio in rem* e *actio in personam* é, até certo ponto, uma “fictio iuris”. Mesmo a 1.ª é proposta contra o proprietário do navio, verificados que sejam os pressupostos processuais referidos na decisão da *Câmara dos Lordes* de 16.10.1997 (D.M., 1997, p. 1144). Cfr. a anotação de Francesco Berlingieri (*Azione in rem: contro chi è promossa?*, *id.*, p. 1145-1146). Aliás, nem faz

9.4. É de dar, pois, como certo que todos os *maritime claims*, ou seja os créditos marítimos exaustivamente elencados no art. 1,1, da Conv. 52 são *statutory rights* na britânica acepção.

Gozam, com efeito, de um estatuto de “privilégio” em relação a todos os demais créditos a que o navio pode dar causa. E dá-se mesmo a circunstância de alguns créditos privilegiado nos termos gerais da lei interna, como os prémios de seguros<sup>(80)</sup>, não fazerem parte dessa lista do art. 1,1, da Conv. 52, não sendo, pois, na perspectiva desta, *maritime claims*.

## 10. O “mistério” do art. 9,2 Conv. 52

10.1. E se o *offending ship* — i.e., o navio ao qual se refere o crédito marítimo — for transmitido a um terceiro, designadamente por um contrato de compra e venda?

O afretador já não será nesse caso assimilado ao proprietário e o crédito reclamado já não resultará da exploração do navio *actual*.

O “direito” ao arresto não se fundará então (directamente) na Conv. 52 mas na lei interna sobre privilégios marítimos ou na Convenção internacional que os regula (a de 1926, já que Portugal não ratificou a de 1993).

Será então de invocar com total pertinência a hipótese prevista no art. 9,2, Conv. 52. O direito de sequela que será exercido é o que a Convenção de 1926 consagra e para o qual aponta o aludido art. 9,2 Conv. 52<sup>(81)</sup>.

10.2. Dispõe, realmente, o art. 8 da Convenção de 1926 “que os créditos privilegiados acompanham o navio, seja qual for o seu possuidor”. E acrescenta o art. 13 que “as disposições prece-

---

sentido, pelo menos para um “continental”, que no *arrest* “the vessel is a defendant” e que no *attachment* (penhora — execução) seja requerida a pessoa proprietária do navio (Christopher Hill, *ob. cit* de 1985, p. 9-14).

<sup>(80)</sup> Art. 578, 10, do Cód. Com., na redacção do Dec.-Lei 8/2009, de 7 de Janeiro.

<sup>(81)</sup> Com especial interesse sobre esta hipótese cfr. *Cour d’Appel* de Aix-en-Provence de 24.5.2002 (D.M.F., 2002, p. 722). Cfr. ainda Tribunal de Trieste, 7.5.2008 (D.M., 2009, p. 835) e anotação de Carlo Lobietti.

dentes são aplicáveis aos navios explorados por um armador não proprietário ou por um fretador (afretador?) principal” (82).

## II. *Mareva injunction*

### 11. O “alter ego” do arresto de navios...

11.1. O sistema britânico só com dificuldade se acomodou à Conv. 52. Daí ter surgido em 1975 um *novo* instituto em parte dele substitutivo, “invented by Lord Denning” na Câmara dos Lordes (83). Trata-se de uma medida cautelar *in personam*, dirigida à imobilização do navio, através de uma *ordem* dada pelo Juiz proibindo a sua deslocação para outro local. E, pois, um mandado de *imobilização*, cuja inobservância será tida como *contempt of Court*.

Distingue-se, entretanto, do arresto da Conv. 52, porque quem a requerer terá que demonstrar que possui um “good arguable case” e que existe “periculum in mora”.

Mas também não é uma *actio in rem*. A *Mareva injunction* situa-se noutra plano na medida em que é um *remedy in personam* e não um *remedy in rem*.

---

(82) Já depois desta comunicação foi publicado (*O Direito*, 2010, p. 760 s) um excelente estudo de José de Oliveira Geraldês sobre *O arresto de navio do não devedor do crédito marítimo* (...), no qual é seguida (obviamente com contributos pessoais do autor) a actual posição doutrinal de Francesco Berlingieri. Não será caso de repetir o que na minha comunicação sobre o tema refiro e que faz com que na actual circunstância não adira à lição (actual) do grande Mestre italiano. Observarei apenas que o conceito de *statutory rights of action* fixado na nota (20) não coincide com o que tem feito ininterrompida carreira doutrinal e jurisprudencial. Aliás o que o Autor nessa nota diz colide com o que consta do seu próprio texto (p. 766-767). Observarei finalmente — aliás sem especial ênfase — que tudo o que escrevi sobre o regime da Conv. 52 em 2006 (e em 2003) pouco teve a ver com a hipótese tratada pelo Autor (arresto de navio do não devedor do crédito marítimo). A esta apenas consagrei algumas linhas, que sintetizam, aliás, a inalterada posição que agora assumo.

(83) John F. Wilson, *ob. cit.*, p. 324. A *Mareva injunction* foi ulteriormente reconhecida pelo *Supreme Court Act* 1981 “and now appears in the list of interim remedies in the *Civil Procedure Rules*”. A sua designação actual, resultante dessas *Rules*, é a de “freezing injunction”, embora na generalidade dos países da *Commonwealth* se mantenha a designação original de *Mareva injunction* (Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4ª ed., I, *Thomson-Carswell*, 2008 p. 1478, em nota).

Em síntese: a *Mareva injunction* não visa *apreender* o navio (quando ele é o bem de que se trata). Destina-se a evitar que seja desrespeitada a imposta imobilização.

Por isso mesmo é uma medida *in personam* destinada a *imobilizar* uma *coisa* e não a *apreendê-la*.

### 11.2. ...*Que tem provado bem.*

Dizia já Christopher Hill <sup>(84)</sup> dez anos depois da “invenção” da *Mareva injunction*:

“Now that the 1985 statute is effective in the United Kingdom Lord Denning seems to have been proved correct (not for the first time!) <sup>(85)</sup>.

Passou a fazer parte da rotina dos tribunais marítimos <sup>(86)</sup>.

## III. Lei interna

### 12. Quando e como se aplica

12.1. No direito português dizem respeito ao arresto de navios de mar disposições contidas no Código Civil, no Código de Processo Civil, na Lei dos Tribunais Marítimos <sup>(87)</sup> e no Dec.-Lei 201/98, de 10 de Julho, relativo ao Estatuto Legal do Navio.

Acontece ainda que no Dec.-Lei 384/99, de 23 de Setembro, respeitante à tripulação do navio e acontecimentos de mar, o arresto surge incluído entre os acontecimentos de mar (art. 13,2) <sup>(88)</sup>.

<sup>(84)</sup> Christopher Hill, *Maritime Law* cit., (1998), p. 76. Cfr. Simon Baughen, *ob. cit.*, (2004), p. 400. A *Mareva injunction* funciona sempre rigorosamente como uma medida cautelar “senza implicazioni satisfattive patrimoniali, con lo scopo limitto di impedire il *removal* di determinati bene” (no caso, o navio) — Righetti, *ob. cit.*, p. 452.

<sup>(85)</sup> Christopher Hill, (*ob. cit.* de 1985), p. 40.

<sup>(86)</sup> Clare Ambrose — Karen Maxwell, *London Maritime Arbitration*, 2.<sup>a</sup> ed., LLP, 2002, p. 237. Cfr. também Álvaro Zegarra, *Génesis y consolidación de las “Mareva injunctions” del derecho inglés*, ADM, XX, 2003, p. 173s.

<sup>(87)</sup> E, por decorrência, na Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais.

<sup>(88)</sup> O “espantoso” elenco de “acontecimentos” de mar incluído (com carácter exemplificativo!) nesse n.º 2 do art. 13, é objecto da justificada crítica de Manuel Januário

12.2. Por aplicação do art. 491 do Cód. Comercial (1888) o navio despachado para viagem não poderia ser arrestado ou penhorado, a não ser por dívida contraída para o aprovisionamento dessa mesma viagem ou para caução de responsabilidade por abalroação<sup>(89)</sup>.

12.3. A assimilação do arresto do navio ao arresto da carga é, como se viu, uma “tradição” do nosso Direito.

Adriano Antero<sup>(90)</sup> ainda tentou separar as águas, assinalando que o § único do art. 491 do Cód. Com. se referia “não ao arresto ou penhora por dívidas do navio e sobre ele, mas sim ao arresto por dívidas de qualquer carregador feito sobre os géneros que carregou”<sup>(91)</sup>.

Só que a prudência de tão distantes anos foi cedendo o passo a alguma contemporânea ligeireza. E é assim que agora nos deparamos com o n.º 2 do art. 9.º do Dec.-Lei 201/98 e com o mais avi.sado n.º 1 do art. 830 do Cód. Proc. Civil, aplicável *ex-vi* do art. 409, conjugado com o art. 406, 2.

12.4. Curiosa e significativamente no preâmbulo do Dec.-Lei 201/98 qualificam-se as normas do Cód. Comercial de 1888 de “antiquadas”.

---

da Costa Gomes, em *Acontecimentos e relatório de mar*, in *O Direito*, 2007, p. 89 e em *Direito Marítimo*, IV, *Acontecimentos de Mar*, ed. Almedina, 2008, p. 13. De igual modo a listagem do preceito em causa é criticada por Costa Diogo — Rui Januário, *Direito Comercial Marítimo*, ed. *Quid Juris*, 2008, p. 84, em nota. Como é sabido, a tradicional enumeração dos acontecimentos de mar raramente vai além da abalroação, salvação, a arribada forçada e outras situações tendencialmente decorrentes da *fortuna de mar*. Quanto às avarias grossas, por ex., não serão em bom rigor um *acontecimento*, mas sim a sua caracterização jurídica (Manuel Januário Costa Gomes, *est. cit.* de 2007).

<sup>(89)</sup> Como informa Ripert (*Droit Maritime*, I, *Dalloz*, 1950, p. 811) a proibição do arresto ou penhora no navio pronto a partir remonta ao Consulado do Mar. Foi suprimida na Ordenança de Colbert de 1681 e retomada no Cód. Com. francês de 1807 (art. 215). Em Itália transitou do Cód. Com. de 1883 (art. 881) para o *Codice della Navigazione* (art. 645), mantendo-se incólume. Cfr. Francesco Berlingieri, D.M., 2005, p. 215-222, que, em súmula, considera — e bem — que esse “resíduo histórico” já deveria ter sido revogado, porque injusto e “de difficile e (...) limitata applicazione”.

<sup>(90)</sup> *Com. ao Cod. Com. port.*, II, 1915, p. 318-320. Concretamente dizia o referido § único: “O arresto ou penhora sobre géneros ou mercadorias já carregados em navio que se achar nas circunstâncias previstas neste artigo, não autoriza a sua descarga, senão nos termos em que o próprio carregador teria ainda direito de a exigir, pagando o interessado o frete, as despesas de carga, descarga e a desarrumação, e prestando caução ao valor da fazenda”.

<sup>(91)</sup> Cfr., também, Viegas Calçada, *Das Cauções Marítimas*, 1932, p. 111.

E comenta-se, com pleno à-vontade:

“Consagra-se o princípio de que o arresto e a penhora do navio e *mercadorias* podem ser efectuados mesmo que o navio já se encontre despachado para viagem, *perfilhando-se assim a solução da Convenção (de 1952)*” (92).

Ora, como é notório, a Convenção de 52 (93) nem de longe nem de perto fala do *arresto da carga*. A menção feita naquele preâmbulo é, pois, completamente errada. Foi, no entanto, o referencial que pautou a feitura do Dec.-Lei 291/98.

12.5. Obviamente que será possível arrestar (ou penhorar) *mercadorias carregadas num navio* se o proprietário delas for devedor do requerente do arresto.

Só que ao arresto de mercadorias carregadas num navio não se aplica, quer na lei internacional, quer nas modernas leis internas (estrangeiras), o regime do arresto de navios. Não existe qualquer unidade *pertinencial* ou de *regime* entre o navio e a carga nele transportada com base num contrato de transporte celebrado com o armador.

Como advertiu Martine Remond-Gouilloud:

“On aura garde (...) de confondre avec la saisie du navire la saisie de la cargaison. Cette dernière ne fait pas l’objet d’aucune disposition spéciale (...). Elle relève du droit commun” (94).

---

(92) Os sublinhados são nossos.

(93) E a Convenção de 1999.

(94) Ob. cit., p. 179. Cfr. ainda, no mesmo sentido, Gérard Tantin, *La saisie des marchandises en cours de transport*, em D.M.F. 1994, p. 295, e, por ex., decisões judiciais cits. por Rodière-du Pontavice, *Droit Maritime*, 12.<sup>a</sup> ed., Dalloz, 1997, p. 166, em nota. É de precisar que os *combustíveis* fornecidos a um navio para a sua exploração não são de considerar como constituindo parte da carga. Assim, por ex., *Cour d’Appel* de Montpellier em 19.3.1987 (D.M.F. 1988, p. 539). Foi entendido — e bem — que “les fournitures ont été faites au profit du navire, objet de la saisie”. Tem, no então, que haver uma relação *imediata* e *necessária* entre os combustíveis e a exploração *normal* do navio, até porque eles são, eles mesmos, um *crédito marítimo* (al. k) do n.º 1 do art. 1 Conv. 52). A *Cour de Cassation* decidiu em 13.1.1998 que aos *combustíveis*, enquanto elementos do navio, seriam de aplicar as regras do arresto de navios (em BTL 1998, p. 60, cit. por Cécile Navarre — Laroche, ob. cit., p. 13).



12.6. Obviamente, terá que haver uma fórmula processual que evite a imobilização do navio no qual é transportada a carga que, pelos meios comuns, seja arrestada. Nos termos da lei francesa, o capitão do navio poderá então fazer descarregar e consignar a mercadoria.

Nesse plano é de figurar uma solução próxima da constante no art. 830 do Cód. Proc. Civil, que sob a epígrafe “penhora de mercadorias carregadas em navio” contem já um princípio de solução para a descarga das mercadorias penhoradas (ou arrestadas), enumerando as condições em que ela se pode operar. Era já a ideia, agora melhorada, contida no § único do art. 491 do Cód. Comercial.

12.7. Por completo inconfigurável será a modelação (e o “espírito”) do art. 409 do Cód. Proc. Civil, que integralmente parifica o arresto do navio e o arresto da carga. E o mesmo será de dizer do art. 9 do Dec.-Lei 201/98, com a ampliada agravante de o diploma ser intencionalizado a desfazer as dúvidas que sobre o instituto existiriam.

E, se não, repare-se no que nele se define e esclarece:

“art. 9. *Arresto e penhora do navio e mercadorias*

1. O navio pode ser arrestado ou penhorado mesmo que se encontre despachado para viagem.
2. O disposto no n.º anterior é aplicável aos géneros ou mercadorias carregadas em navio que se achar nas circunstâncias previstas no número anterior”.

... E é tudo.

Esquece-se que, como regra com raras excepções, a mercadoria transportada não é do transportador, que tem a obrigação de a *entregar* ao destinatário. A detenção da mercadoria pelo transportador é uma detenção a título precário e em nome e interesse alheios.

O arresto de um navio nada tem a ver, no *essencial*, com o arresto da carga <sup>(95)</sup>. A única conexão figurável será meramente

---

<sup>(95)</sup> No anteprojecto da Lei Geral da Navegação Marítima espanhola elaborado pela Comissão Geral de Codificação — Secção de Direito Comercial no capítulo consagrado ao arresto de navios (arts. 535-550) é bem notória a influência da Conv. 52 (mais do

*instrumental*. Ou seja, estará em causa o modo de compatibilizar a actividade do navio com o arresto da carga <sup>(96)</sup>.

12.8. Ao invés do que aconteceria se o arresto fosse decretado com aplicação da Conv. 52, dispõe a lei portuguesa (Cód. Proc. Civil) que o credor terá que justificar o *periculum in mora*, ou seja, o “justificado receio de perder a garantia patrimonial” (art. 406, 1). E o arresto consiste numa apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora (art. 406, 2). Deve o requerente do arresto aduzir factos que tornem provável a existência do crédito e justifiquem o receio invocado (art. 407, 1).

Terá ainda o requerente que demonstrar que a penhora é admissível (art. 409, 1).

Examinadas as provas é o arresto decretado *sem audiência da parte contrária* (art. 408, 1).

A *apreensão* do navio não se realizará se o devedor oferecer desde logo caução que o credor aceite ou que o Juiz (dentro de dois dias) julgar idónea, ficando sustada a saída do navio até à prestação da caução” (art. 409, 2) <sup>(97)</sup>.

---

que a de 1999, que Espanha já ratificou), e nem ao de leve se trata do *arresto da carga* (Cfr. todo o texto em ADM, XXIII, 2006, pp. 851-1025).

<sup>(96)</sup> É de criticar abertamente o Direito Marítimo publicado em Portugal, sobretudo depois de 1998. Quase todos os diplomas legais desde então publicados carecem de qualidade e dão causa a um sistema legal desconexo e “em migalhas” (*en miettes*, como na frase de André Tunc). O Estado, aqui (e não só) tem-se esquecido de fazer *boas* leis. Neste espaço (o do Direito Marítimo) “multiplicam-se as contradições e as insuficiências” (Menezes Cordeiro, *Introdução ao Direito dos Transportes*, na ROA, 2008, p. 139 s., *maxime* p. 171). Mas que fazer? Posta de lado, e bem, a ideia de actualizar o Livro III do Cód. Comercial, a solução de concentrar todo o Direito Marítimo Privado num *Código* tem apenas a contraíndicá-la a incessante mutabilidade do D. Marítimo a nível internacional e o surgimento de novas realidades económicas. Designadamente no direito dos transportes de mercadorias estamos à beira de duas épocas: *ante* e *pós* Regras de Roterdão. Melhor seria, talvez, uma Lei Geral do Direito Marítimo, a exemplo do que se fez no Direito dos Seguros, guardadas que sejam as necessárias especificidades — e evitando, claro está, que ela atinja a dimensão “faraónica” (José Maria Alcantara, D.M., 2005, p. 1135) da sua homóloga espanhola. Entretanto, e vistas bem as coisas, *Código* ou *Lei Geral* serão soluções não muito distantes. E em qualquer nelas serão de evitar desenvolvimentos regulamentares.

<sup>(97)</sup> Em decorrência da equiparação dos efeitos do *arresto* aos da *penhora* caberá ao *agente de execução*, em caso de navio despachado por viagem, notificar a capitania, para que esta apreenda os respectivos documentos e impeça a saída do navio (art. 851, 4,

12.9. Entretanto, com a remissão feita nesse art. 409 Cód. Proc. Civil para o regime da penhora e, nesta, com o protagonismo atribuído ao *agente de execução* potenciado pelo Dec.-Lei 226/2008, de 20.11, é de supor que o regime da nossa lei interna se afastou marcadamente da *saisie-conservatoire* regulada na Conv. 52, aproximando-se da *saisie-exécution* <sup>(98)</sup>.

Ora, por ser assim, parece difícil coordenar o sistema da *Convenção* com as nossas regras processuais, como dispõe o seu art. 6.

## IV Poderá o arresto de navio ser decretado por um tribunal arbitral?

### 13. Arbitrabilidade das medidas cautelares

A nossa Lei de Arbitragem (Lei 31/86, de 29 de Agosto) doravante LAV – não contem qualquer previsão sobre a arbitrabilidade, em geral, das medidas cautelares. Para Bento Soares-Moura Ramos e Lebre de Freitas terão que ser as partes a atribuir expressamente essa competência aos árbitros <sup>(99)</sup>.

Entretanto, sobre a desnecessidade de uma previsão expressa pronunciaram-se, designadamente, Paula Costa e Silva <sup>(100)</sup> e Lima Pinheiro <sup>(101)</sup>.

É, realmente, de acolher a existência de poderes *inerentes* ou *implícitos*, embora se possa estabelecer um *distinguo* entre a natureza de uns e de outros. Os poderes *inerentes* radicam-se na própria função arbitral. Os poderes *implícitos* advêm da vontade tácita das partes.

Hoje, a dúvida está, generalizadamente ultrapassada <sup>(102)</sup>. Mas na Holanda o Cód. Proc. Civil (WBR), na redacção de Julho de

---

C.P.C.). Cfr. de Lebre de Freitas, est. cit de 2007, p. 1095 e *Agente de execução e poder jurisdicional*, em *Themis*, 2003, p. 19 s.

<sup>(98)</sup> Sobre esta cfr., por ex., Martine Remond-Gouilloud, *ob. cit.*, p. 192.

<sup>(99)</sup> Assim, respectivamente, *Contratos internacionais... Arbitragem*, ed. Almedina, 1986, p. 382 e *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, em *Estudos Magalhães Collaço*, ed. Almedina, 2002, p. 625.

<sup>(100)</sup> *A arbitrabilidade das medidas cautelares*, na ROA, 2003, p. 211.

<sup>(101)</sup> *Convenção de Arbitragem...* na ROA, 2004, p. 130.

<sup>(102)</sup> Assim, v.g., § 1041 (1) da ZPO e art. 23 da Lei espanhola de 2003, em qualquer dos casos salvo convenção das partes em contrário.

1986, impõe que sejam as partes a atribuir ao tribunal arbitral competência cautelar (art. 1051, 1).

O caso típico de negação de competência cautelar ao tribunal arbitral é o *italiano*, mesmo depois da reforma de 2006 do Cód. Proc. Civil. Mantém-se o axioma de Salvatore Satta (1971): “che gli arbitri non possano concedere o imporre provvedimenti cautelari è antico e universalmente riconosciuto principio (...)”<sup>(103)</sup>.

## 14. O arresto arbitral

*14.1.* A doutrina e a jurisprudência da generalidade dos países atribui competência para decretar o arresto aos *tribunais judiciais*. Uma previsão expressa neste sentido é a do art. 1696, 1 do Cód. Judiciário *belga*.

É sintomático o caso *inglês*. Nos termos sec. 39,1 do *Arbitration Act* de 1996 as partes são livres de atribuir ao tribunal arbitral poderes para decretar, com carácter provisório, qualquer medida que antecipe pelo menos em parte a sentença definitiva. E o n.º 2 do preceito enuncia, exemplificativamente, alguns desses poderes.

Acontece, porém, que, na sec. 44, se prevê que, salvo convenção em contrário das partes, sejam do Juiz (judicial) no processo arbitral os poderes que teria se estivesse em causa um processo judicial. E entre eles estão os de decretar medidas equivalentes ao arresto (“the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver” — sec. 44, (1, e)<sup>(104)</sup>.

---

<sup>(103)</sup> Cit. por Vittorio Pozzi, *Arbitrato e tutela cautelare...* na *Riv. dell'Arbitrato*, 2005, p. 17 s. Entretanto o art. 818 do CPC anterior à reforma de 2006 era peremptório: “Os árbitros não podem decretar arrestos, nem outras providências cautelares”. A arbitragem *societária*, criada em 2003, levou o legislador de 2006 a mitigar a fórmula. E passou a dizer: “os árbitros não podem decretar arrestos, nem outras providências cautelares, salvo diversa disposição da lei”. Trata-se, porém, de uma “modesta exceção”. Cfr. em geral Mário Raposo, *Tribunais Arbitrais e Medidas Cautelares, ob. cit.* (2006), p. 37-49.

<sup>(104)</sup> Robert Merkin, *Arbitration Act 1996*, LLP, 1996, p. 72 s; Luciana Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, na *Riv. dell'Arbitrato*, 2005, p. 455 s, *maxime* p. 458.

14.2. Vê-se, em regra na falta de *imperium* dos tribunais arbitrais a magna razão de não poderem “levar até ao fim”, por eles próprios, os efeitos do arresto <sup>(105)</sup>. O árbitro move-se na fase da *jurisdictio*; não detem “les pouvoirs de commandement et de contrainte”; daí que, decorrentemente, não possa decretar um arresto <sup>(106)</sup>.

14.3. Tradicionalmente, é o arresto decretado sem *audição prévia* da parte contrária. Assim no nosso Direito (art. 408, 1 do Cód. Proc. Civil). Ora é uma ideia tida como “clássica” que a prática do arresto ou de outra medida cautelar sem não audiência da parte contrária (*inaudita altera parte* ou *ex parte*) afronta o princípio do contraditório.

Certo é que são consentíveis as *excepções*, em situações de especial *urgência* <sup>(107)</sup>.

---

<sup>(105)</sup> Bruno Oppetit caracteriza com nitidez a distinção, neste aspecto, entre a justiça *estadual* e a justiça *arbitral*. Releva a 1.ª de uma instituição pública, dotada de meios coercivos para a pôr em acto: exprime uma função de *soberania*. Ora, o Juiz arbitral não dispõe de *imperium*: “il ne peut ordonner des saisies” (cfr. *Justice étatique et Justice arbitrale*, em *Études Pierre Bellet*, ed. Litec, 1991, p. 415 s, *maxime* p. 423). Embora constitucionalmente previstos (ou “autorizados”) — art. 209, 1 — exercem os árbitros uma função *privada*, embora regulada na lei (ordinária). Em Itália prevaleceu sempre esta ideia (Chiovenda, Redenti), embora desde Mortara alguns autores tenham sustentado a tese da natureza pública (assim Giovanni Verde, *Diritto dell'Arbitrato Rituale*, 2.ª ed., G. Giappichelli Editore, 2000, p. 79). Na nova lei de arbitragem italiana ( de 2006, que alterou substancialmente o C.P.Civil) está claramente afirmada a natureza *privada*: o árbitro deixou de ser um “oficial público”. Esta ideia não significa que a actividade dos árbitros — juizes privados — esteja *exclusivamente* na vontade das partes. O poder *jurisdicional* que detêm move-se num quadro jurídico e institucional que ultrapassa a vontade das partes (Mustill-Boyd, *Commercial Arbitration*, 2.ª ed., Butterworths, 1989, p. 220 s). Cfr., em geral, Mário Raposo, o *Estatuto dos Árbitros*, ROA, 2007, p. 529-545.

<sup>(106)</sup> Asim Pierre Mayer, *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires*, em *Études Jean-François Poudret*, Fac. Dir. Lausana, 1999, p. 437 s., *maxime* p. 452.

<sup>(107)</sup> Sobre a *regra* e a sua derogabilidade cfr. Andrea Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, ed. Cedam, 2006, p. 342 s, que diz, entretanto, que é um lastro comum o de que a tutela cautelar arbitral *ex parte* “appare difficilmente giustificabile” (p. 350).

## 15. A Conv. de 52 e a solução arbitral

### 15.1. Diz a Conv.52 no art. 4:

“Nenhum navio pode ser arrestado senão mediante autorização de um tribunal ou de outra autoridade judiciária competente do Estado onde o arresto é efectuado” (108).

Mas impedirá este preceito, por si só, que os tribunais arbitrais estejam excluídos da previsão do transcrito preceito, sobretudo quando cotejada a versão portuguesa com a (autêntica) inglesa?

A resposta não é fácil. Mas o certo é que do art. 209, 2 advem que aos tribunais arbitrais cabe, igualmente, o exercício da função jurisdicional (109).

15.2. E a realidade é que o arresto, tal como é figurado na Conv. 52, implica a mera *imobilização* do navio, e não a sua *apreensão* “baseada em título exequível” (art. 1,2) (110).

Nesta perspectiva o arresto, depois de decretado, efectivar-se-á mediante a comunicação da decisão jurisdicional (judiciária?) que o decretou ao capitão do porto (111).

Acontece, no entanto, que a estadia dos navios em portos é cada vez mais breve. Os navios porta-contentores, por ex., descarregam e carregam por vezes em menos de um dia. E, por vezes, o arresto, quando for decretado, já não será efectivável com o navio fundeado no porto. A questão complicar-se-á, até porque a

---

(108) A este preceito corresponde, na versão *inglesa*, o seguinte: “A ship may only be arrested under the authority of a Court or the appropriate judicial authority of the Contracting State on which the arrest is made”.

(109) Sendo, no entanto, controvertida a sua qualificação como órgãos de soberania, embora pessoalmente propenda para uma resposta negativa.

(110) O preceito homólogo da Conv. de 1999 tem o mesmo sentido mas é mais explícito. Diz, com efeito, o art. 1,2, na versão (autêntica) francesa: “Par *saisie* il faut entendre toute immobilisation ou restriction au départ d’un navire en vertu d’une décision *judiciaire* (sic) pour garantir une créance maritime, mais non la saisie d’un navire pour l’execution d’un jugement on d’un autre instrument exécutoire”. Cfr. *supra*, por ex., notas (4) e (62).

(111) Art. 12 do Dec.-Lei 35/86, de 4 de Setembro, e arts. 4 e seg. do Dec.-Lei 370/2007, de 6 de Novembro.

Conv. 52 apenas prevê que o navio pode ser arretado mesmo que “se encontre despachado para viagem” (art. 3,1), <sup>(112)</sup> não enfrentando, pelo menos directamente, a hipótese de ele já ter saído do porto <sup>(113)</sup>.

15.3. Não será a circunstância de o art. 6 remeter para a lei interna do Estado onde o arresto for efectuado ou pedido “as regras *de processo* reguladoras do arresto de um navio” que perturbará o encontro de uma resposta positiva à problemática da competência arbitral para o arresto de navios.

Isto porque a caracterização deste como uma *imobilização* do navio e não como uma *apreensão* (“à mi-chemin” para um *arresto-execução*) resulta de um *estatuto* conceitual e não de uma mera norma de *processo*.

15.4. O que possivelmente fará pender a solução em vista para a competência dos tribunais judiciais ( e não também para os arbitrais) serão as vicissitudes avistáveis em matéria de jurisdição, agudizadas se o navio já tiver deixado o porto.

Daí a peremptoriedade com que Olivier Cachard refere:

“En matière de saisies conservatoires, la compétence du juge étatique est même exclusive. En effet, la saisie conservatoire suppose la mise en oeuvre d’un pouvoir de coercition qui appartient exclusivement à l’État” <sup>(114)</sup>.

---

<sup>(112)</sup> Cfr., em geral, Tribunal de Gela, 20.8.2003, e extensa anotação de Francesco Berlingieri, *Note sul sequestro della nave pronta a partire e sulla nave in corso di navigazione* (D.M. 2005, p. 215) e Tribunal de Gorizia, 25.3.2006, também anotado por Francesco Berlingieri (D.M., 2008, p. 1402).

<sup>(113)</sup> Tratar-se-á então de um problema de jurisdição dos tribunais marítimos (art. 3 da Lei 35/86). Cfr., entretanto, no tocante à Conv. 52, o 1.º § do art. 5 e art. 8, 4.

<sup>(114)</sup> *Les mesures conservatoires dans l’arbitrage maritime*, em D.M.F., 2004, p. 220 s, *maxime* p. 223. A citação que faço de Olivier Cachard não significa ser consonante com essa posição. Adiro ao que Paula Costa e Silva pondera em *Arbitrabilidade de medidas cautelares* (ROA, 2003, p. 211 s., *maxime* p. 219), designadamente quando refere a doutrina alemã sobre a admissibilidade do *arrest* arbitral. É, aliás, de ter em conta que o arresto arbitral tem uma conformação e uma *raison d’être* diversa no sistema da Conv. 52 e no nosso direito interno.

15.5. Entretanto, porque de qualquer modo estará apenas em causa uma *imobilização* do navio e não uma *apreensão*, situável no 1.º patamar de uma eventual *execução* (art. 409 do C.P.C.), não serão de convocar os “espantosos” diplomas com que os nossos infaustos legisladores pensaram “agilizar” o processo de execução <sup>(115)</sup>.

---

<sup>(115)</sup> Sobre eles cfr. a crítica certeira de Mariana França Gouveia em *A novíssima acção executiva* (ROA, 2009, p. 567-601). No mesmo sentido, Paulo Pimenta, *As linhas fundamentais da acção executiva*, na *Rev. do CEJ*, n.º 12, 2009, p. 169-182.





# DOS CONTRATOS DE RELAÇÃO ÀS RELAÇÕES DE ASSOCIAÇÃO (1)

*Pelo Prof. Dr. Diogo Leite de Campos*

## **1 — Os contratos de relação e as relações de associação.**

O Autor americano Ian MacNeil veio defender a existência de uma categoria de contratos, os contratos de relação (ou relacionais), perante a outra categoria a dos contratos instantâneos (ou “*discretos*” — “*discret contracts*”). Prolongando-se os primeiros no tempo e exigindo, por isso, contínua e próxima colaboração entre as partes. Esgotando-se os outros num momento.

Não me parece poder negar-se o interesse da distinção elaborada por MacNeil e que este vê espelhada em características muito significativas dos contratos (vd. infra). Nomeadamente na medida em que põe em causa uma concepção da relação jurídica tradicional, indiferente às pessoas, centrada nas coisas e acabando por reduzir as pessoas a coisas, objecto de relações jurídicas.

Julgo porém que a distinção não se pode centrar na menor ou maior duração do contrato, mas sim no comprometimento, no empenhamento pessoal das partes. É esta circunstância que exige uma nova teoria (geral) da relação jurídica (e do próprio Direito) para estes contratos. Há que libertar as partes do poder, que não necessariamente da autoridade (ético/jurídica), da contraparte. Permitindo simultaneamente uma melhor percepção de que nem tudo

---

(1) Escrito destinado ao livro de homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida.

o que é acordado é justo, logo Direito, e que o direito subjectivo enquanto poder de autoridade de um sobre o outro tem de ser afastado do campo contratual.

Ou seja: a distinção estará entre os contratos que impõem obrigações, direitos e deveres; e os contratos que criam relações de associação. Por outras palavras: os contratos sobre coisas; os contratos entre pessoas, dotadas e cercadas de direitos (da personalidade) intransponíveis. Direitos que transformam tais relações, não no diálogo entre amo-sujeito, poder-dever, mas no diálogo, na concertação entre pessoas iguais, em que o direito subjectivo e a obrigação desaparecem para dar lugar ao dever e à pretensão. Em que não há poder (embora haja Direito e possa e deva haver autoridade ética, social, funcional, etc).

O tipo das relações de associação é o casamento (ou a união “*more uxorio*”) em que há um comprometimento total de cada um dos cônjuges — a que só pode corresponder uma liberdade/responsabilidade também total. E não direitos a exigir o que é, naturalmente, íntimo e inalienável. Mas também a relação de parentesco, as associações, as sociedades, o mandato, em diversos graus, etc.

Vamos começar pela análise da doutrina de MacNeil nos seus traços essenciais, para depois elaborarmos muito sinteticamente uma doutrina das relações de associação.

## **2 — Os contratos de relação — Introdução.**

### **A) A duração do contrato: o contrato incompleto.**

Ian MacNeil considera que as partes vêm nos contratos uma completude que não existe <sup>(2)</sup>.

Como as partes não podem, e sabem que não podem, prever todos os acontecimentos que possam surgir no futuro, nunca estarão em condições de negociar um contrato que preveja e regule todos esses acontecimentos. Por outro lado, qualquer das partes,

---

<sup>(2)</sup> Restatement (second) of contracts and presentation, Virginia Law Review, 1974, vol. 60, p. 589 e segs.

perante uma situação concreta, só consegue aperceber-se de alguns dos seus pontos e mesmo estes de maneira deficiente. Na medida em que vive num mundo que lhe é próprio, as suas próprias experiências, objectivos e exigências vêm reflectir essa relação. Assim, a ambiguidade está inerente ao contrato. Suponha-se um contrato de trabalho a dez anos. As partes não podem prever no contrato o salário do empregado dentro de anos, o que torna o contrato necessariamente incompleto <sup>(3)</sup>.

Para além disso, cada uma das partes pode ter querido voluntariamente concluir um contrato incompleto por razões estratégicas ou por razões pecuniárias <sup>(4)</sup>.

Assim, um contrato pode ser incompleto quando uma das partes prefere guardar o anonimato sobre os seus meios ou as suas necessidades. Na celebração de um contrato de trabalho, o mau trabalhador vai tentar dissimular esta qualidade; ao trabalhador médio é-lhe indiferente; o bom trabalhador vai tentar demonstrar estas qualidades a fim de ser mais bem remunerado.

O empregador começará por dar a todos os empregados um salário médio que vai subir ao fim de certo tempo quanto aos melhores trabalhadores. Se o contrato fosse completo, o empregador deveria tomar em consideração estas categorias de trabalhadores desde a formação do contrato, o que seria extremamente difícil, se não impossível. O contrato assim é adaptado à própria evolução da realidade.

Por outro lado, as partes pensam, sobretudo nos contratos a longo prazo, que um contrato preciso é fonte de complicações porque cumpri-lo à letra pode dar origem a graves injustiças. As partes entendem que uma planificação rigorosa limita a flexibilidade e as impede de reorganizar o contrato. Por outro lado, tudo tentar prever, pode bloquear o contracto <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Vd., entre outros, A. Schwartz, “*Relational contracts in the Courts on analysis of incomplete agreement and judicial strategies*”, *Journal of legal studies*, 1992, p. 280 e segs.

<sup>(4)</sup> Vd. Steurant Macaulay, “*The use and non use of contracts in the manufacturing industry*”, *The Practical Lawyer*, 1963, 9, p. 18 e segs.

<sup>(5)</sup> Sobre esta matéria, vd. F. Ost, *Temps et contrat critique du pacte faustien*, em *Travaux de l’Arociation Henri Capitant, La relativité du contrat*, LGDJ, Paris, 2000, p. 137 e segs.

As partes que pretendam celebrar um contrato completo devem conhecer exactamente a realidade e considerar todas as evoluções possíveis desta. Esta previsão nunca será atingida e uma aproximação insuficiente dos riscos que podem surgir será extremamente nociva; é totalmente “*impossível prever o futuro*”. Assim, as partes decidem muitas vezes deixar persistir certos riscos, certos vazios nos seus contratos. Na medida em que é mais eficaz economicamente e mais realista para o contraente, aceitar a existência de um risco desconhecido, a negociar posteriormente, do que assentar em informações que são sempre falíveis e que tornam o contrato perigosamente rígido.

### 3 — B) O princípio da impessoalidade. Crítica.

Segundo a teoria clássica, qualquer transacção é impessoal: as partes nunca tiveram relações no passado e não as terão no futuro. A identidade das partes é considerada como não pertinente. É certo que há relações verdadeiramente impessoais, como a compra de um mero objecto de consumo numa cidade estrangeira à qual o comprador não voltará. Contudo, normalmente estabelece-se um relacionamento entre as partes, pelo menos mínimo, quanto mais não seja a pergunta e a resposta sobre o preço e as qualidades do bem <sup>(6)</sup>.

Ian MacNeil não é partidário da análise económica do Direito, sendo um relacionista. Este movimento recusa as teses dos partidários da análise económica do Direito, nomeadamente no aspecto de que os contratantes são “*racionalis*” e que procuram unicamente o seu interesse egoísta e imediato. Para Ian MacNeil as trocas impessoais dizem respeito sobretudo à transferência do controlo da propriedade, em menor grau ao âmbito da produção de transmissão de bens e serviços <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Vd. Ian Macneil, “*Contracts: adjustment of long term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law*”, *Northwestern University Law Review*, 1978, 72.

<sup>(7)</sup> Art. cit., “*Relational Contract: what we do and do not know*”, *Wisconsin Law Review*, 1985, esp. p. 486 e segs.

O princípio da impessoalidade também é limitado pelo facto de que na base de todo o contrato está confiança. Uma pessoa só contrata com outra porque tem confiança no outro contratante. A não ser os casos especiais de contrato quase instantâneos <sup>(8)</sup>.

#### 4 — C) A ordem dinâmica.

É tradicional e corrente considerar que o Direito tem um papel essencial nas relações humanas. Durkheim escreve que as condições de cooperação entre as pessoas, decorrentes da divisão do trabalho, são fixadas para toda a duração das suas relações. Caso contrário, haveria a todo o momento conflitos novos. É bom não esquecer porém que, se a divisão do trabalho toma os interesses solidários, não os confunde: deixa-os distintos e rivais. Já Tomás Moore considerava que a lei é a causa da ordem social. Contudo, pode aceitar-se a existência de uma ordem dinâmica e não de uma ordem rígida, estática. Obedecendo-se a normas que, não sendo “*imperativas*” e cogentes, não são menos obrigatórias

#### 5 — D) A importância dos usos.

As pessoas preocupam-se com a ética e os usos e não tanto com a lei para determinar os seus principais direitos. Isto explica-se pelo facto de o elemento determinante do cumprimento das obrigações ser o imperativo (ético-social) que cada um sente nesse sentido.

A norma de harmonização com a matriz social é muito mais importante nos contratos de relação do que nos contratos impessoais, estes sendo mais planificados, pouco flexíveis e mais dependentes dos seus termos escritos.

---

<sup>(8)</sup> Art. cit., “Contracts: adjustment of long term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law”, cit., esp. p. 858 e segs.

## 6 — O impacto da teoria dos contratos relacionais

A teoria de Ian MacNeil fez tomar consciência, tanto aos juristas como aos economistas, que um contrato está cercado de um contexto social. Assim M.A. Eisenberg no seu artigo “*The responsive model of contract law*”<sup>(9)</sup> retomou as ideias de MacNeil. Considerando que o Direito dos contratos pode ser dividido em dois módulos: o primeiro iria da objectividade à subjectividade; o segundo iria da standardização à individualização. M. J. Radin aplicou a teoria dos contratos relacionais aos direitos de propriedade, tentando demonstrar que os direitos de propriedade não podem ser compreendidos sem se fazer referência à pessoa humana<sup>(10)</sup>.

Há cerca de vinte anos um movimento denominado “*Estudos Jurídicos Críticos*” (“*Critical legal studies*”) atacou os fundamentos da teoria clássica, embora considerando, como esta, que a função social do contrato é de trocar bens económicos. Considerando esta visão do contrato um meio utilizado pela classe dominante para impor e perpetuar uma sociedade capitalista fundada sobre a hierarquia<sup>(11)</sup>.

## 7 — A teoria dos contratos de relação e a análise económica do Direito

O ponto de partida da análise económica do Direito é o de que a economia é a ciência das escolhas relacionais dos seres humanos num mundo onde os recursos são limitados<sup>(12)</sup>. Tem por fundamento a economia liberal. A sua finalidade é determinar a utilidade das noções económicas e sobretudo maximizar a riqueza da sociedade mudando eventualmente as suas representações.

---

<sup>(9)</sup> Stanford Law Review, 1984, 36, p. 1107 e segs.

<sup>(10)</sup> Para maiores desenvolvimentos, vd. ob. cit., p. 129 e seg.

<sup>(11)</sup> Por todos, vd. R.W. Gordon, Unfreezing legal reality: “*critical approaches to law*”, Florida State University Law Review, 1987, 15, p. 195 e segs.

<sup>(12)</sup> R. Posner, Economic analysis of Law, Little Brown and Company, 4.ª Ed., 1992, p. 3 e seg.

No que se refere ao direito dos contratos, um dos seus objectivos é o de definir os elementos que maximizam o seu cumprimento espontâneo. Os partidários da teoria económica do Direito consideram que os contratantes são egoístas e que o seu único objectivo é o de maximizar o seu lucro. O seu modelo é, portanto, o contrato impessoal <sup>(13)</sup>.

Ian MacNeil demonstrou que nos contratos de relação os contratantes cooperam mais intensamente porque desejam continuar a relação. Assim, a análise económica do Direito e a teoria de MacNeil não são compatíveis. A flexibilidade descrita por MacNeil é contrária ao princípio desenvolvido pelos economistas, segundo os quais os contratantes relacionais concluem necessariamente contratos completos. Embora tenham aceiteado os contratos relacionais, os partidários da economia do Direito limitaram o seu alcance prático porque os limitam aos contratos de longa duração que são incompletos, não aderindo estes aos princípios da solidariedade que devem existir entre os contratantes. Contudo, Gozemer, partidário da teoria económica do Direito, reconheceu que a confiança era o elemento mais importante das relações entre os homens de negócios, sustentando que vivemos num mundo relacional. Goldberg considera, desde 1966, que os contratos de longa duração não podem ser contratos impessoais.

Assim, as partes visam menos definir o preço e a quantidade a quando da conclusão do contrato, e mais definir as normas que governam a relação, de maneira a modificar o contrato ou a resolvê-lo.

## 8 — Critérios gerais dos contratos de relação

As duas categorias de contrato não são totalmente antinómicas porque, tanto nos contratos relacionais como nos contratos impessoais, há uma troca económica.

Estas duas categorias de contratos têm em comum o acréscimo das normas. A diferença entre o contrato impessoal e o con-

---

<sup>(13)</sup> Vd. V.P. Goldberg, “*Journal of Economic Issues*”, 1978, 10, p. 49 e segs.



trato relacional é para MacNeil próxima da distinção dos sociólogos entre as relações primárias e as relações não primárias.

Três critérios distinguem estas duas categorias de relações. Na primeira, as pessoas estão implicadas completamente e na sua unicidade. Por consequência, uma oferta feita a uma pessoa não pode ser transferida para uma outra.

Como a entidade das pessoas é importante, uma parte não pode ser substituída por uma outra. O que não é o caso das relações não primárias.

Em seguida, nas relações primárias as comunicações entre as pessoas são longas e importantes. Ao contrário, nas relações não primárias este relacionamento está ligado a alguns aspectos precisos.

Em terceiro lugar, nas relações primárias o indivíduo procura um desenvolvimento pessoal, não procurando simplesmente um objectivo típico, o que não é o caso nas relações não primárias.

Em resumo, as partes de um contrato impessoal são individualistas enquanto que as partes de um contrato relacional são mais colectivistas.

A diferença entre os dois tipos de contrato também resulta da maneira como os conflitos são resolvidos. No caso de não cumprimento substitui-se o cumprimento da obrigação por uma restituição “*in natura*” ou pela obrigação de indemnizar.

Os contratos relacionais insistem sobretudo sobre o aspecto de cooperação. A resposta relacional a um não cumprimento de uma parte das obrigações não é o fim da relação mas o modo como se deve de restabelecer essa relação. Haverá procedimentos, como negociação e medição, a arbitragem ou todo outro processo que favoreça a cooperação, tentando evitar-se a resolução do contrato ou a indemnização.

## 9 — Os critérios de qualificação dos contratos de relação

MacNeil estabelece diversos critérios para a determinação da natureza do contrato <sup>(14)</sup>.

O primeiro critério <sup>(15)</sup> para determinar se um contrato é impessoal ou de relação é estudar a natureza geral da relação: qual é o empenhamento pessoal das partes, os meios de comunicação utilizados e o objecto do contrato. Se o empenho das partes é limitado, se os contratantes são intermutáveis, se os meios de comunicação são exclusivamente formais e se o objecto do contrato é simples e substituível em dinheiro, então o contrato será impessoal; caso contrário será relacional. Ou seja: é preciso determinar se as relações entre as partes são primárias ou não primárias. *O exemplo típico do contrato de relação é o casamento.*

Segue-se <sup>(16)</sup> estudar se a troca é quantificável em dinheiro. Num contrato impessoal, uma parte entrega dinheiro e a outra entrega um bem facilmente substituível por dinheiro. Num contrato relacional, pelo contrário, a troca é dificilmente avaliável em dinheiro, não sendo considerada como tal pelas partes.

Passa-se ao estudo das razões pelas quais as partes vão respeitar o contrato que concluíram <sup>(17)</sup>. Nos contratos impessoais as razões são exteriores às partes: as partes cumprem as suas obrigações porque têm receio das sanções. Por definição, a relação terminar-se-á logo que as obrigações tenham sido cumpridas.

Nos contratos de relação as razões são externas e internas. As razões internas provêm principalmente do facto de que a troca é ao mesmo tempo presente e futura. As razões internas não são portanto razões internas à pessoa, mas à relação, à sua continuação. O futuro é importante porque as partes consideram outras

---

<sup>(14)</sup> Seguimos aqui a ordenação de Corinne Boismain, *Les Contrats relationnels*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pg. 142 e segs. Tivemos sempre presente esta Autora na análise que fazemos da doutrina de McNeil.

<sup>(15)</sup> Ian McNeil, "The many futures of contract", *Southern California Law Review*, 1974, 47, pp. 738 e segs.

<sup>(16)</sup> Aut. ob. loc. cits.

<sup>(17)</sup> Aut. ob. loc. cits.

trocas com o contratante actual desde que respeite as suas obrigações.

Segue-se a duração do contrato <sup>(18)</sup>. Os contratos impessoais são de curta duração — nomeadamente a compra e venda instantânea.

Nos contratos relacionais a duração é longa, não estando previsto nenhum termo para o contrato. Pode mesmo suceder que o comprimento do contrato continue depois da morte de um dos contratantes.

Depois, estuda-se o modo como o contrato começa e termina. Nos contratos impessoais o princípio é concluir um acordo de vontade das partes que se realiza num momento preciso no tempo. A fronteira entre estar no contrato e não estar no contrato está claramente definida. Do mesmo modo, o fim do contrato sucede quando as obrigações de ambas as partes foram cumpridas.

O mesmo não sucede nos contratos relacionais em que muitas vezes não se conhece exactamente o início, a extinção não é determinada e a troca não se limita a quantias ou prestações precisas.

Há que levar em conta planificação do contrato <sup>(19)</sup>. Sendo a planificação inerente às actividades humanas, é porque o ser humano tem consciência do seu passado, do seu presente e do seu futuro, que planifica. Contudo, a planificação é diferente nos contratos impessoais e nos contratos relacionais. Nos contratos impessoais a planificação deve necessariamente aparecer antes ou no momento da conclusão do contrato. Enquanto nos contratos relacionais se a planificação intervém no momento da sua cooperação também existe ao longo de toda a sua execução.

Analisar-se-á seguidamente cooperação necessária depois da conclusão do contrato ou do começo da execução <sup>(20)</sup>. Num contrato impessoal não há cooperação depois da extinção do contrato, e também não existe no começo da execução. Nos contratos relacionais estes dependem inteiramente da cooperação das partes depois da celebração dos contratos.

---

<sup>(18)</sup> Id. ib.

<sup>(19)</sup> Id. ib.

<sup>(20)</sup> Id. ib.

Segue-se o critério da repartição dos benefícios e encargos (21). Nos contratos impessoais ambos pertencem à parte que é proprietária do bem. Nos contratos relacionais, pelo contrário, os benefícios e encargos são partilhados entre as partes. Por exemplo, numa sociedade entre dois médicos cada um contribui com o seu trabalho para a riqueza do seu sócio, mas também para a sua própria. Os benefícios e encargos serão distribuídos e não trocados entre os dois sócios.

A fonte das obrigações das partes é um elemento de relevo (22) Num contrato impessoal a fonte exclusiva do conteúdo da obrigação encontra-se nas promessas comunicadas à outra parte e aceites. As sanções também são igualmente precisas. Consistindo normalmente em somas de dinheiro ou no comprimento específico. Contudo, o montante da indemnização depende do dano suportado pela parte que sofre o não cumprimento. Só pode ser avaliado precisamente depois do não cumprimento.

Num contrato relacional as promessas expressamente formuladas, comunicadas à outra parte e aceites, não são necessárias. O conteúdo das obrigações é impreciso e modificável. No que se refere às obrigações indeterminadas, a sanção do seu não cumprimento não é específica nem mensurável.

Será o contrato transferível (23)? Nos contratos impessoais uma ou as duas partes podem ser substituídas sem que haja atentado à validade do contrato. Pelo contrário, nos contratos relacionais as partes não são transferíveis, dado que a sua identidade é importante e as obrigações não são exclusivamente económicas.

O décimo primeiro critério é estudo do número de contratantes (24). Nos contratos impessoais há duas partes. Se o contrato tem mais de duas partes tende a tornar-se um contrato de relação porque as partes vão ter necessidade de harmonizar os seus diferentes interesses, comunicando umas com as outras e colaborando. Um contrato de relação comportando unicamente duas partes será, por exemplo, um casamento.

---

(21) Id. ib.

(22) Id. ib.

(23) Ib. Id.

(24) Ib. Id.

A visão que os contraentes têm do seu contrato é de relevar (25). Nos contratos impessoais as partes pensam no contrato como meio de troca, servindo unicamente para comprar ou vender bens, isto é, para transferir a propriedade. Há uma forte noção da ideia de troca. Pelo contrário, nos contratos de relação as partes dão pouca ou nenhuma importância à noção de troca. As partes não consideram que o que fazem seja em troca de qualquer coisa. Assim, o esposo ao qual se pede um serviço não pensa em exigir um serviço equivalente.

## 10 — O carácter pessoal.

Nos contratos de relação é caracterizante o “*intuitu personae*” (26). A qualificação dos contratos como “*intuitu personae*” envolve duas características principais: as obrigações que decorrem do contrato são rigorosamente pessoais dos contratantes; e estes últimos não as podem transmitir.

Contudo, não se pode concluir que um contrato de relação seja um contrato concluído com “*intuitu personae*” e que um contrato impessoal seja um contrato não concluído “*intuitu personae*”. Com efeito, o mandato parece ser um contrato relacional. Mas se for celebrado com uma agência imobiliária para vender ou comprar o bem, é um contrato impessoal.

Por outro lado os contratos de concessão não são necessariamente “*intuitu personae*”, embora se trate de contratos de relação.

A identidade de ao menos uma das partes é primordial nos contratos concluídos “*intuitu personae*”. Assim, as partes não são intermutáveis, o que quer dizer que pelo menos uma das partes não pode mudar facilmente. Os contratos concluídos com aquele intuito não podem evoluir no decurso do tempo. Um contrato não pode tornar-se “*intuitu personae*” depois da sua conclusão, contrariamente ao que se passa para os contratos relacionais que podem

---

(25) Id.ib.

(26) Corinne Boismain, cit., p. 188 e segs.

ser impessoais no momento da sua conclusão, e tornar-se relacionais seguidamente ou reciprocamente.

## **11 — Os contratos “*discretos*”. Apreciação crítica.**

No oposto dos contratos de relação estariam, para McNeil, os contratos discretos, pontuais, de execução instantânea.

Um contrato é de execução instantânea quando dá lugar a obrigações susceptíveis de serem executadas de uma só vez, como por exemplo a venda de um objecto. Um contrato é de execução sucessiva quando comporta execução de obrigações prolongadas no tempo.

Esta classificação tem um domínio da aplicação limitado, pois que se refere principalmente aos efeitos da invalidade. Com efeito, os contratos de execução instantânea, uma vez anulados ou resolvidos, considera-se que nunca existiram. Em contrapartida, os contratos de execução sucessiva, tendo sido cumpridos durante um certo tempo, a sua resolução pode só se traduzir para o futuro (em princípio). Por outro lado, os contratos de relação podem ser de execução instantânea como a doação, ou de execução sucessiva como o contrato de franquia.

Um contrato pontual pode ser também um contrato de relação, como por exemplo a prestação de serviços domésticos durante uma hora.

## **12 — A resposta da concepção tradicional às exigências dos contratos entre as pessoas.**

### **A) A diminuição da força vinculativa do contrato.**

A força obrigatória dos contratos assentes na liberdade contratual decorre de um dos princípios fundamentais do Estado do Direito contemporâneo que é o Estado do Direito dos Cidadãos auto-criadores do seu direito, em liberdade, em responsabilidade e

em autonomia. Nesta medida, posso dizer que a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos são dos princípios fundamentais da sociedade e do Estado.

Para muitos Autores a norma de direito inter-subjectiva é uma livre criação do ser humano (embora se possa e deva exigir o seu reconhecimento pela lei). No século XIX chegou-se à doutrina de autonomia da vontade criadora, ela mesma e pela sua própria força, de direitos e obrigações.

Contudo diversas entorses vieram a ser introduzidas.

A primeira adaptação é a flexibilização do contrato através de correcções ao princípio do seu carácter vinculativo. O contrato impõe-se às partes que só o podem modificar de comum acordo. Mas a lei permite que o juiz modifique o conteúdo do contrato estabelecido pelas partes; estabelece um prazo de retratação. Isto existe sobretudo no direito do consumo e nas cláusulas contratuais gerais.

### **13 — B) — Efeitos perante terceiros**

Cada vez mais os contratos produzem efeitos directos em relação a terceiros. Isto sucede em matéria do Direito de trabalho em que os contratos colectivos de trabalho vêm compreender, não só aqueles que os celebraram, embora através dos seus representantes, como todos os outros mesmo que eventualmente contrários a eles. Mas também no Direito do meio ambiente, no Direito societário, etc.

### **14 — Reanálise da perspectiva tradicional dos contratos**

A teoria clássica está em crise segundo MacNeil, porque parte do princípio do que um contrato está necessariamente completo e de que é necessariamente impessoal, isto é, celebrado entre dois estranhos e por uma operação única <sup>(27)</sup>. Vamos analisar criticamente estes dois princípios.

---

(27) “*Restatement (second) ...*”cit.

## 15 — O princípio do contrato completo

Segundo a teoria clássica, o contrato está completo quando o futuro pode ser incorporado no presente através da previsão completa e esgotante das partes. Contudo, as partes nunca poderão prever tudo o que possa acontecer. É preferível deixar espaço vazio no contrato e esperar que este último seja executado flexivelmente e de modo adaptado às circunstâncias. Com efeito, prever tudo é impossível e prever o mais possível toma tempo e é sempre incompleto. Consequentemente a redacção de um contrato muito completo seria inútil e dispendiosa.

A doutrina clássica americana resolve uma parte do problema das lacunas dos contratos considerando que as partes, ao celebrarem o contrato, aceitaram cláusulas supletivas necessárias à boa execução deste.

A teoria clássica nos Estados Unidos tentou obviar a este problema tornando vinculativos contratos que envolvem lacunas que podem ser preenchidas segundo técnicas previstas no próprio contrato. Sempre com respeito da vontade das partes expressa no contrato.

Diversas técnicas têm sido utilizadas.

Uma é a utilização de modelos que não são controlados pelas partes. Por exemplo, a indexação à taxa de subida dos preços.

Segue-se a interpretação e a determinação da obrigação das partes por terceiros, nos Estados Unidos sobretudo pelo recurso à arbitragem.

Encontra-se a seguir a determinação dos termos do contrato deixada a uma só das partes.

Finalmente, a conclusão de um protocolo impondo às partes porem-se de acordo. As partes podem ter previsto no contrato original que, no caso de uma lacuna, se deveriam pôr de acordo sobre o modo de a preencher. Mas esta técnica tem interesse limitado, porque as partes sempre podem acordar sobre o desenvolvimento, a interpretação e o preenchimento das lacunas dos contratos. Se as partes não se põem de acordo é sempre difícil obrigá-las a chegar a esse acordo.



Também é de considerar a informação recebida ou compreendida diferentemente por cada uma das partes.

Uma outra crítica feita ao princípio do contrato completo é que este não toma em conta as diferenças de personalidade e experiência das partes. As partes não conhecem os mesmos factos e não compreendem a mesma coisa a partir deles. A própria linguagem, quer expressa oralmente quer por escrito, é só um instrumento imperfeito do pensamento. De modo que, mesmo que as partes tenham compreendido os mesmos factos e tirado deles as mesmas conclusões, a linguagem oral escrita será sempre ambígua. Por outro lado, o intérprete, perante um contrato escrito, não conhecerá o contexto em que ele foi concluído e estará vinculado unicamente à sua formulação, nunca representando completamente a vontade de cada uma das partes e de ambas.

Assim, conclui-se que a teoria clássica, impondo que o futuro seja incorporado no presente, não está adequada às necessidades dos contraentes. Por outro lado, a crise do direito dos contratos deve-se em boa parte ao facto de se esperar que os contratos sejam completos quando na realidade são normalmente incompletos.

## **16 — A evolução a partir dos contratos de relação: as relações de associação**

McNeil, nos quadros da ciência jurídica anglo-sexónica, não foi mais longe do que a criação dos contratos de relação. Assinando-lhes algumas características perante os “*discret contracts*”. As principais das quais estarão no relacionamento directo das pessoas em prejuízo da relação sobre as coisas, no comum interesse na realização dos fins do contrato, na importância indispensável e essencial que cada uma e as suas necessidades têm na economia do contrato.

A ponto de uma Autora mais recente afirmar que o contrato de relação se caracteriza pela importância decisiva que as qualidades de uma das partes têm para a outra que não celebraria o contrato se

não fosse com essa pessoa, pois só a colaboração com essa permite a execução do contrato <sup>(28)</sup>.

Pode, portanto, ir-se mais longe.

Daí que tivessem sugerido derivações diversas da concepção de McNeil, como o solidarismo em França e em outros ordenamentos jurídicos. Ficando todavia na consideração de características bem conhecidas da teoria geral dos contratos, nomeadamente a que afirma que os contratos não podem servir de instrumento de predação sobre outrem, mas de instrumento de colaboração <sup>(29)</sup>.

Mas serviram de chamada de atenção para a necessidade de rever — e reformar - a teoria geral dos contratos. E julgo que uma cisão nesta teoria distinguirá entre os que implicam numa relação entre pessoas e os que têm coisas por objecto. Ou, mais em geral: distinguir entre as relações de pessoas/relações de associação e as relações sobre as coisas, transaccionando estas, usufruindo-as ou detendo-as.

Penso que há que retirar daqui uma lição: a teoria geral dos contratos — a própria teoria geral da relação jurídica — está a fracccionar-se entre as relações de pessoas (que designaremos mais tarde relações de associações) e as relações sobre coisas.

## 17 — O espaço das relações de associação

A actual teoria do Direito, especialmente a teoria da relação jurídica, parece inadequada aos contratos de associação, contratos entre pessoas enquanto tais, empenhadas “*pessoalmente*” na relação; pensando hoje os juristas tanto nas coisas que as pessoas/ /sujeitos acabam coisificadas como objecto da relação.

A evolução da sociedade, do Estado de Direito e das representações sobre a pessoa humana abriu o espaço necessário para as relações de associação.

---

<sup>(28)</sup> Foi esta afirmação de Corinne Boismain que me fez pretender ir mais longe, por outra via, e definir a categoria de relações de associação.

<sup>(29)</sup> Vd. Diogo Leite de Campos, Contrato a favor de terceiros, Coimbra, Almedina, 2009.

Vamos distinguir a nova perspectiva do Estado e do Direito como fontes não tanto — ou cada vez menos — de injunções e de sanções, mas de promoção e de agregação da sociedade através de referências gerais.

Depois, passamos à “*invasão*” do Direito pelos direitos, pela consideração da autonomia da pessoa humana (e dos seus direitos da personalidade) não como objecto mas como sujeito de Direito (de cada caso).

## 18 — O Estado organizador, promotor e referencial

O Estado de hoje (“*pós-moderno*”) já não é o Estado dos “*poderes*”, das sanções, das ordens a que se obedece sem se discutir.

Antes de mais, assume uma função “*promocional*” pelo instrumento das “*sanções positivas*”, dos incentivos, das recompensas que não visam (directamente) punir os actos socialmente indesejáveis, mas promover os socialmente desejáveis<sup>(30)</sup>.

Depois, e nesta ordem de ideias, prossegue tal finalidade através de normas de organização que visam promover a associação concertada entre indivíduos e organizações prosseguindo fins comuns.

Finalmente, actua cada vez menos por imposições, ordens ou castigos. E mais por associação dos indivíduos e das organizações à roda de referências comuns de carácter ético-social.

A família, as sociedades, as associações, as organizações políticas estão “*reguladas*” por normas de organização — não por normas de conduta — que permitem e promovem valores ético-jurídicas e sociais.

Há que afastar a concepção do Direito como (só) estabelecendo conexões entre obrigação/coacção/sanções.

Não podemos olvidar, ou sequer menosprezar, a importância que o imperativo ético ou social e as recompensas de toda a ordem a ele associadas têm no cumprimento das normas.

---

(30) Vd. N. Bobbio, Da estrutura à função, S. Paulo, Manole, p. 2.

A ordem jurídica só é possível se as normas na esmagadora maioria dos casos forem cumpridas espontaneamente, sem o imperativo da polícia ou dos tribunais.

E temos também de relevar o ingrediente social, mais ou menos institucionalizado — doutrina, jurisprudência, costumes, etc. — na formação do Direito.

Finalmente, a acção da política não é tanto criar imperativos, aplicar sanções, mas reunir os cidadãos à roda de referências ético-sociais-económicas, promovendo a sua promoção pelos cidadãos. As normas imperativas - nomeadamente as que impõem, ou impunham, obrigações — têm-se transformado em relações de associação, na dependência da vontade dos cidadãos, dotadas de sanções reduzidas, como é o caso do Direito da família.

## 19 — A crise do Direito e os direitos abrindo campo para as relações de associação

O homem moderno é constantemente atraído, sobretudo desde o século XIX numa progressão constante, a acompanhar o progresso das ciências e das técnicas pelo conceito de possibilidade <sup>(31)</sup>.

O século XX demonstrou as consequências a que conduziu tal possibilidade: guerras, genocídios, regimes despóticos, ruínas económicas. (Re-)Encontrou o ser humano do século XX a barreira das múltiplas impossibilidades inerentes à condição humana.

Ao princípio cristão de que “*tudo é possível para quem acredita*” (MC, 9, 22) substitui-se o de que tudo é possível para quem tem domínio sobre a matéria. Transferindo o ser humano a sua confiança de Deus para si mesmo. Descobrendo as suas limitações, tende a voltar a novos colectivismos através da afirmação de direitos (da personalidade) que vinculariam os outros em benefício da vontade do eu.

Os cristãos entendem que é a fé que abre aos homens todas as possibilidades, porque “*tudo é possível para quem acredita*” (MC,

---

<sup>(31)</sup> Sobre estas matérias vd. Raniero Cantalamessa, Preparai os caminhos do Senhor, trad. brasil., Edições Loyola, S. Paulo, s.d., pág. 102, que serve de base às presentes considerações.

9, 22). Acreditar significa “*permitir que seja verdade aquilo que nos é dito*” (32).

Sendo a fé e o que dela resulta uma possibilidade aberta a todos, indistintamente, a fé iguala todos os seres humanos em idênticas possibilidades (33). A fé é capaz de vencer o mundo (34).

Fé que é o contrário da impaciência do “*tudo e já*”: “*A tribulação produz a perseverança, a fidelidade provada e a esperança*” (Rm. 5,4) (35).

Há que reconhecer limites, constrangimentos, sofrimentos — por muito que a ciência e a técnica tenham debelado alguns deles.

Por esta via, há uma efectiva transformação da pessoa (“*I-You*”) (36) à qual é devida uma relação de amor, num objecto (“*it*”) dos interesses dos outros. Transformando-se o I-You em I-It — ao contrário do preceito de Kant de que se deve tratar a humanidade, na nossa pessoa como nas outras, como um fim e não como um meio; e também do preceito fundamental do ser humano, de amar os outros como a si mesmo, transformando o próprio “*I-You*” em “*nós*”. Ao contrário do natural adensamento do mundo do “*nós*” (feito de muitos I-You), está a expressar-se o mundo do “*it*” — do “*Eu-vós*”, com um Eu dominante predando os “*vós*”. Em que o Eu não vê o outro (37). Cada vez mais afastado do “*encontro total*” que deve caracterizar pais e filhos, em que o “*You*” é visto com o “*ser completo de cada um*” (38).

Esta realidade é contemporânea de uma crise dos valores do Direito civil a todos os níveis, nomeadamente a nível da certeza jurídica, da completude do ordenamento e mesmo do valor da igualdade referido à dignidade da pessoa humana/pessoa jurídica (39).

(32) Raniero Cantalamessa, ob. cit., pág. 102.20.

(33) Aut. ob. loc. cit.

(34) Aut. ob. cit., pág. 108, cit. Sto. Agostinho, De civitate Dei, XVIII, 51, 2.

(35) Aut. ob. cit., pág. 125.

(36) Utilizando expressões de Martin Buber, I and thou, trad. ingl. de Walter Kaufmann, “A Touchstone Book”, Simon and Schuster, New York, London, Toronto, Sidney, s.d.

(37) Ao contrário da “*saudação eternamente jovem*”, física, relational do “*Kaffir*” “*Vejo-te*” — Martin Buber, ob. cit., pág. 70.

(38) Martin Buber, ob. cit., prólogo de Walter Kaufmann, pág. 17.

(39) Vd. Nicolò Lipari, “La formazione negoziale del Diritto”, Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, I, Giuffrè, 1988, pág. 397 e segs., que seguimos de perto.

Hoje, os modelos concretos de comportamento dos membros da sociedade são cada vez menos produzidos por normas gerais e abstractas e mais determinados pelos próprios factos que desencadeiam esses comportamentos, sem se virem a plasmar em normas.

Existe, conseqüentemente, uma crise da própria ideia de sistema. Cada facto da vida encontra cada vez mais a justificação em si próprio, sem ter de ir procurar modelos do comportamento criados por normas.

Verificando-se um processo contínuo de auto referimento entre norma e decisão, entre lei e caso, entre norma e sujeito, entre valor e interesse. O Direito, também o Direito civil (possivelmente este em muitos campos com mais razão do que os outros ramos de Direito), tem-se transformado num direito individual, num direito do caso concreto que, quando gera normas, as gera através de modelos contratuais, de negociação entre sujeitos privados.

As técnicas de interpretação/aplicação das normas assentavam nestas e na própria ideia de sistema, enquanto sistema interno, como termo de referência objectivo da actividade do jurista. Ou como sistema externo, entendido como ponto final de chegada da actividade do jurista.

Ora, hoje, a norma, mesmo quando reveste a forma de lei, aparece muitas vezes como resultado de uma contratação, de um contrato social reduzido a cada vez menos actores, fraccionando o ordenamento.

Afastada progressivamente a referência do fenómeno jurídico à certeza do Direito formal, radicando-o na problematicidade concreta dos valores sociais e das forças sociais em confronto, está a cair-se numa crise de valores, do valor da certeza e segurança do Direito, da igualdade dos sujeitos de Direito e, portanto, da justiça. O que leva ao desgastar do Direito. Mas não necessariamente.

O modelo weberiano fundado sobre uma imagem do poder concebido como sistema fechado no qual se verificam relações hierárquicas de comando e de execução, de objectivos e de meios, é substituído pela imagem de um sistema aberto no qual o poder se constrói “*a posteriori*”, numa relação sempre mutável do sistema com o seu ambiente.

O sujeito deixa de integrar o tipo legal para passar a constituir síntese de todos os efeitos, aparecendo a norma legal cada vez menos como norma e sempre mais como decisão. Surgindo o império da subjectividade, entendida esta no sentido etimológico daquilo que está no fundamento do fluxo variável de relações sempre mutáveis. A norma, tornada decisão, acaba por ser inevitavelmente ligada aos que têm maiores possibilidades de fazer valer a sua vontade contra aqueles em benefício dos quais se pensava afirmar as tutelas subjectivas. Invertendo-se, perversamente, a própria “*ratio*” do Estado-social, depois de se ter posto em causa o Estado-de-Direito.

O indivíduo aparece como o “*único*” actor social pronto a assumir-se como o “*único*” autor de si próprio e dos outros. Dotado de uma vontade ilimitada e não limitável — sobretudo pela norma geral e abstracta, prévia à sua vontade.

Esta evolução é contemporânea da introdução dos direitos da personalidade em todos os ramos do Direito, aparecendo como um ingrediente imprescindível da resolução de cada caso.

O Direito da família, aqui compreendido o Direito da filiação e da procriação, sofreu uma evolução muito profunda a partir dos anos sessenta, sobretudo pela recepção dos direitos da personalidade, no entendimento que lhes tem sido dado.

E depois, e progressivamente, os outros ramos influenciados sobretudo pelos direitos de segunda e de terceira geração, de carácter mais colectivista e promocional: “*direito*” à habitação, à saúde, ao meio ambiente saudável, etc.

A introdução dos direitos da pessoa no âmbito do Direito da Família teve aspectos claramente benéficos que ainda hoje não estão totalmente adquiridos. Mas também a recepção dos direitos da personalidade em termos individualistas (diria que em termos anglo-saxónicos) basicamente como liberdades (ou direitos) contra os outros, não é inocente e tem de ser entendida na verdadeira dimensão. O Direito da família contemporâneo, modelado pela introdução dos direitos da pessoa enquanto liberdades ilimitadas, assenta numa ideia de “*não-modelo*” das relações familiares abandonadas à vontade dos familiares, vontade eticamente neutral. Nem sequer se aceita, em obediência à vontade livre do sujeito, ao

direito subjectivo e absoluto que a ética, a antropologia, a biologia, a própria família se determinem em normas (gerais e abstractas), se positivem em Direito.

Parece-me ser possível distinguir duas grandes zonas: uma deixada aos interesses de cada um: divórcio, esterilização, alteração de sexo, fecundação heteróloga. Onde, nas relações de força que se estabelecem, a parte mais fraca sai normalmente prejudicada; em negação à própria ideia de Direito que tem como pontos de partida e de chegada a promoção da igualdade entre os interessados.

No outro sector em que aparecem demasiadamente visíveis as diferenças de poder entre os sujeitos — no Direito da filiação e do Direito dos menores, — continuam a existir obrigações recíprocas, sobretudo a cargo da parte mais forte, que compete assegurar ao Estado e à sociedade.

Esta “*conversão*” do Direito aos direitos abriu também o espaço às relações de associação.

Dizendo melhor: é aqui que se situam as relações de associação, como relações entre pessoas, enquanto tais, empenhando na relação a própria pessoa e os seus direitos.

## **20 — A transformação da dogmática jurídica — A “civilização” do direito subjectivo: do poder à colaboração**

A concepção de obrigação tal como tem sido definida até há pouco, ainda tem muito de Savigny: “*consiste no domínio sobre uma pessoa estranha, todavia não sobre essa pessoa no seu todo (pelo qual a sua personalidade seria abolida) mas sim sobre uma conduta singular da mesma, a qual deve ser pensada como saindo da liberdade dela, submetendo-se à nossa vontade*”<sup>(40)</sup>

Esta concepção, já ultrapassada mesmo no Direito Público, é claramente subsidiária das concepções do despotismo iluminado,

---

<sup>(40)</sup> Friederich Karl von Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, 1851, reimpr. 1987, §2, I,4.



de raízes hobbesianas, encontrando-se nela algum reviver do poder romano sobre a pessoa do devedor ou do poder do senhor medieval sobre os súbditos.

Há que ver antes na obrigação um organismo vivo e mutável composto por deveres, direitos, encargos e ónus que evoluem.

Um programa em desenvolvimento que se vai ajustando até ser satisfeito o interesse do credor (ou seja: de ambas as partes). Um processo de cooperação entre ambas as partes ao serviço de interesses na realidade comuns <sup>(41)</sup>. Não se esquecendo embora, nas relações sobre as coisas, o direito do credor de ver satisfeito o seu interesse.

De qualquer maneira, mais uma porta se abre para a concepção de certas relações como relações de associação, programas flexíveis a cumprir através da colaboração entre as partes.

## 21 — As relações de associação — Introdução

*“Dois anciãos viveram juntos durante muitos anos e nunca discutiram entre si. E um disse ao outro: ”E se discutíssemos ao menos uma vez como fazem os outros?” E o irmão respondeu: “Não sei como devo fazer”. Então o outro disse; “Vou colocar uma pedra entre nós e digo ”é minha”, e tu deves dizer: “não, é minha”. É assim que se começa uma disputa”. E colocaram um seixo entre os dois. Um deles disse: “É meu.” Disse o outro: ”Não, é meu”. O primeiro respondeu: “Tens razão, é teu. Pega nele e vai-te embora”. E deste modo se separaram sem conseguirem discutir <sup>(42)</sup>”.*

Não se trata, esta, de uma relação de associação, por versar sobre uma coisa cuja propriedade se discute. O Direito está aqui na sua função típica pois serve (só?) para determinar a quem pertencem os bens através de relações obrigacionais ou reais.

---

<sup>(41)</sup> Vd. sobre esta matéria, Clóvios do Couto e Silva, A obrigação como processo, 1976, p.227 e segs.

<sup>(42)</sup> “Ditos e Feitos dos Padres do deserto”, org. de Cristina Campo e Pietro Draghi, trad. port. De Frederico da Silva Carvalho, Assírio e Alvim, págs. 141-2.

A minha intenção foi tão-só apontar o ómega do Direito, a sua própria extinção enquanto ordenamento imperativo e cogente. E assim, reencontrar a própria essência das relações de associação enquanto relações entre pessoas livres, independentes mas solidárias. Sendo o contrato (só) uma promessa, é certo, mas um “*acordo de cavalheiros*”, portanto (ainda mais) vinculativo.

Repetindo o que tenho vindo a referir, quero acentuar a essência das relações de associação: são relações (jurídicas) estabelecidas entre pessoas enquanto tais, que se empenham “pessoalmente”, com o seu ser, as suas funções, as suas qualidades, na relação. Os aspectos patrimoniais serão secundários.

O exemplo típico destas relações são as que se estabelecem no casamento (ou na união “*more uxorio*”) ou na filiação. Nestes domínios fala-se de fragilidade da garantia, de cláusulas gerais e indeterminadas, a “*regular*” as relações pessoais, deixando-se as relações patrimoniais para outro capítulo diferentemente caracterizado.

Esta característica eminentemente pessoal das relações de associação condiciona-as profundamente na sua modelação e efeitos, pois têm de estar subordinadas aos direitos das pessoas que têm de respeitar e aos quais se devem moldar.

Assim, um sujeito pode prometer a outro a sua capacidade de trabalho, mas o outro não pode adquirir qualquer direito *sobre* essa capacidade ou sequer *a* essa capacidade. Se o promitente faltar ao seu dever, extingue-se o contrato nascendo outra relação jurídica, dele decorrente mas dele independente que é a obrigação de indemnizar.

Se a esposa promete ao esposo ser-lhe fiel e amá-lo nas boas e nas más horas, e faltar a essa promessa, está a violar o Direito, mas só resta ao esposo a extinção do vínculo matrimonial — e, eventualmente, um direito a indemnização.

Já estão olvidados os tempos em que se afirmava que cada um dos cônjuges tinha um direito sobre (o corpo do) o outro, direito a exercer pela força (pública ou privada) se necessário.

As relações de associação têm no seu centro os sujeitos (não a “*ordem*” ou “*sistema*” jurídicos) e recusam o direito subjectivo de uma das partes sobre a outra ou sobre o comportamento da outra. As pessoas, sede de valores, tituladas por direitos originários e fun-

damentais, não podem, nem podem as suas manifestações ou comportamentos, ser objecto de direitos.

Qualquer contrato “pessoal” não é mais do que uma promessa e só gera deveres e pretensões, não deveres exigíveis por direitos. Embora o contrato esteja integrado no Direito que deve conceder tutela à parte prejudicada (indenização, por ex.).

## **22 — O contributo dos contratos de relação para as relações de associação.**

Os contratos de relação são, normalmente, contratos pessoais, “*intuitu personae*” e prolongados no tempo.

Estas também são duas características das relações de associação, sobretudo a primeira.

Depois, as relações de associação são dificilmente quantificáveis em dinheiro, constituindo a indemnização uma mera compensação (com carácter, em parte, de sanção) mais do que equivalente.

As relações de associação (tal como os contratos de relação, mas por razões diversas: o carácter pessoal daquelas o carácter continuado destes) não são reguladas esgotantemente, sendo antes objecto de cláusulas com um carácter indeterminado.

Nas relações de associação (tal como se aponta para os contratos relacionais mas, mais uma vez, por razões diferentes) a duração não é normalmente pré-fixada.

As relações de associação dependem de uma profunda cooperação entre as partes (casamento, associação, filiação, etc.); sendo os respectivos encargos e benefícios repartidos. Não havendo uma ideia ou intenção de troca, mas antes de cooperação.

Finalmente — e não esgotamos a análise — repetimos que não há, nas relações de associação, o direito subjectivo de uma parte sobre a outra, mas sim e só um programa a cumprir através da cooperação mútua. Em que cada sujeito assume na relação um papel central, de gerador constante dos efeitos de Direito — em vez de estar submetido a regras jurídicas pré-dispostas com carácter geral e abstracto.

# A DESVINCULAÇÃO NÃO MOTIVADA NOS CONTRATOS DE CONSUMO: UM VERDADEIRO DIREITO DE RESOLUÇÃO?

*Pelo Prof. Doutor José Carlos Brandão Proença (\*) (\*\*)*

1. Uma das tarefas do jurista é precisamente lançar alguma luz sobre a contiguidade conceitual das figuras jurídicas, tentando, num esforço de caracterização, atribuir a cada uma delas um espaço aplicativo próprio em torno de uma determinada funcionalidade. Sob pena de o direito de resolução poder ter um âmbito ainda mais difuso de aplicação, perdendo de todo a sua teleologia, há que questionar a verdadeira natureza do poder jurídico extintivo reconhecido aos consumidores no seio de diversa legislação especial, de derivação comunitária, e designado quase sempre por “direito de livre resolução” (1). A tarefa de procurar delimitar mais uma figura de desvinculação unilateral parece missão impossível se pensarmos na pouca linearidade das múltiplas formas de cessação contratual e na indiferenciação terminológica que as atinge (2).

---

(\*) Professor Associado da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica.

(\*\*) O presente artigo destina-se a ser integrado em livro de homenagem ao Prof. Doutor CARVALHO FERNANDES.

(1) O DL n.º 133/2009, de 2 de Junho, relativo a contratos de crédito aos consumidores, e que revogou o DL n.º 359/91, de 21 de Setembro, alude, na linha deste diploma, não a um “direito de livre resolução” mas a um “direito de livre revogação” (arts. 6.º, 3, p), 12.º, 3, h) e 17.º).

(2) ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2.ª ed., 2006, pp. 34-35, alude à “inter-conexão” das principais figuras de cessação contratual e chama a atenção para a dificuldade de construir a seu respeito quadros gerais. A mesma “impotência” é sentida

Com as palavras que foram escritas por VINEY<sup>(3)</sup>, noutra contexto de dificuldades não estamos longe da verdade se falarmos também aqui de um “*maquis inextricable*”.

Como exemplificação do que acabámos de dizer é de lembrar que, entre nós, o direito de resolução começou por ter no Código de Seabra uma configuração “à francesa”, se pensarmos que a expressão “rescisão do contrato”, surgida no Livro II, Capítulo VIII, abarcava hipóteses de invalidade, denúncia e impugnação pauliana e que na norma (art. 709.º) identificadora da resolução *proprio sensu* havia sinais da condição resolutiva. GALVÃO TELLES, num artigo publicado em 1947 sobre a “rescisão do contrato bilateral”<sup>(4)</sup>, reconhecia a utilização de uma terminologia “fluida e hesitante”, como acontecia manifestamente com o termo “rescisão”.

O Código actual, apesar da persistência de uma certa confusão conceitual e da “colagem”, com reflexos negativos, da resolução à invalidade, superou em grande medida os equívocos do diploma anterior, demarcando a figura da rescisão e da condição resolutiva tácita, descontados, respectivamente, os vestígios patentes no art. 702.º<sup>(5)</sup> e na automaticidade do efeito principal previsto no artigo 795.º,1. Por outro lado, o legislador dotou a resolução

---

noutros ordenamentos, como nota LE GAC-PECH (*Rompres son contrat*, in Rtdciv., 2005, pp. 223 e ss.) a propósito da multiplicidade de sentidos do vocábulo *résiliation* e da “balkanização” das formas de “rompimento” contratual. A uma mesma variedade de sentidos e de funções do termo *recesso* se referem, respectivamente, M. CARLA CHERUBINI, *Sul c. d. diritto di ripensamento*, in RDCiv, 6, 1999, p. 695, nota 2 e A. GALLARATI, *Il diritto di ritirare la “parola data” tra formule e regole: un’indagine di analisi economica del diritto*, in RDCiv, 4, 2005, pp. 343 e ss.

<sup>(3)</sup> Apud O. TOURNAFOND, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, in D./chr., n.º 38, 2002, p. 2889.

<sup>(4)</sup> *Não cumprimento de contratos bilaterais (interpretação dos artigos 676.º e 709.º do Código Civil)*, in ROA, ano 5.º, 1-2, pp. 83 e ss.

<sup>(5)</sup> Em diversa legislação avulsa, de natureza pública (ver, por ex., o art. 84.º do DL n.º 14/03, de 30 de Junho, relativo ao caderno de encargos tipo dos contratos de gestão hospitalar) e não pública (ver os arts. 26.º-28.º do DL n.º 209/97, de 13 de Agosto, com as últimas alterações constantes do DL n.º 263/07, de 20 de Julho e referente ao quadro jurídico da actuação das agências de viagens e turismo) surge utilizado esse termo. Neste diploma o direito de rescisão surge mesmo com um duplo significado, se pensarmos que no art. 29.º já parece corresponder ao direito de desistência do dono da obra (art. 1229.º do CC). No art. 376.º do Anteprojecto do Código do Consumidor, de 2006, surge, contudo, e bem, um “direito de revogação do cliente”.

(convencional e não convencional) de autonomia sistemática num corpo de normas próprias, conquanto alguma doutrina utilize a palavra “resolução” num sentido mais abrangente, preferindo adoptar o termo “rescisão” para abranger a resolução *tout court* (6). Aplauda-se, de qualquer forma, o trabalho clarificador do legislador laboral, locativo (urbano e rústico) e dos seguros na procura de espaços bem delimitados para a resolução, denúncia, revogação e caducidade (7) e na sistematização da “extinção contratual” levada a cabo pelo legislador do Código dos Contratos Públicos (8).

Sendo escopo deste estudo o confronto entre o tradicional direito de resolução e o poder de “livre resolução” gerado pela legislação de defesa do consumidor, começaremos por fixar o sentido funcional daquele primeiro direito potestativo extintivo.

2. Como é sabido, e BRUNO SCHMIDLIN (9) recorda-o, o direito de resolução deve a sua “*forma giuridica*” ao direito romano (*maxime* através da *lex commissoria*) e o seu “conteúdo” ao direito canónico, ao sancionar o “pecado” da infidelidade contratual com a desvinculação da parte fiel (lembramos o princípio moral *frangenti fidem non est fides servanda*). O mesmo jurista (10) completa a “história” do direito de resolução, dizendo que surgiu como “*regola generale*” com o pensamento jusnaturalista (referindo o contributo de WOLFF para o acentuar da importância da estrutura sinalagmática do contrato) e foi acolhido nos arts. 1183.º e 1184.º do Código Civil de Napoleão muito por força da influência de DUMOULIN, DOMAT e POTHIER. Há que observar, contudo, que

---

(6) Para GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 381 “o contrato resolve-se sempre que os seus efeitos se extinguem, seja por força de revogação, rescisão ou caducidade”. O ilustre jurista apelida de “dissolução” a resolução *ex nunc*.

(7) Ver, respectivamente, os arts. 338.º e ss. do actual CT, os arts. 1079.º e ss. do CC, os arts. 15.º e ss. do DL n.º 294/2009, de 13 de Outubro e os arts. 105.º e ss. do DL n.º 72/2008, de 16 de Abril.

(8) Arts. 330.º e ss. do DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. O que nos merece reservas, por quebrar a unidade da figura, é a separação entre uma “resolução por iniciativa do co-contratante”, uma “resolução sancionatória”, uma “resolução por razões de interesse público” e uma resolução por “outros fundamentos”.

(9) *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in EuDP, 4, 2001, p. 825.

(10) Cit., pp. 827 e ss.

no modelo francês<sup>(11)</sup> (seguido, por ex., nos arts. 1124.º do Código Civil espanhol e 1165.º do Código Civil italiano de 1865), contrariamente à construção adoptada posteriormente pelos legisladores do BGB e do *Codice Civile* de 1942, a resolução está estruturada de forma “voluntarista” ao considerar-se “a condição resolutiva subentendida nos contratos sinalagmáticos para o caso em que uma das partes não cumpra a sua vinculação”.

Pode afirmar-se, desde já, que a reflexão sobre o acervo normativo permite concluir que o fundamento material que está subjacente ao exercício do direito de resolução é *tipicamente, mas não exclusivamente, um incumprimento obrigacional*. Na verdade, com excepção de um conjunto residual de situações, a carecer de uma melhor configuração, e na qual a resolução surge “desmotivada”, as duas zonas principais de relevo da figura compreendem, por um lado, o incumprimento culposo e qualificado por determinada gravidade (face à norma paradigmática do art. 801.º, 2) e, por outro, um leque amplo de eventos objectivos com significado bastante para provocar a cessação do contrato, eventos estes de alguma forma subsumíveis a uma “justa causa resolutiva”<sup>(12)</sup>. Face a esta essencial dupla valoração/delimitação, é possível conceber a resolução como *o poder unilateral de pôr termo a um contrato válido em virtude de circunstâncias posteriores à sua celebração, frustrantes do interesse de cumprimento, desequilibradoras da relação de equivalência entre as prestações — atente-se no efeito resolutivo da alteração anormal das circunstâncias (atinente à chamada cláusula de hardship do comércio internacional) face à opção modificação/renegociação contratual*<sup>(13)</sup> — *ou tornando inexigível a manutenção do contrato, como sucede noutros casos legais de objectivação do fundamento resolutivo*. Independentemente de uma necessária confirmação do acerto terminológico, são paradig-

---

(11) Segundo B. SCHMIDLIN (cit., p. 830) existem três modelos de resolução: o modelo jusnaturalístico, o modelo pandectístico (fonte do legislador de 1966) e o modelo adoptado na Convenção de Viena e nos Projectos europeus de codificação contratual.

(12) Cfr. o art. 116.º do DL n.º 72/2008 (“O contrato de seguro pode ser resolvido... havendo justa causa...”).

(13) Ver, para essa resolução, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, cit., pp. 157 e ss.

máticos, neste âmbito, certos fundamentos/razões que permitem ao comodante resolver o contrato de comodato (14), ao depositante exigir a restituição *ante tempus* ou possibilitam, noutros tipos contratuais, o exercício do poder potestativo (os casos de interdição, morte (15) ou doença (16)).

Quando o incumprimento, esse *leit-motiv* da resolução, atinge sem retorno a relação sinalagmática, pondo em causa a “lei contratual”, o contraente fiel tem o direito (irrenunciável (17)) de se desvincular unilateralmente, procurando um efeito, ora liberatório, ora recuperatório, do eventualmente já prestado. Como o incumprimento impede o funcionamento da correspectividade contratual, não faz sentido prender o contraente não inadimplente, privando-o da procura célere de soluções mais convenientes para os seus interesses. Do quadro normativo legal geral (arts. 801.º, 2, 802.º e 808.º do CC) conclui-se que a *impossibilidade de cumprimento e o incumprimento definitivo (com inclusão da chamada recusa categórica de cumprimento* (18)) constituem o típico duplo fundamento justificativo do exercício do direito. Os casos excepcionais em que o legislador autoriza a resolução com base na mora têm sobretudo a ver com a persistência do incumprimento de obrigações pecuniárias durante um lapso de tempo considerável (cfr., por ex., as hipóteses descritas nos arts. 1083.º, 3, 1235.º e 1242.º do CC (19)).

---

(14) Cfr., por último, JÚLIO GOMES, *Do contrato de comodato*, in CDP, n.º 17, 2007, p. 28.

(15) Cfr. os arts. 101.º, 1 e 106.º do CDADC, a propósito do contrato de edição.

(16) Ver o art. 9.º do DL n.º 349/86, de 17 de Outubro (transporte de passageiros por mar). O art. 17.º do DL n.º 149/95, de 24 de Junho (regime da locação financeira), depois de outorgar a resolução para o “incumprimento das obrigações da outra parte”, estende o direito aos fundamentos objectivos da “dissolução ou liquidação da sociedade locatária” e à “verificação de qualquer dos fundamentos de declaração de falência do locatário” (art. 18.º). Ver também a redacção dos arts. 1235.º e 1242.º do CC, 119.º, 3 do CIRE e a anotação de PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, 5.ª ed., 2004., pp. 126-127, à alínea b) do art. 30.º do DL n.º 178/86.

(17) Para a irrenunciabilidade, ver LUIGI MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, 1950, pp. 261 e ss. e A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in Enc. Dir., XL, p. 1310.

(18) Sobre a figura, ver o nosso *A hipótese da declaração (lato sensu) antecipada de incumprimento por parte do devedor*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor JORGE RIBEIRO DE FARIA, 2003, pp. 359 e ss.

(19) Por referência ao quadro legal do art. 934.º, no caso da falta de pagamento de



Paradigma do fundamento resolutivo é pois o incumprimento superveniente, culposo, total ou parcial, traduzido na falta definitiva de cumprimento (por impossibilidade ou recusa de cumprimento) dos deveres de prestação e de certos deveres de conduta<sup>(20)</sup> tidos por relevantes no contexto contratual. *Nas específicas relações contratuais duradouras assentes na confiança e lealdade entre as partes, pode ser mesmo invocada uma justa causa que torne imediatamente inviável a manutenção do vínculo contratual* (BAPTISTA MACHADO chega a referir que essa “inexigibilidade” pode ter a ver com um incumprimento objectivamente menos grave mas “sintomático” da sua repercussão futura<sup>(21)</sup>). Como entende PEDRO ROMANO MARTINEZ<sup>(22)</sup>, “num contrato de execução continuada, só uma violação grave ou reiterada das respectivas obrigações poderá constituir fundamento para a resolução do vínculo. Nestes casos, o incumprimento tem de ser apreciado num contexto amplo; dever-se-á aferir se houve ou não uma quebra na relação de confiança estabelecida entre as partes. Existirá, então, o direito de resolver... sempre que a violação pela sua gravidade ou reiteração, quebre a relação de confiança”.

Não tendo uma finalidade sancionatória, nem um escopo compensatório (de prejuízos), a resolução visa tutelar, na fase do cumprimento, a conexão, o equilíbrio recíproco entre a prestação e a contraprestação, tal como foi avaliada pelas partes no momento

---

uma prestação que exceda a oitava parte do preço, a doutrina vem exigindo a conversão dessa mora em incumprimento definitivo, salvo sendo inútil ou essa conversão figure já no clausulado do contrato. Ver também, para essa interpelação cominatória, com prazo suplementar não inferior a 15 dias, o artigo 20.º, 1 b) do DL n.º 133/2009, cit.

<sup>(20)</sup> Para duas aplicações concretas, ver os Acs. do STJ, de 9/5/06 (URBANO DIAS), anot. por PINTO MONTEIRO na RLJ, ano 136º, n.º 3943, pp. 246 e ss. e de 17/9/09 (FONSECA RAMOS), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), a propósito da não entrega (qualificada como recusa de cumprimento) dos documentos de uma viatura usada vendida. Ver também o § 324 do BGB que permite ao credor resolver o contrato nos casos em que a violação de um dos deveres previstos no § 241,2 torne inexigível a sua ligação ao contrato. Sobre esta “resolução extraordinária”, ver ERNST, in *Münchener Kommentar — Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht — Allgemeiner Teil*, Band 2 a, 4.ª ed., 2003, pp. 2027 e ss.

<sup>(21)</sup> *Pressupostos da resolução por incumprimento*, in *Obra Dispersa*, I, 1991, pp. 138 e ss. Ver, como exemplo, o caso sobre que recaiu o Ac. do STJ, de 21/5/09 (ALVES VELHO), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>(22)</sup> Cit., p. 236.

da celebração contratual. A resolução, a excepção de não cumprimento, e a chamada caducidade por impossibilidade não imputável (ou resolução automática) são remédios para a crise de uma necessária relação de proporcionalidade.

O repúdio ou defesa da tese sancionatória tem a ver com a questão da necessidade ou não da culpa no incumprimento fundante da resolução. Embora certa doutrina continue a exigir a imputação culposa<sup>(23)</sup>, tendo certamente em conta a norma paradigmática do art. 801.º, 2 do C.C., dados legais significativos<sup>(24)</sup>, a doutrina mais qualificada<sup>(25)</sup> e a linha de objectivação do direito contratual europeu<sup>(26)</sup> negam, com razão, essa filiação na culpa. Esta deve apenas ser considerada, na sua tipicidade, como factor de agravamento dos efeitos da resolução e um dos critérios avaliadores da gravidade do incumprimento. Tal como já defendemos<sup>(27)</sup>, e temos razões para o reforçar, há que preterir a clássica ideia sancionatória da resolução por uma “concepção pragmática” em que esse poder possa responder igualmente a situações de frustração dos interesses das partes ocasionadas por causas objectivas causalmente adequadas à “perturbação do contrato”. Esta posição está consonante com as tendências modernas do direito contratual e que se projectam na objectivação do incumprimento e no papel específico do critério da boa fé (na sua função de controlo da gravidade do incumprimento).

ENRICO DELL’ AQUILA<sup>(28)</sup>, para lá de recusar a finalidade repressiva (sancionatória) da resolução, também não aceita a tese

---

(23) GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., 1997, pp. 459-460 (“vê” a resolução como “pena civil”). Ver, para o direito italiano, A. ADDANTE, *Colpa dell’ obbligato ed operatività della clausola risolutiva espressa*, in *I contratti*, 3, 2003, pp. 228 e ss.

(24) Ver, por ex., os arts. 793.º, 2, 1050.º e 1083.º do CC e o art. 27.º, 2 (“rescisão” pelo cliente) do DL n.º 209/97, cit.

(25) Ver BAPTISTA MACHADO, ult.ob. cit., p. 129 (“para efeitos de resolução não é absolutamente essencial proceder a um juízo de responsabilidade: basta o juízo de inadimplemento”). Também nós nos referimos (*A resolução do contrato no direito civil — Do enquadramento e do regime*, 2006, reimpressão, pp. 121 e ss.) à normalidade da imputação subjectiva e à necessidade da gravidade objectiva.

(26) Ver, por exemplo, a redacção do § 323 do BGB. Sobre esta norma, ver D. MEDICUS, *Schuldrecht I — Allgemeiner Teil*, 13.ª ed., 2002, p. 232.

(27) *A resolução...*, cit., p. 125.

(28) *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *RDCiv*, II, 1983, pp. 836 e ss.

dominante (de um LUIGI MOSCO) que situa o fundamento da figura na interdependência das obrigações, nem a que, sufragada por B. GRASSO<sup>(29)</sup>, a identifica com “um poder dispositivo de fim novativo” (traduzido na convolução do direito à prestação pelo direito à libertação obrigacional). O jurista italiano apela para o que apelida de *misura preventiva*, concebendo a resolução como meio de evitar a “injustiça” do faltoso fazer sua a prestação, enriquecendo-se, e de deslocar para a parte inocente o ónus de reagir a um contrato destinado ao fracasso.

Mesmo no caso da *resolução convencional* o incumprimento pode ser arvorado a fundamento resolutivo ao lado de circunstâncias (próprias ou alheias, subjectivas ou objectivas) atinentes à execução contratual (*maxime* duradoura). Como quer que seja, é importante reter que a cláusula resolutiva expressa não pode ter um conteúdo meramente genérico, ficando a depender de uma vontade arbitrária<sup>(30)</sup>. Por outras palavras, a cláusula deve especificar a ou as obrigações cujo incumprimento poderá determinar o exercício do direito — esta exigência demarca a cláusula resolutiva expressa da estipulação do chamado *direito de arrependimento* (por ex., no contrato-promessa).

A opção resolutiva é uma opção condicionada, submetida a uma certa “axiologia” traduzida precípuamente na exigência de uma proporcionalidade entre a eficácia potestativa e a necessidade de ter que se basear num fundamento forte (*rectius*, num incumprimento grave), como resulta sintomaticamente da redacção dada ao art. 802.º, 2. E se é certo que o exercício do direito de resolução não pode ser coarctado, como, aliás, se constata, paradigmaticamente, na aplicação do art. 809.º do CC aos contratos civis, do art. 18.º *f*) aos contratos com condições contratuais gerais, do art. 10.º do DL n.º 67/2003 à venda de bens de consumo e do art. 8.º *b*) do DL n.º 294/2009 ao arrendamento rural, por outro lado, pode colocar-se em alternativa (ocorrendo uma alteração anormal de circunstâncias) ou subsidiariamente (por ex., no leque de direitos do dono da obra face ao empreiteiro) e, em sectores

---

(29) *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e “sanzione” per l’inadempimento*, in RasDC, 2, 1990, pp. 270 e ss.

(30) É de referir que, segundo o art. 22.º *b*) do DL n.º 446/85, é relativamente proibida a cláusula que permita a resolução sem motivo justificado.

mais sensíveis, dominados pelo *favor debitoris*, pode vir a caducar depois de exercido (cfr. o art. 1048.º).

Nesta perspectiva, podemos dizer que a resolução, enquanto *ultima ratio*, é uma figura jurídica que, questionando a estabilidade contratual, é avessa às técnicas de conservação contratual como são a acção de cumprimento (predisposta para ser o possível efeito de uma declaração categórica de não cumprimento de um contrato-promessa), a excepção de não cumprimento, a conversão, a redução, a modificação do conteúdo negocial (redução do preço) ou o pedido de reparação ou eliminação dos defeitos da coisa.

Mas os condicionalismos que envolvem a resolução tem ainda a ver com a ponderação a fazer pelo legitimado na medida em que pode preferir uma indemnização compensatória ou bastar-se, em caso de lesão contratual sanável, com uma acção de cumprimento. E se este último meio reflecte o desejo do credor renunciar à recuperação da sua prestação para conseguir o cumprimento da prestação prometida, também é certo que a via resolutiva pode apresentar-se como via forçosa (pensamos nos casos de perda de interesse ou na insuficiência económica do devedor para indemnizar o valor da prestação impossibilitada) ou economicamente atractiva (para reaver uma contraprestação de valor superior à prestação impossibilitada, para a conservar em caso de fracasso da chamada interpelação cominatória ou para ficar livre para celebrar um “negócio de cobertura”).

**2.** *Delimitado o direito de resolução, na sua conceituação específica, como um poder fundamentado (num típico incumprimento ou em motivações objectivas reconduzíveis a uma “justa causa” que mina a manutenção contratual), como explicar, pese a sua residualidade, a concessão legal de um direito de resolução, aparentemente não motivado? Como justificar a resolução na hipótese do art. 891.º do CC, na venda a retro e na segunda modalidade da venda a contento (31)? Será defensável uma espécie de tertium*

---

(31) Depois de no art. 16.º se aludir à denúncia do contrato, o art. 17º, 1 do DL n.º 270/2001, de 6 de Outubro (regime jurídico de exploração de massas minerais-pedreiras), concede ao explorador uma enigmática resolução do contrato sem efeitos retroactivos “...em qualquer momento da sua vigência, durante a fase de pesquisa e durante os primeiros seis anos contados a partir da atribuição da licença de exploração...”.

*genus* do direito, englobante de casos assentes no mero exercício de uma vontade desvinculativa (*ad nutum*)?

Temos dúvidas na emissão de uma resposta afirmativa, pois se é verdade que no regime do art. 891.º — resolução na venda de coisas determinadas sujeitas a contagem, pesagem ou medição — o direito do comprador não é livre e estamos mais próximos de uma anulação por erro, na segunda modalidade da venda a contento — art. 924.º — é possível e defensável uma qualificação revogatória<sup>(32)</sup> para o exercício de um direito conferido por mútuo acordo. Mas mesmo que possa ser defendida, como entende BAPTISTA MACHADO<sup>(33)</sup>, a existência de uma “reserva de resolução arbitrária”, a sua eficácia está dependente de uma discricionariedade que não pode ser vista em termos absolutos, ou seja, a vontade como que se objectiva no “desagrado” do comprador. Quer isto dizer, e ROMANO MARTINEZ<sup>(34)</sup> nota-o com acerto, que não preside à vontade extintiva um estrito “direito de arrependimento”. Também no regime da venda a retro não é forçoso que o direito recuperatório do vendedor seja tido por direito de resolução — nos preceitos do CC-I sobre a *vendita com riscatto*, e que serviram de fonte aos arts. 927.º e ss. do CC não é utilizado o termo *risoluzione*<sup>(35)</sup> — e mesmo que possa ser concebida uma cláusula resolutiva<sup>(36)</sup> aposta implicitamente ao contrato também não existe uma discricionariedade plena tendo em conta que o efeito real tem uma normal função de garantia do crédito (preço) concedido ao vendedor.

O pequeno círculo (de uma resolução atípica) ter-se-á potenciado com a consagração nos contratos de consumo, por transposi-

<sup>(32)</sup> Para lá dos autores citados no nosso *A resolução...*, cit., p. 91, nota 236, ver ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 276-277.

<sup>(33)</sup> *A cláusula do razoável*, in *Obra Dispersa*, I, 1991, pp. 495-496. Para a consideração de um “direito de resolução unilateral”, ver MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 6.ª ed., 2009, p. 89.

<sup>(34)</sup> Cit., p. 275. Ver BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos...*, cit., p. 186, para a defesa de um “*pactum displicentiae*”.

<sup>(35)</sup> Cfr. O nosso *A resolução...*, cit., pp. 91-92. No regime brasileiro da “retro-venda” (arts. 505.º e ss. do CC-Br) alude-se indistintamente ao “direito de recobro”, ao “direito de resgate” e ao “direito de retrato” (ver igualmente o § 456 do BGB sobre a *Wiederkauf* e o art. 1659.º do CC-F sobre a *faculté de rachat*).

<sup>(36)</sup> Nesse sentido, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos...*, cit., p. 186, MENEZES LEITÃO, cit., p. 86 e ROMANO MARTINEZ, cit., p. 283.

ção do direito comunitário, do direito denominado, em geral, por *direito de livre resolução*, considerado por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA <sup>(37)</sup> como o “*ex libris* do direito do consumo” e por N. REICH <sup>(38)</sup> “medida nuclear de protecção” na área do direito dos consumidores. Na verdade, mesmo aqui a terminologia não é uniforme se pensarmos que para lá dessa nomenclatura (patente nos arts. 16.º, 19.º e 49.º do DL n.º 275/93, de 5 de Agosto, na redacção dos DL n.º 180/99, de 22 de Maio, 22/2002, de 31 de Janeiro e 116/2008, de 4 de Julho — direito real de habitação periódica e direitos de habitação turística <sup>(39)</sup>, 6.º e 18.º do DL n.º 143/2001, de 26 de Abril — contratos celebrados à distância <sup>(40)</sup>, contratos ao domicílio e equiparados e vendas especiais esporádicas, 19.º do DL n.º 95/2006, de 29 de Maio — contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância, 118.º do DL n.º 72/2008, de 16 de Abril — regime jurídico do contrato de seguro <sup>(41)</sup>), também aparecem nos textos normativos as expressões *direito de retractação* (artigos 8.º, 4 e 9.º, 7 da LDC), *direito de resolução* (arts. 5.º i) e 7.º do

---

<sup>(37)</sup> *Direito do consumo*, 2005, p. 106.

<sup>(38)</sup> *Apud* ELISA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, 2002, p. 93.

<sup>(39)</sup> O “direito de resolução” já tinha sido consagrado, para o promitente-comprador, no art. 30.º, 4 do DL n.º 130/89, de 18 de Abril. Para uma análise à primeira versão dos arts. 16.º e 19.º do DL n.º 275/93, ver JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, in RPDC, n.º 3, 1995, pp. 70 e ss.

<sup>(40)</sup> Nos arts. 4.º e 11.º do anterior DL n.º 272/87, de 3 de Julho aludia-se a um mero “direito de resolução” e a um “direito de desistência”. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 1990, p. 76, nota 3, na referência que faz ao diploma, utiliza a expressão “faculdade de retractação”. No texto português da Dir. 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, transposta pelo DL n.º 143/2001, surge a expressão “direito de rescisão” (art. 6.º).

<sup>(41)</sup> A expressão “livre resolução” veio substituir o “direito de renúncia aos efeitos do contrato” consagrado anteriormente noutros diplomas (art. 182.º do DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril — regime das condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora, e 182.º do DL n.º 251/2003, de 14 de Outubro). O que não se compreende é que, tendo o art. 6.º do DL n.º 72/2008, de 16 de Abril, revogado os arts. 176.º a 193.º do DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril, a republicação deste diploma feita em anexo ao DL n.º 2/2009, de 5 de Janeiro, mantenha vigentes essas disposições!! É igualmente de referir alguma falta de coordenação entre o teor dos arts. 19.º e ss. do DL n.º 95/2006 e o art. 118.º do DL n.º 72/2008.

DL n.º 357-D/2007, de 31 de Outubro — contratos relativos ao investimento em bens corpóreos), *direito de livre revogação* (arts. 6.º, 3, *p*), 12.º, 5, *c*) e 17.º do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho — contratos de crédito aos consumidores <sup>(42)</sup>), *direito de renúncia* (arts. 27.º e 28.º do DL n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, sobre a constituição e funcionamento dos fundos de pensões), *direito de arrependimento* (art. 322.º do CVM — respeitante às ordens e aos contratos de intermediação, respectivamente, emitidas e celebrados por investidores não qualificados fora do estabelecimento do intermediário financeiro) e *direito de rescisão* (art. 48.º, 3 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro — Lei das Comunicações Electrónicas — relativo à não aceitação de novas condições nos contratos de acesso à rede telefónica pública ou de prestação de outros serviços de comunicação electrónica).

Abra-se aqui um parêntesis para dizer que se, na esteira da legislação alemã <sup>(43)</sup> e italiana, o poder desvinculativo em causa surge uniformizado no Anteprojecto (de 2006) de Código do Consumidor à volta dos arts. 187.º e ss. e da expressão *direito de livre resolução*, com o propósito de evitar discussões teóricas sobre a sua configuração, permanece o quesito sobre a propriedade da terminologia adoptada.

Sendo patente a indecisão terminológica, estaremos, afinal, perante uma mesma figura, sendo certo que, por ex., no referido art. 8.º, 4 da LDC, se justificaria mais um genuíno direito de resolução atendendo aos pressupostos (falta de informação, informação insuficiente...) que parecem condicionar o exercício da “retractação” <sup>(44)</sup>?

---

<sup>(42)</sup> No anterior DL n.º 359/91, de 21 de Setembro, havia uma alusão menos elaborada, no seu art. 8.º, ao “período de reflexão” e ao “direito de revogação da declaração negocial do consumidor”. A um similar “período de reflexão” e a uma mera “resolução” faz referência o n.º 6.º, 13) do Aviso do Banco de Portugal n.º 11/2001, a propósito dos contratos de emissão de cartões de crédito ou débito.

<sup>(43)</sup> KLAUS TONNER, *Das neue Fernabsatzgesetz — oder: System statt “Flickenteppich”*, in BB, 2000, p. 1413, evidencia o fim da “manta de retalhos”.

<sup>(44)</sup> Contra a ideia de ver no preceito uma “comum hipótese de resolução por incumprimento”, ver ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 161-162 e, para a não aderência dessa “retractação” ao “direito de arrependimento”, ver C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., p. 106, nota 457.



Esta indefinição não é apenas apanágio do sistema nacional <sup>(45)</sup> se pensarmos que o *direito de livre resolução*, conferido, por ex., aos consumidores na zona dos contratos celebrados à distância, por referência à Dir. 97/7/CE, é designado, na legislação francesa, por *droit de rétractation* <sup>(46)</sup>, na legislação italiana por *diritto di recesso* <sup>(47)</sup>, no direito alemão por *Widerrufsrecht* <sup>(48)</sup> e no sistema inglês por *right of withdrawal* <sup>(49)</sup>, enquanto o jurista espa-

---

<sup>(45)</sup> Para uma interessante reflexão sobre as ambiguidades terminológicas no espaço europeu e uma síntese sobre as origens do *ius poenitendi*, ver V. JACOMETTI, *Terminologia giuridica e armonizzazione del diritto europeo dei contratti — ius poenitendi del consumatore nelle direttive comunitarie e nell'ordinamento francese*, in RDCiv, n.º 5, 2007, pp. 561-567.

<sup>(46)</sup> Ver M. TROCHU, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, in D./chr., 1999, pp. 179 e ss. Como nota MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9.ª ed., 2005, pp. 144 e ss., desde 1971 que certos textos normativos (em matéria de aquisição de imóveis e crédito imobiliário) conferem ao consumidor um “prazo de reflexão” e, mais recentemente, (por ex., nas vendas e prestações de serviços à distância, no crédito ao consumo, no seguro de vida, na compra ou construção de habitação) um *droit de repentir ou de rétractation*. Ver também, com considerações históricas e a constatação da confusão terminológica (*dénoncer l'engagement, revenir sur son engagement, renoncer à l'engagement*) patente em leis criadas desde 1972, R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, in Rtdciv., 1984, pp. 227 e ss. e V. JACOMETTI, cit., pp. 574 e ss.

<sup>(47)</sup> Cfr., por ex., os arts. 64.º, 67.º-12 e 73.º do Código de Consumo de 2005. Para a legislação anterior a essa codificação, ver CHERUBINI, cit., pp. 696-697.

<sup>(48)</sup> O BGB confere ao consumidor um explícito “direito de revogação” na contratação ao domicílio (§ 312), à distância (§ 312 b e d)), no crédito ao consumo (§§ 495 e 505 I) e no direito real de habitação periódica (§ 485). Sob o ponto de vista sistemático, o legislador alemão dá-nos no corpo do § 355 o regime geral do *Widerrufsrecht* (num Subtítulo a seguir à *Rücktritt*), concebendo-o em alternativa ao possível “direito de substituição” (*Rückgaberecht*) a que alude o § 356. O poder “revogatório” dos consumidores existe no direito alemão desde finais da década de 60, tendo sido incorporado no BGB no § 361 com a reforma de Junho de 2000 (ver THOMAS RIEHM, *Das Gesetz über Fernabsatzverträge*, in Jura, n.º 10, 2000, pp. 506 e ss. e a doutrina citada por MEDICUS, cit, p. 258). Para um confronto entre as soluções do § 361 a e do § 355 do BGB, introduzido pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, de Novembro de 2001, ver N. FISCHER, *Das verbraucher-schützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform*, in DB, n.º 5, 2002, pp. 253 e ss. e, para o processo de integração do direito do consumo no BGB, ver MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil, I, Aspectos gerais*, 2004, pp. 122 e ss.

<sup>(49)</sup> No art. 159.º da versão italiana e francesa do projecto GANDOLFI de um Código europeu dos contratos surgem, respectivamente, os termos *recesso* e *résiliation*. Na tradução feita por J. GHESTIN aos três primeiros Livros do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), elaborado pelo Study Group on a European Civil Code e pelo Research Group on EC Private Law, o Capítulo V do Livro II é dedicado ao *droit de rétractation* (arts. 5:101 a 5:202), correspondente ao *right of withdrawal*.



nhol ENRIQUE TORRANO <sup>(50)</sup>, nesse mesmo âmbito, fala de *desistimiento negocial*. Nota-se, assim, os “efeitos” da transposição, para os direitos dos Estados-Membros, da legislação comunitária <sup>(51)</sup>, influenciada, por sua vez, pelo direito comercial e do consumo franceses. Como quer que seja, a atracção deste poder desvinculativo para a zona “coberta” pelo direito de resolução *provoca uma crescente erosão da funcionalidade do instituto pois não se vê subjacente a esse poder qualquer frustração do escopo ou dos interesses contratuais por alteração superveniente do equilíbrio das prestações. Se existe alguma perturbação ela não tem a ver com qualquer incumprimento mas com a forma como se desenrolou a fase constitutiva da relação contratual*.

Estando nós no domínio específico do direito do consumo, qual a relação afinal deste direito com o direito de resolução em geral e com o direito de resolução previsto no art. 4.º do diploma relativo à venda de bens de consumo e respectivas garantias? Na medida em que o próprio direito do consumo não é imune à relevância do direito geral dos contratos, não estaremos antes, e rigorosamente, no campo ocupado por figuras a que preside um estrito escopo de arrependimento, como parece ser o caso, entre outros, desse poder cessativo livre que é a retractação? Por outras palavras, onde o legislador fala de um *direito de livre resolução* devemos ver, antes, um mero direito de arrependimento ou, mais especificamente, uma retractação ou mesmo uma revogação, mecanismos cessativos próprios da teoria geral do negócio jurídico? Ou tratar-se-á, afinal, de um direito de resolução *sui generis*, conexo ao direito especial do consumo, dotado, por um lado, de características próprias e, de outro, de um regime moldado nos efeitos da figura extintiva mais próxima? E não será defensável o recurso a um mecanismo ade-

---

<sup>(50)</sup> *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, in EDC, n.º 4, 2002, pp. 59 e ss. Ver, por último, LUCÍA VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana*, in RDPat., n.º 1, 2009, pp. 253 e ss.

<sup>(51)</sup> Ver V. JACOMETTI, cit., pp. 571-572, para a profusão de termos (*diritto di rescindere, recesso, droit de renoncer, droit de résilier; droit de rétractation, Widerrufsrecht, Rücktrittsrecht, right of cancellation, right of renunciation*) nas diversas versões resultantes, sobretudo, da transposição das Dir. 85/577/CEE, 87/102/CEE e 94/47/CEE.

quado à teleologia do poder em causa e integrado por princípios específicos reclamados por esse mesmo escopo? A resposta a estes quesitos depende, naturalmente, de uma indagação sobre a *ratio* e as características fortes do “direito de livre resolução”.

3. Numa sociedade de apelo ao consumo, que recorre a práticas de contratação não presenciais, agressivas e mesmo desleais<sup>(52)</sup>, sustentadas numa publicidade dirigida a explorar a “debilidade” do consumidor médio, o chamado “direito de livre resolução” surge, a par de outros mecanismo tutelares (informação pré-contratual, regulação do conteúdo do contrato<sup>(53)</sup>, necessidade da sua formalização, modelação da contratação electrónica, direito de anulação/ /modificação, nulidade por ofensa à injuntividade, proibição de cláusulas abusivas, acções inibitórias, responsabilidade civil), como forma precípua de reagir à falta de ponderação, à vinculação precipitada, a uma contratação feita com profissionais/ /empresas possuidores de conhecimentos e técnicas que “inferiorizam” e “surpreendem”o consumidor, retirando-lhe os pressupostos para uma contratação livre, consciente e ponderada. Como afirma FERREIRA DE ALMEIDA, ao dissertar sobre a relação de consumo<sup>(54)</sup>, e pensando também no, por si chamado, “direito de rescisão unilateral”, “a protecção aos consumidores consiste precisamente na atribuição de direitos especiais que contrabalançam o poder económico e de sugestão que tendencialmente favorece os fornecedores”. No seu posterior *Direito do consumo*, FERREIRA DE ALMEIDA, ao interrogar-se sobre a dicotomia “eficácia obrigatória-arrependimento do consumidor”, não deixa de defender este direito face às insuficiências do “sistema tradicional de anulação ou modificação”<sup>(55)</sup>.

Diga-se, em abono da verdade, que pensando no conjunto de casos que outorgam ao consumidor um poder desvinculativo, a razão específica da sua atribuição pode prender-se, quer com a

---

(52) Ver no DL n.º 57/2008, de 26 de Março, o regime das “práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”.

(53) Para a consideração desse duplo escopo protector nos contratos de seguro associados ao crédito habitacional, ver o DL n.º 222/2009, de 11 de Setembro.

(54) *Negócio jurídico de consumo*, in BMJ, n.º 347, p. 25, nota 260.

(55) Cit., p.p. 114-115.

necessidade de proteger o adquirente do fornecimento de bens ou de serviços que contratou de forma “atípica”, quer com a complexidade do objecto contratual (no domínio dos seguros), quer com o propósito de evitar o endividamento, mais ou menos duradouro, do tutelado (crédito ao consumo). Não sendo, como já reconhecia BAILLOD em 1984 <sup>(56)</sup>, “a teoria clássica dos vícios do consentimento a forma mais adequada de protecção da vontade”, é manifesto que o direito potestativo de “livre resolução”, apesar de ser *un meccanismo complesso e non privo di ambiguità* <sup>(57)</sup>, parece mostrar-se como meio expedito sintonizado com o *ripensamento* <sup>(58)</sup> do consumidor, uma verdadeira tutela contra *entraînements irréflechis* <sup>(59)</sup> ou, nas palavras de GALLARATI <sup>(60)</sup>, para fazer face ao *dislivello di informazioni*. No dizer do mesmo BAILLOD <sup>(61)</sup>, se a figura coloca uma problemática de construção jurídica (deve relevar na fase formativa ou executiva do contrato?), o seu escopo é fazer frente a um quadro “abusivo” (a que pode chamar-se uma desconsideração pela igualdade na contratação ou uma privação da liberdade negocial) <sup>(62)</sup> ou de alguma “manipulação psíquica” <sup>(63)</sup> e também deve ter um exercício “enquadrado”, já que representa,

---

<sup>(56)</sup> Cit., p. 229.

<sup>(57)</sup> V. JACOMETTI, cit., p. 598.

<sup>(58)</sup> São expressivos os títulos dos artigos de M. CARLA CHERUBINI, *Sul c. d. diritto di ripensamento*, cit. e de A. GALLARATI, *Il diritto di ritirare la “parola data” ...*, cit.

<sup>(59)</sup> MALINVAUD, cit., p. 144.

<sup>(60)</sup> Cit., p. 360.

<sup>(61)</sup> Cit., pp. 232 e ss.

<sup>(62)</sup> Ver ELSA DIAS OLIVEIRA, cit., pp. 94-95, GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, in SI, n.º 307, 2006, pp. 463-464 e *Contratos de crédito ao consumo*, 2007, pp. 155-156, para a *ratio* protectora no crédito ao consumo, e ANA AFONSO, *O contrato de gestão de carteira: deveres e responsabilidade do intermediário financeiro*, in *Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira* (Jornadas), 2007, pp. 68-69. Segundo E. TORRANO, cit., p. 70, a contratação à distância, gerando um duplo déficit, “de información y de reflexión”, exige a protecção desse *bien jurídico que es la deliberatio y autodeterminación negocial*... Também CHERUBINI, cit., p. 711, atribui ao legislador o escopo de uma *tutela della libertà ed effettività del consenso*, sendo patente a *maggiore efficacia ed incisività del meccanismo*...

<sup>(63)</sup> MENEZES LEITÃO, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, in EDC, n.º 5, 2003, p. 163. ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais — Noções Fundamentais*, in DJ, vol. especial, 2007, p. 228, alude expressamente à “pressão psicológica exercida sobre a decisão de contratar”.

numa outra perspectiva, um “direito contratual de classe” estranho ao direito comum obrigacional. N. BRUTTI<sup>(64)</sup>, em comentário ao *Beseitigungsrechte* (2003) de P. MANKOWSKI, depois de assinalar um certo “paternalismo” e numa perspectiva de análise económica, não deixa de imputar à figura (em conjugação com *una politica della trasparenza informativa*) um *effetto preventivo* ao serviço da *organizzazione rationale della concorrenza* e de conter, na sua menor complexidade, os custos ligados à incerteza do contrato, atendendo às tradicionais formas contenciosas de tutela da vontade.

Regressando à questão da liberdade do consumidor, é muito interessante, e digna de reflexão, o ponto de vista de GÜNTER REINER<sup>(65)</sup> ao começar por entender que a “tutela do consumidor não é um fim em si mesmo”, mas que, em virtude dos “direitos fundamentais” que a todos assistem, o “direito de revogação”, não sendo um “amolecimento” da auto-responsabilidade, pretende assegurar a chamada “liberdade contratual material”, protegendo o consumidor da sua “debilidade psíquica” e “informacional”. Ligando esta liberdade à tutela das “declarações de vontade”, GÜNTER REINER<sup>(66)</sup> constrói quatro “escalões de protecção” (*Schutzstufen*), em função da gravidade e dos efeitos da viciação da vontade. Colocando no chamado “terceiro escalão” a declaração negocial do consumidor, própria do “modelo de ineficácia”, em nome da exigência de “uma espécie de capacidade económica” (não possuída pelo consumidor), o jurista alemão transporta para o “quarto escalão” o actual “direito de revogação” (e já o do anterior § 361 a do BGB) construído na base do chamado “modelo de eficácia”. Tratando-se, agora, de paralisar uma vontade eficaz, GÜNTER REINER, diversamente de BAILLOD, e como veremos melhor mais adiante, vai aproximar funcionalmente o *Widerrufsrecht* do direito de anulação, retirando daí uma série de consequências.

---

(64) “*Beseitigungsrechte*” e *tecniche di ritrattazione del consenso*, in Riv. Crit. Dir. Priv., n.º 3, 2005, pp. 511 e ss. Ver, no mesmo sentido, COLOSIMO, *apud* LUCÍA JIMÉNEZ, cit., p. 280, que releva a figura como “técnica de regulação do mercado”.

(65) *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*, in AcP, 2003, pp. 8 e ss.

(66) Cit., pp. 15 e ss.

4. Sendo verdade que nas diversas zonas de relevância não vamos encontrar um regime perfeitamente indiferenciado (desde logo no que toca ao início, duração e preclusão dos prazos de caducidade), podendo mesmo deparar com incoerências, faltas de sintonia com outros normativos, lacunas e alguma sobreposição de soluções, vejamos, contudo, quais são as características mais marcantes do chamado *direito de livre resolução*.

Em primeiro lugar, trata-se de um direito especial <sup>(67)</sup>, cujo titular activo é um consumidor, aderente ou não, que visa extinguir uma determinada situação jurídica (*maxime*, contratual) <sup>(68)</sup> e que opera sem a indicação de um fundamento bastante relacionado com condutas da contraparte. As únicas excepções a esta discricionariedade parecem ser o art.8.º, 4 da LDC e o art. 9.º, 5 do DL n.º 143/2001, embora seja possível sustentar, no primeiro caso, que a hipótese extravasa do âmbito do direito em análise (como já referimos, o legislador terá utilizado indevidamente a expressão “direito de retractação” <sup>(69)</sup>), enquanto no segundo normativo mais do que um “direito de livre resolução” trata-se de uma resolução *proprio sensu*. No seio do contrato de seguro, o legislador de 2008 (arts. 116.º e 118.º do DL n.º 72/2008) foi mais prudente ao separar nitidamente a resolução do contrato por “justa causa” da “livre resolução” (“sem invocar justa causa”).

Em segundo lugar, o direito, apesar de poder implicar no seu exercício, num ou noutro caso, o pagamento de alguns encargos <sup>(70)</sup> ou de certas quantias relacionadas com o começo de cumprimento do contrato em benefício do consumidor <sup>(71)</sup>, não acarreta

---

<sup>(67)</sup> Concordamos com CHERUBINI, cit., pp. 710-711, ao defender que o direito está inserido em normas especiais geradas por “speciali esigenze”.

<sup>(68)</sup> PH. STOFFEL-MUNCK, *L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel*, in J.C.P., n.º 14, 2005, pp. 665 e ss., discute a possibilidade da aplicação (aos contratos celebrados à distância) do *droit de rétractation* como meio de evitar a renovação contratual.

<sup>(69)</sup> Ver, para essa possível confirmação, o art. 23,2 do DL n.º 72/2008 e o art. 183.º do Anteprojecto de Código do Consumidor.

<sup>(70)</sup> Cfr. o n.º 2 do art. 28.º do DL n.º 12/2006, cit.

<sup>(71)</sup> Ver o disposto no art. 25.º, 2 do DL n.º 95/2006, os n.ºs 6.º e 7.º do art. 118.º do DL n.º 72/2008 e 4.º e 5.º do art. 17.º do DL n.º 133/2009, cit. Para a libertação das despesas, ver o n.º 1 do art. 8.º e o n.º 1 do art. 19.º do DL n.º 143/2001.

outras consequências pecuniárias <sup>(72)</sup>, ou seja, não está sujeito ao pagamento de indemnização, penalização ou qualquer “preço” de arrependimento. Com as palavras utilizadas por GRAVATO MORAIS <sup>(73)</sup>, ao justificar a discricionariedade do direito, também se pode dizer, quanto à ausência de verdadeiros encargos, que “tal solução é compatível com o carácter liberal que se pretende deste direito, evitando-se a criação de obstáculos ao seu exercício”.

Em terceiro lugar, o direito deve ser exercido dentro de um prazo curto (em função da maior ou menor complexidade da situação), oscilando, em condições normais, entre o mínimo de 3, a normalidade de 14 e o máximo de 30 dias <sup>(74)</sup>. Estes prazos de reflexão, cuja brevidade é explicada por razões de protecção da certeza da contratação <sup>(75)</sup>, contam-se, em função da carência de tutela de cada caso, desde o dia da recepção do bem, da data da celebração do contrato, da sua assinatura, da sua entrega <sup>(76)</sup>, do início da prestação de serviços ou da recepção da apólice de seguro. É desejo do legislador (reportado mesmo ao período pré-contratual) e a *ratio* da figura exige-o, que, em regra, o prazo só seja verdadeiramente iniciado quando o consumidor tiver em seu poder não só o bem adquirido (se for o caso) mas também o contrato e, sobretudo, todas as informações necessárias, incluindo as que respeitam, sob forma clara e compreensível, ao próprio direito desvinculativo <sup>(77)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Cfr., pela sua especificidade, a parte final do n.º 4 do art. 18.º do DL n.º 143/2001.

<sup>(73)</sup> *O direito de revogação...*, cit., p. 471 e *Contratos de crédito...*, cit., p. 157.

<sup>(74)</sup> Ver, respectivamente, o art. 322.º, 1 do CVM, o art. 17.º, 1 do DL n.º 133/2009 e o art. 20.º, 1 do DL n.º 95/2006 (cfr. o art. 118.º, 1 do DL n.º 72/2008). É de assinalar que na redacção primitiva do art. 16.º, 1 do DL n.º 275/93 estava previsto um prazo de 14 dias e que o art. 6.º, 1 da Directiva 2008/122/CE, de 14 de Janeiro de 2009, estabelece o prazo de “catorze dias de calendário para resolver o contrato de utilização periódica de bens, de aquisição de um produto de férias de longa duração, de revenda ou de troca...”. No n.º 1 do art. 187.º do Anteprojecto de Código do Consumidor é que se alude a um prazo genérico de 7 dias úteis.

<sup>(75)</sup> Assim, CHERUBINI, cit., p. 698.

<sup>(76)</sup> Cfr. o art. 20.º, 2 do DL n.º 95/2006 e o art. 17.º, 2 b) do DL n.º 133/2009 (GRAVATO MORAIS, cit., p. 474, já entendia, face ao anterior art. 8.º, 1, que não podia ser decisiva, como *dies a quo*, a data da assinatura do contrato).

<sup>(77)</sup> Ver os arts. 9.º, 2 l), 11.º, 5 e 48.º, 5 e) do DL n.º 275/93, 312.º-B, 2 do CVM, 5.º, 3 a) e 18.º, 2 (a alínea c) localiza a informação escrita no momento da proposta contratual feita pelo consumidor) do DL n.º 143/2001, 21.º, 1 do DL n.º 95/2006, 5.º, i) do DL

Tratando-se de uma informação essencial, pelas implicações protectoras, é justificável que não caiba, a não ser residualmente, no chamado ónus de auto-informação e que a ausência deste *recesso informato*, no dizer de MUSY<sup>(78)</sup>, isto é, o incumprimento do dever de informação ao consumidor<sup>(79)</sup>, seja razão bastante, para lá da aplicação de outras sanções<sup>(80)</sup>, para, em certos casos, dilatar o prazo normal de exercício do poder. Embora o ponto não conste expressamente de todos os regimes, nada parece impedir o acordo

---

n.º 357-D/2007, 18.º h) do DL n.º 72/2008 e 6.º, 3, p), relativo à ficha de “Informação normalizada”, 12.º, 3 h) e 5 c) do DL n.º 133/2009 (da leitura do art. 13.º, 3 deste diploma retira-se que o consumidor pode anular o contrato de crédito). De acordo com o n.º 6.º, 13) do Aviso do Banco de Portugal n.º 11/2001, “os documentos contratuais” relativos à emissão de cartões devem conter “o período de reflexão outorgado ao titular durante o qual este pode, sem quaisquer encargos, resolver o contrato”.

<sup>(78)</sup> *Apud* A. GALLARATI, cit., p. 366, nota 69. A dilatação do prazo é criticada por ELSA DIAS OLIVEIRA (cit., pp. 113-114) com o argumento de que, concebido como possível sanção, pode reverter em desfavor do consumidor.

<sup>(79)</sup> O art. 6.º, 3 do DL n.º 143/2001 (na redacção introduzida pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio) convola o prazo de 14 dias para os três meses, entendido como prazo máximo de exercício. Ver, igualmente, os n.ºs 3 e 5 do art. 16.º do DL n.º 275/93 e a ausência dessa preclusão, por ex., nos contratos ao domicílio e equiparados. O TJ, em decisão de 13 de Dezembro de 2001 (no caso G. HEININGER e E. HEININGER/BAYERISCHE HYPO-UND VEREINSBANK AG), pronunciou-se no sentido do art. 5.º da Dir. 85/577/CEE, de 20 de Dezembro, não poder ser cerceado pela legislação nacional (no caso, a *Verbraucherkreditgesetz*, de 17 de Dezembro de 1990) com a fixação de um prazo máximo de um ano para o exercício do direito. Esta “resposta” foi criticada por BERNARDEAU (*Le droit de rétractation du consommateur: un pas de plus vers une doctrine d'ensemble – À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heinger, aff. C-481/99, in J.C.P., n.º 40, 2002, p. 1724*) dado “implicar um sério entorse nos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica”. Tratou-se, no caso, de um contrato de crédito imobiliário contraído por um casal alemão, negociado ao domicílio mas contratado no estabelecimento bancário e que, por falta de informação sobre a existência do “direito de revogação”, o casal pretendeu extinguir passados quase cinco anos. O Tribunal entendeu igualmente aplicável ao contrato em causa o regime da Directiva, conquanto essa interpretação *pro humiliore* colha sérias resistências na letra dos arts. 14.º a) do DL n.º 143/2001 e 2.º a) e 17.º, 6 (de redacção discutível) do DL n.º 133/2009.

<sup>(80)</sup> Enquanto o art. 16.º, 1 do DL n.º 143/2001 (contratos ao domicílio) parece cominar a nulidade do contrato, o art. 23.º, 2 do DL n.º 72/2008 coloca a hipótese de uma resolução e o art. 54.º, 2 do DL n.º 275/93 aplica uma contra-ordenação, já o art. 13.º, 3 do DL n.º 133/2009 prevê a possibilidade de anulação do contrato de crédito. Como conciliar, contudo, essa panóplia de resultados com a norma do art. 14.º do DL n.º 57/2008 e a sanção genérica da anulabilidade? E como distinguir uma “omissão enganosa” (cfr. o art. 9.º do diploma) de uma simples omissão informativa? Para a maior eficácia das penas pecuniárias, como “incentivi alle imprese”, ver GALLARATI, cit., p. 368.



das partes (ou a informação prévia ao consumidor) no sentido do alargamento dos prazos mínimos de exercício do direito <sup>(81)</sup>, ou seja, é de admitir uma derrogação *in melius* <sup>(82)</sup>. Parece-nos de aplaudir a solução que consta do Anteprojecto de Código do Consumidor <sup>(83)</sup> no sentido de um documento autónomo integrar toda a informação pertinente ao poder desvinculativo.

Em quarto lugar, trata-se de um direito que, não podendo ser contestado e existindo no interesse pessoal do consumidor/titular, conhece certas restrições, não só atinentes ao seu âmbito material de aplicação, mas também reconduzíveis a uma espécie de exercício disfuncional (ou falta de direito?), como acontece, por ex., nos contratos à distância, com o início da prestação de serviços antes do termo do prazo normal de exercício do direito ou a violação do selo de garantia de um programa informático <sup>(84)</sup>. Embora esta restrição seja compreensível para evitar que o consumidor possa ser reembolsado depois de ter beneficiado do serviço ou do bem fornecido, também é verdade, como nota J. PASSA <sup>(85)</sup>, que, muitas vezes, o consumidor só pode inteirar-se da conveniência do serviço ou do produto com o começo da prestação ou a verificação do conteúdo do programa adquirido. Este tipo de limitação não é apanágio da globalidade dos regimes, já que em certos domínios, como

---

<sup>(81)</sup> Cfr. a redacção dos arts. 9.º, 7 da Lei n.º 24/96, e 6.º, 1 do DL n.º 143/2001 (“...prazo mínimo de 14 dias...”), o n.º 3 do art. 18.º deste mesmo diploma (“os prazos previstos... podem ser alargados por acordo entre as partes”), os arts. 20.º, 1 e 53.º do DL n.º 275/93, o art. 7.º, 2 do DL n.º 357-D/2007 e o art. 13.º (“imperatividade relativa” do art. 118.º do DL n.º 72/2008).

<sup>(82)</sup> ULMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a*, 4.ª ed., 2003, p. 2259, alude a um regime dotado de “halbzwingender Natur”.

<sup>(83)</sup> Art. 187.º, 5.

<sup>(84)</sup> Ver as als. *a*) e *d*) do art. 7.º do DL n.º 143/2001 (com admissão de “acordo em contrário”) e, com uma solução mais defensável, o art. 23.º do DL n.º 95/2006 (“o direito...caduca quando o contrato tiver sido integralmente cumprido, a pedido expreso do consumidor...”) e mesmo, pelo que dizemos no texto, o art. 25.º, 2 do mesmo diploma. Refira-se que a restrição constante da al. *a*) do art. 7.º já não consta do art. 234.º do Anteprojecto de Código do Consumidor.

<sup>(85)</sup> *Commerce électronique et protection du consommateur*, in D./chr. n.º 6, 2002, pp. 559-560. O jurista também se interroga sobre a forma como uma norma, do teor do art. 7.º *d*) do DL n.º 143/2001, pode ser aplicada ao fornecimento *on-line* de programas informáticos. Sobre a questão, com acerto, ver JORGE MORAIS CARVALHO, *Comércio electrónico e protecção dos consumidores*, in Themis, n.º 13, 2006, p. 59.



na actividade seguradora, o início de execução do contrato, a pedido do consumidor, não preclui o exercício do direito mas condiciona apenas a sua eficácia <sup>(86)</sup>. Já que falamos no exercício disfuncional do direito, será possível controlar esse mesmo exercício invocando-se uma eventual má fé do consumidor? O quesito é abordado por alguma doutrina, defendendo, por ex., ROMANO MARTINEZ <sup>(87)</sup> “...que apesar de não carecer de uma justificação, não pode o direito ser exercido em manifesto abuso, contrariando a directriz do art. 334.º do CC, nem em violação da boa fé, como prescreve o n.º 2 do art. 762.º do CC”. Salvo o devido respeito, este controlo (judicial?) da discricionariedade, que também encontramos em BAILLOD <sup>(88)</sup>, parece-nos pouco compatível com a filosofia do direito em causa, a amplitude da sua concessão, as limitações legais ao seu exercício, os seus (relativos) custos e a necessária brevidade da manifestação desvinculativa. Não desconhecemos, contudo, que, num ou noutro caso, sem prescindir de prova, e sem que se trate propriamente de sindicar a imotivação do direito, poderá o consumidor, conhecedor da possibilidade de desvinculação, não a exercer imediatamente, escudando-se na falta (formal) de informação sobre a sua existência, e provocando, dessa forma, prejuízos ao fornecedor, resultantes, por ex., do atraso da restituição.

Em quinto lugar, trata-se de um direito que é exercido unilateralmente, de forma extrajudicial, incondicionável e que, embora sujeito a um formalismo simples (em princípio, envio de carta registada com aviso de recepção até ao último dia do prazo ou utilização de “outro suporte duradouro” <sup>(89)</sup>), deve permitir à contra-

---

<sup>(86)</sup> Ver o n.º 7 do art. 118.º do DL n.º 72/2008 e o n.º 2 do art.25.º do DL n.º 95/2006.

<sup>(87)</sup> Cit., p. 161. Para a correcção operada pelas cláusulas gerais, ver M. GORGONI, *L'obbligo restitutorio quale "effetto" del recesso da un contratto negoziato fuori dei locali commerciali*, in I contratti, n.º 11, 2000, p. 1034, L. NATALI, *Ius poenitendi e obbligo di restituzione nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in I Contratti, n.º 3, 2006, p. 306 e V. JACOMETTI, cit., p. 585.

<sup>(88)</sup> Cit., p. 249. Para o jurista francês o pagamento de uma certa quantia pelo consumidor poderia reduzir o risco do direito ser exercido com intuito de prejudicar a outra parte. Ponderando tudo, e até a enorme dificuldade de prova dessa intenção, BAILLOD acaba por sustentar a sua gratuitidade.

<sup>(89)</sup> Ver, por ex., os arts. 6.º, 5 e 18.º, 5 do DL n.º 143/2001, 21.º do DL n.º 95/2006, o n.º 6 do art. 7.º do DL n.º 357-D/2007, o n.º 5 do art. 118.º do DL n.º 72/2008

parte tomar conhecimento do arrependimento do consumidor. Quer isto dizer, que não é possível isolar a expedição ou notificação da desvinculação sem tomarmos em conta o conhecimento ou cognoscibilidade da contraparte<sup>(90)</sup>. Cremos mesmo que o contrato só deve ser considerado extinto e os contraentes libertados das suas obrigações quando a comunicação do consumidor chegar à esfera de conhecimento do profissional<sup>(91)</sup>.

Estamos com GALLARATI<sup>(92)</sup> quanto este jurista defende, em nome da *efficienza economica*, que o exercício do direito seria facilitado se o “profissional” tivesse que anexar ao contrato um formulário da declaração desvinculativa, como, aliás, estava previsto no n.º 2 do art. 8.º do DL n.º 359/91 e consta, nos termos do art. 5.º, 4 da Directiva 2008/122/CE, do seu Anexo V.

Conquanto a solução, segundo certa doutrina, possa ser, em geral, fonte de alguma litigiosidade e interpretações divergentes, nada parece impedir que na informação sobre as condições como deve ser exercido o direito fiquem previstas outras formas de comunicação ou mesmo que a restituição do bem (por ex., um car-

---

e o art. 17.º, 3 do DL n.º 133/2009. Os textos que são mais restritivos quanto ao *modus faciendi* da desvinculação e que apenas referem a carta registada com aviso de recepção (por ex., o art. 16.º, 2 do DL n.º 275/93) não afastam a possibilidade da desvinculação poder ser feita de outro modo (não verbal), desde que se entenda esse requisito como mera formalidade probatória (admitindo esta natureza para a forma prevista no art. 6.º, 5 do DL n.º 143/2001, ver JORGE MORAIS CARVALHO, cit., p. 59 e, de certa forma, GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito...*, cit., p. 172, ao admitir, no diploma de 2001, o correio electrónico).

(90) Os prazos estabelecidos pelo legislador são prazos que interessam para avaliarmos a regularidade do exercício do direito (e para o cumprimento dos deveres restitutivos a cargo do consumidor), não sendo necessário que a declaração chegue à esfera de conhecimento do profissional dentro desses mesmos prazos. Por outras palavras, sendo necessária a expedição dentro do prazo (*dormientibus non securret jus*), estando sujeita à aplicação do art. 230.º e tendo de ingressar (como declaração receptícia) na esfera do destinatário (nos termos do art. 24.º, 2 do DL n.º 95/2006 a recepção da comunicação estabelece, por ex., o *dies a quo* do prazo de restituição a cargo do prestador), já não é exigível que esta recepção ocorra dentro daquele prazo. Só tendo por fundo estes postulados é que estamos com GRAVATO MORAIS (*O direito de revogação...*, cit., p. 475 e *Contratos de crédito...*, cit., p. 160), quando afirma que a mera expedição da declaração (dentro do prazo) afasta “a regra geral da eficácia das declarações receptícias”.

(91) Ver, nesse sentido, os arts. 66.º do Código de Consumo italiano e 159.º, 3 do chamado Projecto GANDOLFI.

(92) Cit., p. 367.

tão de crédito), dentro do prazo de caducidade, signifique um desejo desvinculativo <sup>(93)</sup>.

Em sexto lugar, estamos perante um direito conferido por razões de ordem pública <sup>(94)</sup> a que não é possível renunciar antecipadamente ou ver excluído ou limitado. O consumidor está, pois, garantido por normas específicas ou por uma genérica “nulidade de protecção” não só contra o “enfraquecimento” do direito (por ex., fixação de penalização, prazos menores para o exercício, modos onerosos de notificação), mas também contra a sua exclusão por vontade própria (tutela contra si) ou alheia <sup>(95)</sup>. Não correspondia, pois, à melhor solução o regime previsto no art. 8.º, 5 do DL n.º 359/91 de associar a “renúncia” <sup>(96)</sup> ao exercício do “direito de revogação” com a entrega imediata do bem, tanto mais que não podia ver-se na perda do direito um efeito concludente de um pedido de cumprimento... não exigível. Apesar de o legislador ter consagrado um direito fortemente protector, na sua *ratio* e no seu regime, não é de afastar a possibilidade do consumidor protegido exercer, no prazo de reflexão, uma renúncia abdicativa <sup>(97)</sup> do direito (com o efeito de tornar o contrato definitivamente eficaz) ou de renunciar mesmo à chamada suspensão da eficácia do contrato.

---

<sup>(93)</sup> Expressamente nesse sentido os arts. 187.º, 3 do Anteprojecto de Código do Consumidor, 64.º, 3 do Código de Consumo italiano, II.-5:102,2 do DCFR e o § 355 I do BGB. Cfr., sobre o ponto, E. TORRANO, cit., p. 74.

<sup>(94)</sup> BAILLOD, cit., p. 240 e BERNARDEAU, *Le droit de rétractation du consommateur: un pas vers une doctrine d'ensemble — À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97, in J.C.P., n.º 14, 2000, p. 627*, integram o direito na chamada “ordem pública económica de protecção”.

<sup>(95)</sup> Cfr. os arts. 16.º da Lei n.º 24/96 (estabelecendo uma genérica nulidade de protecção), 18.º, 4 do DL n.º 143/2001 (“Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia...”), 5.º do DL n.º 95/2006 (“o consumidor não pode renunciar...”), 7.º, 3 do DL n.º 357-D/2007 (“Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia ao direito...”), 20.º, 1 do DL n.º 275/93, 13.º, 1 do DL n.º 72/2008 e 26.º do DL n.º 133/2009. Sobre o regime da “nulidade de protecção” (no âmbito dos contratos de consumo), no Anteprojecto de Código do Consumidor, ver o art. 199.º.

<sup>(96)</sup> Ver o acórdão da RP, de 5/2/09 (MADEIRA PINTO), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), para a exigência de escrito nessa declaração e o que GRAVATO MORAIS (*O direito de revogação...*, cit., pp. 479 e ss. e *Contratos de crédito...*, cit., pp. 163 e ss. e 177 e ss.) escreveu sobre n.º 5 do art. 8.º, mesmo na sua articulação com contratos de consumo desprovidos da possibilidade de renúncia.

<sup>(97)</sup> Sobre a figura, ver, por todos, F. MANUEL PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, 1995.

Embora o ponto não seja muito considerado nos textos normativos é de pensar que o direito aqui em causa acompanha a eventual cessão da posição de consumidor ou que possa ser oposto a quem no contrato vier ocupar a posição do prestador do bem ou do serviço ou do concedente do crédito<sup>(98)</sup>. O que já não parece concebível, dada a natureza do direito, é a possibilidade de um credor do consumidor exercer acção subrogatória.

Em último lugar, e no tocante aos efeitos do exercício do direito, a desvinculação provoca uma normal extinção dos direitos e obrigações decorrentes da celebração de um contrato cuja eficácia o legislador pretende suspender o mais possível durante o período de reflexão. Havendo um começo de cumprimento, particularmente nos contratos de consumo com eficácia real ou naqueles (como os de seguro) em que o consumidor tenha já acedido às prestações da contraparte, o exercício do direito comporta uma liquidação restitutiva (*maxime*, reembolso do despendido pelo consumidor, devolução do capital mutuado, dos prémios do seguro, do bem adquirido<sup>(99)</sup>) e de cumprimento das obrigações subsistentes (pagamento de juros vencidos, pagamento dos serviços prestados, prémio de seguro calculado *pro rata temporis*). É de assinalar também que o exercício do poder desvinculativo provoca a extinção automática dos contratos (de crédito, de compra e venda, de prestação de serviços) coligados com o contrato de consumo livremente resolvido<sup>(100)</sup>. A este propósito é de notar, por um lado, a impro-

---

<sup>(98)</sup> Para esse caso, ver o art. 21.º do DL n.º 133/2009 e, para a transmissão do seguro, ver o art. 95.º, 1 do DL n.º 72/2008. Sobre a dupla transmissão referida no texto, ver GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito...*, cit., pp. 286 e ss.

<sup>(99)</sup> É de entender que, ocorrendo a situação descrita no art. 6.º, 3 do DL n.º 143/2001, o prazo de 30 dias para a restituição do bem (art. 8.º, 3) deva ser contado a partir da data da expedição da carta registada utilizada para o exercício do direito. A não ser feita esta interpretação correctiva do art. 8.º, 3 a restituição do bem não poderia ser vista como um efeito da declaração desvinculativa, correndo-se o risco da devolução ser feita antes da recepção da declaração. A opção legislativa, de situar no dia da recepção do bem o início da contagem do prazo de 30 dias, não é a melhor pois, sendo resolvido o contrato no último dia do prazo, referido nos arts. 6.º, 1 e 18.º, 1, o consumidor nunca poderá usufruir por inteiro do prazo legal fixado para a restituição. Reputamos com melhor acerto as soluções, quer do art. 24.º, 3 do DL n.º 95/2006, quer do art. 191.º, 1 do Anteprojecto de Código do Consumidor. Para observações críticas do mesmo teor, ver, no direito italiano, L. NATALI, cit., p. 303.

<sup>(100)</sup> Ver os arts. 16.º, 6 do DL n.º 275/93, 8.º, 4 e 19.º, 4 do DL n.º 143/2001, 7.º,

priedade da expressão “resolução automática” <sup>(101)</sup> utilizada pelo legislador, por estarmos, em rigor, perante um caso de caducidade e, por outro lado, a ausência de uma norma, idêntica à do art. 67.º, 6 do Código de Consumo italiano, que faça recair sobre o profissional o dever de informar o intermediário financeiro do exercício do direito, bem como o dever de restituição, pelo profissional, das quantias eventualmente entregues pelo financiador <sup>(102)</sup>.

A questão da possível insolvência do fornecedor, anterior ou posterior ao exercício do direito, não parece exigir qualquer solução específica, conquanto seja de aplaudir a exigência de prestação de caução no seio da aquisição dos direitos reais de habitação periódica e de direitos de habitação turística <sup>(103)</sup>. Como forma de pressionar o fornecedor dos bens a cumprir a obrigação de restituição das quantias pagas pelo consumidor (nos contratos à distância e ao domicílio), o legislador estabeleceu, desde meados de 2008 <sup>(104)</sup>, e ao que nos parece de forma desproporcionada, a obrigatoriedade da devolução em dobro em conjugação com uma responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais (?) <sup>(105)</sup>. O silêncio sobre as consequências que recaem sobre o consumidor havendo mora na restituição do bem comprado à distância ou no

---

9 do DL n.º 357-D/2007 e 18.º do DL n.º 133/2009. Neste diploma a coligação contratual é igualmente encarada pela perspectiva da invalidade da compra e venda ou do seu incumprimento, não sendo, contudo, a compra e venda atingida automaticamente pelas vicissitudes do contrato de crédito. Com base na redacção do art. 12.º, 1 do DL n.º 359/91, GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação...* cit., p. 486, entendia que o consumidor devia enviar (por escrito) ao fornecedor a declaração revogatória (ver, no mesmo sentido, o seu *União de contratos de crédito e de venda para consumo: situação actual e novos rumos*, in EDC, n.º 7, 2005, pp. 292-293).

<sup>(101)</sup> É de notar que no DL n.º 143/2001, nos arts. 5.º, 3 d), 6.º (e 18.º) e 8.º, 4 (e 19.º, 4), encontramos três sentidos jurídicos diferentes da palavra “resolução” sem nenhum ter verdadeiramente a ver com o genuíno direito de resolução.

<sup>(102)</sup> Cfr. MATTEO DE POLI, *Gli effetti sul contratto di credito al consumo del recesso da un contratto concluso a distanza o a domicilio*, in NGCC, II, 2008, pp. 15 e ss. Ver, contudo, sobre ambos os pontos, os arts. 305.º e 306.º do Anteprojecto de Código do Consumidor.

<sup>(103)</sup> Assim, os arts. 15.º e 52.º do DL n.º 275/93.

<sup>(104)</sup> O DL n.º 82/2008, de 20 de Maio, alterou algumas normas do DL n.º 143/2001.

<sup>(105)</sup> O incumprimento do dever constante dos arts. 8.º, 2, 9.º, 3 e 19.º, 2 determina a aplicação de uma contra-ordenação segundo os quantitativos fixados no art. 32.º.

seu domicílio só é compreensível se defendermos como natural o recurso integrador ao regime geral da mora <sup>(106)</sup>. Por outro lado, o legislador não conferiu ao consumidor direito de retenção, nem mandou aplicar as normas gerais que garantem o cumprimento das obrigações recíprocas de restituição.

A propósito deste conjunto de efeitos (ou dos seus pressupostos) há que dizer que o legislador, durante o chamado *cooling off period*, pode “sancionar” (com a perda do direito) o começo da prestação de serviços ou mesmo a execução plena (a pedido do consumidor) <sup>(107)</sup> e protege em especial o consumidor do dever ou exigência de pagamento imediato dos bens ou serviços contratados <sup>(108)</sup>.

Tendo o contrato natureza precária até ao termo do prazo consignado para o exercício do poder cessativo, há que saber se, independentemente da necessária entrega do bem em certos contratos de consumo translativos (por ex., vendas ao domicílio), o consumidor pode ou não ser considerado titular do direito de propriedade, suportando, como corolário, o risco (de perda/deterioração) que atinja o bem adquirido durante o chamado período de reflexão e até à comunicação do possível exercício do direito. As normas que regulam o direito em análise são omissas quanto ao duplo problema, encarando, apenas, os efeitos obrigacionais do contrato. Esta omissão não deixa de ser preocupante atendendo à multiplicidade de efeitos ligados à translação ou não do domínio sobre os bens. A resposta afirmativa, sugerida pelas regras gerais consagradas nos arts. 408.º,1 e 796.º,1 do CC, além de subtrair o bem ao poder dos credores do fornecedor (com devolução desse poder aos

---

<sup>(106)</sup> Para uma aplicação das regras gerais sobre a mora, ver M. GORGONI, cit., p. 1036 e, para o reconhecimento das lacunas relativas ao dever restitutivo que recai sobre o consumidor, ver L. NATALI, cit., pp. 302 e ss.

<sup>(107)</sup> Cfr. os arts. 7.º, a) do DL n.º 143/2001 e 23.º do DL n.º 95/2006 e ver, para outra solução, o art. 25.º deste último diploma.

<sup>(108)</sup> Quer o n.º 4 do art. 7.º do DL n.º 357-D/2007, quer os arts. 14.º e 53.º do DL n.º 275/93 (meramente aplicáveis à situação descrita nos arts. 16.º, 1 e 49.º, 1), proibem, respectivamente, que a entidade comercializadora e o vendedor recebam ou exijam quantias antes de expirar o prazo de reflexão (no primeiro caso, o legislador, de forma original, alarga até 17 dias o período da proibição). Ver também os arts. 20.º do DL n.º 143/2001 e 25.º, 1 do DL n.º 95/2006.

credores do consumidor?) e de permitir a sua alienação (pelo consumidor/proprietário) no período de reflexão, com o efeito de equivaler a um acto concludente de renúncia ao exercício do arrendimento, comportaria, em caso de “livre resolução”, uma “retroactividade real” (restauração da propriedade no vendedor, exigindo-se ao consumidor o dever de conservar o bem para o poder restituir ao vendedor <sup>(109)</sup>) e faria recair o risco sobre o consumidor/proprietário, determinando a perda do reembolso das quantias entregues, o seu pagamento ou mesmo a perda do próprio direito por impossibilidade restitutiva (favorecida pela lógica tutelar do direito? <sup>(110)</sup>). Mesmo que se entenda que a entrega do bem não é feita no exclusivo interesse do fornecedor, e desde logo quanto à questão do risco, é de afastar o entendimento que o faz recair sobre o consumidor já que esta solução vai contra a teleologia do direito, de querer o legislador salvaguardar o seu exercício <sup>(111)</sup>, a restituição das eventuais somas pagas pelo consumidor ou a sua libertação das obrigações assumidas. Havendo “nebulosi-

---

<sup>(109)</sup> Cfr. o n.º 3 dos arts. 8.º e 19.º do DL n.º 143/2001. Para a valoração de uma culpa em concreto e para a ausência de pedidos indemnizatórios ligados à desvalorização do bem, ver o art. 193.º do Anteprojecto cit.

<sup>(110)</sup> Ver o nosso *A resolução...*, cit., pp. 197 e ss., para a conflitualidade (sanável) entre as questões resolutiva e do risco.

<sup>(111)</sup> Será que da leitura da alínea *c*) do art. 7.º do DL n.º 143/2001 resulta, como pressuposto geral do exercício do direito, a possibilidade do bem poder ser restituído? Não o cremos, tratando-se, como se trata, de um caso particular perfeitamente justificativo da exclusão (não forçosa) do direito. Ver, aliás, como reforço deste entendimento, embora noutra área de tutela do consumidor, o n.º 4 do art. 4.º do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril. O art. 67.º, 2 do Código de Consumo italiano, numa leitura não unívoca, também pode ser entendido no sentido de não exigir propriamente que o bem exista à data do *recesso*, mas que, existindo, deva ser restituído na sua *sostanziale integrità*. Embora, sem a devida certeza, cremos que, entre nós, e naturalmente na ausência de culpa do consumidor, a eficácia do exercício do direito não parece estar condicionada pela possibilidade restitutiva (a restituição e a conservação do bem são efeitos da declarada desvinculação) ou sequer pela constatação de que o bem restituído não está “em devidas condições de utilização” (arts. 8.º, 3 e 19.º, 3 do DL n.º 143/2001). No § 495 do BGB, relativo ao *Widerrufsrecht* no *Verbraucherdarlehensvertrag*, é que a eficácia da “revogação” está dependente da restituição do empréstimo. Neste diploma, dada a consagração do “direito de revogação” como um *modifiziertes Rücktrittsrecht*, entende-se que o consumidor terá que indemnizar pelo valor não só nos casos em que haja uma perda ou deterioração significativa do bem recebido, mas também quando o consuma, aliene, onere, transforme ou desvalorize em consequência de uma utilização normal não relacionada com o exame do bem (cfr. ULMER, cit., pp. 2295 e ss.).

dade” sobre o real significado jurídico do período de reflexão, temos mais dúvidas quanto à resposta a dar à possível transmissão da titularidade do direito de propriedade, até porque se é pensável fazer aplicar aos contratos translativos de consumo a parte final do art. 408.º, 1 do CC ou ver nesses contratos uma implícita reserva de propriedade, sufragando, assim, a suspensão da eficácia real a par da normal suspensão, total ou parcial, da eficácia obrigacional, também nada parece impedir que se considere o consumidor um proprietário, pelo menos temporário, titular de um direito que poderá perder ou ver consolidado. E como a questão do risco não tem que estar associada à questão da transferência do domínio, concordamos em absoluto com as soluções consagradas no art. 192.º do Anteprojecto do Código do Consumidor <sup>(112)</sup> ao fazer recair o risco sobre o profissional “até à restituição do bem” ou “até decorrer o prazo para resolver o contrato” (o seu n.º 2, para a perda/deterioração consequentes ao exercício do direito, manda aplicar as regras de repartição do risco nas chamadas dívidas de envio) <sup>(113)</sup>.

5. Independentemente das características acabadas de enunciar e cuja fixação é importante para nos guiar na opção pelo tipo desvinculativo mais apropriado para enquadrar a figura, convém realçar que o direito aqui em causa pressupõe claramente, e em regra, a *conclusão instantânea de um contrato de consumo*, não se afastando alguma eficácia imediata ou princípio de execução, sobretudo por iniciativa do consumidor, e visível na entrega do bem, no pagamento contra a entrega do bem, na disponibilidade do capital mutuado, no pagamento dos prémios de seguro. A tensão entre essa eficácia contratual e a contenção legal dessa mesma efi-

---

<sup>(112)</sup> Sobre o tema, ver LUCÍA JIMÉNEZ, cit., pp. 286-287 (assinalando as diferentes posições de RUVOLO, adepto da aplicação da disciplina geral que converte o consumidor em proprietário, e de GIANPETRAGLIA, CHERUBINI e BOCCHINI, defensores de regras baseadas na *ratio* do direito e na indagação da conduta das partes e que alijam o risco da esfera do consumidor), CHERUBINI, cit., pp. 704 e ss., (dando igualmente conta da divisão existente na literatura italiana) e GALLARATI, cit., p. 371, para a consideração do profissional como *best risk bearer*.

<sup>(113)</sup> Cfr., para a oneração do profissional com os custos e o risco da devolução (*Rücksendung*), o § 357,2 do BGB.



cácia (limitada ou mesmo excluída pelo legislador <sup>(114)</sup>), revela que, com exclusão desta última hipótese, paira sobre o contrato a ameaça da sua extinção, a perda total e definitiva da sua eficácia. O período de tempo que permite ao consumidor reflectir como que provoca um natural “adormecimento”, suspendendo o cumprimento de deveres essenciais do consumidor face à possível definição (pelo exercício ou não do direito de arrependimento) da provisoriedade da vontade vinculativa.

Embora alguma doutrina <sup>(115)</sup> entendesse não haver qualquer especificidade, a forma como estava redigido o n.º 1 do art. 8.º do anterior DL n.º 359/91 (“...a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito só se torna eficaz se o consumidor não a revogar...”) e mesmo a parte final do seu n.º 4 (“...não são exigíveis enquanto se não tornar eficaz a declaração negocial do consumidor”) parecia dar a entender que o “período de reflexão” e a ausência de “revogação” condicionavam não propriamente a eficácia do contrato mas, em rigor, a sua própria conclusão. Por outras palavras, mais do que permitir a desvinculação potestativa do contrato, o trecho em causa, na sua literalidade, parecia favorecer a retractação da declaração do consumidor ou, na sua ausência, a sua “conjugação contratual” com a declaração da outra parte.

Ao comentar o preceito, num quadro comparativo com a hipótese descrita no DL n.º 275/93, JANUÁRIO GOMES <sup>(116)</sup> não deixou de considerar que o “arrependimento”, no contrato de crédito ao consumo, estava integrado “...na fase de formação contratual, alargando-a, para o efeito, até ao termo do período de reflexão”. Noutro passo das suas conclusões <sup>(117)</sup>, o jurista afirma que “o n.º 1 do art. 8.º estabelece, ao fim e ao cabo, uma condição suspensiva

---

<sup>(114)</sup> Ver, como exemplo único da suspensão plena de eficácia, o n.º 1 do art. 322.º do CVM, como exemplos de uma suspensão unilateral a redacção dada aos arts. 20.º, 2 do DL n.º 143/2001, 25.º, 1 do DL n.º 95/2006 e ao n.º 4 do art. 7.º do DL n.º 357-D/2007 (“...deve abster-se da prática de quaisquer actos de execução do contrato celebrado...”) e, como exemplo de uma suspensão bilateral provisória, o art. 14.º do DL n.º 275/93.

<sup>(115)</sup> ROMANO MARTINEZ, cit., p.165.

<sup>(116)</sup> Cit., pp. 81 e 84.

<sup>(117)</sup> Cit., 83.

de eficácia da declaração negocial do consumidor (a não revogação da mesma declaração): verificada a condição...o contrato considera-se celebrado desde o momento em que o seria se a declaração negocial...não estivesse sujeita a condição”. Numa visão global sobre a melhor “técnica” de protecção do consumidor, JANUÁRIO GOMES, no seu estudo de 1995, não teve dúvidas em defender que, em geral, o período de reflexão devia ser tratado como “um período de “arrefecimento” da declaração de vontade do consumidor e não do contrato...” (118). Na sua tese de doutoramento, publicada em 2000, JANUÁRIO GOMES (119) parece abandonar a anterior posição “condicional”, conquanto trate apenas do tema da possível revogação da “declaração fidejussória” e das suas implicações na relação de crédito ao consumo. Já GRAVATO MORAIS, em estudos mais recentes (120), combate “...a tese que insere este direito no processo de formação do contrato de crédito...”, conquanto não seja muito convincente quanto à questão de saber se o “modelo de ineficácia” (121) ou de “eficácia suspensa”, a que se refere, apoiado em FERREIRA DE ALMEIDA (122), tem a ver com a suspensão de efeitos do “negócio concluído” ou apenas da “declaração negocial do consumidor”. Para nós, como vamos ver a seguir, no âmbito do art. 8.º, 1 do DL n.º 359/91, quer o credor, quer o consumidor estavam vinculados, embora se tratasse de um contrato com eventual

---

(118) Cit., pp. 84-85. Aderindo à posição de JANUÁRIO GOMES, ver ELSA DIAS OLIVEIRA, cit., p. 102. A propósito da solução desse art. 8.º, 1, a jurista (p. 99) entende o “período de reflexão” como meio do consumidor “afastar a eficácia da sua declaração negocial já emitida”. Cremos, contudo, que, em rigor, o direito de revogação previsto na norma servia para o consumidor confirmar em definitivo a ineficácia do negócio.

(119) *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, 2000, pp. 751 e ss. Invocando, como apoio central, a norma do art. 631.º, 1 do CC, o ilustre jurista confere ao fiador, nesse e noutros casos, a possibilidade desvinculativa, apesar de esgrimir com o “carácter excepcional” do poder revogatório do consumidor.

(120) *O direito de revogação...*, cit., pp. 487 e ss. e *Contratos de crédito...*, cit., pp. 167-169.

(121) Quando GRAVATO MORAIS (*O direito de revogação...*, cit., p. 489) alude ao “modelo de eficácia” do § 355, I do BGB, este modelo não pode ser “extraído” apenas da redacção desse normativo, dado conter uma redacção não inteiramente conclusiva (*seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden...*).

(122) No seu *Direito do consumo*, cit., p. 112, o jurista integra o regime do art. 8.º, 1 no modelo germânico da “eficácia suspensa”.

suspensão provisória de efeitos <sup>(123)</sup> (utilizando a distinção feita por ROUHETTE <sup>(124)</sup>, podia ver-se nesse normativo a separação entre *l'engagement-consentement* e *l'engagement-obligation*), tendo o legislador, realisticamente, visto na revogação da “declaração negocial do consumidor” a forma mais perfeita de traduzir o desejo de arrependimento do seu autor. Tratava-se de uma técnica própria da época e a que GÜNTER REINER <sup>(125)</sup> chamaria de “modelo de ineficácia” para vincar a ideia de que o contrato e a declaração do consumidor permaneciam sem efeitos (*schwebend unwirksam*) até ao fim do prazo de reflexão, funcionando o exercício do direito, segundo a jurisprudência do BGH da década de 90, como *rechts-hindernde Einwendung* <sup>(126)</sup>.

Como quer que seja, e sem pensarmos sequer na actual clarificação feita pelo legislador do DL n.º 133/2009 e na consagração de um “modelo de eficácia”, cremos que do próprio texto da norma em análise (“...assinatura do contrato...”; “o cumprimento do contrato de crédito...”) já resultava claramente que estava em jogo *não uma questão formativa mas um problema de eficácia contratual* <sup>(127)</sup>.

<sup>(123)</sup> ROMANO MARTINEZ, cit., p. 165, não deixa de sustentar que o n.º 3 do art. 8.º consagra(va) uma “retroactividade mitigada”.

<sup>(124)</sup> *Apud* R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, 1996, p. 5, nota 17.

<sup>(125)</sup> Cit., pp. 4-7 e 19 e ss. (segundo o jurista esse “modelo” continua presente na legislação alemã). Cfr., também, entre outros, C. BERGER, *Die Neuregelung des verbraucherrechtlichen Widerrufsrechts*, in JURA, 2001, p. 292..

<sup>(126)</sup> Para uma análise impressiva dos modelos de revogação da declaração de vontade no período anterior à introdução do § 361 a, ver J. GERNHUBER, *Verbraucherschutz durch rechte zum Widerruf von Willenserklärungen*, in WM, 1998, pp. 1797 e ss.

<sup>(127)</sup> O que não parece ter estado no pensamento do legislador de 1991 terá sido uma pura construção “condicional” do regime do art. 8.º na linha do defendido por JOANA VASCONCELOS (*O contrato de emissão de cartão de crédito*, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor ALMEIDA COSTA, 2002, p. 738), ao subordinar a eficácia do contrato à verificação de uma “condição suspensiva negativa”. É de atentar que esta construção “apaga” o papel volitivo do titular do direito. Para a defesa do “droit de repentir” como “condição resolutive puramente potestativa”, ver BERNARDEAU, cit., p. 624 e ss. Esta concepção lida, contudo, com uma condição duplamente imprópria, se pensarmos que o direito deriva da lei e que tem que ser exercido pelo seu titular enquanto manifestação de um poder cessativo. Como diz BAPTISTA MACHADO (*A cláusula do razoável*, cit., p. 497) a pura condição potestativa só “relewa como mero *facto* (como “evento”), por força do vínculo contratual..., e não como acto jurídico-negocial...”.

Efectivamente, o não exercício do direito conferia (e confere) ao contrato e à declaração do consumidor a sua plena eficácia, não equivalendo, assim, à aceitação “silenciosa” de uma proposta (ou de uma oferta) com o efeito da perfeição contratual, nem sequer podendo ser visto como confirmação de um acordo inicial provisório ou uma espécie de opção negativa do consumidor (em celebrar o contrato) face à já existente vinculação da outra parte <sup>(128)</sup>. O falar-se, com acerto, em revogação da declaração negocial, não podia afastar a interpretação de que aquilo que também estava em causa era uma tomada de posição final sobre o todo (contratual), conquanto utilizando a técnica impressiva de seccionar o contrato em duas declarações de vontade. Em suma, e apesar da epígrafe do antigo art. 8.º <sup>(129)</sup>, a revogação da “declaração negocial” impedia a plena eficácia de um contrato perfeito *ab initio*, provocando a extinção/liquidação *ex nunc* do consenso formado. Este modelo construtivo continua hoje patente nos contratos de intermediação financeira, ao dizer-se, no art. 322.º, 1 do CVM, que “as ordens para execução de operações e os contratos de gestão de carteira... só produzem efeito três dias úteis após a declaração negocial do investidor”, sendo certo que, nesse período, pode haver “arrependimento”.

Esta posição legislativa de considerar o contrato concluído era corroborada pelo teor de outros preceitos legais, da mesma década de 90 <sup>(130)</sup>, relativos aos contratos de seguro pessoais, e nos quais se afirmava expressamente, com outra técnica, o direito do tomador renunciar “aos efeitos do contrato”.

---

<sup>(128)</sup> Para a defesa dessa tese, ver M. GORGONI, cit., p. 1036 e, ao que cremos, L. NATALI, cit., p. 299. Segundo este jurista, como o pacto de opção apenas vincula o profissional, radicaria nesta construção a *ratio* da suspensão da eficácia em relação ao consumidor.

<sup>(129)</sup> V. JACOMETTI, cit., p. 569, não deixa, contudo, de assinalar que, aparentemente, a chamada técnica do “período de reflexão” está mais consonante com o circunstancialismo que preside à contratação de um crédito ao consumo. Nas pp. 569-570, a investigadora italiana, afirmando, embora, que o “período de reflexão” e o *ius poenitendi* servem o mesmo fim de *proteggere il consenso del contraente debole*, avoca argumentos que tornam preferível o segundo mecanismo.

<sup>(130)</sup> Por ex., o art. 22.º, 1 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Este e outros normativos foram revogados pelo art. 6.º, 2 do DL n.º 72/2008. Ver, contudo, para a conservação dessa terminologia, os arts. 27.º e 28.º do DL n.º 12/2006, cit.

Contrariamente à tese actualmente dominante em vários quadrantes, sustentável com os textos legais mais recentes, no sentido de conectar o poder desvinculativo com a eficácia de um contrato concluído instantaneamente <sup>(131)</sup>, o diferimento da perfeição/completude contratual ou a tese da “formação progressiva do contrato” foi defendida, em França, por autores, como BAILLOD e CALAIS-AULOY com base em textos normativos menos recentes (sobretudo, em sede de crédito imobiliário) e que parecem fazer sobressair mais um direito de reflexão do que um direito de retractação <sup>(132)</sup>. Se para CALAIS-AULOY <sup>(133)</sup> não é a assinatura do contrato que o conclui, mas apenas o esclarecimento da vontade do consumidor reportado ao termo do prazo de reflexão, para BAILLOD <sup>(134)</sup>, numa formulação aproximada, o consentimento do consumidor vai-se formando progressivamente, tendo em conta que na “primeira” vinculação não estava na posse de todos os elementos para uma correcta ponderação. Nesta tese, tributária do que CORNU apelidou de *consentement à double détente* <sup>(135)</sup>, não há pois um contrato definitivamente concluído, nem natural produção de eficácia, enquanto o consentimento não for igualmente definitivo. Se o *droit de repentir* não for exercido é com base no “primeiro” consentimento que “repousará... a conclusão definitiva do contrato, pois não há necessidade de uma confirmação ou reiteração da vontade” <sup>(136)</sup>. Para BAILLOD <sup>(137)</sup> “o primeiro consentimento movimenta um processo de formação contratual que, não sendo interrompido pelo arrependimento, vai consolidar-se e tornar-se definitivo pelo mero escoar do prazo de reflexão”. O jurista

---

<sup>(131)</sup> Assim, ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 55-56 e 161, ENGRÁCIA ANTUNES, cit., pp. 227 e 229, E. TORRANO, cit., p. 72, MALINVAUD, cit., p. 148, V. CHRISTIANOS, *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, in D./chr., 1993, pp. 28 e ss., PIZZIO (cfr., para ambos, BERNARDEAU, cit., p. 626), CHERUBINI, cit., p. 701 e V. JACOMETTI, cit., pp. 593 e ss., sobretudo, p. 597 (o *ius poenitendi* suspende l'efficacia del contratto). Curiosamente o art. 1110.º-2 do Anteprojecto CATALA releva o mecanismo do *délai de réflexion*, apesar de também aludir ao *délai de repentir*.

<sup>(132)</sup> Cfr., para essa legislação, MALINVAUD, cit., pp. 145-146.

<sup>(133)</sup> *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in Rtdciv. 2, 1994, p. 244.

<sup>(134)</sup> Cit., pp. 235 e ss.

<sup>(135)</sup> *Apud* J. PASSA, cit., p. 559.

<sup>(136)</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>(137)</sup> *Ibidem*, p. 236.

utiliza uma curiosa imagem da linguagem “reprodutiva” ao dizer que, enquanto o consentimento não for definitivo, o contrato é comparável a um “embrião”, havendo uma “interrupção voluntária da gravidez” logo que seja exercido o direito de “repentir” e ocorrendo o “nascimento jurídico” desse mesmo “embrião”, enquanto contrato definitivo, no termo do prazo de reflexão. Ao comparar a construção da conclusão contratual com a técnica da reflexão anterior à vinculação, BAILLOD<sup>(138)</sup> imputa “incidências económicas” negativas a esta última dado potenciar uma “incerteza quanto à conclusão definitiva do contrato”, agravada, para nós, nos casos em que não exista um prazo limite para o termo da reflexão. Também não deixa de ser verdade que a privação da eficácia real do contrato de consumo *in faciendo* (e que também ocorre avocando a construção que torna o consumidor simples titular de um direito de opção) permite defender soluções consentâneas (com a situação jurídica de um consumidor não proprietário) para o problema da repartição do risco no período anterior e posterior ao exercício do direito.

6. Relativamente à questão essencial do estudo, é de questionar se estamos perante um remédio desvinculativo novo, a carecer de uma designação e de um regime novos, se “cabe”, sem dificuldades, em figuras tradicionais ou se temos que defender um modelo híbrido composto de elementos tradicionais e menos tradicionais. Se na legislação italiana e alemã não deixaram de ser utilizados os termos *recesso* e *Widerruf*, termos estes com acentuada tradição nesses direitos, já V. JACOMETTI<sup>(139)</sup>, na conclusão do seu estudo sobre o *ius poenitendi* no direito francês, considera estarmos perante uma *figura nuova*, que parece adequado, de acordo com *la recente tendenza del legislatore*, “baptizar” com a designação de *droit de rétractation* por ter subjacente uma ideia de *rinne-gazione*. Será aceitável este ponto de vista?

Como é sabido, o legislador (cfr. o art. 406.º, 1 do CC) não atribui aos contraentes a possibilidade de “rompimento” do contrato por acto/vontade unilateral a não ser que haja acordo das partes ou que a própria lei, em nome da protecção de um dos contraen-

---

<sup>(138)</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>(139)</sup> *Cit.*, p. 599.

tes, autorize a desvinculação. Sendo já bastantes estes últimos casos, não é de admirar que autores, como N. BRUTTI<sup>(140)</sup>, tenham a percepção de que o *potere di ritirare la parola* está cada vez mais ao serviço da *autodeterminazione della persona*. A desvinculação legal-unilateral, podendo ocorrer com base em diversos fundamentos (é paradigmático o caso da resolução contratual por incumprimento definitivo), também pode ser exercida, sob diversas designações, sem motivação, de forma discricionária. Referindo apenas situações previstas no CC, é o que acontece com a *revogação* do contrato a favor de terceiro (art. 448.º), da consignação em depósito (art. 845.º), do mandato (art. 1170.º, 1) ou da doação entre casados (art. 1765.º, 1), a *denúncia* pelo arrendatário habitacional do contrato de arrendamento de duração indeterminada (art.1100.º), a *desistência* do dono da obra ou do devedor na cessão de bens (ver, respectivamente, os arts. 1229.º e 836.º) e, porventura, a *retractação* da promessa de casamento (arts. 1592.º e 1594.º, 1).

Se olharmos agora para o leque de hipóteses em que as partes podem fixar esse poder desvinculativo imotivado (a *rupture voulue* de que fala LE GAC-PECH<sup>(141)</sup> para a distinguir da *rupture sanction*), com atribuição unilateral ou bilateral, teremos que aludir, forçosamente, não só à própria fixação do direito desvinculativo aqui em causa<sup>(142)</sup>, mas também às chamadas “cláusulas de rescisão” dos praticantes desportivos e ao *pactum displicentiae* patente no sinal ou na cláusula penitencial, já que, como vimos, não é líquido que exista uma reserva de resolução (*rectius*, cláusula potestativa<sup>(143)</sup>) na venda a retro e na segunda modalidade da venda a contento<sup>(144)</sup>. Se a “cláusula de rescisão” “permite ao pra-

---

<sup>(140)</sup> Cit., p. 511.

<sup>(141)</sup> Cit., p. 229.

<sup>(142)</sup> Nesse sentido, para abarcar os casos que escapam à previsão legal, ver ENGRÁCIA ANTUNES, cit., p. 229 e THOMAS RIEHM, cit., p. 506.

<sup>(143)</sup> Assim, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos...*, cit., p. 185.

<sup>(144)</sup> A essa imprópria cláusula resolutiva corresponde, no direito francês, a “*faculté de dédit*”, consagrada no art. 1134.º-1 do Anteprojecto CATALA (cfr. também o art. 1590.º do CC-F relativo à promessa com arras) e que pode estar prevista a favor de uma ou das duas partes, exercendo-se por mera manifestação de vontade discricionária, dentro de prazos curtos, com eficácia retroactiva e com implicações gratuitas ou onerosas (cfr. V. JACOMETTI, cit., p. 576).

ticante desportivo desvincular-se livremente sem qualquer sanção de natureza desportiva”<sup>(145)</sup>, se significa “...que o praticante desportivo poderá fazer cessar *licitamente* o contrato, *ante tempus e sem justa causa*, pagando determinado montante”<sup>(146)</sup>, o chamado “sinal penitencial”<sup>(147)</sup>, objecto de cláusula ou não, permite, na verdade, aos promitentes (ou a um deles) a desvinculação da promessa, o arrependimento, tornando naturalmente lícito aquilo que nem sequer se poderá apelidar de incumprimento. Tendo a desvinculação ou a resolução “imprópria” um preço a sua eficácia está condicionada a esse pagamento.

Embora a funcionalidade última da *revogação*, da *denúncia*, da *retractação* e da *desistência* seja comum, isto é, libertar o legitimado do contrato, não se trata de figuras indiferenciadas nos seus pressupostos e efeitos, se pensarmos que a *denúncia*<sup>(148)</sup> está prevista para pôr termo aos contratos sem termo final de duração, operando tipicamente *ex nunc* e tendo que ser exercida com determinada antecedência, enquanto a *revogação*, independentemente da sua aplicação a negócios unilaterais (por ex., revogação da proposta contratual, da procuração, da promessa pública ou do testamento<sup>(149)</sup>), é caracterizada por ser um meio cessativo de relações

<sup>(145)</sup> ALBINO MENDES BAPTISTA, *Breve apontamento sobre as cláusulas de rescisão*, in RMP, n.º 91, ano 23.º, 2002, p. 146

<sup>(146)</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol*, in RLJ, ano 135.º, n.º 3934, p. 22 (os itálicos são do autor). Para a defesa de uma mesma licitude, ver NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Clubes de futebol, jogadores e transferências: o problema da validade das “cláusulas de rescisão” — Ac. do STJ, de 7.3.2007*, in CDP, n.º 17, 2007, pp. 65 e ss.

<sup>(147)</sup> Ver, desenvolvidamente, o nosso *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica-resolução* (sep. do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. FERREZ CORREIA — 1984), 1987, pp. 61 e ss. e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, 2008, pp. 29 e ss, 46 e ss e 56 e ss. Com o devido respeito, parece-nos que este jurista esquece o desaparecimento da realidade contratual ao entender que a desvinculação não é a “actuação eficaz de um direito de revogação ou de resolução”, mas apenas a expressão de uma “obrigação com faculdade alternativa” (pp. 69-70).

<sup>(148)</sup> É de considerar como denúncia a “exoneração” do sócio referida no art. 1002.º embora MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, II, 1984, p. 763, nota 444, a veja como “extinção de posição relativa”, como renúncia.

<sup>(149)</sup> É de assinalar que no § 355 do BGB, numa técnica que lembra a utilizada no n.º 1 do art. 8.º do DL n.º 359/91, o *Widerrufsrecht* começa por libertar o consumidor da sua “declaração de vontade”.



instantâneas ou duradouras, com normal fundamento discricionário e típica eficácia *ex nunc* (o seu escopo típico não é “apagar” efeitos já produzidos) e com ou sem consequências indemnizatórias. A doutrina nacional <sup>(150)</sup> acentuando, na verdade, as normais discricionariedade e eficácia *in futurum* da figura, não afasta a sua possível retroactividade num tom que, recordando a “revoca” do direito italiano, procura privilegiar mais o negócio em si e menos os efeitos deste derivados. Quanto à *desistência* e à *retractação*, dado o aspecto mais episódico da sua utilização, parece-nos viável, num esforço para conter a fragmentação das figuras extintivas, a sua recondução ao âmbito da revogação <sup>(151)</sup>, salientando-se ainda, quanto à retractação, a sua ligação mais rigorosa com declarações unilaterais (que ainda não produziram eficácia na esfera dos destinatários) e a circunstância de querer sugerir um nítido arrependimento (a *retractatio* significava precisamente uma mudança de opinião) <sup>(152)</sup>.

Deste conjunto de considerações parece resultar, como conclusão, que o *direito de revogação unilateral e imotivado tem subjacente, em regra, a tutela particular de um dos contraentes, possibilitando-se, mesmo que esse contraente não esteja arrependido de ter contratado, a sua desvinculação de um contrato em execução*. Também como regra essa revogação não conhece pré-avisos ou prazos curtos de exercício, está sujeita à liberdade de forma, só tem eficácia para futuro e pode implicar, mesmo na sua licitude, o pagamento de uma obrigação indemnizatória. Será que esta carac-

---

<sup>(150)</sup> Ver, entre outros, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II (reimpressão da 7.ª ed.), 2001, p. 279 (na p. 280 diz-se que “Tal como a *resolução*, também a revogação pode *criar obrigações*, em regra de restituição...ou *extinguir* obrigações já constituídas), GALVÃO TELLES, *Manual...*, cit., p. 380 e CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 1979, pp. 261-262. Em particular, para o mandato, ver ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “*Revogação unilateral do mandato, pós-eficácia e responsabilidade pela confiança*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor I. GALVÃO TELLES, I, 2002, pp. 318 e ss.

<sup>(151)</sup> Note-se, embora no caso do art. 230.º, 2, a sinonímia entre revogação e retractação. ROMANO MARTINEZ, cit., p. 64, trata, contudo, a desistência como “tipo” de denúncia.

<sup>(152)</sup> S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, 1997, pp. 2-3, define a retractação como “um acto unilateral de vontade incompatível com uma vontade anterior manifestada pelo mesmo sujeito”. O jurista alude à “unilateralidade”, à “incompatibilidade” e à “substituição volitiva” como características essenciais da figura.

terização de uma figura clássica cessativa permite convolar o chamado *direito de livre resolução* para um *direito de (livre) revogação*? Neste ponto, há que recordar que assim procedeu o legislador do DL n.º 133/2009, relativo ao crédito ao consumo, contra uma terminologia que parecia estar consolidada.

Relembremos que o *direito chamado de “livre resolução” tem como características dominantes o ser um poder potestativo* <sup>(153)</sup>, *unilateral, exercido com discricionariedade absoluta, no exclusivo interesse do consumidor (um verdadeiro direito contra si mesmo) e após informação da sua existência, sujeito a prazos curtos de caducidade e à exigência de um certo formalismo, com natureza imperativa e com um efeito liberatório e (eventualmente) recuperatório, mas sempre sem implicar penalizações ou indemnizações*. E embora esse poder procure tutelar o processo formativo de um contrato, tido por válido, não visa reagir contra os chamados vícios clássicos da vontade ou, em rigor, contra as chamadas práticas comerciais desleais, enganosas ou agressivas, uns e outras susceptíveis de conduzir à anulação negocial <sup>(154)</sup>. Mas também não se destina a reagir contra qualquer incumprimento ou cumprimento defeituoso, violações estas susceptíveis de originar o nascimento de um verdadeiro direito de resolução. Se, na verdade, o bem adquirido pelo consumidor é um bem “desconforme com o contrato” (por ex., inadequação para o fim tido em vista pelo comprador), o seu direito de resolução <sup>(155)</sup> é um poder com uma filosofia mais próxima da *Grundnorm* do art. 801.º, 2 do CC dado ser um remédio não discricionário, de exercício subsidiário (face às vias reparadora e substitutiva), não dependente da culpa do vendedor e a ser exercido pelo próprio consumidor (por ex., de uma compra e venda à distância) que, tendo abdicado da “livre resolução” ou deixado escoar o prazo do seu exercício, constate a existência de um defeito insanável no bem adquirido ou o cumprimento defeituoso do serviço contratado. Passado o período de ponderação e de aplicação do regime especial, o contrato de consumo fica naturalmente

---

<sup>(153)</sup> Expressamente para essa natureza, ver o Ac. do STJ, de 28/4/2009 (FONSECA RAMOS) *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>(154)</sup> Cfr., de novo, o art. 14.º e outros normativos do DL n.º 57/2008.

<sup>(155)</sup> Ver o art. 4.º do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril.

sujeito à possível aplicação das regras gerais ou de outras regras especiais. E foi nesta perspectiva que o legislador do DL n.º 72/2008 <sup>(156)</sup> separou com nitidez a resolução com justa causa da “livre resolução”. Uma coisa parece certa: o chamado “direito de livre resolução” está mais próximo, na sua razão de ser, de um direito de anulação do que de um direito de resolução, se pensarmos, com N. BRUTTI <sup>(157)</sup>, que tem a ver com “anomalias” da declaração de vontade e não com vícios ligados à execução do contrato. Regressando ao pensamento de GÜNTER REINER, e embora o teor do § 355, 1 do BGB aluda expressamente à “declaração de vontade” do consumidor, parece existir, na verdade, uma aproximação entre o chamado “direito de revogação” e o direito de anulação. Consciente das dificuldades do problema da natureza jurídica do “direito de revogação” do consumidor <sup>(158)</sup>, o jurista alemão, com o apoio de autores como GERNHUBER e HÄRTING, repudia a aproximação com a resolução (como decorre do teor do § 357 do BGB), vendo na “revogação”, sob o ponto de vista funcional e técnico, um direito potestativo similar à anulação <sup>(159)</sup>. Como ambas as figuras, por contenderem com “viciações originárias”, protegem o processo de formação livre da vontade, não existem diferenças estruturais entre o mecanismo do § 355 e o do § 123 do BGB, ou seja, tendo ambos eficácia provisória, há afinidade entre a viciação do negócio por erro ou coacção e a viciação por falta de esclarecimento ou de conhecimentos. Esta perspectiva de G. REINER, que lhe permite extrair alguns efeitos práticos (como a aplicação subsidiária das regras do enriquecimento sem causa <sup>(160)</sup>), podendo ser potenciada, leva-nos a colocar, pelo menos teoricamente, a seguinte interrogação: não é possível tratar esta contrata-

---

<sup>(156)</sup> Cfr. os arts. 116.º e 118.º.

<sup>(157)</sup> Cit., p. 512. Para BRUTTI (p. 513) as normas reguladoras dos contratos de consumo procuram garantir o *autocontrollo della manifestazione di volontà*.

<sup>(158)</sup> O jurista (cit., pp. 12-13) lembra que a palavra *Widerruf* é utilizada no BGB em mais de vinte lugares.

<sup>(159)</sup> Cit., pp. 27 e ss. Na p. 32, G. REINER afirma que a resolução não se destina a proteger a autodeterminação mas apenas a “execução prestacional perturbada”. Para uma aproximação menos intensa à anulação, ver A. FUCHS, *Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts*, in ZIP, 2000, p. 1282.

<sup>(160)</sup> Cit., pp. 36 e ss.

ção protegida como uma espécie de “contratação não desejada” (161)? Não negando que esta contratação pressupõe a existência de *culpa in contrahendo* (*maxime*, por indução negligente em erro (162)) e que, apesar do “vício” originário, o profissional, em regra, não contrata induzindo o consumidor em erro, doloso ou não, ou exercendo coacção, também nos parece que a publicação do DL n.º 57/2008, de 26 de Março, sobre as práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, permite abrir uma linha de concorrência (com os instrumentos jurídicos da anulação, modificação e responsabilidade civil) com o poder desvinculativo, quer no caso dos comportamentos que omitam ou retardem “uma informação com requisitos substanciais para uma decisão esclarecida do consumidor” (163), quer perante “uma prática comercial que, devido a assédio, coacção ou influência indevida, limite ou seja susceptível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor...” (164). E também não está prevista a anulação no art. 282.º do CC quando uma das partes, de forma interessada, aproveita a “inexperiência” ou a “ligeireza” alheias?

O chamado “direito de livre resolução”, tendo como legitimado um contraente tido por parte mais frágil, *visa, como já fomos dizendo, evitar vinculações precipitadas, pressionadas, irreflectidas, derivadas das metodologias que presidiram à contratação e da natureza complexa do conteúdo de contratos significativos (de seguro, de crédito, de aquisição de direitos de habitação periódica, etc)*. No dizer de R. SCHULZE (165) a desvinculação procura reagir a uma “situación estructural de desequilibrio contractual”. Ao encararmos esta teleologia somos tentados a dizer que o exercício do direito, no período legal de reflexão, revelará, a maior parte das vezes, o arrependimento do consumidor, o seu desejo de voltar

---

(161) Ver P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, 2008, p. 879.

(162) Cfr. as hipóteses descritas nos arts. 25.º e 26.º com os casos do art. 118.º, todos do DL n.º 72/2008.

(163) Arts. 9.º e 10.º.

(164) Art. 11.º.

(165) Cit., p. 46.

atrás, de “repelir” uma vinculação que não deseja ou cujo conteúdo técnico-jurídico avaliou melhor. Em suma, o consumidor quer *retractar-se*, manifestar *arrependimento* ou *revogar* o contrato, no sentido em que revela uma vontade contrária àquela que o levou a contratar. Vendo bem, este desejo não é diferente dos casos em que, em certas compras e vendas “normais”, os vendedores permitem que os compradores, num prazo curto, devolvam o bem comprado em caso de insatisfação (garantia “satisfação ou devolução”) <sup>(166)</sup>.

Parece, assim, que, apesar do predomínio da expressão “direito de livre resolução”, os termos *retractação*, *revogação* e, mesmo, *arrependimento*, parecem mais consonantes, na sua expressão linguística e conceituação jurídica, com a motivação psicológica do consumidor ou a finalidade essencial do poder extintivo em causa. E não se trata aqui de uma questão de escolha de palavras, mas de tentar minorar a incerteza terminológica que grassa neste círculo da extinção contratual e de conservar os instrumentos jurídicos dentro de determinadas fronteiras, evitando “perdas de identidade”. Como sabemos, qualquer um daqueles conceitos foi utilizado em legislação da década de 90 (em matéria de tutela geral do consumidor, de crédito ao consumo e de valores mobiliários) e, muito recentemente, o legislador do contrato de crédito ao consumo não hesitou em manter a expressão “direito de livre revogação”, embora numa formulação diferente da que constava do art. 8.º, 1 do diploma de 1991. Mas se é assim, então qual a razão (descortinável?) que levou o legislador (mesmo o do Anteprojecto de Código do Consumidor) a adoptar, preferentemente, outra terminologia?

Já manifestámos reservas ao desdobramento do direito de resolução, acolhendo no seu seio um conjunto de hipóteses integradoras, como um *tertium genus*, de uma resolução imotivada ou *ad nutum*. Como vimos, trata-se de um artificialismo já que não é líquido que os casos descritos nos arts. 924.º e 927.º do CC sirvam de suporte a essa nova funcionalidade da resolução. Sabendo-se que a imotivação está normalmente subjacente à revogação (ou à

---

<sup>(166)</sup> Na chamada venda *ad gustum* (cfr. o art. 923.º) o comprador também goza de um período de reflexão, mas é certo que, como sustenta ROMANO MARTINEZ (cit., p. 275), a não aceitação da proposta não se baseia em nenhum arrependimento.

desistência) contratuais, que razões podem, pois, ter determinado o legislador nacional a optar pela designação prevalecente, *sabendo-se que o direito de resolução, para manter o seu espaço próprio, está dependente, como vimos atrás, da verificação de um incumprimento ou de razões objectivas valoradas, em regra, como “justas causas”*.

Antes de prosseguirmos, vejamos como é que a nossa doutrina tem encarado o problema terminológico.

JANUÁRIO GOMES, no seu citado estudo da década de 90 sobre o direito real de habitação periódica, depois de encarar a desvinculação do consumidor como “clara excepção ao princípio da estabilidade contratual”<sup>(167)</sup> e de utilizar expressões como “direito de arrependimento” e direito de desistência”, também é claro ao entender que “esse” direito “não se reconduz ao direito de resolução por incumprimento”<sup>(168)</sup>.

ELSA DIAS OLIVEIRA<sup>(169)</sup>, ao analisar em várias páginas, sobretudo, o “direito de rescisão” do art. 6.º da Dir. 97/7/CE e a transposição feita pelo DL n.º 143/2001, dando notícia da diversa terminologia (nacional e comunitária), portadora, para a autora, de uma “*ratio* comum... (mas) com contornos que não são absolutamente coincidentes”<sup>(170)</sup>, e dos diferentes enquadramentos técnicos que permitem tutelar a “irreflexão” do consumidor, dá primazia à expressão “direito de arrependimento”, considerando esta técnica desvinculativa como solução mais favorável para o profissional. Constatando que não é “tarefa linear” discutir a natureza do direito desvinculativo, a autora, sem o explicar convictamente, aproxima os “direito de reflexão” e “direito de arrependimento” dos casos descritos nos arts. 923.º e 924.º do CC. Diga-se, contudo, que esta aproximação é feita com reservas, reconhecendo a jurista, acertadamente, que o poder cessativo dos consumidores é imotivado e de

---

<sup>(167)</sup> Cit., p. 79. GRAVATO MORAIS, cit., p. 463, a propósito do art. 8.º do anterior DL n.º 359/91, e citando FERREIRA DE ALMEIDA, refere-se a um “rude golpe no princípio *pacta sunt servanda*”.

<sup>(168)</sup> Cit., p. 79.

<sup>(169)</sup> *A protecção dos consumidores...*, cit., pp. 91 e ss. Para considerações mais sucintas, ver o seu estudo *Tutela do consumidor na internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, 2004, pp. 345-347.

<sup>(170)</sup> Cit., p. 101.

base legal. É nas pp. 109 e 110 do seu estudo que ELSA DIAS OLIVEIRA procura enquadrar esse poder, afastando a revogação (por ter efeitos *ex nunc*) e a denúncia, mas assumindo uma posição algo fluida ligada ao problema da fundamentação ou não do direito de resolução contratual. Se, por um lado, a autora, pressupondo com alguma força, “que a vinculação é uma característica da resolução...como parece indicar a pureza do conceito”, fala de “uma figura *sui generis*, um direito temporalmente balizado e que, uma vez exercido, faz extinguir o contrato, um direito de arrependimento”, por outro lado, descrente da natureza vinculada da resolução e aceitando o seu “lado” (excepcional) imotivado, vê na figura “um caso de resolução”.

OLIVEIRA ASCENSÃO, num dos tomos do seu *Direito Civil — Teoria Geral* <sup>(171)</sup>, ao analisar o DL n.º 143/2001 e a “Directriz” n.º 97/77, depois de afastar os termos “rescisão” (utilizado na “Directriz”) e “resolução” (no pressuposto da necessidade de uma “justa causa”) e de ver no “arrependimento” mais um conceito descritivo do que qualificativo, parece inclinar-se para uma “revogação”, dada a imotivação do consumidor, embora condicione a confirmação da sua escolha à resolução do importante problema da eficácia ou ineficácia do contrato *medio tempore*.

ALEXANDRE DIAS PEREIRA, no seu estudo sobre *Comércio Electrónico e Consumidor* <sup>(172)</sup>, e tomando apenas em conta o direito conferido pelo art. 6.º do DL n.º 143/2001, deu o seu apoio a uma leitura “condicional” do “direito de livre resolução”, qualificando-o, com poucas explicações, como “condição legal resolutiva, de natureza imperativa, potestativa e arbitrária”. Num registo não coincidente, GRAVATO MORAIS <sup>(173)</sup> refere-se ao “modelo de eficácia resolúvel”, proclamando a ineficácia do contrato (à distância) pela “verificação de uma acção (facto positivo)”. Já nos referimos mais atrás <sup>(174)</sup>, em tom crítico, a posicionamentos similares, sustentados a propósito da forma como estava redigido o n.º 1 do art. 8.º do DL n.º 359/91. Para lá dos enquadramentos “condicionais” deixa-

---

<sup>(171)</sup> II (*Acções e factos jurídicos*), 2.ª ed., 2003, pp. 479-480.

<sup>(172)</sup> EDC, n.º 6, 2004, p. 376, nota 59.

<sup>(173)</sup> Ver o seu *União de contratos de crédito...*, cit., p. 304.

<sup>(174)</sup> *Supra*, n. 127.

rem na sombra a identificação do modelo cessativo contratual (qualquer condição não renega o som tom acessório), passando para primeiro plano a questão, certamente não despicienda, da eficácia/ineficácia, já dissemos que não parecem adequar-se à natureza potestativa/declarativa do direito (*handicap* não superado pela natureza imprópria da condição) e não permitem construir teses unitárias face à presença de regimes legais que nem sempre podem ser reconduzidos ao “modelo de eficácia” de que partiu exclusivamente ALEXANDRE DIAS PEREIRA.

ROMANO MARTINEZ <sup>(175)</sup>, ao escrever sobre o direito em causa, revela indecisão na sua melhor caracterização se pensarmos que, para lá de uma alusão mais frequente a “direito de arrependimento” e a uma “revogação unilateral” (sustentada, mais uma vez, no “arrependimento” do contraente mais carecido) dotada de um regime “extraído” da resolução contratual, também o coloca dentro dos “casos especiais” de resolução (resolução *ad libitum* por arrependimento).

Devem-se a CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA <sup>(176)</sup> as melhores páginas sobre o “direito de arrependimento”. Tendo escolhido esta expressão como “fórmula ampla” e “neutra”, sempre no pressu-

---

<sup>(175)</sup> Cit., pp. 54-57, 79, 160 e ss. e o seu *Direito das Obrigações — Apontamentos*, 2.ª ed., 2004, pp. 227-228, para a consideração do “arrependimento” como um dos “três tipos de resolução” legal. O jurista inclui no leque do “Arrependimento” os casos do art. 29.º do DL n.º 209/97 e o art. 395.º do CT de 2003. Quanto à primeira hipótese, e com a ressalva do contrato ter sido feito à distância, apesar do cliente poder ser considerado um consumidor, o regime legal não traduz, propriamente, a filosofia e o regime do chamado “direito de livre resolução”, como também é comprovado pelo art. 376.º do Anteprojecto de Código do Consumidor. Embora certos autores, como SOUSA RIBEIRO (*O contrato de viagem organizada, na lei vigente e no Anteprojecto do Código do Consumidor*, in EDC, n.º 8, 2006/2007, pp. 153 e ss.), vejam na “rescisão” mais uma manifestação do “direito ao arrependimento”, a consideração da retenção dos 15% do preço como “multa penitencial” ou preço da “rescisão” também desvia esse direito da chamada “livre resolução” (ver, neste sentido, C. FERREIRA DE ALMEIDA, ult. op. cit., p. 106, nota 457). Relativamente à segunda situação, o regime do actual art. 350.º do CT de 2009, correspondente ao anterior art. 395.º, envolve, na verdade, uma retractação do trabalhador, embora num âmbito sem conexão com a tutela do consumidor. Também não tem a ver com o “arrependimento” do consumidor a revogação, por qualquer das partes, da cláusula compromissória, nos termos do art. 12.º, 2 do Cap. VII (Arbitragem institucionalizada no âmbito da acção executiva) do DL n.º 226/2008, de 20 de Novembro.

<sup>(176)</sup> *Direito do consumo*, cit., pp. 105-115.



posto de uma “reflexão posterior à celebração do contrato”, e depois de avocar várias teses jurídicas e económicas (sobretudo, germânicas e anglo-saxónicas) sobre a fundamentação do direito, entende que a questão qualificativa depende do regime da figura. Com o devido respeito, parece-nos que a asserção encerra uma verdade parcial, já que, para nós, a *ratio* do direito é tão ou mais importante que a faceta do regime. Dando notícia dos dois “modelos” gerados pela dogmática alemã, ou seja, e segundo a sua terminologia, o “modelo da “eficácia suspensa” e o “modelo da eficácia resolúvel” (defendido a partir da inserção no BGB do § 361 a), separa, com o rigor que é reconhecido a FERREIRA DE ALMEIDA, o primeiro modelo, “mais simples”, do chamado “período de reflexão” (pré-contratual) e ambos da opção (*lato sensu*). No tocante ao regime português, FERREIRA DE ALMEIDA, depois de sustentar que “...nos diplomas que transpuseram directivas comunitárias é uniforme o emprego da expressão “direito de resolução”, que sugere a destruição de efeitos já produzidos e, portanto, do modelo da eficácia resolúvel” (177), coloca interrogações pertinentes (“qual é o facto em relação ao qual se produzem os efeitos extintivos da notificação de arrependimento: a declaração negocial, que seria revogada, ou o contrato, que seria resolvido” (178)?), muitas delas relacionadas com o laconismo do regime legal (há transferência do risco? Eficácia *ex nunc*, *ex tunc* ou ambas? Em que situação jurídica está o contrato no período da ineficácia?). O ilustre jurista acaba por transpor para o nosso direito a actual solução legal alemã (a notificação revoga a declaração do consumidor advindo daí efeitos análogos aos da resolução contratual), afastando, sob o ponto de vista terminológico, um conceito (o de “retractação”) que nos parece perfeitamente adaptável aos contratos de consumo por lidar, precisamente, com uma ideia de arrependimento.

ENGRÁCIA ANTUNES (179), ao discorrer sobre a extinção dos contratos comerciais, aborda o “direito de desistência ou de arrependimento” (de um contrato de consumo celebrado), encarando-o

---

(177) Cit., p. 112.

(178) Cit., pp. 112-113.

(179) Cit., pp. 227-229.

como “revivescência do *jus poenitendi*” e com forte impacto no princípio da estabilidade contratual. Ciente de que “...a flutuação terminológica...nebulosa...” dificulta as opções sobre a natureza jurídica da figura, ENGRÁCIA ANTUNES, depois de colocar a tónica na importância, para a questão, dos modelos (de eficácia ou ineficácia do contrato) concebidos pelo legislador, conclui, em termos não rigorosamente precisos, que estamos perante “o poder de, mediante declaração unilateral e imotivada, determinar o início ou termo de um negócio jurídico”.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e M. MIRANDA BARBOSA <sup>(180)</sup>, conscientes do tom equívoco dos termos “rescisão” e “resolução”, presentes na tradução portuguesa de diversas Directivas, e procedendo à análise da forma como foram transpostas para o sistema nacional, não deixam de entender correctamente que o “direito de livre resolução” nada tem a ver com o incumprimento contratual <sup>(181)</sup>, mas significa apenas um “direito de arrependimento”. Os dois autores chegam mesmo a dizer que “para este efeito, outra designação possível será o de direito de retractação, ou, pura e simplesmente, direito de arrependimento”. Noutro passo do mesmo estudo, e face à redacção do art. 8.º, 1 do DL n.º 359/91, não deixam de afirmar que se trata “...de um direito de arrependimento, que, em termos técnicos, se aproxima mais de uma revogação unilateral do contrato...”.

*Se pelo lado da unilateralidade, da legitimação, da potestatividade, da imotivação, da extrajudicialidade e da racionalidade do direito, não vemos razões bastantes, com alguns dos testemunhos acabados de referir, para acolhermos a expressão “direito de livre resolução”, também nos parece que terá sido a eficácia ligada ao exercício do direito em causa que terá sido relevante na escolha da terminologia. Mas será esta eficácia decisiva no sentido da*

---

<sup>(180)</sup> *Harmonização da linguagem jurídica ao nível do direito contratual europeu. Breves notas*, in EDC, n.º 8, 2006/2007, pp. 109 e ss.

<sup>(181)</sup> Em tom análogo, M. PUPO CORREIA, *Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?* in EDC, n.º 4, 2002, assinala que o “direito de retractação ou arrependimento imotivado” (referido no art. 6.º do DL n.º 143/2001) não se funda em “nenhuma justa causa de inexigibilidade da vinculação do consumidor”.

figura reclamar o baptismo legal quando é certo que o consumidor está arrependido do seu acto vinculativo? Recordemos mais uma vez que, por ex. o § 357 I do BGB manda aplicar ao “direito de revogação” as normas relativas à resolução legal <sup>(182)</sup>.

Os diversos textos normativos sobre o poder desvinculativo em análise relevam, na verdade, uma série de efeitos restitutivos (entre outros, reembolso de montantes recebidos, restituição de bens adquiridos, restituição do capital utilizado), a par da extinção das obrigações e direitos decorrentes dos contratos de consumo (extinção essa reportada à data da celebração <sup>(183)</sup>) e igualmente dos contratos instrumentalmente ligados a esse tipo de negociação. No n.º 6 do art. 118.º do DL n.º 72/2008 chega mesmo a dizer-se que “a resolução tem efeito retroactivo”, com a cominação de uma determinada liquidação dos contratos de seguro (entre outros, seguros de vida, de acidentes pessoais e de saúde) a favor do segurador. Sendo certo que essa liquidação abarca certos encargos/despesas a suportar pelo consumidor legitimado (por ex., despesas com exames médicos ou certas comissões), há que dizer que, mesmo na sua parte mais substancial, ela pressupõe necessariamente o começo de execução contratual e uma prévia informação ao consumidor da possibilidade desses pagamentos <sup>(184)</sup>. O mesmo acontece no contrato de crédito ao consumo sempre que o consumidor, após “revogar” o contrato, “...pagar ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data da utilização do crédito até à data de pagamento do capital...” (art. 17.º, 4 do DL n.º 133/2009). Tendo o legislador nacional construído nos contratos de consumo regidos pelos DL n.º 143/2001 <sup>(185)</sup>, 72/2008 e 133/2009 um sis-

---

<sup>(182)</sup> Também o art. II.-5:105,2 do DCFR remete, em parte, o regime restitutivo para as normas relativas à resolução do contrato (III.-3:511 e ss.).

<sup>(183)</sup> Ver os arts. 23.º do DL n.º 95/2006 e 7.º, 7 do DL n.º 357-D/2007.

<sup>(184)</sup> Cfr. os arts. 25.º, 3 do DL n.º 95/2006 e 12.º, 3 h) do DL n.º 133/2009. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O novo regime jurídico do contrato de seguro. Breves considerações sobre a protecção dos segurados*, in CDP, n.º 26, 2009, p.13, não deixa de assinalar, com razão, que o n.º 7 do art 118.º do DL n.º 72/2008 não está de acordo com o art. 7.º, 3 da Dir. 2002/65/CE (comercialização à distância de serviços financeiros), ao não referir a necessidade de informação ao tomador do seguro. Ver igualmente o seu *A celebração à distância do contrato de seguro*, in Actualidade Jurídica, n.º 18, 2007, p. 21.

<sup>(185)</sup> Ver, contudo, *supra* n.º 4, as nossas interrogações sobre a eficácia real desses contratos.

tema de eficácia maior ou menor, o mesmo legislador, não pensando, seguramente, no remédio do enriquecimento sem causa, viu na resolução a figura mais adequada para eliminar essa eficácia provisória e proceder ao restauro da situação existente à data da contratação irreflectida.

Apesar da eficácia do exercício da chamada “livre resolução” fazer lembrar a eficácia do exercício de qualquer poder resolutivo *tout court*, essa coincidência não deixa de ser aparente pois *esquece a diversidade das duas eficácias extintivas, mormente quanto ao seu ponto de partida, não se descortinando uma razão essencial que leve a apelar para o instrumento resolutivo como “cobertura” jurídica para explicar o “processo liquidatório” do arrependimento do consumidor*. Mais do que no sistema alemão <sup>(186)</sup>, um regime, como o nosso, em que não há, em regra, uma plena eficácia das obrigações resultantes do contrato, restringindo o legislador essa mesma eficácia (*maxime*, em favor do consumidor), torna “*inexplicável*” o apelo a uma figura que pressupõe, tipicamente, uma eficácia obrigacional linear e definitiva e não híbrida e provisória.

Como já dissemos, a existência legal dos chamados “períodos de reflexão” não é impeditiva de alguma execução do contrato, execução esta tornada necessária (pensemos nas vendas à distância e nos seus efeitos reais ou, pelo menos, obrigacionais) ou integrante da própria contratação (por ex., o caso da subscrição de unidades de participação na adesão individual a um fundo de pensões), despoletada sobretudo por iniciativa do consumidor, e ao serviço da sua ponderação, ou até do profissional, na base da infracção a uma proibição legal insuficientemente sancionada <sup>(187)</sup>. *Cessando o contrato por iniciativa do consumidor, quer algum efeito restitutivo, quer a liquidação atinente ao princípio de execução, só podem justificar-se pela razão (arrependimento) subjacente à des-*

---

<sup>(186)</sup> Ver as observações feitas por FUCHS, cit., pp. 1282-1283, à concepção do “direito de revogação” como “direito de resolução modificado” e as críticas de GERNHUBER, cit., p. 1804, à assimilação da “revogação” da declaração de vontade como resolução de uma “relação obrigacional”... inexistente.

<sup>(187)</sup> Ver os arts. 12.º e 54.º, 1 c) do DL n.º 275/93 e os arts. 7.º, 4 e 14.º, 1 f) do DL n.º 357-D/2007.

*vinculação — a verdadeira causa da reposição do statu quo ante é a perda definitiva da eficácia contratual — e não pela perturbação de um equilíbrio prestacional que necessite de ser convertido numa “relação de liquidação”.* Por outras palavras, se na resolução *tout court* a não restituição do preço pelo vendedor inadimplente representaria um enriquecimento sem causa, já no chamado “direito de livre resolução” a não restituição do preço pelo profissional não estaria consonante com a operada desvinculação do consumidor. *Ainda de outra forma, o arrependimento do consumidor com o conseqüente desaparecimento do contrato é a forma mais adequada para reequilibrar uma contratação desequilibrada, não se pretendendo, como na resolução, uma liquidação satisfatória dos interesses do contraente lesado.* Será, assim, necessário falar-se de “livre resolução”?

Mas também como já vimos, não sendo o princípio de execução do agrado do legislador, com o fim de tutelar a plena liberdade de decisão do consumidor (pensemos nos contratos de consumo regidos pelos DL n.º 275/93 e 95/2006), há que dizer que o normal efeito exoneratório é igualmente uma consequência natural do arrependimento ou reponderação e sem que a sua projecção à data da contratação inculque qualquer ideia de retroactividade *tout court*. Se o contrato estava “enfraquecido”, tendo as suas obrigações total ou parcialmente suspensas da decisão do consumidor, nada mais natural do que situar a desobrigação à data da respectiva constituição/vinculação. Dito de outra forma, a decisão extintiva do consumidor libera as partes das obrigações que teriam de ser cumpridas caso essa vontade não fosse manifestada (repare-se que o art. 27,1 do DL n.º 12/2006, sobre a constituição e funcionamento dos fundos de pensões, diz expressamente que o contribuinte pode renunciar aos efeitos do contrato). Este efeito é, para nós, e em rigor, citando MOSCATI, mais prospectivo do que retrospectivo. Por outro lado, o legislador pretende, com esse efeito exoneratório, proteger o consumidor de pedidos atinentes a um princípio de execução por mera iniciativa do profissional. Como está afirmado com limpidez no texto da Dir. 2008/122/CE (art. 8.º, 1) do que se trata afinal é de pôr “termo à obrigação das partes de executar o contrato”.

Por outro lado, *se repararmos bem e na ausência de reenvios, a “relação de restituição” própria da desvinculação imotivada dos contratos de consumo é regida por regras legais específicas, fugindo ao paradigma da “grande” “relação restitutiva” regulada pelos arts. 433.º e ss. do CC, fruto, segundo a melhor doutrina, da conversão da relação contratual perturbada numa “relação de liquidação”*. Efectivamente, se, neste último caso, há que obedecer a três princípios fundamentais, ou seja, restituição integral (em espécie ou valor), cumprimento simultâneo dos deveres de restituição (garantido pela excepção de não cumprimento) e restabelecimento equilibrado da situação anterior, já, no seio dos contratos de consumo, a natureza da desvinculação afasta a “inversão sinalagmática” (simultaneidade da restituição/restituição em valor), nem são considerados os direitos de terceiros (a não ser como resultado das coligações existentes), nem são devidos juros remuneratórios ou qualquer indemnização pelo uso (temporário) da coisa. Segundo o art. 193.º, 2 do Anteprojecto de Código do Consumidor “não pode ser exigida ao consumidor qualquer remuneração pelo uso normal e regular que haja dado ao bem antes do exercício do direito de resolução, nem qualquer indemnização pela eventual diminuição de valor que, em consequência disso, sobrevenha” (188).

*Mesmo que se queira falar de retroactividade, e não cremos que a expressão seja a mais adequada para as hipóteses relativas ao arrependimento do consumidor, trata-se sempre de uma retroactividade com fundamento e âmbito diversos da retroactividade conexas à verdadeira resolução contratual* (189). Esta “liquidação resolutiva” é mais complexa, mais intensa, mais consonante com uma eficácia bilateral definitiva do contrato e uma “viciação” superveniente, com “colagem” aos efeitos da invalidade. Se a resolução é necessária para resolvermos um problema de incumprimento grave, operando com base neste fundamento contratual, já

---

(188) Também o art. II-5:105,4 e 5 do DCFR dispensa o consumidor do pagamento de quantias ligadas à desvalorização do bem (com excepção da relacionada com o *normal use*) e à destruição, perda ou dano não imputáveis a culpa sua. Ver, noutro sentido, o § 357, 1 e 3 do BGB (cfr. N. FISCHER, cit., pp. 256 e ss. e *supra*, n. 111).

(189) Para os modelos resolutivos *retrospettivo* e *prospettivo*, ver, por todos, E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in RDCiv, pp. 450 e ss.

não parece que seja preciso avocá-la para resolver um problema de vinculação irreflectida do consumidor. Neste caso, toda a eficácia da desvinculação deverá ser norteadada por princípios e regras que reflectam esse mesmo problema. *E daí que pensemos convictamente que, também pelo lado da eficácia liberatória e recuperatória (recordemos que a doutrina nacional não afasta, em absoluto, a retroactividade da revogação), não é adequado falar-se de um “direito de livre resolução”, sendo mais rigorosas expressões como “direito de retractação” ou mesmo “direito de revogação”, quer se trate de uma mera proposta, ordem ou contrato, quer o contrato já tenha produzido efeitos, quer se mantenha ineficaz ou com uma eficácia suspensa.* Seguramente que devendo ser assim pelo prisma do fundamento (a desvinculação, acabando por atingir o contrato, visa, em primeiro lugar, o comportamento declarativo do consumidor), mas também pelo lado da eficácia, essas figuras deverão acolher as regras mais adequadas a essa extinção contratual e que poderão, coincidir ou não, com o regime de outros instrumentos. Assim como é possível defender que a “revogação” das doações (cfr. o art. 970.º do CC) parece mais uma resolução <sup>(190)</sup>, também podemos afirmar que o “direito de livre resolução” parece mais uma revogação ou uma retractação. E se, no BGB, a “revogação” da declaração de vontade do consumidor acabou por ter os efeitos da resolução, entre nós, e em rigor, *aquela “resolução do contrato” não deixa de ter mais a ver com uma revogação da declaração do consumidor.*

Outubro de 2009

---

<sup>(190)</sup> Ver o nosso *A resolução...*, cit., p. 51.

## ABREVIATURAS

<b>AcP</b>	Archiv für die civilistische Praxis
<b>BB</b>	Der Betriebs-Berater
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof
<b>BMJ</b>	Boletim do Ministério da Justiça
<b>CC</b>	Código Civil de 1966
<b>CC-Br.</b>	Código Civil brasileiro de 2002
<b>CC-F</b>	Código Civil francês
<b>CC-I</b>	Código Civil italiano
<b>CDADC</b>	Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos
<b>CDP</b>	Cadernos de Direito Privado
<b>CIRE</b>	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<b>CJ</b>	Colectânea de Jurisprudência
<b>CJ/STJ</b>	Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça
<b>CT</b>	Código do Trabalho
<b>CVM</b>	Código dos Valores Mobiliários
<b>DB</b>	Der Betrieb
<b>D./chr.</b>	Recueil Dalloz Sirey/chroniques
<b>DCFR</b>	Common Frame of Reference (Principles, Definition and Models Rules of European Private Law)
<b>Dir.</b>	Directiva
<b>DJ</b>	Direito e Justiça
<b>EDC</b>	Estudos de Direito do Consumidor
<b>Enc. Dir.</b>	Enciclopedia del Diritto
<b>EuDP</b>	Europa e Diritto Privato
<b>J.C.P.</b>	La Semaine Juridique/Juris-Classeur périodique
<b>JR</b>	Juristische Rundschau
<b>JURA</b>	Juristische Ausbildung
<b>LDC</b>	Lei de Defesa do Consumidor



<b>NGCC</b>	Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
<b>RasDC</b>	Rassegna di Diritto Civile
<b>RBCD</b>	Revista Brasileira de Direito Comparado
<b>Riv.Crit.Dir.Priv.</b>	Rivista Critica del Diritto Privado
<b>RCEJ</b>	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
<b>RDCiv.</b>	Rivista di Diritto Civile
<b>RDES</b>	Revista de Direito e de Estudos Sociais
<b>RDPat.</b>	Revista de Derecho Patrimonial
<b>Riv.Dir.Priv.</b>	Rivista di Diritto Privato
<b>RJ/UP</b>	Revista Jurídica da Universidade Portucalense
<b>RLJ</b>	Revista de Legislação e de Jurisprudência
<b>RMP</b>	Revista do Ministério Público
<b>ROA</b>	Revista da Ordem dos Advogados
<b>RPDC</b>	Revista Portuguesa de Direito do Consumo
<b>Rtdciv.</b>	Revue trimestrielle de droit civil
<b>SI</b>	Scientia Iuridica
<b>TJ</b>	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
<b>WM</b>	Zeitschrift für Wirtschaft un Bankrecht
<b>ZIP</b>	Zeitschrift für Wirtschaftrecht

# A DENUNCIABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS DURADOURAS *PROPTER* *REM* \*

*Pelo Prof. Doutor Rui Pinto Duarte*

## 1. Propósito e motivação deste texto

Luís A. Carvalho Fernandes sintetiza assim o pensamento comum acerca da denunciabilidade das obrigações duradouras:

*«A denúncia traduz-se numa declaração de uma das partes mediante a qual faz cessar os efeitos de um negócio jurídico, que tem a sua manifestação quando este constitui uma relação duradoura, sem estipulação de termo.*

*A faculdade de denúncia resulta, como a doutrina corrente assinala, da não admissibilidade da existência de vinculações negociais eternas ou excessivamente duradouras que são consideradas contrárias à ordem pública, entendimento que se funda no art. 280.º do C.Civ. Daí o reconhecer-se à parte afecta a tal vinculação a faculdade de ad nutum, sem necessidade de invocação de qualquer funda-*

---

\* Texto destinado aos Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís A. Carvalho Fernandes.

(<sup>1</sup>) *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2007, vol. II, pp. 476 e 477.

*mento — e mesmo contra a vontade da outra parte —, pôr termo ao correspondente negócio jurídico.»* <sup>(1)</sup>

O meu propósito é discutir esse pensamento comum no que respeita ao que chamo obrigações contratuais *propter rem* — categoria em que incluo apenas obrigações não previstas na lei <sup>(2)</sup>.

As reflexões que se seguem têm como motivo principal o facto de, há alguns anos, ter sido chamado a dar opinião sobre duas situações (separadas) que tinham em comum levarem a discutir a denunciabilidade de obrigações contratuais de adquirir serviços relacionados com direitos reais.

No primeiro dos casos, os contratos de compra e venda de imóveis integrados num certo empreendimento imobiliário continham cláusulas pelas quais a vendedora se obrigava a prestar a cada um dos compradores e estes se obrigavam a adquirir, remuneradamente, à vendedora (enquanto gestora do empreendimento) serviços de segurança, de jardinagem e de recolha de lixo.

No segundo desses casos, uma empresa tinha constituído a favor de outras direitos de superfície sobre certas partes de um imóvel, tendo, em simultâneo, celebrado outros contratos pelos quais se obrigava a prestar às superficiárias e estas se obrigavam a adquirir àquela (enquanto gestora do parque industrial), remuneradamente, serviços de esgotos, de segurança e de reacção a acidentes (bombeiros) <sup>(3)</sup>.

Em ambas as situações, não havia limitação temporal das obrigações de aquisição de serviços (bem como das de prestação dos mesmos), que pareciam ficar inerentes às qualidades de proprietário e de superficiário dos prestatários. Também em ambas as

---

<sup>(2)</sup> Assim, excluo os casos em que a lei torna inerentes à titularidade de um direito real, *maxime* do direito de propriedade, certas obrigações (podendo servir de exemplo a obrigação de os condóminos contribuírem para as despesas de conservação e fruição das partes comuns — art. 1424, n.º 1, do Código Civil) e os casos em que a lei permite expressamente a criação de uma tal inerência (podendo servir de exemplo o cânone superficiário — art. 1530, n.º 1, do Código Civil) — que são os que a doutrina tem em vista quando fala de obrigações *propter rem*.

<sup>(3)</sup> Já durante a escrita deste trabalho, li na edição do jornal Público de 30.3.09 a descrição de um projecto de empreendimento turístico segundo a qual quem nele comprar um imóvel «terá de pagar serviços prestados, pela empresa gestora, de limpeza, manutenção e vigilância» (p. 27).

situações, os obrigados à aquisição de serviços sustentaram a denunciabilidade das suas obrigações.

O segundo motivo das minhas reflexões é o regime de denúncia dos acordos parassociais — no caso de os mesmos não fixarem o seu prazo de vigência.

O problema principal que me proponho abordar é, pois, o de saber se se podem criar por via contratual obrigações inerentes à condição de titular de um direito real, ainda que não automaticamente transmissíveis com o mesmo — problema esse que não é tratado por quem escreve sobre a denunciabilidade dos contratos por tempo indeterminado, nem por quem escreve sobre as obrigações reais. Acessoriamente, abordarei ainda, sob a mesma perspectiva, situações de obrigações contratuais (não estatutárias) inerentes à condição à de sócio.

## 2. Consenso doutrinário sobre a regra da denunciabilidade dos contratos por tempo indeterminado

A ideia de que os contratos por tempo indeterminado são denunciáveis é *communis opinio* em Portugal e, tanto quanto sei, na generalidade dos outros países.

Tendo em vista a dimensão deste estudo, limitar-me-ei, no texto, a lembrar o principal do que conheço do que foi escrito pelos autores portugueses acerca do tema durante a vigência do actual

---

(4) V. Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1999, p. 246, Lluís Puig i Ferriol, María Del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez, José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 391, Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14.<sup>a</sup> ed., Munique, C. H. Beck, 1987, pp. 29 e segs. e 273 e segs., Franco Carresi, *Il Contratto*, tomo II, Milão, Giuffrè, 1987, p. 845, e P. S. Atiyah, *The Law of Contract*, 4.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 1989, p. 411. No *soft law*, v. o art. 2.109 dos *Principles of European Contract Law* (preparados pela *Commission on European Contract Law* presidida por Ole Lando, cuja parte I, na qual se insere o artigo em causa, foi editada pela Martinus Nijhoff Publishers, em 1995) — sendo de referir que nas respectivas notas justificativas constam várias referências que demonstram que a regra é tida como assente em vários países — e o art. 5.1.8 dos *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit* (consultáveis em [www.unidroit.org/english/principles/contracts](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts)).

Código Civil, ficando-me no que respeita à literatura estrangeira pela remissão para alguns textos que tenho por significativos <sup>(4)</sup>.

No ano da transição entre códigos, Fernando Pessoa Jorge escreveu:

*«A denúncia aparece-nos como forma autónoma de extinção dos contratos estabelecidos por tempo indeterminado e opera-se através de declaração de uma das partes à outra comunicando-lhe que não quer a continuação de contrato.*

*(...)*

*A necessidade de denúncia decorre do princípio de as pessoas não poderem obrigar-se em termos perpétuos, a não ser nos casos em que a própria lei o ordene. Desta forma, se se celebra um contrato por tempo indeterminado (por exemplo um contrato de trabalho), qualquer das partes pode a todo o tempo pôr-lhe termo, quando muito bem entender e quiser.» <sup>(5)</sup>*

Adriano Vaz Serra, numa anotação a uma decisão sobre o contrato de agência por tempo indeterminado, proferida em 1969, num caso a que o actual Código Civil ainda não era aplicável (muito antes de a agência ser objecto de tipificação legal!), fez as seguintes considerações, que aparentemente tinha por certas, quer à luz do direito aplicável ao caso, quer à do direito vigente, à data em que escrevia:

*«No nosso direito, parece, antes de mais, dever reconhecer-se a qualquer das partes o direito de denunciar o contrato de agência por tempo indeterminado, ocorra ou não justa causa: seria violento que elas fossem compelidas a uma vinculação de duração indefinida. Trata-se aqui de um princípio que pode considerar-se como um princípio geral aplicável às relações jurídicas de longa duração. É inerente a estas relações que elas não podem durar indefinidamente, por ser contrário à vontade presumível das partes e à ordem pública que*

---

<sup>(5)</sup> *Lições de Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1966-1967 (policopiado), p. 212.

<sup>(6)</sup> *Anotação ao Acórdão do STJ de 7.3.69*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 103, n.º 3319, p. 233.

*alguém se vincule ilimitadamente a prestações continuadas ou periódicas.»* (6)

Antunes Varela, também numa anotação a uma decisão proferida com base no Código de Seabra, mas também expondo ideias que dava por certas quer à luz do direito aplicável ao caso, quer à do direito vigente à data em que escrevia, exprobou as vinculações contratuais de carácter perpétuo dizendo que, embora elas não sejam directamente condenadas por nenhum preceito legal expresso, repugnam ao espírito do sistema (7).

António Menezes Cordeiro, distinguindo a denúncia da oposição à renovação, sustentou que aquela é «específica dos contratos de duração indeterminada, numa situação de perpetuidade que em princípio desagrada ao Direito» (8). Anos mais tarde, no comentário que, em co-autoria com Mário Júlio de Almeida Costa, publicou ao diploma que estabeleceu o regime das cláusulas contratuais gerais, referindo-se à proibição das cláusulas desse tipo que «estabeleçam obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa, apenas, da vontade de quem as predisponha» (consagrada na alínea j) do art. 18 do Dec.-Lei 446/85, de 25 de Outubro), escreveu o seguinte:

*«As obrigações duradouras perpétuas contrariam a regra segundo a qual ninguém pode ficar indefinidamente vinculado, salvo nos casos previstos por lei. Trata-se de um princípio que, embora aflore diversas vezes em preceitos específicos, não tem consagração geral expressa. A sua formulação inequívoca, na alínea j), evita dúvidas.»* (9)

José Carlos Brandão Proença, no estudo que dedicou à resolução do contrato, caracterizou assim a figura:

---

(7) *Anotação ao Acórdão do STJ de 26.3.68*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 102, p. 122, no texto e em nota. Quanto às ideias de Antunes Varela sobre a denúncia como modo de extinção das obrigações contratuais, v. o seu *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 273 e ss.

(8) *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1980, 2.º vol., p. 166.

(9) Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro *Cláusulas Contratuais Gerais Anotação ao Dec.-Lei 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 44.

*«A denúncia pode ser definida, como o poder, exercido por normal declaração unilateral receptícia, livre ou vinculado, de extinguir ex nunc e dentro de certos prazos, um contrato duradouro stricto sensu (...). Tal faculdade surge como o corolário evidente da interdição da perpetuidade contratual e da consequente defesa da liberdade individual não visando, assim, “sancionar” qualquer estado contratual alterado na sua execução normal.»* <sup>(10)</sup>

Carlos Alberto da Mota Pinto, em exposição didáctica sobre a cessação dos efeitos dos negócios jurídicos, incluiu este trecho:

*«Deve reconhecer-se, nos contratos de duração ou por tempo indeterminado, a existência de um poder de denúncia sem uma específica causa justificativa. O fundamento material desta denunciabilidade ad nutum é a tutela da liberdade dos sujeitos, que seria comprometida por um vínculo demasiadamente duradouro. Por isso, tal poder de denúncia existe mesmo na falta de norma jurídica ou cláusula contratual explícita.*

*«Cremos ser esta uma solução decorrente da impossibilidade de se admitirem vínculos contratuais ou obrigacionais de carácter perpétuo, eterno ou excessivamente duradouro. Uma tal vinculação ou “servidão” eterna ou excessivamente duradoura violaria a ordem pública, pelo que os negócios de duração indeterminada ou ilimitada só não serão nulos, por força do artigo 280.º, se estiverem sujeitos ao regime de livre denunciabilidade ou denunciabilidade ad nutum.»* <sup>(11)</sup>

Baptista Machado afirmou que «o que seria inadmissível, por contrário à ordem pública, seria excluir de todo, num contrato por tempo indeterminado, a faculdade de denúncia de qualquer das

---

<sup>(10)</sup> *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento XXII, Coimbra, 1975 (mas 1983), pp. 264 e ss.

<sup>(11)</sup> *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 631 (sendo de dizer que as palavras em causa já figuravam na terceira edição da obra — última em vida do autor).

partes, sujeitando ambas ou apenas uma delas a uma vinculação contratual perpétua», procurando demonstrar que a intenção de impedir vinculações contratuais perpétuas está presente em vários preceitos do nosso ordenamento jurídico e sustentando que os contratos por prazo indeterminado são «de certo modo”incompletos”» e que, por isso, têm de ser integrados pela regra de que são denunciáveis (12).

F. M. Pereira Coelho definiu a denúncia e a razão de ser da possibilidade de recorrer a ela pelo seguinte modo:

*«Chama-se denúncia a declaração em que, nos contratos por tempo indeterminado, um dos contraentes comunica ao outro que deseja pôr termo ao contrato. A possibilidade de denúncia constitui, como bem se compreende, uma medida de protecção dos contraentes, em face de uma vinculação que, dada a duração do contrato, poderia tornar-se intolerável.»* (13)

M. Januário C. Gomes usou estas palavras para apresentar o fundamento da denúncia:

*«Por ser intolerável que da celebração de um contrato duradouro sem indicação de limite temporal máximo, resultasse a eterna vinculação dos contraentes — que dessa forma jamais se poderiam furtar à “lex privata” — cada um deles pode, por declaração unilateral receptícia, pôr termo à relação, ex nunc, ainda que para tal se imponha a necessidade de um pré-aviso, tendo em vista a tutela da posição da contraparte. Ora, diversamente do que ocorre com a revogação unilateral, a denúncia não necessita de previsão legal específica ou de cláusula contratual legitimadora uma vez que deve considerar-se contrário à ordem pública que alguém possa vincular-se eternamente. Como contrapeso dessa faculdade des-*

---

(12) *Anotação ao acórdão do STJ de 7.12.83*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 120, n.º 3755, pp. 59 a 61, no texto e nas notas 3 e 4 (em João Baptista Machado, *Obra Dispersa*, vol. I, pp. 635 a 640).

(13) *Arrendamento Direito Substantivo e Processual*, Coimbra, 1988 (policopiado), p. 248.



*vinculativa “ad nutum” os contratos duradouros por tempo indeterminado devem também considerar-se “completados” com a norma segundo a qual a denúncia deve ser feita com pré-aviso razoável.» (14).*

Maria Helena Brito, depois de recordar que se admite «em geral, que a qualquer das partes é possível pôr termo a um contrato celebrado por tempo indeterminado, a todo o momento, sem necessidade de invocar justa causa», sublinhou que a regra — tal como outras relativas à denúncia dos contratos duradouros — não se encontra consagrada em termos gerais, mas que se pode extrair de «certos preceitos inseridos na disciplina de contratos celebrados por tempo indeterminado», e que «podemos concluir que a admissibilidade de denúncia de um contrato celebrado por tempo indeterminado é um princípio geral do direito português (...)» (15).

José de Oliveira Ascensão, em texto didáctico, ao apresentar a denúncia como causa de extinção das situações jurídicas, escreveu o seguinte:

*«(...) por princípio, as pessoas não podem estar indefinidamente vinculadas. Se se celebra um contrato sem se marcar um termo, subentende-se, salvo disposição em contrário, a possibilidade de denúncia. Qualquer das partes pode realizar o efeito potestativo de pôr termo à relação. (...) o princípio da denúncia deve estender-se a relações duradouras, mesmo que não haja propriamente indeterminabilidade. O desejo de evitar que as pessoas fiquem sujeitas por uma longa duração a vínculos contratuais justifica que se outorgue generalidade a*

---

(14) *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 75. Do mesmo Autor, v. também, com palavras afins, *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, in *Tribuna da Justiça*, n.º 3, Abril Maio 1990, p. 31, e *Contrato de Mandato*, Lisboa, AAFDL, 1990, p. 118.

(15) *O Contrato de Concessão Comercial*, Lisboa, Almedina, 1990, pp. 237 e 238.

(16) *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. IV, título V, *Relações e Situações Jurídicas*, Lisboa, 1993 (policopiado), p. 314.

*esta causa discricionária de cessação dos efeitos do negócio por acto unilateral.»* <sup>(16)</sup>

M. Henrique Mesquita, também numa anotação, exprimiu-se assim:

*«Ora, segundo entendimento pacífico, sempre que se constitua uma relação obrigacional sem prazo de duração, qualquer das partes tem a faculdade de lhe pôr termo livremente, isto é, sem necessidade de invocar um justo motivo ou uma justa causa.*

*Trata-se do conhecido princípio da livre denunciabilidade (denunciabilidade ad nutum) dos vínculos obrigacionais de duração indeterminada.*

(...)

*A livre denunciabilidade só não existe nos casos em que a lei estabelece uma disciplina diferente, para protecção de uma das partes. É o que acontece, entre nós, relativamente aos arrendamentos vinculísticos e ao contrato de trabalho, quanto à denúncia, respectivamente, pelo senhorio e pela entidade patronal.*

*Fora destes casos, porém, deve aplicar-se sempre o aludido princípio ou regra da livre denunciabilidade.*

(...)

*Todos os autores que tratam deste tema, quer nacionais quer estrangeiros, se pronunciam em idêntico sentido. A liberdade individual e a liberdade de as pessoas poderem dispor dos seus bens não consentem que a extinção de relações obrigacionais sem prazo de duração seja sujeita a restrições susceptíveis de transformarem essas relações em vínculos de natureza perpétua ou, de toda a maneira, em vinculações excessiva ou inadmissivelmente duradouras.*

*No plano estritamente legal, nenhum sistema jurídico enuncia, de maneira explícita e genérica, a denunciabilidade ad nutum dos vínculos obrigacionais de duração indeterminada, mas tal denunciabilidade aparece consagrada em vários preceitos — como, por exemplo, entre nós, no artigo 1002, n.º 1, do Código Civil, quanto ao contrato de sociedade, e no artigo 28, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de*

*Julho, quanto ao contrato de agência —, que são considerados afloramentos de um princípio geral de direito, a que deve recorrer-se sempre que a lei não estabeleça um regime excepcional e sujeite a denúncia à alegação e prova de uma justa causa.» (17)*

António Pinto Monteiro, ao referir-se à figura da denúncia num dos seus estudos sobre contratos de distribuição comercial, sintetizou assim o seu alcance e fundamento: «(...) constitui uma forma de obviar a vínculos *perpétuos*, o que constituiria uma inadmissível limitação à *liberdade* das pessoas e seria contrária à *ordem pública*.» (18)

Pedro Pais de Vasconcelos, ao expor os modos de extinção dos negócios jurídicos, formulou do seguinte modo o problema e a sua solução:

*«Ao celebrarem o negócio, principalmente no caso dos negócios duradouros, as partes nem sempre estipulam o seu termo. No entanto, não obstante não ter sido estipulado um termo, nem por isso se deve admitir que se constitui uma relação contratual eterna. O direito não é favorável a vinculações contratuais eternas, pelo que, embora a lei não o diga em termos gerais, é pacífico na Doutrina que uma ou ambas as partes, ainda que não tenha sido estipulado um termo para a relação contratual, se podem libertar através da sua denúncia.» (19)*

Pedro Romano Martinez, na monografia que dedicou à cessação do contrato, usou as seguintes palavras:

*«Em sentido técnico a denúncia corresponde ao meio de livre desvinculação em relações contratuais constituídas por*

---

(17) *Anotação ao Acórdão do STJ de 5.3.96*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 130, n.º 3875/2876, pp. 46 e 47.

(18) *Direito Comercial Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 137.

(19) *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 773 e 774.

*tempo indeterminado. Para evitar que as partes fiquem vinculadas ao cumprimento de um contrato por um período indefinido, permite-se que uma parte o faça cessar; não estando o vínculo sujeito a um prazo de vigência, faculta-se a qualquer das partes a possibilidade de se desvincular, denunciando o contrato.»* <sup>(20)</sup>

Luís Menezes Leitão, a propósito da distinção entre prestações instantâneas e prestações duradouras, apresentou assim a questão:

*«As prestações duradouras implicam a atribuição de um regime especial de extinção aos contratos que as incluem. O facto de estes contratos se poderem prolongar no tempo implica que a lei deva assegurar também alguma limitação à sua duração, sob pena de a liberdade económica das partes poder ficar seriamente comprometida. Efectivamente, a vinculação absoluta a um contrato de execução duradoura não delimitado temporalmente implicaria que as partes não pudessem celebrar durante um período longo e indefinido contratos semelhantes com outros concorrentes, limitando assim a sua autonomia privada e pondo em causa a liberdade de concorrência em que assenta o nosso sistema económico.*

*A lei tem assim que assegurar uma delimitação temporal aos contratos de execução duradoura, o que é realizado através do acordo prévio das partes fixando um limite temporal ao contrato — caso em que o decurso do tempo importa a extinção do contrato por caducidade — ou, quando isso não sucede, através do instituto da denúncia do contrato. A denúncia do contrato é um instituto típico dos contratos de execução duradoura e caracteriza-se por permitir, quando as partes não fixaram a duração do contrato, que qualquer delas proceda à sua extinção para o futuro, através de um negócio jurídico unilateral receptício.»* <sup>(21)</sup>

---

<sup>(20)</sup> *Da Cessação do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 59 e 60.

<sup>(21)</sup> *Direito das Obrigações*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 137

Paulo Alberto Videira Henriques — que, como veremos a seguir, tomou distâncias em relação ao pensamento dominante —, inseriu na profunda análise que fez do problema as seguintes palavras:

*«Afigura-se-nos de aceitação generalizada, entre nós, a seguinte perspectiva: um contrato obrigacional duradouro cujo período de vigência não fosse temporalmente limitável implicaria a assunção de vínculos ilimitados, ou seja, perpétuos; para evitar a perpetuidade ou a duração indefinida e ilimitada do vínculo, o ordenamento jurídico atribui aos contraentes o poder de denúncia; conseqüentemente, a admissibilidade de denúncia das relações contratuais obrigacionais de duração indeterminada é um princípio geral do nosso Direito.»* (22)

### 3. Natureza da regra da denunciabilidade

A base da denunciabilidade dos contratos de duração indeterminada é a ideia de que a liberdade (*rectius*, o tipo de liberdade que está em causa) não pode ser limitada por uma vinculação temporalmente ilimitada. Apoio tal ideia entusiasticamente, mas estou de acordo com a advertência, feita por Paulo Alberto Videira Henriques, de que a proibição de vínculos obrigacionais perpétuos não é um princípio normativo *a se stante*, mas tão só uma regra geral que exprime uma das vertentes da tutela de certos direitos fundamentais no âmbito das relações contratuais duradouras (23). Por outras palavras: a denunciabilidade dos contratos de duração indeterminada não é um corolário da liberdade individual, mas apenas um atributo normal desses contratos — com ligação à liberdade individual, mas não co-essencial a ela. Retomando algo que escrevi a outro propósito, direi que a regra em causa não tem uma intensi-

---

(22) V. *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, n.º 54 da Coleção *Studia Iuridica* do BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 210 e 211.

(23) V. *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, cit., p. 211.

dade conformadora do sistema jurídico similar ao de princípios como o da liberdade de estipulação ou o do respeito pela boa fé, não fazendo parte dos princípios constitutivos do Direito Civil <sup>(24)</sup>. O mesmo é dizer que a denunciabilidade dos contratos de duração indeterminada não é um dogma inquestionável, mas uma regra que deve ser conjugada com outras.

A demonstração de que assim é pode ser feita com recurso à figura da obrigação *propter rem*, que implica a existência de uma obrigação tão duradoura quanto o direito real a que surge associada — acompanhando, pois, a perpetuidade do direito real, quando o mesmo tenha essa característica, como sucede, nomeadamente, no caso do direito de propriedade.

A admissibilidade de obrigações tendencialmente perpétuas nesse caso evidencia que o que o Direito repele não é toda e qualquer vinculação perpétua, mas a vinculação perpétua sem contrapartida ou com uma contrapartida perdida no tempo. Quando essa vinculação surge associada a um direito — pelo menos, a um direito real, mormente ao de propriedade — o Direito admite-a.

As razões pelas quais o Direito trata diferentemente as obrigações associadas a direitos reais das demais obrigações duradouras que os autores têm em vista quando afirmam a denunciabilidade dos contratos de duração indeterminada parecem-me ser duas.

A primeira é a de que o obrigado numa obrigação *propter rem* pode libertar-se da sua obrigação por meio da alienação do direito real a que a mesma está ligada.

A segunda é a de que as obrigações de tal natureza não envolvem a realização pelo obrigado de prestações análogas às que são tidas em consideração ou subentendidas pelos autores que escrevem sobre a denunciabilidade dos contratos de duração indeterminada. Contribuir monetariamente para despesas de interesse comum aos membros de um certo grupo social — de que se faz parte por se ser titular de um direito de propriedade ou de outro direito real de gozo — não é equiparável a ter de desenvolver actividades na qualidade de prestador de serviços, de trabalhador, de sócio ou em qualquer outra análoga.

---

<sup>(24)</sup> *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 173.

Para firmar o raciocínio esboçado, convém ir mais além na abordagem da ideia de obrigação *propter rem*.

---

(25) Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 184.

(26) M. Henrique Mesquita (*Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 29 e ss., 294 e 295), Luís A. Carvalho Fernandes, (*Lições de Direitos Reais*, cit., pp. 184 e 185), e A. Santos Justo (*Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 81, nota 304) restringem as obrigações reais às de conteúdo positivo, dizendo que as obrigações de abstenção fazem parte do direito real propriamente dito. Das muitas páginas que José de Oliveira Ascensão escreveu sobre a matéria (sendo de sublinhar que para o Autor o conceito-base é o de situação — e não o de obrigação — *propter rem*) parece retirar-se que no seu entendimento o conceito deve abranger quer prestações positivas quer prestações negativas (*As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, Livraria Moraes Editora, 1962, *maxime* pp. 59 e ss., 278 e ss. e 293 e ss., e *Direito Civil Reais*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, *maxime* pp. 238 e 239). José Alberto C. Vieira sustenta expressamente que o conceito abrange quer prestações positivas quer prestações negativas (*Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 105 e 106).

(27) V. M. Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., pp. 34, 35 e 282 e ss., e José Alberto C. Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 110 e ss.

(28) V. Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2.<sup>a</sup> ed., Cascais, Príncípa, 2007, pp. 24, 25, 176 e 177.

#### 4. A ideia de obrigação *propter rem*

Obrigação *propter rem* ou real é «a conexas com o conteúdo de certo direito real, imposta a quem seja titular desse direito» (25).

A categoria é referida em (quase) todas as lições portuguesas de Direitos Reais e tem sido objecto de vários estudos monográficos. No entanto, o seu conteúdo e alcance variam muito de autor para autor, havendo, por exemplo, quem sustente que a mesma só abrange prestações positivas e quem a faça abarcar também prestações negativas (26). Apesar dessas variações, nenhum autor parece levá-las para fora do círculo das obrigações expressamente *impostas ou permitidas* por lei (27).

Alguns casos surgidos na jurisprudência — que adiante analisarei — levaram-me a propor a sua extensão a obrigações contratuais não previstas na lei (28). Ao fazer essa extensão, não procurei sustentar que as obrigações em causa são sempre ambulatórias. Assim, quem reserve a qualificação de obrigação *propter rem* para as que se transmitem automaticamente com o direito real a que estão ligadas, não poderá concordar com a extensão que proponho (29). Quem entenda que a categoria deve abranger também obrigações não ambulatórias talvez me possa acompanhar.

Colocando, de modo interessante para o problema que este texto é votado, a questão da ambulatoriedade das obrigações contratuais *propter rem*, escreveu M. Henrique Mesquita, quase ao início da monografia que dedicou ao tema:

«Figuremos dois exemplos:

1.º — Em determinada zona com aptidão florestal, os proprietários de terrenos onde foram feitas plantações de eucaliptos obrigaram-se, por via contratual e a título oneroso, a proceder ao corte das matas em épocas predeterminadas e a fornecer

---

(29) Como é o caso de Luís A. Carvalho Fernandes, que escreveu: «Em bom rigor, só as obrigações ambulatórias merecem o qualificativo de reais. As restantes, embora atribuídas a quem seja titular de um direito real, e por conexão com este, não chegam a participar do regime das obrigações reais.» (*Lições de Direitos Reais*, cit., p. 189).



toda a produção de madeira a uma empresa de celulose que suportou o custo das plantações.

2.º — No loteamento de um terreno para a construção urbana, os adquirentes dos vários lotes obrigaram-se, *inter alia*, a ajardinar determinada área e a manter os jardins em condições aprazíveis, a fim de proporcionar condições de amenidade e um certo equilíbrio estético ao futuro conjunto urbanístico. Em ambos os casos pretendeu-se que as obrigações vinculem não apenas os proprietários que as assumiram (e os respectivos herdeiros), mas também os subadquirentes dos prédios em causa. Dando como assente que não é possível falar aqui de servidões (*servitus in faciendō consistere nequit*), poderão as vinculações ter a eficácia ampliada querida pelas partes? Se se entender que não pode haver aqui senão relações obrigacionais autónomas, é evidente que os contratos apenas poderão produzir efeitos *inter partes*.

A solução já será, porém, diferente se se admitir que as vinculações assumidas podem valer como *obrigações reais*. Neste enquadramento, com efeito, o devedor passará a ser, não uma pessoa certa e determinada, mas todo aquele que, no momento do cumprimento, tenha a qualidade de proprietário (ou melhor: de titular do direito de fruição) do prédio a que a obrigação se encontra ligada.»<sup>(30)</sup>

Em local avançado da sua obra em causa, M. Henrique Mesquita, respondeu a tais dúvidas, escrevendo:

«Não poderão, pois, revestir natureza propter rem obrigações como as que passamos a indicar: a obrigação assumida pelos adquirentes dos lotes de terrenos compreendidos em dado empreendimento urbanístico, de realizarem determinadas obras destinadas a assegurar a harmonia estética do conjunto, ou de contribuírem, segundo certa proporção, para

---

<sup>(30)</sup> *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., pp. 34 e 35.

<sup>(31)</sup> *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., pp. 290 e 291.

<sup>(32)</sup> Ob. cit., p. 291, nota 47.

*um fundo afectado ao pagamento de serviços (v.g., de vigilância ou de limpeza) de que todos beneficiam; etc. Obrigações desta índole só poderão produzir efeitos inter partes, não vinculando, portanto, os subadquirentes (nem os adquirentes a título originário) dos prédios em relação aos quais foram assumidas» (31).*

Completando o seu raciocínio, o mesmo Autor acrescentou em nota:

*«Com vista a conseguir efeitos tanto quanto possível aproximados dos de uma obrigação propter rem, poderá convenccionar-se que cada proprietário fica vinculado a não alienar o direito de propriedade sem ceder conjuntamente a sua posição no contrato que constitui a fonte da obrigação» (32).*

O mesmo é dizer que, de acordo com os critérios desse Autor — que aprofundou os problemas das obrigações reais como nenhum outro que eu conheça — obrigações como as que motivam este escrito são lícitas, sem prejuízo de não vincularem automaticamente os subadquirentes.

## **5. Ensinamentos da jurisprudência**

Vale a pena, a este respeito, como já adiantámos, recordar que a jurisprudência até já admitiu — embora não lhes dando esse nome — a existência de obrigações contratuais *propter rem* ambulatórias. Na verdade, há, pelo menos, duas decisões judiciais que admitiram a «ligação directa e essencial» (33) de obrigações de fonte puramente voluntária a certos imóveis: os acórdãos da Relação do Porto de 2.3.00 (34) e da Relação de Coimbra de 2.12.03 (35).

A situação discutida no acórdão da Relação do Porto de 2.3.00 era a seguinte:

---

(33) Palavras da primeira de tais decisões — inseridas num trecho adiante transcrito.

(34) Colectânea de Jurisprudência, ano XXV, tomo II, 2000, pp. 179 e ss.

(35) Colectânea de Jurisprudência, ano XXVIII, tomo V, 2003, pp. 26 e ss.

- Uma usufrutuária tinha movido uma acção de despejo, que terminou com uma transacção, pela qual o arrendatário se obrigou a proceder a certas obras de reparação do prédio objecto do usufruto e, para o caso de as não fazer, ao pagamento de uma certa quantia;
- O usufruto extinguiu-se, por morte do titular;
- O arrendatário não executou as obras, nem pagou a quantia a que se obrigara;
- Os proprietários moveram execução para pagamento de quantia certa contra a arrendatária, tendo o requerimento executivo sido indeferido pelo tribunal de primeira instância, com fundamento na ilegitimidade dos exequentes.

O Tribunal da Relação revogou esse indeferimento, dizendo:

*«Como é por demais evidente o referido crédito às obras de reparação ou à indemnização é indissociável do prédio objecto do usufruto. Nasceu em função dele e, designadamente, se a indemnização chegasse a ser cobrada pela usufrutuária, deveria ser aplicada na realização das obras omitidas pelos arrendatários, já que, então, a ela competiria as despesas de conservação do imóvel (art. 1.472.º).*

(...)

*Demonstrada a irrefutável ligação do crédito emergente da transacção à coisa e ao interesse dos proprietários parece legítimo concluir-se que, findo o usufruto por morte do seu titular, sucedeu-lhe na titularidade do direito à indemnização, os proprietários cujos interesses na conservação da coisa se visou acautelar nas alíneas I e J da transacção.*

(...)

*Entende-se, assim, que existe no caso dos autos uma situação de sucessão na titularidade do direito de crédito exequendo, dada a sua ligação directa e essencial à coisa.»*

A situação discutida no acórdão da Relação de Coimbra de 2.12.03 era a seguinte:

- Por contrato de transacção, certas pessoas tinham-se obrigado a demolir parte de uma obra feita em certo prédio;
- As contrapartes nesse contrato de transacção eram os proprietários do prédio em causa;
- Os obrigados à demolição, à data da transacção, eram promitentes-compradores de outra fracção desse prédio, que depois adquiriram;
- Os intervenientes na transacção que, por virtude dela, ficaram titulares do direito à demolição, constituíram o prédio em propriedade horizontal e venderam uma fracção a terceiros;
- Esses terceiros moveram execução para prestação de facto contra os obrigados à demolição, tendo o requerimento executivo sido indeferido pelo tribunal de primeira instância, com fundamento em ilegitimidade dos exequentes.

O Tribunal da Relação revogou esse indeferimento, dizendo:

*(...) «o crédito dos AA., na acção declarativa, resultante da transacção efectuada, de verem demolida a cozinha e o W.C. na parte que ultrapassa os limites exteriores das paredes do prédio e de verem fechada a porta e alagado o poço, é um crédito propter rem ou ob rem.*

*Com a transmissão da titularidade do direito de propriedade sobre o logradouro afectado com as obras realizadas pelos executados não pode ter deixado de transmitir-se também o direito de crédito sobre estes, de ver efectuadas as demolições, fecho e alagamento a que se comprometeram.»*

Das decisões em causa parece, pois, retirar-se que a ordem jurídica aceita que haja obrigações de origem voluntária ligadas a direitos reais em termos iguais ou semelhantes aos das chamadas obrigações reais de origem legal — o que releva para o problema objecto deste texto, pois indicia que o direito não rejeita obrigações duradouras não denunciáveis.

## 6. Discussão dos ensinamentos jurisprudenciais

Perguntar-se-á, no entanto: a chamada tipicidade dos direitos reais não obsta à tese acolhida pelas Relações do Porto e de Coimbra?

A realidade social mostra múltiplos casos de empreendimentos imobiliários divididos em fracções com características que obrigam à existência de uma gestão integrada de algumas necessidades comuns — que por vezes são poucas e outras muitas.

As despesas relativas a tal gestão integral das necessidades em causa são, de um modo ou de outro, repartidas pelos interessados.

No Direito português, o paradigma jurídico correspondente a essa realidade é a propriedade horizontal, sendo de realçar que, desde 1994, o regime respectivo «pode ser aplicado, com as necessárias adaptações, a conjuntos de edifícios contíguos funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns afectadas ao uso de todas ou algumas unidades ou fracções que os compõem» (art. 1438-A do Código Civil).

A propriedade horizontal, porém, não é o único regime legal que procura enquadrar a realidade em causa. Também o regime do direito real de habitação periódica<sup>(36)</sup>, o regime do direito de habitação turística<sup>(37)</sup>, o regime dos empreendimentos turísticos<sup>(38)</sup> e o das áreas de localização empresarial<sup>(39)</sup>, de um modo ou de outro, o fazem.

Em todos esses casos existem, ou podem existir, obrigações de contribuição para as despesas comuns.

Essas obrigações dos condóminos, dos titulares de direitos reais de habitação periódica, dos titulares de direitos de habitação turística, dos titulares de «unidades de alojamento» integradas em

---

(36) V. os arts. 1.º a 44 do Dec.-Lei 275/93, de 5 de Agosto.

(37) V. os arts. 45 a 53 do Dec.-Lei 275/93, de 5 de Agosto.

(38) V. o Dec.-Lei 39/2008, de 7 de Março.

(39) V. o Dec.-Lei 72/2009, de 31 de Março, mormente o art. 5.º, n.º 2, alínea d), e o art. 6.º, alínea e).

(40) Analisei alguns aspectos deste tipo contratual no meu livro *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, cit., pp. 159 e ss.

(41) Que, como é sabido, pode ser a propriedade, a locação, a sublocação ou outro.

empreendimentos turísticos e das empresas instaladas em áreas de localização empresarial podem ser perpétuas e não são denunciáveis.

Não há nenhuma razão para entender que a lei proíbe a constituição de obrigações atípicas análogas a essas. Pelo contrário, desses vários regimes pode, por analogia *juris*, retirar-se a existência de uma regra geral que admite obrigações com as características em causa.

De resto, há várias figuras contratuais legalmente atípicas, mas socialmente típicas, em que se verifica a estipulação de obrigações similares às discutidas no presente caso.

Entre essas figuras, merece destaque — não apenas pela sua importância social e económica, mas também pela quantidade de decisões judiciais que sobre ela recaíram e ainda pela atenção doutrinária de que foi alvo — a do contrato entre organizador de centro comercial e lojista <sup>(40)</sup>. Na verdade, nesse tipo contratual, o lojista assume a obrigação de adquirir vários serviços ao organizador do centro, designadamente os de segurança e limpeza. Essa obrigação é assumida em ligação com a qualidade de lojista (independentemente do título pelo qual se detenha o espaço em que a loja se encontra instalada <sup>(41)</sup>) e para durar enquanto durar essa qualidade. Ora, que saibamos, nunca ninguém contestou a legalidade dessa ligação indissociável entre a detenção da loja e a obrigação de aquisição desses serviços — apesar de haver contratos desse tipo que não têm duração determinada.

## 7. Natureza dos contratos primacialmente tidos em vista

Os contratos que contêm cláusulas sobre prestação de serviços como as que referi no n.º 1 deste texto não são obviamente meras compras e vendas.

As obrigações decorrentes de tais cláusulas correspondem às típicas de um contrato de prestação de serviços.

---

<sup>(42)</sup> Os chamados contratos mistos devem ser considerados como uma modalidade de contratos atípicos (v. o meu citado livro *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, mormente pp. 49 e 50).

A relevância dessas obrigações, na economia dos contratos em causa, leva a que os mesmos devam ser entendidos como atípicos ou, se se quiser, mistos <sup>(42)</sup>.

A atipicidade desses contratos, porém, não se exprime apenas na reunião de elementos dos dois referidos tipos contratuais. Manifesta-se também na ligação que cada um dos contratos entre o vendedor e os compradores tem com os demais contratos entre o vendedor e os compradores.

Repare-se, nomeadamente, em que:

- Os demais contratos entre o vendedor e os outros compradores são base ou motivo de cada contrato;
- Cada contrato é celebrado também no interesse de terceiros.

Começemos pelo segundo aspecto. Estabelece o art. 1156 do Código Civil que as disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regula especialmente. O art. 1170, n.º 2, do mesmo código determina que quando o mandato é conferido também no interesse de terceiro não pode ser revogado pelo mandante sem o acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa. Daqui retira-se um forte argumento no sentido de que cada prestatário dos serviços em causa não pode pôr fim à sua obrigação sem o acordo dos terceiros em cujo interesse a mesma obrigação foi (também) contraída.

Quanto ao primeiro aspecto, os modos de o explorar são múltiplos. Pensemos neste: se a vendedora só celebrasse contratos com este teor com um ou poucos dos compradores, e não com a generalidade deles, não teriam os compradores que tivessem assumido tais obrigações fundamento para pôr em causa a sua subsistência? A meu ver, é óbvio que sim, embora seja discutível qual o enquadramento legal de uma tal pretensão, sendo defensável, nomeadamente, a existência de incumprimento pela vendedora e de erro sobre a base do negócio por parte dos compradores que tivessem assumido as referidas obrigações.

---

<sup>(43)</sup> *Assembleia Geral*, Lisboa, 1971, pp. 17 a 19, 60 e ss e 141 (separata do BMJ n.º 197).

Por outro lado, também é claro que, se se reconhecesse a cada comprador o direito a pôr fim à sua obrigação de adquirir os serviços em causa, se estaria a empurrar a vendedora para o incumprimento dos demais ou a minar a base destes. Ora, essa consequência é inaceitável.

## 8. O caso dos acordos parassociais

O problema da denunciabilidade dos acordos parassociais é muito semelhante ao das obrigações que até aqui tivemos em vista. Não havendo prazo estabelecido para a sua vigência — o que deve ser determinado segundo as regras de interpretação dos negócios jurídicos —, serão eles denunciáveis nos termos em que a doutrina normalmente diz que o são as obrigações contratuais sem prazo?

A questão tem sido abordada na literatura de vários países, incluindo na portuguesa.

---

(44) Desde 1998, o art. 123 do *Testo Unico delle Disposizioni in Materia di Intermediazione Fianziaria* estabelece que os acordos parassociais relativos a sociedades cotadas não podem ter um prazo superior a três anos e que quando não prevêem duração são denunciáveis com um pré-aviso de seis meses e, desde 2003, o art. 2341-bis do *Codice Civile* contém norma similar — apenas alongando o prazo de duração para cinco anos, no respeitante às sociedades por acções não cotadas (sobre o sentido de tal preceito do *Codice*, v., por exemplo, Maurizio Bocchiola, *I Patti Parassociali*, in *La Riforma del Diritto Societario Profili Civili e Penali*, a cura di Alessio Lanzi e Vincenzo Franceschelli, Milão, Giuffrè, 2004, pp. 41 e ss).

(45) V., por exemplo, Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5.<sup>a</sup> ed., St. Paul., Minn., 2000, pp. 278 e 279.

(46) Embora deixe afirmado que discordo de tal ideia, que me parece ignorar que os acordos parassociais são muitas vezes um excelente instrumento de governo das sociedades.

(47) *Acordos de Voto: Algumas Questões depois do Código das Sociedades Comerciais*, in *O Direito*, ano 124, 1992, I-II (Janeiro-Junho), p. 42 (texto reproduzido no livro do Autor *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*, Coimbra, Almedina, 1992, constando a passagem em causa na p. 42).

(48) *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, Lisboa, Cosmos, 1996, pp. 108 e 144 (no primeiro lugar, o Autor dá conta, sem reservas, do entendimento alemão de que os acordos de voto são denunciáveis, mas, no segundo lugar, refere um autor espanhol que se afasta dessa orientação).

(49) *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1998, *maxime* pp. 234 e ss. e 246 e ss.



No seu anteprojecto sobre assembleias gerais (art. 34, n.º 2), Adriano Vaz Serra, inspirando-se num projecto de reforma do direito italiano então pendente, propôs que os contratos pelos quais os accionistas se obrigam a votar uniformemente não pudessem vigorar por mais de três anos «limitando-se a sua duração a este período quando não for determinada» (43).

Tal ideia de limitação do prazo dos acordos parassociais não foi recebida pelo nosso legislador — embora o tenha sido por outros. É o caso do próprio legislador italiano (44) e dos de alguns estados dos EUA (45). Não é este o lugar para analisar a questão do ponto de vista da política legislativa (46), pelo que continuarei a análise à luz da admissibilidade de contratos parassociais de duração indeterminada.

Raúl Ventura pronunciou-se no sentido da aplicação a tais acordos «das providências gerais aplicáveis nessas hipóteses, designadamente a resolubilidade do acordo, com ou sem fundamento em justa causa», com base na inadmissibilidade de «vinculações perpétuas ou equiparáveis a estas» (47).

Autores posteriores, porém, interrogaram essa solução. Foi esse o caso de Mário Leite Santos (48) e, sobretudo, de Maria da Graça Trigo (49), que, após minucioso exame na questão, concluiu:

*«(...) O princípio da livre revogabilidade das relações obrigacionais duradouras terá de ser temperado com a necessidade de acautelar o próprio fim do contrato. Isto torna-se especialmente claro quando estão em causa contratos de estrutura associativa, como é o caso dos sindicatos de sócios ou accionistas. Assim, sob pena de se defraudar o objectivo da constituição do sindicato, naqueles casos em que a sua duração não se encontra fixada, haverá que considerar a existência de um prazo natural ou circunstancial, o que*

---

(50) Ob. cit., pp. 249 e 250.

(51) A que no nosso Código Civil corresponde a exoneração (art. 1002).

(52) Na literatura posterior à obra de Maria da Graça Trigo, v., no sentido em causa, v. o que escreve Henning Schröer no *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, vol. 4, 2.ª ed., Munique, C.H. Beck, 2004, pp. 642 e 643 (nota 57 ao § 136).

*poderá variar entre algumas semanas e vários anos, em função do conteúdo e fins próprios do acordo sindical»* (50).

Para chegar a essa conclusão, a Autora examinou as opiniões existentes na doutrina alemã sobre o assunto, incluindo aquela segunda a qual os acordos de voto entre sócios de sociedades de capitais com carácter duradouro constituem sociedades civis, gozando os contraentes do direito de denúncia (*Kündigung* (51)) nos termos aplicáveis às sociedades civis constituídas por tempo indeterminado (52).

Tal solução é discutida na própria doutrina alemã e, a meu ver, não é extrapolável para o nosso direito. Por um lado, a sociedade civil portuguesa não tem um âmbito igual ao da figura alemã congénere, sendo de recusar a hipótese de qualificação dos acordos parassociais como sociedades civis. Por outro lado, não parecem existir razões que justifiquem a aplicação analógica aos acordos parassociais do regime de exoneração das sociedades, já que, enquanto a vinculação à qualidade de sócio é uma situação primária, a vinculação a obrigações parassociais é uma situação derivada, que, nos casos em vista, tem de acompanhar a situação primária, da qual é indesligável por acto unilateral.

Dito de modo diverso: as obrigações resultantes de acordos parassociais de duração indeterminada também são frequentemente obrigações contratuais duradouras *propter rem* — ainda que a coisa a que surgem ligadas seja incorpórea.

## **9. Conclusão**

Creio sustentável que algumas obrigações contratuais duradouras ligadas à qualidade de titular de um direito real e à de titular de uma participação social não são denunciáveis nos termos em que o são em geral as obrigações contratuais duradouras (embora, ao contrário das obrigações reais *propter rem* ambulatórias, não se transmitam, em princípio, automaticamente com a transmissão do direito a que se encontram ligadas).

Não é possível sustentar genericamente que essas obrigações são insusceptíveis de denúncia, porque a determinação da sua (não-)denunciabilidade passa pela interpretação dos contratos que

as criam, mas é legítimo recusar que lhes seja aplicável sem mais indagação a regra da denunciabilidade.

Maio de 2009

*Rui Pinto Duarte*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de  
Lisboa

---

\* O presente escrito é dedicado a Mário Emílio Bigotte Chorão. Corresponde, com pontuais desenvolvimentos, à intervenção do autor num dos painéis das jornadas em sua homenagem, ocorridas em Janeiro de 2005 na Universidade Católica Portuguesa.

\*\* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e na Universidade Católica Portuguesa. Advogado.

# A PROTECÇÃO JUSCIVIL DA VIDA PRÉ-NATAL

— SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO — \*

*Pelo Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada\*\**

## SUMÁRIO

*1. Introdução: o problema da protecção da integridade física do nascituro; alusão à questão do aborto e à experimentação com embriões. 2. O reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro como exigência dogmática posta pelo direito da reparação dos danos; algumas implicações. 3. A solução perante o método jurídico; a interpretação conforme com a Constituição, a lacuna superveniente e a mudança de sentido do art. 66 do Código Civil.*

### **1. Introdução: o problema da protecção da integridade física do nascituro; alusão à questão do aborto e à experimentação com embriões.**

A questão actual do estatuto jurídico do embrião representa um tema multifacetado e complexo para o direito civil, crescentemente importante perante o avanço da ciência médica e do campo das técnicas experimentalistas. Entre os diversos ângulos que esse tema consente, o nascimento com deficiência — *rectius*, o problema da tutela da pessoa que nasceu com uma deficiência — apresenta-se seguramente decisivo. Pois convoca o ponto central da personalidade jurídica pré-natal, para cuja fundamentação Bigotte Chorão contribuiu, por último, com o notável e clarividente ensaio “Bioética, Pessoa e Direito/Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano” (1).

A conexão entre, por um lado, a protecção do próprio sujeito, verificada uma lesão que o atingiu na vida intrauterina e é responsável por uma deficiência que o marca já à nascença, e, por

---

(1) In BIGOTTE CHORÃO, *Pessoa Humana, Direito e Política*, Lisboa, 2006, 533 ss.

(2) O aborto é e permanece no sistema jurídico português, por princípio, ilícito.

outro, o problema da personalidade jurídica do nascituro apresenta, na verdade, uma nítida implicação dogmática. Antecipando: parece que, reconhecida a necessidade de tal protecção, também o reconhecimento dessa personalidade se impõe por uma daquelas vinculações de pensamento que a dogmática precisamente convoca e envolve. Por outro lado, há que fundamentá-lo de forma metodologicamente adequada perante alguns dados menos claros do direito positivo português. Focalizar estas duas perspectivas constitui o precípua propósito das breves considerações que se seguem.

Por ser este o nosso propósito, interessam-nos, do nascimento com deficiência, essencialmente aqueles casos em que a deficiência surgiu na sequência de uma lesão infligida por outrem ao nascituro na sua vida intrauterina. (Toma-se doravante a expressão “nas-

---

(<sup>3</sup>) Doravante, CC. Todos os preceitos indicados sem expressa menção do diploma a que pertencem, dizem respeito, em princípio, ao Código Civil.

(<sup>4</sup>) Para algumas razões, veja-se o nosso *Aborto e Direito: reflexões a propósito de um referendo*, in *Vida e Direito*, Cascais, 1998, 102 ss.

Cfr. também, mais recentemente, a pioneira exposição de PAULO OTERO dos elementos de um “direito da vida”, falando de uma proibição (de nível constitucional) de descriminalizar os atentados contra a vida: cfr. *Direito da Vida/Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, 2004, *passim*, e 129-130.

As afirmações do texto em nada contendem com o reconhecimento, mais ou menos amplo, de causas de desculpação da mãe enquanto “vítima secundária do aborto”; nem tolgem a discussão em torno da moldura penal adequada à luz das finalidades preventivas, gerais e especiais, do direito penal.

(<sup>5</sup>) A chamada Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho) apresenta-se cinzenta e ambígua neste ponto. De facto, numa matéria sensível que, por isso, requer particular racionalidade e coerência argumentativa, o legislador deu exemplo de uma determinação calculista e gelada, sem se importar com os compromissos impossíveis e falsos em que incorria. Com efeito, das duas, uma. Se ao nascituro se reconhece o carácter de pessoa e, com isso — inelutavelmente —, personalidade jurídica, daí deriva imediatamente a proibição de o sujeitar à condição de objecto e de instrumento para quaisquer fins, experimentais ou outros. Já não se admitindo o carácter de pessoa e a personalidade jurídica a ela acoplada, toda a experimentação ou utilização para outros fins deve poder ser, em princípio, tão ampla quanto possível.

O que não se compreende são as ambiguidades.

Assim, afirma-se que as técnicas de PMA (procriação medicamente assistida) devem respeitar a dignidade humana. Como quer que se interprete, essa dignidade, ela não dispensa ou co-envolve, seguramente, a dignidade do embrião (cfr. o art. 3.º, em conjugação com outros preceitos). Por isso, se proíbe, v.g., a criação de embriões por clonagem reprodutiva e a prossecução de certas outras finalidades através das técnicas de PMA (art. 7). Do mesmo modo se veda a criação deliberada de embriões para a investigação

cituro” no sentido restrito de sujeito já concebido, mas ainda não nascido). Pensamos desde logo na protecção da integridade física do nascituro contra agressões de que seja vítima intencional às mãos de outrem. Mas está também em causa a tutela da vida do sujeito contra lesões na fase intrauterina ou embrionária meramente negligentes. Em ambos os casos, a questão da personalidade jurídica do nascituro apresenta-se ineludível.

Não se trata no entanto apenas da defesa do nascituro perante a expansão do fenómeno do aborto (voluntário) (2); uma protecção, de resto, que pode equacionar-se, no plano civil, não apenas

---

científica. Por isso se restringe ainda a utilização de embriões com essa finalidade (art. 9). Por isso se proscree também a criação de embriões em número excessivo (art. 24) e se regula o destino dos embriões não utilizados (art. 25); ou se rejeita, também, a alteração de características não médicas do nascituro, como o sexo (art. 37). Há uma preocupação, em suma, de que as técnicas de PMA não atinjam a dignidade do embrião, o que é incompatível com a coisificação do embrião e a sua redução à condição de objecto.

Mas, se assim se deduz meridianamente do texto da lei, não se entende que a dignidade do embrião não tenha conduzido o legislador à prevenção genérica da possibilidade de o instrumentalizar a fins que não ele próprio (por exemplo, de terceiros).

Este farisaico equilibrismo legislativo repercute-se a cada passo, nas soluções avulsas dos diversos problemas. Por exemplo: para o legislador, a instrumentalização que o embrião sofre se for objecto de criação deliberada por PMA para investigação científica é tida aparentemente como incompatível com a dignidade humana (do embrião, supõe-se; cfr. o art. 9, n.º 1). Mas caso os fins sejam outros e diferentes (entre eles, a criação de bancos de células estaminais e o próprio melhoramento das técnicas de PMA), já nada obstará, ainda que a respectiva prossecução importe, do mesmo modo, a morte ou destruição do embrião.

Num outro plano, é também totalmente incongruente, por exemplo, proscreever a criação *deliberada* de embriões excedentários para experimentação ou investigação científica (art. 9, n.º 1), como se o problema estivesse na intenção que conforma o acto e não no acto em si mesmo. Na verdade, de que forma explicar no Direito que é a intenção que macula a conduta, se essa conduta não for tida como desconforme com a ordem jurídica? *Mutatis mutandis*, quanto à clonagem reprodutiva tendo por objectivo a criação de seres humanos geneticamente idênticos a outros (cfr. o art. 7, n.º 1): persegue-se a intenção sem se proibir o acto?

A temática não pode ser aprofundada. Fica a sensação de uma lei, em diversos aspectos obra de ideólogos e não de juristas. Uma esclarecedora crítica do novo diploma encontra-se em OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*, ROA 67, III (Dezembro de 2007), 977 ss. *Vide* ainda neste contexto, as observações deste autor no seu *Direito Civil/Teoria Geral*, I (*Introdução, Pessoas, Os Bens*), 2.ª edição, Coimbra, 2000, 68 ss, rejeitando uma “coisificação” do embrião.

Cfr. do mesmo modo, desenvolvidamente, LEITE DE CAMPOS, *O estatuto jurídico do nascituro*, in *Nós/Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra, 2004, 75 ss, assim como LEITE DE CAMPOS/STELLA BARBAS, *O início da pessoa humana e da pessoa jurídica*, ROA, 2001, 1257 ss.

enquanto tutela indemnizatória na hipótese de tentativa falhada de aborto, como ainda a título preventivo e cautelar através de alguma das providências que o art. 70, n.º 2, do Código Civil (3) prevê.

A experimentação com embriões humanos ou o seu aproveitamento para outros fins, a instrumentalização e a destruição a que eles, por essa via, são destinados, representa uma faceta especialmente actual dessa defesa. A resposta do ordenamento carece, aqui, de ser valorativamente coerente. Um sistema que, como o português, penalize o aborto — e há, logo em nome da unidade e coerência do sistema, uma necessidade ético-jurídica de manter, por princípio, incriminadas *todas* as ofensas à vida humana (4) — não se vê que possa deixar de reprovar igualmente a instrumentalização dos embriões humanos para fins experimentais ou outros, e a sua sujeição a subsequente destruição (5).

De todo o modo, o alargamento recente das hipóteses ditas de aborto “permitido” não atinge o que vai dito: o aborto é e continuará plausivelmente a ser excepção. Aliás, essa excepção apenas cria uma antinomia entre, por um lado, o plano fáctico da não vigência, no respectivo âmbito, da proibição (penalmente relevante) da lesão da vida intrauterina e, por outro lado, o plano da validade, do dever-ser jurídico ou das exigências indeclináveis da juridicidade, que nenhuma vontade legislativa (mesmo no plano constitucional), pode evitar ou nenhuma decisão jurisdiccional

---

(6) Observe-se PAULO OTERO, *A proibição de privação arbitrária da vida*, in *Vida e Direito*, Cascais, 1998, 147 ss.

(7) O que conduz ao problema da responsabilidade do Estado por omissão do dever de legislar e ao complexo tema — de Teoria do Direito — do caso julgado (materialmente) “inconstitucional” (quer aludir-se à decisão do Tribunal Constitucional em favor da não desconformidade constitucional de um referendo visando a não protecção penal da vida humana intrauterina). Sobre o tema, *vide* ainda o texto.

Com manifesto interesse a este propósito, embora centrado na questão geral da sindicabilidade constitucional dos juízos individuais do Tribunal Constitucional, PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, 1993, 107 ss, 132 ss.

(8) Na realidade, há (neste momento) apenas uma decisão do Tribunal Constitucional que se pronunciou sobre a não desconformidade constitucional de um referendo sobre a despenalização do aborto “livre” até às doze semanas.

(9) Já literalmente, a recente alteração legislativa apenas veio consagrar uma nova hipótese — ampla embora — de *não punibilidade* do aborto. Não apagou *apertis verbis* o ilícito penal: cfr. a redacção actual do art. 142 do Código Penal.



(ainda que no sentido da não inconformidade constitucional) é susceptível de eliminar *in radice* <sup>(6)</sup>. Estas exigências podem, por conseguinte, ser contínua e repetidamente repostas no tempo e, mais do que isso, reclamarão sempre, do legislador que o for em cada momento, soluções legais a elas conformes (*secundum ius*) <sup>(7)</sup>.

Observe-se a propósito que mesmo uma (hipotética) decisão do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas, no sentido da não desconformidade com a Constituição da desprotecção penal <sup>(8)</sup> a que, no momento actual, se encontra sujeita a vida pré-natal até às doze semanas, não impede qualquer outro tribunal de se pronunciar no sentido da ilicitude *civil* de uma lesão da vida pré-natal por aborto até às referidas doze semanas: retirando daí consequências jurídicas, designadamente nos termos do art. 70, n.º 2, e do art. 483, n.º 1, do Código Civil. Aquele juízo do Tribunal Constitucional cingir-se-á nesse caso à não desconformidade com a lei fundamental da norma despenalizadora. Os tribunais comuns podem, portanto, nas suas decisões concretas, decidir pela relevância civil do aborto como necessidade decorrente da imposição constitucional da protecção do direito à vida <sup>(9)</sup>. Estando em causa a (mera) ilicitude civil, não se incorre na proibição do *nullum crimen sine lege*.

Por outro lado, uma decisão sobre a não desconformidade com a Constituição da norma desincriminadora do aborto “livre” até às doze semanas poderá sempre ser revista pelo próprio Tribunal Constitucional, a todo o tempo. Nomeadamente, alterando-se as circunstâncias e desvelando-se então uma incompletude do ordenamento que requeira preenchimento. Assim, a mudança da facticidade subjacente a um juízo seu anterior, ou da sua interpretação pelos sujeitos — designadamente o progresso da ciência que aponte para a presença de uma vida humana mesmo nesse período, qualitativamente igual à vida humana posterior às doze semanas e, por isso, carecente, como esta, de protecção —, assim como a modificação da sensibilidade social quanto às exigências da juridicidade, e, entre

---

<sup>(10)</sup> Cfr., v.g., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, cit., 50 ss, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/3 (*Pessoas*), 2.ª edição, Coimbra, 2007, 339 ss, LEITE DE CAMPOS, por exemplo, *O início*, cit., 1254-1268, PAULO OTERO,

elas, o melhor conhecimento das imposições constitucionais, configuram um espaço que, no plano substantivo, permite sempre ao Tribunal Constitucional reapreciações na matéria.

Metodologicamente estamos no campo da detecção e preenchimento de lacunas supervenientes. Nenhum texto constitucional poderia obstaculizar a sua relevância, sob pena de querer saltar sobre a sua própria sombra. Também a Constituição está sujeita a teoria do Direito. Não pode deixar de se mover no seu âmbito.

Deixem-se no entanto estas reflexões suscitadas pela nossa história legislativa recente. O tema do aborto, tocado embora evidentemente pelo tema da personalidade jurídica do nascituro, é na verdade âmbito, com demasiada frequência, de fugas da racionalidade e de desvirtuamentos do diálogo argumentativo, por vezes sacrificado à determinação de fazer singrar certos voluntarismos ideológicos.

Também não se insistirá agora na análise de diversas disposições da lei que, como tem sido abundantemente posto de manifesto pelos autores, reclamam e implicam, afinal, a personalidade jurídica do nascituro e/ou a sua tutela. Entre elas destaca-se a possibilidade da perfilhação de nascituros ou a atribuição aos pais do poder de representação dos filhos, ainda que nascituros (art. 1875 e 1878, n.º 2). Daqui pode concluir-se — aliás de acordo com uma forte corrente doutrinária, hoje aparentemente dominante — que a nossa ordem jurídica reconhece, *de lege lata*, a personalidade jurídica do nascituro <sup>(10)</sup>.

Pretendemos no entanto abordar o tema da personalidade jurídica do nascituro a partir de um domínio menos versado, mas de crescente importância, prática e teórica.

Tomem-se algumas hipóteses que, entre nós e segundo a jurisprudência estrangeira, parecem pacíficas e consensuais no sentido do merecimento de tutela do sujeito nascido com deficiência. Pense-se, desde logo, em lesões irreversíveis no nascituro provocadas por negligências médicas ou hospitalares: por exemplo, devido

---

*Direito da Vida*, cit., 156, assim como PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, 2007, 104 ss (outras indicações doutrinárias nos escritos citados).

Sobre os fundamentos de tal concepção, embora sublinhando — justificadamente — as limitações que, deste ponto de vista, o nosso direito codificado apresenta, BIGOTTE CHORÃO, *op. cit.*, 442 ss, 505 ss, e *passim*.

à ausência do acompanhamento devido da gravidez, ou derivadas da omissão de tratamentos que teriam impedido a deficiência do nascituro ou mitigado as suas consequências.

Considere-se, por outro lado, as lesões sofridas pelo nascituro em virtude de agressões ou maus tratos infligidos à mãe, *v.g.*, pelo companheiro em casos de violência doméstica; ou, tantas vezes, as derivadas de acidentes de viação, infelizmente frequentes.

Lembre-se ainda, especialmente, os tristemente célebres e paradigmáticos casos de talidomida, em que sequelas gravíssimas e irreversíveis derivaram dessa substância para os filhos das grávidas às quais foram aconselhados os medicamentos que a continham e em que se colocou a questão da responsabilidade da indústria de medicamentos por tais danos.

Nos casos descritos, tem-se reconhecido protecção ao nascido com deficiência; uma tutela distinta da que é certamente dispensada também ao pai e/ou à mãe.

No plano civil, a protecção é sobretudo indemnizatória.

Está em causa o ressarcimento de diversos tipos de prejuízos sofridos pelo nascituro em consequência de uma lesão à sua integridade física.

No entanto, a protecção jurídica do nascituro já foi afirmada entre nós, inclusivamente, para compensar danos não patrimoniais derivados, não da ofensa a essa integridade, mas resultantes antes da ofensa de posições não patrimoniais, relacionais, do nascituro; gerando aquilo que, sobretudo em Itália, se conhece como um “dano existencial”<sup>(11)</sup>.

Assim, numa sentença pioneira da Relação de Lisboa de 28 de Janeiro de 1977<sup>(12)</sup>, concedeu-se a um jovem — Fernando — que nascera 6 dias depois da morte do pai num acidente de viação, uma indemnização com fundamento em que “o menor ficou privado do

---

(11) Para uma primeira abordagem destes danos, remete-se para o nosso estudo *Nos 40 anos do Código Civil/Tutela da personalidade e dano existencial*, in Themis (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova), 2008, 47 ss.

(12) Cfr. CJ II (1977), 1, 191 ss.

(13) Cfr. CJ XXIII (2000), 2, 209 ss.

(14) Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 1/3 (Pessoas), 2.ª edição, Coimbra, 2007, 348-349.

(15) Nos exemplos descritos, em posições não patrimoniais do sujeito.

amparo moral e protecção, orientação e carinho que o pai prodigalizaria até à maioridade e muito especialmente enquanto criança ou jovem”; uma orientação reiterada, por exemplo, pelo acórdão da Relação do Porto de 30 de Março de 2000, ao afirmar que o art. 496, n.º 2, abrange os danos não patrimoniais infligidos ao nascituro <sup>(13)</sup>. A doutrina tem sufragado este tipo de decisões <sup>(14)</sup>.

Com isto, abre-se também a porta a considerar outros danos existenciais. De facto, parece que não pode excluir-se então também o direito do sujeito a uma indemnização, por idênticos ou similares motivos, quando de um acidente ocorrido durante a sua vida intrauterina não sobreveio a morte do pai, mas a invalidez física, um trauma grave ou uma perturbação psicológica duradoira deste. (Outra é a questão de saber como se hão-de delimitar então os danos a ressarcir perante o perigo de uma exponenciação da responsabilidade).

## **2. O reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro como exigência dogmática posta pelo direito da reparação dos danos; algumas implicações.**

Ora, se é assim, se há portanto lesões <sup>(15)</sup> provocadas ou ocorridas na e durante a vida intra-uterina que devem ser reparadas, parece que constitui uma exigência dogmática o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro.

Certo que a condição ontológica do embrião conduz, como mostrou eloquentemente o nosso homenageado <sup>(16)</sup>, a tal personalidade e que aí está mesmo a fundamentação derradeiramente decisiva do reconhecimento dessa personalidade.

Centremo-nos porém noutra perspectiva: na necessidade dogmática de tal reconhecimento logo a partir das soluções que se perfilam, com o aplauso da doutrina, na prática jurisprudencial, favoráveis a um ressarcimento do sujeito nos aludidos casos de mal-formações (logo) à nascença, derivadas de agressões.

---

<sup>(16)</sup> Cfr. BIGOTTE CHORÃO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>(17)</sup> Cfr., em sentido semelhante, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, cit., 53.

De facto, segundo o art. 483 n.º 1 do CC, a indemnização requer, em princípio, a violação ilícita dos direitos de outrem.

Quer dizer: tem de haver a lesão de uma posição jurídica ancorada na titularidade de alguém — no dizer da lei, “a violação ilícita de um direito de outrem” — para que o dano seja reparado. Ao tempo daquela lesão terá de existir assim um sujeito de direito, titular da posição jurídica atingida. Na verdade, se à data do resultado segundo o qual se qualifica uma dada acção ou omissão como desencadeadora de responsabilidade, não existe sujeito para o direito, também não há, segundo o art. 483 n.º 1, acção violadora de um direito de outrem. Faltarão a conformidade com a situação de responsabilidade e não será possível uma obrigação de indemnizar.

A lesão do direito (à integridade física) só o é se perante ela se puder marcar um “antes” e um “depois” do sujeito, ou seja, se antes da sua ocorrência a sua esfera jurídica se mostrar inviolada ou incólume e se, depois dela, aquela se manifestar atingida.

A conclusão impõe-se: apenas reconhecendo ao nascituro a qualidade de sujeito de direito ao tempo da lesão sofrida é viável uma pretensão indemnizatória. O que implica o reconhecimento de uma personalidade jurídica pré-natal nos casos descritos (17).

Naturalmente: também a violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios dá lugar a responsabilidade. Só que essa situação básica de responsabilidade não pode invocar-se para resolver o tipo de problemas que estão na base das nossas considerações.

Há por certo disposições que, sectorialmente, como na chamada lei da procriação medicamente assistida, visam ou podem visar, entre outros fins, a protecção do nascituro. Mas o seu âmbito é limitado e, no caso dado, não abarca as situações-tipo que consideramos. De facto, nenhuma norma disciplina entre nós, com carácter de generalidade, a protecção do nascituro no género de hipóteses que se elegeram.

De todo o modo, a presença de uma disposição de protecção não impede também a subjectivação dos interesses a tutelar. É natural que, devidamente interpretada, uma lei, ou uma norma, que se dirija à protecção do nascituro, permita concluir justamente no sentido da personalidade jurídica deste: pela simples razão de que se o

que ela pretende tutelar são verdadeiramente os interesses do nascituro — e não interesses singulares de outrem, como os pais, ou interesses colectivos ou difusos —, então forçoso se torna aceitar a personalidade jurídica do nascituro titular de tais interesses.

De forma parecida se pode raciocinar no que toca ao requisito do dano. Assuma-se a concepção comum, segundo a qual este representa a supressão de uma vantagem assegurada pelo Direito. O dano implica, portanto, a modificação de uma dada esfera jurídica. Se nenhuma alteração se deu na esfera jurídica de alguém, não pode falar-se de um prejuízo. Ou seja: só há dano se for temporalmente possível individualizar alguém — um sujeito — que tenha sido privado de uma vantagem que até aí lhe assistia. O dano requer, portanto, um sujeito que tenha ficado a suportá-lo, quando antes não estava sujeito a ele.

Daqui se conclui que só é viável atribuir ao nascituro, nos casos supra citados, uma reparação do dano da sua deficiência (v.g., em consequência de uma prática hospitalar gravemente negligente que atingiu o seu desenvolvimento intrauterino) se se lhe reconhecer a titularidade de uma vantagem já existente na sua esfera ao tempo da sua supressão; caso se lhe reconheça, por isso, para esse efeito, personalidade jurídica. Se assim não for, não há, para o sujeito, um “antes” e um “depois” capaz de fazer da deficiência à nascença um dano.

Falamos do dano da deficiência manifestada à nascença. Mas os prejuízos provenientes de lesões à integridade física do nascituro podem bem projectar-se para além do nascimento, acompanhando o sujeito pela vida fora. *In radice*, o relevante encontra-se porém já ocorrido no nascimento.

A circunstância de certos prejuízos só virem a manifestar-se depois do nascimento e se apresentarem, a essa data, meramente ocultos, não obsta porém ao seu ressarcimento. Estes prejuízos são evidentemente indemnizáveis. Rigorosamente falando, o dano já não é então o da deficiência à “nascença”, mas — meramente — o de uma deficiência provocada por uma lesão intrauterina (que alterou o processo normal de desenvolvimento do sujeito, deixando nele sequelas, ainda que estas só mais tarde se revelem e passem de potência a acto).

A identificação e a natureza dos danos, assim como a sua extensão, variam em função da progressão do nexa causal. O que, também

agora, se torna decisivo para a pretensão indemnizatória do atingido é todavia sempre o estabelecimento da causalidade entre o dano experimentado pelo sujeito (ainda que manifestado posteriormente ao nascimento) e a lesão intrauterina que sofreu às mãos de outrem. Também nestes casos a existência de personalidade jurídica ao tempo dessa lesão é condição necessária para permitir uma pretensão ressarcitória por prejuízos que só mais tarde se venham a tornar patentes.

Deste modo, o que, nas nossas hipóteses, se apresenta, perante os dados da lei, verdadeiramente indispensável para a tutela ressarcitória do sujeito é a afirmação da sua personalidade ao tempo da lesão. Que o dano seja o de uma deficiência evidenciada já ao tempo do nascimento não se apresenta relevante. Normalmente aliás, o prejuízo que o nascido com deficiência quer ver ressarcido é essa deficiência (já ao tempo do nascimento) na projecção que ela tem na sua vida actual ou futura.

Do exposto deriva também que para o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro não são concludentes, no sentido exposto, as hipóteses de uma deficiência originária — desde o momento da concepção — que possa afectar o sujeito que com elas venha a nascer. De facto, o sujeito nunca foi então de outro modo, pelo que o reconhecimento dessa personalidade não está, nestas situações, implicado pela responsabilidade civil.

A deficiência originária, desde o momento da concepção — com sida ou em virtude da sífilis, por exemplo —, cria com certeza no sujeito que as suporta depois do nascimento uma “necessidade”, a que a ordem jurídica tem evidentemente de acorrer. Ora, a satis-

---

(18) Procuramos mostrá-lo em outro estudo da nossa autoria, *A vida própria como dano?/Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, ROA 68, I (Janeiro 2008), 215 ss.

(19) Contra, aparentemente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I/3, cit., 344, n. 1247.

(20) Pense-se também nas hipóteses de contaminação “conconcepcional” de um sujeito por sangue infectado, anteriormente ministrado ao progenitor num estabelecimento hospitalar. No que toca ao tratamento destas hipóteses em sede de responsabilidade civil, repetimos que se a deficiência afecta o sujeito desde a concepção não parece poder dizer-se ter havido a violação de um direito de outrem (a sua integridade física) para efeito do art. 483, n.º 1. Ora, não existindo disposição de protecção alguma que cubra este tipo de situações, parece que terá de aceitar-se a existência de deveres sem sujeito activo que impendem sobre os causadores do contágio de que resultou a deficiência congénita de um terceiro desde a concepção. Havia um dever de cuidado, de prevenção, genérico e não rela-

fação de interesses desse tipo é, desde logo, um objectivo precípua do direito da segurança social. Os correspondentes casos de *wrongful life* concitam portanto, antes de mais, a intervenção do direito da segurança social, de características distributivo-assistenciais.

Não é viável instrumentalizar a responsabilidade civil, acriticamente, a esses fins, ignorando os dados *de lege lata* existentes<sup>(18)</sup>. Na verdade, a obrigação de indemnização do autor da contaminação “originária” não pode fundar-se directamente na lesão ilícita-culposa da posição de um sujeito (de um direito a ela pré-existente), por aplicação da primeira alternativa do art. 483 n.º 1 do CC<sup>(19)</sup>.

Mais verosímil parece ser considerar que essa indemnização poderia radicar na violação de disposições de protecção, destinadas a salvaguardar certos interesses (ainda que não subjectivados ao tempo da infracção). Mas para isso será sempre preciso que disposi-

---

cional, destinado a acautelar interesses de sujeitos futuros, mas ainda não existentes. Importa, portanto, admitir deveres sem sujeito, para tutela de interesses futuros (no exemplo do sangue contaminado, interesses homogéneos de pessoas indeterminadas futuras): deveres “absolutos”, claramente incompatíveis com a categoria da relação jurídica.

Este modelo de solução, embora aparentemente seja necessário para a afirmação da responsabilidade, rompe com os quadros comuns da responsabilidade aquiliana, pois esta encontra-se construída em torno da protecção de direitos titulados por um sujeito (art. 483, n.º 1). Na verdade, o fulcro é agora constituído por deveres (independentes de lei e fora, portanto, do âmbito das disposições de protecção) destinados a proteger interesses (homogéneos) de (um número indeterminado de) sujeitos futuros.

A solução não deverá, porém, estranhar-se, se se tiver presente o progressivo crescimento de vinculações intergeracionais (para o futuro), por exemplo, na sensível área da protecção do ambiente. Cremos que a incidência dos deveres de que falamos requer a ultrapassagem de uma tutela delitual construída como protecção jussubjectiva individual e concreta, tutela essa que subjaz ao art. 483, n.º 1. A tutela deve antes centrar-se em que a pessoa, qualquer pessoa — por ser pessoa — tem “direito a certos bens jurídicos”, como o direito a uma concepção saudável ou normal: de acordo com esta mudança de perspectiva deixará de exigir-se a atribuição concreta e individual prévia de um certo bem através de um direito subjectivo ao sujeito a proteger. O direito à “normalidade” poderá estar implicado na tutela da pessoa — até por imposição constitucional —, poderá mesmo ser erigido a direito fundamental, mas não parece ser de conceber como um direito subjectivo em sentido estrito.

Uma outra observação: os deveres de que falamos incidem sobre a conduta do agente antes mesmo de estar concebido aquele que por eles se destina a ser protegido. Não está por conseguinte em jogo o mero problema de saber se uma lesão pode ocorrer, nestes casos de malformações “concepcionais”, por falta de um sujeito titular do bem jurídico atingido. (Quanto a este ponto, teremos aparentemente uma nova versão da recorrente problemática, em Direito, do “segundo lógico”: um segundo depois da concepção haverá possibilidade de lesão.)



ções desse tipo existam. Em todo o caso parece que, mesmo nessa hipótese, justamente pela ausência de dano como supressão de uma vantagem (previamente existente na esfera jurídica de alguém) se pode legitimamente duvidar de que esteja em causa a responsabilidade civil como sanção “reconstitutiva”. De facto, a indemnização terá nestas situações antes um cariz compensatório da necessidade de outrem que foi (escusavelmente) criada ou provocada por outrem. Apresenta um escopo assistencial. Não há o ressarcimento de um dano que se possa dizer ter sido sofrido por alguém que antes não o tinha: a responsabilidade do sujeito é, reitera-se, compensatória da criação por ele de uma necessidade em outrem <sup>(20)</sup>.

Mas voltemos ao nosso ponto: o de que o arbitramento de uma indemnização em caso de lesão danosa da vida intrauterina que provoque uma deficiência implica, no plano dogmático, o reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro.

Não se afigura possível, se bem se vê, desvalorizar a conclusão, a pretexto de que a lesão só se manifestaria com o nascimento. Isto no intuito de salvar o art. 66, n.º 1, do CC, que prescreve adquirir-se a personalidade jurídica com o nascimento do sujeito. Semelhante entendimento assenta num artifício. De facto, nos casos de que se partiu, aquando do nascimento, a lesão já ocorreu, a mudança qualitativa que se verificou no processo de desenvolvimento da criança, ainda que discreta, já se consumou, e nenhuma outra modificação se verificou depois (desse nascimento) que possa considerar-se uma lesão antes não existente (e/ou um dano surgido *ex nihilo* por um processo causal novo). A tese que consideramos <sup>(22)</sup> apresenta-se, nesse sentido, contrafáctica.

Nem nos parece razoável pretender-se que é o direito à indemnização, apenas ele, que surge com o nascimento. Na verdade, esse

---

<sup>(22)</sup> Sustentada em MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição (ob. continuada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2005, 202-203.

<sup>(23)</sup> Aqui se diverge também, se bem se interpreta, da opinião de H. HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português/Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, 300-301, autor que, todavia, tal como nós, defende a indemnizabilidade dos danos advinentes da lesão do nascituro; pois não seria possível a ordem jurídica “negar o facto evidente de que, face à realidade biológica, o nascituro e a criança nascida são idênticos”.

<sup>(24)</sup> Esta condição legal parece-nos, de resto, ter de sofrer uma restrição. *Vide* ainda *infra*.

direito afirma-se, de acordo com a ordem jurídica objectiva comum, logo que verificados os seus pressupostos (entre os quais a violação ilícita de um direito de outrem) <sup>(23)</sup>.

Observe-se que uma coisa é afirmar, como quer a tese de que divergimos, que o direito surge “só” com o nascimento, outra admitir que tal direito cabe já ao nascituro — ao qual se tem de reconhecer, por isso, personalidade jurídica —, embora veja os seus efeitos suspensos da verificação da condição legal de eficácia (e, logo, de exercício) que o nascimento constitui nos termos do art. 66. n.º 2 <sup>(24)</sup>.

E é evidentemente ficciosa a ideia de admitir uma retroacção da personalidade jurídica ao momento da concepção para cobrir os casos de deficiências derivadas da lesão da vida intrauterina. Trata-se de um mero expediente ou artifício, puramente lógico-formal. Partir de que a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento, mas aceitar, do mesmo passo, uma personalidade jurídica do nascituro *in casu* de deficiência proveniente de lesão intrauterina, ditada (judicialmente) *ex post* (com relação ao nascimento) e avulsamente (*ad hoc*), apenas para dar cobertura a pretensões de responsabilidade, desafia elementarmente a necessidade da universalização e da integração sistemática congruente de *rationes decidendi* singulares. Estas impõem o reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro, pois a excepção, mediante a retroacção da personalidade, à asserção de que essa personalidade depende do nascimento, não se deixa conciliar com essa premissa (senão através de uma ficção).

Havendo portanto de reconhecer-se essa personalidade ao nascituro, importa agora apontar que tal tem infalivelmente consequências, em nome da unidade da ordem jurídica, noutros domínios além do demarcado pelas situações de que partimos: assim, no plano, hoje sensível, da protecção de nascituros contra instrumentalizações para fins técnicos, experimentais ou científicos. (Precise-se: o que parece inconciliável com a referida personalidade é a recondução do nascituro à condição de objecto de experimentação para esses fins. Intervenções terapêuticas em benefício do próprio nascituro não o relegam naturalmente a essa condição.) Está desde logo em causa a violação do valor, aliás constitucional, da dignidade da pessoa humana.

Deriva também do exposto que todas as normas que restringem a protecção devida à pessoa — à sua vida ou à integridade física — na fase da vida intrauterina deverão por princípio ser interpretadas restritivamente, em homenagem a esse reconhecimento. Estão em jogo implicações, na interpretação, do postulado da unidade da ordem jurídica, acolhidas no art. 9, n.º 1, do CC.

Naturalmente, porém, que qualquer limitação, por via legal ou jurisprudencial, da defesa da vida ou da integridade física do nascituro-pessoa para o Direito, não pode ofender o direito à vida, cujo respeito é condição mesma de toda a (possibilidade de autêntica) juridicidade e que se encontra, entre nós, constitucionalmente garantido. A reflexão merece ser feita perante o regime legal da chamada procriação medicamente assistida (PMA), mas não é este o lugar de a prosseguir.

### **3. A solução perante o método jurídico; a interpretação conforme com a Constituição, a lacuna superveniente e a mudança de sentido do art. 66 do Código Civil.**

Na origem das explicações alternativas ao reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro precedentemente referidas estão as dificuldades colocadas pelo art. 66, n.º 1, do CC, que diz: “A personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”. Se, como mostram as hipóteses consideradas, se não vê como recusar-lhe aquela personalidade, há agora que

---

(24) Veja-se, nomeadamente, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, I (Introdução, preâmbulo, arts. 1.º a 79º)*, Coimbra, 2005, 221 ss, e, ainda, PAULO OTERO, *Direito da Vida*, cit., 125 ss.

(25) Fundamental neste ponto, entre nós, BIGOTTE CHORÃO, *op. cit.*, 410 ss, 426 ss, 485 ss, e *passim*.

Para esta ligação da vida humana à pessoa, cfr. também, entre outros, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, cit., v.g., 137, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I/3, cit., 341 e ss, e PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, cit., 104 ss.

(26) É patente a falácia de, tal qual chegou a aventar-se entre nós, esgrimir o art. 66, n.º 1, do CC para restringir o art. 24, n.º 1, da Constituição.

Como, de resto, não é racional negar validade a uma resposta negativa à questão da despenalização do aborto a pretexto do estabelecido no art. 66, n.º 1, do CC: confundindo o plano do ser e do dever-ser legal (além de se incorrer num *circuitus inextricabilis* de pensamento quanto à interpretação do art. 66, n.º 1 à luz do disposto no art. 24 da Constituição).

observar e medir bem o alcance da referida norma. Derradeiramente, para saber se, antes do nascimento, é viável, perante o que ela estabelece, a tutela da vida e da integridade física do nascituro.

Sobre este problema, duas ou três notas apenas.

Em primeiro lugar, temos de convir que, como acontece com qualquer outra norma, o alcance jurídico-determinativo do citado preceito se estabelece tendo em conta a sua articulação com as demais normas do sistema jurídico. Entre estas, há que atender à tutela constitucional do direito à vida. O art. 66, n.º 1, tem, por conseguinte, em boa hermenêutica — cfr. o art. 9, n.º 1, do CC —, de ser ponderado em conformidade, designadamente, com o art. 24, n.º 1, do texto constitucional.

Mas mais do que isso: não pode sobrepôr-se-lhe nem desrespeitar o seu conteúdo. Ora, como é reconhecido, este preceito maximiza — impõe uma optimização — da tutela da vida humana. Essa tutela da vida, beneficiando todo o ser humano, tem de ser integral e não pode restringir-se ao período posterior ao nascimento. Não haveria motivo ou justificação para tal; introduzir-se-ia uma limitação arbitrária, que o texto constitucional não consente<sup>(24)</sup>. Há na nossa ordem jurídica uma regra básica, constitucionalmente assegurada, segundo a qual todo o ser humano é pessoa e reconhecido como tal, fruindo a sua vida de protecção por imperativo constitucional<sup>(25)</sup>.

A tutela constitucional não está condicionada por normas infra-constitucionais; pelo contrário, estas é que obedecem àquela<sup>(26)</sup>. O sentido inicial que o art. 66, n.º 1 do CC, possa porventura ter tido, se hipoteticamente discrepante com o novo texto constitucional, terá de ceder o passo ao que este determina. A unidade do sistema jurídico fundamenta, portanto, sempre o alargamento da tutela jurídica do nascituro e a extensão da sua personalidade jurídica, antecipando-a com respeito ao nascimento, se necessário com sacrifício do art. 66, n.º 1.

Temos, assim, que as exigências de uma aplicação do Direito conforme com a Constituição podem sempre resolver eventuais antinomias que se atribuam a esse preceito no confronto com imperativos constitucionais: considerando-se o art. 66, n.º 1, integralmente revogado, se se tiver o conflito como total, ou, alternativamente, limitando-se o seu campo de aplicação em moldes que

ainda se explicitarão. As normas não têm de ter sempre o mesmo campo de aplicação durante o seu período de vigência.

Estamos, nas duas hipóteses, a fazer uso do postulado da unidade da ordem jurídica e do modo como ela própria prevê a resolução das antinomias entre as suas normas (com recurso à hierarquia dessas normas). Em ambos os casos salvaguardam-se as pretensões indemnizatórias do nascituro nos casos paradigmáticos de que partimos.

De todo o modo, a afirmação de um conflito de normas, a resolver pela irrestrita prevalência dos preceitos constitucionais, pressupõe a interpretação. Aqui há que recordar que o art. 66, n.º 1, do CC está sujeito a uma interpretação em conformidade com a Constituição. Os conflitos abertos de normas devem evitar-se e não podem presumir-se. Não podem afirmar-se antes da determinação do sentido das normas. Assim, há que ponderar a hipótese de uma fixação do sentido do art. 66, n.º 1, que não colida com a Constituição, evitando que se chegue ao extremo da contradição normativa. Mas é preciso que um sentido desses seja viável.

Cremos, todavia, que ele pode ser equacionado. Mais do que isso, pelas razões que vão ver-se, supomos que o art. 66, n.º 1, é passível de um sentido ao pé da letra que, salvaguardando a tutela indemnizatória por lesão do nascituro, não carece de afirmar-se por acomodação ao texto constitucional (não sendo, deste modo, imposto, *summo rigore*, tão-só pelo postulado da unidade da ordem jurídica). Interessa explorar esta possibilidade, o que tem, aliás, a vantagem de contornar eventuais dissídios interpretativos acerca do alcance do próprio art. 24, n.º 1, da Constituição.

Situados neste caminho, importa começar por considerar uma tese recentemente apresentada, segundo a qual o estabelecimento, pelo legislador, no art. 66, n.º 1, do início da personalidade jurídica com o nascimento não visaria, ao contrário do que habitualmente se supõe, a personalidade jurídica, mas sim a capacidade jurídica. Aduz-se, em abono, a confusão existente entre as duas noções ao tempo do Código de Seabra. Assim, o legislador teria querido regu-

---

(27) Assim, aparentemente, se bem se vê, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, cit., 110 ss.

lar no art. 66, n.º 1, um problema de capacidade e não de personalidade. Estaria aberto o reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro (27).

Dir-se-ia, portanto, que a solução das nossas dificuldades reside, na realidade, no plano hermenêutico-qualificativo do regime instituído: conduzindo a uma interpretação correctiva do mesmo, por se ter pretendido resolver um problema de capacidade e não de personalidade.

Esta opinião obriga a algumas observações de carácter metodológico. Em primeiro lugar, há um apelo ao entendimento que terá tido o legislador histórico. De facto, quando seja possível a reconstituição do pensamento do legislador histórico, existem fortes razões para considerar que um subjectivismo de cariz actualista — a norma produzida destina-se sempre a ter uma vida autónoma, desligada do seu autor e subtraída, durante o seu período de vigência, à possibilidade de um controlo directo e imediato por parte deste, vida na qual se há-de confrontar com situações em mutação não previstas, ou não completamente antecipadas, pelo legislador —, um subjectivismo actualista, repete-se, constituirá provavelmente a melhor orientação geral de partida para o intérprete-aplicador.

Sobretudo quando cotejada com a alternativa de partir de um texto tomado como puro dado objectivo. Qualquer texto — o legislativo também — tem um carácter comunicacional entre sujeitos. Não pode, por isso, esquecer-se o seu autor e substituir-se o critério hermenêutico que ele assim convoca — o propósito do sujeito — pela obediência mecânica a um enunciado “descarnado”, desligado de qualquer intenção comunicativa; o que, de resto, mina, no plano constitucional, a separação de poderes e o postulado da vinculação à lei (além de, hoje, a legitimidade democrática das mesmas). Naturalmente: o subjectivismo actualista carece de ser complementado por uma dinâmica actividade do intérprete-aplicador no plano da integração e da aplicação das normas. Dado que o legislador prevê o mais das vezes por defeito, este ponto de partida subjectivista faz aumentar o espaço da lacuna e da autonomia do julgador no momento da aplicação.

Mas, se a tese a que fizemos referência acerca do art. 66, n.º 1, se apresenta conforme com este quadro, a verdade é que ela só será

sustentável se houver base histórica efectiva para admitir que o legislador se quis referir positivamente à capacidade e não à personalidade. É que a lei parece distinguir bem entre personalidade e capacidade, referida logo no artigo seguinte.

Neste contexto, pode considerar-se uma hipótese menos extrema: a de o autor histórico da lei ter usado com alguma indistinção os termos capacidade e personalidade, sem lhes atribuir um sentido (demasiado) preciso, designadamente decorrente da doutrina nítida que hoje entre eles se faz; porventura, diga-se de passagem, de forma excessiva. Esta conjectura levanta um problema extremamente interessante: o do influxo, na interpretação das disposições normativas e, assim, no âmbito respectivo, da evolução da teoria jurídica.

De facto, o aperfeiçoamento teórico-dogmático pode contribuir para mudar ou especificar o sentido de uma norma, e, como tal, deve interrogar-se o papel, a legitimidade e o estatuto deste critério hermenêutico no contexto dos demais. Ora, a evolução doutrinária não dispensa o intérprete-aplicador de obedecer ao comando do autor da lei, tal como ele entendeu o seu conteúdo, o que é coerente com um ponto de partida subjectivista. A conceptologia do legislador não será porém então decisiva, se outra melhor lhe sucede, a exprimir com vantagem o teor das suas determinações. Aplicando ao presente caso: o art. 66, n.º 1, não tolheria afinal o reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro.

De todo o modo, há um obstáculo decisivo a qualquer um destes entendimentos, mesmo admitindo que as suas premissas históricas se pudessem demonstrar. É que, caso porventura o art. 66, n.º 1, se devesse considerar referido (também) à capacidade (e não apenas à personalidade), manter-se-ia o problema da protecção do nascituro. Na verdade, caso este, por absurdo que seja, fosse pessoa, mas não tivesse direito algum antes do nascimento (aqui, à vida ou à integridade física), os obstáculos a uma pretensão indemnizatória por lesão à sua personalidade manter-se-iam.

Na realidade, a personalidade pressupõe e envolve, sempre, capacidade (de gozo). Não se pode ser pessoa sem se ser titular, pelo menos, daquele núcleo de direitos que é irredutível na pessoa. Por isso, não pode, no limite, desrinçar-se completamente, entre

personalidade e capacidade de gozo. Há um cerne desta que integra a essência da personalidade. De outro modo, o conceito de personalidade seria totalmente formal, imprestável para a construção de qualquer regime porque completamente subjugado a não importa que regulamentação.

Poderá compreender-se que, por razões práticas ou de eficiência da vida jurídica, ao nascituro seja atribuída capacidade reduzida (desde que se não atinja o que é postulado pelo carácter de pessoa). Pode até ser que se não aceite, em relação a ao nascituro, e por essas razões, uma capacidade de gozo genérica e subordinada ao princípio da “elasticidade” — a torná-la tendencialmente ilimitada —, como a capacidade de que, depois do nascimento, todos os seres humanos possuem (em nítido contraste com a capacidade das pessoas colectivas).

Mas, antes do nascimento, há sempre capacidade, ainda que reduzida aos direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, entre eles, o direito à vida e à integridade física. Por outras palavras, recentrando-nos nos casos de que partimos: a tutela indemnizatória do nascituro por lesões intrauterinas que provoquem um nascimento com deficiência impõe, não apenas a personalidade, mas ainda capacidade jurídica do nascituro.

A inadequação ou a inutilidade da convocação dos cenários precedentes para firmar essa tutela obriga a confrontarmo-nos com o sentido que, para o intérprete-aplicador dos nossos dias, decorre directamente do texto do art. 66, n.º 1, segundo o qual a personalidade jurídica se adquire com o nascimento completo e com vida. Há, portanto, que considerar outros caminhos metodológicos para fundamentar o necessário reconhecimento de personalidade ao nascituro, de modo a abrir-lhe as portas para a indemnização por deficiência resultante de lesões durante a gestação.

Creemos que a “acomodação” que o art. 66, n.º 1, terá de sofrer, tendo em conta essa tutela ressarcitória, resulta da confluência e implicação recíproca de dois factores essenciais.

Por um lado, há a intervenção de um princípio indeclinável da juridicidade, independente mesmo de positivação constitucional, a

---

(28) Inclui-se logo no conteúdo normativo do art. 1.º da Constituição da República.



impor o reconhecimento da personalidade jurídica a todo o ser humano (sujeito de uma vida humana), qualquer que seja a fase da sua existência; princípio a firmar e a afirmar, com isso, aquele mínimo de tutela que o carácter de pessoa impõe, traduzido essencialmente no direito à vida e à preservação da integridade física. Um princípio que, embora entre nós se apresente constitucionalmente fundado<sup>(28)</sup>, é na realidade superior ao plano constitucional e independente desse tipo de consagração, por isso que a sua validade dispensa qualquer declaração ou afirmação positiva.

De facto, filiando-se o reconhecimento da personalidade jurídica a todo o ser humano, independentemente do estágio da sua vida, numa exigência indeclinável da juridicidade, não é preciso sequer a invocação do texto constitucional para o referido fim. Nenhuma norma pode, independentemente de consagração constitucional, ofender semelhante exigência, pois dela depende o seu próprio carácter de norma (autenticamente) “jurídica”.

Por outro lado, pensamos que o art. 66, n.º 1, deve ser hoje interpretado tendo também em conta a superveniência de uma lacuna (depois da entrada em vigor do Código Civil) no plano da tutela da vida humana: a lacuna decorrente da necessidade, que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram entretanto, de dotar o sujeito, já desde a fase intrauterina, de uma protecção capaz da sua vida e integridade física: uma lacuna que, devidamente integrada, sacrificando o menos possível o que possa ter sido o sentido originário pretendido para o art. 66, n.º 1, implica todavia sempre uma precisão desse preceito que se desvia (possivelmente) daquele sentido inicial. Essa lacuna conduz a uma resposta que se tem de estender coerentemente a hipóteses como aquelas que consideramos.

Explicite-se a nossa proposta. A lacuna superveniente é um fenómeno corrente. Ela ocorre após o momento da entrada em vigor das leis, ou por alteração dos dados de facto subjacentes a uma certa regulamentação, ou por modificação dos elementos jurídico-normativos que constituem a ordem jurídica e que são seus referentes em nome da unidade dessa mesma ordem jurídica.

Parece seguro que o legislador de 1966 não terá querido responder com o art. 66, n.º 1, ao problema da tutela do nascituro contra lesões à vida ou à integridade física. Terá pretendido sim intro-

duzir um termo de certeza quanto ao início da personalidade jurídica, pondo do mesmo passo fim a discussões acerca da relevância da viabilidade do recém-nascido para esse efeito (e respondendo de passagem à questão que se pôs, entre nós também, da necessidade de ter ele figura ou aparência humana para a aquisição dessa personalidade jurídica).

O carácter firme, mas limitado e circunscrito, do propósito do legislador ajuda de resto a explicar que, por outro lado e concomitantemente, o autor da lei tenha reconhecido a perfilhação de nascituros e a atribuição aos pais do poder de representação dos filhos, ainda que nascituros (arts. 1875 e 1878, n.º 2).

Parece inequívoco, como já se disse, que estas opções implicam o reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro. Mas, como quer que esse facto tenha sido presente no espírito do legislador histórico — o regime que impõe esta ilação foi evidentemente querido pelo legislador —, a verdade é que, no mínimo, parece ter de concluir-se que o Código Civil apresentava objectivamente, já desde o início, brechas fundíssimas numa (pretensa) negação da personalidade jurídica ao nascituro por via do art. 66, n.º 1. Brechas não imunes à analogia e a toda a panóplia de argumentos em que esta se pode louvar (como o argumento da maioria de razão).

De todo o modo, depois da entrada em vigor do Código Civil sobreveio a percepção da conveniência de uma tutela intrauterina da vida humana mais ampla, a implicar a necessidade de reconhecer a personalidade jurídica ao nascituro muito para além dos casos previstos expressamente pelo legislador. A urgência de trazer para o mundo do Direito a protecção dos nascituros (por influência, nomeadamente, da experimentação com embriões e de outros problemas do âmbito da chamada “procriação medicamente assistida”, totalmente fora do horizonte do legislador histórico), a maior consciência da “natureza das coisas” — conduzindo ao reconhecimento de uma pessoa em sentido ontológico no nascituro —, bem como os imperativos de natureza ético-jurídica — o estatuto que o Direito deve à pessoa humana atenta a sua dignidade —, impõem ao intérprete-aplicador de hoje a admissão de um espaço não regulado — a lacuna —, e legitimam o seu preenchimento (numa inter-

pretação ou desenvolvimento do Direito que tem aliás de ser conforme com a Constituição).

Deste modo, pode falar-se da superveniência de uma lacuna a ser preenchida de forma metodologicamente correcta. Supomos que a acomodação do art. 66, n.º 1, perante esta lacuna superveniente é bem mais fácil do que poderia pensar-se.

De facto, do ponto de vista estritamente literal e ao contrário do que parece pressupor-se na doutrina, não pode dizer-se que o art. 66, n.º 1, faça do nascimento uma *condição sine qua non* — ou seja, uma condição absolutamente necessária — da aquisição da personalidade. Na verdade, ao estabelecer que a personalidade se adquire com o nascimento completo e com vida, esse preceito só impõe que o nascimento seja tido como condição *suficiente* da personalidade. Esta circunstância abre uma perspectiva hermenêutica totalmente nova, que importa explorar e que, como vai ver-se, não implica sequer uma interpretação correctiva do referido art. 66, n.º 1.

O que propomos é reinterpretar o art. 66, n.º 1. Descortinando nesse preceito uma norma que diz respeito à verificação e prova do suposto de facto subjacente ao reconhecimento da personalidade jurídica — a existência de uma vida humana —, distribuindo o respectivo ónus.

Com efeito, compreende-se que o carácter oculto, externamente não aparente ou socialmente equívoco do início da vida humana e das suas vicissitudes na fase intrauterina imponha, por razões de segurança jurídica, que a personalidade de um novo sujeito só se afirme, via de regra, sem mais, no mundo do Direito, com o nascimento ou a partir do nascimento.

Mas, se esta é uma (válida) *ratio legis* da referida norma, então tem de seguir-se que, caso se demonstre que um dado nascituro existia (apesar de não ter ocorrido um nascimento), cessa essa razão que pode, ainda hoje, justificar o art. 66, n.º 1. A demonstração da sua existência no mundo do ser vence então, no caso concreto, o argumento da insegurança a que o art. 66, n.º 1, permite

---

(29) Ao contrário do que ocorre com a capacidade, a personalidade jurídica não pode, porém, ser parcial ou limitada: cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 4.ª edição, Lisboa, 2007, 198.

responder. Estamos no campo de uma vulgar redução teleológica. A tutela jurídica pode avançar, pois, verificada a existência de um nascituro. Deixa de haver obstáculo legal à sua tutela. E assim se colmata a correspondente lacuna.

Em suma, e concluindo: o nascituro, como qualquer pessoa noutra fase da sua existência, gozará de plena protecção da sua vida e integridade física. Mas, não tendo ocorrido, ao tempo da suposta lesão ou dano, um nascimento, é preciso demonstrar que... havia nascituro. O substrato fáctico da personalidade jurídica (daquele que foi atingido por uma lesão) não se presume, carece de ser provado pelo sujeito ou por aquele a quem cabe representá-lo.

Uma nota final: é também discutível que, sobretudo tendo em mente a segurança jurídica, haja possibilidade ou, mesmo, necessidade, de atribuir uma ampla capacidade jurídica ao nascituro. Os aspectos patrimoniais são para aquele irrelevantes. O que importa, essencialmente, é a preservação da sua vida e integridade física. A tese da personalidade jurídica plena do nascituro não é portanto incompatível com uma gradação da (extensão da) capacidade em função do nascimento <sup>(29)</sup>.

Dependendo a capacidade da personalidade, impõe-se escolher quanto a ela aquela solução que melhor realiza a teleologia do art. 66, n.º 1.

Poderá dizer-se, nesta linha, não repugnar que mesmo os direitos que a lei reconhece, nos termos expostos, ao nascituro (por lesão à sua vida ou integridade física) continuem a depender, via de regra, do seu nascimento: cfr. o art. 66, n.º 2. Há uma condição legal que se pode, ainda aqui, justificar por razões pragmáticas (em consonância com a vontade do legislador), e que não afecta os direitos de terceiros (por exemplo, da mãe que perdeu o filho em consequência de maus tratos do companheiro).

No entanto, a necessidade de dotar o nascituro de meios próprios de defesa no período da vida intrauterina, a exercer pelos seus representantes legais, perante ameaças à lesão da sua vida ou integridade física, requer uma análoga acomodação de sentido do n.º 2 do art. 66. Pense-se nas providências do art. 70, n.º 2, seguramente invocável, em coerência, por exemplo, perante tentativas indevidas de experimentação com o embrião.

O art. 66, n.º 2, carece portanto, também ele, de acomodação em termos semelhantes aos do n.º 1, de modo a corresponder plenamente à sua *ratio iuris*. Deve assim entender-se que o primordial campo de aplicação do referido preceito é constituído por outros direitos que não o direito à vida ou à integridade física, particularmente por aqueles direitos patrimoniais que o legislador, já em 1966, entendeu *apertis verbis* conferir-lhe, como o direito a suceder e a receber doações.

A via exposta no que toca ao art. 66 não é, como se vê, “maximalista”. Procura deliberadamente o menor sacrifício possível do teor significativo abstractamente potencial do art. 66. Outros entendimentos favoráveis à personalidade jurídica do nascituro são de formulação mais linear e simples. Mas sacrificam totalmente o art. 66.

É discutível que esse preceito se possa, no futuro, salvar tal como está. Especialmente no quadro de uma reforma profunda do direito das pessoas que as necessidades ou as conveniências venham a ditar, e que comecem de resto a sugerir com intensidade. No actual momento histórico parece, porém, que a solução proposta afasta os obstáculos que alguns persistem em ver no Código Civil quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro e permite uma tutela adequada dos seus interesses.

---

(\*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

(\*\*) Este artigo corresponde, com pequenas alterações, a um trabalho por mim realizado e entregue em Janeiro de 2006.

A doutrina citada é a existente à altura, tendo-se meramente actualizado as edições mais recentes.

(<sup>1</sup>) Quanto a esta figura entre nós, ver: RAÚL VENTURA, *Participações unilaterais em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades*, Scientia Iuridica, 1980, pp. 5, ss.; VASCO LOBO XAVIER/CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Limitações à aquisição de participações sociais por sociedades gestoras*, Revista de Direito e Estudos Sociais, 1990, pp. 1, ss.; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, pp. 88, ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Sociedades gestoras de participações sociais*, O Direito, 2001, III, p. 557, ss.; idem, *Manual de direito das sociedades, I, Das sociedades em geral*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 815, ss.; NUNO BRITO LOPES, *Os aspectos jurídico-societários das SGPS*, Revista da Ordem dos Advogados, 1998, pp. 1177, ss...; JOSÉ MIGUEL DUARTE, *Negociação de valores mobiliários por sociedades gestoras de participações*

## A ONERAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS POR UMA SGPS DETIDAS HÁ MENOS DE UM ANO

*Pelo Prof. Doutor L. Miguel Pestana de Vasconcelos (\*) (\*\*)*

### SUMÁRIO:

1. Introdução. Objecto do estudo; 2. Modalidades de *holdings*; 3. O regime anterior; 4. O art. 5.º do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12; 4.1. A alienação; 4.2. A oneração; 4.2.1. SGPS constituída há mais de um ano; 4.2.2. SGPS constituída há menos de um ano; 5. A (eventual) sanção.

### 1. Introdução. Objecto do estudo

I. As Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS) <sup>(1)</sup> têm um papel de grande relevo na vida empresarial do país. Trata-se de uma modalidade de *holding*, como já se verá, que visa enquadrar e dirigir a actuação das participadas, sendo assim uma “*holding* de direcção” <sup>(2)</sup>.

Atendendo à sua importância para o tecido empresarial, a nossa lei consagrou-lhe um regime jurídico extenso e complexo (Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, alterado pelo Dec.-Lei n.º 318/94, de 24/12, pelo Dec.-Lei n.º 378/98, de 27/11 e pela Lei n.º 109-B/2001, de 27/12).

Não iremos aqui analisar toda essa disciplina. Vamos somente fazer recair a nossa atenção sobre um aspecto de regime de grande relevância, qual seja o de saber se uma SGPS pode onerar partici-

---

*sociais*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 20, 2005, pp. 8, ss..

Na doutrina estrangeira, ver: GASTONE COTTINO, *Le società, diritto commerciale*, vol. 1, tomo 2, 4.ª ed., Cedam, Pádua, 1999, pp. 645, ss.; GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tomo 1, 16.ª ed. (por MICHEL GERMAIN), LGDJ, Paris, 1996, pp. 1159, ss.; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 3.ª ed., Carl Heymans Verlag, Colónia, Berlim, Bona, Munique, 2000, § 3 II, p.

<sup>(2)</sup> Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Sociedades gestoras de participações sociais*, cit., p. 563, p. 575.

pações sociais que detenha há menos de um ano, o que aparentemente é vedado pelo art. 5.º, n.º 1, al. b) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, alterado pelo Dec.-Lei n.º 318/94, de 24/12, e pelo Dec.-Lei n.º 378/98, de 27/11.

A importância prática da questão é evidente. Se se entender que a SGPS não pode onerar as participações sociais neste período de tempo, colocar-se-ão constrangimentos à obtenção de crédito por parte das SGPS, uma vez que estas não poderão empenhar participações sociais detidas há menos de um ano para esse efeito. Esta constrangimento é particularmente relevante no primeiro ano de actividade de uma SGPS.

**II.** A resposta a esta questão, adiante-se desde já, é que, com algumas limitações, pode. Aliás, se se analisar o regime das SGPS com mais detalhe poderá mesmo concluir-se que outra modalidade de garantia assente também nas participações sociais, mas que não passe pela sua oneração, pode ser constituída.

Para o demonstrar vamos percorrer o seguinte trilho.

Começaremos por distinguir as diversas modalidades de *holdings*, nas quais se integra a SGPS, apontando o tipo de *holding* que o legislador pretendeu consagrar no Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12.

Passamos depois à tarefa de interpretar o art. 5.º, n.º 1, al. b) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, verdadeiro nódulo da questão.

Finalmente, não deixaremos de ver quais as consequências que resultam do facto de se entender, contra o que sustentamos, que as SGPS não podem onerar as participações sociais detidas há menos de um ano, e o tenham feito.

## 2. Modalidades de *holdings*

**I.** Uma sociedade *holding*, em termos gerais, é aquela que tem por objecto a detenção de participações sociais noutras socieda-

---

(<sup>3</sup>) J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, cit., p. 89 (e do mesmo Autor para a classificação em texto, pp. 89-90).



des. Elas podem ser divididas de acordo com os seguintes critérios: a exclusividade do objecto e a finalidade da gestão das participações.

II. De acordo com o primeiro critério, temos as *holdings* puras e as *holdings* mistas, conforme tenham por objecto exclusivo a gestão de participações sociais (*holding* puras) ou se no seu objecto social estão também incluídas actividades de natureza comercial ou industrial (*holding* mista).

III. Numa outra classificação, temos aquelas em que o que se visa é a rentabilização do investimento feito nas participações, e as *holdings* que têm em vista “através do exercício dos direitos

---

(4) Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Sociedades gestoras de participações sociais*, cit., p. 563; G. COTTINO, *Le società, diritto commerciale*, vol. 1, tomo 2, p. 647.

(5) RAÚL VENTURA (*Participações unilaterais em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades*, cit., pp. 29-30) distinguia com clareza as finalidades que conduzem à detenção de participações sociais de outras sociedades, separando as “participações de colocação”, com “natureza financeira”, e “participações de intervenção”, com “natureza societária”.

As primeiras “não são consideradas pela sociedade participante na sua qualidade de conjuntos de direitos sociais na participada, mas como um bem, que, no património da sociedade participante, exerce uma função em si mesmo: conservação de valor, rendimento de valor, especulação de valor”.

Nas segundas, a finalidade consiste na “aquisição da qualidade de sócio da participada, a tomada de participações no seu significado de posição social”. Estas participações não importam necessariamente (como já veremos do regime das SGPS) o domínio da sociedade participada, sendo, por isso, que o citado Autor evitava a expressão da doutrina francesa de “participation de contrôle” (*ob. cit.*, p. 29).

Distinção paralela, e em grande parte coincidente, se pode fazer entre os sócios para quem a participação social é uma mera participação financeira e aqueles para quem a participação social visa o controlo da sociedade, podendo falar-se com GALGANO em “accionistas empresários” e “accionistas financeiros” — ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Estrutura organizatória das sociedades*, in: Problemas do direito das sociedades, IDET, Almedina, Coimbra, 2002, p. 98.

(6) Decorrente do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 260/94, de 22/10. Mesmo no que toca às participações tomadas, algumas poderão desempenhar funções diferentes, como se verá um pouco mais à frente em nota.

(7) Sobre elas, ver: A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 873, ss.; J. CALVÃO DA SILVA, *Direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 189, ss.; AUGUSTO DE ATHAYDE, e outros, *Curso de direito bancário*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 311, ss.; CARLOS COSTA PINA, *Instituições e mercados financeiros*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 225; JOSÉ MARIA PIRES, *Elucidário de direito bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 199, ss..

sociais inerentes às participações em carteira (“maxime”, direito de voto), assumir o controlo efectivo das sociedades participadas” (3).

IV. Esta derradeira distinção assume particular relevo entre nós.

É que estas últimas correspondem, como se verá, ao modelo que o nosso legislador tipificou, denominando-as SGPS. Não são SGPS, e afastam-se assim do modelo consagrado pelo legislador, as *holdings* financeiras, ou seja, as que visem somente a rentabili-

---

(8) No âmbito da classificação dos tipos de participações sociais que as instituições de crédito ou sociedades financeiras podem adquirir ou deter no capital de outras sociedades, J. ENGRÁCIA ANTUNES (*A supervisão consolidada dos grupos financeiros*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, pp. 40-41) classifica as participações a que nos referimos em texto como “participações simples” “como forma de realização directa do objecto social” dessas sociedades.

Sublinha ainda este Autor (*ob. ult. cit., ibidem*) que a “aquisição de participações sociais, enquanto meio de rentabilização dos capitais investidos, constitui mesmo uma forma privilegiada de investimento destas instituições [de crédito] por razões estratégicas e estruturais.”

(9) Art.º 3.º al. e) RGICSF.

(10) Note-se, porém, que, em certos casos, as SGPS estão sujeitas a registo especial e à supervisão do Banco de Portugal, sendo equiparadas a sociedades financeiras para efeitos do disposto no título IX do RGICSF (art. 10.º n.º 5 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12). É o que sucede quando elas detenham, directa ou indirectamente, participações sociais que lhes confirmam a maioria dos direitos de voto em uma ou mais instituições de crédito ou sociedades financeiras (art. 117.º n.º 1 RGICSF), às quais se aplica também o disposto no arts. 30.º, 31.º e 43.º-A do RGICSF (art. 117.º n.º 4 RGICSF). Para além desses casos, o Banco de Portugal pode ainda sujeitar à sua supervisão as SGPS que detenham participação qualificada em instituição de crédito ou em sociedade financeira (art. 117.º n.º 2 RGICSF), com excepção daquelas sujeitas à supervisão do Instituto de Seguros de Portugal (art. 117.º n.º 3 RGICSF). O regime compreende-se facilmente atendendo à natureza das sociedades participadas.

Por outro lado, ainda neste contexto, não se aplicam os limites do art. 101.º n.º 1 RGICSF às participações de uma instituição de crédito numa SGPS que apenas detenha participações sociais noutras instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições financeiras, sociedades de serviços auxiliares, sociedades de titularização de créditos, empresas de seguros, filiais de empresas de seguros detidas em conformidade com a lei a estas aplicável, correctoras e mediadoras de seguros, sociedades gestoras de fundos de pensões, sociedades de capital de risco e sociedades gestoras de participações financeiras que apenas detenham partes de capital nas sociedades antes referidas. (art. 101.º n.º 3 RGICSF).

(11) Fazemos esta ressalva, porque a tomada de participações sociais nem sempre terá a finalidade apontada. A sociedade financeira pode tomar participações para outras

zação dos capitais investidos nas participações sociais (semelhantes ao que os franceses chamam as sociedades *portefeuille*) (4/5).

V. Entre nós podemos dar como exemplo de uma sociedade que pode praticar essa actividade (entre outras incluídas no seu objecto (6)) as Sociedades de Investimento (7) (reguladas pelo Dec.-Lei n.º 260/94, de 22/10). Estas entidades nasceram, como se verá já de seguida, conjuntamente com as antecessoras das SGPS, como modalidade de *holding*. Simplesmente, a detenção das parti-

“actividades contidas no seu objecto”. É o que sucede com as “participações instrumentais”, ou seja, “aquelas que permitem realizar mediatamente o seu objecto social” — J. ENGRÁCIA ANTUNES, *A supervisão consolidada dos grupos financeiros*, cit., p. 40 e nota 52 (Autor a quem pertencem as citações referidas).

(12) O *Livro Branco* sobre o sistema financeiro refere-se mesmo, no que toca às operações autorizadas às Sociedades de Investimento, a “participações financeiras” (Ministério das Finanças, Conselho para o Sistema Financeiro, *Livro Branco sobre o sistema financeiro: 1992*, vol. I, relatório principal, Lisboa, 1991, p. 415, p. 423). Na mesma linha AUGUSTO DE ATHAYDE e outros, *Curso de direito bancário*, vol. I, cit., p. 313.

(13) Repare-se que às Sociedades de Investimento, sendo instituições de crédito, a lei, de forma generosa, concede uma ampla margem para a gestão das participações financeiras, uma vez que afasta relativamente a elas os limites do art. 101.º do RGICSF [art. 3.º n.º 1 al. c) do Dec.-Lei n.º 260/94, de 22/10].

(14) Como aponta J. ENGRÁCIA ANTUNES (*Os grupos de sociedades*, cit., p. 89, nota 138), enquanto nestas a “gestão da carteira das participações sociais constitui um meio em relação a um fim, já que a sociedade participante visa precipuamente exercer, através das posições de voto naquelas incorporadas, um domínio efectivo na condução dos negócios sociais das respectivas participadas”, nas primeiras, recorrendo também às palavras deste Autor (*ob. ult. cit., ibidem*), “a gestão das participações sociais detidas constitui um fim em si mesmo, no sentido de que a sociedade participante visa apenas assegurar um remuneração segura e estável dos capitais investidos”.

Aponte-se, porém, que embora o regime das SGPS tenha subjacente o controlo das sociedades participadas (e seja essa, segundo cremos, com base uma análise perfunctória, a realidade da generalidade das SGPS nacionais), tal pode não acontecer, sendo a disciplina destas sociedades suficientemente flexível para acomodar estas realidades. Com efeito, nem sempre uma participação de 10% do capital com direito de voto na sociedade participada assegurará o controlo desta (embora, ao invés, em certos casos, é igualmente verdade que uma participação menor já o possa fazer); por outro lado, até um determinado limite (art. 3.º, n.º 3), as SGPS podem ser titulares de participações sociais inferiores a 10% do capital com direito de voto na sociedade participada (o que, em regra, não permitirá qualquer controlo).

(15) As SGPS, conforme aponta A. MENEZES CORDEIRO (*Sociedades gestoras de participações sociais*, cit., p. 575), hoje “servem, predominantemente, finalidades de reestruturação dos grupos e de empresas, mais do que de concentração.” A “*holding surge no topo, longe dos negócios operativos, mas com funções de planificação e coordenação*”.

cipações sociais, ao contrário do que se passa nestas últimas, tem uma finalidade meramente financeira: pretende-se a obtenção de um ganho, de uma mais-valia, com a transacção dessas participações sociais (8).

Com efeito, o objecto exclusivo (art. 1.º do pelo Dec.-Lei n.º 260/94, de 22/10) desta modalidade de instituição de crédito (9) (o que as SGPS não são (10)) consiste na realização de operações financeiras e nas prestações de serviços conexos definidos no art. 3.º do Dec.-Lei n.º 260/94, de 22/10. Nessa medida, a tomada de participações sociais [art. 3.º n.º 1 al. c) do Dec.-Lei n.º 260/94, de 22/10] terá (quase (11)) sempre que consubstanciar uma operação financeira. O implica que tenha a finalidade (12) acima apontada (13).

Pelo contrário, as *holdings* de controlo gerem as participações sociais como forma indirecta de exercício de actividades económicas (14/15).

**VI.** Refira-se só que o legislador nacional foi dos únicos em termos europeus a ter criado um regime particular, destinado, de forma confessa no seu preâmbulo (e nos preâmbulos das subsequentes alterações de disciplina que tiverem sempre, sublinhe-se, essa finalidade), a favorecer, a *holding* de controlo, a SGPS (16).

Este vector é de primordial importância na interpretação das diversas disposições que compõem o regime destas sociedades.

### 3. O regime anterior

**I.** As sociedades *holdings* começaram por estar previstas no seio das instituições parabancárias pelo Dec.-Lei n.º 46 032, de 27/5. Efectivamente, o art. 1.º n.º 2 referia-se a: “outras sociedades que tenham por objecto a gestão de uma carteira de títulos,

---

(16) Esta constitui, embora não seja a único, um “instrumento valioso de organização da empresa plurisocietária pelas vantagens organizativas” (...) financeiras (...) e (...) fiscais” que proporciona — J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, cit., p. 89.

designadamente *holdings* e outras sociedades financeiras e de investimentos”.

Elas viriam a ter um tratamento mais pormenorizado no Dec.-Lei n.º 271/72, de 2/8, que se aplicava às sociedades que tivessem por objecto a gestão de uma carteira de títulos (excepto as sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário e imobiliário).

Distinguiam-se aí as sociedades de controlo, as sociedades de investimento e as sociedades de aplicação de capitais.

As primeiras — as sociedades de controlo — eram definidas como aquelas que tivessem “estatutariamente por objecto exclusivo a gestão de participações noutras sociedades como forma indirecta de exercício de actividades comerciais ou industriais” (art. 2.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 271/72, de 2/8). O legislador no Preâmbulo sublinhava a necessidade de reduzir as formalidades a que devia obedecer a sua constituição “desde que expressamente excluam do seu objecto operações do domínio financeiro”.

As sociedades de investimento (art. 3.º do Dec.-Lei n.º 271/72, de 2/8) vinham definidas como aquelas que não, sendo de controlo (e, portanto, que não tivessem por objecto a “gestão de participações sociais noutras sociedades como forma indirecta de exercício de actividades comerciais ou industriais”), estivessem estatutariamente autorizadas a adquirir e possuir noutras sociedades, participações que excedessem 10% do capital destas e do seu próprio.

As sociedades de aplicações de capitais (art. 4.º do Dec.-Lei n.º 271/72, de 2/8) não podiam deter participações sociais superiores a 10%.

Estas duas últimas modalidades de sociedades estavam incluídas nas sociedades parabancárias, o que não sucedia com as sociedades de controlo (art. 2.º, n.º 4 do Dec.-Lei n.º 271/72, de 2/8).<sup>(17)</sup>

---

(17) Sobre o regime anterior, ver A. MENEZES CORDEIRO, *Sociedades gestoras de participações sociais*, cit., pp. 568-569.

(18) Quanto a estas alterações, ver RAÚL VENTURA, *Participações unilaterais em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades*, cit., pp. 45, ss..

(19) Ver o *Livro Branco sobre o sistema financeiro: 1992*, vol. I, cit., pp. 418, ss..

(20) Ver: JOSÉ MARIA PIRES, *Elucidário de direito bancário*, cit., p. 200; AUGUSTO DE ATHAYDE, e outros, *Curso de direito bancário*, vol. I, cit., pp. 312-313.

Repare-se que no seio das menções estatutárias obrigatórias [art. 5.º n.º 1 al. a) do Dec.-Lei n.º 271/72, de 2/8] se incluíam “as finalidades da gestão da respectiva carteira de títulos, dentro das três modalidades referidas no art. 1.º” (portanto: sociedades de controlo, sociedades de investimento e sociedades de aplicação de capitais).

Mais tarde, a lei (Dec.-Lei n.º 139/79, de 18/5) veio alterar o regime das sociedades de investimento e revogar as disposições do Dec.-Lei n.º 271/72, de 2/8, relativas às sociedades de aplicação de capitais <sup>(18)</sup>.

**II.** Foram as sociedades de controlo que deram subsequentemente origem às SGPS, reguladas em 1988. As sociedades financeiras, depois de uma evolução um pouco conturbada <sup>(19)</sup>, que as levou a ser durante um certo período (anos oitenta do século passado) um embrião de bancos de investimento <sup>(20)</sup>, viram o seu regime adaptado ao RGICSF pelo Dec.-Lei n.º 260/94, de 22/10, nos termos anteriormente apontados.

---

<sup>(21)</sup> A lei coloca limites à concessão de crédito por parte das SGPS. Fá-lo de uma forma tecnicamente pouco correcta. De facto, numa primeira leitura pareceria que as SGPS não podiam conceder crédito, uma vez que esta matéria está regulada no seio das operações que lhes estão vedadas.

A verdade, no entanto, é que podem.

A lei, neste preceito, visa meramente regular os casos, bem como os termos, em que a referida concessão de crédito poderá ser realizada.

Deste modo, a SGPS pode conceder crédito, sem restrições, às sociedades que domine nos termos do art. 486.º CSC [art. 5.º n.º 1 al. c) do Dec.-Lei n.º 495/88 de 30/12].

Pode, igualmente, conceder crédito às sociedades em que detenha participações sociais com as características daquelas do art. 1.º n.º 2, mas que não domine [art. 5.º n.º 1 al. c) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12] e, em certos casos, a sociedades em que detenha participações sociais inferiores a esse valor [art. 5.º n.º 1 al. c) e art. 3.º n.º 3 als. b) e c) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12]. Nestes casos, se o crédito for concedido através de suprimentos, não haverá limite. Se não o for, então só se permite a concessão de crédito até ao limite do valor da participação constante do último balanço aprovado (art. 5.º n.º 2 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12). A concessão de crédito por esta via não constitui concessão de crédito para os efeitos do RGICSF (art. 5.º n.º 3 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12).

A formulação da norma não é assim a mais feliz. A concessão de crédito não é

#### 4. O art. 5.º do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12

O art. 5.º do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, tem por objecto fixar o conjunto de operações que estão vedadas às SGPS. Dentre estas, interessam-nos só, a título principal, as proibições do art. 5.º, n.º 1, al. *b*) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12: as alienações (3.1.) e as onerações (3.2.).

##### 4.1. A alienação

I. Duma leitura inicial da alínea *b*) do n.º 1 do art. 5.º, Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, parece resultar que as SGPS não podem alienar (já veremos a oneração, no número seguinte) as participações de que sejam titulares (aquelas abrangidas pelo art. 1.º n.º 2 e pelo art. 3.º n.º 3 alíneas *a*) a *c*) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12) antes de decorrido um ano sobre a sua aquisição, a não ser em casos excepcionais.

Mas não é assim.

De forma, em parte, semelhante à concessão de crédito<sup>(21)</sup>, o legislador ao pretender regular a alienação das participações sociais por parte das SGPS, começou pela excepção, tendo incluído, por seu lado, no seio das excepções aquela que é a regra.

Por outras palavras: em princípio, as SGPS podem mesmo alienar as participações sociais antes de decorrido um ano da sua aquisição, só não o podendo fazer em determinadas circunstâncias.

---

vedada: é simplesmente disciplinada e em termos que, se tivermos em conta que não estamos perante uma instituição de crédito ou sociedade financeira, nem sequer se pode considerar que sejam apertados.

(22) Quanto a estas, ver N. BRITO LOPES, *Os aspectos jurídico-societários das SGPS*, cit., pp. 1190, ss..

(23) Por ser o caso mais relevante.

(24) Embora com o desvio que pode decorrer do art. 3.º n.º 3, al. *b*), do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, que, porém, como aponta N. BRITO LOPES (*Os aspectos jurídico-societários das SGPS*, cit., p. 1191), não será de ocorrência frequente.

(25) Reflexão, neste contexto, merece o art. 3.º, n.º 3, bem como as possibilidades de alienação abertas pelo art. 5.º, n.º 1, al. *b*). Com efeito, decorreria daí que a SGPS, respeitando os condicionalismos fixados por essas normas, em especial, porque é, de

**II.** Se não vejamos: do conjunto das excepções previstas no art. 5.º, n.º 1, al. *b*) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, decorre que uma SGPS pode alienar as participações sociais de que seja titular, bastando que no lato período de seis meses (que pode ser mesmo mais alargado quando o valor de alienação da participação for igual ou superior ao do art. 5.º, n.º 5, do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12) reinvista os fundos desta forma obtidos na aquisição de outras participações que reúnam as mesmas características, isto é, atinjam pelo menos 10% do capital com direito de voto da sociedade participada,

---

longe, o mais relevante, o do art. 3.º, n.º 3, al. *a*), poderia desenvolver uma actividade semelhante à de uma *holding* financeira, praticando pois uma actividade económica directa. Isto é: até ao limite de 30% do valor total das participações iguais ou superiores a 10% do capital social com direito de voto das sociedades participadas, incluídas nos investimentos financeiros constantes do último balanço aprovado, a SGPS poderia desenvolver uma actividade económica directa, através da negociação dessas participações, com o limite somente de reinvestimento no prazo de seis meses noutras participações, e não somente indirecta, o que faria exclusivamente por via das outras participações (as do art. 1.º, n.º 2, e mesmo aqui se não as utilizasse para esse fim, o que, não sendo tão provável, não deixa de ser possível).

Contudo, não é assim.

A SGPS não pode nem no âmbito das participações do art. 3.º, n.º 3, desenvolver uma actividade económica directa (a par aqui da indirecta, que seria a principal).

A faculdade de ter participações inferiores a 10% do capital com direito de voto da sociedade participada até ao limite de 30% (do valor total das participações iguais ou superiores a 10% do capital social com direito de voto das sociedades participadas, incluídas nos investimentos financeiros constantes do último balanço aprovado), e de as poder alienar sem ter que esperar um ano após a sua aquisição [nos termos do art. 5.º, n.º 1, al. *b*)] não tem por finalidade permitir-lhe desenvolver nesse campo e com esses limites uma actividade económica directa, como o revela o art. 8.º n.º 2 — tal implicaria a dissolução da sociedade, cfr. V. LOBO XAVIER/C. OSÓRIO DE CASTRO, *Limitações à aquisição de participações sociais por sociedades gestoras*, cit., p. 11.

Conforme demonstram os Autores citados (*ob. cit.*, pp. 14, ss.) a “aquisição e detenção de pequenas participações — seja embora, como é evidente, dentro de um certo limite (...) — é pressuposto essencial da realização do objecto social dos entes que cuidamos, por isso que condiciona a possibilidade de uma adequada formação da carteira de participações, bem como a respectiva recomposição nos moldes julgados mais convenientes, sempre que a mesma se apresente como necessária ou útil.” O montante do art. 3.º, n.º 3, al. *a*) consiste no “espaço de manobra de que as SGPS carecem, e que, sem margem para dúvidas, a lei quis preservar”.

Não há, pois, qualquer espaço — a lei não abre qualquer espaço — para a realização com as referidas participações (ou quaisquer outras) de uma actividade económica directa, típica das *holdings* financeiras.



ou até menos do que isso se se tratar de uma participação incluída nos casos do art. 3.º n.º 3 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12 <sup>(22)</sup>.

O que é o caso mais vulgar. Dado o objecto da sociedade, vendida uma participação com estas características, será adquirida outra com características semelhantes. E do prisma do legislador nada haverá a objectar, uma vez que dessa forma se mantém o carácter desta modalidade de *holding*.

No fundo, só se impede que, alienada a participação, o montante não seja reinvestido, porque a necessidade de não se alterar a composição da carteira — que nos parece que é, nesta sede, a exigência fundamental — decorre já, na sua essência <sup>(23)</sup>, do limite art. 3.º n.º 3 al. *a*) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12 <sup>(24/25)</sup>

**III.** Razão idêntica leva a explicar o outro caso previsto pelo legislador: a troca. Não se impede a alienação, assegurando-se simplesmente que esse bem será substituído no património da sociedade por uma outra participação social, respeitadas que sejam os limites do art. 3.º n.º 3 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12 (e, portanto, também, sem alterar a composição da carteira).

Por último, temos a venda a uma sociedade dominada pela SGPS. Dada a relação de domínio exercida pela segunda sobre a primeira, mesmo com a alienação, mantém-se a posição de controlo.

**IV.** Consequentemente, na verdade, a SGPS só está impedida de alienar as suas participações detidas por um período inferior

---

<sup>(26)</sup> Com o eventual desvio acima apontado, na nota anterior.

<sup>(27)</sup> In *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1990, ano XXXII, pp. 17-22.

<sup>(28)</sup> Não só neste ponto. Ver, a propósito de um outro caso de infelicidade do legislador na formulação usada neste diploma, V. LOBO XAVIER/C. OSÓRIO DE CASTRO, *Limitações à aquisição de participações sociais por sociedades gestoras*, cit., p. 4.

<sup>(29)</sup> A norma do Anteprojecto de RAÚL VENTURA tinha a seguinte redacção (art. 5.º n.º 1): “Às SGPS é vedado (...): Antes de decorrido um ano sobre a sua aquisição, alienar as participações abrangidas pelo art. 1.º, n.º 2, al. *a*), salvo por troca com outras participações, ou onerá-las.” [al. *e*)].

<sup>(30)</sup> O texto inicial do diploma era o seguinte (podendo facilmente comparar-se com o do Anteprojecto de RAÚL VENTURA, transcrito na nota anterior): “Às SGPS é vedado (...): Antes de decorrido um ano sobre a sua aquisição, alienar ou onerar as participações abrangidas pelo n.º 2 do art. 1.º, excepto se a alienação for feita por troca ou o produto da alienação for reinvestido no prazo de seis meses noutras participações abrangidas pelo citado preceito.” [al. *e*)].

a um ano sempre que a participação alienada não seja substituída no património da mesma sociedade por uma outra participação social, dentro dos limites do art. 3.º, n.º 3, al. *a*) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12 (portanto, sem se alterar a composição da carteira de participações abstractamente considerada <sup>(26)</sup>, porque, em concreto, umas participações podem ser aí substituídas por outras) ou então o controlo, embora de forma indirecta, se mantenha.

V. A razão de ser da infelicidade da fórmula adoptada decorre das alterações que o legislador de 1988 fez ao Anteprojecto da autoria de Raúl Ventura <sup>(27/28)</sup> Aí pretendia-se efectivamente impedir a alienação das participações sociais (que atingissem pelo menos 10% do capital com direito de voto), salvo nos casos de troca [art. 5.º, n.º 1, al. *e*) do Anteprojecto] <sup>(29)</sup>.

Contudo, o legislador de 1988 quis flexibilizar este regime (o que, sem dúvida, é uma disposição em favor das SGPS, princípio que atravessa toda a sua disciplina e subsequentes alterações que foram introduzidas, inclusive ao anteprojecto), passando a permitir a alienação nos termos referidos (ou seja, com o dever de reinvestimento no prazo de seis meses em participações que abrangidas pelo art. 1.º n.º 2, ou seja, aquelas que atinjam pelo menos 10% do capital com direito de voto da sociedade participada) <sup>(30)</sup>.

Mais tarde, já em 1994 (Dec.-Lei n.º 318/94, de 24/12), foram incluídas no seu seio as participações do art. 3.º n.º 3 <sup>(31)</sup> e, em 1998 <sup>(32)</sup>, alargou-se o prazo para reinvestimento do valor da alienação sempre que este não seja inferior a 1 milhão de contos <sup>(33)</sup>.

Por isso, o resultado estranho de a aparente regra ser a excepção e a aparente excepção a regra.

---

<sup>(31)</sup> A norma passou a ter a seguinte redacção: “Às SGPS é vedado (...) Antes de decorrido um ano sobre a sua aquisição, alienar ou onerar as participações abrangidas pelo n.º 2 do artigo 1.º e pelas alíneas *a*) a *c*) do n.º 3 do artigo 3.º, excepto se a alienação for feita por troca ou o produto da alienação for reinvestido no prazo de seis meses noutras participações abrangidas pelo citado preceito ou pelo n.º 3 do artigo 3.º, ou ainda no caso de o adquirente ser uma sociedade dominada pela SGPS, nos termos do n.º 1 do art. 486.º do Código das Sociedades Comerciais.” [art. 5.º, n.º 1, al. *b*)].

<sup>(32)</sup> Dec.-Lei n.º 378/98, de 27/11.

<sup>(33)</sup> Ainda, a percentagem de 30% do art. 3.º, n.º 3, al. *a*) decorre das alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 378/98, de 27/11.

## 4.2. A oneração

I. No que diz respeito à oneração, a formulação adoptada pelo legislador é semelhante àquela de que se serviu para a alienação (e por razões idênticas), embora seja ainda mais infeliz e menos clara. Duma primeira leitura do preceito pareceria igualmente que a oneração de participações sociais detidas por um período inferior a um ano sobre a sua aquisição estaria vedada.

Mas não é assim, sendo que a este propósito haverá que distinguir duas hipóteses, conforme a SGPS se tenha constituído há mais de um ano (4.2.1.), ou não (4.2.2.). É que se as soluções não devem variar em qualquer das eventualidades, elas impõem-se com especial força no segundo caso.

Começamos pela primeira.

### 4.2.1. SGPS constituída há mais de um ano

I. Os argumentos que nos levam a afastar o entendimento segundo o qual as SGPS não podem onerar as participações sociais adquiridas há mais de um ano são os seguintes:

a) Vimos que o legislador permite a alienação de participações sociais das SGPS desde que o montante dessa forma obtido seja reinvestido na aquisição de outras participações sociais abrangidas pelo art. 1.º n.º 2 ou outras dentro dos limites definidos no art. 3.º, n.º 3 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, no prazo de seis meses (ou mais, nos termos do art. 5.º, n.º 5). Vimos, igualmente, que a venda com a aquisição com o produto assim obtido, dentro do referido período de tempo, de novas participações que não alterem a estrutura do património da sociedade (da sua carteira de participações) era a hipótese mais comum. O princípio é assim o da permissão da alienação nestes termos (a esta ideia se reconduzia a

---

(34) A formulação, recorde-se, era a seguinte: “1. Às SPS é vedado: (...) e) Antes de decorrido um ano sobre a sua aquisição, alienar as participações abrangidas pelo artigo 1.º, n.º 2, al. a), salvo por troca com outras participações, ou onerá-las.”

troca e a hipótese prevista na parte final da alínea consagra um caso particular).

Pois bem. Permitida a alienação com esta amplitude seria de todo estranho e incongruente não se admitir a oneração que é o menos de que a alienação constitui o mais. Por razões óbvias: a oneração não implica a perda da titularidade do bem, o que só acontecerá se o devedor não cumprir a obrigação garantida. Mas mesmo que se concretize levará somente à alienação do bem, o que, conforme se viu, é o “mais” que a lei dentro do circunstancialismo visto, e que é bastante amplo, admite.

A razão de ser da fórmula adoptada (elemento histórico da interpretação) prende-se, mais uma vez, com as alterações que o legislador de 1988, visando flexibilizar o regime e facilitar a gestão das SGPS (trata-se assim, não sendo demais sublinhá-lo, de uma alteração *em favor das SGPS*, o que tem que ser tido em conta na sua interpretação), introduziu ao anteprojecto de Raúl Ventura.

Aí pretendia-se, de facto, vedar, proibir, quer a alienação (excepto no caso restrito da troca de participações), quer a oneração (o que se ligava evidentemente à proibição quase absoluta de alienação nesse período de tempo, porque a oneração, na eventualidade de incumprimento da obrigação garantida, conduz ao mesmo resultado) <sup>(34)</sup>.

Contudo, o legislador de 1988 aproveitou a parte inicial da formulação do anteprojecto, tendo depois acrescentado as excepções à alienação onde inclui a venda com obrigação de reinvestimento do capital.

Ora, ao fazê-lo, alterou o sentido da disposição, uma vez que, ao contrário do que numa primeira leitura parece, se permite efectivamente, e com grande amplitude, como acima demonstrámos, a venda das participações ainda antes de decorrido um ano desde a sua aquisição o que, evidentemente, por uma razão de coerência, como se disse, tem de se reflectir também na própria oneração.

---

<sup>(35)</sup> As SGPS não podem adquirir ou manter na sua titularidade bens imóveis, excepto aqueles necessários à sua instalação ou de sociedades em que detenham participações que atinjam pelo menos 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, ou nos outros casos previstos no art. 5.º n.º 1 al. a) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12.

b) Por outro lado, a oneração tem uma importância central para a vida da sociedade. Como é do conhecimento geral, o financiamento de uma sociedade através de capitais alheios faz-se, essencialmente, na generalidade dos casos, através do recurso ao crédito bancário. Ora, como também se sabe, a concessão do crédito e o seu custo estão dependentes das garantias que sejam concedidas pelo devedor. Sem garantias não se concede crédito ou, então, dado o aumento do risco corrido pelo credente, ele tem um custo superior. O crédito bancário é desta forma um *crédito contra garantias*.

Para conceder garantias reais (porque as outras, as assentes na titularidade de um direito, como veremos já de seguida, ela pode conceder), a sociedade tem que poder recorrer aos bens que integram o seu património: hipotecar imóveis, empenhar móveis (quando não estejam sujeitos a hipoteca).

No que diz respeito às SGPS, os principais bens que compõem o seu património são as participações sociais (dadas as limitações quanto aos imóveis — art. 5.º, n.º 1, al. a) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12 <sup>(35)</sup>). Limitar as onerações desses bens (impedindo a oneração daquelas detidas há menos de um ano) constituiria uma enorme limitação da liberdade económica dessas sociedades, prejudicando-as.

O que não foi certamente o que o legislador pretendeu quando elaborou este regime, “destinado a criar condições favoráveis, designadamente de natureza fiscal, que facilitem e incentivem a criação de grupos económicos” (preâmbulo do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12). Princípio que presidiu às alterações ao Anteprojecto de Raúl Ventura (e ao próprio Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12), com vista, justamente, conforme se tem destacado, a flexibilizar o regime e facilitar a gestão destas sociedades.

E o mesmo legislador razoável (que temos que presumir — art. 9.º n.º 3 do Código Civil) não podia desconhecer a importância

---

<sup>(36)</sup> Nem sempre esta modalidade de garantias implica essa transmissão ou que a transmissão se faça do beneficiário do financiamento ao credor. Assim, na reserva de propriedade não há qualquer transferência, sendo justamente a transmissão do direito que é impedida, como instrumento de garantia do credor, e na locação financeira (assente numa relação trilateral, já não na locação financeira restitutiva ou *sale and lease-back*) o direito

da concessão de garantias reais (não só elas, mas também elas) para a concessão de crédito, que é o “sangue da vida económica”.

Uma interpretação que tivesse como resultado a colocação de dificuldades à obtenção de crédito por parte das SGPS seria frontalmente contrária à teleologia do regime.

c) Acresce que a referida limitação levaria a que as SGPS sentissem maiores constrangimentos no que toca à alienação de uma dada participação para depois adquirirem uma outra (o que pode acontecer, como se viu, mesmo sem o limite de um ano de detenção), porque estariam impedidas de recorrer a essa nova participação como instrumento de garantia durante todo o ano seguinte à sua aquisição.

d) Para além disso, o referido entendimento iria obstar a que a SGPS concedesse garantias reais sobre as referidas participações, mas não que pudesse recorrer às mesmas participações sociais para conceder garantias que assentassem numa transmissão das mesmas para assegurar um financiamento.

Trata-se do recurso à titularidade de um direito como garantia, que passa, não pela oneração, mas pela alienação, pela transferên-

---

é adquirido pelo locador-financeiro (o financiador) a um terceiro (o vendedor do bem ou empreiteiro) e não ao locatário-financeiro (o beneficiário do financiamento). No caso vertente, é o recurso a titularidade de um direito através da alienação do mesmo ao credor que nos interessa.

(<sup>37</sup>) Quanto à venda a retro, entre nós, ver: RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, ROA, 1980, pp. 643, ss.; I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis (Projecto completo de um título do futuro Código Civil português e exposição de motivos)*, BMJ n.º 83, 1959, pp. 134, ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 222, ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 82, ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, vol. III, contratos em especial*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 82, ss..

(<sup>38</sup>) Quanto ao reporte, entre nós, ver: RUY ENNES ULRICH, *Do reporte no direito commercial portuguez*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906, p. 17; A. MENEZES CORDEIRO, *Do reporte: subsídios para o regime jurídico do mercado de capitais e da concessão de crédito*, in: Banca, bolsa e crédito, estudos de direito comercial e direito da economia, vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 167, ss.; SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *Os contratos de reporte e de empréstimo no código dos valores mobiliários*, Cad. MVM (edição especial sobre o Código dos Valores Mobiliários), 2000, pp. 353, ss; SOFIA LENCART, *A celebra-*

cia do bem, aqui das participações sociais, ao credor <sup>(36)</sup>. Essas, desde que respeitassem os limites do art. 5.º, n.º 1, al. *b*) quanto à alienação, seriam admitidas. Ora a referida modalidade de garantias compreende figuras típicas e atípicas.

Assim, no primeiro caso, a venda a retro (art. 927.º e segs. do Código Civil) <sup>(37)</sup>. A venda por esta via é admitida desde que o capital seja reinvestido dentro de seis meses numa outra participação com as características referidas. O que pode perfeitamente acontecer.

Ou então, antes de decorridos os seis meses (art. 929.º n.º 1 CC), a SGPS resolve o contrato, fazendo cessar a garantia. Não se altera a composição da carteira da sociedade, uma vez que a participação é readquirida ainda antes de decorridos os seis meses concedidos para o reinvestimento dos fundos desta forma obtidos — aliás, sempre se pode dizer que dentro desses seis meses o produto da venda, portanto da alienação, é reinvestido na aquisição da *mesma* participação social, dado que o exercício do direito de resolução implica que o vendedor devolva ao comprador o preço recebido (arts. 930.º e 931.º CC). Estamos, pois, perante um mecanismo de crédito e garantia (assente na titularidade de um direito) admitido pelo preceito.

Raciocínio semelhante se pode fazer para o reporte (art. 477.º e segs. do Código Comercial) <sup>(38)</sup>, também ele um contrato de crédito e garantia em que esta assenta na titularidade de um direito. Nessa eventualidade até de uma forma mais clara, porque estamos logo face a uma venda acompanhada pela revenda de títulos da mesma espécie, mas a termo <sup>(39)</sup>. Ao que acresce o facto de ser um dos principais instrumentos de garantia do sistema financeiro, figura privilegiada na realização pelo BCE das operações de *open market*.

---

*ção de contratos de reporte por sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário. Problemas suscitados pelo art. 11.º do Decreto-Lei n.º 276/94, de 02 de Novembro, Almeida, Coimbra, 2000; RICARDO CRUZ, O desenvolvimento do mercado de operações de reporte sobre valores mobiliários em Portugal, Revista da Banca, 1994, pp. 25, ss..*

<sup>(39)</sup> O reporte conclui-se pois entre o reportador, aquele que compra os títulos, paga o respectivo preço e revende concomitantemente a termo títulos da mesma espécie, e o reportado, o contraente que vende os títulos, recebe o preço e recompra simultaneamente, mas também a termo, títulos da mesma espécie.

Note-se que a SGPS (na posição de reportado) pode aplicar a quantia obtida com a primeira venda dentro do prazo de seis meses na compra de uma outra participação, como a lei impõe, e, mais tarde, cumprir, ou não, o dever de pagar o preço da recompra (que produz os efeitos a termo). Se o fizer, readquire a participação alienada; caso não o faça, o mecanismo de execução desta garantia leva a que a perca. Contudo, mesmo nesta hipótese, não há, desde que se tenha procedido ao reinvestimento, qualquer violação do art. 5.º, n.º 1, al. b).

Pode mesmo celebrar contratos de reporte por períodos inferiores a seis meses (p. ex., cinco meses e meio), cumprir a obrigação de pagar o preço da recompra [readquirindo as mesmas participações e, nessa medida, respeitando o dever de reinvestimento do art. 5.º, n.º 1, al. b)] e, de imediato, celebrar um outro reporte cujo objecto sejam as mesmas participações, e assim por diante.

Ainda no seio dos negócios típicos, podemos aplicar um argumento idêntico às outras modalidades de alienação fiduciária em garantia (art. 14.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8/5).

Pois bem, não se compreenderia que a lei abra a porta aos instrumentos de garantia assentes na titularidade das participações e excluísse as simples onerações dos mesmos bens em que nem sequer há qualquer (imediate pelo menos, ela é simplesmente futura e potencial) transferência da titularidade. Seria uma contradição lógica e valorativa — que uma correcta interpretação destas disposições (art. 9.º n.º 1 do Código Civil) tem de afastar. <sup>(40)</sup>

---

<sup>(40)</sup> Poderia ainda pretender-se uma interpretação extensiva do art. 5.º, n.º 1, al. b) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, procurando ver aí uma proibição total de constituição de garantias, reais ou não, concedidas pela SGPS sobre esses bens no referido período de tempo de um ano após a sua aquisição. Contudo, esta interpretação é, desde logo, afastada pelos três argumentos antes aduzidos. Depois, não se articula com a admissão que a lei faz das alienações em geral dentro dos condicionalismos do mesmo art. 5.º, n.º 1, al. b) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12.

<sup>(41)</sup> Este é como decorre do art. 1.º, n.º 1 (“único objecto contratual”), o seu objecto exclusivo. Não podem ter nenhum outro.

<sup>(42)</sup> Privilegiando uma “vertente de gestão “activa” na vida da sociedade participada”, em vez da “vertente passiva de detenção e gozo” — assim N. BRITO LOPES, *Os aspectos jurídico-societários das SGPS*, cit., p. 1183, p. 1188.



**II.** Do exposto resulta, ainda de uma forma mais vincada do que relativamente à alienação, que a lei disse mais — muito mais (devido às alterações feitas ao anteprojecto de Raúl Ventura, mas com base na formulação dele) — do que a análise da sua *ratio* nos leva a concluir que pretendia dizer. A conjugação dos elementos interpretativos, literal e lógico, impõe-nos, desta forma, uma interpretação restritiva: “lá onde termina a razão de ser da lei termina o seu alcance”.

**III.** Resta, no entanto, a seguinte questão: do que se acaba de dizer resulta que a lei não impede de forma geral todas as onerações de participações sociais detidas há menos de um ano. Contudo, é insofismável, sob pena de estarmos perante uma interpretação *ab rogante* da norma, que algumas onerações a lei impede (sendo embora esta a excepção e não a regra).

Quais são elas?

Para responder a esta interrogação é necessário ter presente o modelo de *holding* que o legislador pretendeu consagrar, por um lado, e aquele que o mesmo legislador pretendeu afastar, por outro.

A SGPS é uma *holding* de controlo: nos termos utilizados do art. 1.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, a sua actividade con-

(43) Idêntica flexibilidade, no que diz respeito à venda das participações, não existia no anteprojecto de Raúl Ventura.

(44) E o abrandamento da exigência do carácter da permanência das participações, que as alterações ao art. 5.º, n.º 1, al. *b*) necessariamente implicam.

(45) Uma “mera aplicação de capitais”, nas palavras do próprio legislador no preâmbulo do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12.

(46) Os casos do art. 5.º, n.º 1, al. *b*) constituem aparentemente excepções à regra, como se tem abundantemente referido, de detenção das participações pelo período mínimo de um ano para poderem ser alienadas. Contudo, como também foi exposto, o regime regra criado é de que o podem ser, desde que essas participações alienadas sejam substituídas por outras (eventualmente no prazo de seis meses). Para além disso, a substituição terá que ser feita de maneira a respeitar os limites do art. 3.º n.º 3, em particular os da sua alínea *a*). Note-se que, ultrapassado o limite do art. 3.º, n.º 3, al. *a*), haverá lugar à sanção do art. 13.º n.º 1. Portanto: a aquisição da nova participação tem que ser feita de molde a observar esses limites. Acresce, aliás, que se, para além disso (art. 3.º n.º 5), ultrapassados os referidos limites, não forem repostos no prazo de seis meses somos conduzidos ao art. 13.º n.º 2: é causa de dissolução judicial da sociedade, a requerimento do Ministério Público, “quando pela sua frequência ou montante envolvido, assuma especial gravidade, a apurar pelo tribunal”. O que significa que a manutenção da estrutura de participações da SGPS

siste gestão de participações sociais noutras sociedades, como exercício indirecto de actividade económica <sup>(41/42)</sup>. Foi este o tipo social que o legislador recolheu, regulando (o que é claro da simples leitura do preâmbulo). Fê-lo, diga-se, em termos particularmente flexíveis (bem mais do que o art. 1.º deixa antever — com efeito, as SGPS podem ter participações que sejam inferiores a 10% e podem igualmente, como se acabou de ver, alienar participações que detenham há menos de um ano <sup>(43)</sup>).

Agora, mesmo nos termos flexíveis em que regulou as SGPS (e que foram fortemente acentuados pelas alterações introduzidas pelo legislador de 1988 ao anteprojecto de Raúl Ventura, bem como pelas alterações subsequentes de regime <sup>(44)</sup>), o legislador quis sempre afastar, mesmo de forma secundária, a prática de actos próprios das *holdings* que tenham por objecto a simples rentabilização de capitais <sup>(45)</sup> através da compra venda e oneração das participações sociais: as *holdings* financeiras.

De facto, o que é verdadeiramente central, e disso a lei não abriu mão, é que as SGPS não exerçam uma actividade económica

---

resulta do art. 3.º, n.º 3, para o qual há sanções específicas. Não decorre do art. 5.º, n.º 1, al. b). Essa norma impõe só que com os montantes obtidos se adquiram novas participações ou então que tal seja feito directamente pela troca (ou, então, o caso bastante específico de se tratar de venda a sociedade dominada pela SGPS).

Dito isto, torna-se claro que é perfeitamente possível realizar actos típicos de *holdings* financeiras dentro dos limites do art. 5.º, n.º 1, al. b) ao mesmo tempo que se respeita o equilíbrio de participações do art. 3.º n.º 3.

(47) RAÚL VENTURA, *Participações unilaterais em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades*, cit., p. 29.

(48) JOSÉ MIGUEL DUARTE (*Negociação de valores mobiliários por sociedades gestoras de participações sociais*, cit., p. 14) sustenta igualmente uma interpretação restritiva do art. 5.º, n.º 1, al. b). Conclui, no entanto, que “o que é “vedado” às SGPS é a oneração de participações sociais que detenham livres de quaisquer gravames de natureza real. Não é vedado às SGPS darem de penhor as participações sociais no momento de aquisição das mesmas, quando esse penhor é condição essencial à obtenção dos financiamentos necessários à sua aquisição”. A argumentação desenvolvida em texto torna clara a razão pela qual não podemos acompanhar este Autor.

(49) E a realização reiterada por parte de uma SGPS de actividades de compra e venda de participações com vista a retirar um lucro das transacções seria considerada como o exercício de facto de uma actividade económica directa pela sociedade, o que implicaria a sua dissolução, nos termos do art. 144.º do CSC (art. 8.º n.º 2 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12 — V. LOBO XAVIER/C. OSÓRIO DE CASTRO, *Limitações à aquisição de participações sociais por sociedades gestoras*, cit., p. 11).

*directa* como as *holdings* financeiras praticam: a alienação das participações com fins meramente de realização de uma mais-valia (e a que o acatamento dos limites referidos, que visam flexibilizar a gestão das SGPS, mas, necessariamente, sempre no respeito pelo seu objecto social, dificultam, mas não impedem) <sup>(46)</sup>.

E, por isso, sendo praticada uma actividade dessa natureza pela SGPS haveria lugar às consequências do art. 8.º n.º 2: a dissolução da sociedade.

É esta também a razão de ser da proibição de oneração de participações sociais. Elas são impedidas (e sujeitas a sanção, cada uma delas) *sempre que se pretenda desta forma obter crédito para a realização de operações características de uma holding financeira* (ou seja: compra para revenda de participações sociais a um preço superior, sendo o lucro dessa transacção o fim único visado — a participação social é considerada como “um bem” <sup>(47)</sup>), em si, no património da participante, destinado à obtenção de uma mais valia), mas não permitidas a uma simples *holding* de controlo (mesmo nos termos flexíveis em que o legislador tipificou o seu regime) <sup>(48)</sup>.

Assim, uma SGPS não poderá onerar uma participação social como forma de obter fundos que lhe permitam adquirir participações sociais com vista unicamente a obter um lucro com a revenda,

---

<sup>(50)</sup> Portanto: qualquer acto de oneração que tenha por fim o exercício directo de uma actividade económica, característica de uma *holding* financeira, será de *per si* sancionado. O desenvolvimento de uma *actividade*, ou seja, um conjunto de actos, nesses termos será também, e cumulativamente (quanto às coimas), sancionada e a SGPS poderá ser dissolvida. Efectivamente, se a SGPS por via de alienações ou onerações se dedicar a uma actividade económica directa, portanto a uma prática reiterada, característica de uma *holding* financeira, destinada a retirar lucro da transacção, apoiada em onerações de participações sociais, estarão preenchidos os pressupostos do art. 8.º n.º 2 *in fine*.

Repare-se que a aplicação desta última norma exige uma actividade, ou seja, uma prática reiterada, uma série de actos (JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *das sociedades*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 9). Na interpretação que propomos, o art. 5.º, n.º 1, al. b) permite sancionar qualquer oneração de participação social que tenha esse fim. Consiste, nessa medida, numa “guarda avançada” que conduz, desde logo, à sanção do acto (como se verá melhor em seguida), sem que cheguem a estar preenchidos os pressupostos do art. 8.º n.º 2 *in fine*, que conduzem, como se disse, à dissolução.

É essa a interpretação da norma que, tendo em vista a sua *ratio*, atendendo ao elemento histórico decorrente do anteprojecto, e das alterações de disciplina que vieram a ser introduzidas, lhe permite salvaguardar algum — limitado, é certo — sentido útil.

em particular de pequenas participações. <sup>(49)</sup> A própria oneração da participação social, sendo este o fim da mesma, seria atingida pela proibição do art. 5.º, n.º 1, al. *b*). <sup>(50)</sup>

#### 4.2.2. SGPS constituída há menos de um ano

**I.** Os argumentos que acabámos de formular relativamente à correcta interpretação do art. 5.º, n.º 1, al. *b*) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, valem também para esta hipótese. No entanto, aqui há ainda um factor adicional a ter em conta e que impõe, sem sombra de dúvidas, o resultado interpretativo a que se chega.

É que, neste caso, a aquisição das participações sociais far-se-á essencialmente nessa data ou em data próxima. Entendendo literalmente (ou melhor, tendo somente em conta o elemento literal), como mera hipótese de trabalho, esta disposição, tal significaria que a SGPS no seu primeiro ano de actividade, na prática, não poderia aceder ao crédito através do recurso a garantias reais sobre as participações sociais.

O resultado que se obteria colidiria frontalmente com a intenção do legislador, proclamado no preâmbulo, de favorecer estas sociedades, flexibilizando o seu regime e permitindo uma maior liberdade de gestão dos seus activos: as participações (já referimos, a este propósito, as alterações introduzidas ao anteprojecto de Raúl Ventura e as subsequentes alterações de regime) <sup>(51)</sup>.

Contudo, poderia aliená-las, constituindo por essa via garantias assentes na titularidade dos bens, nos termos do art. 5.º, n.º 1, al. *b*) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12. O que constituiria, como acima sublinhámos, uma contradição inaceitável e um resultado

---

<sup>(51)</sup> Configure-se o seguinte exemplo: uma SGPS recém-constituída é detentora de diversas participações sociais. Surge uma boa oportunidade de negócio para adquirir acções numa sociedade onde detém já uma participação significativa, permitindo-lhe controlar essa sociedade. Para essa compra necessita de financiamento bancário, para o que lhe serão pedidas garantias. O mais natural será empenhar outras participações sociais. Se não o pudesse fazer, poderia perder, por falta de acesso ao crédito, o negócio, prejudicando evidentemente a sua actividade. Isto para além da contradição a que se faz referência já de seguida em texto.

absurdo para quem conheça a realidade económica. O que, como tal, não poderá ter sido querido (nem vemos que interesse aqui se pretenderia dessa maneira tutelar) pelo legislador razoável que somos obrigados a presumir.

**II.** Mais uma vez, também neste caso (particularmente neste caso, melhor diríamos), o que se impede é a oneração de participações sociais para a realização de operações características de uma *holding* financeira. Não a oneração de participações sociais necessárias para a obtenção de crédito a utilizar na normal actividade deste tipo de sociedades.

Mesmo entendendo-se, contra o que — sublinhamos — cremos ser o resultado correcto, como hipótese de trabalho, que uma SGPS não poderia onerar as participações sociais adquiridas há menos de um ano, haveria, pelo menos, que interpretar restritivamente a norma de maneira a excluir daí, pelas razões que acabaram de se expor — de restrição de recurso ao crédito nesse período de tempo —, as participações adquiridas com a constituição da SGPS. Embora abrangido pela letra do preceito (e já vimos as razões de ser da fórmula adoptada), da sua *ratio* resulta que este caso não está aqui abarcado.

---

(<sup>52</sup>) Chegou a prevê-la para o caso em análise, na versão original do art. 13.º n.º 2 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12. Contudo, a nova redacção dada a este preceito pelo Dec.-Lei n.º 378/98, de 27/11, deixou de o fazer.

## 5. A (eventual) sanção

I. Do que acabámos de expor, resulta que a SGPS pode, dentro dos limites referidos, onerar as suas participações sociais, mesmo aquelas adquiridas há menos de um ano. Particularmente, quando se trate do primeiro ano de actividade da SGPS.

II. Sem abdicar dessa conclusão, vamos agora supor, meramente como hipótese de trabalho, que o art. 5.º, n.º 1, al. b) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, na realidade, vedava quaisquer onerações nesse período de tempo. Qual seria, nessa eventualidade, a sanção a aplicar?

O Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, na versão inicial, prescrevia de um conjunto de sanções diversas para a violação das suas normas imperativas: elas iam desde a nulidade do acto à simples contra-ordenação, passando pela dissolução da sociedade.

A nulidade (art. 5.º n.º 2 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12), que se aplicava aos casos de aquisição pelas SGPS de acções ou quotas próprias (com algumas excepções), de aquisição de obrigações de sociedades em que não tivessem participação (igualmente com algumas excepções) e de alienação de obrigações próprias em certos termos, foi afastada através da nova redacção dada ao art. 5.º deste diploma pelo Dec.-Lei n.º 318/94, de 24/12.

As sanções agora previstas são simplesmente a contra-ordenação e, eventualmente, a dissolução da sociedade. No caso previsto, ou seja, se uma SGPS violar o disposto no art. 5.º, n.º 1, al. b) do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, pratica uma contra-ordenação punível com coima cujo montante varia conforme tenha actuado com dolo ou com negligência (art. 13.º n.º 1 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12).

A sanção da dissolução da sociedade não se aplica nesta hipótese. Na verdade, a lei só a prevê <sup>(52)</sup> no que diz respeito à prática pela SGPS de uma das operações vedadas no caso da alínea c) do

---

<sup>(53)</sup> in *Limitações à aquisição de participações sociais por sociedades gestoras*, cit., p. 9.

n.º 1 do art. 5.º (art. 13.º n.º 2 do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12), a concessão de crédito, fora dos termos aí definidos.

**III.** Poderia, para levar a investigação até ao limite, perguntar-se se, para além da coima, não estaria o acto que violasse o art. 5.º, n.º 1, al. *b*), ferido de nulidade. A norma seria assim *plus quam perfecta*.

Mas tal não poderia proceder. O legislador, de forma muito clara, na versão original do Dec.-Lei n.º 495/88, de 30/12, doseou as diferentes sanções, e quando quis aplicar uma nulidade, como se apontou, referiu-se expressamente a ela. Se tivesse querido atingir outros actos com essa forma de invalidade, tê-lo-ia dito.

A idêntica conclusão chegavam, no que toca à versão original deste diploma, Vasco Lobo Xavier e Osório de Castro<sup>(53)</sup>, que escreveram: “Onde o legislador quis sancionar com a nulidade as infracções ao disposto no Dec.-Lei 491/88 disse-o expressamente (art. 5.º n.º 2), com o cuidado, aliás, de ressaltar o caso particular da aquisição de acções em Bolsa (cit., art. 5.º n.º 2).”

Não há, pois, quaisquer dados que nos levem a sustentar que o legislador pretendia também ferir com a nulidade outros actos vedados por lei, sendo que a presunção do art. 9.º n.º 3 do Código Civil nos aponta no caminho oposto. A contra-ordenação é a única sanção que resultaria aqui da lei (art. 294.º *in fine* do Código Civil). Estamos, pois, face a uma norma *minus quam perfecta*.





## O PENHOR FINANCEIRO COM DIREITO DE DISPOSIÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

*Pela Mestre Margarida Costa Andrade*

### 1. Introdução

1. Com o Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, foi introduzida a figura dos acordos de garantia financeira no ordenamento jurídico português, em cumprimento da obrigação de transposição da Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira (doravante, “a Directiva”). E duas modalidades daqueles acordos foram alvo da particular atenção do legislador português: a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro. Dizer que a alienação fiduciária em garantia constitui uma completa inovação

---

(1) A Directiva 2002/47/CE foi, porém, o único instrumento normativo internacional que atingiu o patamar da vigência, diversamente do que acontece com a Convenção da Haia de 13 de Dezembro de 2002 e a Convenção da UNIDROIT sobre a predisposição de normas de harmonização relativas aos instrumentos financeiros detidos através de intermediário (*UNIDROIT Project on Harmonised Substantive Rules Regarding Securities with an Intermediary*), que ainda se encontra em fase de projecto.

(2) Especialmente depois da massiva desmaterialização dos instrumentos financeiros — veja-se a pormenorizada descrição do fenómeno e a sua ligação com as garantias sobre instrumentos financeiros por REINOUT WIBIER, *Financial Collateral in the Netherlands, England and Under the EU Collateral Directive — Traditional and Novel Ways of Taking Security over Cash and Securities* (acessível no sítio [ssrn.com/abstract=1287095](http://ssrn.com/abstract=1287095)), págs. 31 e ss.

(3) FILIPPO SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria nel D. lgs. 21 maggio 2004, n. 170: primi riflessioni”, *Atti del Convegno Il Pegno e le Garanzie Finanziarie*, Milão, 2005 (artigo acessível no sítio [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)), pág. 2.

(4) As técnicas de atenuação de risco abrangem as garantias reais e pessoais tradicionais, os contratos tendo por objectivo a transferência, total ou parcial, do risco do crédito e as cláusulas contratuais ou contratos que têm por fim diminuir ou eliminar o risco do credor de não obter o que lhe é devido (acordos de compensação, *close-out netting*, *sale and repurchase agreements*, *securities lending*) — ALESSANDRO VALERIO GUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n.º 307, Giuffrè, Milão, 2008, págs. 2 e ss..

(5) Os participantes nos mercados financeiros tornaram-se mais susceptíveis ao

entre nós não será motivo, cremos, para grande contestação. Mas, de uma determinada perspectiva, o mesmo pode dizer-se do penhor financeiro: apesar de ser uma garantia mobiliária, e, portanto, semelhante ao penhor de coisas e ao penhor de direitos, desde há muito consagrados entre nós, o seu regime jurídico permite que se legitime o credor pignoratício a dispor da coisa onerada, assim como a tornar-se dela proprietário uma vez verificado o incumprimento da obrigação garantida. Desta forma, o penhor financeiro apresenta-se como garantia de fronteiras alargadas, assumindo três modalidades distintas: o penhor financeiro simples, o penhor financeiro com direito de disposição e o penhor financeiro com pacto comissório.

2. A Directiva n.º 2002/47/CE participa de um conjunto de normas de natureza internacional cuja preocupação é reagir contra a incerteza do destino das garantias financeiras transnacionais <sup>(1)</sup>, nomeadamente por conta das dificuldades criadas pela localização dos instrumentos financeiros <sup>(2)</sup> e das diversificadas soluções

---

*credit risk* à medida que as transacções sobre os instrumentos financeiros se foram tornando mais sofisticados. Isto deve-se, na opinião de CHRISTIAN A. JOHNSON, a quatro factores fundamentais. Em primeiro lugar, o mercado financeiro foi crescendo cada vez mais, sendo actualmente avaliado em triliões de dólares (podendo os sujeitos nele envolvidos, em uma operação, ficar devedores de dezenas de milhões de dólares). Por outro lado, as transacções de instrumentos financeiros são voláteis, mudando as posições de risco em segundos. Em terceiro lugar, identifica o autor o cada vez maior número de contrapartes com baixa qualidade creditícia, pois que, apesar de os participantes procurarem negociar com partes de elevado grau de qualidade de crédito, estas são cada vez mais raras (tendo sido criado um sistema designado como *triple A* para conceder maior segurança aos operadores económicos), além de este mercado ser muito atractivo para sujeitos com pouca credibilidade. Finalmente, JOHNSON refere-se também aos muito publicitados falhanços que vão ocorrendo na área dos instrumentos financeiros (*Derivatives and Rehypothecation Failure — It's 3.00 p. m. Do you Know Where Your Collateral Is?*, págs. 18 e ss. — também acessível na *Arizona Law Review*, 949, 1997). No mesmo sentido, isto é, identificando os mesmos riscos e reconhecendo a importância das garantias financeiras para os reduzir, ANDREA ROSSI e FERDINANDO BRUNO, “La collateralizzazione degli strumenti finanziari derivati OTC (‘over the counter’) in Italia”, *Le Società*, 2007, pág. 1227. Para outras formas de diminuição dos riscos no mercado financeiro v., por exemplo, RAJNA GIBSON e CARSTEN MURAWSKI, *Default Risk Mitigation Mechanisms in Derivatives Markets*, acessível no sítio [ssrn.com/abstract=1279459](http://ssrn.com/abstract=1279459).

<sup>(6)</sup> Estas práticas operativas já foram traduzidas em modelos contratuais, como o GMSLA (*Global Master Securities Lending Agreement*) e o EMA (*European Master Agreement for Financial Transaction*), construído pela Federação Bancária da União Europeia (F. SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria...”, op. cit., pág. 1, (n. 1)).

nacionais sobre garantias mobiliárias. Na verdade, a dinâmica dos mercados mobiliários impõe cada vez mais uma harmonização da disciplina das garantias: na ausência de um quadro jurídico uniforme, dificulta-se a conclusão de negócios e, assim, a eficiência do mercado, já prejudicada, particularmente em termos de equidade, pelas assimetrias informativas que a ele são endógenas e pelo consequente aumento dos custos das operações financeiras <sup>(3)</sup>. A Directiva inscreve-se, então, num movimento que visa encontrar técnicas de atenuação do risco de crédito (*credit risk mitigation techniques* <sup>(4)</sup>) para um mercado específico — o dos instrumentos financeiros —, entre as quais vêm assumindo protagonismo os *financial collateral arrangements*, isto é, na tradução portuguesa, os acordos de garantia financeira <sup>(5)</sup>.

Assim sendo, o legislador comunitário quis, primeiramente, determinar qual a lei aplicável em caso de concorrência de ordenamentos jurídicos. Mas, no ensejo de harmonização jurídica, acabou por intervir também em matérias tradicionalmente reservadas à *lex rei sitae*, assumindo como objectivos a simplificação da forma para a constituição das garantias financeiras (abolindo os requisitos formais, de registo e de publicidade), afastando a aplicação de algumas normas relativas à insolvência, definindo o conteúdo dos direitos do prestador e do beneficiário, reconhecendo algumas práticas operativas que nos últimos anos se impuseram nos mercados financeiros, como sejam o direito de reutilização do objecto da garantia por parte do detentor (*rehypothecation*), a integração da garantia em relação às variações do valor do título onerado ou da obrigação garantida depois de comparação entre valores de mercado e a substituição dos títulos oferecidos em garantia pelo devedor <sup>(6)</sup>. Como afirma ANNA GARDELLA, “a directiva não se contentou com uma simples aproximação internacional-privatística (...). Através da previsão de normas de harmonização (...), a directiva atenua os motivos de conflito entre as leis dos diversos Estados-

---

<sup>(7)</sup> “La legge applicabile alle garanzie finanziarie tra localizzazione e autonomia privata: una prima ricognizione dopo l’attuazione della Direttiva 2002/47/CE”, *BBTC*, 2005 (Set-Out), págs. 615-616, trad. nossa.

<sup>(8)</sup> PAOLO CARRIÈRE, “La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica”, *BBTC*, 2, 2005, pág. 186.

-membros. Considerada a complexidade e o carácter nacional da disciplina das garantias mobiliárias no âmbito comunitário, o único modo para garantir o tratamento uniforme destes direitos consiste na introdução de normas homogéneas capazes de superar as particularidades nacionais. E é este o escopo da directiva *collateral* que (...) tem por intenção instituir um regime simplificado no que concerne à constituição e à realização das garantias financeiras; finalidade que não podia ser atingida com o simples recurso a normas de direito internacional privado e particularmente com a definição da localização dos direitos sobre instrumentos financeiros.” (7)

3. Como o título escolhido permite adivinhar, será objecto deste trabalho o penhor financeiro com direito de disposição, sem deixar, contudo, de fazer um périplo pelo regime jurídico do penhor financeiro em geral, cientes que estamos das muitas e relevantes inovações trazidas pelo Decreto-Lei n.º 105/2004. Fenómeno que, aliás, não é exclusivo do direito português. Por exemplo, sobre o D. lgs. n. 170, de 21 de Maio de 2004, que fez a transposição para o direito italiano da Directiva, disse-se que “*sovvertendo consolidate tradizioni dogmatiche, sconfessando dottrine risalenti, scavalcando timide aperture giurisprudenziali, vanificando fantasiose prassi operative, (...) entra con irruente e sacrilega baldanza nel campo delle garanzie reali e con una manciata di articoli fa piazza pulita di fiumi di inchiostro*”, pois que com ele caiu o “tabu” do pacto comissório, fixou-se o requisito do desapossamento, consagrou-se a alienação fiduciária em garantia e concedeu-se a máxima versatilidade à posição do credor pignoratício (com a faculdade de utilização do objecto empenhado e a faculdade de o substituir sem que isso ponha em causa a validade e continuidade da garantia) (8).

---

(9) *Idem*, pág. 187. Acompanhando igualmente esta posição crítica, A. V. GUC-  
CIONE, *In Contratti di Garanzia Finanziaria*, op. cit., pág. 30.

(10) Será, todavia, deixada para uma próxima oportunidade a análise do regime jurídico, também novo e de importância inegável, da norma de conflitos constante do art. 21.º e das especiais regras a aplicar quando da insolvência ou da sujeição a medidas de saneamento de uma das partes (arts. 16.º e ss.).

(11) Ao Decreto-Lei n.º 105/2004 pertencerão todos os artigos sem outra indicação.

(12) Estas são as expressões usadas na redacção em inglês da Directiva.

E assim se justifica a pergunta: “*come possa una tale rivoluzionaria, e per certi versi ‘eversiva’ riforma di istituti di diritto civile tanto delicati, maturare e vedere la luce così in sordina, senza essere preceduta da un più ponderato e aperto dibattito e scavalcando agilmente decenni di travagliate iniziative legislative finora risultate vane nel perseguire obiettivi di armonizzazione nel campo delle garanzie reali, in ambito sia internazionale che comunitario*”? (9/10)

## 2. Os elementos caracterizadores do penhor financeiro

4. O contrato de garantia financeira define-se e caracteriza-se a partir dos elementos previstos nos arts. 3.º a 7.º (11) — sujeitos

---

(13) Porém, a verdade é que, analisando a redacção portuguesa da Directiva, particularmente as definições contidas no art. 2.º, vemos que o acordo de garantia financeira é definido como um acordo com transferência da propriedade “ou acordo de garantia financeira *com constituição de penhor*” (n.º 1, al. a)), que, por sua vez, é “um acordo ao abrigo do qual o prestador da garantia constitui a favor do beneficiário da garantia ou presta a este uma garantia financeira *a título de penhor*”. Não terá ido, então, o legislador português além das fronteiras definidas pelo legislador comunitário? Por outro lado, se compararmos a redacção portuguesa com duas outras — a inglesa e a italiana — verificamos que as expressões usadas não são equivalentes. No primeiro caso, “*security financial collateral arrangement*” é definido como “*arrangement under which a collateral provider provides financial collateral by way of security in favor of, or to, a collateral taker, and where the full ownership of the financial collateral remains with the collateral provider when the security right is established.*” No segundo também não há qualquer referência ao penhor, mas sim à constituição de uma garantia real: o “*contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale*” é “*un contratto in forza del quale il datore della garanzia fornisce una garanzia finanziaria a titolo di garanzia reale a favore del beneficiario della garanzia o gliela consegna conservando la piena proprietà di quest’ultima quando il diritto di garanzia è costituito*”. Ou seja, a redacção inglesa e a redacção italiana da Directiva recorrem a termos mais amplos, o que permite uma coerência total com o que depois se consagra no diploma de transposição. No art. 3 do Financial Collateral Arrangements (no. 2) Regulations 2003, define-se o “*security financial collateral arrangement*”, como “*an agreement or arrangement, evidenced in writing, where (...) the collateral-provider creates or there arises a security interest in financial collateral to secure [financial] obligations*” e “*security interest*”, por sua vez, significa “*any legal or equitable interest or any right in security, other than a title transfer financial collateral arrangement, created or otherwise arising by way of security including (a) a pledge; (b) a mortgage; (c) a fixed charge; (d) a charge created as a floating charge (...); (e) a lien*” (sobre a diferença entre estas várias garantias mobiliárias e a sua correspondência com o direito português, v. Luís

do contrato, objecto das garantias, necessidade de desapossamento e requisitos probatórios —, dos quais resulta a natureza financeira do acordo. Trata-se, portanto, de um conjunto de elementos que é comum à alienação fiduciária em garantia e ao penhor financeiro (*title transfer financial collateral arrangement* e *security financial collateral arrangement*, respectivamente <sup>(12)</sup>), que se distinguem, fundamentalmente, pela identificação da esfera jurídica em que se encontra o direito de propriedade sobre o objecto da garantia. Pois, mantendo-se a propriedade com o prestador da garantia, estar-se-á perante um penhor financeiro; se a propriedade se transferir para o beneficiário, terão as partes acordado na constituição de uma alienação fiduciária em garantia. Isto mesmo se confirma no art. 2.º,

---

MANUEL TELES MENEZES DE LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, 2.ª Edição, págs. 87 e ss.). Já no D. lgs. n. 170 o contrato de garantia financeira é definido como “*il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia (...) e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l’adempimento di obbligazioni finanziarie, allorchè le parte contraenti rientrino in una delle seguenti categorie (...)*”. “Esta qualquer outra categoria real não representa um contrato específico, mas sim uma categoria geral que reagrupa diferentes tipos que têm em comum algumas características estruturais e funcionais. A escolha de incluir uma categoria geral na noção de contrato de garantia financeira já tinha sido feita pelo legislador comunitário, pela necessidade de oferecer aos legisladores nacionais uma *fattispecie* aberta na qual subsumir os tipos de *security financial collateral arrangements* disciplinados pelos diferentes ordenamentos jurídicos. Menos claras, porém, são as razões que induziram o legislador italiano a fazer tal escolha e, conseqüentemente, a relevância prática e sistemática da categoria. É, em primeiro lugar, possível que o legislador italiano tenha tido por intenção atribuir à categoria a função residual de sujeitar à disciplina dos contratos de garantia financeira todas as *fattispecie* legalmente típicas nas quais uma causa legítima de preferência sobre bens determinados pode derivar de um acordo das partes (...). Segundo uma outra leitura, o ‘contrato de garantia real tendo por objecto instrumentos financeiros’ serviria para sujeitar à disciplina dos contratos de garantia financeira todas aquelas operações do mercado financeiro nas quais se possa observar a estrutura *supra* descrita” (A. V. GUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, op. cit., págs. 43-45, trad. nossa).

<sup>(14)</sup> Embora não tratemos de tal matéria por agora, não pode deixar-se ignoto o problema da compatibilidade entre tal disposição e o princípio da tipicidade dos direitos reais consagrado no direito português (art. 1306.º do Código Civil), por parecer ser admitida uma categoria de *garantia financeira atípica*. Também assim, F. SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria...”, op. cit., pág. 4, ANDREA ROZZI e FERDINANDO BRUNO, “La collateralizzazione...”, op. cit., pág. 1233 (para estes dois últimos autores, porém, trata-se de uma forma de assegurar a aceitação futura de novas práticas de garantia financeira, colocando-se o legislador italiano em posição de concorrer com os direitos de *common law* — *idem*, pág. 1234).

n.º 2: “são modalidades de contratos de garantia financeira, designadamente, a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro, que se distinguem consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia.” Tendo em conta, porém, a redacção da lei, parece que estas serão *duas modalidades* do contrato de garantia financeira e não *as duas modalidades* de contrato de garantia financeira. De facto, não só o legislador, no art. 2.º, n.º 1, define como contratos de garantia financeira, “*os que preenchem* os requisitos previstos nos artigos 3.º a 7.º”, como também, no número seguinte, diz serem “*modalidades* de contratos de garantia financeira, *designadamente*, a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro.” Assim sendo, será um contrato de garantia financeira qualquer contrato em que estejam envolvidos os sujeitos elencados no art. 3.º, pelo qual se constitua garantia acessória de uma obrigação financeira (art. 4.º), tendo por objecto numerário ou instrumentos financeiros (art. 5.º) efectivamente desapossados (art. 6.º) e sendo o acordo e a prestação provados por escrito (art. 7.º) (13). Parece-nos, porém, que só na modalidade de alienação fiduciária em garantia se admitirá a transferência da propriedade, pois que deste modo se concede a máxima garantia possível a um credor — todas as outras formas de assegurar o cumprimento de uma obrigação financeira pressuporão sempre a manutenção da propriedade com o devedor, desde que, naturalmente, os restantes elementos identificadores dos contratos de garantia financeira estejam reunidos (14).

---

(15) F. SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria...”, op. cit., pág. 7.

(16) O art. 1.º, n.º 3 da Directiva previa uma cláusula de *opt-out* quanto a pessoas colectivas não financeiras: “os Estados-Membros podem excluir do âmbito de aplicação da presente directiva os acordos de garantia financeira em que uma das partes seja uma pessoa na acepção da alínea e) do n.º 2”, ou seja, “uma pessoa que não seja uma pessoa singular, incluindo as empresas não constituídas em sociedade e os agrupamentos, desde que a outra parte seja uma instituição, tal como definida nas alíneas a) a d)”. Enquanto a Áustria usou totalmente desta abertura, nenhum dos outros Estados-Membros o fez, embora nem todos tenham sido uniformes na definição do âmbito subjectivo dos contratos (para mais desenvolvimentos, v. *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu — Relatório de Avaliação Sobre a Directiva 2002/47/CE Relativa aos Acordos de Garantia Financeira*, págs. 9-10).

(17) O art. 2.º, n.º 1, al. f) da Directiva procura auxiliar na delimitação das obrigações que podem ser garantidas: “i) obrigações presentes ou com prazo certo, efectivas,

a) *Sujeitos, objecto, obrigação garantida*

5. Os contratos de garantia financeira só podem ser celebrados pelos sujeitos elencados no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 105/2005.

As entidades arroladas neste preceito são, *grosso modo*, instituições ligadas ao sistema financeiro, sejam bancos, sociedades financeiras, instituições de supervisão, ou entidades públicas. Não vamos naturalmente transcrever a extensa lista daqueles que podem ser prestador ou beneficiário da garantia financeira. Mas, deixaremos algumas notas.

Primeira: as pessoas singulares não podem ser parte no contrato de garantia financeira, isto porque, em termos gerais, as suas actividades não são relevantes para a estabilidade do sistema financeiro da UE, não comportam, pois, riscos sistémicos<sup>(15)</sup>.

Segunda: já as pessoas colectivas não financeiras podem ser parte num contrato de garantia financeira, desde que tenham por contraparte uma das entidades arroladas no art. 3.º<sup>(16)</sup>.

Terceira: no que se refere às entidades públicas, o legislador parece ter sido muito generoso, pois que, dada a redacção da norma, qualquer entidade pública pode envolver-se num contrato de garan-

---

condicionais ou futuras, incluindo as obrigações decorrentes de um acordo principal ou de um instrumento semelhante; ii) obrigações em relação ao beneficiário da garantia, a cargo de uma pessoa que não o prestador da garantia; iii) obrigações ocasionais, de uma determinada categoria ou tipo”. Mas, na verdade, fez bem o legislador português em não transcrever estas orientações da Directiva, na medida em que em nada adiantam ao que já se admitia no regime comum do penhor.

<sup>(18)</sup> Também quanto ao objecto das garantias financeiras a Directiva continha uma cláusula de *opt-out*: “os Estados-Membros podem excluir do âmbito de aplicação da directiva a garantia financeira que consista em acções próprias do prestador de garantia, em acções em empresas associadas na acepção da Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, relativa às contas consolidadas, e em acções em empresas cujo objectivo exclusivo consista em ser titular de meios de produção essenciais para a actividade empresarial do prestador de garantia ou de bens imóveis” (art. 1.º, n.º 4, al. b)). O Estado português optou por nela se não salvaguardar e a Dinamarca é o único Estado que usou desta faculdade; a Alemanha, por exemplo, exerceu parcialmente o direito — não serão garantias financeiras as que incidam sobre acções próprias do garante, nem as acções do garante em empresas associadas no sentido da Directiva 83/349/CEE se o garante ou empresa associada em questão for uma empresa ou outra pessoa compreendida na definição do art. 1.º, n.º 2, al. e) da Directiva (*Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu...*, op. cit., pág. 10).



tia financeira, e não apenas os organismos do sector público do Estado responsáveis pela gestão da dívida pública ou que intervenham nesse domínio e os autorizados a deter contas de clientes, como o recurso à expressão “incluindo” na al. *a*) permite concluir.

6. O penhor financeiro, assim como a alienação fiduciária em garantia, é garantia acessória de uma obrigação financeira que, nos termos do art. 4.º, se define como qualquer obrigação cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros <sup>(17)</sup>.

7. O penhor financeiro poderá onerar tanto numerário como instrumentos financeiros. Ambas as expressões encontram definição nas alíneas do art. 5.º: numerário será “o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confirmam direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário” (al. *a*)); e instrumentos financeiros, segundo a alínea *b*), são entendidos como “valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos” <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, 2ª Edição, págs. 98 e ss..

<sup>(20)</sup> Porém, não serão tão evidentes as coisas se se concluir que as partes pretendiam celebrar um contrato de alienação fiduciária em garantia (por exemplo, duas pessoas singulares celebram um contrato pelo qual se transfere, para o credor, a propriedade de acções de uma sociedade anónima com o objectivo de garantir o cumprimento de um contrato de mútuo). Fora dos padrões impostos pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, a validade deste tipo de garantia não reúne consenso entre a doutrina e a jurisprudência portuguesas, correndo-se o risco da conversão em negócio jurídico de natureza obrigacional (também por aplicação do art. 1306º Código Civil) ou, por aplicação do art. 293.º, num penhor, como, aliás, se reconhee no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004 (final do quarto parágrafo). Sobre a aceitação da alienação fiduciária em garantia no direito português *vide*, por exemplo, DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA DE VAZ TOMÉ, *A Propriedade Fiduciária [Trust] — Estudo para a sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 269 e ss., MARGARIDA COSTA ANDRADE, *Locação Financeira de Acções*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 157 e ss. e 170 e ss., “Propriedade fiduciária”, *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Imobiliário e Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 55 e ss..

8. Tendo em conta o que se disse nos números anteriores, só os contratos em que sejam observáveis estas características dos sujeitos, do objecto e da obrigação garantida serão contratos de garantia financeira. Em tal não sucedendo, não há um contrato de garantia financeira, mas um qualquer outro contrato. Nesse caso, ter-se-á de recorrer às regras gerais sobre constituição de garantias reais, nomeadamente ao princípio da tipicidade dos direitos reais (art. 1306.º do Código Civil), nos termos do qual as restrições ou limitações ao direito de propriedade que não correspondam aos direitos de natureza real taxativamente previstos na lei devem entender-se como direitos de natureza obrigacional. O que, todavia, não afasta o recurso ao art. 293.º do Código Civil <sup>(19)</sup>, que abre caminho à conversão do negócio concretamente celebrado pelas partes num outro direito real de garantia, nomeadamente num penhor de instrumentos financeiros. Se, por exemplo, um sujeito individual pretender aparecer como prestador de uma garantia financeira a favor de uma instituição de crédito, para cuja detenção transferiu um determinado número de valores mobiliários, não pode o negócio ser qualificado como penhor financeiro, mas apenas como penhor de valores mobiliários, desde que sejam respeitadas as normas constantes do Código de Valores Mobiliários (CVM), do Código das Sociedades Comerciais e do Código Civil <sup>(20)</sup>

*b) Desapossamento*

9. Para que os contratos de garantia financeira sejam válida e eficazmente celebrados, o bem que é objecto da garantia tem de ser “efectivamente prestado” (n.º 1 do art. 6.º), ou seja, “entregue,

---

<sup>(21)</sup> Itálicos nossos. Na verdade, um dos problemas já identificados nas técnicas de redução do risco de crédito é o facto de a sua constituição muitas vezes implicar elevados custos, além de as partes terem dificuldade em conhecer e compreender que requisitos são exactamente exigidos pelos ordenamentos jurídicos em contacto com o contrato (A. V. GUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, op. cit, págs. 7 e 14).

<sup>(22)</sup> Também assim, F. SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria...”, op. cit., pág. 9 e LORENZO BENEDETTI, “Il pegno nel d. Euro e in quello sulle garanzie finanziarie (spossessionamento, rotatività)”, acessível no sítio da Università Cattolica del Sacro Cuore ([www3.unicatt.it/unicattolica/Dottorati/DirittoCommerciale/Allegati/Benedetti27gen-naio2006.pdf](http://www3.unicatt.it/unicattolica/Dottorati/DirittoCommerciale/Allegati/Benedetti27gen-naio2006.pdf)), pág. 11.

transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a comosse ou o controlo conjunto com o proprietário” (n.º 2 do mesmo preceito). Assim sendo, os contratos de garantia financeira são reais quanto aos efeitos e quanto à constituição.

Lendo o nono considerando da Directiva compreende-se o que pretendeu o legislador comunitário: “*a fim de limitar as formalidades administrativas a cumprir pelas partes que utilizam a garantia financeira (...) a única condição de validade susceptível de ser imposta pelo direito nacional relativamente à garantia financeira deve ser a entrega, a transferência, a detenção, o registo ou a designação dos títulos fornecidos a título dessa garantia por forma a que estejam na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome do beneficiário da garantia, não excluindo técnicas de garantia que permitam ao prestador da garantia substituir a garantia ou retirar o seu excedente*” (21). O desapossamento é, assim, entendido na sua acepção funcional, ou seja, o que releva é que a disponibilidade do bem seja subtraída ao devedor (22), ao mesmo tempo que se dá publicidade à garantia.

**10.** Tendo em conta os termos alargados por que o Decreto-Lei n.º 105/2004 vem compreender e aceitar o desapossamento, podemos perguntar se foram atenuadas as regras de constituição da garantia pignoratícia por comparação com o que se exige no penhor de valores mobiliários.

---

(23) Desde que os valores mobiliários titulados não estejam depositados junto de depositário indicado pelo credor (caso em que o penhor se constituirá pelo registo em conta deste — arts. 101.º e 103.º CVM) ou desde que não estejam integrados em sistema centralizado (caso em que se aplicam as regras dos valores mobiliários escriturais — art. 105.º CVM).

(24) No mesmo sentido, para o direito italiano (mais uma vez, muito próximo do português), L. BENEDETTI, “Il pegno del d. Euro...”, op. cit., pág. 4: “no sistema desmaterializado, se é com o registo na conta do intermediário que o titular do mesmo fica legitimado para dispor dos instrumentos financeiros, com o registo do vínculo numa conta específica realiza-se, em benefício do credor, a indisponibilidade por parte do titular da conta” (trad. nossa).

No art. 81.º CVM torna-se o penhor sobre valores mobiliários *escriturais* dependente do *registo na conta do titular dos valores mobiliários*, com indicação da quantidade de valores mobiliários dados em penhor, da obrigação garantida e da identificação do beneficiário (n.º 1), embora se admita que o penhor seja constituído por *registo em conta do credor pignoratício*, quando o direito de voto lhe tenha sido atribuído (n.º 2). Já sendo os valores mobiliários *titulados*, a constituição do penhor implica o cumprimento das mesmas formalidades impostas para a transmissão (art. 103.º CVM), ou seja, o penhor sobre valores mobiliários titulados *ao portador* constitui-se pela *entrega do título* ao credor ou ao depositário por ele indicado (art. 101.º CVM) e o penhor sobre valores mobiliários titulados *nominativos* constitui-se por *declaração do empenhamento, no título*, a favor do credor, seguida de *registo junto do emitente* ou do intermediário financeiro que o represente (art. 102.º CVM) <sup>(23)</sup>. Também estas formalidades são manifestação do desapossamento típico das garantias possessórias: a função a cumprir é impedir que o prestador transmita a coisa onerada fazendo perigar a garantia do credor pignoratício, ao mesmo tempo que se publicita o encargo. Ora, acreditamos que as formalidades impostas por estas normas do CVM continuam a ter de ser cumpridas pelos sujeitos elencados no art. 3.º quando pretendam celebrar um acordo de garantia financeira, precisamente porque elas são a garantia de que uma eventual tentativa de alienação pelo devedor ficará impossibilitada: o título não pode ser entregue ao adquirente, porque quem o detém é o credor pignoratício; não pode registar-se na conta do adquirente valores mobiliários precisamente porque os valores mobiliários *escriturais* estão inscritos na conta do credor pignoratício ou porque na conta do alienante está inscrito o penhor a favor daquele <sup>(24)</sup>.

**11.** Sem desapossamento não há penhor, na medida em que o Decreto-Lei n.º 105/2004 excepciona a aplicação do princípio da consensualidade (art. 408.º do Código Civil). Mas, significará isto que nada ligará as partes entre si? Cremos ser esta hesitação justificada a partir do momento em que, aquando da leitura de vários preceitos do Decreto-Lei n.º 105/2004, se observa um constante trata-

mento simultâneo e paralelo entre o contrato de garantia financeira e a prestação da garantia.

No art. 6.º, n.º 1 estatui-se que “o presente diploma é aplicável às garantias financeiras *cujo objecto tenha sido efectivamente prestado*”, pelo que parece haver já algo ligando as partes entre si *antes do desapossamento*, sendo este que abre as portas aos efeitos descritos no Decreto-Lei n.º 105/2004. No art. 7.º, n.º 1 lê-se que “o presente diploma é aplicável aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja *celebração e prestação* sejam susceptíveis de prova por documento escrito”; e no art. 8.º, n.º 1 que “sem prejuízo do disposto nos artigos 6.º e 7.º, a validade, a eficácia ou a admissibilidade como prova de um contrato de garantia financeira e de prestação de uma garantia financeira não dependem de realização de um qualquer acto formal”. Mas, significativamente mais impressionantes são os artigos 17.º e 18.º. Segundo o n.º 1 do artigo 17.º, “os contratos de garantia financeira celebrados e as garantias prestadas *ao abrigo desses contratos* não podem ser resolvidos pelo facto de *o contrato ter sido celebrado ou a garantia prestada*: a) no dia de abertura de um processo de liquidação ou da adopção de medidas de saneamento, desde que antes de proferido o despacho, a sentença ou decisão equivalente; b) num determinado período anterior definido por referência i) à abertura de um procedimento de liquidação ou à adopção de medidas de saneamento; ii) à tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro facto no decurso desse processo ou dessas medidas.” Do que pode concluir-se que, independentemente da fase em que se encontre o *iter* negocial, seja um contrato sem desapossamento, seja um contrato com desapossamento, o beneficiário da garantia encontra protecção face ao processo de insolvência e às medidas de saneamento. Já no artigo 18.º, n.º 2 condiciona-se esta protecção à boa fé do beneficiário *quanto a “contratos de garantia financeira celebrados e [a] garantias financeiras prestadas após a abertura de processos de liquidação e a adopção de medidas de saneamento”* — ou seja, aquela condição aplica-se aos contratos celebrados após

---

(25) “Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie”, *BBTC*, 2, 2003, pág. 219, trad. e itálico nossos.

aqueles processos e medidas, mesmo que ainda não tenha havido prestação da garantia. O que, aliás, já advém do texto do artigo 8.º da Directiva 2002/47/CE, em cujo n.º 1 se dispõe que “os Estados-Membros asseguram que um acordo de garantia financeira *bem como* a prestação de uma garantia financeira *ao abrigo desse acordo* não possam ser declarados inválidos ou nulos pelo simples facto de ter entrado em vigor o *acordo de garantia financeira ou ter sido prestada a garantia financeira...*”; e em cujo n.º 2 se lê que “os Estados-Membros asseguram que, quando um acordo de garantia financeira ou uma obrigação financeira coberta tiver entrado em vigor, *ou* quando a garantia financeira tiver sido prestada na data de um processo ou da tomada das referidas medidas, o acordo produza efeitos jurídicos e seja oponível a terceiros no caso de o beneficiário da garantia poder provar que não tinha conhecimento, nem deveria ter tido conhecimento da abertura desse processo ou da tomada dessas medidas.” Entendendo-se que “na presente directiva, as referências à garantia financeira que é ‘prestada’ ou à ‘prestação’ de uma garantia financeira dizem respeito à garantia financeira que é entregue, transferida, detida, registada ou objecto de outro tratamento de tal modo que esteja na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome do beneficiário da garantia” (n.º 2 do artigo 2.º). Considera FILIPPO ANNUNZIATA que este artigo “proíbe os Estados membros de prever a nulidade, a anulabilidade ou a ineficácia dos contratos de garantia financeira pelo simples facto de que o contrato relativo *se perfeccionou* no dia da decisão do procedimento, mas anteriormente a que tenha sido proferido o despacho ou a sentença” (25). E continua: “o mesmo deve dizer-se para os contratos *perfeccionados* no curso ‘de um determinado período antecedendo a decisão de tais processos ou medidas’; também neste caso o princípio diz respeito tanto à conclusão do contrato como à prestação

---

(26) *Idem, ibidem*, trad. e itálico nossos.

(27) Com as especificações, embora, relativas à protecção face à insolvência.

(28) A conclusão será, assim, diferente daquela a que se chegaria estando perante um penhor de coisa sem entrega, dado que, enquanto esta não se dá, pode entender-se que as partes estão já ligadas, mas apenas por um contrato-promessa de penhor (*pactum de pignori dando*) — cfr. ADRIANO VAZ SERRA, “Penhor de coisa”, *BMJ*, n.º 58, 1956, págs. 141 e ss..

da garantia. (...) A disposição (...) pretende também evitar (...) a invalidação dos contratos *pele simples facto de terem sido concluídos (ou a garantia ter sido prestada)* num determinado arco temporal antecedendo a decisão dos procedimentos de insolvência”<sup>(26)</sup>.

Tudo isto permite-nos suspeitar que o legislador *não deixa de conceder relevância ao contrato de garantia financeira mesmo antes do desapossamento*. Que relevância será esta, porém? Cremos que logo do acordo de vontades entre o prestador e o beneficiário da garantia decorrerão efeitos obrigacionais (nomeadamente, permitindo ao credor exigir que sejam cumpridos os actos necessários à efectivação do desapossamento) e também se iniciará a protecção de qualquer um dos sujeitos face à insolvência ou à sujeição a medidas de saneamento da contraparte. Já os efeitos garantísticos só poderão desencadear-se uma vez ocorrido o desapossamento, que funcionará, então, como uma espécie de condição suspensiva para os efeitos típicos da garantia: a entronização do beneficiário na posição de credor pignoratício, com todas as faculdades inerentes (assim sendo, se o devedor não cumprir a obrigação financeira garantida e não tiver havido desapossamento, o credor não poderá recorrer à execução do bem — que se pretendia — onerado, mas será antes tratado como qualquer credor comum)<sup>(27/28)</sup>.

### *c) Prova e formalidades*

**12.** No art. 3.º, n.º 1 da Directiva estabelece-se que “os Estados-Membros não exigirão que a constituição, validade, conclusão, exequibilidade ou admissibilidade enquanto prova de um acordo de garantia financeira ou a prestação de uma garantia financeira ao abrigo de um acordo de garantia financeira estejam subordinadas à realização de um qualquer acto formal”. Mas, no n.º 2 logo se acrescenta que isto “não prejudica o facto de a presente directiva só

---

<sup>(29)</sup> No penhor financeiro sobre numerário será suficiente o registo na conta do prestador e, na alienação fiduciária em garantia, o registo do crédito na conta do beneficiário. Já se a alienação fiduciária em garantia incidir sobre valores mobiliários escriturais, será bastante o registo da aquisição fiduciária (art. 4º, a)).

<sup>(30)</sup> Também assim, F. ANNUNZIATA, “Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie”, *BBTC*, 2, 2003, pág. 206.

se aplicar à garantia financeira quando esta tiver sido prestada e *for possível fazer prova por escrito dessa prestação e quando for possível fazer prova do acordo de garantia financeira, por escrito ou de uma forma juridicamente equivalente*". Isto melhor se compreende lendo o décimo considerando da Directiva: "a presente directiva deve *proporcionar o equilíbrio entre a eficácia do mercado e a segurança das partes no acordo e de terceiros, evitando desse modo mormente o risco de fraude*. Esse equilíbrio será alcançado pelo facto de o âmbito de aplicação da directiva abranger apenas os acordos de garantia financeira que prevêm alguma forma de desapossamento, ou seja, a prestação de garantia financeira, e quando a prestação de garantia financeira possa ser provada por escrito ou num suporte duradouro, garantindo desse modo a rastreabilidade dessa garantia."

Por isso, o art. 7.º vem reduzir o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 105/2004 aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras "cuja celebração e prestação sejam susceptíveis de prova por documento escrito" (n.º 1), ao que equivale o registo em suporte electrónico ou em outro suporte duradouro equivalente (n.º 2). É essencial — independentemente, portanto, da concreta forma de documento escrito — que este permita identificar o objecto correspondente (n.º 3), para o que basta, segundo o n.º 4, *b*), e para as garantias financeiras *sobre valores mobiliários escriturais*, que se faça o registo do penhor na conta do titular ou, nos termos da lei, na conta do beneficiário<sup>(29)</sup>. Assim sendo, o modo do desapossamento dos valores mobiliários escriturais será suficiente para cumprir este requisito formal. E o mesmo vale para os valores

---

(31) Também neste sentido, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, 3ª Edição, pág. 378.

(32) Neste sentido também F. SARTORI, "I contratti di garanzia finanziaria...", op. cit., pág. 10. Em sentido divergente, EUGENIO M. MASTROPAOLO, "La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 Giugno 2002)", *Rivista del Diritto Commerciale*, 2003, I, pág. 520 (n. 3), F. ANNUNZIATA, "Verso una disciplina comune...", op. cit., pág. 207. Para uma distinção entre forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* ver, por exemplo, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, 4.ª Edição, pág. 707.

(33) Não cremos que seja impossível, todavia, associar estas duas últimas modalidades.



mobiliários titulados nominativos. Mas, para os titulados ao portador já será necessária a forma escrita <sup>(30)</sup>, ao contrário do que acontece com o penhor de valores mobiliários em geral (que não está sujeito a qualquer forma, apenas sendo exigidas aquelas formalidades já descritas, sob pena de o contrato não produzir os seus efeitos, para além dos efeitos *inter partes* de natureza obrigacional <sup>(31)</sup>). Porém, trata-se de uma forma *ad probationem*: isto é, sem que as partes tenham reduzido o contrato a escrito, o contrato de garantia financeira não será nulo (art. 220.º do Código Civil), mas a prova da sua existência só pode ser feita por escrito, por forma mais solene ou por confissão (art. 364.º, n.º 2 do Código Civil) <sup>(32)</sup>.

### 3. O penhor financeiro com direito de disposição

13. Como tivemos já oportunidade de referir no início deste trabalho, o Decreto-Lei n.º 105/2004 admite três modalidades distintas de penhor financeiro. Sendo as características essenciais as presentes nos arts. 3.º a 7.º, as partes podem ficar-se pela celebração de um contrato de penhor financeiro, podem nele integrar uma cláusula concedendo ao credor um direito de disposição ou podem acrescentar ao penhor financeiro um pacto comissório <sup>(33)</sup>. Só o penhor financeiro com direito de disposição será objecto de particular atenção nas próximas páginas, mas não resistimos a deixar duas ou três palavras sobre o penhor financeiro com pacto comissório.

No art. 11º, sob a epígrafe “pacto comissório”, lê-se, logo no n.º 1, que, “no penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo *seus* os instrumentos financeiros dados em garantia: a) se tal tiver sido *convencionado* pelas partes;

---

<sup>(34)</sup> RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, Principia, Estoril, 2007, 2.ª Edição, pág. 235. Também salientando a relevância desta norma, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros — Direito Europeu e Português*, tomo I, Almedina, Coimbra, 2007, 2.ª Edição, págs. 228-229

<sup>(35)</sup> Preâmbulo, it. nosso. É verdade que no art. 675.º, n.º 2 do Código Civil se admite a adjudicação da coisa ao credor, mas isso só é possível se houver acordo nesse sentido e *depois de intervenção judicial*.

<sup>(36)</sup> GULENAY RUSEN, “Financial collateral arrangements”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 2, n.º 4, pág. 253.

b) se houver acordo das partes relativamente à *avaliação* dos instrumentos financeiros.” O disposto nesta alínea b) não prejudica, contudo, qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia financeira e ao cálculo das obrigações financeiras garantidas de acordo com critérios comerciais razoáveis (n.º 3). Mas, em exercendo o direito previsto no n.º 1, “o beneficiário da garantia fica obrigado a *restituir* ao prestador o montante correspondente à *diferença entre o valor* do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas” (n.º 2).

---

(37) F. SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria”, op. cit., pág. 12, F. ANNUNZIATA, “Verso una disciplina comune...”, op. cit., pág. 213.

(38) J. CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros...*, op. cit., pág. 229. A este propósito v., ainda, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório — Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 150 e ss.. A propósito desta modalidade do penhor financeiro tem de referir-se a posição de PESTANA DE VASCONCELOS, para quem se não trata aqui de um verdadeiro pacto comissório, mas de um pacto marciano, na medida em que se prevê a restituição ao devedor da diferença entre a dívida garantida e o valor dos valores mobiliários empenhados. Segundo este autor, “o pacto marciano consistirá numa convenção pela qual, em caso de incumprimento por parte do devedor, se transmite a propriedade da coisa objecto da garantia ao credor, que é obrigado a entregar ao devedor a diferença entre a dívida e o valor deste, valor esse que é fixado depois do inadimplemento por um terceiro independente (o que será dispensável se o bem tiver um valor de mercado. (...)) A lei consagrou recentemente no âmbito do penhor financeiro (...) um caso de pacto marciano embora o legislador tenha proclamado, mal, no preâmbulo do diploma que se trata de um caso lícito de pacto comissório e, portanto, de um ‘desvio da regra consagrada no art. 694.º do Código Civil’. (...) O pacto comissório impede (...) que o credor possa fazer seu o objecto da garantia (...), sem ter que entregar ao devedor a diferença entre a dívida e o seu valor (independentemente avaliado). Não estamos perante um pacto comissório, mas face ao pacto marciano, quando o credor pode fazer seu o objecto da garantia (...), mas este tem de ser avaliado de forma independente, e o beneficiário da garantia tem que restituir à outra parte o excedente entre o seu valor e o montante da dívida. Ora, esse é o mecanismo que, globalmente, nos seus pontos mais relevantes, se consagra no preceito em análise. Daí que, ao contrário do que se proclama no preâmbulo, não há aqui qualquer excepção à proibição do pacto comissório, que se mantém intacta; consagrou-se a este propósito foi o pacto marciano” — LUÍS MIGUEL D. P. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência — Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 633-634, n. 1224).

(39) Previa-se na Directiva uma cláusula de *opt-out* para o procedimento de apropriação (art. 4.º, n.º 3), mas todos os 25 Estados-membros reconheceram a apropriação e adoptaram-na nos seus ordenamentos jurídicos (*Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu...*, op. cit., pág. 10).

A admissibilidade do pacto comissório tem sido assinalada como um dos aspectos mais revolucionários trazidos pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, constituindo “uma brecha relevante na proibição genérica de tal cláusula, que é (ou era...) normalmente tida como um princípio da ordem jurídica portuguesa” <sup>(34)</sup> E isto não deixa de ser reconhecido pelo legislador: “*outra das novidades mais significativas deste diploma (...) corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil. Com efeito, desde que as partes o convençionem e acordem na forma de avaliação dos instrumentos financeiros dados em garantia, permite-se excepcionalmente que o beneficiário execute a garantia por apropriação do objecto desta, ficando obrigado a restituir o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante da dívida. Este ‘direito de apropriação’ visa dar resposta à necessidade de existência de mecanismos de execução das garantias sobre activos financeiros que, não pressupondo necessariamente a venda destes, permitam ver reduzidos os riscos decorrentes da potencial desvalorização do bem*” <sup>(35)</sup>.

Preferiu-se, assim, tutelar a celeridade e a redução de formalidades (pois que a apropriação é preferível a uma venda quando esteja envolvida uma imensa massa de um particular tipo de instrumentos financeiros <sup>(36)</sup>), atenuando-se os princípios *favor debitoris*

---

<sup>(40)</sup> Este direito de disposição pode também ser designado como *horizontal right of use* para distinguir-se do *vertical right of use*, que consiste na concessão do direito de disposição ao *depositário* de valores mobiliários, caso em que deverá considerar-se constituída uma relação fiduciária entre ele e o proprietário dos valores mobiliários. Cfr. *Report on a “Right of Use” for Collateral Takers and Custodians*, 2003, AA. VV., acessível no sítio [ideas.repec.org/p/wpa/wuwple/0308001.html](http://ideas.repec.org/p/wpa/wuwple/0308001.html), pág. 2.

<sup>(41)</sup> Preâmbulo.

<sup>(42)</sup> REMO TAROLLI, “Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell’oggetto della garanzia”, *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 6, 2005, I, pág. 873.

<sup>(43)</sup> Tendo em conta que garantir a maior liquidez do mercado financeiro comunitário era o principal objectivo da Directiva, compreende-se que, contrariamente ao que sucedeu com a admissibilidade do pacto comissório, não tenha sido prevista qualquer cláusula de *opt-out* quanto ao direito de disposição. Consequentemente, todos os Estados-membros implementaram, de modo mais ou menos directo, a técnica do direito de uso nas suas legislações nacionais (cfr. *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu...*, op. cit., pág. 11).

e *par conditio creditorum* (37). De qualquer forma, ao admitir-se um controlo *a posteriori* pelos tribunais “permitir[-se]-já verificar se a realização ou determinação do valor dos instrumentos financeiros empenhados foi efectuada de acordo com critérios comerciais razoáveis, justamente em nome da protecção do autor do penhor e de terceiros credores” (38/39).

14. É no art. 9.º, n.º 1 que se admite que ao beneficiário da garantia pignoratícia seja atribuído o *direito de disposição* sobre o objecto desta, isto é, como explica o n.º 2, ao beneficiário são concedidos “os poderes de alienar ou onerar o objecto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, *como se fosse seu proprietário*” (40).

O direito de disposição é, segundo o legislador português, atribuído ao credor com o intuito de “aumentar a liquidez dos respectivos mercados” (41): concedendo-se este direito ao credor, permite-se o incremento da circulação dos títulos no mercado, com consequentes vantagens tanto para o financiador como para o financiado. O primeiro gozará de uma maior flexibilidade operativa e de novas possibilidades de obtenção de fundos por força da reutilização, na medida em que pode usar os instrumentos financeiros empenhados para garantir operações financeiras próprias ou aliená-los para financiar negócios do seu próprio interesse (e por pouco ou nenhum custo), o que não é possível quando os títulos se encontram imobilizados na propriedade do devedor. Este último, por seu turno, aproveita de um menor custo do financiamento precisamente porque os riscos que o financiador corre ficam mitigados com a re-utilização (42/43).

---

(44) Para os que se encontrem depositados. Para os restantes, terá de haver menção no título, a não ser para os que estejam integrados em sistema centralizado (*vide supra*).

(45) No mesmo sentido, REMO TAROLLI, “Le garanzie finanziarie...”, *op. cit.*, pág. 873, A. V. GUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, *op. cit.*, pág. 128, FERNANDO ZUNZUNEGUI, “Una aproximación a las garantías financieras”, *Revista de Contratación Electrónica*, 65, 2005, pág. 7. Talvez por isto mesmo a definição de direito de disposição contida na Directiva apenas se refira ao poder que é atribuído ao credor nos termos de um “acordo de garantia financeira com constituição de penhor” (art. 2.º, n.º 1, al. m)).

(46) *Report on a “Right of Use”...*, *op. cit.*, pág. 3.

15. O art. 9.º, n.º 1 oferece três importantes elementos textuais. Primeiramente, faz-se bem notar a natureza supletiva da atribuição do poder de disposição. Este não surge automaticamente pela constituição da garantia financeira, mas deve ser objecto de um pacto específico entre as partes, pacto este que disciplinará completamente as modalidades do seu exercício. Porém, o exercício deste direito depende, quanto aos *valores mobiliários escriturais*, da menção no respectivo registo em conta e, quanto aos *titulados*, de menção na *conta de depósito* (n.º 3) <sup>(44)</sup>. Sem esta menção o acordo de vontades não produzirá quaisquer efeitos — pelo que se encontrará o credor destituído da faculdade de disposição, embora garantido por um penhor financeiro simples ou com pacto comissório.

Em segundo lugar, habilitado para *dispor* dos instrumentos financeiros, o credor pignoratício pode constituir garantia real em favor de um seu credor, seja um penhor financeiro, seja uma alienação fiduciária em garantia, mas também optar por aliená-los. Naturalmente, o mesmo direito não se prevê para o credor garantido pela alienação fiduciária em garantia, pois que enquanto proprietário já está automaticamente habilitado a dispor do objecto da garantia <sup>(45)</sup>. A alienação fiduciária em garantia apresenta, então, uma vantagem imediata face ao penhor financeiro com direito de disposição: o prestador da garantia sabe exactamente o que sucede com os instrumentos financeiros que onerou, pois que, quando constitui esta garantia, perde imediatamente a propriedade; ao passo que na garantia pignoratícia tal não acontece necessariamente, dependendo de o credor exercer ou não o direito de disposição, assim como do modo por que o exerce <sup>(46)</sup>. E por isto se discute, ao nível do projecto UNIDROIT, se deve ou não permitir-se que o garantido seja titular de um direito de disposição — o objectivo de aumentar a liquidez do mercado é directamente cumprido pela alienação fiduciária em garantia, instituto menos “ambíguo”

---

<sup>(47)</sup> *Idem*, op. cit., pág. 9.

<sup>(48)</sup> No mesmo sentido, A. V. GUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, op. cit., pág. 132.

<sup>(49)</sup> O credor pode livrar-se da obrigação de restituição por meio de compensação, sendo o crédito do prestador avaliado segundo critérios comerciais razoáveis.

que o penhor financeiro, que, na verdade, não só transporta alguma instabilidade para o prestador da garantia, mas também para o próprio emitente dos valores mobiliários, para quem é determinante saber quem é o proprietário deles, se o prestador se o garantido, nomeadamente para saber quem é o titular do direito de voto e a quem deve pagar os lucros <sup>(47)</sup>.

Em terceiro lugar, o art. 9.º, n.º 2 também limita o exercício do direito de disposição aos “termos previstos no contrato”. Esta liberdade que é concedida às partes permite que a concessão de tal direito não seja equivalente a colocar o destino dos instrumentos financeiros na absoluta discricionariedade do credor. Será possível, então, condicionar o exercício do direito à verificação de um ou mais pressupostos, como certas situações do mercado ou o cumprimento de determinados actos pelo credor (uma comunicação preventiva, por exemplo) <sup>(48)</sup>. Tal liberdade conhecerá, contudo, limites: não podem as partes acordar no sentido de que o credor fica dispensado da obrigação de restituição ou da obrigação de compensar o devedor por uma eventual diferença entre a dívida garantida e o valor dos instrumentos financeiros empenhados ao tempo do vencimento da obrigação. De facto, no segundo caso, estar-se-ia a admitir uma posição de significativo desequilíbrio contratual entre devedor e credor — se é verdade que o Decreto-Lei n.º 105/2004 é tendencialmente *pro creditoris*, isso não significa que o legislador esteja preparado para assistir ao injusto locupletamento do credor à custa do devedor. Como, aliás, se prova, por exemplo, no art. 11.º (o pacto comissório, para ser válido, tem de constar de um acordo quanto à avaliação dos instrumentos financeiros, sem que tal prejudique “qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia financeira e ao cálculo das obrigações financeiras garantidas de acordo com critérios comerciais razoáveis” — cfr. n.º 1, al. *b*) e n.º 3) ou no art. 10.º, n.º 1, *c*) <sup>(49)</sup>. Já quanto à primeira hipótese, a sua possibilidade exclui-se pelas mesmas razões: ou há compensação ou apropriação nos termos em que o legislador os aceita ou, então, terá de haver restituição. Quanto à possibilidade de limitar o poder de disposição do credor à prática de um certo tipo de

---

<sup>(50)</sup> *Idem, ibidem.*

negócios (por exemplo, o credor estar autorizado a alienar os instrumentos financeiros, mas não a subempenhá-los) temos algumas dúvidas. Ainda que tal não comprometesse integralmente a liberdade do credor de usar os instrumentos financeiros em seu próprio interesse, possivelmente limitá-la-ia de modo incompatível com o que pretende o legislador.

Caso o credor disponha dos instrumentos financeiros onerados sem que lhe tenha sido concedido tal direito, sem que a “autorização” de disposição tenha sido reduzida a escrito, sem que tenham sido cumpridas as formalidades descritas no n.º 3 do art. 9.º ou sem que se tenham verificado os termos condicionantes do exercício do direito, o credor actuou sobre coisa alheia sem legitimidade para tanto, assim se permitindo ao devedor recorrer a uma acção de reivindicação (como proprietário que é dos instrumentos financeiros empenhados) ou a uma acção possessória<sup>(50)</sup>. Todavia, será necessário ter em conta o que se dispõe no art. 58.º CVM, nos termos do qual “ao adquirente de um valor mobiliário que tenha procedido de boa fé não é oponível a falta de legitimidade do alienante, desde que a aquisição tenha sido efectuada de acordo com as regras de transmissão aplicáveis”, o que “é aplicável ao titular de quaisquer direitos de garantia sobre valores mobiliários.” Constatando-se, assim, e excepcionalmente no direito português, o princípio posse vale título.

Porque se trata de informação essencial para a prossecução da análise do penhor financeiro com direito de disposição, atendamos já ao disposto no art. 10.º, pelo qual se disciplinam os efeitos do exercício de tal direito. Até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas, o credor terá de restituir ao devedor pignoratício objecto equivalente ao empenhado originariamente, desde que haja cumprimento da obrigação de que o penhor é acessório (n.º 1, al. a)). Se as partes nisso tiverem acordado, a obrigação de restituição poder-se-á dar por cumprida pela entrega de quantia em dinheiro correspondente ao valor que o

---

<sup>(51)</sup> Considerado pela doutrina e jurisprudência norte-americanas como um dos mais bem concebidos preceitos do Código (cfr. MARGIT LIVINGSTON, “Certainty, efficiency, and realism: rights in collateral under article 9 of the Uniform Commercial Code”, *North Carolina Law Review*, vol. 73, pág. 115).

objecto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, “segundo critérios comerciais razoáveis” e nos termos acordados (n.º 1, al. *b*)); ou o credor pode “livrar-se da sua obrigação de restituição por meio de compensação, sendo o critério do prestador avaliado nos termos da alínea anterior” (n.º 1, al. *c*)). Em se verificando a primeira hipótese, o objecto equivalente substituirá, para todos os efeitos, o que foi empenhado no momento da celebração do contrato de garantia financeira, e considera-se como tendo sido prestado no momento da prestação desta (n.º 3). Objecto equivalente, no caso de instrumentos financeiros, serão “instrumentos financeiros do mesmo emitente ou devedor, que façam parte da mesma emissão ou categoria e tenham o mesmo valor nominal, sejam expressos na mesma moeda e tenham a mesma denominação, ou outros instrumentos financeiros, quando o contrato de garantia financeira o preveja, na ocorrência de um facto respeitante ou relacionado com os instrumentos financeiros prestados enquanto garantia financeira original” (art. 13º, *ii*).

**16.** A concessão de um direito de disposição ao credor pignoratício financeiro é, à primeira vista, motivo de apreensão e desconforto. Não apenas porque se concede um poder que não faz parte dos quadros tradicionais do penhor ou, genericamente, das garantias reais, mas também porque regularmente se vê justificada tal opção como resultado da influência do direito anglo-saxónico e, do mesmo passo, da intervenção do legislador comunitário no reduto do direito privado.

Porém, algumas especificações devem ser feitas: em primeiro lugar, não podemos tratar o direito anglo-saxónico de uma só penada; em segundo lugar, na legislação continental europeia não é

---

(52) *Report on the “Right of Use”...*, op. cit., pág. 9. ISDA é a sigla para *International Swaps and Derivatives Association* ([www.isda.org](http://www.isda.org)), organização que, entre outras coisas, fornece documentação estandardizada e aconselhamento jurídico quanto à validade e vinculatividade dessa documentação junto de diferentes ordenamentos jurídicos. Foi esta associação uma importante proponente das reformas legislativas que acabaram por levar à adopção da Directiva.



verdadeiramente nova a concessão do direito de disposição da coisa ao credor pignoratício, no que não é excepção o direito português.

No direito norte-americano, o regime jurídico das garantias consta do art. 9.º do *Uniform Commercial Code* (51) e nele, de facto, se autoriza o beneficiário da garantia a dispor do bem onerado. Porém, são descritas as condições de exercício de tal direito. Tendo o credor um poder possessório sobre a coisa, está obrigado a usar de “*reasonable care in the custody and preservation of collateral in the secured party’s possession*” (§ 9-207, al. a). Por outro lado, o credor pode usar ou dispor da coisa “(A) *for the purpose of preserving the collateral or its value; (B) as permitted by an order of a court having competent jurisdiction; or (C) except in the case of consumer goods, in the manner and to the extent agreed by the debtor*” (al. b) do mesmo artigo). Logo, embora o credor possa dispor do objecto da garantia, isso só é considerado legítimo para preservação do valor da coisa ou da integridade dela, se houver autorização judicial ou se houver expreso consentimento do devedor — à excepção, contudo, da oneração do bem com um novo direito real de garantia (*security interest*), que parece ser faculdade integrando os poderes do credor directamente atribuída pela lei (al. c) do § 9-207). Finalmente, a alienação do *collateral* só pode acontecer uma vez verificado o incumprimento: “*after default, a secured party may sell, lease, license, or otherwise dispose of any or all of the collateral in its present condition or following any commercially reasonable preparation or processing*” (al. a) do § 9-610, de epígrafe “*disposition of collateral after default*”). Esta solução não

---

(53) CHRISTIAN A. JOHNSON, *Derivatives and Rehypothecation Failure...*, op. cit., pág. 32.

(54) *Report on the “Right of Use”...*, op. cit., pág. 9, trad. nossa. Esta relação de proximidade entre os contratos *standard* oferecidos pela ISDA e o regime jurídico presente na Directiva não será muito surpreendente tendo em conta que aquela organização participou em grupos de estudo dirigidos à introdução dos *financial collateral arrangements* nos ordenamentos jurídicos europeus — veja-se, por exemplo, o estudo da ISDA *Collateral Arrangements in the European Financial Markets — The Need for National Law Reform*, acessível no sítio [www.isda.org](http://www.isda.org).

(55) REINOUT WIBIER, *Financial Collateral in the Netherlands, England and Under the EU Collateral Directive...*, op. cit., págs. 4-5.

(56) *Report on the “Right of Use”...*, op. cit., págs. 50 e ss.. Parece conceder-se ao devedor a possibilidade de autorizar o credor ao “*use*” do bem onerado, sem que, porém, a

foi adoptada pelas *ISDA Margin Provisions (NY Law)*, onde se não prevê qualquer limitação ao exercício do direito de disposição<sup>(52)</sup>. Nos termos do art. 6.º, al. c), (i) do *ISDA Annex (NY Law)*, se as partes assim o convencionarem, o beneficiário da garantia pode “*sell, pledge, rehypothecate, assign, invest, use, commingle or otherwise dispose of, or otherwise use in its business any posted collateral it holds, free from any claim of right of any nature whatsoever of the pledgor, including any equity or right of redemption by the pledgor*”<sup>(53)</sup>. Ou seja, se as normas comunitárias sobre um ilimitado direito de uso numa garantia diferente da alienação fiduciária em garantia foram escritas na convicção de que este direito de uso ilimitado também é possível de acordo com o direito norte-americano, então tal compreensão, como se vê, é errónea. Pois que algo equivalente ao que se assiste na legislação comunitária é apenas admitido nas *ISDA Margin Provisions (NY Law)*, onde a garantia apresenta uma estrutura muito semelhante à alienação em garantia<sup>(54)</sup>.

O direito inglês foi escolhido, juntamente com o norte-americano, como *benchmark* por várias jurisdições e pela própria Directiva, não só porque nele se encontra um regime jurídico próximo do pretendido pelo legislador comunitário, na sua ampla variedade de formas de utilização de instrumentos financeiros com objectivos garantísticos, mas também porque é usado por contratos *standard* aos quais se recorre frequentemente, como é o caso do *ISDA Credit Support Deed (English Law)* e o *ISDA Credit Support Annex (English Law)*, ao que deve associar-se a influência da *City* de Londres como um dos centros financeiros mais importantes do mundo<sup>(55)</sup>. Porém, também aqui o direito de disposição do credor tem de ter por fundamento um direito de propriedade, ainda que recebido por causa garantística, pois que se considera tal poder de disposição incompatível com as características essenciais dos direitos de garantia, nomeadamente com o dever de

---

doutrina encontra consenso na delimitação das faculdades inerentes a tal poder (*Collateral Arrangements in the European Financial Markets — The Need for National Law Reform*, pág. 7).

(57) Caso contrário, o autor do penhor tem o direito de exigir caução idónea ou que a coisa seja depositada em poder de terceiro (art. 673.º Código Civil).

(58) Solução contrária à prevista no Código de Seabra, em que o direito de utiliza-

guarda, com a proibição do pacto comissório e com a *equity redemption*. Por isto, quando um direito de uso é associado a uma garantia, esta acaba requalificada como *outright transfer* <sup>(56)</sup>.

No que ao direito português diz respeito, o direito de disposição do credor pignoratício não é uma absoluta inovação. O legislador começa por definir o penhor como conferindo “ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro” (art. 666.º Código Civil). Depois, apresenta como sujeito legitimado para empenhar quem puder alienar os bens (art. 667.º Código Civil). No art. 670.º Código Civil encontram-se arrolados os direitos do credor pignoratício entre os quais se não encontra a possibilidade de *utilização* da coisa, ao passo que no artigo seguinte são indicadas como obrigações do credor a guarda e conservação da coisa empenhada (al. a)) e a de não usar dela — *a não ser que o devedor pignoratício nisso tenha consentido ou caso o uso se revele indispensável para o cumprimento do dever de conservação* (al. b)). O credor pignoratício não pode, então, usar da coisa para satisfazer interesses próprios, assim como não pode onerá-la, nomeadamente com a constituição de uma garantia para servir dívida própria ou de terceiro <sup>(57)</sup>. *A não ser que se verifique uma das seguintes condições*: 1) o uso da coisa é indispensável para a conservação desta; 2) o devedor pignoratício *autorizou* o credor a fazer uso do bem empenhado. Ou seja, o regime geral do penhor prevê um poder-dever de utilização da coisa (o uso necessário à conservação dela) que entra na esfera jurídica do credor pignoratício pelo simples facto de o ser; mas, o legislador também admite

---

ção era um dos direitos integrando a posição de credor pignoratício, apesar de do exercício dele não poder resultar a perda ou deterioração da coisa empenhada.

<sup>(59)</sup> No mesmo sentido, para o direito italiano (cfr. arts. 2795.º e 2797.º do *Codice Civile* e art 5.º do D. Lgs. N. 170), L. BENEDETTI, “Il pegno nel d. Euro...”, op. cit., pág. 14 e REMO TAROLLI, “Le garanzie finanziarie...”, op. cit., pág. 874.

<sup>(60)</sup> Embora nada impeça que o devedor pignoratício ofereça uma outra garantia real, *inclusive* a hipotecária, segundo o n.º 3 — PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 694.

que ao credor seja concedido explicitamente um *verdadeiro direito de uso* da coisa, podendo dizer-se, assim, que *também sob a condição de um específico acordo*, o credor pignoratício já podia ser legitimado para usar da coisa antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 105/2004 (58). Contudo, sejam quais forem as fronteiras deste direito de uso, não se integrarão entre elas o direito de alienar ou de onerar a coisa empenhada — cremos que “direito de uso” aqui é uma expressão com significado técnico-jurídico próprio, significando apenas o direito de gozar das utilidades que a coisa produza, pelo que o credor pignoratício não está em caso algum autorizado a dispor da coisa como se desta fosse proprietário, sob pena de violação do princípio da tipicidade dos direitos reais. Ora, estando estabelecido que o credor pode — e em que circunstâncias — usar da coisa, vejamos se ele pode dela dispor. No art. 674.º Código Civil admite-se a *venda da coisa empenhada*, quer pelo autor do penhor, quer pelo *credor pignoratício*, mas apenas se houver “*fundado receio* de que a coisa empenhada se perca ou deteriore” e desde que haja *prévia autorização judicial* (n.º 1). Por isso, não se trata nunca do exercício de um direito discricionário por parte do credor, como aquele que, pelo menos supletivamente, se consagra no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 105/2004. Em conclusão, podemos dizer que já no Código Civil português se previa um direito de uso e um direito de disposição da coisa, mas em condições muito diferentes das consideradas no novo diploma e na Directiva, já que a expressão “direito de uso” deve ser entendida no rigor dos seus termos, ao passo que a disposição da coisa está

---

(61) Um outro caso em que é admitida a substituição do penhor é o previsto na al. c) do art. 670.º, mas aqui os pressupostos são diversos, pois que já não basta o fundado receio de perda ou deterioração da coisa, é necessário que a coisa empenhada tenha efectivamente perecido ou se tenha tornado insuficiente para assegurar a dívida. Além disto, enquanto no caso previsto no art. 674.º, n.º 3 se trata de uma possibilidade aberta ao autor do penhor, de cuja vontade dependerá a substituição da garantia (inclusivamente por uma garantia real imobiliária), o que se faz no art. 670.º, al. c) é atribuir ao credor pignoratício o direito de exigir a substituição ou reforço do penhor, nos termos previstos para a hipoteca, *i. e.*, nos termos previstos no art. 701.º Código Civil.

(62) Semelhantes são as coisas no direito italiano (veja-se, por exemplo, no contexto de comparação entre o Código Civil e o diploma de transposição da Directiva, L. BENEDETTI, “Il pegno nel d. Euro...”, *op. cit.*, pág. 14 e REMO TAROLLI, “Le garanzie finanziarie...”, *op. cit.*, pág. 874).

relacionada com o equilíbrio da relação de garantia e não com a satisfação do interesse da liquidez do mercado ou dos interesses do credor enquanto participante em outras relações jurídicas (59). E isto para já não falar do facto de a alienação da coisa prevista no Código Civil importar a sub-rogação dela pelo produto da venda (art. 674.º, n.º 2 (60)), ao passo que a causa de garantia que subjaz à transferência na titularidade do beneficiário consequente à reutilização da *collateral* determina a permanência da obrigação de reconstituir a garantia equivalente em substituição da garantia originária antes da data de vencimento da obrigação financeira garantida — o correspondente direito do devedor não pode, portanto, exercer-se sobre a *res*, mas resolve-se na pretensão contra o credor pignoratício à restituição do *tantundem* (61/62).

17. A garantia financeira pignoratícia serve, segundo a Directiva, dois propósitos distintos: por um lado, e tal como qualquer garantia, é um instrumento destinado a assegurar o cumprimento da obrigação garantida; por outro lado, permite ao beneficiário da garantia celebrar outros negócios, o que se consegue pela concessão do direito de disposição, que legitima o beneficiário a alienar ou a onerar os bens empenhados. Ora, caso o credor pignoratício exerça este poder, constitui-se na sua esfera a obrigação de entregar bens equivalentes ao prestador da garantia até ao final da transacção. Pelo que o penhor financeiro com direito de disposição conhece, *melius*, pode conhecer três momentos distintos: 1.º) o prestador da garantia é o proprietário do bem onerado no momento da constituição da garantia; 2.º) com o exercício do direito de disposição pelo credor, torna-se titular do direito de exigir a entrega do bem equivalente, direito este que vigora durante todo o período da transacção; 3.º) o prestador retorna à posição de proprietário no momento em que o credor cumpre a obrigação de entrega dos instrumentos financeiros equivalentes aos onerados e depois usados, momento este que normalmente ocorre no final da transacção.

Assim sendo as coisas, o que acontece, afinal, quando o devedor pignoratício concede o direito de disposição ao credor — não será que ele transfere, na realidade, o direito de propriedade?

A dogmática realista — pelo menos até ao momento — não tem grandes dúvidas quanto ao que sucede na constituição de uma garantia a favor de credor próprio ou alheio: concede-se ao credor a possibilidade de, verificando-se o incumprimento da obrigação garantida, pagar-se pelo valor da coisa onerada, uma vez que esta tenha sido alienada judicialmente (ou extrajudicialmente, nos casos em que a lei o permita, como acontece com o penhor), com preferência sobre os demais credores (*i. e.*, os credores comuns ou aqueles cuja garantia real tenha sido constituída posteriormente ou a que tenha sido atribuída por lei uma preferência não determinada pela data de constituição). O que significa que o prestador da garantia não perde o direito de propriedade sobre a coisa, a não ser no momento em que se dê a alienação do bem onerado, o que só

---

(63) A este propósito refira-se que, na opinião de PESTANA DE VASCONCELOS o legislador teria feito melhor em usar da expressão “titular” em vez de “proprietário” (Cfr. *A Cessão de Créditos em Garantia...*, op. cit., pág. 382, n. 747). Não vemos, porém, por que razão se há-de fugir à segunda designação, pois que consideramos que o titular do direito absoluto e exclusivo sobre os valores mobiliários é um verdadeiro proprietário. Especificamente sobre esta questão, no âmbito do diploma sobre os contratos de garantia financeira, afirma ALEXANDRE SOVERAL MARTINS: “a admissibilidade de um direito de propriedade sobre as participações sociais encontrou apoio adicional no regime jurídico das garantias financeiras (...). De acordo com a al. b) do art. 5.º (...), podem constituir objecto de garantias financeiras, designadamente, valores mobiliários. Ora, no n.º 2 do art. 9.º (...), lê-se, quanto ao penhor financeiro, que ‘o direito de disposição confere ao beneficiário da garantia os poderes de alienar ou onerar o objecto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, como se fosse seu proprietário’. E, quanto à alienação fiduciária em garantia, também se diz, no n.º 2 do art. 2.º (...), que aquela se distingue dos contratos de penhor financeiro porque a primeira tem por efeito a ‘transmissão da propriedade com função de garantia’ e estes não. No preâmbulo daquele diploma pode ser lido que ali se consagra ‘nova forma de transmissão da propriedade, ainda que a título de garantia’.” E continua o mesmo autor: “as acções são valores mobiliários. E o valor mobiliário não é a representação do valor, mas o valor equanto representado por títulos ou por registos em conta. Se parece resultar claro do referido regime de garantias financeiras que o valor representado pode ser objecto de um direito de propriedade, não vemos por que razão é que o direito sobre o valor seria um direito de propriedade enquanto o valor estivesse representado, e deixaria de o ser quando, por qualquer motivo, deixasse de haver essa representação. Não descortinamos qualquer sentido nessa solução. E se isto é assim para os valores mobiliários em geral, é assim também para as acções” (*Cláusulas do Contrato de Sociedade que Limitam a Transmissibilidade das Acções — Sobre os Arts. 328.º e 329.º do CSC*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 96). Também sobre a questão do direito de propriedade sobre as participações sociais, permita-se-nos remeter para o nosso *Locação Financeira de Acções...*, op. cit., págs. 99 e ss., bem como para a bibliografia aí indicada.

pode acontecer com a verificação de um evento: o inadimplemento. Até lá, o proprietário é proprietário (mesmo que não detentor), apenas estando a coisa onerada com uma garantia real.

Ora, com o Decreto-Lei n.º 105/2004, o credor, porque “autorizado” a dispor da coisa, pode, *por sua iniciativa e em função dos seus próprios interesses*, aliená-la ou onerá-la. Mas, não há aqui, se bem vemos as coisas, uma transferência da propriedade para o credor. O argumento principal — e decisivo — encontrar-se-á logo no facto de a contraposição entre a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro ser feita pelo legislador em função de haver ou não transferência da propriedade com função de garantia: é característica do primeiro contrato de garantia financeira, mas não do segundo. Mas, outros argumentos podem invocar-se. Logo à partida, podemos dizer que, se o devedor quisesse transferir a propriedade sobre os seus instrumentos financeiros, ainda que dentro de um lógica garantística, celebraria um contrato de alienação fiduciária em garantia, em que tinha a certeza, imediata, da perda da propriedade, não ficando dependente de um facto decidido, em absoluto, pelo credor. Depois, quando o legislador se refere ao poder de disposição do credor, recorre à expressão “*como se fosse proprietário*”: ora, quem actua como se fosse proprietário é porque não é, simplesmente, proprietário<sup>(63)</sup>. Por outro lado, e como é evidente, não há transferência da propriedade com a concessão do direito de disposição, logo porque, se o credor o nunca exercer, também o devedor se mantém proprietário ao longo de toda a vigência do contrato. O devedor, de certa forma, parece querer “jogar com a sorte”, mantendo a propriedade sobre os instrumentos financeiros empenhados, mas, simultaneamente, para “agradar” ao credor e,

---

(64) E por isto REMO TAROLLI afirma que “o exercício do direito de disposição dará, por isto, origem, juridicamente, a dois negócios coligados (em função do exercício do próprio direito de disposição) determinando a transferência da propriedade do *collateral* para o credor pignoratício, simultâneo à ‘reutilização’ por parte deste último sob a forma de nova garantia real ou de alienação” (“Le garanzie finanziarie...”, op. cit., pág. 677, trad. nossa).

(65) Embora seja proprietário onerado até ao cumprimento da obrigação garantida. Para tanto basta que o credor restitua bens equivalentes antes da data de vencimento (art. 10.º, n.º 4).

assim, obter melhores condições de financiamento, concede-lhe a possibilidade de alienar o objecto da garantia.

Proprietário dos valores mobiliários empenhados enquanto não é exercido o direito de disposição é, então, o devedor pignoratício. Mas, uma vez que sejam alienados, o devedor torna-se titular do direito de exigir do credor bens equivalentes aos alienados até ao momento do cumprimento da obrigação garantida. E será o devedor financeiro entendido como proprietário dos valores mobiliários equivalentes desde o momento da constituição da garantia (art. 10.º, n.º 3). Ou seja, exercido o direito de disposição pelo credor (seja pela alienação, seja pela constituição de uma garantia), o devedor pignoratício perde a propriedade e torna-se titular de um direito de crédito, só regressando à posição de proprietário com o cumprimento da obrigação do *tantudem* (portanto, sobre bens diferentes daqueles que entregou ao credor). A distância que assim se cria entre o devedor pignoratício tradicional e o financeiro é evidente: no penhor tradicional, a propriedade não se destaca da esfera jurídica do devedor pignoratício, a não ser em caso de execução, pelo que, se o credor não devolver a coisa empenhada uma vez cumprida a obrigação, ao devedor é reconhecido o poder de reivindicar; mas, se o credor pignoratício financeiro exercer o seu direito de disposição, o devedor perde a propriedade e, por isso, o poder de reivindicar junto do terceiro que tenha adquirido o bem empenhado ou que seja dele detentor por força de constituição de uma garantia pelo credor pignoratício financeiro, estando apenas habilitado a exigir do credor o cumprimento da obrigação de restituição do equivalente, sem poder, portanto, actuar junto de terceiro. Na esfera jurídica do devedor pignoratício financeiro assiste-se, assim, a um bem interessante conjunto de fenómenos: de proprietário pleno e desonerado passa a proprietário não detentor onerado com um penhor, para depois passar (eventualmente, embora) a titular de um direito de crédito, junto do seu próprio credor <sup>(64)</sup> e (ainda eventualmente) terminará como proprietário pleno

---

<sup>(66)</sup> Limitaremos o nosso estudo à questão do incumprimento, embora outros eventos possam determinar a execução pelo credor — cfr. art. 12.º, n.º 2, por exemplo.

<sup>(67)</sup> F. SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria...”, op. cit., pág. 11, F. ANNUNZIATA, “Verso una disciplina comune...”, op. cit., pág. 212.



dos instrumentos equivalentes como se do seu património nada nunca tivesse saído <sup>(65)</sup>.

**18.** Confrontado que seja com o inadimplemento do devedor, que poderes podem reconhecer-se ao credor pignoratício financeiro dotado de poderes de disposição? <sup>(66)</sup> Quando as partes tenham optado por um penhor financeiro com pacto comissório, as coisas parecem ser líquidas, pois que o credor pode apropriar-se dos bens empenhados. Mas, perante um penhor financeiro com direito de disposição ou um penhor financeiro simples talvez as coisas se revelem menos claras.

Nos termos do art. 8.º, n.º 2, “sem prejuízo do acordado pelas partes, a execução da garantia pelo beneficiário não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia ao prestador da garantia da intenção de proceder à execução”. Desta forma, transpõe o legislador português o disposto no n.º 4 do art. 4.º da Directiva, segundo o qual a realização da garantia financeira não poderia ficar dependente da notificação prévia da intenção de proceder à realização, de as condições de realização serem aprovadas por um tribunal, funcionário público ou outra pessoa, de a realização ser efectuada através de um leilão público ou segundo qualquer outra forma prescrita, ou ter decorrido qualquer prazo adicional. Assim se pretendeu reforçar a efectividade da colateralização como técnica de redução do risco de crédito, através da agilização da liquidação da garantia financeira e do respeito pela arquitectura negocial <sup>(67)</sup>. E esta previsão vem no seguimento do que se estabelece na al. a) do n.º 1 da mesma norma, pela qual se insta os Estados-membros a assegurar que um acordo de garantia financeira

---

<sup>(68)</sup> Admitindo-se a apropriação também para o penhor financeiro com direito de disposição podemos perguntar se não se estará perante uma aproximação vertiginosa entre (esta) garantia pignoratícia e a alienação fiduciária em garantia: 1) há transferência da propriedade para o credor pignoratício no momento em que exerce, precisamente, o direito de disposição; 2) se as partes assim o acordarem, pode o credor pignoratício apropriar-se da coisa empenhada assim que confrontado com o incumprimento da obrigação garantida. Por isto afirma REMO TAROLLI que “com base em tais premissas, dever-se-ia coerentemente concluir que em caso de exercício do poder dispositivo em conformidade com o contrato de penhor modifica-se substancialmente o próprio tipo negocial, que corresponderia, mais propriamente, às garantias que se perfeccionam com a transferência do título de propriedade” (“Le garanzie finanziarie...”, op. cit., pág. 881, trad. nossa).

com constituição de penhor sobre instrumentos financeiros possa ser executado “mediante venda ou apropriação, quer compensando o seu valor, quer aplicando-o para liquidação das obrigações financeiras cobertas.” Ora, o legislador português não integrou no Decreto-Lei n.º 105/2004 qualquer preceito específica e exclusivamente dedicado à execução do penhor financeiro simples ou do penhor financeiro com direito de disposição. Sem pacto comissório, o credor não pode apropriar-se dos bens empenhados. E o mesmo se não houver um pacto específico para a compensação. Assim sendo, terá de proceder à venda deles para se ressarcir do incumprimento. Que venda será esta: judicial ou extrajudicial? Pelo facto de o art. 8.º, n.º 2 afastar quaisquer requisitos a cumprir para que o beneficiário possa executar a garantia e de a Directiva se referir expressamente à não sujeição da execução a um leilão público ou à aprovação prévia das suas condições por um tribunal, quererá isto dizer que a venda será extrajudicial e ordenada pelo beneficiário. O que se compreende tendo em conta os fins de celeridade, simplificação e informalidade que o novo diploma pretende atingir, bem como a fácil avaliação do valor do bem empenhado. Assim serão as coisas no penhor financeiro simples. E no penhor financeiro com direito de disposição?

Do art. 10.º resulta que, com o exercício do direito de disposição e “*em caso de cumprimento das obrigações financeiras garantidas por parte [do prestador]*” (n.º 1, al. *a*)), nasce na esfera jurídica do credor uma obrigação de restituição. E o mesmo quando as partes tenham *previsto expressamente* a possibilidade de se cumprir a obrigação de restituição pela entrega de quantia em dinheiro equivalente ao valor do objecto da garantia — esta obrigação só tem de ser cumprida “*em caso de cumprimento pelo prestador da garantia*” (n.º 1, al. *b*). Ou seja, se o credor parece só estar obrigado a restituir objecto equivalente até ao momento do cumprimento, então poderíamos concluir que o incumprimento o desoneraria de qualquer restituição. Porém, a apropriação — (68), e bem assim, a compensação terão de ter sido prévia e especificamente previstas contratualmente (arts. 11.º e 10.º, n.º 1, al. *c*), respectivamente), tendo inclusivamente o legislador tido a preocupação de assegurar em ambos os casos o equilíbrio entre os valores da resti-

tuição e da obrigação garantida (n.º 2 do art. 11.º e parte final da al. c) do art. 10.º, n.º 1). Equilíbrio que não existiria necessariamente se o credor pudesse, simplesmente, não cumprir a obrigação de restituição com base no incumprimento: não se asseguraria que esta auto-satisfação não prejudicasse o devedor logo pelo facto de o valor da obrigação ser inferior ao valor dos instrumentos financeiros de que o credor se apropriasse, por não se ter imposto anteriormente a intervenção de um critério de equilíbrio entre objecto prestado e obrigação financeira, como seja o critério comercial razoável a que se refere o art. 11.º, n.º 3. Assim sendo, parecem-nos diferenciáveis duas situações: o credor nada restitui ao devedor até ao momento do vencimento da obrigação garantida; o credor reconstituiu o objecto equivalente antes de tal data. Nesta segunda hipótese, tudo se encontra como se não tivesse havido exercício do poder de disposição, pois o devedor é tido como proprietário dos bens equivalentes desde o momento da celebração do contrato de garantia financeira, e os direitos do beneficiário da garantia mantêm-se sobre o objecto equivalente como se este fosse o originário (art. 10.º, n.ºs 3 e 4). O que quer dizer que há coisa para executar uma vez verificado o incumprimento e, portanto, tudo se passará como descrevemos para o penhor financeiro simples. Note-se, porém, que a obrigação de reconstituição não pressupõe necessariamente um dever incondicionado de transferir para a conta do devedor os instrumentos financeiros equivalentes, reproduzindo na substância a situação antecedente ao exercício do direito de uso, mas apenas de criar a disponibilidade dos bens equivalentes na conta que é propriedade do credor com os fins da restituição ao

---

(69) REMO TAROLLI, “Le garanzie finanziarie...”, op. cit., pág. 882.

(70) O legislador italiano foi mais claro do que o português nesta matéria, pois que no n.º 4 do art. 5.º do D. lgs. n. 170 se lê que “*qualora, prima dell’adempimento dell’obbligo indicato nel comma 2 [a obrigação de restituição], si verifici un evento determinante l’escussione della garanzia, tale obbligo puo essere oggetto della clausola di ‘close-out netting’*. In mancanza di tale clausola, il creditore pignoratizio procede all’escussione della garanzia equivalente in conformità a quanto previsto nell’articolo 4”, ou seja, “*vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del avlore dell’obbligazione finanziaria garantita*” (al. a) do n.º 1).

(71) CHRISTIAN A. JOHNSON, *Derivatives and Rehypothecation Failure...*, op. cit., pág 5.

devedor no vencimento ou na realização da garantia. Se se pensasse de modo diferente, chegar-se-ia a uma conclusão ineficiente: o *collateral* seria transferido para a conta do devedor, para depois ser novamente transferido para a conta do credor no caso em que se produzisse um evento determinando a execução da garantia, sob forma, por exemplo, de apropriação ou de cálculo e pagamento do saldo líquido. Parece mais correcto reter que, ao contrário do que acontece no caso de transferência da propriedade com função de garantia (onde o credor não está obrigado a creditar a conta do devedor a não ser eventualmente depois de vencimento da obrigação garantida), o credor está obrigado a reconstituir instrumentos financeiros equivalentes, sem necessidade de colocá-los na conta do devedor antes do vencimento da obrigação garantida <sup>(69)</sup>. Ora, do mesmo modo se passarão as coisas se o credor exerceu o seu direito de disposição e ainda não tinha reconstituído a garantia equivalente até ao momento do vencimento. Como não pode apropriar-se dos instrumentos financeiros empenhados nem compensar a sua obrigação com a obrigação do devedor, terá de reconstituir a garantia equivalente para depois proceder à venda extrajudicial desses bens <sup>(70)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Também assim, *idem*, pág. 60.

<sup>(73)</sup> “*Setoff is a common law remedy 'grounded on the absurdity of making A pay B when B owes A'*” — *idem*, pág. 61.

<sup>(74)</sup> *Idem*, págs. 6 e 60 e ss..

<sup>(75)</sup> Assim também, MASTROPAOLO, “La nuova normativa europea...”, *op. cit.*, pág. 521 (n. 5).

<sup>(76)</sup> C. A. JOHNSON, *Derivatives and Rehypothecation Failure...*, *op. cit.*, págs. 79 e ss.. Talvez já não seja de qualificar como *overcollateralization* uma qualquer diferença entre aqueles dois parâmetros, mas apenas uma mera garantia acessória da garantia financeira — veja-se o exemplo adiantado por F. ZUNZUNEGUI (“*Una aproximación...*”, *op. cit.*, pág. 8): “*en las garantías financieras podrá pactarse que el valor de los instrumentos dados en garantía mantenga una proporción en relación com el valor de la obligación garantizada, por ejemplo que el valor de las acciones dadas en garantía sea superior al 125% del valor del préstamo garantizado, de tal modo que cuando se supere el margen previsto, en nuestro ejemplo, las acciones se deprecien hasta dejar de representar un valor superior al 125% del valor del préstamo, quede obligado el garante a aportar activos hasta alcanzar el equilibrio pactado. Es un supuesto de 'llamada al margen' muy habitual en las garantías financieras, también presente en los prestamos com garantía de valores*”.

19. Ao lado do perigo do incumprimento da obrigação garantida há também, da perspectiva do devedor, o perigo do incumprimento da obrigação de restituição (*rehypothecation failure* <sup>(71)</sup>), que, ocorrendo, coloca o devedor em situação de dupla perda: a primeira quando cumpre a obrigação garantida e a segunda quando não lhe são devolvidos os instrumentos financeiros empenhados.

Este perigo terá de ser mitigado, particularmente tendo em conta que o devedor nada poderá exigir do terceiro a quem o credor tenha entregue (por alienação ou por constituição de um direito de garantia) os instrumentos financeiros — pois que, como vimos, o exercício do direito de disposição opera uma transferência da propriedade, por acção do credor, do devedor para o terceiro, que assume posição totalmente legitimada. Evidentemente, o devedor sempre poderá tentar ressarcir-se da sua perda intentando contra o credor uma acção para obter uma indemnização por incumprimento contratual <sup>(72)</sup>. Mas, outras alternativas se lhe oferecem.

Uma das formas de afastar o *rehypothecation risk* será apor ao contrato de penhor financeiro uma cláusula de compensação <sup>(73)</sup>. Embora, ainda assim, o devedor corra o risco de não lhe ser devolvido o valor correspondente à diferença entre o valor dos instrumentos financeiros entregues e o valor da dívida garantida (em esta sendo menor, evidentemente) <sup>(74)</sup>. De facto, o contrato de garantia

<sup>(71)</sup> Mais desenvolvidamente, vide MASTROPAOLO, págs. 522 e ss..

<sup>(72)</sup> Não esqueçamos que, sendo embora necessário o desapossamento, os bens empenhados podem ser colocados sob o controlo de um terceiro escolhido pelas partes — arts. 6.º Decreto-Lei n.º 105/2004 e 669.º do Código Civil.

<sup>(73)</sup> Por exemplo: “*the provisions of paragraph 6 (c) shall apply for both parties; provided, however, that upon the occurrence of a Ratings Event (...) (a ‘Trigger Event’), then (i) the provisions of Paragraph 6 (c) shall not apply to such secured party for as long as such Trigger Event continues. (...) ‘Rating Event’ means that the credit risk rating for the secured party’s long term unsecured debt falls below A- by Standard & Poor’s Rating Services, a division of the McGraw-Hill Companies, Inc., or below A3 by Moody’s Investors Service*” (exemplo retirado de *idem*, pág. 87).

<sup>(74)</sup> Recordemos que o mandato, mesmo sem representação, pressupõe, nos termos do art. 1157.º do Código Civil, que uma das partes se obrigue a praticar actos jurídicos *por conta da outra* — e a obrigação de entrega de objecto equivalente não corresponde, certamente, a uma actuação por conta do devedor. Por outro lado, a representação pressupõe a *contemplatio domini* (acto executado em nome do representado), além da declaração de uma vontade própria do representante a adir à do representado.

financeira permite que aquele que é devedor hoje possa ser credor amanhã, e por isso é evidente a sua natureza especulativa, pois que tal mutação dependerá da evolução das condições de mercado (câmbios entre moedas, taxas de juro, relação entre a oferta e a procura dos instrumentos financeiros...) (75). Consequentemente, as partes, também para evitar o *rehypothecation failure*, devem estar atentas a situações de *overcollateralization*, *i. e.*, à diferença que pode existir entre o valor da obrigação e o valor do bem que serve de garantia. Esta diferença pode ser intencional, nomeadamente porque o credor nela insistiu tendo em conta a pobre qualidade creditícia do devedor, ou não, se, por exemplo, as condições de mercado levaram a um rápido e significativo aumento do valor dos instrumentos empenhados (76). Para tanto, podem ir fazendo, por exemplo, recorrentes avaliações matemáticas do valor garantido e do valor empenhado (aquela que obtiver um valor de sinal positivo é a que corre o risco de exposição ao incumprimento (77)) ou prevenindo que um terceiro actue como depositário e avaliador dos instrumentos financeiros (78). Outra possibilidade ainda será — deixando de lado a radicalidade da não concessão do direito de disposição —, simplesmente, condicionar o exercício deste direito (por exemplo, o direito manter-se-á enquanto o credor da obrigação principal gozar de uma certa qualidade de crédito) (79).

**20.** Ora, procurando subsumir o que acaba de descrever-se a institutos jurídicos conhecidos em período anterior à publicação da Directiva, um relatório feito por vários peritos junto da UNIDROIT colocou algumas hipóteses antes de chegar à conclusão de que o penhor financeiro é uma espécie de penhor irregular: o credor é um representante do devedor, o credor actua como um vendedor numa relação de consignação (*consignment sale*), o penhor financeiro assemelha-se em muito ao subpenhor (*re-pledge*) ou ao penhor sobre bens perecíveis (*perishable goods*).

---

(81) *Report on the "Right of Use"...*, op. cit., pág. 33.

(82) O direito holandês é usado como um dos pontos de referência para a subsumção do direito de disposição a institutos já conhecidos do direito europeu.

(83) *Report on the "Right of Use"...*, op. cit., pág. 32.

A primeira hipótese foi afastada porque, quando o credor pignoratício aliena ou onera o bem empenhado, fá-lo *em seu próprio nome, em interesse próprio e por conta própria*. Por isso, o credor não é mandatário, nem procurador do devedor <sup>(80)</sup>. Mesmo nos casos da *procura in rem propriam*, isto é, nos casos em que a representação é conferida para que o procurador exerça determinados poderes em benefício próprio, fazendo seu o produto da sua actividade, o procurador actua *em nome alheio*, coisa que não acontece com o credor pignoratício, que dispõe dos valores mobiliários *em nome próprio*. Este aliena ou onera, porque é titular de um direito de disposição sobre os instrumentos financeiros empenhados — o poder que exerce é *seu*, é exercido *em seu próprio nome, para benefício próprio*, nas condições que considerar mais indicadas para a sua actividade negocial.

Também será de precludir a associação entre o penhor financeiro e a relação que liga o fornecedor do bem e o vendedor numa venda em consignação: enquanto no penhor financeiro o devedor pignoratício recebe capital logo no primeiro momento, na venda em consignação o fornecedor só o recebe no momento final; e este capital é em forma de dinheiro, ao passo que o devedor pignoratício tem direito de exigir bens equivalentes aos onerados e só em caso de cumprimento da obrigação garantida <sup>(81)</sup>.

O direito holandês <sup>(82)</sup> prevê a possibilidade de, mediante um acordo específico, ao credor pignoratício ser atribuído o direito de constituir um novo penhor (*re-pledge*) sobre o bem empenhado, garantia que ganhará preferência sobre o penhor primeiramente constituído (art. 3:242 Código Civil). Apoiando-se no facto de o credor pignoratício não ser proprietário do bem empenhado, tem sido esta norma contestada pela doutrina holandesa. Isto, bem

---

<sup>(84)</sup> No caso da lei holandesa, não se prevê qualquer norma especificamente dedicada ao penhor de bens perecíveis, parecendo funcionar uma sub-rogação real — *Report on the "Right of Use" ...*, op. cit., pág. 35.

<sup>(85)</sup> DANIELA VITTORIA, "Pegno irregolare", *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990, pág. 1, trad. nossa. Com definições idênticas, ARTURO DALMARTELLO, "Pegno irregolare", *Novissimo Digesto Italiano*, 1965, vol. XII, Turim, pág. 800, SEBASTIANO CICCARELLO, "Pegno", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, 1982, pág. 688.

<sup>(86)</sup> D. VITTORIA, "Pegno irregolare", op. cit., pág. 1, A. DALMARTELLO, "Pegno irregolare", op. cit., pág. 801 (n. 4).

como o facto de, até ao início da vigência da Directiva, tal solução ser desconhecida dos restantes ordenamentos jurídicos europeus (o normal é que o credor possa onerar o direito de crédito que o liga ao devedor, que não tem necessariamente de ser o devedor pignoratício), levou a que no Relatório se afastasse o re-penhor como fonte de explicação satisfatória para o direito de disposição <sup>(83)</sup>.

Já quanto ao penhor de bens perecíveis, foi feita a comparação com o que no § 1219, 1 BGB se prevê, pois que a lei alemã permite que o credor aliene o objecto da garantia, passando esta a incidir sobre o produto da venda (n.º 2 do mesmo preceito). Todavia, não só os instrumentos financeiros não são coisas perecíveis, como a venda que naquela norma se prevê serve o fim de garantia da posição do credor, mas já não o outro fim que é (talvez mais) caro à Directiva: o de permitir a negociação dos bens empenhados, para assim promover-se a liquidez do mercado financeiro comunitário <sup>(84)</sup>.

Finalmente, é analisado o penhor irregular, contrato típico no direito italiano desde a publicação do *Codice Civile* de 1942 (art. 1851.º) e definido como o “contrato através do qual o garante entrega e atribui em propriedade ao credor dinheiro ou bens tendo um preço corrente no mercado — e por isso consideráveis fungíveis com dinheiro. De tais bens o credor deve restituir o *tantudem*, apenas se e quando se verifique um regular cumprimento da obrigação garantida (...), enquanto pode operar-se uma legítima apropriação no caso de incumprimento da prestação principal, o valor excedente sendo restituído ao garante” <sup>(85)</sup>. As semelhanças entre o penhor irregular e o penhor financeiro são evidentes, logo se destacando que ambos são contratos reais quanto à constituição e quanto aos efeitos, na medida em que a entrega do bem onerado é essencial à perfeição do contrato, assim como dele resulta a constituição

---

<sup>(87)</sup> *Idem*, pág. 801.

<sup>(88)</sup> Neste sentido, MORI, NICOLÒ e DE MARTINI (autores citados *idem, ibidem*).

<sup>(89)</sup> Assim, D. VITTORIA, “Pegno irregolare”, pág. 1 e A. DALMARTELLO, “Pegno irregolare”, op. cit., pág. 801 (com indicação de outros autores com ele concordantes na nota 4).

<sup>(90)</sup> Também assim, A. V. GUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, op. cit., pág. 116.

<sup>(91)</sup> Para maiores desenvolvimentos, *vide* A. DALMARTELLO, “Pegno irregolare”, págs. 802 e ss. e D. VITTORIA, “Pegno irregolare”, págs. 3 e ss..



de um direito real a favor do credor <sup>(86)</sup>; têm por objecto bens fungíveis ou facilmente avaliáveis em dinheiro, que são substituíveis, por definição, pelo *tantundem eiusdem generis*; para além de o garante se tornar titular de um direito de crédito consistindo no poder de exigir o *tantundem* ou o excedente, na medida em que é possível compensar-se a dívida garantida com este crédito. Porém, o penhor irregular, agora de modo radicalmente oposto ao penhor financeiro, tem a particularidade, reconhecida pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência italianas <sup>(87)</sup>, de *implicar a transferência da propriedade do garante para o beneficiário*, apesar de ser ainda debatida a justificação para esta transmissão: enquanto uma parte da doutrina italiana considera que a propriedade se transmite como consequência da fungibilidade do objecto (que se confundirá com o restante do património do *accipiens*) <sup>(88)</sup>, outra parte considera que se trata de um efeito expressamente querido pelos contraentes e que se manifesta pelo acto da entrega <sup>(89)</sup>. Como cremos ter deixado claro, não há transferência da propriedade no penhor financeiro, pelo que este não pode identificar-se com o penhor irregular <sup>(90)</sup>. Logo, rever a discussão relativa à justificação para aquele fenómeno não é pertinente por agora <sup>(91)</sup>. Com excepção para aquele primeiro argumento. Se é verdade que tanto o penhor financeiro como o penhor irregular têm por objecto coisas fungíveis e facilmente avaliáveis em dinheiro, não podemos esquecer que, por imposição da lei, os instrumentos financeiros que são empenhados têm de ser identificados (recordamos o art. 7.º, n.ºs 3 e 4), pelo que não pode haver qualquer confusão entre os bens que são empenhados e entregues ao credor pignoratício e os que no património deste já existissem eventualmente. Aliás, se assim não fosse, deitar-se-ia logo por terra a qualificação do penhor financeiro como direito real de garantia por violação do princípio da especificação (os direitos reais incidem sempre sobre coisas certas e determinadas, ainda que fungíveis). São, pois, perfeitamente identificados no património do beneficiário da garantia os valores mobiliários que são propriedade do devedor, não havendo, por isto, transmissão da propriedade “por confusão”.

Não intencionamos tomar já aqui uma posição sobre a natureza jurídica do instituto em observação. Mas, sempre adiantaremos que as semelhanças entre o penhor financeiro e o penhor comum não nos convencem no sentido de que se trata aqui de um novo direito real de garantia, a juntar-se à lista dos outros já presentes no Código Civil e, portanto, ao lado do penhor. Antes acreditamos estar perante, apenas, *um novo regime especial do penhor*. Vimos que se o credor pignoratício financeiro não exercer o seu direito de disposição terá de entregar os instrumentos financeiros propriedade (sempre) do devedor sob pena de reivindicação, caso o devedor cumpra a obrigação financeira garantida; ou, confrontado com o incumprimento, poderá executar a garantia. E o mesmo acontecerá se optar por alienar ou onerar os instrumentos financeiros empenhados (em não havendo, evidentemente, direito de apropriação ou acordo de compensação), embora a execução ou a entrega tenham por objecto bens equivalentes aos originais. Portanto, mesmo que, neste segundo caso, a situação seja bem mais complexa, a verdade é que, no momento do vencimento da obriga-

---

(92) Parece ser diferente a posição de MASTROPAOLO (“La nuova normativa europea...”, op. cit., pág. 536): “nova forma de penhor, em que o garante manteria sempre a propriedade do dinheiro e dos instrumentos financeiros, enquanto o credor pignoratício teria o direito de dispor dos bens, constituídos em penhor, contra o fornecimento de uma contragarantia real ‘objecto de propriedade’ do garante, consistindo no dever de restituir bens da mesma natureza, espécie e características. Por este motivo, tal *nova forma de penhor dificilmente poderia dar lugar, na posição do beneficiário, a um ‘direito real de garantia’*; seria antes constituído a seu favor, sem mais, um ‘direito real’, podendo dele dispor plenamente dos bens onerados, mantendo-se por outro lado firme, simultaneamente, a relação garante/garantido”, trad. e its. nossos.

(93) Recorde-se o penhor mercantil (não exige desapossamento do devedor e a venda é feita extrajudicialmente — arts. 398.º e 401.º do Código Comercial), o penhor em garantia de créditos de estabelecimentos bancários (dispensa do desapossamento) ou o penhor efectuado a prestamista (redução do contrato de mútuo a escrito, excepção de algumas coisas, venda extrajudicial — Decreto-Lei n.º 365/99, de 17 de Setembro).

ção garantida as posições do credor e do devedor terão de ser equivalentes às que ocupavam inicialmente, como se o direito de disposição nunca tivesse sido exercido: o devedor é proprietário de um bem certo e determinado (desde o momento da celebração do acordo de garantia financeira) e o credor é titular do direito de executar esse bem para ressarcir-se do incumprimento da obrigação garantida (desde a data da celebração do acordo de garantia financeira e mesmo que a coisa empenhada desde tal momento não tenha mais parado na detenção do devedor). Ou seja, o credor é titular de um direito que lhe permite satisfazer o seu crédito com preferência sobre os demais credores, pelo valor de coisa móvel pertencente ao devedor (ou a terceiro), assim se subsumindo à definição contida no art. 666.º do Código Civil. O facto de, antes do momento do vencimento, ter tido o poder de disposição em nada altera a natureza jurídica do direito — o que é até confirmado pela obrigação de restituição. E tal conclusão não mudará se houver pacto comissório, pois que este é apenas um modo contratualmente previsto pelas partes para a execução — extrajudicial — da garantia. Acreditamos, portanto, que o penhor financeiro com direito de disposição é uma garantia real pignoratícia <sup>(92)</sup>. Aliás, o penhor, mesmo antes do Decreto-Lei n.º 105/2004, já se caracterizava pela multiplicidade dos especiais regimes jurídicos a que estava sujeita <sup>(93)</sup>.



## INSOLVÊNCIA E CONTRATO-PROMESSA: OS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA SOBRE O CONTRATO-PROMESSA COM EFICÁCIA OBRIGACIONAL

*Pelos Prof. Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira  
Prof. Doutora Catarina Serra*

### **SUMÁRIO:**

1. Os efeitos da declaração de insolvência e o princípio *par conditio creditorum*. 2. A disciplina dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso. 3. A recusa do cumprimento do contrato-promessa sem eficácia real por parte do administrador da insolvência. 3.1. O administrador da insolvência tem o direito (potestativo) de recusa de cumprimento do contrato-promessa sem eficácia real. 3.1.1. A inaplicabilidade do art. 103.º do CIRE. 3.2. O promitente-adquirente não tem direito à restituição do sinal em dobro. 3.2.1. A função do sinal nos contratos-promessa de compra e venda de edifício ou fracção autónoma. 3.2.2. A incompatibilidade entre a actuação do sinal confirmatório e o direito de recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência. 3.2.3. A ilicitude e a culpa como pressupostos da actuação do direito ao sinal confirmatório com uma função compulsória e / ou sancionatória. 3.2.4. A ilicitude e a culpa como pressupostos da actuação do direito ao sinal confirmatório com uma função indemnizatória. 3.2.5. A inadmissibilidade de actuação do direito de exigir o sinal em dobro na hipótese de recusa de cumprimento do contrato-promessa sem eficácia real. 3.2.6. A imperatividade das normas dos arts. 102.º a 118.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. 3.3. O promitente-adquirente tem um direito de crédito calculado com base na diferença de valor entre as prestações. 3.3.1. O sentido da alínea *c)* do n.º 3 do art. 102.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. 3.3.2. O sentido da alínea *d)* do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. 3.4. O promitente-adquirente tem (apenas) um crédito sobre a insolvência. 3.5. O promitente-adquirente não tem direito de retenção sobre a coisa objecto de *traditio*. 4. Conclusões.

---

(<sup>1</sup>) Cfr., sobre isto, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 15 e s.

(<sup>2</sup>) Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., pág. 37.

## 1. Os efeitos da declaração de insolvência e o princípio *par conditio creditorum*

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março, com as alterações do DL n.º 200/2004, de 18 de Agosto, do DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, do DL n.º 282/2007, de 7 de Agosto, do DL n.º 116/2008, de 4 de Julho, e do DL n.º 185/2009, de 12 de Agosto) veio estabelecer um novo paradigma da insolvência e alterar em muitos pontos o regime do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência <sup>(1)</sup>.

Aos efeitos da declaração de insolvência continua a corresponder uma disciplina jurídica própria, não obstante agora sujeita a nova sistematização. Distinguem-se hoje os “efeitos sobre o devedor e outras pessoas” — que correspondem aos “efeitos em relação ao falido” do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência —, os “efeitos processuais”, os “efeitos sobre os créditos”, os “efeitos sobre os negócios em curso” e a “resolução em benefício da massa insolvente” — que eram antes regulados numa única secção do Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência, sob o título “efeitos em relação aos negócios jurídicos do falido” <sup>(2)</sup>.

Exceptuando alguns efeitos sobre o devedor — os efeitos especiais da declaração da insolvência como culposa previstos nas als. *b)*, *c)* e *d)* do n.º 2 do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) —, todos os efeitos da declaração de insolvência são “instrumentais” ao processo de insolvência, devendo ser-

---

<sup>(3)</sup> Sobre o princípio *par conditio creditorum* cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 152 e s.

<sup>(4)</sup> Cfr. NICOLA JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale — Trattato di Diritto Civile (diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli)*, Milano, Vallardi, 1964, págs. 66-67. O A. afirma que, no plano económico, o credor do comerciante acaba por dividir, mesmo que indirectamente, os riscos da empresa: nenhum fornecedor a crédito se sujeitaria à álea de perder o que é seu se não vislumbrasse certas garantias de solidez na empresa e de probidade e capacidade do seu titular.

vir o seu fim. O que equivale a dizer que eles se destinam a tornar mais fácil a *satisfação paritária dos interesses dos credores* ou, pela negativa, a impedir que, após a declaração de insolvência, algum credor possa obter uma satisfação mais eficaz (mais rápida ou mais completa) do que — e em prejuízo de — os restantes credores.

Os efeitos da declaração de insolvência têm, portanto, subjacente o princípio *par conditio creditorum* ou princípio da igualdade dos credores (*Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung* ou *Prinzip der Gleichbehandlung* no círculo jurídico germânico e *pari passu principle* no círculo jurídico anglo-saxónico) e é este que deve orientar a aplicação das normas que os consagram — sobretudo daquelas que deixam, aparentemente, ao juiz e ao administrador da insolvência, alguma liberdade de actuação<sup>(5)</sup>.

O princípio *par conditio creditorum* acarreta, como se sabe, uma limitação generalizada dos direitos “naturais” dos credores. Pode parecer intrigante — contraditório ou paradoxal — que a fonte destes condicionamentos seja justamente o mecanismo concebido para a consecução de uma tutela mais eficaz dos direitos de crédito — o processo de insolvência. Contrariando as aparências, é lógico que assim seja.

Na sua génese, a *par conditio creditorum* corresponde a uma exigência de “justiça distributiva” — de distribuição do sacrifício, de “comunhão de perdas” (*Verlustgemeinschaft*) ou de “comunhão no risco” (*Risikogemeinschaft*).

---

(5) Cfr. SALVATORE SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996, *passim* e esp. pág. 518.

(6) Esclareça-se que o conflito potencial ou eventual que caracteriza o concurso de credores é um conflito de facto, de carácter económico, e não um conflito jurídico. No concurso de credores não está, em rigor, em causa nenhum direito de cada credor contra os demais, pois o concurso não pressupõe nem cria relações substanciais entre eles. Está em causa, da mesma forma que em qualquer processo singular, o direito de crédito de cada credor contra o devedor, a relação substancial existente entre cada credor e o devedor, que não se alteram por força do concurso. O que pode alterar-se, sim, é o resultado prático do exercício do poder de execução: por causa do concurso, a satisfação integral do credor pode não ser viável, estando sujeita às limitações em consequência da existência, da quantidade e do valor dos direitos dos restantes credores.

(7) Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., págs. 391 e s.

O processo de insolvência — ou, mais exactamente, a sentença de declaração de insolvência — não faz mais do que reconhecer uma situação de facto — a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações — e desencadear a aplicação das providências adequadas. É nesta situação de facto que se encontra a razão de ser de todas as especialidades de regime; nela se reconstitui a “solidariedade económica natural” entre os credores — de que falavam NICOLA JAEGER <sup>(4)</sup> e, de forma mais explícita, SALVATORE SATTA <sup>(5)</sup>. Em regra ou durante algum tempo, esta solidariedade é um elo meramente de facto, potencial, pese embora imputável a vicissitudes jurídicas, ou seja, a cada um dos vínculos jurídicos autonomamente constituídos pelo devedor. E assim permanece, reservada, a não ser que (e até que) ocorra uma situação que concretize os riscos associados ao crédito e perturbe a confiança dos credores na capacidade de cumprimento do devedor: a insolvência. A partir daí, os credores, que antes partilharam os riscos económicos da empresa ou dos actos patrimoniais do devedor, são chamados a assumir no plano jurídico as consequências dessa sua posição, reunindo-se como que numa consciência e numa preocupação comuns: uma vez verificada a condição que desencadeia o concurso de credores [(cfr. art. 604.º, n.º 1, do Código Civil (CC)) <sup>(6)</sup>], está definitivamente limitado o alcance da responsabilidade patrimonial do devedor (cfr. art. 601.º do CC) <sup>(7)</sup>.

São múltiplas as manifestações do princípio *par conditio creditorum* no regime da insolvência português. Por força da declaração de insolvência, os credores ficam limitados no exercício do seu

---

<sup>(8)</sup> Além das normas referidas, há mais algumas normas que homenageiam claramente o princípio *par conditio creditorum*, não impondo propriamente limitações aos credores; destaca-se, por exemplo, a norma do art. 91.º, n.º 1, do CIRE (vencimento imediato de dívidas).

<sup>(9)</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1995, III, págs. 658-659, e CATARINA SERRA, “Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)”, in: *Scientia Iuridica*, 1998, n.ºs 274/276, pág. 299.

<sup>(10)</sup> Sobre o conceito cfr., por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, Separata da *Themis*, Edição Especial — *Novo Direito da Insolvência*, 2005, págs. 111-112, e LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2006, págs. 535-537.



poder de acção executiva — por força da impossibilidade de instaurar e de obter o prosseguimento de acções executivas contra o devedor (cfr. art. 88.º, n.º 1, do CIRE); na titularidade de certos direitos reais de garantia dos seus créditos — devido à susceptibilidade de extinção dos privilégios creditórios e garantias reais (cfr. art. 97.º do CIRE) —, no recurso a certos meios de extinção das obrigações — pelos condicionamentos impostos ao exercício do direito de compensação (cfr. art. 99.º do CIRE) —, no recurso a certas providências de conservação do património do devedor — pelos condicionamentos apertados impostos ao direito de instauração de acções de impugnação pauliana (cfr. art. 127.º do CIRE) —, no gozo de certas posições processuais de vantagem — por força da regra da inatendibilidade, na graduação de créditos, da preferência resultante da hipoteca judicial ou proveniente da penhora (cfr. art. 140.º, n.º 3, do CIRE); ficam, por fim, sujeitos a um conjunto de efeitos particulares no caso de estarem ainda em curso negócios jurídicos em que participaram com o insolvente (cfr. art. 102.º e s. do CIRE) (8).

## 2. A disciplina dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso

---

(11) Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, — “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, cit., pág. 109.

(12) Diversamente, no Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência, os casos especiais — homólogos — estavam regulados sem nexo aparente nem subordinação a um princípio comum (cfr. arts. 161.º a 171.º do CPEREF). Na esmagadora maioria dos casos, contudo, era (já) ao liquidatário judicial que cabia o encargo de decidir o destino dos negócios — de decidir a sua extinção ou a sua execução. Assim, por exemplo, a norma do art. 161.º do CPEREF, que, não obstante de aplicação limitada à compra e venda ainda não cumprida, consagrava uma disciplina muito próxima do princípio geral do art. 102.º do CIRE, com a única diferença de qualificar o acto de recusa de cumprimento como “resolução”. A proximidade entre as normas do art. 102.º do CIRE e do art. 161.º do CPEREF é assinalada também por LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 139) e por A. RAPOSO SUBTIL, MATOS ESTEVES, MARIA JOSÉ ESTEVES e LUÍS M. MARTINS (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Porto, Vida Económica, 2004, pág. 189).

(13) Dispunha-se no art. 161.º, n.º 2, 2.ª parte, do CPEREF que, quando o falido fosse o vendedor, caberia ao liquidatário «optar pelo cumprimento do contrato ou pela

No capítulo relativo aos negócios em curso foi introduzida, logo a abrir, uma norma de carácter geral: o art. 102.º do CIRE. Há algum tempo se reclamava uma disposição deste tipo <sup>(9)</sup>.

No seu n.º 1 define-se, primeiro, o conceito de “negócios em curso” <sup>(10)</sup> e determina-se, depois, que o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência opte pela execução ou recuse o cumprimento. Diz-se, mais exactamente, que:

«[...] em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento».

À norma do art. 102.º do CIRE — a este seu princípio geral quanto a negócios não cumpridos — ficam subordinadas as normas subsequentes, que consagram efeitos especiais sobre cada uma das situações ou relações jurídicas do devedor. Trata-se, como diz JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, de um articulado «dominantemente casuístico» <sup>(11)</sup>, sobre os casos especiais de prestações indivisíveis (cfr. art. 103.º do CIRE), de contrato de compra e venda (cfr. arts. 104.º e 105.º do CIRE), de promessa de contrato (cfr. art. 106.º do CIRE), de operações a prazo (cfr. art. 107.º do CIRE), de contrato de locação (cfr. arts. 108.º e 109.º do CIRE), de contratos de mandato e de gestão (cfr. art. 110.º do CIRE), de contrato de prestação duradoura de serviço (cfr. art. 111.º do CIRE), de procurações (cfr. art. 112.º do CIRE), de insolvência do trabalhador (cfr. art. 113.º do

---

resolução dele com direito para o comprador a reclamar da massa falida a indemnização do dano sofrido». Esta última referência — à *indemnização do dano sofrido* — não constava da primeira versão da norma; foi introduzida pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, em substituição da menção anterior — à *indemnização devida por falta de cumprimento*. Sobre o sentido da alteração cfr. CATARINA SERRA, “Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)”, cit., pág. 300. Também no direito espanhol o poder da *administración concursal* é qualificado como *resolución* (cfr. art. 61.º, 2, 2.ª parte, da *Ley Concursal*).

<sup>(14)</sup> A norma da lei alemã homóloga à (e modelo da) do art. 102.º do CIRE — o § 103 da *Insolvenzordnung (InsO)* — tem justamente essa epígrafe.

<sup>(15)</sup> Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, “Efeitos substantivos da declaração de falência”, in: *Direito e Justiça*, 1995, volume IX, pág. 46.

CIRE), de prestação de serviço pelo devedor (cfr. art. 114.º do CIRE), de cessão e penhor de créditos futuros (cfr. art. 115.º do CIRE), de contas correntes (cfr. art. 116.º do CIRE), de associação em participação (cfr. art. 117.º do CIRE) e de Agrupamento Complementar de Empresas (ACE) e Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE) (cfr. art. 118.º do CIRE) <sup>(12/13)</sup>.

Aquele direito de escolha ou de opção do administrador da insolvência (*Wahlrecht des Insolvenzverwalters*) <sup>(14)</sup> — o direito de dar ou recusar cumprimento aos contratos — foi atribuído ao administrador enquanto instrumento especialmente adequado à situação de insolvência, devendo o administrador dar-lhe um uso consentâneo com isso. Como já dizia LUÍS CARVALHO FERNANDES, no quadro do Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência, «[casos] há em que se justifica uma ponderação casuística dos interesses implicados na manutenção ou extinção do negócio. Por assim ser, a declaração de falência apenas atribui ao liquidatário judicial um poder (potestativo), dependendo da sua decisão o destino do negócio» <sup>(15)</sup>.

Como não se exige declaração expressa nem forma especial para a declaração do administrador de insolvência, deve entender-

---

<sup>(16)</sup> Cfr., por todos, MICHAEL HUBER, “Gegenseitige Verträge”, in: PETER GOTTWALD (Hrsg), *Insolvenzrechts-Handbuch*, München, C.H. Beck, 2006, pág. 570, e ERNST-DIETER BERSCHIED, anotação ao § 103 da *InsO*, in: WILHELM UHLENBRUCK (Hrsg), *Insolvenzordnung — Kommentar*, München, Franz Vahlen, 2003, págs. 1643-1644.

<sup>(17)</sup> Cfr. IGNACIO TIRADO MARTÍ, “Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, in: *Anuario de Derecho Civil*, 2009, tomo LXII, fascículo III, págs. 1074-1075.

<sup>(18)</sup> Sobre a qualificação deste direito como direito potestativo também no direito alemão cfr., por todos, LUDWIG HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2003, pág. 444.

<sup>(19)</sup> Cfr., neste sentido, também LUDWIG HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., págs. 435-439, e REINHARD BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pág. 89.

<sup>(20)</sup> Formula diversamente a mesma ideia LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO (*Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 172): «[a] concessão deste direito de opção ao administrador da insolvência resulta do facto de a insolvência consistir numa impossibilidade geral de cumprimento das obrigações, que justifica a adopção de medidas em defesa dos credores. Ora, se o insolvente se visse forçado a cumprir negócios em curso, os pagamentos que efectuasse beneficiariam alguns credores em detrimento de outros, sendo,

se que se aplicam os princípios da liberdade declarativa do art. 217.º do CC e da liberdade de forma do art. 219.º do CC. Assim, se for possível retirar de actos praticados pelo administrador (ou do comportamento por ele adoptado) que a opção foi no sentido da recusa de cumprimento (como acontece, por exemplo, quando o administrador inclui um crédito resultante do não cumprimento de um negócio em curso na lista de créditos reconhecidos sem o subordinar a condição), deve ter-se a recusa por declarada. É esta também a solução consensualmente aceite pela doutrina e pela jurisprudência alemãs no contexto da disposição correspondente ao art. 102.º do CIRE — o § 103 da *Insolvenzordnung (InsO)* — uma declaração unilateral, não sujeita a forma especial e recepção (*eine einseitige, formfreie, empfangsbedürftige Willenserklärung*)<sup>(16)</sup>.

O direito de opção é um direito perfeitamente enquadrado no conjunto de funções típicas do administrador da insolvência — enquanto representante da massa insolvente e defensor dos seus interesses e enquanto “órgão funcional” da insolvência, como alguns autores o qualificam (ou seja: órgão dotado de funções adequadas à realização prática dos valores tutelados pelo Direito da Insolvência)<sup>(17)</sup>.

Apesar de potestativo<sup>(18)</sup>, não é um direito de exercício livre ou acriterioso, devendo o administrador optar, em cada caso, pela solução que melhor servir as finalidades do processo de insolvência. O que equivale a dizer: a solução que maximizar o valor da massa insolvente e, dessa forma, as probabilidades de satisfação dos credores. Trata-se, em última análise, de mais uma manifestação do princípio *par conditio creditorum*, no sentido de que o processo de insolvência deve perseguir, não uma satisfação individual

---

por isso, que a lei estabelece que os credores perdem, com a declaração de insolvência, a possibilidade de exigir autonomamente os seus créditos. Correspondendo, no entanto, esses negócios a contratos bilaterais, o sinalagma leva a que a outra parte não seja obrigada a cumprir, se o insolvente não o fizer. Ora, como o cumprimento desses contratos pode ser conveniente aos interesses da massa, concede-se ao administrador a possibilidade de optar entre o cumprimento do contrato e a sua recusa, consoante for ou não conveniente para a massa. Assim se consegue conciliar os interesses da massa e a tutela da igualdade dos credores com o regime característico dos contratos bilaterais».

ou selectiva, mas sim uma satisfação colectiva e paritária — a satisfação mais completa possível do maior número possível de credores <sup>(19/20)</sup>.

Depois de tudo, torna-se claro que a recusa de cumprimento dos negócios em curso por parte do administrador é, nos casos em que a lei a preveja, um acto não só absolutamente *lícito* como *adequado aos fins do Direito da Insolvência*.

### **3. A recusa do cumprimento do contrato-promessa sem eficácia real por parte do administrador da insolvência**

#### **3.1. O administrador da insolvência tem o direito (potestativo) de recusa de cumprimento do contrato-promessa sem eficácia real**

Um dos casos mais discutidos no âmbito dos negócios em curso à data da declaração de insolvência é o do contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional. A hipótese é muito frequente na prática e a sua disciplina legal não é das mais claras, sobretudo quando comparada com a que lhe correspondia no Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência (CPEREF).

---

<sup>(21)</sup> Segundo MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (*Manual de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 149) os requisitos seriam somente dois: a eficácia real do contrato e a entrega da coisa.

<sup>(22)</sup> Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato promessa*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 165.

<sup>(23)</sup> Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, Lisboa, Quid Juris, 2008, pág. 400.

<sup>(24)</sup> Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Aplicação do tempo do artigo 164.º-A do Código da Falência — Anotação ao Ac. do STJ de 9.5.2006, Rev. 827/06”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2006, n.º 16, pág. 65 (nota 8).

<sup>(25)</sup> Cfr. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência / insolvência — Anotação ao Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2008, n.º 24, págs. 61 e s.

A questão fundamental é a de saber se um promitente-comprador de edifício ou fracção autónoma, com *traditio*, cujo contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional não foi cumprido pelo administrador da insolvência, goza do direito ao recebimento do sinal em dobro e da qualificação do seu crédito como garantido por via do direito de retenção (sendo assim graduado acima do credor hipotecário).

Em primeiro lugar, não deve haver dúvidas quanto à possibilidade de o administrador da insolvência recusar o cumprimento quando, independentemente de *traditio*, o contrato-promessa tem eficácia meramente obrigacional.

Esta possibilidade resulta evidente do n.º 1, *a contrario*, do art. 106.º do CIRE, que não permite a recusa de cumprimento *apenas quando* estejam reunidos três requisitos: o contrato-promessa tenha eficácia real, o promitente-vendedor seja o insolvente e tenha havido tradição a favor do promitente-comprador <sup>(21)</sup>. Nos casos restantes, pode existir recusa, aplicando-se então o disposto no

---

<sup>(26)</sup> Cfr. LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 145, e IDEM, *Direito da Insolvência*, cit., págs. 181-182. Em termos idênticos se pronunciara já o A. perante o Anteprojecto (“Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso”, in: AA. VV., *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — Comunicações sobre o Anteprojecto de Código*, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 65). O alcance do argumento sempre terá, porém, de ser restringido pela afirmação do A. de que «o direito de retenção consagrado no art. 755.º f) só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito» (Direito das obrigações, vol. I — *Introdução. Da constituição das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 248) — afirmação entretanto sufragada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Tratado de direito civil português*, vol. II — *Direito das obrigações*, tomo II — *Contratos. Negócios unilaterais*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 402).

<sup>(27)</sup> Preconiza o acolhimento desta tese em futuras alterações legislativas (reconhecendo, implicitamente que ela não resulta actualmente da lei), JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA [“Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2008, n.º 22, pág. 21].

<sup>(28)</sup> Também MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO [*Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 149 (nota 401)] reconhece que esta é a única interpretação possível do art. 106.º, n.º 1, do CIRE, em face da sua letra, embora alerte para as críticas a que a solução se presta quando «já houve tradição, encontrando-se o promitente-comprador até a exercer direito de retenção». Ora, quando o promitente-comprador está a exercer o direito de retenção isso significa que já houve incumprimento e, sendo assim, não há lugar à recusa de cumprimento nem, consequentemente, à aplicação do art. 102.º do CIRE.

<sup>(29)</sup> A questão será abordada *infra*.

n.º 2 do art. 106.º e, por remissão deste, o n.º 5 do art. 104.º e, finalmente, o n.º 3 do art. 102.º do CIRE.

Segue-se, assim, neste ponto, da posição adoptada por JOÃO CALVÃO DA SILVA (22), LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (23), JOSÉ LEBRE DE FREITAS (24) e — implicitamente — LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (25).

Diverge-se, portanto, de LUÍS DE MENEZES LEITÃO, que entende ser inadmissível a recusa de cumprimento de *qualquer* contrato-promessa *sempre que exista tradição*. Mesmo quando o contrato-promessa tem eficácia meramente obrigacional — diz o A. —, a transmissão da posse da coisa faz sempre funcionar o art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC: o promitente-comprador torna-se titular de um direito de retenção, que, constituindo uma garantia real, não pode deixar de ser atendida em sede de insolvência. O preceito do art. 106.º do CIRE deveria, pois, ser interpretado correctivamente de forma a excluir a possibilidade de recusa de cumprimento (também) nesta situação (26/27).

Desde logo, e ao contrário do que diz o A., não pode sustentar-se que a disposição “omita” a hipótese de contrato-promessa sem eficácia real em que tenha havido tradição da coisa para o promitente-comprador. Deve presumir-se que o legislador disse precisamente aquilo que queria dizer: se ele regulou no n.º 1 os casos em que o administrador fica impedido de recusar o cumprimento do contrato, limitando-os aos que reúnam aqueles três requisitos, não pode, sem mais, pressupor-se que simplesmente esqueceu os restantes — deve, ao invés, entender-se que ele teve a intenção de os excluir (28).

Depois, o fundamento apresentado pelo A. para afastar o direito de recusar o cumprimento nestes casos — de que a transmissão da posse da coisa faz sempre funcionar o art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC e o promitente-comprador fica titular de um direito de retenção — não procede. Admitindo, por momentos, que existe direito de retenção nos casos referidos (29), como poderia a titularidade do direito de retenção justificar ou exigir que o administrador da insolvência fosse impedido de recusar o cumprimento do contrato-promessa quando o direito de retenção serve justamente para garantir o pagamento da indemnização derivada do *incumprimento do contrato*?

Na realidade, aquela exclusão — das promessas sem eficácia real do n.º 1 do art. 106.º do CIRE — é deliberada e tem uma causa. Quer dizer: não é por acaso que a lei da insolvência trata distintamente as promessas com eficácia real e as promessas com eficácia obrigacional — salvaguardando as primeiras dos efeitos da declaração de insolvência mas não as segundas. A impossibilidade de recusa de cumprimento naqueles casos é uma consequência normal da eficácia *erga omnes* da obrigação. Se não veja-se.

É sabido que a lei subsidiária do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas é o Código de Processo Civil (cfr. art. 17.º do CIRE). Por vezes, a lei da insolvência faz mesmo uma remissão expressa para uma particular disciplina, como acontece no âmbito das modalidades da alienação dos bens da massa insolvente — que são, em regra e de acordo com o art. 164.º, n.º 1, do CIRE, as admitidas na acção executiva, ou seja, as previstas e reguladas nos arts. 886.º e s. do Código de Processo Civil (CPC). Encontra-se entre elas a norma do art. 903.º do CPC, onde se diz:

«[s]e os bens (...) tiverem sido prometidos vender, com eficácia real, a quem queira exercer o direito de execução específica, a venda ser-lhe-á feita directamente».

Eis o reforço de tutela conferido aos promitentes-adquirentes quando o contrato-promessa é dotado de eficácia real.

Ora, se isto é assim na venda executiva — se o bem penhorado deve ser vendido directamente ao promitente-adquirente que tenha intenção de exercer o seu direito à execução específica do contrato prometido —, também deve ser assim no contexto da insolvência. E assim é (não obstante exigir-se o requisito adicional da tradição): o administrador fica impedido de recusar o cumprimento — para que o promitente-adquirente mantenha a faculdade de celebrar o contrato-promessa e adquirir o bem por esta via (com as vantagens para a economia processual associadas à aquisição por esta via).

Nada disto poderá apanhar desprevenidos os restantes credores do insolvente. Não poderão invocar, em seu favor, o princípio da segurança jurídica: se não sabiam desta tutela acrescida, deviam



saber; o registo visa justamente atribuir estabilidade e cognoscibilidade às situações jurídicas.

As coisas são diversas quando o contrato-promessa é destituído de eficácia real. O que bem se compreende: não existe aí possibilidade de o promitente-comprador fazer valer, na acção executiva, a faculdade de adquirir o bem objecto do contrato prometido.

E nem se diga que a solução conduz à desprotecção ou ao despojamento do promitente-comprador e a um tratamento desequilibrado face aos restantes credores do insolvente, designadamente os que, como o credor hipotecário, são titulares de garantias reais.

Primeiro, e como se disse repetidamente, a declaração de insolvência e o processo subsequente conduzem necessariamente a uma compressão generalizada dos direitos dos credores. Dependendo das circunstâncias, estes podem deparar-se com limitações ou mesmo impedimentos ao exercício de alguns dos seus direitos típicos. Estes são naturais, compreensíveis e, em princípio, necessários e adequados aos fins perseguidos com o processo de insolvência.

Depois, o regime em causa não deixa de atender à posição do contraente *in bonis*: ele não fica — *não tem de ficar* —, em concreto, por força dele, em pior situação do que ficaria se o contrato viesse a ser cumprido (se o contrato prometido viesse a ser celebrado). Como se verá, a recusa de cumprimento dá origem a um direito de crédito que, o habilita, em princípio, a efectuar uma compra de coisa idêntica (uma compra de substituição). Naturalmente, existe o risco de não ser possível, nos sucessivos rateios, o pagamento — o pagamento integral ou cabal — do montante do crédito ao promitente-comprador.

Mas este já não é um risco exclusivo do promitente-comprador; é um risco comum a todos os credores.

---

(30) O art. 103.º do CIRE é, além disso, bastante impreciso, como salienta JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (“Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, cit., pág. 109), referindo-se à discrepância entre a sua epígrafe («[O]brigações indivisíveis») e a sua hipótese (*ibidem*, pág. 117).

### 3.1.1. A inaplicabilidade do art. 103.º do CIRE

Como as obrigações constituídas por contrato-promessa bilateral de compra e venda de edifício ou fracção autónoma podem representar-se como obrigações de prestação de facto infungível, poderia pensar-se em aplicar ao caso concreto o art. 103.º do CIRE. Se ele fosse aplicável — o seu n.º 1, al. c), e, principalmente, o seu n.º 2 —, ficaria comprometida a admissibilidade da recusa de cumprimento. Mas não é assim.

O art. 103.º do CIRE é do seguinte teor:

«1. Se o contrato impuser à outra parte o cumprimento de prestação que tenha natureza infungível, ou que seja fraccionável na entrega de várias coisas, não facilmente substituíveis, entre as quais interceda uma conexão funcional, e o administrador da insolvência recusar o cumprimento:

[...]

c) A outra parte tem direito, como credor da insolvência, ao reembolso do custo ou à restituição do valor da parte da prestação realizada anteriormente à declaração de insolvência, consoante tal prestação seja ou não infungível.

2. A outra parte tem direito, porém, a completar a sua prestação, e a exigir, como crédito sobre a insolvência, a parte da contraprestação em dívida, caso em que cessa o disposto no n.º 1 e no artigo anterior [...].»

A norma é (reconhecidamente) difícil de interpretar — tão difícil de interpretar que qualquer argumento tende a ser frágil e qualquer resultado inseguro<sup>(30)</sup>.

O texto da lei alude, no n.º 1, a «contrato que impuser à outra parte o cumprimento de prestação que tenha natureza infungível» e a «contrato que impuser à outra parte o cumprimento de prestação [...]

---

<sup>(31)</sup> Comparando os conceitos de coisa fungível e de prestação fungível e de prestação fungível, cfr., por último, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. II — *Direito das obrigações*, tomo I — *Introdução. Sistemas e direito europeu das obrigações. Dogmática geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009, págs. 505-509.

<sup>(32)</sup> Cfr., em sentido próximo, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., págs. 392-393.

que seja fraccionável na entrega de várias coisas, não facilmente substituíveis, entre as quais interceda uma conexão funcional».

O primeiro termo da alternativa só convoca um critério de distinção entre as prestações — o de distinção entre prestações fungíveis e prestações não fungíveis.

O segundo convoca nada mais, nada menos que três: em primeiro lugar, o critério de distinção entre prestações de facto e prestações de coisa; em segundo lugar, o critério de distinção entre prestações divisíveis e prestações indivisíveis; em terceiro lugar, o critério de distinção entre prestações fungíveis e prestações infungíveis.

Os termos «contrato que impuse[sse] à outra parte o cumprimento de prestação [...] que seja fraccionável na entrega de várias coisas» descreveriam três requisitos de aplicação da segunda alternativa desenhada no n.º 1 do art. 103.º do CIRE: a norma só se aplicaria aos contratos constitutivos de obrigações de *prestação de coisa*; só se aplicaria aos contratos constitutivos de obrigações de *prestação divisível*; só se aplicaria aos contratos constitutivos de obrigações de *prestação fungível*.

Como o critério da fungibilidade da prestação e o critério da fungibilidade das coisas compreendidas no objecto da prestação são critérios diferentes <sup>(31)</sup>, o art. 103.º do CIRE convoca (ainda) o critério de distinção entre coisas fungíveis e coisas infungíveis — ou entre coisas substituíveis e coisas não substituíveis, ou não facilmente substituíveis. O art. 103.º do CIRE só se aplicaria aos contratos constitutivos de obrigações de prestação divisível e fungível que tivessem por objecto coisas não substituíveis, ou não facilmente substituíveis <sup>(32)</sup>.

Confrontados com a diversidade dos critérios implicados na aplicação do art. 103.º do CIRE, pergunta-se: primeiro, deverá aplicar-se o art. 103.º a prestações de facto?; segundo, deverá aplicar-se o art. 103.º a prestações infungíveis de coisas substituíveis? O texto da primeira parte do n.º 1 sugere que sim, porque fala em prestações infungíveis, sem distinguir; o texto da segunda parte sugere que não.

O sistema jurídico contribui para que o intérprete reconstitua o *pensamento legislativo* — e para que, reconstituindo-o, resolva os problemas deixados em aberto pelos *textos*.

O art. 103.º do CIRE relaciona-se, sobretudo, com o princípio de que «[n]enhuma das partes tem direito à restituição [em espécie] do que prestou», contido no art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE; ora, os resultados da aplicação do princípio da não restituição (em espécie) devem ter-se por sustentáveis quando o caso diga respeito a obrigações de prestação de coisas que possam ser substituídas e devem ter-se por insustentáveis quando o caso diga respeito a obrigações de prestação de coisas que não possam ser substituídas, ou não possam ser facilmente substituídas.

O contraente que haja realizado parte de uma prestação de coisa que *não possa ser substituída*, ou que *não possa ser facilmente substituída*, deve dispor — como, de facto, dispõe — da faculdade de decidir se quer que o contrato seja ou não seja cumprido. Quando tenha sido o credor do insolvente a realizá-la, a derrogação do art. 102.º, n.ºs 1 e 3, decorre do art. 103.º, n.º 1, al. *c*), e n.º 2, do CIRE; quando tenha sido o devedor a realizá-la, a derrogação do art. 102.º, n.º 3, al. *a*), decorre do art. 103.º, n.º 4, do CIRE.

O texto do n.º 1 do art. 103.º do CIRE carece de uma (autêntica) *interpretação correctiva*. O legislador disse “prestação infungível” quando quis dizer “prestação de coisa não substituível” ou “de coisa não facilmente substituível”.

Enquanto nos art. 767.º, 828.º e 829.º-A do CC, por exemplo, *prestação não fungível* significa *prestação que só pode ser realizada pelo devedor*, no art. 103.º do CIRE *prestação não fungível* significa *prestação de coisa que não pode ser substituída*, ou *prestação de coisa que não pode ser facilmente substituída*. Enquanto o critério da fungibilidade dos arts. 767.º, 828.º ou 829.º-A do CC é

---

(33) O critério da *conexão funcional* parece ter sido, simplesmente, a forma (imperfeita) que o art. 103.º do CIRE encontrou para designar o critério do *destino unitário*, convocado pelo art. 206.º do CC para definir as *coisas compostas*.

(34) Cfr. LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., pág. 142.

(35) Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1964, pág. 252.

o da *substituibilidade dos sujeitos*, o critério da fungibilidade do art. 103.º do CIRE é o da *substituibilidade do objecto da prestação* — da(s) coisa(s) objecto da prestação.

Interpretada correctivamente, a primeira parte do n.º 1 do art. 103.º do CIRE aplicar-se-á às prestações de coisas não substituíveis, ou não facilmente substituíveis, quando sejam coisas *simples*; a segunda parte, às prestações de coisas não substituíveis, ou não facilmente substituíveis, quando sejam coisas *compostas* (33).

LUÍS DE MENEZES LEITÃO propõe — ou simplesmente sugere? — uma interpretação semelhante: «o legislador refere [...] prestações que tenham “natureza infungível” [...] parecendo não se referir a este conceito, mas antes a prestações de coisas infungíveis» (34). Ou seja: o art. 103.º do CIRE só se aplicaria às prestações de coisas — e, dentro das prestações de coisas, às prestações de coisas infungíveis.

A afirmação de que o art. 103.º do CIRE só se aplica às prestações de coisas merece concordância; só não a merecerá a afirmação de que só se aplica às prestações de coisas infungíveis. O critério de classificação das coisas como fungíveis ou como infungíveis contido no art. 207.º do CC e o critério de classificação das coisas como substituíveis ou como insubstituíveis do art. 103.º do CIRE são critérios diferentes. O primeiro é mais restrito, porque atende à forma como as coisas intervêm nas relações jurídicas. As coisas fungíveis intervêm nas relações jurídicas como coisas determinadas só *in genere*; as coisas não fungíveis, como coisas determinadas *in specie* (35). O segundo critério é mais amplo, porque atende só à sua substituibilidade. Consequentemente, uma coisa não fungível, por intervir na relação jurídica como determinada *in specie*, pode não estar sujeita ao regime do art. 103.º do CIRE, por ser substituível (sem dificuldade).

Feita a interpretação do art. 103.º do CIRE, deve perguntar-se pela aplicação ao caso do seu n.º 1, al. c), e do seu n.º 2.

---

(36) Cfr. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA / JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), *Código civil anotado*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1986, pág. 417 (itálicos dos AA.); cfr., no mesmo sentido, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pág. 128, ou JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, cit., págs. 95-96.

Em primeiro lugar, o art. 103.º do CIRE só deve aplicar-se às obrigações de prestação de *coisa* — e o contrato-promessa só constitui obrigações de prestação de *facto*.

Como o contrato-promessa é a «convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato» (art. 410.º do CC), os promitentes obrigam-se (só) a prestar um *facto* — um *facto* jurídico. E em que consiste esse *facto* — esse *facto* jurídico? Em prestarem declarações de vontade negocial correspondentes ao contrato prometido.

Em segundo lugar, ainda que (erroneamente) se considerasse que o art. 103.º do CIRE se aplicava às prestações de *facto*, o seu n.º 1, al. *c*), e o seu n.º 2 só deveriam convocarse quando o credor do insolvente houvesse realizado uma parte da prestação correspondente ao cumprimento do contrato.

O promitente-comprador de edifício ou fracção autónoma, ao constituir sinal, não está a realizar (*sequer*) uma parte da prestação correspondente ao cumprimento do contrato-promessa.

O contrato-promessa constitui obrigações de prestação de *facto*; o contrato prometido constituirá obrigações de prestação de *coisa* (cfr. arts. 874.º e 879.º do CC).

O sinal prestado pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor corresponderá porventura ao cumprimento de uma parte da *obrigação futura* — daquela obrigação que se constituirá com a conclusão do contrato prometido —; só não corresponde, porque não pode corresponder, ao cumprimento de parte de uma *obrigação presente* — daquela obrigação que (já) se constituiu com a conclusão do contrato-promessa.

Os autores portugueses afirmam-no sem qualquer traço de dúvida. Como se diz na anotação ao art. 440.º do CC, «[a] obrigação emergente do contrato-promessa tem por objecto a realização dum negócio jurídico e não pode haver nele entrega de coisa que coincida com a prestação a que se fica adstrito. O que se pode ter em vista é o cumprimento de um contrato futuro — o prometido — mas não o cumprimento do contrato-promessa, pois este só se cumpre com a conclusão do negócio jurídico» (36).

Em terceiro lugar, ainda que (erroneamente) se considerasse que o art. 103.º do CIRE se aplicava quando o credor do insolvente houvesse realizado uma parte da prestação correspondente ao cum-

primento do contrato prometido, os seus n.ºs 1 e 2 só deveriam convocar-se quando o credor do insolvente houvesse realizado uma parte de uma prestação de coisas não substituíveis, ou de coisas não facilmente substituíveis.

O contrato prometido é a compra e venda de edifício ou fracção autónoma; a prestação correspondente ao cumprimento do contrato prometido é uma prestação em dinheiro, e uma prestação em dinheiro não é nunca uma prestação de coisas não substituíveis, ou não facilmente substituíveis.

A conclusão do raciocínio desenvolvido nos parágrafos precedentes é clara: aplicar a al. c) do n.º 1 ou o n.º 2 do art. 103.º do CIRE ao contrato-promessa de compra e venda de fracção autónoma constituiria algo de absolutamente insustentável, porque absolutamente contrário à letra e (sobretudo) ao espírito da lei.

### **3.2. O promitente-adquirente não tem direito à restituição do sinal em dobro**

Durante a vigência do Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência, a norma versando o contrato-promessa com eficácia obrigacional — o art. 164.º-A, n.º 1, do CPEREF — previa directamente o regime de indemnização na hipótese de extinção do contrato: consoante os casos, a perda do sinal entregue ou a restituição em dobro do sinal recebido. Este mais não era do que a aplicação, no contexto do processo de insolvência, da solução aplicável em geral — do art. 442.º, n.º 2, do CC.

No Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas a solução é diversa. A norma que versa o contrato-promessa com eficácia obrigacional — o art. 106.º, n.º 2, do CIRE — não fixa directamente os termos da indemnização, limitando-se a remeter para o art. 104.º, n.º 5, do CIRE, que, por seu turno, remete para o

---

(37) Cfr., neste sentido, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra Almedina, 2000, pág. 341 — alegando que «o legislador [...] deixou de considerar a constituição de *sinal* e a estipulação de cláusula penal como presunções de reserva do direito de *arrependimento* para ambos os contraentes» (itálicos do A.) —, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato promessa*, cit., pág. 97, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO,

art. 102.º, n.º 3, do CIRE. Mas a decisão legislativa de atribuir ao administrador da insolvência o direito (potestativo) de recusa de cumprimento do contrato-promessa implica, só por si, a inaplicabilidade do art. 442.º do CC. Entre o direito (potestativo) de recusa do cumprimento do contrato-promessa e o direito subjectivo propriamente dito à restituição do sinal em dobro há uma autêntica *contradição teleológica*.

### 3.2.1. A função do sinal nos contratos-promessa de compra e venda de edifício ou fracção autónoma

O primeiro problema convocado pelo regime jurídico do sinal consiste quase sempre em qualificá-lo como sinal confirmatório ou como sinal penitencial.

No regime geral dos contratos-promessa, a qualificação é controversa; no regime particular dos contratos-promessa previstos nos arts. 410.º, n.º 3, e 830.º, n.º 3, do CC não o é, porém.

O argumento quase sempre convocado para dizer que a concepção de sinal subjacente à lei civil portuguesa é a de que o sinal é penitencial resulta do art. 830.º, n.º 2, do CC. O legislador presumiria que a cláusula de sinal é uma convenção em contrário do direito de execução específica; logo, presumiria que a cláusula de sinal é uma convenção por que se *enfraquece* o direito do credor ao cumprimento, atribuindo ao devedor o direito de se arrepender (de se desvincular licitamente).

Independentemente de qual seja o seu significado em tese geral, o argumento não procede para os contratos-promessa previstos nos arts. 410.º, n.º 3, e 830.º, n.º 3, do CC. Os contratos em que

---

*Tratado de direito civil português*, vol. I — *Parte geral*, tomo I — *Introdução. Doutrina geral. Negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 736, e LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I — *Introdução. Da constituição das obrigações*, pág. 246.

<sup>(38)</sup> Cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 104-105.

<sup>(39)</sup> Cfr., designadamente, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato promessa*, cit., págs. 95-97 e págs. 149-151, e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, cit., págs. 33-45.



as partes prometem concluir um contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício ou sobre fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, estão sujeitos a *execução específica imperativa*. O sinal é aí sempre confirmatório (ou confirmatório-penal) <sup>(37)</sup>.

No regime especial dos contratos-promessa previstos no art. 410.º, n.º 3, do CC a concepção do sinal como confirmatório resulta — *imediatamente* — do art. 830.º, n.º 3, do CC. Este último proíbe a constituição de um sinal penitencial nos contratos-promessa de contratos onerosos de transmissão de direitos reais sobre edifício ou sobre fracção autónoma <sup>(38)</sup>, pelo que o sinal será — terá de ser — sempre confirmatório.

Como sinal confirmatório (*caparra confirmatoria, Draufgabe*), ele cumpre três funções: a primeira consiste em comprovar a conclusão do contrato (função probatória); a segunda, em compelir o devedor ao cumprimento e / ou em sancionar o não cumprimento (função compulsória e/ou sancionatória); a terceira, em determinar antecipadamente a indemnização devida em caso de não cumprimento dos deveres integrados na relação jurídica primária (função indemnizatória) <sup>(39)</sup>.

**3.2.2.** A incompatibilidade entre a actuação do sinal confirmatório e o direito de recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência

Entendendo-se — como deve entender-se — que o sinal constituído nos contratos-promessa previstos nos arts. 410.º, n.º 3, e 830.º, n.º 3, do CC é confirmatório, pergunta-se: o direito (potestativo) de recusa do cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência será compatível com a actuação do sinal confirmatório? Como o problema se põe, tão-só, quando o insolvente seja o promitente-alienante, pode reformular-se a pergunta: o direito potestativo de recusa do cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência será compatível com a atribuição ao promissário-comprador do direito de exigir o sinal em dobro?

Tudo indica que não: primeiro, porque o direito em causa conflituaria com o regime do sinal confirmatório, como resulta do art. 442.º, n.º 2, do CC; segundo, porque o direito em causa conflituaria com o regime dos arts. 102.º a 118.º do CIRE, como resulta do seu art. 119.º.

**3.2.3.** A ilicitude e a culpa como pressupostos da actuação do direito ao sinal confirmatório com uma função compulsória e /ou sancionatória

Seja qual seja a função do sinal confirmatório — compulsória ou indemnizatória —, é certo que a actuação do direito ao sinal em dobro pressupõe três coisas: primeiro, que o devedor *não cumpra*; segundo, que o não cumprimento seja *ilícito*; terceiro, que o não cumprimento ilícito seja *imputável ao devedor*, por ter sido causado *com culpa*.

Considerar-se-á — em primeiro lugar — o caso de o sinal confirmatório desempenhar uma função compulsória e /ou sancionatória. O sinal confirmatório aproxima-se então da cláusula penal em sentido estrito: por um lado, porque a sanção correspondente ao sinal — em singelo ou em dobrado — pretende pressionar o devedor para que cumpra, ou sancioná-lo por não ter cumprido; por outro lado, porque a sanção correspondente ao sinal pretende substituir o cumprimento (ou a indemnização).

O devedor que não cumpre porque não quer — porque formou uma vontade contrária ao direito — deverá ser sancionado por não ter cumprido; o devedor que não cumpre porque (já) não deve ou porque (já) não pode não deverá sê-lo. A cláusula de sinal confirmatório (ou confirmatório-penal) quer reforçar uma *vontade*, porventura *frágil*, de adoptar uma conduta conforme ao direito, confrontando o devedor com a *ameaça* de ficar sem o sinal recebido, restituindo-o em dobro. Se o não cumprimento é ilícito — e se o não cumprimento ilícito é imputável ao devedor — a função compulsória da cláusula de sinal frustrou-se; deve actuar-se a sua função sancionatória e constituir-se o credor no direito de consumir a *ameaça*. Se, porém, o não cumprimento é lícito — ou se o

não cumprimento ilícito não é imputável ao devedor — a função compulsória da cláusula de sinal não se frustrou: ou bem que o devedor não cumpre porque não deve — e então seria um contra-senso sancioná-lo por não ter feito aquilo que não devia fazer. Ou bem que o devedor não cumpriu porque não pode — e então seria um contra-senso sancioná-lo por não ter feito aquilo que não podia fazer.

### 3.2.4. A ilicitude e a culpa como pressupostos da actuação do direito ao sinal confirmatório com uma função indemnizatória

Considere-se agora — em segundo lugar — o caso de o sinal cumprir uma função indemnizatória: o sinal confirmatório aproxima-se então da cláusula penal indemnizatória prevista no art. 810.º do CC, porque as partes fixam por acordo o quantitativo da indemnização exigível.

Quando constituem o sinal confirmatório — por exemplo, num contrato-promessa —, as partes conhecem o quantitativo que o devedor terá de pagar, quando não cumpra, como *indemnização* dos danos decorrentes do não cumprimento. O quantitativo da indemnização era *incerto*; torna-se *certo* — e torna-se *certo* porque corresponde ao *sinal*. Se o não cumprimento for imputável àquele que constituiu o sinal — ao *tradens* — a indemnização do *accipiens* corresponderá à coisa entregue. Se o não cumprimento for imputável àquele que recebeu o sinal — ao *accipiens* — a indemnização do *tradens* corresponderá ao dobro da coisa entregue. O *tradens* terá então direito à (chamada) *restituição do sinal em dobro*.

O texto anterior deverá ter tornado evidente uma coisa: *o credor só tem o direito subjectivo propriamente dito de exigir a indemnização correspondente ao sinal desde que os pressupostos da responsabilidade estejam preenchidos*.

---

(40) Também LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO (*Direito da Insolvência*, cit., pág. 182) reconhece que, havendo recusa de cumprimento [e aplicando-se o art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE], o promitente-comprador fica impedido de solicitar o pagamento do sinal em dobro.

O significado de tais palavras tornar-se-á talvez mais transparente se se distinguir os dois problemas que sempre surgem quando se põe uma questão de responsabilidade civil. O primeiro é o problema da fundamentação da responsabilidade. Pergunta-se aí *se o credor tem direito a uma indemnização*. O segundo é o problema da extensão da responsabilidade. Pergunta-se aí: *tendo o credor direito a uma indemnização, qual é o seu quantitativo? O sinal confirmatório propõe-se resolver, tão-somente, o segundo problema* — o problema do *quantum respondeatur*.

Para resolver o problema da *fundamentação da responsabilidade* aplicam-se os princípios gerais. Para resolver o problema da *extensão da responsabilidade* não se aplicam os princípios gerais — e não se aplicam porque os arts. 562.º a 572.º do CC são derrogados pelas regras (legais e convencionais) sobre o sinal.

Os princípios gerais sobre o problema da *fundamentação da responsabilidade* são sobretudo dois: o princípio da ilicitude e o princípio da culpa; logo, o credor (só) terá direito à indemnização desde que o não cumprimento seja imputável ao devedor (por ser ilícito e culposos).

**3.2.5.** A inadmissibilidade de actuação do direito de exigir o sinal em dobro na hipótese de recusa de cumprimento do contrato-promessa

Explicadas as razões por que actuar ou exercer o direito ao sinal pressupõe a ilicitude e a culpa, fica demonstrada a inadmissibilidade de actuação do direito subjectivo propriamente dito de exigir (a restituição de) o sinal em dobro na hipótese de recusa de cumprimento do contrato-promessa <sup>(40)</sup>.

O conteúdo da cláusula de sinal confirmatório com função compulsória e/ou sancionatória é lógica e teleologicamente incompatível com a actuação do direito ao sinal em reacção a um não cumprimento lícito, ou a um não cumprimento ilícito não imputá-

---

(41) Cfr. ERNST-DIETER BERSCHIED, anotação ao § 103 da *InsO*, in: WILHELM UHLENBRUCK (Hrsg), *Insolvenzordnung Kommentar*, cit., págs. 1633-1650 (pág. 1636).

(42) Cfr. REINHARD BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*, cit., pág. 96.

vel ao devedor. A *recusa de cumprimento do contrato-promessa* pelo administrador da insolvência, por aplicação dos arts. 102.º e 106.º do CIRE, não é um não cumprimento ilícito — e, ainda que fosse um não cumprimento ilícito, nunca seria um não cumprimento imputável ao devedor. O devedor não tem a possibilidade de cumprir, por causa do art. 81.º, n.º 1, do CIRE, e o administrador da insolvência não tem a necessidade de cumprir, por causa dos arts. 102.º e 106.º do CIRE.

Como se disse antes, o art. 102.º, em ligação com o art. 106.º, n.º 2, do CIRE, atribui ao administrador um direito potestativo de recusa de cumprimento do contrato-promessa.

Os autores alemães, comentando a disposição correspondente ao art. 102.º do CIRE — comentando o § 103 da *InsO* —, dizem sugestivamente que o administrador da insolvência tem um *direito de escolha* entre o cumprimento e o não cumprimento dos contratos — e que o *direito de escolha* é de exercício *discricionário* — é um *freies Wahlrecht* <sup>(41)</sup>. Existindo um direito potestativo de recusa de cumprimento, não existe um dever de cumprir; não existindo um dever de cumprir, não há ilicitude e não há culpa. O mesmo raciocínio é formulado por REINHARD BORK para afastar a aplicação ao caso da recusa de cumprimento das disposições do Código Civil alemão sobre a impossibilidade imputável ou sobre a violação positiva do contrato: «*[d]iese Vorschriften passen jedoch nicht, da sie Verschulden voraussetzen, das Gesetz indessen dem Verwalter dieser Entscheidung erlaubt*» <sup>(42)</sup>.

Os argumentos desenvolvidos para o sinal confirmatório com uma função compulsória e / ou com uma função sancionatória aplicam-se ao sinal confirmatório com uma função indemnizatória: a recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência não é um não cumprimento ilícito — e, ainda que fosse um não cumprimento ilícito, nunca seria imputável ao devedor —; logo, *o promissário-adquirente não tem direito à indemnização correspondente ao sinal*.

O princípio de que a ilicitude e a culpa são pressupostos da actuação do direito ao sinal confirmatório tem correspondência exacta no texto do art. 442.º do CC.

O art. 442.º, n.º 2, do CC é do seguinte teor:

Se quem constitui o sinal [o *tradens*] deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente [o *accipiens*] a faculdade de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou».

Os termos «se o não cumprimento do contrato for devido [ao *accipiens*]» equivalem a «se o não cumprimento do contrato for imputável [ao *accipiens*]».

Em primeiro lugar, a equivalência entre os dois termos — não cumprimento devido e não cumprimento imputável — é inculcada pela comparação entre a primeira e a segunda partes do texto do n.º 2. Em segundo lugar, ainda que o não fosse, o critério de imputação do não cumprimento ao devedor é sempre o *critério da culpa*. O não cumprimento só é (juridicamente) devido ou (juridicamente) imputável àquele que recebeu a coisa entregue a título de sinal se tiver sido *causado por aquele que recebeu a coisa* — e se tiver sido causado por aquele que recebeu a coisa *com culpa*.

Existindo recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência, falta a imputabilidade do não cumprimento ao *accipiens* (*in casu*, a imputabilidade do não cumprimento ao promitente-alienante) — e, conseqüentemente, *falta um dos factos constitutivos do direito do tradens* (*in casu*, do promissário-adquirente).

### 3.2.6. A imperatividade dos arts. 102.º a 118.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

---

(43) Cfr. ERNST-DIETER BERSCHIED, anotação ao § 119 da *InsO*, in: WILHELM UHLENBRUCK (Hrsg), *Insolvenzordnung Kommentar*, cit., págs. 1857-1850 (pág. 1859).

(44) Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 185, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1995, págs. 240 e s., e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, cit., págs. 73-88; dizendo, sugestivamente, que o sinal é uma cláusula penal, cfr. DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I — Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck, 2002, pág. 216, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, vol. II, Lisboa, A.A.F.D.L., 1999, pág. 428 (nota 272), e JORGE RIBEIRO DE FARIA, “O contrato-promessa. Alguns pontos do seu regime”, in: *Scientia Iuridica*, 2001, n.º 291, págs. 136-137.

Se alguma dúvida subsistisse sobre a inaplicabilidade do art. 442.º do CC à recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência, o art. 119.º do CIRE eliminá-la-ia. O n.º 1 do art. 119.º do CIRE acolhe o princípio de que as disposições dos arts. 102.º a 118.º do CIRE são imperativas e o n.º 2 concretiza-o, dizendo:

«[é] em particular nula a cláusula que [...] confira à parte contrária um direito de indemnização [...] em termos diversos dos previstos neste capítulo».

O *direito de indemnização* do n.º 2 deve ser interpretado em termos amplos, compreendendo quer prestações com uma função indemnizatória, quer prestações com uma função compulsória e / ou sancionatória.

O confronto entre o art. 119.º do CIRE e o § 119 da *InsO* confirma-o. O § 119 da *InsO* é consensualmente interpretado como explicitação de um princípio de proibição das cláusulas penais indemnizatórias e das cláusulas penais compulsórias e/ou sancionatórias — em particular, das cláusulas penais em sentido estrito (*Vertragsstrafe*) — aplicáveis ao caso de recusa de cumprimento<sup>(43)</sup>. Os resultados expostos devem aplicar-se ao sinal, por causa da coincidência funcional entre os dois institutos<sup>(44)</sup>.

Se, porventura, a cláusula de sinal se aplicasse à recusa de cumprimento do contrato-promessa, seria (total ou parcialmente) nula, por violação do art. 119.º do CIRE.

---

(45) Exemplifique-se. Pressupondo, por exemplo, que, no contexto de determinado contrato, as prestações de ambas as partes têm o mesmo valor (100.000 euros) e que uma das partes já realizou parcialmente a sua prestação (50.000 euros), atribuir-lhe um direito calculado nos termos da al. c) do n.º 3 do art. 102.º do CIRE significa, na prática, o mesmo que atribuir-lhe o direito à restituição em valor do que prestou: de acordo com a norma, ele teria direito ao valor da prestação do devedor na parte incumprida (100.000 euros) deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tivesse sido realizada (50.000 euros).

(46) Parece ser esta também a solução no direito alemão. Cfr., neste sentido, por exemplo, REINHARD BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*, cit., pág. 89 e, sobretudo, CHRISTOPH BECKER, *Insolvenzrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2005, págs. 341-342.

### 3.3. O promitente-adquirente tem um direito de crédito calculado com base na diferença de valor entre as prestações

Por força do art. 106.º, n.º 2, do CIRE, na hipótese de recusa de cumprimento do contrato-promessa, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime da venda com reserva de propriedade, mais especificamente, o disposto no n.º 5 do art. 104.º do CIRE:

«[o]s efeitos da recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência, quando admissível, são os previstos no n.º 3 do artigo 102.º, entendendo-se que o direito consignado na respectiva alínea c) tem por objecto o pagamento, como crédito sobre a insolvência, da diferença, se positiva, entre o montante das prestações ou rendas previstas até final do contrato, actualizadas para a data da declaração de insolvência por aplicação do estabelecido no n.º 2 do art. 91.º, e o valor da coisa na data da recusa, se a outra parte for o vendedor ou locador, ou da diferença, se positiva, entre este último valor e aquele montante, caso ela seja o comprador ou o locatário».

O preceito central é, portanto, o do art. 102.º, n.º 3, do CIRE, aplicável na hipótese de recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência. O articulado é extenso e não se presta a uma interpretação fácil.

Em primeiro lugar, diz-se na al. a) do n.º 3 do art. 102.º do CIRE:

«[n]enhuma das partes tem direito à restituição do que prestou».

A norma carece de uma interpretação restritiva para que *só se aplique à restituição em espécie*, prevista, por exemplo, nos casos de resolução pelo art. 289.º do CC, por remissão do art. 433.º também do CC; seria incoerente excluir o direito à restituição *em valor* na al. a) e readmiti-lo depois na al. c) através da atribuição do direito à diferença de valor entre as prestações *na parte em que não tenham sido cumpridas* <sup>(45/46)</sup>.

De seguida, a alínea b) do n.º 3 do art. 102.º do CIRE dispõe sobre os direitos da massa insolvente:

---

(47) Os termos “análoga” ou “semelhante” explicam-se pela circunstância de entre a *recusa de cumprimento* e a *resolução do contrato* existir (pelo menos) uma diferença



«[a] massa insolvente tem o direito de exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efectuada pelo devedor, na medida em que não tenha ainda sido realizada pela outra parte».

Está em causa a *diferença entre os valores das prestações já realizadas pelas partes*. Se o devedor não efectuou nenhuma prestação correspondente ao cumprimento da promessa a massa insolvente não tem direito algum.

Mais importante para o caso em apreço — e mais difícil de interpretar — é o disposto nas als. *c)* e *d)* do n.º 3 do art. 102.º do CIRE.

### 3.3.1. O sentido da alínea *c)* do n.º 3 do art. 102.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

A alínea *c)* dispõe sobre o direito do contraente *in bonis*:

«[a] outra parte tem o direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada».

Consagram-se aqui três princípios sobre a recusa de cumprimento dos contratos em curso.

O primeiro é o de que a contraparte adquire um direito de crédito por causa do não cumprimento.

O segundo é o de que o conteúdo do direito de crédito deve aproximar-se do conteúdo do direito de indemnização cumulável com a resolução do contrato. Se o administrador da insolvência actua o direito potestativo de recusa do cumprimento do contrato-

---

— no regime da *resolução*, cada uma das partes deve restituir (em espécie) aquilo que tenha recebido por causa do contrato (cfr. art. 289.º, por remissão do art. 433.º do CC); no regime da *recusa de cumprimento*, nenhuma das partes deve restituí-lo [art. 102.º, n.º 3, al. *a)*, do CIRE]. Chama a atenção para a diferença PAULO MOTA PINTO [*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 1643-1644 (nota 4726)].

(48) Sobre a consagração dos três princípios no § 103 da *InsO* cfr. MICHAEL HUBER, “Gegenseitige Verträge”, in: PETER GOTTWALD (Hrsg), *Insolvenzrechts-Handbuch*, cit., pág. 572.

promessa, o credor deve ser colocado em situação análoga ou semelhante àquela em que estaria, primeiro, se o devedor / insolvente não tivesse cumprido e, segundo, se o credor tivesse resolvido o contrato, por causa do não cumprimento (47).

O terceiro princípio é o de que o conteúdo do direito cumulável com a resolução do contrato deve determinar-se conforme a (chamada) *teoria da diferença* (48).

Em que consiste a *teoria da diferença*? — perguntar-se-á. O seu significado só pode compreender-se plenamente dizendo algo sobre o problema que a suscitou: o *problema da indemnização pelo não cumprimento* (imputável ao devedor).

O princípio geral da *indemnização pelo não cumprimento* é o de que o credor deve ser colocado economicamente na posição em que estaria se a obrigação tivesse sido cumprida.

Quando a relação obrigacional seja unilateral, constituindo obrigações para uma — e só para uma — das partes, há uma única forma de o fazer: atribuir ao credor o direito a uma indemnização correspondente ao valor da (de toda a) prestação não realizada. O credor ficará então sem a prestação *em espécie*, mas com o seu valor *em dinheiro*.

Quando a relação obrigacional seja bilateral ou multilateral, constituindo obrigações para todas as partes, há duas formas de

---

(49) Cfr., entre outros, na doutrina alemã, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, volume I — *Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck, 1984, págs. 340-343, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, volume I — *Allgemeiner Teil*, Tomo 2, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, págs. 121-122, DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I — Allgemeiner Teil*, cit., págs. 234-235, PETER SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht — Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pág. 188, HANS BROX / WOLF-DIETRICH WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, C.H. Beck, 2003, págs. 222-223, DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht — Allgemeiner Teil*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2009, págs. 216-217, VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, C.H. Beck, 2003, págs. 200-205; na doutrina portuguesa, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 109-112, JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1991, págs. 424-435 (esp. pág. 434), LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. II — *Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 269-271, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, págs.183-196, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, págs. 135-137, e, sobretudo, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., págs. 1504-1703.

colocar o credor na posição em que estaria, se a obrigação tivesse sido cumprida. Pode fazer-se algo de semelhante ao que se faz quando a relação é unilateral — e atribuir-lhe uma indemnização correspondente ao valor da prestação não realizada. Ou pode fazer-se algo de diferente — e atribuir-lhe uma indemnização correspondente à diferença de valor entre as prestações.

O simples confronto entre os dois termos da alternativa sugere que tem de existir uma diferença entre os *pressupostos* das duas indemnizações, por serem tão diferentes os seus *efeitos*. E, de facto, a diferença existe: o destino da contraprestação depende de o credor deduzir a primeira ou a segunda das pretensões indemnizatórias. O credor que queira actuar o direito a uma indemnização correspondente ao *valor* de toda a prestação não realizada continua obrigado a realizar a sua contraprestação. O credor que queira exercer o direito a uma indemnização correspondente à *diferença de valor* entre as prestações deixa de estar obrigado a realizá-la.

A *teoria da sub-rogação* propõe que a indemnização pelo não cumprimento seja calculada de acordo com o *primeiro termo da alternativa*. Isto é: que o credor tenha o direito de exigir que o devedor realize uma prestação *em dinheiro* correspondente ao *valor* de toda a prestação não realizada e que, reciprocamente, o devedor tenha o direito de exigir que o credor realize a contraprestação *em espécie*. A *teoria da diferença*, essa, propõe que a indemnização seja calculada de acordo com o *segundo termo da alternativa*. O credor terá então o direito de exigir que o devedor realize

---

(50) O uso do termo “aproxima” é deliberado, porque há uma diferença fundamental entre o sentido da teoria da diferença nos dois regimes: no regime dos arts. 801.º e 802.º do CC, o cálculo da indemnização cumulável com a resolução do contrato nos termos da *teoria da diferença* resulta de uma decisão *do credor*; no regime do art. 102.º do CIRE, de uma *decisão da lei*, explicável pela especificidade da situação de insolvência: «uma indemnização calculada de acordo com o método da sub-rogação, que inclua todo o valor da prestação efectuada pelo credor, será *mais onerosa* para o devedor do que uma indemnização correspondente apenas à diferença de valor entre as prestações contratuais» [cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., págs. 1517-1518 (nota 4311)].

(51) Cfr., em sentido idêntico (referindo-se tanto à al. c) do n.º 3 do art. 102.º como ao n.º 5 do art. 104.º do CIRE), LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, cit., págs. 540 e 559.

uma prestação *em dinheiro* correspondente à *diferença de valor* entre as prestações. O devedor não terá direito a nada.

Optando por uma indemnização calculada de acordo com a *teoria da sub-rogação*, o credor como que *troca* a contraprestação em espécie por uma prestação em dinheiro. Optando por uma indemnização calculada de acordo com a *teoria da diferença*, o credor não troca nada por nada; simplesmente, fica com a diferença de valor entre as prestações <sup>(49)</sup>.

Como a teoria da diferença foi originariamente concebida para se aplicar aos casos em que o credor ainda não tivesse realizado a sua contraprestação, há que adaptá-la aos casos em que o credor já a tenha realizado total ou parcialmente. Tal adaptação faz-se simplesmente através de um direito à restituição da contraprestação já realizada, o que no regime civilístico da resolução decorre da circunstância de o art. 433.º do CC equiparar os efeitos *inter partes* da resolução aos efeitos da anulação ou da declaração de nulidade do negócio jurídico.

O art. 102.º, n.º 3, al. c), em ligação com o art. 104.º, n.º 5, do CIRE, aproxima o regime insolvencial da recusa de cumprimento do regime civilístico da resolução, atribuindo ao credor um direito de crédito inspirado pela *teoria da diferença* <sup>(50/51)</sup>.

A norma do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE, devidamente interpretada, atribui ao credor *o direito à diferença* (se positiva) *entre os valores das prestações devidas, acrescido ou deduzido da diferença de valor entre as prestações já realizadas*.

Dizer que a contraparte «tem o direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada», equivale a dizer que a contraparte tem direito à diferença de valor entre a prestação e a contraprestação, acrescida ou deduzida, conforme os casos, da diferença de valor entre a parte da prestação e a parte da contraprestação já realizadas. Se o credor tiver realizado a sua contraprestação em medida superior àquela em que o devedor cumpriu a sua obrigação, o direito à diferença de valor entre as prestações devidas será acrescido desta diferença. O mesmo vale, por maioria de razão, para a hipótese em que só o credor realizou uma parte da sua con-

traprestação. Neste caso, a aplicação da regra do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE significa que o credor tem direito a uma compensação correspondente à diferença de valor entre as prestações, acrescida da restituição em valor da parte da contraprestação que realizou.

Esta ideia é reforçada pelo art. 104.º, n.º 5, do CIRE, sobre a venda com reserva de propriedade e operações semelhantes, que estabelece:

«[...] o direito consignado na respectiva alínea c) [do n.º 3 do art. 102.º] tem por objecto o pagamento, como crédito sobre a insolvência, da diferença, se positiva, entre o montante das prestações ou rendas previstas até ao final do contrato, actualizadas para a data da declaração de insolvência [...], e o valor da coisa na data da recusa, se a outra parte for o vendedor ou o locador, ou da diferença, se positiva, entre este último valor e aquele montante, caso ela seja o comprador ou o locatário».

Ou seja: a contraparte terá sempre direito à diferença entre o valor global das prestações ou rendas e o valor da coisa na data da recusa.

A remissão do art. 106.º, n.º 2, do CIRE para o art. 104.º, n.º 5, do CIRE põe, todavia, um problema por não se ter previsto nem nesta última norma nem na do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE a possibilidade de as partes convencionarem a entrega de uma coisa a título de sinal. É que, como se viu, o sinal não corresponde exactamente ao cumprimento parcial da prestação devida por força do contrato-promessa; a constituição de sinal é uma prestação de coisa; a prestação devida por causa do contrato-promessa é uma prestação de facto — e uma prestação de facto jurídico.

Aparentemente, o caso tem de configurar-se como uma lacuna pois é razoável aplicar aqui o princípio de que a contraparte tem direito não só à diferença de valor entre as prestações como à restituição em valor daquilo que prestou. Daqui decorre que o direito

---

(52) Cfr., neste sentido, desenvolvidamente, CHRISTOPH BECKER, *Insolvenzrecht*, cit., págs. 341 e 243.

(53) Cfr. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (“Contrato-promessa e falência

que ao promitente-comprador seja atribuído pela aplicação conjugada do art. 102.º, n.º 2, al. c), e do art. 104.º, n.º 5, do CIRE deve ser acrescido do direito à restituição do sinal prestado <sup>(52)</sup>.

Se não se integrasse esta lacuna por aplicação do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE, sempre se atingiria o mesmo resultado por aplicação do princípio geral do enriquecimento sem causa, consagrado no art. 473.º do CC, mais particularmente do seu n.º 2:

«[a] obrigação de restituir por enriquecimento sem causa tem de modo especial por objecto [...] o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou».

É altura de regressar à pergunta inicial: na hipótese de recusa de cumprimento, por parte do administrador da insolvência, de um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional e sendo o insolvente o promitente-vendedor, qual é o direito que assiste à outra parte?

Seguramente não o direito à restituição do sinal ao dobro, mas sim o direito à diferença (se positiva) *entre os valores das duas prestações* — uma equivalente ao valor do objecto do contrato prometido (na data da recusa de cumprimento do contratopromessa) e a outra equivalente ao montante do preço convencionado (actualizado à data da declaração de insolvência), acrescido do sinal (em singelo).

É esta a solução que resulta da aplicação articulada do disposto nas normas do n.º 2 do art. 106.º, do n.º 5 do art. 104.º e da al. c) do n.º 3 do art. 102.º do CIRE e que o legislador talvez pudesse ter apresentado de forma menos tortuosa.

É visível que ela representa, por um lado, um desvio ao regime geral do contrato-promessa, mais particularmente ao disposto no art. 442.º, n.º 2, do CC; por outro lado, e consequente-

---

/ insolvência — Anotação ao Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03”, cit., pág. 61) alude a um “desvio de rumo”.

<sup>(54)</sup> Cfr. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência / insolvência — Anotação ao Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03”, cit., pág. 61.

<sup>(55)</sup> Cfr. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência / insolvência — Anotação ao Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03”, cit., págs. 61-62 (nota 18).

<sup>(56)</sup> Diz PIERO PAJARDI [*Manuale di diritto fallimentare* (a cura di Manuela Boc-

mente, um desvio ao regime anterior do art. 164.º-A, n.º 1, do CPE-REF — que, como se disse, dispunha expressamente que a extinção do contrato-promessa implicava a perda do sinal entregue ou a restituição em dobro do sinal recebido<sup>(53)</sup>.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS manifesta a sua incompreensão: o novo regime desfavorece o contraente *in bonis*<sup>(54)</sup>; isto estaria em contradição com a lei geral, que dispôs mecanismos de especial tutela do promitente-comprador, atendendo à «importância económica-social dos contratos-promessa de compra e venda, ligada à sua enorme frequência prática e ao facto de o promitente adquirente ser, em regra, um adquirente não profissional»<sup>(55)</sup>.

O que o A. esquece — e não pode esquecer — é, primeiro, que nenhuma relação jurídica pode ser analisada em abstracto ou à margem da disciplina em que se integra e, depois, que os interesses do promitente-comprador não têm uma prioridade absoluta, imperativa ou necessária — nenhum interesse o tem, ainda para mais quando é um interesse de índole privada —, que ele está, como qualquer outro, sujeito a uma ponderação relativa para se averiguar se, em determinada hipótese, deve prevalecer sobre os outros ou ceder perante eles.

Num contrato-promessa que se enquadre na insolvência, além do mais, não existe apenas um interesse contrapondo-se a outro — o interesse do promitente-comprador contrapondo-se ao do promitente-vendedor. Existe um conjunto de outros interesses concorrentes com aqueles — interesses públicos, interesses colectivos ou “de

---

chiola e Alida Paluchowski), Milano, Giuffrè, 2002, pág. 11] que o verdadeiro horizonte do legislador especial (legislador da insolvência) é fugir do esquema restrito da justiça comutativa e resolver uma situação que reclama uma justiça distributiva (do sacrifício); são duas perspectivas incompatíveis: o princípio comutativo obrigaria a que fossem pagos integralmente os credores à medida do vencimento dos seus créditos; o distributivo impõe aos credores satisfeitos a obrigação de restituir quanto receberam (ainda que legitimamente, por força do primeiro princípio), para permitir uma redistribuição proporcional a favor de todos os credores e usando todos os bens do devedor.

<sup>(57)</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, cit., pág. 125 (itálicos nossos). O A. chega a conceber a existência de um *princípio geral de irresponsabilidade* relativamente a alguns contratos (*ibidem*, pág. 126).

série” e interesses privados. Ora, sendo diferentes os interesses em presença, não deverá surpreender que os interesses mercedores de tutela reforçada não sejam os que o são em situações ordinárias ou perante a lei geral.

Aqui como na maioria das relações entre o insolvente e os seus credores o que acontece é que a dimensão colectiva se sobrepõe à dimensão individual — os interesses da colectividade dos credores sobrepõem-se aos interesses de cada credor singular <sup>(56)</sup>. A este propósito alude JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO a ao fenómeno de (da) “*reconfiguração da relação*”: «[n]o propósito de conciliar quanto possível as finalidades da insolvência com a situação da contraparte, a lei reformula as posições em presença, fazendo surgir novos poderes e deveres. Não a orienta neste momento a preocupação de uma indemnização da contraparte, porque não assenta na ideia de ressarcimento de prejuízos. A lei penetra nos próprios termos da relação, para a *reconfigurar* da maneira que considere mais conveniente» <sup>(57)</sup>.

Trata-se, numa palavra, de evitar que a massa insolvente seja sobrecarregada com créditos supervenientes. O que é, pelas razões expostas anteriormente, não só compreensível como natural.

Não é de agora, aliás, que esta preocupação existe e é notada. Comentava JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ainda na vigência do Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência, que «[a] introdução, no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, do art. 164.º-A foi feita no interesse da massa falida. Na sua base está a ideia da *precariedade* do contrato-promessa, que levou a que, no confronto do interesse dos promitentes e do interesse dos restantes credores da massa falida, ambos de natureza obrigacional, aqueles fossem a estes

---

<sup>(58)</sup> Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Aplicação do tempo do artigo 164.º-A do Código da Falência — Anotação ao Ac. do STJ de 9.5.2006, Rev. 827/06”, cit. págs. 65 e 67 (itálicos do A.).

<sup>(59)</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (“Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, cit., pág. 127) diz que o direito à indemnização dos prejuízos causados pelo incumprimento é apresentado na norma do art. 102.º, n.º 3, al. *d*), do CIRE de modo muito restritivo. Também LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO (*Direito da Insolvência*, cit., pág. 173) afirma que a indemnização foi, por via desta norma, “fortemente restringida”.



equiparados, caducando o seu direito à execução específica do contrato por eles celebrado, além de lhes ser reduzido o direito à indemnização»; «[o] sacrifício dos interesses do promitente não falido no altar da falência, mediante a extinção do seu direito à execução específica e a redução do direito à indemnização decorrente da resolução do contrato, compreender-se-á em nome da igualdade dos credores (...)» (58).

### 3.3.2. O sentido da alínea *d)* do n.º 3 do art. 102.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

A alínea *d)* do n.º 3 do art. 102.º do CIRE determina:

«[o] direito à indemnização dos prejuízos causados à outra parte pelo incumprimento: (i) [a]penas existe até ao valor da obrigação eventualmente imposta nos termos da alínea *b)*; (ii) [é] abatido do quantitativo a que a outra parte tenha direito, por aplicação da alínea *c)*; (iii) [c]onstitui crédito sobre a insolvência».

Está em causa — ao que tudo indica — o ressarcimento dos danos não abrangidos pelo direito de crédito emergente da recusa de cumprimento, calculado no termos da alínea anterior. O objetivo da norma é atribuir *limitadamente*, ao contraente *in bonis*, um direito à indemnização (59) — mais limitadamente do que aquilo que à primeira vista resultaria.

Na realidade, fixando-se, logo a abrir, como limite máximo o valor do direito que assiste à massa insolvente nos termos da al. *b)*,

---

(60) Diga-se ainda, para atestar definitivamente o proteccionismo da lei em relação à massa insolvente, que, mesmo quando existe, o direito à indemnização é limitado pelo segundo parâmetro: deve ser abatido do montante a que a outra parte já tem direito com base na al. *c)*, o que significa, na prática, que ela só terá um direito adicional quando o valor dos danos exceder o valor do direito calculado nos termos da al. *c)* (em todos os outros casos ele consome-se neste).

(61) Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., pág. 39.

o direito à indemnização só existe na medida em que a massa tenha, por sua vez, algum direito contra a outra parte ou em que — e até que — aquele tenha cabimento neste.

Assim, ou existe direito à indemnização mas imediatamente se extingue [havendo as maiores probabilidades de a massa declarar a compensação desta sua obrigação, ao abrigo da al. e), com o direito que lhe assiste] <sup>(62)</sup> ou nem sequer chega a existir — o que ocorre sempre que não assista à massa direito algum.

Nesta última hipótese cabe a situação em análise, pelo que fica definitivamente afastada a possibilidade de o promitente-comprador invocar o direito “adicional” ou “suplementar” de indemnização que a lei atribui na al. d) à contraparte do insolvente.

É caso para perguntar: para que é que a lei atribuiu um direito se pretendia inviabilizar, na prática, o seu exercício?

Independentemente dos seus propósitos insondáveis, uma coisa fica clara: a lei visa, a todo o custo, evitar o aumento do passivo; em última análise, admite que o valor do activo se reduza, que a massa fique privada de um direito de crédito (que este se extinga por compensação), na medida em que isso seja necessário para libertar a massa de uma obrigação sua.

### **3.4. O promitente-adquirente tem (apenas) um crédito sobre a insolvência**

---

<sup>(62)</sup> Cfr., sobre isto, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., págs. 30 e s. e págs. 91 e s.

<sup>(63)</sup> Faltaria, parafraseando JOÃO CALVÃO DA SILVA (*Sinal e contrato promessa*, cit., pág. 182), «o crédito (dobro do sinal, valor da coisa, indemnização convencionalizada nos termos do n.º 4 do art. 442) derivado do incumprimento definitivo, de que o direito de retenção constitui garantia acessória». O problema da aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC aos casos em que não haja aumento do valor da coisa ou em que, havendo aumento do valor, o credor/promissário opte pela restituição do sinal em dobro – suscitado, por exemplo, por LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (cfr. *supra* nota 26) — não chega sequer a pôr-se. Sobre os pressupostos do direito de retenção (em geral e nos casos especiais) cfr. ainda LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 241-244.

No contexto descrito, é significativo — e compreensível — que o crédito que assiste ao promitente-adquirente seja expressamente qualificado como um “crédito sobre a insolvência”. Como dizem LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, tal solução «é coerente com a opção geral de restringir os créditos sobre a massa àqueles que resultam da opção pelo cumprimento» (61).

Evidentemente, a classificação como crédito sobre a massa ou como crédito sobre a insolvência não é inconsequente para os respectivos titulares, sendo sobretudo determinante para efeitos do direito de voto na assembleia de credores e, sobretudo, na fase final do pagamento. É que os primeiros são créditos prioritários: são imputados aos rendimentos da massa e, quanto ao excedente, na devida proporção, ao produto de cada bem, móvel ou imóvel (cfr. art. 172.º, n.º 2, do CIRE), devendo ser pagos nas datas dos respectivos vencimentos, independentemente do estado do processo (cfr. art. 172.º, n.º 3, do CIRE). Diversamente, os créditos sobre a insolvência são pagos exclusivamente quando estiverem verificados por sentença transitada em julgado (cfr. art. 173.º do CIRE), sendo os mais “fortes” de entre eles — os créditos garantidos — pagos somente quando é liquidado o bem onerado com a garantia, pelo valor da liquidação, abatidas as respectivas despesas e as imputações devidas pelos créditos sobre a massa (cfr. art. 174.º, n.º 1, do CIRE) (62).

### 3.5. O promitente-adquirente não tem direito de retenção sobre a coisa objecto de *traditio*

---

(64) Assim também no Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência, embora por razões diferentes das actuais (ou seja, por a lei determinar a extinção imediata ou automática, por força da declaração de falência, do contrato-promessa com eficácia obrigacional). Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, “Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)”, cit., pág. 304.

(65) Para usar a expressão de JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA [“Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)”, cit., pág. 20].

(66) Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)”, cit., págs. 8 e 20, e LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência / insolvência — Anotação ao Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03”, cit., págs. 62 e 63.

Depois de tudo quanto se disse, sobre a questão da titularidade de direito de retenção por parte do promitente-comprador pouco resta a dizer. Não havendo lugar à aplicação do art. 442.º, n.º 2, do CC, fica afastada a aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC: apesar da tradição da coisa objecto do contrato prometido, falta o outro requisito imposto pela norma — o de o crédito garantido pelo direito de retenção resultar do “não cumprimento imputável à outra parte, *nos termos do artigo 442.º*” (63).

Ainda que existisse direito ao recebimento do dobro do sinal — como antes, quando a lei da insolvência o consagrava directamente (cfr. art. 164.º-A, n.º 1, do CPEREF) —, continuaria a não existir direito de retenção: o não cumprimento continuaria a não ser “*imputável à contraparte*” (64). A causa do incumprimento do contrato-promessa é a recusa do administrador da insolvência — que não só não é um facto *susceptível de imputação ao promitente-vendedor* — de “*imputação unilateral pela culpa*” (65) — como nem tão-pouco um acto *do* promitente-vendedor.

Poderia retorquir-se que a situação de insolvência *lhe* é, em última análise, sempre imputável — que, por vezes, ele contribuiu mesmo, com culpa grave ou dolo, para a sua causação ou o seu agravamento (dando origem à qualificação da insolvência como culposa). Continua, porém, a existir uma diferença essencial entre a situação de recusa de cumprimento e a situação a que a norma do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC alude: na primeira, a causa do incumprimento do contrato-promessa é o acto de recusa de cumprimento. Ora, como se disse, este é um acto absolutamente lícito, praticado pelo administra-

---

(67) Cfr., sobre tudo isto, mais pormenorizadamente, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., págs. 65 e s.

(68) A lei distingue negativamente certos créditos, em razão dos seus titulares ou em razão das suas características objectivas [cfr. art. 47.º, n.º 4, al. *b*), do CIRE], graduando-os em último lugar (cfr. proémio do art. 48.º do CIRE). Os créditos subordinados são pagos apenas depois de integralmente pagos os “créditos comuns”, na proporção dos respectivos montantes, se a massa for insuficiente para a satisfação integral (cfr. art. 177.º do CIRE). Cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., págs. 31 e 93.

(69) Cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., págs. 29 e 68.

dor da insolvência no interesse da massa. Afirmam-no, por exemplo, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA e, mais claramente, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS — que, por essa razão, rejeitam também que o beneficiário da transmissão da coisa objecto do contrato prometido goze do direito de retenção nestes casos <sup>(66)</sup>.

O argumento é de ordem formal. A ele vêm, contudo, juntar-se outros, substanciais, que reforçam a tese da inexistência de direito de retenção a favor do promitente-comprador.

Imagine-se, por um instante, que o art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC era aplicável também nos casos de recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência e que, além do direito de crédito, o promitente-comprador tinha um direito real de garantia, oponível *erga omnes*.

Tal representaria, em primeiro lugar, a possibilidade de constituição de créditos garantidos no curso do processo de insolvência, o que é incompatível com um dos seus objectivos instrumentais mais importantes: a estabilização geral do passivo do insolvente <sup>(67)</sup>.

Não é por acaso que a declaração de insolvência produz o vencimento imediato de dívidas (cfr. art. 91.º, n.º 1, do CIRE), a limitação do direito de compensação (cfr. art. 99.º do CIRE), o encerramento das contas correntes (cfr. art. 116.º do CIRE) e a qualificação

---

<sup>(70)</sup> Os trabalhadores do insolvente são titulares de um privilégio mobiliário geral e de um privilégio imobiliário especial sobre bem imóvel do empregador no qual prestam a sua actividade; por força destes, os seus créditos sobre a insolvência são classificados, respectivamente, como créditos privilegiados e como créditos garantidos e são graduados nos termos gerais (cfr. art. 333.º, n.º 2, do Código do Trabalho). Sobre a posição dos credores no quadro da insolvência, cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, “Efeitos de declaração de insolvência no contrato de trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, Separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2004, n.ºs 1, 2 e 3, págs. 5 e s., LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, “As repercussões da insolvência no contrato de trabalho”, in: AA. VV., *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 871 e s., e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Aspectos laborais da insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais do regime do Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas”, in: AA. VV., *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 687 e s.

<sup>(71)</sup> Já no âmbito do Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência os trabalhadores não eram favorecidos relativamente à generalidade dos credores (cfr. CATARINA SERRA, “A crise da empresa, os trabalhadores e a falência”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2001, n.ºs 3-4, págs. 419 e s.).

de juros que se vençam após a declaração de insolvência como ”créditos subordinados” [cfr. art. 48.º, n.º 1, als. *b*) e *f*), do CIRE] <sup>(68)</sup>.

Exceptuando a constituição de um privilégio creditório mobiliário geral, em homenagem ao superior interesse do início atempado do processo de insolvência <sup>(69)</sup> — e que é, de qualquer forma, *apenas* um crédito privilegiado, graduado em último lugar, relativamente a um quarto do montante do seu crédito, num máximo correspondente a 500 Unidades de Conta (cfr. art. 98.º do CIRE) —, a constituição de créditos com garantias durante o processo é reduzida ao mínimo, ficando, em geral, reservada aos planos de recuperação [cfr. art. 196.º, n.º 1, al. *d*), do CIRE].

Mesmo no que respeita às garantias constituídas antes da declaração de insolvência, algumas são extintas por força da declaração de insolvência: assim acontece com certos privilégios creditórios e hipotecas legais relativos aos créditos do Estado e de outras entidades públicas [cfr. art. 97.º, n.º 1, als. *a*), *b*), e *c*), do CIRE] e com determinadas garantias reais [cfr. art. 97.º, n.º 1, al. *d*), do CIRE].

---

<sup>(72)</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)”, cit., pág. 7.

<sup>(73)</sup> Já perante as alterações de 1980 ao Código Civil, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (“Da retenção do promitente na venda executiva”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1997, II, pág. 551) chamava a atenção para que, não obstante o seu alcance social, o direito de retenção do promitente-adquirente “representava um especial atentado ao crédito bancário hipotecário”. Afirma também desde há algum tempo JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (*Sobre o contrato-promessa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, págs. 154) que aquela prevalência “não tem a menor justificação”. Cfr., no mesmo sentido, entre muitos outros, ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca*, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 225 e s., PEDRO SAMEIRO, “O direito de retenção e a situação do credor hipotecário”, in: *Revista da Banca*, 2003, 26, pág. 89 e s., e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Sobre a prevalência, no apenso da reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, vol. II, págs. 581 e s. Dá conta da qualificação (doutrinal) do direito de retenção como “arcaico” ou “primitivo” JÚLIO GOMES [“Do direito de retenção (arcaico mas eficaz)”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2005, n.º 11, págs. 4 e s.].

<sup>(74)</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)”, cit., pág. 4. O A. refere-se adiante às críticas a que está sujeito em geral o direito de retenção (*ibidem*, pág. 7).

<sup>(75)</sup> Cfr., neste sentido, entre outros, LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, volume I — *Introdução. Da constituição das obrigações*, cit., pág. 247.

Em segundo lugar, o promitente-comprador beneficiaria da tutela concedida aos credores garantidos: enquanto credor garantido e como qualquer outro credor garantido, teria, acima de tudo, direito a adquirir o bem (cfr. art. 164.º, n.ºs 2 a 6, e art. 165.º do CIRE); enquanto titular do direito de retenção, teria direito a ser pago com preferência a todos eles (cfr. art. 759.º, n.º 1, do CC). Estariam incluídos aqui os titulares de hipoteca ainda que registada anteriormente (cfr. art. 759.º, n.º 2, do CC) e os trabalhadores do insolvente, a quem o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não concedeu, enquanto titulares de créditos emergentes de contrato de trabalho ou da sua violação ou cessação (e apesar do carácter social ou alimentar do salário), nenhuma tutela especial [cfr. art. 333.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), do Código do Trabalho] <sup>(70/71)</sup>. Que razões poderiam justificar este tratamento de excepcionalidade — tal discriminação positiva do promitente-comprador?

É certo que os interesses do promitente-adquirente, sobretudo os do promitente-adquirente de direitos reais sobre edifício ou fracções autónomas, já construídos ou a construir, beneficiam de uma protecção especial na legislação portuguesa, ou seja, de um

---

<sup>(76)</sup> Medida que era aplaudida por ISABEL MENÉRES CAMPOS (“O concurso de credores e a fase executiva no novo regime da acção executiva”, in: *Scientia Iuridica*, 2004, n.º 298, págs. 139-140).

<sup>(77)</sup> Cfr. LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, volume I — *Introdução. Da constituição das obrigações*, cit., págs. 247-249. Dado que o direito de retenção só tem conexão funcional com o direito ao aumento do valor da coisa — diz o A. —, o promitente-comprador só deve poder exercer a retenção em relação a esse crédito (não podendo exercê-la em relação ao crédito da restituição do sinal em dobro). Cfr., no mesmo sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. II — *Direito das obrigações*, tomo II — *Contratos. Negócios unilaterais*, cit., pág. 402.

<sup>(78)</sup> Para JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA [“Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)”, cit., págs. 14 e s. (págs. 19-20 e págs. 21-22)], a solução está não exactamente na (indesejável) supressão do direito de retenção mas numa revisão dos seus termos de operacionalidade: deveria, designadamente, acumular-se ao requisito da tradição do imóvel o requisito do registo do contrato (para fins de publicidade e de conhecimento da cláusula de tradição) e salvaguardar a prioridade do registo da hipoteca relativamente ao registo da promessa com tal cláusula. Na hipótese de não se considerar viável o surgimento de um direito de retenção na fase posterior à declaração de insolvência, o A. admite que seria suficiente uma adaptação do disposto no art. 164.º do CIRE, no sentido de permitir aos beneficiários de uma tradição clausulada em promessa obrigacional a aquisição do bem por um preço razoável.

«acréscimo tutelar ou de segurança», por via, entre outras coisas, da concessão de um «generoso e problemático» direito de retenção nas promessas que envolvam tradição do bem objecto do contrato prometido, como afirma significativamente JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA (72).

Todavia, aquilo que é válido em geral não vale necessariamente em todas as situações; como tem sido dito, a insolvência obriga à reponderação e, frequentemente, à modificação das soluções comuns (pensadas para os casos em que não existe insolvência), de forma a garantir que o sacrifício vem a ser efectivamente suportado por todos os credores — que nenhum credor é (injustificadamente) poupado em detrimento dos outros.

Está em causa, ainda por cima, uma garantia que não é pacífica nem em termos gerais (73): desde logo por ser uma garantia oculta e não permitir o “conhecimento” por parte dos restantes credores (74); depois por prevalecer sobre a hipoteca, tornando a posição do promitente-comprador mais forte do que a do próprio comprador (75).

Terá sido por isso — recorde-se — que o segundo Anteprojecto de revisão do Código de Processo Civil (que culminou com a reforma de 2003) previa o registo do direito de retenção (através do registo da mera posse) e a eliminação da prevalência do direito de retenção dos promitentes-compradores sobre a hipoteca, consagrada no art. 759.º, n.º 2, do CC (76).

Não é sem razão que se propugna uma interpretação restritiva do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC — «a única que pode harmonizar o direito de retenção do titular da promessa de constituição ou transmissão de direito real com os direitos do credor hipotecário» (77) — ou, por fim, que, mesmo para quem advoga uma tutela mais intensa dos promitentes-adquirentes (de imóveis), em particular no

---

(79) Como é do conhecimento geral, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas seguiu de perto o modelo normativo da *Insolvenzordnung*. Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., pág. 20, e IDEM, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., pág. 221.



âmbito da insolvência, devam conceber-se «soluções aquisitivas *razoáveis*» e adoptar-se medidas «sem prejuízo essencial dos interesses dos outros credores» (78).

Face a estes argumentos, não parece haver lugar a hesitações — nem a *reservas de consciência* — quanto à solução aplicável: uma vez declarado insolvente o promitente-vendedor e recusado o cumprimento do contrato-promessa pelo administrador, o promitente-adquirente é, não obstante a tradição da coisa objecto do contrato prometido, um mero *credor comum*.

Considerando a teia de interesses emergentes numa situação de insolvência e as soluções de equilíbrio engendradas pelo legislador português — que não são (muito pelo contrário) inéditas ou originais (79) — , não podia ser de outra forma.

#### 4. Conclusões

Expostos todos os argumentos, afirma-se, em síntese, que:

- 1.º) *no domínio dos negócios em curso à data da declaração de insolvência, o promitente-comprador de edifício ou fracção autónoma, com tradição, cujo contrato-promessa (com eficácia meramente obrigacional) não foi cumprido pelo administrador da insolvência não tem o direito ao recebimento do sinal em dobro previsto no art. 442.º, n.º 2, do CC;*
- 2.º) *tão-pouco tem o direito de retenção a que se refere o art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, sobre o edifício ou a fracção autónoma que foi objecto de tradição.*
- 3.º) *Por aplicação articulada do disposto nas normas do n.º 2 do art. 106.º, do n.º 5 do art. 104.º e da al. c) do n.º 3 do art. 102.º do CIRE, o promitente-comprador tem, outrossim, nesta hipótese, o direito à diferença (se positiva) entre o montante do preço convencionado, actualizado à data da declaração de insolvência, e o valor do edifício ou da fracção autónoma na data da recusa de cumprimento do contrato, acrescido do sinal entregue.*

*4.º) O direito do promitente-comprador é classificado como crédito sobre a insolvência e, dentro desta categoria, como crédito comum, não prevalecendo, para nenhum efeito, sobre os créditos com garantias reais (créditos garantidos) e nem sequer sobre os créditos com privilégios creditórios gerais (créditos privilegiados) sobre os bens da massa insolvente.*

Braga, Fevereiro de 2010

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA  
CATARINA SERRA

---

<sup>(1)</sup> O presente trabalho compila as ideias apresentadas na Conferência Internacional *World Conflict Resolution Day*, subordinada ao tema “Mediation and Arbitration: The New Tools for Empowering Citizens in the European Union”, organizada pela Mediarcom, no dia 15 de Outubro de 2009.

<sup>(2)</sup> Sobre esta temática, veja-se CAMPOS, Diogo Leite de, “A arbitragem voluntária, jurisdição típica do estado-dos-direitos e dos-cidadãos”, in: *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*, Coord. Diogo Leite de Campos, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 39-53.

# A MEDIAÇÃO PRÉ-JUDICIAL EM PORTUGAL: ANÁLISE DO NOVO REGIME JURÍDICO<sup>(1)</sup>

*Pela Mestre Cátia Marques Cebola*

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A Mediação — de onde vem e em que consiste?; 3. A Directiva 2008/52/CE *versus* o regime jurídico português; 3.1 Precedentes normativos da Directiva Europeia de mediação civil e comercial e seus objectivos; 3.2. A transposição da Directiva 2008/52/CE para o ordenamento jurídico português; 3.3. Âmbito de aplicação territorial e material; 3.4. A qualidade da mediação; 3.5. A executoriedade dos acordos de mediação; 3.6. Os efeitos do recurso à mediação nos prazos de prescrição e caducidade; 4. Considerações Finais.

## 1. Introdução

O monopólio dos tribunais na Administração da Justiça constitui hoje um paradigma em superação<sup>(2)</sup>. Ventos de mudança sopram há vários anos sob a forma de debate em torno da denominada “Crise da Justiça”, sendo o sistema judicial apontado como uma via morosa, inflexível e, conseqüentemente, ineficaz na resolução de problemas jurídicos.

Desta forma foram sendo paulatinamente ensaiadas e implementadas formas extrajudiciais de resolução de conflitos, quer heterocompositivas, como a arbitragem, quer autocompositivas, como a mediação. Em causa estão novos caminhos para a resolu-

---

<sup>(3)</sup> Fazendo referência crítica ao termo “alternativo”, veja-se MACKIE, Karl J., *A handbook of dispute resolution: ADR in action*, Routledge, Londres, 1991, pp. 3-5.

<sup>(4)</sup> Cfr. MOORE, Carl M., “Why do we mediate?”, in: *New directions in mediation: communication research and perspectives*, Edit. Joseph Folger e Tricia Jones, SAGE Publications, California, 1994, pp. 195-203.

<sup>(5)</sup> Sobre as vantagens da mediação, veja-se, entre outros, GONZALO QUIROGA, Marta, “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general”, in: *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, DYKINSON, 2006, pp. 28-29 e SHAMIR, Yona, *Alternative Dispute Resolution and their application*, UNESCO-IHP-WWAP, n.º 7, Paris, 2003, pp. 24-25.

ção de conflitos jurídicos que a vida em sociedade naturalmente faz emergir e nos quais, concretamente no âmbito da mediação, as partes são as próprias obreiras da solução para o diferendo que as separa.

Não obstante a defesa destes meios ter assumido nos EUA cariz de movimento, sob a designação de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), preferimos denominar estes mecanismos de meios extrajudiciais de resolução de conflitos e não de meios “alternativos”, rejeitando-se qualquer ensaio de substituição ou eliminação dos métodos judiciais tradicionais<sup>(3)</sup>. Acompanhamos, assim, Carl Moore<sup>(4)</sup> considerando que as verdadeiras razões de sucesso destes meios assentam nas suas vantagens na resolução de certos problemas jurídicos, constituindo cada vez mais os mecanismos adequados para a solução de determinado tipo de litigância<sup>(5)</sup>, mas que não visam anular o sistema judicial e que deverão ser apresentados às partes como opcionais e não obrigatórios.

Não alheia a esta nova realidade, a União Europeia assumiu desde o Conselho de Tampere o compromisso de implementar e desenvolver nos vários Estados-Membros novos mecanismos de resolução de litígios fora dos tribunais, designadamente a mediação. Este esforço desembocou na publicação da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação civil e comercial.

No que concerne ao ordenamento jurídico português, a predita Directiva foi transposta pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho. Nestes termos, importa analisar de que forma foi consagrada no sistema jurídico luso a mediação civil. Quando e em que condições se pode recorrer a este método? Qual a efectividade dos acordos de mediação? Qual a relação e harmonização estabelecida com o sistema judicial?

A implementação de legislação relativamente a um método como a mediação reveste o seu estudo de uma importância acrescida pela informalidade e inflexibilidade que caracteriza este mecanismo. Daí que nos dediquemos neste trabalho à análise dos *supra* mencionados documentos normativos. Antes, porém, consi-

---

(6) Consultar o endereço electrónico, <http://www.forum-mediacao.net/module2display.asp?id=39&page=1>, conferido pela última vez a 22 de Outubro de 2008.

deramos útil tecer algumas considerações genéricas e introdutórias à mediação enquanto método de resolução extrajudicial de resolução de conflitos.

## 2. A Mediação — de onde vem e em que consiste?

A mediação é comumente definida como um processo extrajudicial de resolução de conflitos, caracterizado pela intervenção de uma terceira pessoa, cujo objectivo é facilitar o diálogo entre as partes em confronto, por forma a que elas próprias possam construir a solução tida por ambas como a ideal para o seu problema.

Assim, não será pretensioso afirmar que a história da mediação será tão antiga quanto a existência de conflitos na humanidade. De facto, as relações humanas, em qualquer estágio da sua evolução, não são incólumes ao surgimento de conflitos e a existência destes evoca a necessidade da sua resolução, a qual terá passado naturalmente, entre outros processos, pela intervenção de um terceiro que procura o entendimento entre as partes.

---

(7) Este sistema, que em termos literais significa “*coming together of five persons*”, muitas vezes assumia-se não como um corpo de pessoas que julgavam conflitos com procedimentos próprios, mas como uma discussão em torno dos interesses dos envolvidos no litígio, por forma a que pudessem atingir um acordo. Ora, este figurino assemelhava-se então à actual mediação. Cfr. BAXI, Upendra/GALANTER, Marc, “Panchayat Justice: an India experiment in Legal Access”, in: *Journal of The Indian Law Institute*, n.º 18, 1976, pp. 375-430, consultado em 15 de Maio de 2008, no seguinte endereço electrónico <http://marcgalanter.net/Documents/papers/scannedpdf/panchayatjustice.pdf>.

(8) Cfr. FIADJOE, Albert, *Alternative Dispute Resolution: a developing world perspective*, Routledge Cavendish, Grã Bretanha, 2004, p. 57.

(9) Cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005, p. 23.

(10) Sobre outras possíveis classificações relativas aos meios de resolução extrajudicial de conflitos, veja-se DAMIANI, Saverio Sticchi, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milão, 2004, pp. 41-48. Analisando as principais diferenças entre a mediação e outros meios de resolução extrajudicial de conflitos, veja-se SOUSA, José Vasconcelos, *Mediação*, Quimera, Lisboa, 2002, pp. 20-22.

(11) Sobre a sua consideração como meio não adversarial, veja-se WILDE, Zulema e GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, Agora Publicações, Lisboa, 2003, p. 20.

Jean-Louis Lascoux identifica a origem latina da palavra mediação com “*médium*”, “*medius*”, “*mediator*”, datando o uso do termo no século XIII<sup>(6)</sup>. Albert Fiadjoe dá-nos conta da adopção da mediação no sistema de justiça *panchayat*<sup>(7)</sup> nas aldeias Hindu da Índia e nas tradicionais sociedades Africanas, onde membros respeitáveis eram chamados a mediar conflitos entre vizinhos, ou mesmo nas sociedades Islâmicas, nas quais se estabeleciam metodologias mediatórias<sup>(8)</sup>. Na Antiga China, como nos refere Lisa Parkinson, Confúcio no século V a.C. incitava o recurso à mediação em vez do tribunal, referindo que a litigância causava ressentimento nas partes e os impedia de cooperarem entre si<sup>(9)</sup>. Temos, assim, que esta forma de resolução de disputas é recorrente ao longo da história e das culturas.

No quadro dos sistemas de resolução de conflitos<sup>(10)</sup>, e atendendo ao sujeito decisório, a mediação é comumente classificada como um método autocompositivo, por contraposição aos métodos heterocompositivos, na medida em que são as próprias partes que obtêm a solução do seu conflito com a ajuda do mediador.

Já quanto à posição conflitual das partes considera-se a mediação um meio não adversarial, uma vez que em causa está um método que apela à colaboração dos envolvidos no conflito para, de forma conjunta, obterem o acordo que solucione a disputa que os separava<sup>(11)</sup>.

### **3. A Directiva 2008/52/CE versus o regime jurídico português**

Analisadas, ainda que sumariamente, algumas questões inerentes ao método de resolução extrajudicial que nos ocupa, abordaremos seguidamente a Directiva relativa à mediação civil e comercial, estudando de que forma foi transposta para o ordenamento jurídico interno.

#### **3.1 Precedentes normativos da Directiva Europeia de mediação civil e comercial e seus objectivos**

---

<sup>(12)</sup> COM(2002) 196.

<sup>(13)</sup> JOCE L 136 de 24 de Maio de 2008, pp. 3-8.

A cooperação europeia no domínio da justiça é marcada pelo Tratado de Maastricht que vem apelar à criação de um espaço judicial comum, objectivo reforçado pelo Tratado de Amesterdão. Estas intenções ganham maior dinamismo quando, em 1999, o Conselho Europeu reúne em Tampere, concluindo nesta sessão que deverão ser criados pelos Estados-Membros procedimentos extrajudiciais para solucionar conflitos jurídicos. Por forma a desenhar o panorama europeu no âmbito dos meios de resolução alternativa de litígios, a Comissão apresentou em 2002 o Livro Verde sobre estes meios em matéria civil e comercial<sup>(12)</sup>. Desta forma estava constituído o instrumento de trabalho para a preparação de documentos normativos que visassem a implementação destes métodos. De facto, uma das conclusões do Livro Verde evidenciava uma ausência de legislação quadro relativa, designadamente, à mediação. E assim, em 2004, foi publicada a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspectos da mediação civil e comercial, a qual viria a tornar-se definitiva em 2008 através da Directiva 2008/52/CE<sup>(13)</sup>, visando-se incentivar a criação nos Estados-Membros de regulamentação deste método. Como prescreve o próprio Considerando 7 deste documento, “Para promover o recurso à mediação e garantir que as partes que a ela recorrem possam confiar num quadro jurídico previsível, é necessário prever um enquadramento normativo”.

Relativamente aos objectivos da Directiva, esta estabelece, desde logo, como propósito primeiro, a promoção do acesso à resolução alternativa de litígios e à mediação. Este objectivo traduz as ambições da U.E. que vinham sendo consagradas anteriormente

---

(14) Peter L. D’Ambrumenil refere que “The essence of mediation is its voluntary nature and the fact that any solution achieved is the result of agreement between the parties themselves”. E reforça esta posição afirmando que “it is this very lack of force that not only makes the process so attractive but also allows the parties to come to resolutions which in court of law would never be possible”. Cfr. AMBRUMENIL, Peter L., *What is dispute resolution*, LLP, Londres, 1998, p. 34.

(15) Um dos primeiros sistemas jurídicos a prever a mediação com carácter obrigatório foi o Argentino, com a Lei 24.573, de 25 de Outubro de 1995. Para mais desenvolvimentos, veja-se BARONA VILAR, Sílvia, *Solución extrajudicial de conflictos: «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, 1ª edição, Tirant lo Blanch, Valência, 1999, pp. 150-152.

relativamente à promoção dos ADR. Em causa está o alargamento do acesso à justiça pelos cidadãos a todas as formas de resolução de conflitos que não apenas os tribunais.

Devemos aplaudir também a previsão, logo no seu art.1.º, da intenção e do propósito da Directiva visar igualmente assegurar uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial. Parece-nos ser este um alicerce essencial na promoção quer da mediação, quer de qualquer outro meio de resolução extrajudicial de conflitos. Na verdade, e não obstante a designação generalizada de meios alternativos de resolução de conflitos, consideramos que os mecanismos envolvidos não devem ser promovidos como substitutos dos tribunais, mas como meios opcionais a que as partes podem recorrer se assim o pretenderem e, principalmente, se considerarem que o mesmo terá mais vantagens na resolução da sua disputa.

Esta premissa, que convoca e traduz-se na voluntariedade<sup>(14)</sup> inerente à mediação, é, na nossa opinião, contrária a qualquer previsão de obrigatoriedade de recurso à mediação<sup>(15)</sup>. Assim, rejeitamos que a Directiva no Considerando 14 aceite e não impeça a sujeição a sanções do não recurso a este mecanismo. Consideramos que a equilibrada relação entre o sistema judicial e os meios extrajudiciais, que a própria Directiva refere, não se coaduna com sistemas de mediação obrigatórios. A implementação e difusão destes métodos deverão ser conseguidas por via da persuasão e divulgação das suas vantagens e não pelo estabelecimento da qualquer obrigatoriedade<sup>(16)</sup>.

### **3.2. A transposição da Directiva 2008/52/CE para o ordenamento jurídico português**

A ordem interna portuguesa incorporou as disposições normativas da Directiva relativa à mediação civil e comercial através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que vem introduzir a regulamen-

---

<sup>(16)</sup> Desta forma rejeitamos igualmente a previsão no Código de Custas Português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro, o qual vem estabelecer no art. 447º-D, n.º 4 do CPC que o autor que podendo recorrer aos meios de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as custas de parte independentemente do resultado da acção.



tação deste método no Código de Processo Civil (arts. 249.º-A a 249.º-C e 279.º-A). Desde logo, e sob o ponto de vista formal, esta transposição merece-nos três críticas essenciais.

Em primeiro lugar, o legislador aproveita a aprovação do novo regime de processo de inventário para introduzir a mediação no nosso ordenamento jurídico. Parece-nos de todo despropositado não se percebendo por que é que esta matéria não mereceu um tratamento autónomo da Assembleia da República. Consideramos que se perdeu uma oportunidade de fazer um diploma que versasse de forma sistemática e genérica sobre a mediação, para que o mesmo constituísse o quadro normativo base deste método no nosso sistema.

Depois, a lei em análise vem introduzir o procedimento de mediação no Código de Processo Civil português (CPC), o que não nos parece de elogiar. De facto, e não obstante a relação equilibrada a que já aludimos e propugnamos entre meios judiciais e extrajudiciais, deve manter-se uma autonomia sistemática e legislativa entre os mesmos e, portanto, assim como para a arbitragem há uma lei autónoma, também a mediação merecia um diploma próprio. Na verdade, a Directiva no Considerando 11 exclui do seu âmbito de aplicação processos de natureza quase judicial, querendo marcar de forma clara a distância entre os dois sistemas, pelo que essa diferenciação seria melhor promovida se, em termos legislativos, não se regulasse a mediação no mesmo diploma que regula o processo civil.

Por último, acresce que a Lei n.º 29/2009 vem introduzir a mediação no Código de Processo Civil no âmbito das citações, o que sistematicamente é incompreensível. Ou seja, analisando o acervo normativo deste Código temos o art. 249.º relativo ao conteúdo dos editais e anúncios e o art. 250.º relativo à contagem dos prazos, sendo que os arts. 249.º-A a 249.º-D regulam a mediação. Ora, a introduzir a mediação no Código de Processo Civil faria

---

(17) Veja-se o Considerando 8 da Directiva 2008/52/CE.

(18) Sobre a discussão em torno da definição de conflito transfronteiriço, concretamente para efeitos de aplicação da Directiva 2008/52/CE, veja-se GIL NIEVAS, Rafael, “La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea”, in: *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, DYKINSON, Madrid, 2006, pp. 37 e 38.

mais sentido introduzi-la no capítulo seguinte, relativo ao começo da instância referindo-se que antes da apresentação de qualquer litígio em tribunal as partes poderão recorrer à mediação, indicando-se seguidamente a regulação da mesma.

Abordadas as questões de forma, que consideramos pertinentes tendo em conta o objectivo de promoção e difusão da aplicação da mediação, analisaremos seguidamente os aspectos de conteúdo do diploma europeu face ao diploma português.

### 3.3. Âmbito de aplicação territorial e material

A Directiva 2008/52/CE restringe o seu âmbito de aplicação à mediação em litígios transfronteiriços, referindo, contudo, que nada deverá impedir os Estados-Membros de aplicar as suas disposições a processos de mediação internos<sup>(17)</sup>. Na verdade, propugnamos que os Estados aproveitem o ensejo de transpor a Directiva regulando simultaneamente a mediação interna e transfronteiriça, de modo a que se possa desenhar de forma coerente em termos europeus o quadro normativo aplicável a este método<sup>(18)</sup>. Este foi, aliás, o caminho seguido por Portugal que introduz e regula a mediação civil independentemente do conflito que se pretenda resolver ser meramente interno ou transfronteiriço.

No que concerne ao conceito de mediação abrangido pela Directiva, esta define no art. 3.º a mediação como sendo o “processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador”.

Para além da menção à mediação como “processo”, o que poderá fomentar confusões inconvenientes com o processo judicial, devendo referir-se simplesmente a procedimento<sup>(19)</sup>, parecemos também criticável a indiferença da Directiva face à designação que este método assumia nos vários Estados-Membros. Na verdade,

---

<sup>(19)</sup> Neste sentido, veja-se MARTÍN DÍZ, Fernando, “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, in: *La Ley*, n.º 3, 2006, pp. 1637-1654 e GIL NIEVAS, Rafael, “La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea”, cit., p. 41.

se as preocupações da U.E. se prendem com a criação de um quadro jurídico previsível capaz de atrair a confiança dos cidadãos na mediação, mal se compreende que depois se permita que essa previsibilidade seja posta em causa pela aceitação de que o mesmo método possa ser denominado de diferentes formas em diferentes Estados. Consideramos que a ausência de uma designação uniforme é suscetível de fomentar indesejáveis confusões terminológicas por parte daqueles que pretendam recorrer a este método. A diversidade de termos pode ser ainda mais preocupante se tivermos em conta que face a conflitos transfronteiriços estão envolvidos diferentes cidadãos de Estados-Membros que poderão, tal como permite a Directiva, designar de forma diferente métodos similares ou vice-versa.

Claro que a flexibilidade e ausência de trâmites rígidos inerentes à mediação não permitirão uma definição exaustiva deste método, nem uma regulamentação minuciosa do procedimento, o qual dependerá, em última instância, do conflito, dos mediados e das concretas opções do mediador. De todo o modo, consideramos que deverá haver uma definição que apresente os elementos gerais e essenciais da mediação para que todos saibamos a que mecanismo nos estamos a referir, propugnando-se que os Estados-Membros definam este método como aquele através do qual as partes envolvidas num conflito resolvam o mesmo, por acordo, sendo coadjuvados pela intervenção do mediador, evitando-se, desta forma, confusões indesejáveis.

O art. 3.º da Directiva deverá ser lido conjuntamente com o Considerando 11 da mesma, o qual exclui do seu âmbito os “processos em que certas pessoas ou instâncias emitem uma recomendação formal (...) para resolver o litígio”. Parece que a Directiva vem assumir que o papel do mediador no âmbito da mediação não poderá traduzir-se na formulação de recomendações ou propostas para o problema. Esta questão tem inerente a querela doutrinária relativa à distinção entre mediação e conciliação que toca, por sua vez, com a diferenciação entre a mediação interventora e a mediação facilitadora, podendo na primeira (e ao contrário da segunda) o mediador apresentar propostas de solução para o conflito. Esta temática, que à primeira vista pode parecer despida de relevo,

ganhará importância se tivermos em conta que em causa está a definição do próprio âmbito de aplicação da lei e das suas prescrições. Na verdade, se o legislador tomar posição na predita discussão teórica relativa ao papel do mediador, tal significará prescrever o tipo de intervenção deste profissional, que ele não poderá desrespeitar, sob pena de violação da lei. Por outro lado, não ficariam abrangidos pelas disposições legais, designadamente em matéria de confidencialidade, todos os terceiros que adoptassem um modelo de mediação diferente do prescrito da lei.

Focando agora a análise na lei portuguesa, verificamos que o legislador luso não apresentou qualquer conceito de mediação ou sequer indicou as suas características essenciais. Sabemos apenas que somente estão abrangidos pela lei portuguesa, nos termos do actual art. 249.º-A do CPC, os sistemas de mediação que sejam previamente aprovados pelo Ministério da Justiça, dependendo essa aprovação da verificação da idoneidade do sistema, bem como da respectiva entidade gestora. A Portaria n.º 203/2011, de 20 de Maio veio esclarecer que estão abrangidos pela predita norma os sistemas de mediação pública já existentes ou a criar. Assim, o legislador português fechou a porta à possibilidade de aplicação das normas do Código de Processo Civil, em análise, à mediação *ad-hoc* ou privada, não rejeitada pela Directiva.

De facto, nada no documento europeu proibiria a existência de Gabinetes de Mediação privados e a inerente possibilidade das partes envolvidas num determinado conflito contratarem um terceiro para as assistir na resolução do diferendo, referindo-se inclusive no Considerando 15 que na “ausência de um acordo escrito, deverá considerar-se que as partes acordam recorrer à mediação no momento em que tomam medidas específicas para dar início ao processo de mediação”. O nosso diploma restringe-se, todavia,

---

(20) Aprovado pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

(21) Ver Despacho do Ministério da Justiça n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

(22) O sistema de mediação laboral nasceu da assinatura a 5 de Maio de 2006 de um protocolo entre o Ministério da Justiça e várias entidades representativas do sector e que pode ser consultado em <http://www.gral.mj.pt/uploads/documentos/8b67cd80c5704209a6e611f3462a54e8.pdf>.

(23) E que se encontra disponível em [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pt.pdf).

apenas aos sistemas públicos que sejam previamente aprovados pelo Ministério da Justiça. Percebemos a previsão do nosso diploma, uma vez que dessa forma estará assegurado o controlo de qualidade dos procedimentos e dos profissionais de mediação, assumindo aquele órgão o papel pertinente de regulador desta matéria. Contudo, parece-nos que restrição introduzida pela Portaria n.º 203/2011, coarctará o tão desejado efeito de impulsionar a aplicação da mediação no nosso país, na medida em que até ao momento apenas se encontram institucionalizados os sistemas de mediação penal<sup>(20)</sup>, familiar<sup>(21)</sup> e laboral<sup>(22)</sup>.

### **3.4. A qualidade da mediação**

O desempenho competente, eficaz e imparcial do mediador constitui, aliás, uma premissa fundamental da Directiva preocupada com a qualidade da mediação. Desta feita, e nos termos do seu art. 4.º, os Estados-Membros estão incumbidos de promover a formação dos mediadores e apelar ao respeito do Código Deontológico Europeu dos Mediadores, que a própria Comissão apresentou em 2004<sup>(23)</sup>. Assim, esta formação deverá assegurar a aprendizagem de um conjunto uniforme de princípios basilares e de técnicas necessárias à boa prossecução da mediação, devendo ser, nos termos do n.º 2, do citado art. 4.º, não apenas inicial, como contínua.

Por outro lado, os Estados-Membros deverão ainda criar mecanismos eficazes de controlo da prestação de serviços de mediação. Este controlo visará assegurar que a mediação é levada a cabo por mediadores competentes, cuja actuação tenha inerentes códigos de conduta e que a sua actividade respeite as características da mediação.

O legislador português ao prever que seja o Ministério da Justiça a aprovar previamente os sistemas de mediação autorizados a levar este método a efeito, incumbe este órgão do Governo de controlar os preditos sistemas, respeitando as exigências da Directiva no que concerne à qualidade deste mecanismo.

Ainda neste âmbito, consideramos de extrema relevância a previsão comunitária do princípio da confidencialidade que, tal como prescreve o art. 7.º da Directiva 2008/52/CE, impede que os

mediadores ou as pessoas envolvidas na administração do procedimento de mediação sejam obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, quanto a informações decorrentes daquele procedimento. Excepciona-se depois do dever de sigilo as situações em que razões de ordem pública, protecção do superior interesse da criança ou protecção da integridade física ou psíquica de uma pessoa, justifiquem a divulgação de informações relativas a um procedimento de mediação.

A relevância deste princípio prende-se, desde logo, com o normal decurso de uma mediação. Na verdade, a ausência de sigilo poderia fomentar situações de ocultação de informação por parte dos mediados, a qual poderia ser fundamental à obtenção do acordo para o conflito. Se os mediados estivessem conscientes de que todas as declarações prestadas poderiam ser utilizadas posteriormente pela parte contrária num processo judicial, tal faria com que fossem extremamente cautelosos quanto aos seus interesses e razões subjectivas, evitando divulgá-los e dificultando que o mediador pudesse trabalhar um acordo satisfatório para ambas as partes. A previsão da confidencialidade contribui, assim, para a eficácia da mediação e para a confiança que as partes deverão depositar neste método.

Face a esta importância, o legislador português dedica todo o art. 249º-C do CPC ao princípio da confidencialidade. A diferença fundamental relativamente à Directiva reside nos casos de excepção ao sigilo atinente à mediação. Na verdade, utiliza genericamente a expressão “salvo caso de circunstâncias excepcionais”, enumerando seguidamente apenas a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa. Esta previsão genérica e sem menção expressa a razões imperiosas de ordem pública poderá fomentar, no futuro, pedidos de utilização de informação das sessões de mediação justificados sem fundamento no recurso àquele critério que consideramos o mais oportuno. Assim, o legislador português

---

(24) Ver Considerando 19 da Directiva 2008/52/CE.

(25) Tal como refere Gil Nievas “Se conseguiría así una verdadera eficacia de la mediación como un método alternativo al proceso judicial para la solución de controversias evitando que se convierta en un simple procedimiento previo al proceso judicial”. Cfr. GIL NIEVAS, Rafael, “La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea”, cit., p. 47.

deveria ter enunciado a ordem pública como fundamento para o levantamento do sigilo da mediação, em vez de ter enumerado exemplificadamente apenas a protecção da integridade física e psíquica de uma pessoa, sem fechar a porta a todo um outro conjunto de situações que certamente a Directiva não quis abranger, mas que a vaguidão da nossa norma poderá abarcar.

### 3.5. A executoriedade dos acordos de mediação

A eficácia da mediação estará, de igual modo, directamente dependente da eficácia dos seus acordos que, por sua vez, dependerá do seu cumprimento pelas partes, mas também da possibilidade de execução forçada dos mesmos. Assim, a Directiva 2008/52/CE exige no art. 6.º que os acordos de mediação sejam dotados de força executiva mediante sentença, decisão ou acto autêntico de um tribunal ou outra entidade competente.

Esta previsão resulta da vontade da U.E. em garantir a consideração da mediação como um meio de semelhante valor ao processo judicial, não lhe devendo ser inferior<sup>(24)</sup>. Desta forma, assim como uma sentença poderá ser executada por um tribunal judicial, também o acordo final de mediação não deverá apenas depender da boa vontade das partes no seu cumprimento<sup>(25)</sup>.

Poder-se-ia dizer que, se a mediação for levada a cabo por um mediador com formação adequada e competente e se o acordo resultar da vontade livre das partes, não haveria necessidade de falar de execução dos seus acordos, uma vez que as partes estariam completamente motivadas a cumprir o mesmo e não se verificariam inadimplementos. Todavia, tal pressuporia que a vontade humana é imutável e que os pressupostos de uma decisão não

---

<sup>(26)</sup> Talvez o legislador português pudesse ter sido mais audaz, consagrando a execução directa dos acordos de mediação. Para tal, teria de acrescentar ao art. 46.º do CPC os preditos acordos, criando depois, no art. 812.º-D do mesmo Código, a necessidade de ser proferido despacho liminar pelo juiz do processo executivo para verificação da conformidade do acordo com a legislação em vigor. Desta forma evitar-se-ia que as partes, em caso de incumprimento do pacto de mediação, tivessem de recorrer duplamente aos tribunais judiciais (uma primeira vez para homologação do acordo e uma segunda para a sua execução).

<sup>(27)</sup> A Portaria n.º 203/2011, de 20 de Maio no seu art. 5.º vem reforçar este entendimento.

podem ser alterados, pelo que, em prevenção de possíveis incumprimentos, consideramos importante a previsão da executividade dos acordos de mediação.

A nível da legislação portuguesa, o actual art. 249.º-B do CPC consagra a possibilidade de pedido de homologação por um juiz dos acordos de mediação, por forma a que os mesmos obtenham força executiva, respeitando-se assim os desígnios da Directiva Europeia<sup>(26)</sup>. Em matéria de competência, o legislador indica que o pedido de homologação pode ser apresentado em qualquer tribunal, especificando somente que este seja competente em razão da matéria. Não se refere assim, por exemplo, à competência em razão do valor, nem como determinar o valor de um procedimento de mediação. Talvez tivesse sido preferível determinar como competente para homologação do acordo de mediação o Tribunal da Relação evitando-se, desta forma, quaisquer dúvidas futuras.

Questão diferente reside em saber se a homologação terá de ser pedida em conjunto pelas partes ou se qualquer uma poderá realizar este pedido. Da leitura do art. 249.º-B do CPC, que refere no n.º 1 e n.º 5 “as partes”, em conjunto com o art. 6.º da Directiva, parece que terão de ser todos os mediados a requerer o pedido de homologação<sup>(27)</sup>. Consideramos, contudo, este requisito demasiado exigente. Na verdade, bastaria que uma das partes recusasse aderir ao pedido de homologação, para que a intenção da lei em atribuir eficácia executiva aos acordos de mediação ficasse precludida.

Dúvidas maiores poder-se-ão levantar quanto ao controlo de legalidade exercido pelo tribunal no âmbito do pedido de homologação. Ou seja, a conformidade com a legislação em vigor, referida

---

<sup>(28)</sup> E talvez fosse pertinente permitir ao juiz, aquando da homologação, avaliar as referidas cláusulas à luz de critérios de equidade ou criarem-se mecanismos que consintam que o *decidendi* requeira às partes a apresentação das razões subjacentes a tal cláusula, para efeitos de homologação da mesma.

<sup>(29)</sup> Antecipando a proliferação de fenómenos de mediação *on-line*, Gil Nieves considera que, nesta hipótese, o Estado-Membro competente para analisar a legalidade do acordo de mediação obtido quando em causa estejam partes de diferentes Estados, deverá ser aquele em que tenha sede o mediador, solução com a qual concordamos, por ser este o elemento com maior conexão. Cfr. GIL NIEVAS, Rafael, “La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea”, cit., p. 47.



no art. 249.º-B, n.º 3 do CPC, abrangerá todo o acervo normativo implicado na matéria envolvida no conflito jurídico, ou apenas respeita às normas imperativas? Claro está, desde logo, que não podem estar em causa normas dispositivas que, por definição, podem ser afastadas pelas partes, devendo dar-se prevalência, neste caso, à sua vontade. Maiores dificuldades se levantam a nível das normas imperativas, quando estejam em causa direitos indisponíveis ou direitos irrenunciáveis. De facto, será difícil ao juiz avaliar a violação das preditas normas quando não é produzida prova relativamente aos factos subjacentes. Mas, por outro lado, permitir acordos violadores de normas imperativas poderá fomentar a consideração da mediação pelos cidadãos como um meio propiciador de pactos *contra legem*, através dos quais se obteriam decisões não permitidas pelos tribunais judiciais. Assim, em sede de imperatividade normativa, o juiz deverá atender ao padrão de avaliação substanciado na ordem pública<sup>(28)</sup>.

Em termos de competência territorial no âmbito de conflitos transfronteiriços, e apesar do silêncio da Directiva, consideramos que o pedido de homologação deverá ser endereçado ao tribunal competente do Estado-Membro onde ocorreu a mediação<sup>(29)</sup>.

No que concerne à executividade do acordo noutra Estado-Membro que não aquele onde se realizaram as sessões de mediação, o legislador português nada refere a respeito, mas tal como prevê a Directiva no art. 6.º, n.º 4, deverá ser aplicada nesta matéria a legislação referente ao reconhecimento e execução de sentenças nos vários Estados-Membros da U.E.<sup>(30)</sup>.

### **3.6. Os efeitos do recurso à mediação nos prazos de prescrição e caducidade**

Importante no reforço da posição da mediação, como meio opcional ao sistema judicial, é a previsão da Directiva 2008/52/CE

---

<sup>(30)</sup> Estamos a referir-nos, designadamente, ao Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial que contém regras relativas à execução de decisões noutra Estado-Membro (modificado pelo Regulamento (CE) n.º 1791/2006, de 20 de Novembro e pelo Regulamento (CE) n.º 1103/2008, de 22 de Outubro).

relativamente à suspensão da prescrição e da caducidade de direitos aquando do recurso a este método de resolução de conflitos. O art. 8.º daquele documento normativo adquire a maior relevância se tivermos em conta que a mediação é um meio voluntário, cuja solução depende do acordo de ambos os mediados. De facto, não sendo possível prever *ab initio* o desfecho deste mecanismo, as partes deverão estar seguras da possibilidade de recorrerem ao sistema judicial ou à arbitragem se o acordo não for obtido.

Só assim a mediação se poderá afirmar como um método de resolução de conflitos de valor semelhante ao sistema judicial, no sentido de constituir uma opção que não preclui o direito das partes de obterem uma solução para o seu conflito.

É, todavia, importante referir que a Directiva não é inconsequente nas suas previsões, na medida em que no Considerando 13 alude à possibilidade de existência de prazos máximos para os processos de mediação. Tais prazos impedirão as partes de alongar a tentativa de resolução do conflito por mediação, usando-se inaceitavelmente este método como um mecanismo dilatatório.

O legislador português previu no art. 249.º-A, n.º 2, do CPC, que a utilização dos sistemas de mediação pré-judicial aprovados suspende os prazos de prescrição e caducidade a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador, retomando-se quando uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, ou ainda, quando o mediador determinar o seu fim<sup>(31)</sup>.

Nada se diz, todavia, quanto à definição de tempos máximos. A avaliar pela realidade existente actualmente, concretamente tendo em conta os sistemas de mediação laboral, familiar e penal consagrados no nosso ordenamento jurídico, estamos em crer que cada sistema de mediação definirá os tempos de duração. Por outro lado, caberá a cada mediador, perante cada sessão de mediação, avaliar a viabilidade de prosseguir a resolução do conflito por este método ou terminar com a mesma, evitando que as partes façam uma utilização abusiva e dilatatória deste mecanismo.

---

<sup>(31)</sup> A Portaria 203/2011 vem precisar no art. 3º que a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade ocorre no momento em que for efectuado um pedido de mediação, retomando-se com a conclusão do processo.

Respeitando os desígnios da Directiva no art. 5.º, o juiz de um processo judicial poderá suspender a instância e remeter as partes para mediação, salvo se alguma expressamente se opuser a tal circunstância. Assim, o art. 279.º-A do CPC respeita, e bem, o princípio da voluntariedade inerente à mediação e uma vez mais se dá alento à sua relação equilibrada com o processo judicial.

Necessário é que a mediação não seja prosseguida pelo próprio juiz do processo, caso contrário estar-se-iam a violar as previsões da Directiva relativas à definição deste método, a qual exclui expressamente no art. 3.º as tentativas do tribunal para solucionar um litígio por acordo durante a tramitação do processo judicial em curso.

#### **4. Considerações Finais**

Do exposto ficam analisadas as principais questões jurídicas levantadas pela Directiva Comunitária relativa à mediação civil e comercial e, principalmente, pela transposição da mesma para o ordenamento jurídico português.

Devemos concluir desde já que, não obstante a flexibilidade e informalização que caracterizam este método, apoiamos a existência de regulamentação no âmbito da mediação. Na verdade, os documentos normativos que analisámos limitaram-se a prever as bases do recurso a este mecanismo, sem ter qualquer pretensão de regulação das fases de procedimento ou da actividade do mediador. Essa seria uma ingerência criticável por colocar em causa uma das maiores vantagens da mediação, que reside precisamente na sua capacidade para resolver diferentes tipos de conflitos que envolvam pessoas com diferentes personalidades, adaptando-se aos mesmos. Não foi essa a intenção da Directiva, nem da legislação portuguesa, que apenas tentaram estabelecer alguns parâmetros básicos de funcionamento da mediação, necessários à sua promoção enquanto um método de resolução extrajudicial de conflitos.

Consideramos até que tal regulamentação deveria ter sido mais corajosa indicando os elementos caracterizadores da mediação, por forma a distingui-la de outros métodos extrajudiciais de

resolução de conflitos. Permitir que existam diferentes designações para o mesmo método, ou designações semelhantes para métodos diferentes, não contribui para a segurança e confiança dos cidadãos na mediação.

Por outro lado, consideramos que a promoção da mediação não deverá realizar-se através de qualquer obrigatoriedade de recurso a este método, mas na criação de todas as condições de acesso dos cidadãos a este mecanismo. Elogiamos, assim, a intenção da Directiva em criar uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial. Estes dois mecanismos devem estar acessíveis aos cidadãos para que escolham qual o que melhor se adapta ao seu conflito e à solução que buscam. Deste modo, bem fizeram a Directiva e a legislação portuguesa ao regular alguns aspectos processuais que poderiam limitar a vontade das partes no recurso à mediação, concretamente a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade e ainda a força executiva dos seus acordos.

Aplaudimos também a preocupação da Directiva no sentido de garantir a qualidade da mediação, a qual dependerá entre outros factores, da adequada formação dos mediadores e da idoneidade das entidades que promovam este método. A nível da legislação portuguesa, o Ministério da Justiça assume-se como regulador desta matéria, papel que deverá ser desempenhado por este órgão do Governo, pelo menos nesta fase inicial de implementação da mediação no nosso país. No futuro, será propugnável a criação de uma Ordem dos Mediadores, concretamente quando a classe destes profissionais lograr suficiente homogeneidade e espírito corporativo. Nesta altura deverá ser esta corporação a analisar a aprovação de cursos de mediação, a incorporar os mediadores com qualificações para levar a cabo mediação em Portugal e, conseqüentemente, a analisar da violação de deveres deontológicos por parte destes profissionais, designadamente do dever de confidencialidade.

Terminamos o presente trabalho tecendo uma última consideração sobre a forma de actuação da Comunidade Europeia, preferindo o recurso a uma Directiva face a um Regulamento. Neste aspecto nada nos surpreende o legislador comunitário. Na verdade, e não obstante o âmbito da Directiva dizer respeito apenas a conflitos transfronteiriços, ela própria prescreve no Considerando 8 que

nada impede que os Estados-Membros criem disposições sobre a mediação interna. E pensamos ter sido essa a intenção escondida da Directiva. Se a U.E. tivesse optado pela publicação de um Regulamento, os Estados-Membros não ficariam sujeitos à obrigação de promulgação de uma lei de transposição. Todavia, face a uma Directiva e tendo os Estados que dedicar um documento normativo a esta matéria, certamente aproveitarão, tal como fez o legislador português, para regulamentarem quer a mediação em conflitos transfronteiriços, quer interna. Esperamos que o prazo de transposição seja respeitado e que em 2011 todos os Estados-Membros possuam regulamentação relativa à mediação para que crescentemente a resolução dos conflitos seja realizada de forma negociada e assente na colaboração entre as partes, tal como exige este mecanismo.

---

\* O presente artigo corresponde, com pequenas alterações de pormenor, ao Relatório Final de Avaliação apresentado no âmbito do curso de Pós-Graduação em Direito penal Económico e Europeu 2004/2005 do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

\*\* Advogado.

## PUNIÇÃO, ISENÇÃO CRIMINAL E DIREITO ECONÓMICO:

O Art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro e o Instituto da  
Isenção de Pena no Domínio da Doutrina Geral da Infracção  
Anti-Económica \*

*Pelo Dr. Gonçalo Meneses \*\**

### *SUMÁRIO:*

**I PARTE.** O art.º 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: sua natureza, fundamento e sentido. **Cap. I — Introdução.** I — Punição, tipo e isenção criminal: o art.º 26 do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como «*regulae excludendi*». II—O «instituto» da isenção de responsabilidade criminal no interior do universo penal: figura dogmática ou «expressão idiomática»? Crítica à sua autonomização (e diferenciação) dogmático-normativa. As leis n.os 2/99, de 13 de Janeiro e 101/2001, de 25 de Agosto. **Cap. II — Natureza Jurídica.** I — O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como fundamento de impunção — sua configuração e definição dogmática. 1. O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão (*reitor*; justificação) do ilícito. *a*) A insustentabilidade da proposta: as causas de justificação como expressão (axiológico-normativa e ontico-existencial) de uma ponderosa prevalência (*in concreto*) do «justo» e o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como norma de «retractação» (ontológica e político-criminalmente) fundada no *arrependimento* do agente. 2. O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão (ou negação) da culpa. *a*) A insustentabilidade da proposta: as causas de exclusão da culpa como expressão (axiológico-normativa e ontico-existencial) da impossibilidade de (*in concreto*) se censurar (ético-)juridicamente o agente por este, perante a pressão duma particular situação externo-objectiva (*elemento existencial*) em virtude da qual o normal cumprimento das intenções fundamentais da sua personalidade foi «desviado» (*elemento pessoal-subjectivo*), ter preservado, no geral, não obstante o facto praticado, uma *atitude de fidelidade ao Direito* (*elemento emocional*) e o *arrependimento* do agente como momento (ético-conscencioso) posterior à realização do ilícito-típico. 3. O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*). *a*) O crime como *comportamento ilícito-típico, culposo e digno de pena*: a *punibilidade* como última das categorias sistemáticas integrantes do conceito (jurídico-penal) de crime, normativa e político-criminalmente estratificada no princípio (condutor) da *dignidade penal* (*Strafwürdigkeit*). *b*) Conceito e estrutura de *pressuposto (adicional)* de *punibilidade*. Exemplos. Condições objectivas de punibilidade e causas subjectivas de (im)punibilidade (breve excursão). *c*) O art. 26.º do DL

n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*), *maxime* como *causa pessoal de levantamento da pena*, normativo-materialmente radicada no regresso do agente ao Direito e na consequente opção (legislativa) de se considerar que, havendo retractação, o facto (anteriormente praticado) já não reclamar, sob ponto de vista político-criminal, uma punição (conclusão). 4. Consequências e relevo dogmático-conceitual e prático-normativo da sua exacta configuração (dogmática) como causa de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*). a) O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como exemplo paradigmático de um claro caso de *miss-labeled rule*: a isenção de responsabilidade criminal ali definida como um autêntico caso de *isenção de pena*.

**Cap. III — Fundamento, Sentido e Finalidades.** I — O sentido e alcance da figura da isenção de pena no domínio das infracções anti-económicas: sua justificação, função e significado político-criminal.

**II PARTE.** O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: elementos típicos e regime jurídico. **Cap. I — Análise Sistemática e Regime Legal.** I — O instituto da isenção de pena no DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Considerações preliminares. 1. A questão da sua localização sistemática no contexto das relações entre a «Parte Geral» e «Parte Especial» do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro. 2. Confronto com figuras próximas: a desistência (art. 27.º) — sentido geral, *maxime*. a) afinidades (fundamento ontológico-jurídico comum-arrependimento do agente); b) diferenças [-] causa de extinção da pena vs. causa de atenuação da pena; —) norma de «retractação» vs. norma de «reparação»]; c) critério geral de distinção [a isenção como condição (ou elemento) especial de punibilidade (*lato sensu*) a funcionar após a perfeição do delito e a desistência como circunstância modificativa (atenuante) de carácter específico ou especial a funcionar após a consumação do crime]. II — O instituto da isenção de pena no DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro (cont.). Regime Jurídico. 1. Âmbito de aplicação. 2. Notas caracterizadoras. 3. Elementos típicos da exclusão da punição (pressupostos). a) Arrependimento (*elemento subjectivo*): atitude interior de contrição e consequente decisão (ético-conscenciosa) de auto-correcção. b) Acção do agente (*elemento objectivo*): retirada do mercado dos bens afectados, acompanhada da sua denúncia pública. c) Termo da execução da acção (*elemento temporal*): anterioridade relativamente a qualquer intervenção pública ou denúncia particular. **III PARTE.** O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: sua reforma e futuro. **Cap. I — Notas Finais.** I — O instituto da isenção de pena e o futuro do Direito Penal Económico Português: proposta de alte-

---

(1) Um sistema com esta natureza encontrou expressão, p. ex., no totalitarismo nazi e soviético do séc. XX. Com efeito, o § 2 do CP alemão nacional-socialista permitia a punição criminal de comportamentos não previstos pela lei penal, assinaladamente todos aqueles que não mostrassem estar de acordo com os “*sãos sentimentos do povo*” alemão! Também o Código Penal da URSS de 1924 e 1926, ancorado no mesmo entendimento, consagrava, nos seus arts. 1.º e 16.º, a possibilidade de serem punidas condutas não tipificadas, nomeadamente as ofensivas da “*ordem jurídica estabelecida pelo Governo dos ope-*



ração a realizar de *iure condendo* no quadro de uma eventual revisão do DL n.º 28/84, de 20 Janeiro como corolário das conclusões precedentes.

## *I Parte*

### **O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: sua natureza, fundamento e sentido**

#### **Cap. I — INTRODUÇÃO**

I — *Punição, tipo e isenção criminal: o art. 26.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro como «regulae excludendi». II — O*

*rários e agricultores para a época de transição para o Estado comunista*". Este último código, inclusive, autorizava o julgador, no caso concreto, a decidir contra o preceituário legal vertido no mesmo, reservando, desta forma, à «Parte Especial» daquele uma função meramente enunciadora ou exemplificativa.

Sobre o ponto e respectiva caracterização dos referidos paradigmas cf. as profusas críticas de Eduardo CORREIA, in *A Teoria do Concurso em Direito Criminal. Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra, 1945, 92 ss., e J. BELEZA DOS SANTOS, in *Interpretação e integração das lacunas da lei em direito e processo penal*, BFD XI, 1929, 112 ss.; e ainda, monograficamente, sobre aquele primeiro pensamento (chamado, ordinalista concreto), Germano MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Parte Geral I. Introdução e teoria da lei penal*, 2.ª ed., Loures, 2001, 189-91.

(<sup>2</sup>) Cf. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal* (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), vol. I, Coimbra, 1963, 280.

(<sup>3</sup>) Nesta perspectiva o tipo mostra-se como *tipo-de-garantia* (*Garantietatbestand*), umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade da intervenção penal, *maxime* na sua vertente (liberal) de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Com efeito, "o tipo [*hoc sensu* o tipo penal] vale pelo que incrimina e, nessa medida, protege; como vale outrossim pelo que não incrimina e, nessa medida, igualmente protege." (cf. M. da COSTA ANDRADE, *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, 1996, 31), por esta via compossibilitando que a «lei penal» se afirme como a "magna Charta do criminoso" (a conhecida, mas sempre feliz expressão pertence a Franz von LISZT, aqui citado *apud* J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, Coimbra, 1.ª ed., 2004, 169).

Sobre a consideração do «princípio da tipicidade» como corolário do próprio princípio da legalidade, vd. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal* (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), vol. II, Coimbra, 1965, 3; mas, sobretudo, J. F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra, 1992, 440.

(<sup>4</sup>) José F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, *cit.*, 417, n. 114.

«instituto» da isenção de responsabilidade criminal no interior do universo penal: figura dogmática ou «expressão idiomática»? Crítica à sua autonomização (e diferenciação) dogmático-normativa. As leis n.º 2/99, de 13 de Janeiro e n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

## I.

§ 1 É por todos reconhecido que ao Direito Penal como (e enquanto) ordem de *liberdade* e de *validade* se exige que exprima de forma tão exacta quanto possível os seus juízos normativos, não se admitindo que a valoração jurídico-penal possa ser deixada ao subjectivismo e arbítrio do julgador, antes devendo ser formulada de modo preciso e rigoroso <sup>(1)</sup>.

Para dar forma a esta sua axiomática, dispõe a ciência penal de um engenhoso recurso: o *tipo legal de crime* (*Tatbestand*). Nele se especificam o conjunto de expressões da vida humana que, no critério do legislador, consubstanciam a negação dos valores que o

<sup>(5)</sup> Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, *cit.*, 5.

<sup>(6)</sup> Cf. ID., *idem*, 142, n. 1. Com efeito, constitui prática corrente designar como *circunstâncias justificativas* todo o conjunto de figuras jurídicas que evitam, ou porventura, afastam, sob ponto de vista dogmático-normativo, a formação do crime (conflito de deveres, falta de consciência do ilícito não censurável, etc.). Por nossa parte, porém, baseados na preleção de Eduardo CORREIA (cf. *idem, ibidem*), temos para nós que apenas devem ser vistas como circunstâncias o conjunto de factos que se mostram *acidentais* relativamente ao facto punível ou criminoso (*v.gr.*, reincidência; concurso de crimes). Pelo contrário, todos aqueles que sustentam como condição *positiva* [tipo, ilícito, culpa e punibilidade (*stricto sensu*)] ou *negativa* (causas de exclusão da responsabilidade penal) a existência ou relevância do crime como *facto punível* devem, ao invés, em nossa opinião, ser entendidos como *elementos* ou *condições gerais* ou *especiais* (positivas ou negativas) de punibilidade (*lato sensu*).

<sup>(7)</sup> Cf. *infra* I Parte, Cap. I, II, § 8; I Parte, Cap. II, I, 2, § 4, esp. te n. 54, 3, § 9.

<sup>(8)</sup> Avocámos, assim, a nomenclatura normativa professada, neste domínio, por um dos nossos mais ilustres penalistas. Retenhamos, pois, neste ensejo, a sua lição: “Emprega-se a expressão causas de exclusão da responsabilidade penal por considerarmos ser aquela que, de forma mais inócua, abarca todas as causas que afastam a responsabilidade penal [...] De facto, nesta categoria cabem conceitos e proposições normativas [...] tão diferentes como as causas de exclusão do ilícito, causas de exclusão da culpa [e] causas pessoais de exclusão da punibilidade. Ora, como é evidente, cada uma das categorias que se acaba de enunciar é, em si mesma, por contraposição a cada uma das outras, muito diversa ou diferente. Diferentes nos pressupostos, no regime e na função normativa. O que têm em comum? É que todas excluem a responsabilidade penal.” (cf. José F. de FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Coimbra, 2003, 127, n. 60).

Direito Penal tem como missão salvaguardar e cuja observância e cumprimento, em consequência, nos impõe. Neste sentido, fundamentalmente, já noutra lugar se escreveu <sup>(2)</sup>, que, o tipo legal de crime, se pode antes de tudo entender como a necessária e exigível *descrição legal da acção punível* <sup>(3)</sup>.

§ 2 Todavia, se é certo que pertence ao tipo a tarefa de “[...] definir [os] comportamentos [...] que violam os valores fundamentais da comunidade historicamente situada [...]” <sup>(4)</sup>, nem sempre, porém, se mostra verdadeiro que a realização *qua tale* de condutas legalmente tipificadas corresponda a uma (des)valorização conclusiva das mesmas. Com efeito, o juízo de valor vertido na norma (*scilicet*, no tipo) nem sempre é definitivo, justamente porque, tal como a “[...] vida é complexa, complexos são também os juízos de valor da ordem jurídica [...]” <sup>(5)</sup>, podendo, na realidade, verificar-se

---

<sup>(9)</sup> Para uma definição destas proposições normativas, sua caracterização e distinção face a outras figuras jurídicas cf., *inter alia*, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1982, 93 s.

<sup>(10)</sup> Respectivamente arts. 32.º, 35.º e 24.º do CP.

<sup>(11)</sup> É conhecida a controvérsia que acompanha a configuração dogmática e o respectivo lugar sistemático na doutrina do crime da figura da desistência da tentativa. Concretamente, três soluções têm sido aventadas: Guntram V. SCHEURL, p. ex., pronuncia-se a favor da ideia de que a desistência constitui um elemento negativo do tipo (cf. V. SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Berlin, 1972, esp. te 35); ROXIN (cf. Claus ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, consultada na versão espanhola *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 1972, 33 ss.), por sua vez, manifestando a convicção de que aquela figura tem o seu campo de incidência no domínio da culpa jurídico-penal, configura-a, na verdade, como causa de exclusão da «responsabilidade» [cf. *infra* I Parte, Cap. II, I, 2, § 4, n. 50, sobre a categoria roxiniana da responsabilidade (*Verantwortlichkeit*)]; por último, temos autores como, p. ex., FIGUEIREDO DIAS (cf., *inter alia*, ID. “Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”, *cit.*, 265, 617 e 622), para quem a desistência da tentativa prefigura uma causa (pessoal) de exclusão da pena.

Por nossa parte, na medida em que fundamentamos a impunibilidade da desistência da tentativa no regresso do agente ao Direito e na consequente opção político-criminal do legislador de considerar que o facto praticado, nesta conjuntura, já não exigir, sob ponto de vista preventivo — quer geral, quer especial — qualquer punição, acompanhamos esta última concepção, concebendo até esta figura como uma paradigmática causa de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*).

Uma excelente análise de toda esta temática pode ver-se, p. ex., em RIBEIRO FARIA, *Sobre a desistência da tentativa*, BFDC, 57, 56 ss., e, outrossim, em JÚLIO GOMES, *A desistência da tentativa. Novas e velhas questões*, 1993, 12 ss.

um conjunto de circunstâncias (chamadas, justificativas!... <sup>(6)</sup>) — também elas tipificadas! <sup>(7)</sup> — que, acompanhando a realização típica, afastam — porque igualmente radicadas na validade normativo-material nuclearmente predicativa do ordenamento jurídico-penal — aquele juízo (negativo) primariamente indiciado.

Ora, exactamente com o propósito de regular este particular conflito, entre, de um lado, as abstractas necessidades de punição (colocadas pela subsunção formal da acção a um certo tipo legal de crime), e, do outro lado, a concreta consideração de outros fins ou interesses igualmente valorados, dispõe o Direito Penal do conhecido expediente técnico-legislativo das chamadas *causas de exclusão da responsabilidade penal* <sup>(8)</sup>. Estas, na verdade, mais não são do que normas permissivas <sup>(9)</sup> — *regulae excludendi* —, que ao negarem, indiferenciadamente, elementos (constitutivos do crime) como o ilícito (*v.gr.*, legítima defesa), a culpa (*v.gr.*, estado de necessidade desculpante) ou a punibilidade (*stricto sensu*) (*v.gr.*, desistência da tentativa) <sup>(10)</sup> <sup>(11)</sup>, precludem o efeito antinormativo despoletado pela realização típica.

§ 3 Pois bem: prevendo igualmente uma *condição* (ou *elemento*) *especial de punibilidade (lato sensu)*, estatui o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro:

*“Se o agente, antes de qualquer intervenção da autoridade ou denúncia de particular, retirar do mercado os géneros e aditivos a que se referem os artigos anteriores, e sem prejuízo da sua conveniente beneficiação, transformação ou inutilização:*

*a) Declarar às autoridades policiais, fiscais ou administrativas a existência dos mesmos, respectivas quantidades e local em que se encontram; ou*

*b) Por forma inequívoca, der a conhecer que tais bens se encontram falsificados, corruptos ou avariados, quer pela aposição de escrito elucidativo e bem visível sobre os mesmos, quer pela sua colocação em local destinado a esse efeito e, como tal, devidamente identificado de modo a eliminar quaisquer dúvidas;*

*ficará isento de responsabilidade criminal.”* (sic).

§ 4 Posto isto, devemos, contudo, questionar: que figura jurídica regulamenta esta proposição normativa? Que categoria dogmática se encontra ali prevista, sobposta à epígrafe “Isenção de responsabilidade criminal”? Qual a sua natureza e estrutura? Ou seja: *o que se deve entender por ficar “isento de responsabilidade criminal”?*

## II.

§ 5 A pergunta colocada tem, na realidade, todo o sentido e razão de ser. Isto porquanto, *primo conspectu*, poder-se-ia, eventualmente, pensar que, oculta por uma deficiente etiquetagem normativa, o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, na realidade, prescreveria a obrigatoriedade do tribunal *isentar de pena* o agente que, reunindo as condições legalmente exigidas, renunciasse ao projecto criminoso inicialmente idealizado e exectuado, o que nos levaria a dizer, sem mais, que isenção de responsabilidade criminal e isenção de pena mais não são do que diferentes jargões (técnico-legislativos) mediante os quais o legislador regulamenta a mesma realidade ontológico-normativa.

Neste sentido, pressupondo o sinonismo entre ambas as expressões, já se escreveu: “A definição dogmática do que seja

---

(12) José F. de FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, cit., 127.

(13) Assim, p. ex., M. LEAL-HENRIQUES e M. SIMA SANTOS, *Código Penal Anotado*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, 1999, 594 s. e J. de FIGUEIREDO DIAS, *O instituto da dispensa de pena: algumas notas*, RLJ, 123.º (1990-1), 196 ss., esp. te 201 s. e *Direito Penal Português. Parte geral II. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993, § 485, 322 s..

(14) São palavras de Jorge de FIGUEIREDO DIAS in “Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão”. Acta n.º 9, 81 s.

Decisiva para o sentido da decisão tomada pela Comissão de Revisão parece ter sido a firme convicção deste autor, expendida em muitos dos seus escritos, que muitos — se não a maioria — dos casos de isenção de pena então previstos na lei configurariam, sob ponto de vista substantivo, verdadeiras hipóteses de dispensa de pena. Cf. ID., *O instituto da dispensa de pena...*, cit., 197 e 201 e *Direito Penal Português...*, cit., *ibidem* (perflitando idêntico entendimento, segundo nos parece, vd., igualmente, M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral II. Penas e medidas de segurança*, 1989, 142).

isenção de responsabilidade criminal constituiu sempre um problema central dentro das chamadas causas de exclusão da responsabilidade criminal ou penal. Com efeito, fez-se sempre notar a sua possível interferência com as situações de dispensa de pena.” (12)

Ora, não é por ninguém desconhecido que contraposto ao instituto da dispensa de pena sempre se posicionou o instituto da isenção de pena, sendo até corrente na doutrina estabelecer a sua diferenciação e recíproca distinção (13). Mais! Terá sido essa mesma similitude dogmática e conceitual que, p. ex., esteve na base da decisão de se eliminar a categoria da isenção de pena do Código Penal e de, correlativamente, expandir a figura da dispensa de pena a categoria única aquando da reforma legislativa efectuada no mesmo em 1995 (DL n.º 48/95, de 15 de Março). Neste sentido, são claras as conclusões retiradas, ao tempo, pela comissão revisora. Dizia esta, em comentário aos referidos institutos: “No código actual encontram-se várias referências à dispensa de pena e à isenção de pena, nunca se sabendo em rigor o que representa esta última figura [...]. [De modo que] Não tendo sentido esta duplicidade [...] seria necessário terminar com a isenção de pena [...]”. (14)

§ 6 Conhecida uma tal impostação devemos, porém, perguntar: será correcta esta concepção das coisas? Isentar de responsabilidade criminal significa ou equivale a isentar de pena?

Temos para nós que não. Este entendimento das coisas, na realidade, não consegue apreender — na sua realidade biunívoca e plurisignificativa — o correcto sentido e natureza (jurídico-normativa) daquelas expressões, revelando-se, em nossa óptica, um entendimento, de todo em todo, inexacto e impreciso.

De facto, desde logo, ocorre precisar que subjacente ao termo «isenção de responsabilidade criminal», em nossa opinião, encontram-se diferentes figuras e proposições normativas excludentes, particularmente no domínio dos chamados Direitos Penais Especiais. É o caso, entre outros, das Leis *n.os 2/99, de 13 de Janeiro (Lei de imprensa)* e *101/2001, de 25 de Agosto*.

Na verdade, ambos os diplomas, muito embora se reportem a matérias em tudo dissemelhantes, como o são o regime jurídico-

-penal dos crimes cometidos através da imprensa, regulamentado na primeira daquelas leis, e o regime jurídico das acções encobertas desenvolvidas para fins de prevenção e investigação criminal, previsto no segundo diploma legal, prescrevem, respectivamente, nos seus arts. 31.º, n.º 6 e 6.º, n.º 1 o seguinte:

- a) “São *isentos de responsabilidade criminal* todos aqueles que, no exercício da sua profissão, tiveram intervenção meramente técnica, subordinada ou rotineira no processo de elaboração ou difusão da publicação contendo o escrito ou imagem controvertido.”(sic); e, sob a epígrafe “*Isenção de responsabilidade*”,
- b) “Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.” (sic).

---

(15) Nos termos do qual a autoria dos crimes cometidos através da imprensa cabe, em regra, ao criador do texto ou da imagem controvertidos ou, nos casos de publicação não consentida, a quem os tiver promovido (cf. art. 31.º, n.os 1 e 2 da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro).

(16) Na verdade, em rigor, importa esclarecer que estas infracções mais não são do que crimes contra honra cometidos por e mediante meio de comunicação social, *maxime*, crimes de difamação, puníveis nos termos dos arts. 180.º, 182.º, 183.º, n.º 2 e eventualmente 184.º do CP. Sobre a temática vd. José Francisco de FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Coimbra, 1999, art. 180.º § 1 ss., 601 ss., esp.te §§ 16-72, 608-28 e art. 183.º § 1 ss., 639 ss., esp.te § 7 s., 641 s.

(17) Este conceito, sustentado por autores como MEZGER, EB. SCHMIDT e, entre nós, Eduardo CORREIA (sendo, inclusive, adoptado no Projecto de PG do Código Penal que este apresentou em 1963 — cf. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, *cit.*, 245 ss., esp.te 246-9 e *Código Penal. Projecto da Parte Geral*, separata do *BMJ*, 127.º, 1963, art. 27.º), caracteriza-se por considerar como autor de um crime *todo aquele que tiver dado causa à sua realização*, causa essa determinada nos precisos termos da teoria da adequação (art. 10.º do CP; para um enquadramento dogmático da mesma cf., por todos, Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, *cit.*, 252 ss., esp.te 257 ss.). Por esta razão — e em frontal oposição ao chamado *conceito restritivo de autoria* — formas de participação como a cumplicidade e a instigação são ainda, segundo este conceito, formas de autoria do crime (cf. Eduardo CORREIA, *idem, ibidem*).

Pois bem: partindo das considerações acima feitas, designadamente da convicção defendida de que a expressão «isenção de responsabilidade criminal», em boa verdade, comporta figuras e proposições normativas excludentes de natureza muito distintas, analisemos cada um dos normativos citados.

§ 7 Começemos, naturalmente, pelo primeiro daqueles preceitos — o n.º 6 do art. 31.º da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro.

Integrado no regime especial de autoria/comparticipação dos crimes de abuso de liberdade de imprensa <sup>(15)</sup> <sup>(16)</sup>, esta disposição, bem vistas as coisas, mais não faz do que isentar de punição um conjunto de indivíduos que, à luz do conceito-regra de autoria legalmente consagrado nos arts. 26.º e 27.º do CP — o chamado *conceito de autoria extensiva* <sup>(17)</sup> —, seriam considerados autores mediatos (v.gr., A, jornalista, receando vir a ser acusado e, em consequência, ostracizado pelos seus colegas, opera, a mando do seu editor, a revisão e montagem duma peça jornalística, pensada e

---

<sup>(18)</sup> Ao lado destes, também como *crimes de participação necessária*, existem os chamados *crimes de colisão ou de encontro*, os quais se caracterizam pelo facto de os diferentes agentes, no decurso das suas acções (delituosas), actuarem uns contra os outros (v.gr., crime de participação em rixa — art. 151.º do CP): cf., por todos, Eduardo CORREIA, “Direito Criminal”, vol. II, *cit.*, 254.

<sup>(19)</sup> Cf. ID., *idem*, 255.

<sup>(20)</sup> Afastada está por nós a possibilidade de se ver na figura (?) da isenção de responsabilidade criminal aqui prevista uma causa de exclusão da culpa. Com efeito, poder-se-ia, porventura, argumentar, que, pelo facto do agente se apresentar, nestes casos, como um mero auxiliar, colaborador ou técnico, não seria sua a concepção do conteúdo (textual ou visual) delituoso, pelo que o mesmo agiria sem culpa. Ou seja: segundo uma tal (hipotética) impoção, censurar o agente que, p. ex., efectivou, por força de ordens superiores, a revisão e montagem de escrito controvertido; coloriu, após solicitação nesse sentido, *cartoons* ultrajantes; ou que, altruisticamente, dactilografou textos difamantes, não teria sentido, uma vez que as qualidades pessoais *fundamentadoras* do facto — *maxime* o cumprimento de deveres profissionais e ético-morais-sociais — materializariam, ainda assim, pontos de vista de valor consentâneos com as valências supostas pela ordem jurídica, o que desvelaria que o mesmo não seria — digamo-lo em paráfrase a FIGUEIREDO DIAS — “[...] expressão de uma atitude interna pessoal juridicamente desaprovada [...] pela qual [o agente tem que] responder perante as exigências do dever-ser sócio—comunitário (cf. J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, *cit.*, 259 — itálico nosso).

Conforme referido, porém, o problema, a nosso ver, parece situar-se claramente a jusante — ao nível do *nexo de causalidade* e da problemática da *autoria/comparticipação*



escrita por *B* — seu colega —, na qual se descreve a vida sexual de um famoso político), co-autores (*v.gr.*, *cartoon* nitidamente ofensivo da honra, concebido e desenhado por *C*, mas colorido por *D*, colega de *C*, a quem este delegou tal tarefa, segundo as suas diretrizes), ou, porventura, cúmplices (*v.gr.*, *E*, jornalista, conhecendo o carácter calunioso do texto do seu colega *F*, perante a iminência do fecho da edição do jornal, disponibiliza-se para o auxiliar, dactilografando o dito texto, a fim de que o mesmo possa vir a ser publicado no dia seguinte) do escrito ou imagem controvertido, mas a quem, verdadeiramente, face à específica natureza destes ilícitos, se deve negar tais qualificações.

Com efeito, sem grande esforço se entende, que estes crimes revelam uma natureza muito particular, porquanto a sua realização supõe, a mais das vezes, a colaboração ou intervenção de múltiplos agentes, pelo que, neste sentido, sob ponto de vista da sua configuração normativa, estes mais não são do que *crimes de comparticipação necessária*, e, especificamente, dentro destes, *crimes convergentes*, *i.e.*, crimes nos quais as condutas dos vários agentes

---

— e não a montante, ao nível da doutrina do crime, mormente ao nível do princípio geral da *inexigibilidade* — fundamento de todas as causas de exclusão da culpa. Sobre tudo isto e o que se segue cf., pormenorizadamente, as considerações feitas *infra* **I Parte, Cap. II, I, 2, § 4**, a partir das quais, em nossa óptica, se compreenderá convenientemente a impertinência do raciocínio acima exposto.

(<sup>21</sup>) Não é caso único! Recorde-se, p. ex., o art. 150.º, n.º 1 do CP que estabelece a atipicidade, sob ponto de vista das ofensas à integridade física, das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Para uma explicação detalhada do ponto vd., *inter alia*, Manuel da COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, *cit.*, art. 150.º § 1 ss., 302 ss., esp. te § 1; 302.; §§ 4-6, 303 s.; §§ 8-11, 305 s.

(<sup>22</sup>) Contudo, segundo nos parece, apenas enquanto não se encontrar consumado o delito. Neste sentido, parece-nos claro o sentido da norma ao estatuir que o agente (somente) está isento da “[...] prática de actos preparatórios ou de execução [...]” — portanto actos prévios à consumação do crime (actos preparatórios, tentativa e frustração). Qual a sua explicação? Na verdade, temos para nós, que uma vez consumada a infracção, deixará de existir proporcionalidade entre o bem jurídico a salvaguardar (*Erhaltungsgut*) e aqueloutro a sacrificar (*Eingriffsgut*), visto que o desvalor do resultado — o concreto dano social resultante do ilícito — como que «reactivará» ou «anulará» a finalidade delituosa — o desvalor da acção — vertida no facto. Reside, pois, aqui, em nossa opinião, a explicação para o afastamento destas situações do âmbito da incidência típica do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

envolvidos convergem para a consecução de um certo resultado (v.gr., crime de participação em motim — art. 302.º do CP) (18).

(23) A ciência penal — com o objectivo de apreender sistematicamente as múltiplas causas de justificação e outrossim para obter e formular novas proposições permissivas deste tipo —, procurou reconduzir, por diferentes vias, o conjunto de causas de exclusão do ilícito a um único princípio, materialmente fundamentante. Neste sentido, já se afirmou ser o (1) *princípio regulador da maior vantagem do que prejuízo* (cf. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin: Walter de Gruyter, 1949, 56); (2) o *princípio da preferência pelo respeito do bem* (cf. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1975, 88); (3) a fórmula da «*aplicação do meio adequado para atingir um fim reconhecido pelo ordenamento jurídico*» (cf. GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestände strafbarer Handlungen*, 1905, 38-55, esp.te 48 ss.); (4) a *ideia—mestra da ponderação de valores* (cf. NOLL, *ZStW* 77, 1965, 9), ou (5) a *correcta regulação social de interesses e contrainteresses* (cf. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafesystem...*, cit., 15) esse mesmo princípio. Ao lado destas, outras propostas têm sido avançadas, segundo as quais, contrariamente às primeiras, as causas de justificação não se encontram alicerçadas sobre um (monismo), mas antes sobre vários princípios, combinados entre si (dualismo). Trata-se de uma sistematização ensaiada, entre outros, por autores como MEZGER (cf. *Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage*, 1950, 204 ss. e 242 ss.), que fala nos conceitos de *carência de interesses* (ou de *ilicitude*) e da *prevalência de direitos* (*interesses ou necessidade de protecção*), prevalecendo neste último o chamado *princípio da ponderação de interesses* [ligado como está a ideia de «entelêquia» do Direito, i.e., à ideia (benthiana) de que ao Direito cumpre criar um «justo equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e os da sociedade e promover o máximo possível de satisfação de interesses a realizar na vida social» — cf. MEZGER, *Strafrecht, I. AT. Ein Studienbuch*, 9.ª ed., 1960, 122]; WELZEL (cf. *Das deutsche Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, 1954, § 14, IV), para quem as causas de exclusão da ilicitude se fundamentam na subordinação da *ponderação de interesses à teoria do fim e do princípio da adequação social* (*soziale Adäquanz*); ou JACKOBS, segundo o qual a sistematização dos tipos-justificadores deve obedecer a três grandes princípios: o *princípio da responsabilidade* (v.gr., legítima defesa), *princípio da solidariedade* (v.gr., estado de necessidade objectivo) e o *princípio da definição dos próprios interesses* (v.gr., consentimento).

Por nossa parte, convictos como estamos que sobpostas às diferentes causas de exclusão da responsabilidade penal se encontra sempre um específico conflito de interesses (de realização, em concreto, incompatível), propendemos a aceitar, neste ensejo, o pensamento de Eduardo CORREIA, quando este, na esteira de MEZGER, exprime que “Os princípios da carência de interesses e da ponderação de interesses, iluminado este pela prevalência do interesse predominante [ou, se quisermos, *princípio do respeito pela autonomia ética da pessoa e da prevalência* — como e enquanto expressão do «justo» — do valor conflituante de superior preponderância, ainda que limitado pela exigência de «proporcionalidade em sentido amplo], [...] parecem envolv[er] todas [as causas de justificação].” (cf. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, cit., 12).

Aliás, é à luz deste critério que qualquer colisão de deveres ou interesses é, via de regra, analisado. Recorde-se, a este propósito, o art. 135.º do CPP: perante o conflito entre *realização de justiça e sigilo profissional*, o tribunal — ouvidos os organismos representativos da profissão em causa, nos termos previstos nas respectivas leis regulamentadoras da

Todavia, como evidenciou Kries <sup>(19)</sup>, casos existem — tradicionalmente denominados de *excepções à participação necessária* — em que a lei, a despeito de prever a intervenção de diferentes indivíduos na prática do facto—e com fundamento nas relações que no mesmo ilícito-típico se estabelecem entre as diversas formas de comparticipação —, desde logo, por razões várias, directa ou indirectamente, exclui a punição de certos agentes. Será este, pois, o caso do art. 31.º, n.º 6, da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro <sup>(20)</sup>.

§ 8 Configurado o primeiro daqueles elementos (negativos) de punibilidade (*lato sensu*) como *causa de exclusão do tipo* <sup>(21)</sup>, resta-nos indagar qual a natureza do segundo dos normativos citados — o n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

Pois bem: este preceito ao isentar o agente encoberto que, no exercício da sua função, realiza ilícitos-típicos, a nosso ver, apenas

classe — pode decidir-se pela prestação do testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis à lei penal, designadamente o chamado *princípio da prevalência do interesse preponderante*: cf., por todos, M. SIMA SANTOS e M. LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I., cit., 733 ss., esp. te 742 s.

<sup>(24)</sup> É hoje *commune*mente aceite que o juízo final da ilicitude jurídico-penal, assenta sobre duas ordens de ideias. Por um lado, na verificação concreta de uma acção típica; e, por outro lado, no exame da questão de se saber se *in casu* intervieram (ou não) causas de justificação. Se ambas encontrarem uma resposta afirmativa, estará afastada a antijuridicidade primeiramente indiciada, não obstante a acção justificada continue sendo uma acção típica, porquanto “Uma negação não se pode transformar em afirmação [...]. Daí que o que sempre se mostrou como negação não é a justificação que o vai alterar para afirmação.” (cf. J. F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, cit., 437, n. 166).

Por esta razão consideramos ser mais correcto designar estas proposições permissivas por tipos-justificadores ou causas de justificação ou justificativas e não, como é corrente na lei e na doutrina, por causas de exclusão da ilicitude.

<sup>(25)</sup> Efectivamente, atendendo ao facto da apreciação da ilicitude resultante da realização do tipo se ligar, como vimos, à possibilidade de intervirem causas justificativas, o juízo global sobre a licitude ou ilicitude duma conduta só pode ser feita perante o caso (*hoc sensu*, concreto): cf. MEZGER, *Lehrbuch...*, cit., § 27 e MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch* § 24, I.

<sup>(26)</sup> Cf. NOLL, *Ubergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung d. Verletzen*, 48 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.ª ed., München: Beck, 1991, § 32 *Vorbem.* 13.

<sup>(27)</sup> *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilita'*, in Riv. It. di Diritto e Procedura Penale, I.S.S. V-1391, ano 33, fasc. 1 (Gen/Março), Milano, 1990, 61.

pode ser visto como uma *causa de exclusão do ilícitude* (22). Como o podemos afirmar tão peremptoriamente?

Para responder adequadamente a esta questão importa colocar estoutra: como se caracterizam e operam as chamadas causas de exclusão do ilícito?

Conforme já aludimos (cf. *supra* **I Parte, Cap. I, I, § 2**), imamente às diferentes causas de exclusão da responsabilidade penal encontra-se um particular conflito entre, por um lado, as abstracto—formais necessidades de punição (colocadas pela realização típica da conduta *in casu* verificada), e, por outro lado, as concreto-materiais exigências ínsitas à (superior) valoração de outros interesses juridicamente relevantes. E, na realidade, subjacente às múltiplas (23) causas de justificação (24), também se encontra uma cuidada e sensível ponderação de interesses conflitantes, colocada por esta mesma dialéctica, mediante a qual a acção (típica) — ainda que em si mesma contrária a uma norma geral proibitiva —, surge, no (caso) concreto (25), de um jeito tal, que o ordenamento jurídico-penal conforma-se com a lesão ocorrida, porquanto com a intervenção do tipo-justificador dilui-se ou desvanece-se, quer o desvalor da acção, quer o desvalor de resultado (26) (inicialmente) indiciado pela realização típica: parafraseando Mario ROMANO “[...] nella contrapposizione com l’offesa del bene protetto dalla

---

(28) J. de FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro”, in *ROA*, 43, 1983, 15.

(29) Igualmente advogando a coincidência entre as expressões, Eduardo Correia escreve: “Como valores jurídico-criminais, são, com efeito, ao mesmo tempo, interesses, bens jurídico-criminais. Na verdade, a classificação como criminais de certos valores só pode entender-se na medida em que estes correspondam a fins a que o Estado reconhece interesses específico, na medida em que, portanto, dada a relação «quae inter est» Estado e valores jurídico-criminais, eles são para o Estado interesses. Enquanto, porém, têm valor para o Direito Criminal, enquanto são susceptíveis de satisfazer aquela necessidade do Estado que conduziu à sua tutela jurídico-criminal, eles são bens no sentido de bens do Direito, «Güter des Rechts», ou bens para o Direito, «Güter für das Rechts». Encarando as coisas sob este ponto de vista [...] as expressões valores, interesses e bens são coincidentes.” (cf. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, *cit.*, 275, n. 1).

(30) Existem, na verdade, casos em que tal não é assim. Pense-se, a título exemplificativo, na hipótese (a todos os títulos cristalina) em que *A* mata *B* em legítima defesa, porque este atacou (de forma actual e ilícita) o seu património.

norma, cioè com il disvalore di evento (e insieme, volendo, com il disvalore di azione del singolo reato di cui si trata), il rilievo dell'interesse considerato dalla causa di giustificazione è tale che ne risulta posto nel nulla — o meglio, precluso nel sorgere — un qualsiasi giudizio negativo.” (27)

Como e porquê é, então, afastada, nestes casos, a ofensa anti-normativa do bem jurídico tutelado pela norma?

Na verdade — e reside aqui o traço materialmente distintivo das causas de justificação — aquele conflito, dialógico-dialecticamente cunhado, dá-se entre diferentes “[...] *unidades de aspectos ónticos e axiológicos, através da qual se exprime o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso «valioso» [...]»*” (28), mais concretamente entre o bem sacrificado (*Eingriffsgut*) e o bem (valor ou interesse) (29) a salvaguardar (*Erhaltungsgut*), manifestando este, na maioria das vezes (30), uma maior densidade ético-valorativa-axiológica relativamente ao primeiro. E isto porque, o dado específico destas proposições permissivas, consiste na especificidade deste último surgir (na estrutura da intelecção conducente à decisão daquela ponderação) inserido «no merecimento da pena», porquanto a sua prevalência face

(31) Aqui citados *apud* J. F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal, cit.*, 392--4, n. 77.

(32) Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, *cit.*, 35 s.

(33) J. F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal, cit.*, *ibidem*.

(34) Realidade esta que, de resto, não se verifica noutros tipos-justificadores, os quais fazem prevalecer, invariavelmente, bens jurídicos de superior densidade material e ético-axiológica. Pense-se, p. ex., no estado de necessidade e no conflito de deveres: à luz da chamada *teoria diferenciada do estado de necessidade*, adoptada entre nós (cf. arts. 34.º, 35.º e 36.º do CP — sobre a sua conceptualização e justificação, por todos, vd. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, *cit.*, 69 ss., esp. te 82 ss.), ambas as figuras, ao surgirem como causas justificativas, i.e., como *estado de necessidade objectivo* (agressivo ou justificante) ou *conflito de deveres justificante*, sacrificam bens jurídicos menos densos com o objectivo de preservar outros mais densos, na medida em que, respectivamente, terá de “haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado” [cf. alínea *b*] do art. 34.º do CP] e o cumprimento de “deveres ou ordens legítimas da autoridade [...] [tem de ser] de valor igual ou superior ao do dever ou ordem [...] [a] sacrificar [cf. art. 36.º, n.º 1 do CP — a razão de se excluir aqui a ilicitude entre valores com idêntica densidade, encontra-se, a nosso ver, no facto do agente, no conflito de deveres justificante, contrariamente ao que se verifica no estado de necessidade, estar obri-

ao primeiro, na verdade, mais não é do que uma expressão do «justo», *i.e.*, *expressão duma proposição intelectual axiomático-axiológica que se destina a conferir sentido ao valor humano da pessoa, na sua dignidade decisiva*. Assim se explica que o *facto* — globalmente valorado — não apresente qualquer *conotação negativa*.

Clarifiquemos o raciocínio desenvolvido através de um exemplo concreto, avocando aquele que, no dizer de MAURACH e ZIPF, é “o mais inequívoco e evidente caso de uma causa de justificação.”<sup>(31)</sup>

Imaginemos que a *A*, ao defender-se de uma tentativa de violação de *B*, desfere neste, mediante um objecto que para o efeito se muniu (p. ex., uma faca, tesoura ou candeeiro), um golpe decisivo que o mata. Uma vez confrontados com esta situação, de imediato, não temos qualquer dúvida em afirmar que *A*, ao matar *B*, mais não fez do que fazer um correcto uso do meio exigido ou necessário para garantir a “[...] prevalência que à ordem jurídica cumpre dar ao justo sobre o injusto, à defesa do direito contra a sua agressão [ilícita e actual], ao princípio de que o Direito não tem que recuar ou ceder nunca perante a ilicitude.”<sup>(32)</sup>, pois, na realidade, “Defendendo-se de um ataque actual e ilegítimo, o «eu» mais não f[ez] do que desencadear uma relação estruturalmente primeva.”<sup>(33)</sup>. Mas, se assim é, então como explicar que quando ponderamos, em abstracto, a vida, de um lado, e, a liberdade sexual, do outro — bens aqui em conflito —, não temos qualquer pejo em valorizar o pri-

---

gado a adoptar o comportamento (activo ou omissivo) que lhe é exigido, uma vez que não lhe é conferido um direito, mas antes imposto um *dever* para executar ou se abster do mesmo].

<sup>(35)</sup> Concretamente o chamado “[...] Homem-Pessoa, que reciprocamente se reconhece um valor materialmente densificado pela dialéctica da liberdade e da comunidade que o entretece, e que coerentemente se empenha em constituir uma ordem de Direito em que se re-veja como sujeito ético.” (cf. F. J. BRONZE, *in* “Lições de Introdução ao Direito”, Coimbra, 2002, 421).

<sup>(36)</sup> Com efeito, louvando-nos no ensino do Prof. CASTANHEIRA NEVES (cf., *v.gr.*, A. CASTANHEIRA NEVES, *Justiça e Direito*, em *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra, 1995, 280 s.), pensamos serem quatro os vectores materialmente predicativos e outrossim estruturantes da pessoa humana (ponto axial e fundamento último do sentido do Direito *como e enquanto Direito*): *liberdade, igualdade, solidariedade e responsabilidade*.

meiro, em absoluto prejuízo do segundo? E se as coisas nos surgem deste modo, como justificar a acção de *A*, assim como, na verdade, a generalidade dos casos de legítima defesa (34)? Em suma: qual a *ratio iuris* deste tipo-justificador?

Temos para nós, que a prevalência *in concreto* do bem jurídico em abstracto menos denso — a autodeterminação sexual —, face ao bem jurídico em abstracto mais denso — a vida — resulta do facto de o primeiro, na situação concreta, se revelar como condição de possibilidade da efectiva realização da (categoria ético-axiológica) pessoa humana — primeiro e último referente do Direito (35) —, *maxime* na sua vertente de liberdade (no caso, sexual) (36), mostrando ser, tudo visto, uma expressão do «justo», *i.e.*, expressão daquela *proposição intelectual axiomático-axiológica que se destina a conferir sentido ao valor humano da pessoa, na sua dignidade decisiva* — desta forma se explica que o facto, globalmente perspectivado, desvele uma *exacta conformação ao Direito*.

Demais a mais, arrancando desta ideia, pode de imediato reconhecer-se, que o juízo formado na ponderação destes interesses apresenta uma índole substancialmente diferente daqueloutro efectuado nas demais proposições permissivas: nas causas de justificação, orientado por um princípio (constitucional) de respeito

(37) Cf., pioneiramente, K. ENGLISH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, 10.

(38) Cf. *v.gr.*, J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, *cit.*, 253 s. e 362 s. e *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Coimbra, 5.ª ed., 2000, § 4, III, 95 e n. 84.

Todavia, como este autor explica, perspectivados estruturalmente, tipos-justificadores e tipos-incriminadores apresentam-se como categorias distintas, já que apenas estes últimos são portadores do bem jurídico normativamente protegido, com isso delimitando o ilícito de forma *concreta e positiva*, ao contrário dos primeiros que, como já tivemos o ensejo de o afirmar, o fazem de uma forma *geral e negativa*. E, se é verdade que ambos se destinam a circunscrever o condicionalismo dentro do qual a lesão do bem jurídico se revela ilícita, essa mesma função liga-se, nos tipos-incriminadores, à descrição do bem jurídico tutelado, função essa, porém, que é por inteiro estranha aos tipos-justificadores — sensivelmente, veja-se, neste mesmo sentido, com diferenças despiciendas, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, trad. esp. de J. L. Manganares Samariego, 1.ª ed., Barcelona, 1981, 439 ss., esp.º 441-3., e, de certo modo — referindo que a regra de que o tipo legal exprime a ilicitude (*rectius*: a ilicitude de que o tipo é *ratio essendi*) é negada pela excepção da existência de causas justificativas —, E. MEZGER, *Lehrbuch ...*, *cit.*, 184.



pela autonomia ética da pessoa e da prevalência do valor conflituante de superior preponderância, limitado pela exigência de «proporcionalidade *lato sensu*» ou de «concordância prática» (Konrad Hesse) dos bens (ou interesses) em colisão, formula-se um juízo (fundamentalmente) *axiológico-ético-jurídico de justiça de punição*, por oposição a um juízo (fundamentalmente) *ético-jurídico de «aceitabilidade» da exculpação* e um juízo (fundamentalmente) *político(-criminal) de necessidade de punição*, formulado, respectivamente, nas causas de exclusão da culpa e nas causas de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*).

Neste sentido, às primeiras duas preside uma ponderação ou relação de fundamentação (essencialmente) do tipo *axiológico-ético-normativo*; já na última, pelo contrário, esta ponderação ou relação de fundamentação reveste uma natureza ou índole do tipo *programático-finalístico (relação de meio-fim)*.

Duas notas mais devem ainda ser referidas a propósito da caracterização normativa das causas de justificação.

A primeira, está ligada à sua concretização, e serve para dizer que as causas justificativas, conforme anteriormente afluído, na medida em que revelam ser categorias que possuem os seus elementos constitutivos, pressupostos de aplicação e até uma certa descrição fáctica, são elas próprias susceptíveis de *tipificação* <sup>(37)</sup>, podendo, desta forma, ser concebidas como verdadeiros contra-tipos — *tipos-justificadores* —, às quais cabe a função de delimitar negativamente o conteúdo do ilícito. Neste sentido, como acentua FIGUEIREDO DIAS <sup>(38)</sup>, estas podem ser vistas como «normas negativas de competência», funcionalmente complementares dos chamados tipos-incriminadores, pelo que ambas as categorias — tipos-incriminadores e tipos-justificadores —, na verdade, funcionam como entidades concorrenciais e complementares para a identificação do carácter ilícito(-típico) da acção concreta.

Já a segunda daquelas notas serve para referir que qualquer que seja o valor dogmático-normativo que se conceda aos princípios de sistematização das causas de justificação (cf. *supra* **I Parte, Cap. I, II, § 8, n. 23**) importa, neste ensejo, evidenciar a existência de um conjunto de regras comuns — um regime material autónomo — às mesmas, a saber:



1. Qualquer tipo-justificador afasta o desvalor indiciado pelo comportamento típico, correspondendo ao exercício de um direito (de necessidade — cf. MAURACH, *Lehrbuch...*, cit., 271) ou dever (recorde-se o chamado conflito de deveres justificante — art. 36.º, n.º 1 do C.P.), o qual, em casos de resistência, quando necessário, pode ser efetivado através do recurso à força;
2. A situação justificativa não pode ser preordenadamente provocada, muito embora seja irrelevante a sua criação culposa;
3. Com fundamento nesta ideia, ao contrário das causas de exclusão da culpa, os efeitos das causas de exclusão da ilicitude comunicam-se aos participantes no facto, cujos ilícitos-típicos são afastados pela intervenção de um tipo—justificador relativamente a um dos mesmos;
4. Contra o exercício de uma causa de justificação não pode configurar-se o exercício da legítima defesa, visto que a respectiva conduta é — ou — torna-se lícita.

§ 9 Posto isto — analisados os pressupostos, regime e função normativa das causas de exclusão da ilicitude — devemos agora concretizar a asserção que atrás fizemos, quando, sem qualquer justificação, afirmámos, que, sob a epígrafe “Isenção de responsabili-

---

(39) De acordo com o n.º 1 do art.º 6 são três os referidos requisitos legais: 1) o crime não pode estar consumado; 2) o agente não pode assumir-se como autor imediato ou moral (instigador ou autor mediato); 3) tem que haver proporcionalidade com a finalidade da investigação, ou seja adequação aos fins perseguidos com a acção encoberta.

(40) José. F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, cit., 437, n. 166.

(41) Tem, pois, inteira razão FARIA COSTA quando, reflectindo sobre a influência da globalização no Direito Penal Económico, afirma: “A criminalidade económica que actuava nos limites territoriais [...] dos Estados nacionais ao dar-se conta de que se vive hoje no mercado mundial [...] expandiu[-se] [...] internacionalizou[-se] [...] mundializou[-se] [...]. E, como se sabe, se os mecanismos económicos são ágeis, flexíveis e de geometria variável, a [grande] criminalidade [...] possui, em igual grandeza, aquelas precisas qualidades. Ora, isto dá-lhe uma enormíssima vantagem relativamente aos meios, tantas vezes incipientes, da luta nacional e internacional contra a criminalidade [organizada], [...] já que os sistemas formais de controlo são, manifestamente, pesados e de difícil adaptação ou adequação às novas realidades.” (cf. ID., *Direito Penal Económico*, cit., 87 s.).

dade”, o art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto estabelece uma *causa de justificação*.

Com efeito, partindo das considerações aduzidas, podemos concluir que ao regular uma figura permissiva deste tipo, a norma *sub iudice*, visa definir (negativamente) as condições dentro das quais a lesão do bem jurídico se mostra ilícita. E fá-lo, note-se, regulamentando um específico conflito de interesses, designadamente entre, de um lado, os interesses ligados ao combate à grande criminalidade (*v.gr.*, terrorismo e organizações terroristas, tráfico e venda de estupefacientes, branqueamento de capitais), e, do outro lado, os interesses relativos à protecção dos bens jurídicos lesados pelos ilícitos que o agente encoberto, no decurso das suas acções de prevenção e investigação criminal, comete. Neste casos tem de concluir-se que a sua conduta é — ou está — *justificada*, na medida em que foi intenção do legislador fazer prevalecer — reunidos que estejam certos pressupostos <sup>(39)</sup> —, os primeiros daqueles interesses, e especificamente a um ponto tal que “[...] [o] facto que a «ímediata» valoração parece apontar no sentido da antinormatividade [...] sujeito a uma apreciação global, d[á] uma exacta conformidade ao Direito.” <sup>(40)</sup>

Face a esta prevalência, o concreto comportamento (proibido) não deve ser valorado negativamente, *i.e.*, como «merecedor» de punição, porquanto a conduta do agente — o desvalor da acção —, atenta a especificidade do combate à chamada grande criminalidade, *maxime* à criminalidade organizada, e as extremas dificuldades com que, hodiernamente, os Estados, não apenas à escala regional, mas inclusive global <sup>(41)</sup>, neste domínio se debatem, como que é anulado pela presença dos interesses ligados à prevenção, investigação e repressão (nos limites constitucionais e processuais-penais) destes mesmos fenómenos criminais. O que se faz com se perceba que, para que este objectivo possa ser muitas vezes alcançado o Estado tenha que suportar, dentro de apertados parâmetros, o aparente paradoxo de tolerar certo nível de ... crime, *rectior*, de actividade delituosa. Deste modo, se compreende que a

---

<sup>(42)</sup> Claus ROXIN *apud* J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime, cit.*, 619.

prevalência *in concreto* dos interesses ligados à investigação, perseguição e punição da grande criminalidade sobre os bens jurídicos lesados pelas acções que os agentes encobertos executam no decurso do exercício das suas funções, revela-se, na verdade, uma

---

(43) Como se sabe, por força do art. 31.º, n.º 1 do C.P. os tipos-justificadores não estão sujeitos a um princípio de *numerus clausus*. Com efeito, algumas destas proposições permissivas 1) não se encontram previstas no Código Penal [*v.gr.*, a acção directa (art. 336.º do CC — *agere pro magistratu*); o direito de correcção; o direito de informação (art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro *ex vi* art. 31.º, n.º 2 b) do CP)]; 2) relevam de forma implícita (*v.gr.*, «adequação social» e o «risco permitido» — sobre esta última, em particular no domínio do Direito Penal Económico, por todos, *vd.* J. F. de FARIA COSTA, *O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude*, in Centro de Estudo Judiciários, *Ciclo de estudos de Direito Penal Económico*, 1985, 43-67; agora também in IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 413-29; já sobre a primeira, *cf.* J. de FIGUEIREDO DIAS, *O Problema...*, *cit.*, § 4, II, 76 ss.) ou 3) surgem regulamentadas na «Parte Especial» do Código Penal [*v.gr.*, interrupção da gravidez não punível (art. 142.º), consentimento no crime de ofensas à integridade física (art. 149.º), prossecução de interesses legítimos [art. 180.º, n.º 2 a)] e cláusula de risco referente ao crime de administração danosa (art. 235.º, n.º 2)]. Além destas, existem também 4) causas supra-legais desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência, como é o caso, por antonomásia, da chamada *legítima defesa do Estado*, incidente sobre situações de ameaça iminente à existência do mesmo, e a qual, pelas suas características, apenas se pode fundamentar no Direito supra-positivo e nunca no art. 32.º do CP, na medida em que a própria agressão ao Estado coloca em perigo o pressuposto fundamental de uma ordem colectiva baseada no Direito — *cf.* H.-H. JESCHECK, *ob. cit.*, 446.

(44) Diga-se ainda que será de todo incorrecto contradizer esta mesma conclusão com um raciocínio (de lógica apofântica) segundo o qual, ao recorrer à expressão «Não é punível...» o legislador teria afastado a possibilidade de se falar em exclusão do ilícito. Fosse esta a *mens legislatoris* (ou *mens legis*), ter-se-ia redigido o texto legal com base na expressão «*Não é ilícita...*». Comprovando a inconclusão de uma tal argumentação é o próprio Código Penal que, *p. ex.*, ao regulamentar no art. 31.º, n.º 1 a chamada cláusula geral de justificação estatui que “O facto *não é punível* quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.”; ou ao prescrever no art. 33.º, n.º 2 que “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo o susto não censuráveis”, prevê, inegavelmente, uma causa de exclusão da culpa, não obstante não ser feita no preceito qualquer referência expressa nesse sentido: *cf.*, desenvolvidamente, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*, in C.E.J (org.), *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e legislação complementar*, Lisboa, 1982, 78 s.

Demais a mais, conhecem-se casos de diplomas legais já revogados, como, *p. ex.*, a Lei n.º 2 053, de 22-03-1952, que ao admitir um efeito de inexigibilidade no seu § 2.º do art. 3.º, dispunha que “*Não haverá crime* quando o abandono for devido a razões sérias, perante as quais não seja equitativo exigir-se do agente comportamento diverso...”, ou o DL n.º 45 683, que ao dirimir a antinormatividade do facto típico cometido, no § 2 do seu

condição de possibilidade da realização efectiva da pessoa humana, *maxime* na sua vertente de liberdade, *scilicet*, de libertação face ao fenómeno criminoso, logo como uma expressão do «justo».

Ou seja: trata-se de um expediente que, juntamente com tantos outros (*v.gr.*, medidas legais para a protecção de testemunhas — Lei n.º 93/99, 14 de Julho), o Estado lança mão para enfrentar a criminalidade mais perigosa, agressiva e sofisticada, prescrevendo para este efeito uma causa justificativa que, ponderados determinados limites e ressalvadas certas exigências, preclui a responsabilidade criminal do agente (encoberto), que, em condições complexas, persegue fins fundamentais ao Estado-de-Direito.

Desta perspectiva, podemos, desde logo, dizer que esta prevalência não se deve a um juízo de oportunidade político-criminal de punição, ou, menos ainda, a um qualquer juízo ético-jurídico de «aceitabilidade» da exculpação, tanto mais que a razão de ser da impunção, nestes casos, não se prende com a incidência, na norma, da “[...] ideia básica da prevalência de imposições de finalidades extra-penais [...] [sobre] as carências de punição [...]” (42), ou com um problema de culpa (ou negação da mesma), resultante de uma específica situação existencial-psicológica do agente, ético-juridicamente sustentada sobre uma particular constelação exógena que o «estorva» (por contraste com a conformação fundamental da personalidade deste com a suposta pelo ordenamento jurídico-penal) no cumprimento do seu «normal ser», mas antes, na verdade, a um juízo (essencialmente) *axiológico-ético-jurídico de justeza de punição*.

Desta sorte, tudo visto, o art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto afigura-se como uma causa especial de justifica-

---

art. 19.º, preceituava que “*Não tem lugar a punição prevista neste artigo, relativamente ao médico que procedeu a colheita ilícita ou àquele que deu alguma remuneração proibida por este diploma, quando o hajam feito na convicção de que esses factos constituíam meio único e indispensável de evitar a morte iminente de uma pessoa, em termos de não ser moralmente exigível que procedessem por outra forma*”, na redacção dos quais foram usadas termos e expressões (aparentemente) desconexas com a específica natureza jurídica da causa de exclusão da responsabilidade penal legalmente consagrada.

ção <sup>(43)</sup>, à qual, atento o exposto, podemos denominar por *prosse-  
cução legítima de actividades delituosas*. <sup>(44)</sup>

**§ 10** Pois bem: feito este excurso, estamos agora em condi-  
ções de comprovar que diferentes normativos que estabelecem a  
isenção da responsabilidade penal do agente, a mais das vezes,  
fazem-no radicados em juízos e intencionalidades normativas dis-  
tintas, o que mostra que a categoria da isenção da responsabilidade  
criminal — desvelado o carácter verdadeiramente plurisignifica-  
tivo do termo — é, na verdade, no âmbito da normatividade jurí-  
dico-penal, apenas e tão-só uma ... «*expressão idiomática*» do  
legislador!

Mas, se é assim, se a expressão isenção de responsabilidade  
criminal não apresenta uma natureza e sentido dogmático-norma-  
tivo unívoco, não sendo em si mesmo uma figura ou instituto jurí-  
dicos, de que tipo é a causa de exclusão do crime prevista no  
art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro? Qual a sua configura-  
ção dogmática enquanto fundamento de impunição? Que signifi-  
cado se deve conferir à «Isenção de responsabilidade criminal»  
prevista naquele preceito legal?

## Cap. II — NATUREZA JURÍDICA

I — *O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como fun-  
damento de impunição — sua configuração e definição dogmática.*

### I.

**§ 1** Depois que em domínio dogmático-normativo (a partir  
da análise sucessiva das leis n.os 2/99, de 13 de Janeiro e 101/2001,  
de 25 de Agosto) termos chegado à conclusão que nunca se pode  
ver na categoria jurídico-penal da isenção de responsabilidade cri-  
minal uma figura dogmático-normativa autónoma e diferenciada,  
ou, de modo automático, associar a esta o instituto jurídico da isen-

---

<sup>(45)</sup> *Hoc sensu*, evidentemente, como *elemento* ou *condição especial-negativa de punibilidade* (em acepção ampla).

ção de pena, impõe-se agora, em fase ulterior, averiguar, em termos dogmático-sistemáticos, a incidência do acto do agente regulado no art.º 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro nos distintos elementos (negativos) do crime.

O problema que se coloca será, pois, o de saber em que plano categorial da negação da infracção criminal — *ilícito-típico*, *culpa* ou, eventualmente, *punibilidade* (em sentido estrito) <sup>(45)</sup> — deve relevar ou ser enquadrado o acto do agente regulado naquele preceito.

Positivamente que se trata de um tema de pura dogmática criminal é coisa que ninguém duvida. Todavia, não deve o mesmo, por esta razão, ser desconsiderado, porquanto à medida que se analisa a questão, facilmente se compreende que a sua resposta tem uma influência decisiva no fundamento, sentido e finalidades político-criminais da norma em estudo.

Movidos por este propósito, começemos, pois, pelo primeiro dos planos da exclusão do crime: o *ilícito-típico*.

### 1. O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão (*rectior*, justificação) do ilícito.

§ 2 Norteados pelo propósito que deixamos enunciado no parágrafo anterior, julgamos que a melhor forma de responder ao problema posto, passará por convocar, neste ensejo, as considerações que atrás fizemos (*supra* I Parte, Cap. I, II, § 8) a propósito das causas de justificação.

<sup>(46)</sup> Cf. *Democracia e Utopia*, 1980, 17.

<sup>(47)</sup> Assim se desvela, no âmbito do sistema do facto punível, a função da categoria do ilícito: definir em concreto o círculo do penalmente proibido, dando-o a conhecer aos destinatários das normas jurídicas. E, de igual modo se vê, que são dois os vectores que convergem na determinação funcional da ilicitude jurídico-penal: o sentido da intervenção penal estadual — radicado na chamada prevenção geral positiva —, e a (consequente) função (precípua) do Direito Penal de tutela fragmentária e subsidiária de bens jurídicos: cf. J. de FIGUEIREDO DIAS “Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”, *cit.*, 250 ss., esp.<sup>te</sup> 252 s.

Como se viu, a matriz das diferentes causas de justificação reside na prevalência do bem, interesse ou valor conflituante tido, na situação concreta, como de superior preponderância, exactamente por este se apresentar como expressão do «justo», ou se se preferir, do *axioma antropológico* de que nos fala BARBOSA DE MELO <sup>(46)</sup>, *i.e.*, expressão duma proposição axiológica que o Homem, na compreensão que faz de si como e enquanto *Pessoa* (ser livre, igual, solidário e responsável), postula como padrão (ético-normativo) e fundamento (de validade) da sua própria acção. Desta sorte, formulado esse juízo (de índole fundamentalmente axiológico-ético-jurídica) de justeza de punição, orientado, por sua vez, por um princípio de respeito pela dignidade ética da pessoa humana e conseqüente prevalência do valor conflituante de superior preponderância, o *facto*, globalmente, não se mostra negativo ou desvaloroso, afastado que está o juízo de (des)valor indiciado pelo preenchimento do tipo, *rectior*, ilícito-típico <sup>(47)</sup>.

---

(48) Ao lado destas temos um outro conjunto de normas — as quais designaremos por «normas de redenção» — que, tal como as «normas de retractação», têm o seu fundamento (ontológico-normativo) no chamado *arrependimento* do agente, *i.e.*, numa atitude (pessoal-subjectiva) de contrição que desperta a decisão (ético-conscenciosa) de auto-correcção. Que fica assim para a sua distinção? Temos para nós, que as primeiras se alicerçam no chamado *arrependimento activo do agente*, exigindo que o agente pratique actos redenção, ou seja que corrija ou emende os danos provocados com o seu comportamento inicial e não apenas que os elimine ou afaste. Exemplo paradigmático, a este nível, mostra-se (ao arrepio da epígrafe do texto legal) o art. 362.º do CP: segundo este para que não haja punição impõe-se que o agente (depoente) substitua o conteúdo falso da declaração prestada pelo conteúdo verídico, *i.e.*, que “[...] não só desdiga a sua anterior declaração (falsa) mas a modifique manifestando a verdade [...]” (cf. A. MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Coimbra, 1999, art. 362.º § 7, 499). Pelo contrário, as ditas «normas de retractação», conforme referimos, radicam-se no chamado *arrependimento passivo do agente*. Nesta medida, para isentar o agente de punição, a lei exige apenas e tão-só que o *facto* (ilícito-típico) seja anulado. São exemplos destas, além da norma aludida, os arts. 226.º, n.º 5 e 299.º, n.º 4 do CP.

Além destas, encontramos no ordenamento jurídico-penal português «normas de reparação». Estas, muito embora também tenham, a par das «normas de redenção» e das «normas de retractação», o seu fundamento na compunção do agente, ao contrário daquelas, não afastam a punibilidade da conduta, mas apenas atenuam a pena do agente. Constitui exemplo paradigmático deste tipo normativo, como veremos (*infra* **II Parte, Cap. I, I, 2, § 4**), o art. 27.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

§ 3 Mas será esta a natureza do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro? Está este preceito legal, ao isentar o agente de responsabilidade criminal, a justificar o seu comportamento?

Antes de dar resposta a estas interrogações, devemos proceder, com vista à resolução do problema exposto, a uma derradeira reflexão.

Partindo do lugar sistemático e da previsão normativa do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, podemos com segurança inferir que estamos na presença de elementos (ou condições) que funcionam finalisticamente após a consumação do ilícito-típico; elementos esses que, à semelhança de outros previstos noutros normativos (*v.gr.*, art. 362.º do CP), encontram o seu fundamento ontológico-jurídico no *arrependimento* (ou *compunção*) do agente.

Como se vê este supõe o preenchimento total do tipo legal de crime. Acontece porém, que anteriormente à eclosão das consequências danosas do mesmo, o agente age de forma a eliminar (ou pelo menos atenuar) os efeitos da sua (prévia) acção delituosa. Neste sentido, o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, a par de outras normas penais (*v.gr.*, art. 19.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), prefigura-se como uma «norma de retractação», *i.e.*, como uma norma (ontológico-juridicamente) sustentada sobre o chamado *arrependimento passivo* do agente. <sup>(48)</sup>

Munidos, assim, dos necessários instrumentos intelectivos, não podemos deixar de concluir, em resposta à questão em análise, pela impossibilidade de configurar o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão do ilícito.

Com efeito, atenta a sua definição típica, não se pode nunca deixar de considerar, que, independentemente do agente ao se retractar manifestar um inequívoco retorno à *validade normativo-material nuclearmente predicativa da juridicidade penal*, uma vez consumado o delito, mantêm-se o comportamento ilícito-típico primeiramente adoptado. Na verdade, o conflito de interesses entre punição/impunção subjacente ao art. 26.º do DL n.º 28/84, de

---

<sup>(49)</sup> Cf., por outros, FRANÇOIS CHÂTELET, *História da Filosofia*, vol. III, trad. de J. A. Furtado, Lisboa, 1987, 11 ss.



20 de Janeiro, não apresenta uma natureza sequer símile à dos tipos-justificadores, já que a acção do agente — o concreto ilícito-típico perpetrado — permanece vincado por um profundo juízo negativo de (des)valor, não obstante o comportamento regenerador praticado pelo mesmo. Aquele, bem vistas as coisas, limita-se a retractar, a anular o mal que resultaria da sua acção, pelo que, atendendo à máxima kantiana segundo a qual o valor de uma acção não radica no fim visado, mas antes na *máxima que determina a sua realização que é expressão do dever* <sup>(49)</sup>, subsiste na mesma, moti-

---

<sup>(50)</sup> Cf., v.gr., J. de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1995, 201 ss. e H.-H. JESCHECK, *ob. cit.*, 655.

Este mesmo fundamento, ligado à velha máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, em data recente, porém, foi contestado. É o caso, p. ex., de ROXIN, o qual afirma que ao intervir no caso concreto uma causa de exclusão da culpa, não obstante se dever continuar a considerar que também aqui o agente agiu culposamente (v.gr., excesso de legítima defesa por perturbação, medo ou susto), o facto, seja pelo lado da prevenção especial (o agente encontra-se integrado socialmente e não existe sequer, devido à raridade das situações, o perigo dele reincidir), seja pelo lado da prevenção geral (o carácter excepcional da situação não afecta, para a generalidade das pessoas, a validade da norma nos caso-regra), não exige qualquer punição. De sorte que, segundo este, revelar-se-ia adequado substituir a categoria tradicional da culpa por uma outra: a categoria da «responsabilidade» (*Verantwortlichkeit*). Nesta reunir-se-iam as subcategorias (em princípio distintas) da (verdadeira) culpa — com a tradicional função de limitar o poder punitivo estadual — e da carência de pena, que conduziria à exclusão da responsabilidade (e assim igualmente da própria culpa), em função da inexistência de exigências preventivas a que a pena devesse responder.

Sobre esta nova categoria dogmática proposta por ROXIN, vd. deste A., *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für Henkel*, 1974, 171 ss., consultada na tradução espanhola de Luzón Peña constante da colectânea *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, 1981, 57; *Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa*, BFD 59, 1983, 21 ss., esp.te 27-9; *Culpa e responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade*, RPCC 1, 1991, 503 ss. e *Allgemeiner Teil*, § 19, I e III.

Para uma crítica contudente, precisa e minuciosa desta teoria cf., v.gr., J. de FIGUEIREDO DIAS, *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, RPCC 2, 1992, 7 ss., esp.te 19-30 e M. da COSTA ANDRADE, *A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*, RPCC 2, 1992, 201-5, onde, concludentemente, ambos os AA. afirmam que a proposta avançada pelo penalista alemão se mostra, a todos os títulos, insustentável, porquanto reúne duas ideias — «culpa» e «necessidades preventivas» — que se igualam no efeito comum de afastar a responsabilidade sempre que uma delas não se verifique no caso concreto, muito embora, na verdade, sejam ideias incompatíveis na sua substância, estrutura, teleologia e — consequentemente — função sistémica e político-criminal.

<sup>(51)</sup> J. de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., 201.

vado pelo desvalor (subjectivo) da conduta, o desvalor (objectivo) do facto.

Temos, deste modo, justificada a impertinência da possibilidade de se entender o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como uma causa de justificação. Será, então, ao invés, uma causa de exclusão da culpa?

## 2. O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão (ou negação) da culpa.

§ 4 Vimos, assim, que se mostra, de todo, impossível configurar o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como tipo-justificador. Todavia, como se sabe, nunca se pode falar em *facto punível* se a par da acção ilícita-típica não se falar na categoria da culpa jurídico-penal. Será, então, ao nível da negação da culpa que a isenção criminal prevista naquela norma actua? Será esta um elemento de exclusão ou negação da culpa?

Para o sabermos, temos, antes de tudo, caracterizar as chamadas causas de exculpação. Neste sentido, tracemos, pois, as notas caracterizadoras destas figuras dogmáticas.

---

(52) Assim se compreende a impunibilidade de casos como, p. ex., o de (1) *A*, médico, que ao ver *B*, seu filho — vítima de colisão frontal entre veículos automóveis —, seriamente traumatizado, embora não correndo risco de vida, privilegia o seu tratamento em prejuízo da assistência devida a *C*, vítima no mesmo sinistro, com isso provocando a morte deste; (2) de *D*, que sob a ameaçada de ser baleado por *E*, mutila *F* ou (3) de *G*, que ao resistir a uma tentativa de estupro e perturbado com o insólito da situação, acaba por esfaquear até à morte, *I*, seu agressor, quando para o efeito, bastaria tão-somente ameaçá-lo.

(53) Cf. ID., *ibidem*, esp. te 33 ss., 55 ss. e 155 ss. e 201 ss.

Na realidade, como ensina este professor de Coimbra, o chamado dogma da *culpa da vontade* («toda a culpa é culpa da vontade» — WELZEL) deve ser afastado como pressuposto e fundamento de todo o Direito Penal da Culpa, uma vez que a pergunta pela liberdade da vontade que presidiu à prática de um facto humano (o poder *individual* da pessoa *agir de outra maneira* numa *situação concreta*) continua a ser — como sempre — uma pergunta sem resposta. Na verdade, ao invés, a culpa jurídico-penal deve ser vista como *culpa da pessoa* (ou da personalidade), *i.e.*, como “[...] a violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma a que, na sua actuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente [...] protegidos.”, e assim (materialmente) entendida como “[...] o ter que responder pela personalidade ética (jurídico-penalmente censurável) que fundamenta um facto ilícito-típico.” (cf. *idem*, respectivamente, 160 s. e 179).

Contrariamente ao que se verifica com as causas de justificação (cf. *supra* **I Parte, Cap. I, II, § 8, n. 23**), constitui doutrina pacífica que as causas de exculpação ou causas de desculpa se podem reconduzir a um princípio geral fundamentante: o princípio da *inexigibilidade* <sup>(50)</sup>. Segundo este mostra-se impossível censurar (ético-juridicamente) o autor de um facto (ilícito-típico) quando este actua sob pressão de uma “[...] constelação exógena particularmente imperiosa [...] que não encontr[ou] [...] [na sua pessoa] nenhum «eco» censurável, antes «estorv[ou]» ou mesmo «desvi[ou]» o cumprimento normal [das suas] intenções [fundamentais].” <sup>(51)</sup>. Com efeito, pode acontecer que, perante uma acção pela qual a personalidade é, em princípio, plenamente responsável, se comprove uma sensível desconformidade entre a censurabilidade externo-objectiva do facto e a essência do valor da personalidade que o fundamenta. E que essa mesma desconformidade pode ser atribuída a uma particular situação exógena de índole ou cariz existencial-emocional. Nestas circunstâncias, pese embora a manutenção da responsabilidade pessoal, não poderá falar-se de culpa jurídico-penal, justamente em atenção à ideia de *inexigibilidade*. <sup>(52)</sup>

Consideremos, ainda, duas outras notas mais, de certo modo ligadas com o que acabámos de escrever.

A primeira para significar que, tal como sucede na categoria do ilícito, também a culpa jurídico-penal resulta da articulação legal entre tipos e contra-tipos — entre *tipos-de-culpa* e *causas de*

(54) Ao arrepio do pensamento, p. ex., do Prof. Eduardo CORREIA, para quem a actuação do agente sob influência de poderosas circunstâncias externas afastaria a censurabilidade (no plano ético-retributivo), não revelaria perigosidade (no plano da prevenção especial) e não diminuiria a afirmação contrafáctica das normas jurídico-penais: cf. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, *cit.*, 443 ss., esp. te 445 s. e *Código Penal. Projecto da Parte Geral, cit.*, art. 2.º.

Não existe, pois, entre nós, qualquer *cláusula geral de exclusão da culpa*, mas apenas concretos e específicos «tipos desculpantes», a saber: 1) excesso (intensivo) asténico não censurável de legítima defesa (art. 33.º, n.º 2 do CP) e 2) estado de necessidade desculpante ou subjectivo (art. 35.º do CP).

Ao lado destes, de certo modo também como «tipos desculpantes», existem, outrossim, a (3) falta de consciência do ilícito ou erro sobre a ilicitude não censurável (art. 17, n.º 1 do CP) e (4) a obediência indevida desculpante (art. 37.º do CP), os quais, todavia, ao contrário daqueles, não se reconduzem ao princípio geral fundamentante da *inexigibilidade*.

*exclusão ou negação da culpa* —, pois, na realidade, o ordenamento jurídico-penal português, *maxime* o Código Penal, não reconhece um valor genérico ao princípio da inexigibilidade (causa geral de exculpação), o que teria como consequência que o agente, em todos os casos nos quais se revelasse que o facto por este cometido se deu em circunstâncias tais que não lhe era possível assumir um comportamento (substancialmente) diverso do adoptado, fosse absolvido. Na verdade, nas situações de inexigibilidade não se encontra em causa a negação do chamado *poder de agir de outra maneira*, mas antes, como diz FIGUEIREDO DIAS, um ponto de vista de dever<sup>(53)</sup>, pelo que, paralelamente ao que acontece nas causas de justificação, também as causas de exclusão da culpa se encontram previstas em concretos tipos legais «desculpantes»<sup>(54)</sup>, por força dos quais, não obstante a concreta conduta do agente se mostrar, quer sob perspectiva objectiva (desvalor do resultado), quer sob perspectiva subjectiva (desvalor da acção), contrária ao dever-ser jurídico-penal, atenta a específica situação (exógena) existencial-emocional na qual o mesmo se encontra, nega-se a censurabilidade do facto, quando aquele, ao cometê-lo, revelou ainda assim uma atitude interna pessoal conforme com as valências supostas pela ordem jurídica.

Pelo exposto se vê — e com isto entramos na segunda das ditas notas — que a possibilidade de se afastar a culpa do agente por via do princípio da inexigibilidade, provêm da distinção que se pode efectuar — no seu objecto e parâmetro — entre *juízo de ilicitude* e *juízo de culpa*: no primeiro questiona-se se a acção se apresenta consentânea com o dever-ser pressuposto pelo ordenamento jurídico-penal (vertido normativamente nos diferentes tipos legais de crime), revestindo, pois, como anteriormente aludimos, uma natureza eminentemente *axiológico-ético-jurídico de justeza de punição*; no segundo, porém, procura-se saber se o facto (ilícito-

---

<sup>(55)</sup> Note-se pois, confirmando esta ideia, que apenas os ordenamentos jurídicos influenciados pelo pensamento jurídico alemão (*v.gr.*, espanhol, italiano, austríaco, suíço e português) distinguem entre causas de exclusão do ilícito e causas de exclusão da culpa. Pelo contrário, já o sistema jurídico-penal francês, muito embora faça igual distinção, não lhe confere qualquer relevo prático. E outro tanto se verifica, *mutatis mutandis*, nos sistemas jurídico-penais de *common law*, como, p. ex., o inglês, o qual, ainda que diferencie os conceitos

-típico) pode ou deve ser pessoalmente censurado ao agente, porque violador do dever-ser sócio-comunitário, juridicamente impresso na norma penal, revelando, assim, na realidade, uma estrutura fundamentalmente *ético-jurídica de «aceitabilidade» da exculpação*.

O facto justificado é, na verdade, *aprovado* pelo Direito. Pelo contrário, o facto desculpado é somente *perdoado*. Em comum, porém, causas de justificação e causas de exculpação, apresentam, na sua essência, um juízo dominante de índole *axiológica-ético-normativa*.

Desta sorte, na medida em que a negação da censurabilidade do facto não menoscaba a ilicitude do mesmo, segue-se que:

1. Contrariamente ao que se verifica nos tipos-justificadores, é sempre possível a legítima defesa nas causas de exclusão da culpa;
2. Sendo a exclusão da culpa uma relação pessoal, esta, por sua vez, só é válida para o respectivo agente, devendo autonomizar-se a situação de cada um dos diferentes participantes no cometimento do facto;
3. É inadmissível, ao contrário do que se passa na justificação jurídico-penal, que a ordem jurídico-penal considere «desculpável» os actos daqueles que, de modo conveniente, auxiliam o agente que vê afastada a sua responsabilidade penal ao abrigo dum tipo desculpante, já que, na verdade, a natureza intrinsecamente subjectiva destas proposições normativas não consente o reconhecimento em benefício do concorrente;
4. As causas de exculpação, diferentemente dos tipos-justificadores, encontram-se sujeitas a um estrito princípio de *numerus clausus* (cf. *supra* I Parte, Cap. I, II, § 9, n. 43; I Parte, Cap. II, I, 2, § 4, esp.te n. 54).

---

de *justification* e de *excuse*, em regra, reúne ambos na categoria jurídico-processual (única) de *defence*, ou o norte-americano que, não obstante, *v.gr.*, no «Model Penal Code», distinguir entre “General principles of responsibility” (art. 2.º) e “General principles of justification” (art. 3.º), também não delimita a exclusão do ilícito da exclusão da culpa: cf., desenvolvadamente, Hans-Heinrich JESCHECK, *ob. cit.*, 451, n. 39, com indicações bibliográficas.

(56) Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal, cit.*, § 21, IV, 457 ss.

Todavia, ainda que distintas, ambas as categorias revelam, outrossim, certas afinidades<sup>(55)</sup>, a saber:

1. Tanto nas causas de justificação como nas causas de exclusão da culpa importa que o agente represente a situação de conflito (justificante ou desculpante), muito embora, no âmbito das primeiras, nos termos do art. 38.º, n.º 4 do CP (aplicável por analogia *in bona partem*), se puna o agente que, desconhecendo a concreta (e objectiva) situação de justificação, actue, preenchendo o tipo (na forma tentada), uma vez que o desvalor do resultado existente é neutralizado pelo preenchimento do tipo-justificador;
2. O regime do erro relativo à exclusão do ilícito e da culpa é idêntico. Com efeito, nos termos do art. 16.º, n.º 2 do CP, o erro sobre um estado de coisas que, a existir, dirimiria a antinormatividade do facto ou a culpa do agente, exclui o dolo(-do-tipo), não obstante serem muito díspares as razões que levam à aplicação do mesmo regime. Na verdade, nas causas de justificação é decisiva a consideração de que também os seus pressupostos visam dar a conhecer, tal como os elementos do tipo, as circunstâncias através das quais uma conduta constitui um ilícito concreto. Já nas causas de exclusão da culpa, diversamente, o erro sobre estas apenas releva quando recai sobre os pressupostos do estado de necessidade desculpante (art. 35.º do CP), visto que ao actuar com consciência do ilícito o agente mostrou ter a consciência ética orientada para o desvalor respectivo. Neste sentido, uma vez que esse mesmo erro se traduz numa falta de cuidado e atenção para a situação em que a censura se insere, entende-se que se deve qualificar como negligente e não como dolosa a conduta do agente<sup>(56)</sup>.

---

(57) O que não significa, todavia, que a provocação ou preordenação da situação desculpante afaste o efeito excludente do tipo exculpante.

(58) Na verdade, também nos casos de negação da culpa a personalidade é plenamente responsável pelo ilícito-típico, pois também nestes o facto reflecte qualidades pessoais do agente que o reconduzem à esfera pessoal da livre decisão. Exemplar, neste sentido, J. de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., 201 s.

Pois bem: referidas algumas das notas que caracterizam as causas de exclusão da culpa, urge, porém, sujeitar a temática em análise a uma outra abordagem. Com efeito, haverá de reconhecer-se que uma tal problemática não se esgota na alusão ao regime e função normativa próprios das causas de exculpação, porquanto necessário se torna sempre que se conheçam os seus pressupostos de actuação, particularmente os que as distinguem em relação às demais causas de exclusão da responsabilidade criminal. Na verdade, quando pode, com segurança, afirmar-se que determinado normativo prefigura uma causa de exclusão da culpa? Qual a matriz ontológico-normativa destas proposições excludentes?

Temos para nós, que efectuada uma análise atenta destas causas de exclusão do crime, três vectores ou elementos se podem distinguir nas mesmas, a saber:

#### **a) elemento existencial (ou externo-objectivo):**

---

(59) Cf. ID., *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, cit., 28.

(60) Vai assim pressuposta, na esteira do apotegma de FIGUEIREDO DIAS, a concepção segundo a qual toda a culpa jurídico-penal, bem vistas as coisas, é uma *culpa da atitude interior (Gesinnungsschuld)* ou *posição (intima) do agente perante o dever-ser jurídico-penal* — cf. ID., *idem*, 10.

(61) Modo de perceber as coisas que permite, desde logo, afastar quaisquer outras explicações materialmente possíveis para a impunibilidade destas situações. Será este, pois, o caso 1) do chamado psicologismo, que ao estabelecer um paralelo entre as causas de exclusão da culpa e inimizabilidade, considera que o estado de afecto em ambas as categorias é análogo (cf. J. BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., 1966, 471); 2) de doutrinas que entendem que as causas de exculpação negam o «poder geral» do Homem médio (como sujeito social) que a ordem jurídica pressupõe (cf., v.gr., MAURACH e ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1987, 463); 3) de teses segundo as quais a pressão motivacional dominante constitui por si só uma causa de exclusão da culpa (cf. GOLDSCHMIDT, *Osterr. Zeitschrift für Strafrecht*, 162) ou 4) de teorias que se baseiam na acentuada diminuição do conteúdo de culpabilidade do facto para justificar a negação da culpa (cf. BOKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, 84 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1975, 460).

(62) Também a impunibilidade das hipóteses de falta de consciência do ilícito não censurável fica a dever-se à circunstância da personalidade do agente, apesar do erro, manter, na sua essência, uma conformidade com a personalidade suposta pela ordem jurídica: cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, cit., §§ 16-17, 305 ss., esp. te § 17, III, 339 ss.

Composto pelo particular circunstancialismo (exógeno) que envolve o agente, este elemento traduz-se, p. ex., no perigo actual e não removível em que se encontra todo aquele que age em estado de necessidade (cf. art. 35.º, n.º 1 do CP); na agressão (actual e ilícita) que determina a acção (excessiva) de legítima defesa (cf. art. 33.º, n.º 2 do CP); ou na ordem dada pelo superior hierárquico que conduz à prática do facto (cf. art. 37.º do CP), perante o qual o agente surge não tanto como «sujeito de acção»<sup>(57)</sup>, mas mais como «sujeito de reacção», restando-lhe unicamente — presuposta a sua indiscutível liberdade pessoal<sup>(58)</sup> — optar por cometer ou abster-se da conduta (activa ou omissiva) proibida.

Todavia, decisiva para a exculpação será sempre que a concreta situação alcance um grau objectivo de premência tal, que também o homem «normal», quando colocado em iguais condições, ter-se-ia decidido pelo comportamento adoptado, e que as qualidades pessoais fundamentadoras do facto, quando perspectivadas no complexo global da personalidade do agente, não surjam, face à personalidade suposta pela ordem jurídica, como (ético-juridicamente) censuráveis.

### **b) elemento pessoal-subjectivo (ou personalístico):**

Neste elemento, em virtude do primeiro, a personalidade do agente, documentada no facto, por motivações várias, desvela-se dissintânea com a suposta pela ordem jurídica, ocorrendo, deste modo, um desvio no «normal ser» do mesmo.

### **c) elemento emocional (ou ético-valorativo):**

Verdadeiramente o denominador comum<sup>(59)</sup> de todas as causas de exculpação, este elemento traduz-se na persistência no agente de uma atitude geral de fidelidade ao Direito, não obstante o cometimento do ilícito-típico, a qual, tudo visto, afasta a funda-

---

<sup>(63)</sup> Na verdade, a sua existência nesta situação tornaria o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro desnecessário, já que, bem vistas as coisas, o problema seria logo resolvido, nos termos do art. 35.º, n.º 1 do CP, mediante a convocação da figura do estado de necessidade desculpante.



mentação do facto de uma atitude pessoal <sup>(60)</sup> juridicamente desvaliosa ou de qualidades juridicamente desvaliosas da sua personalidade. <sup>(61)</sup> <sup>(62)</sup>

§ 5 Expostos, deste modo, os traços essenciais destas figuras dogmáticas, não resta senão recusar — *in limine* — a possibilidade de se perspectivar o art. 26.º do DL.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão da culpa do agente.

Com efeito, acabámos de dizer que nunca se pode falar em exclusão ou negação da culpa se a figura em estudo não contemplar aqueles três momentos específicos. Ora, analisado aquele preceito, depressa se conclui que nenhum dos elementos anteditos desempenha um particular papel nas exigências (normativas) predicativas do mesmo. E, particularmente, quer o primeiro — o elemento externo-objectivo —, quer o terceiro — o elemento ético-valorativo —, na verdade, encontram-se afastados da *facti-species* do art. 26.º do DL n.º 28/84, e 20 de Janeiro. Se não vejamos!

No momento da tomada de decisão (*scilicet*: no momento do cometimento do facto), o agente não está envolvido por qualquer situação externo-objectiva que o «força» a agir <sup>(63)</sup>. E ainda que o estivesse — e este é, pois, o ponto decisivo — ao realizar o ilícito-típico, o agente revelou, no culminar do processo (psicológico-subjectivo) decisório que desenvolveu, uma atitude pessoal de indiferença ou leviandade para com o dever-ser jurídico-penal (recorde-se que a culpa é sempre uma culpa interior — *Gesinnungsschuld*), não se podendo sequer afirmar que a sua decisão foi, porventura, norteadada por exigências ou pontos de vista juridicamente relevantes — o que equivale por dizer que *in casu* o terceiro dos vectores mencio-

---

<sup>(64)</sup> Sendo-o, na verdade, o problema resvala para o domínio dos chamados crimes de perigo comum, assinaladamente o crime de perigo relativo a animais ou vegetais (art. 281.º do CP) e o crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais (art. 282.º do CP).

Sobre a relação que intercede entre as infracções anti-económicas regulamentadas no DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro e o delitos sobreditos, previstos no Código Penal, vd. A. SILVA DIAS, *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores*, polic., 3.ª ed., Coimbra, 2001, 47 s. e 91 ss., esp.te 99 ss. e, com algum interesse para o ponto, M. COSTA ANDRADE, *A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico*, in Centro de Estudo Judiciários, *Ciclo de estudos de Direito Penal Económico*, Coimbra, 1985, 69-105, esp.te 90-2, agora também em IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, cit., esp.te 406-8.

nados, *i.e.*, a fidelidade a valores nuclearmente predicativos do dever-ser jurídico-penal, nem sequer se encontra presente.

Na situação em referência, o agente limita-se a arrepender-se: após a prática do facto, ainda em fase anterior à materialização das consequências da sua acção, ele age de modo a corrigir o seu erro, procurando eliminar os danos emergentes da sua conduta delituosa.

Desta sorte, sob ponto de vista ontológico-jurídico (*scilicet*: ôntico-normativo-temporal), estamos num momento posterior ao da problemática da culpa do agente. Esta, na realidade, já foi (deficientemente) resolvida pelo agente, pois quando este de forma consciente, p. ex., fermentou vinho com açúcar mascavado e em seguida negociou-o; colocou produtos químicos (não lesivos da saúde humana ou animal <sup>(64)</sup>) na carne com o intuito de dissimular a sua baixa qualidade e o seu estado ressequido; disponibilizou para consumo, *v.gr.*, chouriço caseiro dizendo tratar-se de produto de região demarcada; ou vendeu garrafas de azeite de 1 litro, contendo somente 75 cl., revelou, na verdade, uma atitude pessoal de indiferença ou leviandade para com os bem jurídicos normativamente tutelados.

Em síntese: contra a possibilidade do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro prefigurar uma causa de exclusão da culpa, deve afirmar-se que o problema da exclusão ou negação da culpa surge sempre como um problema contemporâneo ao cometimento do facto, contrariamente ao arrependimento do agente, que mostra ser sempre um momento (ético-conscencioso) posterior à realização do ilícito-típico.

---

(65) Uma sùmula do pensamento de cada um destes autores pode ver-se em M. da COSTA ANDRADE, *A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*, *cit.*, 192-4.

(66) Cf., *v.gr.*, nas obras “Sobre o estado actual da doutrina do crime”, *cit.*, 30 ss. e *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, *cit.*, 264 s. e 617 ss.

(67) Deve, porém, referir-se, em perspectiva historiográfica, que o conceito de dignidade penal conhece já uma longa e consolidada presença no discurso penal. Assim, p. ex., já MITTERMAIER no séc. XIX entendia ser tarefa prioritária do juiz “[...] definir a *Strafwürdigkeit* de cada criminoso e determinar a sua medida.” [citado *apud* M. da COSTA

### 3. O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*).

§ 6 Afastada a possibilidade do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro prescrever a exclusão da ilicitude do facto ou da culpa do agente, resta-nos indagar acerca da possível configuração do mesmo (enquanto fundamento de impunibilidade) como elemento de exclusão da pena. Será, pois, esta norma uma *causa de exclusão da punibilidade (stricto sensu)*?

§ 7 A resposta a esta pergunta, obriga-nos a efectuar uma complexa mas necessária reflexão acerca da exacta configuração do conceito dogmático de crime (ou se preferirmos facto criminoso ou facto punível), enquanto conceito através do qual se apreendem (e compreendem), juridicamente, na sua matriz ontológico-normativa, os diferentes comportamentos humanos proibidos pelo Direito Penal, e, mais especificamente, se, porventura, devemos ou não individualizar, na doutrina geral do facto punível, a categoria

---

ANDRADE, *A «dignidade penal»...*, cit., 175]. Também SCHAFFSTEIN, nos anos 30 do século passado, ao procurar um conceito material de ilicitude penal para contrapor ao de ilicitude formal, exprimiu que a ilicitude jurídico-penal seria “[...] identisch mit der Strafwürdigkeit.” (cf. *idem, ibidem*). Todavia, só a partir dos anos 50 e 60 do séc. XX., com SAX, GAL-LAS e SAUER, é que o conceito de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) passou definitivamente a constituir um dos tópicos nucleares do discurso político-criminal, valendo daí em diante como referência permanente da própria elaboração doutrinária e legislativa.

(<sup>68</sup>) Cf. OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, *Schoröder-GS*, Munique, Beck, 1978, 61 ss.

(<sup>69</sup>) Cf. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, Carl Heymans, 1983, 240 ss.

(<sup>70</sup>) Cf. ALWART, *Strafwürdiges Versuchen. Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts*, Berlim, Duncker & Humblot, 1981, 31 ss.

(<sup>71</sup>) Sobretudo no referido estudo *A «dignidade penal»...*, cit., esp.<sup>1</sup> 195 ss.

De algum modo parece ser este também o pensamento de CAVALEIRO DE FERREIRA, já que segundo este os pressupostos de punibilidade (condições objectivas de punibilidade ou causas de isenção de pena, na terminologia do A.) não devem ser vistos como elementos constitutivos do crime, mas antes como categorias exteriores ao seu sistema e dogmática, uma vez que não fundamentam a ilicitude (não em si mesmos factos penalmente ilícitos), nem tão pouco são objecto de culpabilidade: cf. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral II. Penas e medidas de segurança*, cit., 6 ss.

jurídico-penal da *punibilidade em sentido estrito* como último dos estratos dogmático-sistemáticos da mesma.

De facto, a questão da compreensão dogmática e político-criminal da última das categorias sistemáticas integrantes do conceito jurídico de crime, em data recente, passou a suscitar cerrada discussão. Em concreto, o dissenso encontra razão de ser no estatuto a conceder ao conceito de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*), enquanto ideia político-criminal e dogmática básica que, no interior da teoria geral da infracção criminal, oferece unidade e consistência teleológico-normativa à categoria da punibilidade (em sentido estrito).

Efectivamente, de um lado, temos autores como SAX, SCHMIDHÄUSER, LANGER<sup>(65)</sup> e, entre nós, FIGUEIREDO DIAS<sup>(66)</sup>, que ao apontarem para uma intervenção «concentrada» da dignidade penal, propugnam pela edificação de uma nova<sup>(67)</sup> e autónoma categoria do sistema do crime, assinaladamente a *punibilidade em sentido estrito* (*Strafbarkeit*). Pelo contrário, em oposição frontal a esta concepção, OTTO<sup>(68)</sup>, GÜNTHER<sup>(69)</sup>, ALWART<sup>(70)</sup> e, em Portugal, COSTA ANDRADE<sup>(71)</sup>, entre outros, advogam, diversamente, uma representação difusa daquele mesmo conceito, pugnando, na verdade, por uma intervenção e inserção centrífugas da dignidade penal na teoria do crime (*Verbrechenslehre*).

Desta divergência resultam, como se compreende, acentuadas e incisivas diferenças entre ambas as correntes de pensamento, incidentes, entre o mais, sobre a temática da autonomização da punibilidade (*stricto sensu*) enquanto elemento (diferenciado) da infracção criminal, e, com isso, da existência (ou não) — como é o nosso caso — de proposições permissivas que precludam essa mesma condição punitiva.

---

<sup>(72)</sup> GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit...*, cit., 241.

<sup>(73)</sup> A ubiquidade e imanência aludidas, porém, não neutralizam (ou sequer reduzem), de acordo com esta impositação, o significado dogmático do princípio da dignidade penal, porquanto este tem como função individualizar o ilícito penal face às diferentes manifestações de antijuridicidade, e assim assinalar uma (relativa) descontinuidade entre aquele e os demais ilícitos jurídicos, tudo isso com tradução expressa ao nível das causas de exclusão da ilicitude e do erro: cf., detalhadamente, M. da COSTA ANDRADE, *A «dignidade penal»...*, cit., 195 ss.

Vejamos, assim, guiados por este último pensamento, cada um daqueles entendimentos, começando, desde logo, pelo último.

Segundo esta corrente da ciência penal, qualquer tentativa de projectar o conceito de dignidade penal num autónomo elemento constitutivo do crime revela-se, a todos os títulos, improficua, uma vez que tal apenas é conseguido à custa do esgotamento das restantes categorias sistemáticas da infracção criminal (o tipo, o ilícito e a culpa) e da neutralização da referência teleológica de cada uma destas à pena. Pelo contrário, de acordo com os autores que subscrevem este pensamento, este conceito da dignidade penal, na verdade, constitui-se como um critério ou princípio regulativo, cujo significado necessariamente não pode ser reduzido a um dos elementos constitutivos do crime, mas antes deve ser estendido às diferentes categorias que o formam, uma vez que se mostra evidente que não é apenas na fase final da construção deste conceito que a natureza e dimensão da agressão aos fundamentos da convivência social salutar determinam a dignidade penal duma conduta. Com efeito, isto mesmo verifica-se, desde logo, no momento da descrição típica da matéria proibida, visto que, “[...] Todos os elementos objectivos e subjectivos de uma incriminação típica incorporam já momentos de dignidade penal [...] Não se conhece[ndo] elementos de um tipo legal asséptico à dignidade penal (*strafwürdigkeitsfreie*).”<sup>(72)</sup> Deste modo, nesta acepção, o conceito de dignidade penal aparece como princípio regulativo de todos os elementos constitutivos do crime, devendo ser entendido como um critério *ubíquo* e *imane*nte à própria infracção criminal<sup>(73)</sup>, sem qualquer fixação, na topografia da construção do conceito de facto punível, a uma específica categoria sistemática. Na verdade, a dignidade penal, ao invés, configura uma espécie de dimensão transcendental da própria dogmática penal, como qualificação possível de todas as categorias do crime (tipo, ilícito e culpa).

Pois bem: perante esta argumentação como respondem os partidários da materialização do princípio de dignidade penal em uma

---

<sup>(74)</sup> Reportamo-nos especificamente ao pensamento e à argumentação de FIGUEIREDO DIAS, que, nesta matéria, sintetiza o dos restantes AA. referenciados.

<sup>(75)</sup> Cf. HENKEL, *Zumuttheit und Unzumtbarkeit als regulatives Rechts prinzip*, MEZGER — FS, Munique, Beck, 1954, 249.

das categoria do conceito jurídico de crime? Como contrariam estes o pensamento exposto?

Em primeiro lugar, contestando o último dos argumentos aduzidos, este pensamento (74), começa por afirmar que não tem qualquer sentido negar o conceito de dignidade penal como fundamento (político-criminal e teleológico-material) de apenas uma das categorias integrantes da doutrina geral do crime. Isto porque, se é certo que este surge como requisito co-natural à globalidade do facto criminoso — e por essa razão deve ser visto como princípio regulativo de todo o seu sistema —, não será, por isso, que se pode afastar, sem mais, a possibilidade do mesmo se verter, de forma autónoma e diferenciada, numa categoria criminal particular, pois, tal como a exigibilidade (enquanto princípio regulativo da totalidade das categorias constitutivas do crime, designadamente do tipo-de-culpa (75)) não deixa de se precipitar de forma autónoma na categoria da *culpa jurídico-penal*, de igual modo se deve aceitar que a dignidade penal, sem menoscabo da sua apreçoada ubiquidade e imanência, se consubstancia como categoria dogmática própria do sistema da dogmática do crime — precisamente a categoria dos *pressupostos (adicionais) de punibilidade*.

Por outro lado, esta impoção opõe-se igualmente à ideia segundo a qual não faz sentido projectar o princípio da dignidade penal numa predicação distinta das demais, uma vez que este se mostra imanente a todos os elementos constitutivos do crime, mormente às categorias do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa. Ao invés, contrariando uma tal argumentação, esta corrente doutrinal refere que, sendo o crime — *sub specie realitate* — uma unidade (que a ciência penal, mediante um procedimento metódico do tipo categorial-classificatório, cinde para melhor compreender), torna-se possível — e compreensível! — que a dignidade penal não se esgote nas categorias do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa, mas antes se projecte, de forma autónoma e diferenciada, numa outra categoria constitutiva do sistema do crime: a punibilidade (em sentido estrito).

---

(76) Claus ROXIN, *Allgemeiner Teil*, § 23, n.º m. 36.

Demais a mais, estes autores alegam também que sendo verdade (como do próprio campo dos adeptos da representação difusa da dignidade penal já se admitiu <sup>(76)</sup>) que muitas das hipóteses tidas (legal e doutrinalmente) como condições objectivas de punibilidade (e figuras afins) se justificam em último termo em *finalidades extra-penais*, o que se verifica na última das categorias constitutivas do crime é, na realidade, uma espécie de «importação directa» destas imposições para o seu interior, já que onde quer que estas existam, estas mais não são do que autênticas opções político-criminais da comunidade, assumidas e preconizadas no plano legislativo.

Conhecidos os argumentos de um lado e de outro que posição tomar? Devemos individualizar a categoria da punibilidade (*Strafbarkeit*) como última das categorias integrantes da doutrina geral do facto punível, edificada sobre o princípio (condutor) da dignidade penal (*Strafwürdigkeit*)?

Em nossa óptica, verdadeiramente decisivo será considerar o problema à luz das finalidades últimas (ou se quisermos primeiras!...) do Direito Penal na sociedade, em geral, e no sistema jurídico, em particular, com especial incidência nas questões fulcrais da legitimação, fundamentação e finalidade da intervenção penal estadual.

Segundo o paradigma penal que nos ilumina — o paradigma teleológico-racional-funcional [doutrinalmente defendido, legalmente sustentado (cf. art. 40.º do CP), e, em alguma medida, cons-

---

<sup>(77)</sup> Cf., por todos, J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, cit., 75 ss., esp. te 76 s. e 81, 109 s. e 120-2.

<sup>(78)</sup> De um ponto de vista lógico-hermenêutico questões como a função precípua e caracterização do Direito Penal podem, eventualmente, ser separadas da problemática dos fins das penas. Todavia, acompanhando autores como FIGUEIREDO DIAS (cf. ID., *idem*, 42.), temos para nós que deve ser outra a forma de perspectivar as coisas, porquanto o sentido, fundamento e finalidades da pena criminal mostram ser determinações fundamentais para se decidir como deve a consequência jurídica actuar e assim cumprir a sua função no sistema penal. De modo que, na sua natureza e finalidade, bem vistas as coisas, o Direito Penal é co-determinado pelos fins das penas, e, na realidade, a um ponto tal que aquela mesma função apreende-se não apenas pela determinação material do seu objecto — o crime —, mas, inclusivamente, através das próprias reacções criminais (penas e medidas de segurança).

tucionalmente imposto (cf. art. 18.º, n.º 2 da CRP)] —, o Direito Penal é tido como uma tutela *subsidiária* ou de *ultima ratio* (apenas pune condutas que lesem ou coloquem em perigo bens jurídicos e ainda quando estas não possam ser razoavelmente contidas ou contrariadas mediante meios não penais de política jurídico-social) e *fragmentária* (somente são protegidos determinados bens jurídicos, e ainda quanto a específicas, *hoc sensu*, típicas, formas de agressão) de bens jurídico-penais, de acordo com a qual a ameaça, aplicação e execução duma sanção criminal (penas e medidas de segurança) só pode dar-se com a finalidade de — na conhecida fórmula avançada por JAKOBS — reafirmar e estabilizar a validade (contrafáctica) das normas violadas. <sup>(77)</sup> <sup>(78)</sup>

Atendendo, deste modo, como parâmetro de graduação, à chamada *prevenção geral positiva ou de integração*, podem, pois, segmentar-se diferentes condutas jurídico-penalmente relevantes.

Desde logo, pode distinguir-se um conjunto de comportamentos que, embora lesivos de bens jurídicos-penais, não atingem, contudo, um grau de danosidade social e desvalor ético-jurídico tal, que, com o seu cometimento, a comunidade se sinta manifestamente afectada. Nestes casos, estamos perante condutas ditas *atípicas* [*v.gr.*, falta de indicações legalmente obrigatórias nos rótulos das embalagens — art. 64.º, n.º 1 al. c) do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro], relativamente às quais o Direito Penal se desinteressa, o que obviamente não impede que a tutela das mesmas não possa ser assegurada mediante outros meios jurídicos de protecção social (*v.gr.*, Direito de Mera Ordenação Social).

Coexistindo com estes, pode falar-se de um outro grupo de condutas, igualmente lesivos de bens jurídico-penais, mas cuja prática, contrariamente àquelas primeiras, manifesta já um grau de danosidade social e um desvalor ético-social tal, que, uma vez cometidas, a comunidade, com a sua realização e concretização,

---

<sup>(79)</sup> Uma tal atitude, nestes casos, na verdade, apenas pode relevar como circunstância modificativa da pena, mormente como atenuação especial da pena [art. 72.º, n.º 1 c) e 73.º do CP], actuando, ao contrário dos comportamentos em análise, no plano da dogmática da pena ou consequência jurídica.

<sup>(80)</sup> Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *A «dignidade penal»...*, *cit.*, 184 — itálico nosso.



sente-se significativamente abalada, mas que em atenção a finalidades ou valências igualmente valoradas por aquela (*v.gr.*, liberdade de expressão e livre debate de ideias) — e considerados o menor relevo que a violação (despoletada pela realização típica) do dever-ser jurídico-penal nestes casos acarreta —, não evidenciam, porém, uma densidade tal, que se exija — a fim de se tutelar a prevenção geral positiva — a sua concreta e efectiva sanção criminal.

Finalmente, para além destes dois, temos ainda um terceiro grupo de casos, igualmente de comportamentos lesivos de bens jurídico-penais, nos quais aquele desvalor ético-jurídico-social atinge uma acuidade e gravidade tal, que a comunidade, enquanto comunidade ética, vê a sua sanção — nomeadamente a sua criminalização e punição—como algo de premente e imperioso em todos os momentos e circunstâncias. Exemplo paradigmático constitui, a este nível, o crime de homicídio (simples ou qualificado — arts. 131.º e 132.º do CP), o qual, independentemente do arrependimento do agente (79), é sempre punível.

Que papel joga então aqui o conceito de dignidade penal?

A dignidade penal, comumente entendida como “[...] *expressão de um juízo qualificado de intolaribilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade.*” (80), revela-se, pensamos nós, o conceito que reflecte, ao nível do sistema e doutrina geral do *facto punível*, o *vector fundamental da prevenção geral positiva*. Daí que — assim acompanhando aqueles que pugnam pela sua fixação a um específico estádio da construção jurídica do crime — nos parece fazer todo o sentido a sua autonomização e projecção em uma categoria autónoma da teoria do crime. Com efeito, naquele primeiro grupo de casos a conduta é penalmente irrelevante, *rectior*, atípica; no segundo, sendo típica(-ilícita) e culposa — pelo que desvalorosa, tanto em perspectiva objectiva como subjectiva —, não necessita, todavia, de ser punida; no terceiro, é sancionada e sancionável *ab imo*. Desta sorte, o princípio condutor da dignidade penal, enquanto princípio materialmente normativo, aparece, em todos

---

(81) Cf. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlim, Walter de Gruyter, 1982, 11.

aqueles comportamentos, como a expressão da concreta projecção, ao nível da dogmática do crime, da intencionalidade e teleologia própria da intervenção punitiva estadual, mormente do fim básico da *prevenção geral positiva ou de integração*, para tanto projectando-se (sem prejuízo da sua presença nos restantes elementos constitutivos do facto criminoso) na autónoma e específica categoria dogmático-sistemática da punibilidade (*stricto sensu*). Isto porque, sendo verdade que o facto ilícito-típico é, em regra, igualmente digno de pena, este pode porém, excepcionalmente, conforme dito, não o ser, exactamente se no mesmo não se encontrarem presentes um conjunto de pressupostos ou elementos adicionais (de punibilidade) cuja função consiste em exprimir, no caso concreto, as específicas exigências gerais-preventivas (e em certa medida também especiais-preventivas) co-naturais ao sistema, com isso demonstrando (ou não) que o comportamento é um tal que, para além do conteúdo do tipo-de-ilícito (desvalor objectivo) e do tipo-de-culpa (desvalor subjectivo), atento o desvalor ético-social do seu substrato, o mesmo se mostra comunitariamente suportável/insuportável.

Daí que, com OTTO, podemos dizer que “[...] digno de pena (*strafwürdig*) é apenas um comportamento merecedor de desaprovação ético-social porque é adequado a pôr gravemente em perigo ou prejudicar as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada [...] te[ndo] [este deste modo,] [...] [ que materializar, sempre] [...] uma lesão particularmente grave do bem jurídico (*gravierende rechtsgutsverletzung*)”<sup>(81)</sup>.

---

(82) Neste sentido, curiosamente, convergem também os defensores da representação difusa e ubíqua do conceito de dignidade penal — cf. M. da COSTA ANDRADE, *A «dignidade penal»...*, *cit.*, *ibidem*.

(83) Cf., p. ex., JESCHECK, *ob. cit.*, 756 ss.; ROXIN, *Allgemeiner Teil*, n.º m. 21 ss.; e, entre nós, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre o estado actual da doutrina do crime”, *cit.*, 31 e “Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”, *cit.*, 617 e MEDINA SEIÇA, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, III, *cit.*, art. 362.º § 1, 497.

Todavia, esta distinção é repudiada por certa doutrina. É o caso, entre outros, de CAVALEIRO DE FERREIRA, para quem não se deve contrapor entre condições objectivas de punibilidade e causas de exclusão ou de levantamento da pena, mas sim entre condições objectivas de punibilidade e causas de isenção de pena, na medida em que as primeiras

De igual modo, pode concluir-se que o juízo de dignidade penal 1) materializa, no *plano transsistemático*, o mandamento constitucional de que *apenas os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de protecção penal*; 2) privilegia, no *plano axiológico e teleológico*, os referentes materiais da *dignidade de tutela do bem jurídico* e a potencial e gravosa *danosidade social da conduta*, enquanto lesão ou perigo de lesão para os bens jurídico-penalmente tutelados; e 3) mediatiza e actualiza, no *plano sistemático*, a (necessária) diferenciação entre o ilícito jurídico-penal e os demais ilícitos (contraordenacional, civil, administrativo, etc.), manifestando, deste modo, um *qualificado limiar de danosidade e perturbação ou abalo sociais*.<sup>(82)</sup>

Pelo exposto haverá, então, que reconhecer-se, que, à luz duma compreensão teleológico-racional-funcional do crime, faz sentido projectar a ideia-mestra da dignidade penal num singular e autónomo estrato do seu sistema, com isso fechando a doutrina

---

condicionam a punibilidade do crime, ao contrário das segundas que impedem essa mesma punibilidade: cf. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal. Parte Geral II. Penas e medidas de segurança*, cit., 6-8.

<sup>(84)</sup> Entre nós, não poucas vezes, esta subcategoria valia (erradamente!) como designativo geral da categoria global das condições de punibilidade (*stricto sensu*). Neste sentido, cf., p. ex., Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, cit., 370, esp. te n. 1.

<sup>(85)</sup> Não é pacífica entre a doutrina nacional a determinação do estatuto dogmático do suicídio tentado ou consumado. Com efeito, o debate trava-se entre aqueles que o vêem como elemento da factualidade típica (assim, p. e.x., M. LEAL-HENRIQUES e M. SIMA SANTOS, *Código Penal Anotado*, 2.º vol., 2.ª ed., Lisboa, 1997, 94 e M. da COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, cit., art. 135.º §§ 30-2, 87 s.) e aqueles que o configuram como pressuposto (adicional) de punibilidade (assim, v.gr., J. de FIGUEIREDO DIAS, *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, cit., *ibidem* e *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, cit., *ibidem*).

A opção pelo primeiro entendimento, tem como consequência que o suicídio (tentado ou consumado) valerá como resultado típico do tipo legal de crime previsto no art. 135.º do CP (configurando-o, deste modo, como crime material ou de resultado); diferentemente, já o segundo, leva a que o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio seja visto como um crime de resultado parcial cortado, que se consome prévia e independentemente da tentativa ou consumação do suicídio, provocando, deste jeito, a antecipação da linha de separação entre tentativa e consumação.

Por nossa parte, tendo a convicção que a opção por qualquer uma destas correntes não prejudica em definitivo questões de relevo prático, em especial a impunibilidade da tentativa, aderimos à solução que integra o suicídio (tentado ou consumado) como *pressuposto de punibilidade*, nomeadamente como *condição objectiva de punibilidade*.

geral do facto punível, considerando que este se traduz sempre num *comportamento anti-social em geral e anti-social no (caso) concreto* (ilícito-típico), *pessoalmente censurável* (culposo) e *ético-socialmente grave e perturbador* (digno de pena).

§ 8 Mas, como se define e estrutura esta categoria dos pressupostos (adicionais) de punibilidade? Em que consistem e como se caracterizam estes diferentes elementos?

Em boa medida já o dissemos! Com efeito, dir-se-á que pressuposto de punibilidade é todo o *elemento integrante (e outrossim constitutivo) do conceito (jurídico-penal) de crime que, não actuando ao nível das categorias do tipo-de-ilícito ou do tipo-de-culpa, todavia, (co-)determina — ponderada a dignidade penal do facto — a cominação da sanção ou reacção criminal — a pena e a sua autónoma doutrina — a um concreto comportamento (humano), eticamente desvalioso e socialmente danoso.*

Nesta conformidade, estes elementos revelam, quer sob ponto de vista das suas finalidades político-criminais, quer sob ponto de vista do seu significado e sentido dogmático-normativo, uma natureza bastante heterogénea, tendo a doutrina<sup>(83)</sup>, no enfiamento desta circunstância, vindo a enquadrar as preposições normativas integrantes da categoria da punibilidade em dois grandes grupos de casos, a saber: 1) as *condições objectivas de punibilidade*<sup>(84)</sup>; e 2) as *causas de exclusão da pena e causas de levantamento da pena* (designadas, conjuntamente, por nós, por *causas subjectivas de impunibilidade*). Como se distinguem ambos?

Temos para nós, que as primeiras operam *ipso facto*, condicionando a punibilidade das condutas em virtude de factores ou motivações objectivamente perceptíveis, alheias e externas à pessoa do agente, actuando independentemente da sua vontade. Exemplos destas condições encontramos em elementos como o<sup>(1)</sup> facto do agente ser encontrado em Portugal quando o crime tenha sido praticado no estrangeiro [art. 5.º, n.º 1 alínea c), I do CP];<sup>(2)</sup> a consumação ou a tentativa de suicídio no crime de incitamento ou ajuda ou suicídio<sup>(85)</sup> (art. 135.º, n.º 1 do CP);<sup>(3)</sup> o condicionamento da punição no crime de participação em rixa à efectivação do resultado morte ou ofensa à integridade física grave (art. 151.º, n.º 1, 2.ª parte do CP);<sup>(4)</sup> a impunibilidade das ofensas à memória

de pessoa falecida quando tiver decorrido sobre o falecimento um período superior a cinquenta anos (art. 185.º, n.º 3 do CP); <sup>(5)</sup> a necessidade de reconhecimento judicial da situação de insolvência ou declaração de falência nos crimes falimentares (arts. 227.º, 228.º e 229.º do CP) ou <sup>(6)</sup> a exigência legal, no âmbito da realização típica do crime de participação em motim, de que tenham sido cometidos (colectivamente) actos de violência contra pessoas e/ou propriedade (art. 302.º, n.º 1, 1.ª parte, segmento 2 do CP).

Pelo contrário, já as mencionadas causas subjectivas de impunibilidade, ao invés das condições objectivas de punibilidade, apresentam uma natureza pessoal, podendo consistir em a) *causas de exclusão da pena*, quando impeçam a punição no momento da prática da acção (v.gr., impunibilidade de votos e opiniões parlamentares — art. 157.º, n.º 1 da CRP); ou em b) *causas de levantamento da pena*, quando actuem (no sentido de ilidir a punição) após o cometimento do facto (*scilicet*, do preenchimento do tipo). É este o caso, p. e.x., <sup>(1)</sup> da desistência da tentativa (art. 24.º do CP); <sup>(2)</sup> da isenção de punição concedida ao usuário que renuncie ao seu projecto criminoso (art. 226.º, n.º 5 do CP), ao (com)participante em motim que sem ter cometido ou provocado violência por ordem ou admoestação da autoridade se retira do mesmo (art. 302.º, n.º 3 do CP), ao agente que pertencendo a uma associação criminosa impeça (ou se esforce seriamente para o fazer) a actividade criminosa da associação de que é membro (art. 299.º, n.º 4 do CP); ou ainda <sup>(3)</sup> dos privilégios da retractação nos delitos de falsidade de depoimento, de declaração, de testemunho, de perícia, de interpretação ou de tradução (art. 362.º do CP) e, no domínio do crime de favorecimento pessoal, de parentes ou em causa própria (art. 367.º, n.º 5 do CP).

§ 9 Concluído, como vimos, que o crime é, bem vistas as coisas, uma realidade tripartida, integrando como última das suas predicções (normativa e político-criminalmente estratificada sobre a ideia-reitora da dignidade penal) a categoria dogmático-sistemá-

---

<sup>(86)</sup> Cf. Mario ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilita'*, cit., esp.te 59 s. e 63-5.

tica da punibilidade (*stricto sensu*), estamos finalmente em posição de poder conhecer qual a natureza do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro enquanto causa de exclusão da punibilidade.

Começemos, então, desde já, por procurar determinar qual o denominador comum às diferentes causas de extinção da pena. O que têm proposições excludentes tão distintas como, p. ex., a desistência da tentativa, a impunibilidade de votos e opiniões parlamentares ou o privilégio da retractação em comum? Qual a sua matriz e coordenadas caracterizadoras?

Para respondermos a estas interrogações começemos, pois, por convocar, neste ensejo, o ensino de Mario ROMANO.

Segundo este autor<sup>(86)</sup>, o que distingue e caracteriza as diferentes causas de exclusão da punibilidade (ou causas de extinção da pena) é a existência (fáctica e jurídica) de um «crime quase completo» em cada um dos seus elementos de tipicidade, ilicitude e culpa, que, uma vez preenchidos os necessários «pressupostos de punibilidade», faz desencadear a reacção punitiva e cominatória do ordenamento jurídico-penal, visto que, no plano axiológico-normativo, este, na verdade, já «sentenciou» o facto cometido, expressando, relativamente ao mesmo, a sua (objectiva e subjectiva) desaprovação. Deste modo, o afastamento da punição, nestes casos, explica-se pela presença de interesses externos ao «merecimento» da pena, à justeza da punição, encontrando-se radicado em razões de oportunidade e conveniência política-criminal. Mas, como e porquê?

Na verdade — e agora dizemo-lo nós —, tal como nas restantes causas de exclusão de responsabilidade penal, também

---

(87) A restrição da função do Direito Penal à tutela (subsidiária) de bens jurídicos, em sintonia com o princípio da necessidade da tutela penal (cf. art. 18.º, n.º 2 da CRP), conduz a um princípio político-criminal fundamental: o *princípio da não-intervenção moderada*. Segundo este, para um controle eficaz do fenómeno criminoso, o Estado e o seu aparelho repressivo apenas devem intervir para assegurar as condições essenciais ao regular funcionamento da sociedade. Desta forma, comportamentos que não provoquem lesões (ou perigo de lesão) em bens jurídicos claramente definidos, assim como comportamentos que, embora lesivos de bens jurídicos claramente recortados, possam ser contidos, adequadamente, por meios não penais de política jurídico-social, não devem, à luz deste princípio, ser criminalizados ou punidos.

Uma cuidada e pormenorizada análise deste princípio ver-se-á em J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, cit., 124.

imane a às causas de exclusão da punibilidade encontra-se uma específica ponderação entre diferentes interesses que apontam, de um lado, para a punição (induzidos pela presença de um facto ilícito-típico e culposo) e, de outro lado, para a impunção. Todavia, nestas proposições, o interesse prevalecente — aquele que determina a impunibilidade — não se mostra uma expressão do «justo» (ou da «justeza» — de um concreto e específico juízo ético-jurídico-valorativo), ou tão pouco da impossibilidade de se censurar (ético-juridicamente) o agente que, perante uma particular tensão psicológico-existencial, tudo visto, revelou, no geral, uma atitude de fidelidade ao Direito. Ao invés, nestes casos, aquele interesse, é a expressão da salvaguarda ou imposição de outros fins ou interesses (extra-penais) comunitariamente valorados [o livre e regular funcionamento das instituições democráticas; a tutela das relações familiares; a concretização prático-normativa (em preceitos como, p. ex., os arts. 24.º, 226.º, n.º 5, 299.º, n.º 4, 302.º, n.º 3 do CP) do chamado princípio da não-intervenção moderada <sup>(87)</sup>, etc.], e particularmente a um ponto tal que, o facto, uma vez formulado sobre ele um juízo normativo global, surge desprovido ou acentuadamente diminuído na sua dignidade penal — pelo que desnecessitado, em perspectiva geral-preventiva (e, em menor medida, especial-preventiva), de punição.

Por esta razão, contrariamente às causas de exclusão do ilícito que ao ilidirem a antinormatividade despoletada pela acção típica tornam lícito um facto típico, ou às causas de exclusão da culpa que ao negarem reprovar uma deficiente atitude interior (posição íntima) do agente tornam desculpável um facto ilícito-típico, as causas de exclusão da punibilidade, sejam causas de exclusão da pena, sejam causas de levantamento da pena, deixam incólumes tanto a ilicitude do facto, como a culpa do agente, afastando unicamente a punibilidade do facto, tornando não punível um facto ilícito-típico e culposo.

Deste modo, se compreende que o juízo normativo efectuado no âmbito do processo intelectual insito à regulamentação de normativos com esta natureza, revela-se, como de resto já tivemos oportunidade de o referir (*supra* I Parte, Cap. I, II, 2, § 8 e I Parte,

**Cap. II, I, § 4)**, um juízo, essencialmente, *político(-criminal) de necessidade de punição*, de natureza ou índole, fundamentalmente, *programático-finalística (relação de meio-fim)*, por oposição a um juízo (essencialmente) *axiológico-ético-jurídico de justeza de punição* e (essencialmente) *ético-jurídico de «aceitabilidade» da exculpação*, de índole ou natureza *axiológica-ético-normativa*, formulado, respectivamente, nas causas de justificação e nas causas de exclusão da culpa.

De resto, deve dizer-se que se encontra aqui, na natureza distinta da ponderação que é feita entre cada um dos interesses em colisão (em específico na fundamentação da prevalência do interesse preponderante), a diferença entre *justificar*, *desculpar* e *excluir a pena*.

Urge, porém, neste momento levar a cabo uma outra reflexão, directamente conexas com o que acabámos de escrever.

Temos sucessivamente afirmado que o juízo normativo (e respectiva relação de fundamentação) formulado nas diferentes causas de exclusão do crime reveste sempre uma dupla natureza, porquanto se mostra um juízo que, combinando elementos de índole diversa, revela porém, um cunho <sup>[<sup>(1)</sup>]</sup> *axiológico-ético-jurídico de justeza de punição* — nas causas de justificação; <sup>[<sup>(2)</sup>]</sup> *ético-jurídico de «aceitabilidade» da exculpação* — nas causas de exculpação; <sup>[<sup>(3)</sup>]</sup> *político-criminal de necessidade de punição* — nas

<sup>(88)</sup> Cf. ID., *idem*, 29 — itálico nosso.

<sup>(89)</sup> Nas palavras do próprio Max WEBER, a acção é *zweckrational* “[...] [quando] orientada segundo meios tidos subjectivamente por adequados para alcançar fins subjectiva e claramente definidos.” A acção é *wertrational*, se determinada através da crença consciente no próprio valor incondicionado, em sentido ético, religioso ou outro, de um determinado comportamento puramente como tal e independentemente do resultado.” (cf. Max WEBER, *apud* A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, 37). Assim, integram-se no primeiro tipo, todas as condutas humanas que tenham fundamento no binómio benefício/prejuízo, fundamento esse segundo o qual o Homem se determina como sujeito inteligente (*Verstandessubjekt*) — «eu quero isto, porque é-me útil» —; ao invés, já na segunda daquelas racionalidades, incluir-se-ão o conjunto de comportamentos humanos que encontrem razão e sentido num princípio de acordo com o qual o Homem se postula como pessoa de razão (*Vernunftperson*) — «eu quero isto porque o considero como bom e recto». Sobre esta contraposição, por todos, cf. as ímpares explicitações de A. CASTANHEIRA NEVES em “O actual problema metodológico da realização do Direito”, Coimbra, 1990, 9 ss.



causas de exclusão da punibilidade] e um cariz [<sup>(a)</sup> *axiológico-ético-normativo* — nas causas de justificação e causas de exclusão; ou <sup>(b)</sup> *programático-finalística* (relação de meio-fim) — nas causas de exclusão da punibilidade] dominantes, mas não, todavia, exclusivos.

Na verdade, qualquer das categorias em análise (como afinal todas as categorias jurídico-penais) é co-determinada, por um lado, por valorações ético-axiológico-normativas (valências do *ethos* social), e, por outro lado, por proposições político-criminais (fins e intenções programático-sociais), já que entre umas e outras “[...] deve interceder [...] uma relação dialéctica capaz de conduzir, no fim, a uma *unidade axiológico-funcional* [do sistema e seus conceitos fundamentais].”<sup>(88)</sup>

O que se verifica, porém, é uma predominância dos *fundamentos* (de validade) sobre os *efeitos* (de funcionalidade) no juízo (normativo) de exclusão (ou negação) da ilicitude e de culpa, e dos *efeitos* (de funcionalidade) sobre os *fundamentos* (de validade) no juízo (normativo) de exclusão (ou negação) da punibilidade (*stricto sensu*), sem que isto signifique a exclusividade de uns e outros, porque em qualquer dos casos este mesmo juízo [*scilicet*: a *prevalência das concreto-materiais exigências de impunição* sobre

---

<sup>(90)</sup> Assim, em certo sentido, já LANGER in “Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum allgemeinen Teil des Strafrechts”, Berlim, Duncker & Humblot, 1972, 275, onde o A. sustenta que o desvalor global do delito se analisa em três distintos conteúdos de desvalor — ilícito, culpa e dignidade penal —, o que reclama uma sistemática do crime assente em três categorias: tipo-de-ilícito, tipo-de-culpa e tipo-de-dignidade (*Strafwürdigkeitsstatbestand*).

<sup>(91)</sup> É seu exemplo paradigmático o instituto da dispensa de pena (art. 74.º do CP): cf. J. de FIGUEIREDO DIAS, *O instituto da dispensa de pena...*, cit., 202 s. e *Direito Penal Português. Parte geral II. As consequências jurídicas do crime*, cit., § 488, 324.

Em sentido abertamente contra, propugnando pelo regresso a uma leitura da culpa como fundamento da pena, FARIA COSTA assevera que “[...] na dispensa de pena o que existe verdadeiramente é uma pena de declaração de culpa [...] [pelo que] se em verdadeiro rigor há uma pena, então a toda a culpa corresponde uma pena e o art. 75.º do CP [(actual art. 74.º)] expressa verdadeiramente o princípio da bilateralidade da culpa.” (cf. José. F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, cit., 380).

<sup>(92)</sup> Nesta acepção, a culpa sendo *pressuposto e limite* da pena, não constitui, todavia, o seu *fundamento*.

Sobre este princípio e suas relações com o paradigma teleológico-funcional-racional do crime vd. M. COSTA ANDRADE, *A «dignidade penal»...*, cit., 179-83; contra, advogando

as (abstracto-formais) necessidades de punição (colocadas pela realização do tipo) em que este se traduz sempre ...] obedece sempre a uma estrutura (intelectiva) tal que este, de um lado, tem de se mostrar um *juízo ético-jurídico e axiológico-normativamente legítimo* — na justificação e exculpação — e (ademais) *comportável* — na exclusão da pena —, e do outro lado, *político-criminalmente adequado*.

Por esta razão, fundamentadamente, pode sustentar-se que o juízo normativo (verdadeiro *punctum crucis* da negação do crime) que preside às diferentes causas de exclusão da responsabilidade penal, de certa forma, encontra expressão na conhecida dicotomia — alternativa (weberiana) entre *racionalidade axiológica* (*Wertrationalität*) e *racionalidade finalística* (*Zweckrationalität*)<sup>(89)</sup>, e, designadamente, que esse juízo nas causas de justificação e nas causas de exclusão da culpa corresponde, fundamentalmente (mas não unicamente), a um *momento axiológico* (*Wertmoment*), e, nas causas de exclusão da punibilidade, essencialmente (mas não exclusivamente), a um momento funcional (*Zweckmoment*).

Outros pontos mais (incidindo já sobre as coordenadas caracterizadoras das chamadas causas de extinção da pena) devem ser ainda mencionados.

Em primeiro lugar deve dizer-se que, a par do que se verifica nos outros estratos do crime, também a categoria da punibilidade (em sentido estrito) é conhecida, em concreto, mediante o jogo que se estabelece entre tipos e contra-tipos, *i.e.*, entre «tipo-de-punibilidade» (por regra implícitos nos diferentes tipos-legais-de-crime) e causas de exclusão da punibilidade.<sup>(90)</sup>

Por outro lado, o legislador apenas dispõe de liberdade para atender a considerações deste tipo, na medida em que o relacionamento entre culpa e pena não é biunívoco ou bilateral. Na verdade, casos existem<sup>(91)</sup> em que, por expressa determinação legal, não se estabelece qualquer ligação entre culpa e pena, porquanto se toda a *pena supõe a culpa, nem toda a culpa supõe a pena, mas somente*

---

um *princípio da bilateralidade da culpa*, cf., v.gr., J. F. de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, cit., 373-80.

<sup>(93)</sup> Cf. H.-H. JESCHECK, *ob. cit.*, 759.

*aquela que acarrete simultaneamente uma necessidade ou carência de pena* (princípio unilateral da culpa) <sup>(92)</sup>.

Por último, com base num conjunto de regras comuns às diferentes causas de exclusão da punibilidade, pode projectar-se um regime próprio destas proposições normativas, composto, desde logo, pelos seguintes princípios norteadores <sup>(93)</sup>:

1. O erro sobre um estado de coisas que a existir afastaria a punibilidade não exclui, nestas situações, o dolo, dispensando-se, deste modo, a necessidade do agente (aquando do cometimento do facto) ter que representar a causa de exclusão da punibilidade, tornando, assim, em consequência, totalmente irrelevante o erro sobre as mesmas;
2. As causas subjectivas de impunibilidade apresentam uma natureza especificamente pessoal, não estendendo o seu efeito excludente aos vários participantes no facto (*v.gr.*, se entre os vários agentes que conjuntamente tomam parte numa tentativa de roubo apenas um deles desistir, somente este será, ao abrigo do art. 24.º do CP, isento de punição);
3. Uma vez que as causas de exclusão da punibilidade, enquanto condições ou elementos (negativos) de punibilidade (*lato sensu*) — portanto como pressupostos (negativos) do crime —, integram a esfera do Direito Penal substantivo, é válido para as mesmas, de forma inquestionável, o chamado princípio *in dubio pro reo* (*v.gr.*, se não se conseguir precisar se um parlamentar injuriou ou difamou o seu colega no decorrer da sessão parlamentar ou já fora dela, deve-se, em homenagem a este princípio, afastar a punibilidade da conduta do mesmo).

**§ 10** Posto isto, definidas e caracterizadas, sob ponto de vista dogmático, as causas de exclusão da punibilidade, não temos qualquer dúvida em afirmar que o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, enquanto proposição normativa excludente, se revela como

---

<sup>(94)</sup> Particularmente no *princípio da não-intervenção moderada*, pedra-angular de todo o sistema teleológico-funcional e racional da dogmática jurídico-penal e do seu respectivo programa político-criminal.

uma figura jurídica deste tipo, mais especificamente, como uma *causa pessoal de levantamento da pena*.

Como já anteriormente destacámos (*supra* **I Parte, Cap. II, I, 1, § 3 e 2, § 5**), estamos na presença de circunstâncias que funcionam finalisticamente após a consumação do crime, *rectior*, do facto ilícito-típico, tendo aquele preceito, enquanto norma de «retratação», o seu fundamento ontológico-jurídico no arrependimento (passivo) do agente (cf. *supra* **I Parte, Cap. II, I, 1, § 3, n. 48**).

De sorte que, como aliás já se mostrou, percorrido o *iter criminis*, o acto de contrição do agente e o esforço deste em neutralizar os potenciais danos decorrentes das suas condutas (delituosas) anteriores, não elimina o desvalor (objectivo e subjectivo) do facto (efectivamente praticado), mas apenas e tão-só impede os efeitos punitivos — a consequência jurídica (*Rechtsfolge*) — para quem, de forma voluntária, independentemente do mérito ou desmérito das motivações que fundamentam a sua acção, elimina ou atenua as consequências (nocivas) dos seus próprios actos.

Assim sendo, formulado já o juízo de reprovação axiológico-ético-normativo, a exclusão da pena tem aqui uma justificação *puramente político-criminal* <sup>(94)</sup>, externa a qualquer juízo ético-punitivo, que se reconduz à ideia (dúplice) de que 1) com a retractação e (consequente retorno do agente ao Direito) o facto (inicialmente praticado), ainda que ilícito-típico (desvaloroso em abstracto, e desvaloroso em concreto) e culposo (pessoalmente censurável), já não reclama, sob ponto de vista da prevenção geral (positiva) ou especial, uma punição, e que, consequentemente, 2) a *ratio* da tutela do bem jurídico normativamente tutelado, de certa forma, acabou por se efectivar.

Donde, será seguro concluir — com isso fechando a temática da qualificação dogmático-normativa do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro—, que este preceito, enquanto fundamento de impunção e causa de exclusão do crime, reveste a natureza de

---

<sup>(95)</sup> O que confirma tudo o que concluímos *supra* **I Parte, Cap. I, II, esp.º § 6 e § 10**.

<sup>(96)</sup> J. de FIGUEIREDO DIAS, *O instituto da dispensa de pena...*, cit., 201.

<sup>(97)</sup> ID., *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, cit., 41.

causa de exclusão da punibilidade, mais concretamente, no âmbito das mesmas, de *causa pessoal de levantamento da pena*.

#### 4. **Consequências e relevo dogmático-conceitual e prático-normativo da exacta configuração (dogmática) do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como causa de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*).**

§ 11 Revelada a verdadeira natureza jurídica da isenção de responsabilidade criminal prevista no art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não resta outro jeito que não seja o de reconduzir esta proposição normativa à figura dogmática da isenção de pena, concluindo que, sob a epígrafe de “**Isenção de responsabilidade criminal**”, este normativo, na realidade, prevê um verdadeiro caso de *isenção de pena* <sup>(95)</sup>.

Com efeito, é pacífico entre a doutrina que o instituto da isenção de pena se afigura como causa de exclusão da responsabilidade penal, cujo estatuto dogmático se reconduz à doutrina e sistema geral do crime, designadamente à categoria da punibilidade (*stricto sensu*). Neste sentido, p. ex., FIGUEIREDO DIAS escreve: “[...] o Código Penal [prevê] em variadas disposições a possibilidade de o tribunal isentar de pena o agente. Em muitos destes casos [...] tratar-se[-ão] [...] de causas de exclusão da pena [...] e portanto de hipóteses que actuam logo ao nível das condições de punibilidade do facto,

---

<sup>(98)</sup> Nos termos do art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho constituem cargos políticos para efeitos da lei os seguintes postos: Presidente da República; Presidente da Assembleia da República; deputado à Assembleia da República; membro do Governo; deputado do Parlamento Europeu; ministro da República para as regiões autónomas; membro de órgão do Governo próprio de região autónoma; membro de órgão representativo de autarquia local; Governador Civil.

<sup>(99)</sup> Contudo, tratando-se de corruptor activo, a lei condiciona a isenção de pena à circunstância deste, de forma voluntária e autónoma, aceitar o repúdio da promessa ou operar a restituição do dinheiro ou vantagem que tiver feito ou dado (cf. art. 19.º, n.º 3 da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho).

<sup>(100)</sup> Esta hipótese está, porém, reservada aos crimes de corrupção passiva para acto ilícito e corrupção passiva para acto lícito, previstos, respectivamente, nos arts. 16.º e 17.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (cf. art. 19.º, n.º 2 da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho).

[e] não ao [nível] da determinação da pena.”<sup>(96)</sup>; e nestoutro lugar prossegue, afirmando que “[...] Pode acontecer [...] que a punição acabe por não dever efectivar-se, por razões que já não têm a ver com a doutrina do facto, mas autonomamente com a doutrina da consequência jurídica, com a doutrina da pena. A oposição que aqui desejo pôr em claro exprime-se de resto no nosso sistema legal, com meridiana clareza, [...] entre os casos de isenção da pena ... [que já] vimos constituírem hipóteses de falta de punibilidade [...]”.<sup>(97)</sup>

Demais a mais — e tomando por base o postulado fundamental da coerência interna do ordenamento jurídico —, também os dados legislativos parecem confirmar este entendimento. É o caso, p. ex., da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que ao regulamentar o regime dos crimes cometidos por titulares de cargos políticos no exercício das suas funções, explicitamente — mediante correcta etiquetagem normativa! —, prevê casos de isenção de pena a favor do infractor (titular de cargo político<sup>(98)</sup>) que a) voluntariamente repudia o oferecimento ou promessa que tenha (previamente) aceite, b) restitua o que indevidamente tenha recebido antes de ter praticado o acto ou de se consumir a omissão (n.º 1 do art. 19.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho)<sup>(99)</sup> ou c) participe a infracção às autoridades competentes, antes de qualquer co-infractor e antes de ter sido iniciado o procedimento criminal pelos factos cometidos (n.º 2 do art. 19.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho).<sup>(100)</sup>

Ora, ainda que estas hipóteses se integrem em leis respeitantes a matérias distintas das matérias regulamentadas no DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro — precisamente o regime jurídico das infracções anti-económicas e contra a saúde pública —, e ressalvado o facto desta nossa conclusão padecer de um assumido défice de fundamentação, podemos, pois, com alguma segurança asseverar que ambas as disposições — o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro e o art. 19.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho —, comungam nos seus propósitos e fins político-criminais, pelo que temos por adequada — de modo a extrairmos aquela conclusão — a sua convocação e comparação, porquanto “[...] se um problema de regulamentação jurídica funda-

---

<sup>(101)</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., 183.

mentalmente idêntico é tratado pelo legislador em diferentes lugares do sistema, sucede com frequência que num desses lugares a fórmula legislativa emerge mais clara e explícita. Em tal hipótese, porque o legislador deve ser uma pessoa coerente e porque o sistema jurídico deve por igual formar um todo coerente, é legítimo recorrer à norma mais clara e explícita para fixar a interpretação de uma outra (paralela) mais obscura e ambígua.”<sup>(101)</sup>.

Em síntese, tudo visto, pode com asserto concluir-se, de um passo, que o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, ainda que o faça mediante uma deficiente etiquetagem normativa, na realidade, prevê um verdadeiro caso de *isenção de pena*, e de outro passo, em consequência, que a mesma norma, por atenção àquela mesma deficiente etiquetagem normativa, bem vistas as coisas, se configura como um claro e paradigmático exemplo daquilo que, à falta de uma expressão pátria mais ilustrativa (e avocando para o efeito um oportuno anglicismo), poderíamos designar por *miss-labeled rule*.

### Cap. III — FUNDAMENTO, SENTIDO E FINALIDADES

I — *O sentido e alcance da figura da isenção de pena no domínio das infracções anti-económicas: justificação, função e significado político-criminal do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro.*

#### I.

§ 1 Encontrado o lugar sistemático e respectiva configuração normativa («o quê») do art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de

---

<sup>(102)</sup> Recordemos, neste contexto, oportunamente, as lúcidas palavras proferidas por Séneca, quando ao reportar-se a Protágoras e a Platão afirmou: “Nam, ut Plato ait, ‘nemo prudens punit, quia peccatum est, *sed ne peccetur.*” (cf. Séneca *apud* J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime, cit.*, 47 — itálico do A.).

Janeiro, por um lado, e revelada a verdadeira figura dogmática prevista (sob errónea epígrafe) neste normativo, por outro lado, importa, neste momento, averiguar qual o fundamento e sentido político-criminal (o «porquê» e o «para quê») da proposição excludente em estudo. Na verdade, qual o fundamento e função da isenção de pena prevista no art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro? Qual o seu sentido e razão de ser?

Parece-nos esta, na realidade, uma questão que encontra a sua resposta a dois níveis de fundamentação: um primário e outro secundário. Analisemos, pois, cada um deles.

### a) Fundamento primário:

§ 2 Concluimos no capítulo anterior que sob a (errada) epígrafe de isenção de responsabilidade criminal, o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, contempla, sob ponto de vista dogmático, uma causa pessoal de levantamento da pena. De sorte que, de certa forma e parcialmente já demos resposta à questão ora em análise. Com efeito, atenta a natureza desta norma — causa de extinção da pena —, a impunibilidade do agente que, atempadamente e reunindo os requisitos legalmente previstos, renuncia ao projecto criminoso inicialmente encetado, radica no inequívoco *regresso do agente ao Direito*, com esse facto afastando, sob ponto de vista das finalidades punitivas da pena criminal (e outrossim de toda a política-criminal)<sup>(102)</sup> — as chamadas prevenção geral (designada-

---

<sup>(103)</sup> A feliz e exactíssima expressão é de ESER, in “Resozialisierung in der Krise?”, *Festschrift für Peters*, 1974, 511.

<sup>(104)</sup> Neste contexto, têm sido cinco os princípios directores (ou linhas-de-força) básicos deste paradigma político-criminal, a saber: o princípio da legalidade, o princípio da referência jurídico-constitucional da ordem legal dos bens jurídicos, o princípio da culpa, o princípio da sociabilidade e o princípio da preferência das sanções criminais não detentivas às detentivas.

Para uma explanação destes e correspondente paradigma política-criminal (que GALTUNG crismou de «verde») vd., por todos, J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte geral II. As consequências jurídicas do crime*, cit., § 52 ss.

<sup>(105)</sup> Cf., por todos, Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão*, Coimbra, 2000, 29 ss., esp.te 45 ss.



mente, positiva ou de integração) e especial (cf. art. 40.º, n.º 1 do CP) —, a necessidade de se punir o mesmo.

Ou seja: realizada a «retractação», independentemente dos méritos e motivações (sob ponto de vista ético e moral) do agente, foi por este dirimida a «impressão negativa» (resultante do cometimento do facto) causada junto da comunidade, porquanto foi revelada por este uma capacidade de adequação e de determinação de acordo com a norma e os seus comandos, tornando, deste modo, desnecessário (desajustada, imprópria e injustificada) qualquer cominação punitiva para o facto (inicialmente) praticado, quer no sentido de reafirmar a validade axiológico-normativa da norma (previamente) violada, quer no sentido de prevenir o cometimento, no futuro, pelo agente, de novos crimes (prevenção de reincidência).<sup>(103)</sup>

Desta sorte, a isenção de pena prevista nesta norma é, por um lado, expressão do carácter *fragmentário* e *subsidiário* do Direito Penal (cf. *supra* **I Parte, Cap. II, I, 3, § 7**) e, por outro lado, de todo um programa político-criminal<sup>(104)</sup>, alicerçado sobre o já aflorado *princípio da não-intervenção moderada* (cf. *supra* **I Parte, Cap. II,**

<sup>(106)</sup> Na verdade, segundo nos parece, trata-se este de um fundamento presente, ainda que de modo subordinado, nas diferentes normas fundadas no *arrepentimento* do agente, sejam estas (como é o caso) normas de «retractação» (v.gr., art. 299.º, n.º 4 do CP), sejam estas, porventura, normas de «redenção» (v.gr., art. 362.º do CP).

<sup>(107)</sup> Parece ser este, na realidade, um fundamento de certa maneira característico do pensamento político-criminal do legislador penal português, existindo, quanto a esta matéria, uma relativa linha de continuidade nas diferentes regulamentações legais promulgadas ao longo dos tempos. Com efeito, já no domínio do diploma que precedeu o actual DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro na criminalização e punição das actividades delituosas contra a economia nacional — o DL n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957 —, dispunha o art. 19.º deste que “A declaração da existência de géneros alimentícios falsificados, avariados ou corruptos, com indicação das respectivas quantidades e do local onde se encontram, feita perante a I. G. P. A. I., antes de qualquer intervenção oficial ou denúncia, livra das penas cominadas nos artigos antecedentes, ficando, porém, os géneros sujeitos à conveniente beneficiação, transformação ou inutilização.” (sic). Ora, em comentário a esta disposição, confirmando este nosso entendimento, ARALA CHAVES, p. ex., escrevia: “Pretende-se chamar os interessados a uma colaboração leal com a fiscalização, concedendo-lhes a irresponsabilidade penal pela existência de produtos impróprios, em troca de uma informação que habilitará os serviços competentes a um controle sobre o destino que lhe é dado.” (cf. ARALA CHAVES *apud* Carlos Emílio CODEÇO, *Delitos económicos — Decreto-Lei n.º 28/84 (Comentado)* — *Legislação complementar*, Coimbra, 1986, 131, n. 53).

**I, 3, § 9, n. 87**), segundo o qual, para um eficaz domínio e controlo do crime, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle — na medida em que essa não-intervenção se mostre etico-axiologicamente comportável — não deve fazer mais, mas antes menos, desse modo evitando a dessocialização dos delinquentes e a sua consequente estigmatização social <sup>(105)</sup>.

Temos, pois, para nós, que é neste património político-criminal que o privilégio normativo previsto no art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, encontra o seu fundamento precípua ou primordial, inucleando-se naquele que, bem vistas as coisas, constitui o ponto axial de toda a teoria penal: as finalidades da pena criminal e conexas função (justificação, legitimação ou fundamentação) do Direito Penal.

#### **b) Fundamento secundário:**

§ 3 Embora secundário, juntamente com a capacidade de observar o comando postulado pela norma, pensamos ser outro o propósito político-criminal subjacente à isenção de pena prevista no art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: o de facilitar a *dissociação entre o agente e seu projecto criminoso, surgindo a impunção como um genuíno estímulo à sua retractação*. <sup>(106)</sup> <sup>(107)</sup>

---

<sup>(108)</sup> Cf. arts. 3.º, 4.º e 6.º a 19.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

<sup>(109)</sup> Sobre o ponto e tudo o que com o mesmo se relaciona, cf., v.gz., J. BAPTISTA MACHADO, “Introdução ao Direito e ao discurso legitimador”, *cit.*, 99 ss., esp.te 102-5; e, especificamente no domínio da juridicidade penal, designadamente no contexto das relações entre a «Parte Geral» e a «Parte Especial» do Código Penal, José F. de FARIA COSTA,

## *II Parte*

### **O art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: elementos típicos e regime jurídico**

#### **Cap. I — ANÁLISE SISTEMÁTICA E REGIME LEGAL**

I — *O instituto da isenção de pena no DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Considerações preliminares.* II — *O instituto da isenção de pena no DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro (cont.). Regime Jurídico.*

#### **I.**

#### **1. A questão da sua localização sistemática no contexto das relações entre a «Parte Geral» e «Parte Especial» do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro.**

§ 1 Examinada a natureza e a função político-criminal da isenção de pena prevista no art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, devemos agora proceder a um outro ângulo de análise, ângulo esse incidente sobre a questão da localização deste preceito no âmbito da sistemática do diploma legal em que aquele se integra.

Com efeito, juntamente com tantos outros diplomas legislativos do ordenamento jurídico-penal português (*v.gr.*, Código Penal, Código de Processo Penal), também o DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro obedece a uma sistematização do tipo pandectístico, estruturando-se em uma «Parte Geral», composta por um conjunto de disposições preliminares nas quais se definem os princípios gerais e fundamentais do Direito Penal Económico (responsabilidade penal das pessoas colectivas; regime da tentativa; espécie e medida das

---

*Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal, in BFD, vol. LXXI, Coimbra, 1995, 117-44.*

<sup>(110)</sup> Respectivamente previstos nos arts. 22.º, 23.º e 28.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

<sup>(111)</sup> Assim, *v.gr.*, Carlos Emílio CODEÇO, *Delitos económicos — Decreto-Lei n.º 28/84 (Comentado) — Legislação complementar, cit.*, 128 s.

penas, etc.)<sup>(108)</sup> <sup>(109)</sup>, e uma «Parte Especial», na qual se estabelecem, por um lado, os diferentes crimes punidos (abate clandestino, fraude sobre mercadorias, açambarcamento, etc.)<sup>(110)</sup>, e, por outro lado, as reacções criminais previstas para o seu cometimento.

Ora, se se deve entender que as «Parte Gerais» têm como função integrar as disposições e os regimes previstos nas «Partes Especiais», coloca-se, desde logo, a seguinte interrogação: a ser verdade que a figura jurídica em análise se inclui, pela sua estrutura, função e natureza, no conjunto de *elementos ou condições de punibilidade* (em sentido amplo), ligada, na verdade, ao estudo da teoria geral da infracção criminal, não seria, porventura, mais indicada a sua inclusão, ainda que com incidência restrita a específicos tipos legais de crime previstos na «Parte Especial», na estrutura e sistemática da «Parte Geral» do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro?

Certa doutrina entende que sim<sup>(111)</sup>, considerando ser este um dos aspectos mais reprováveis da sistematização deste diploma legal. Todavia, temos para nós que a opção seguida pelo legislador não se revela, de todo, criticável. Na verdade, embora a isenção de responsabilidade criminal (*scilicet*: a isenção de pena, e, outrossim, a figura da desistência prevista no art. 27.º), pela sua configuração dogmático-normativa e sentido político-criminal, se mostre uma figura atinente à teoria geral do facto punível — logo sistematicamente enquadrável na «Parte Geral» do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro —, esta não deixa de estar intimamente relacionada com os diferentes tipos legais de crime previstos na subsecção em que se

---

<sup>(112)</sup> Note-se, pois, que tal solução nem sequer constitui metodologia original entre nós. Pense-se, p. ex., na figura dogmática da negligência grosseira (arts. 137.º, n.º 2 e 156.º, n.º 3 do CP); nas causas justificativas previstas na «Parte Especial» do Código Penal (cf. *supra* I Parte, Cap. I, II, § 9, n. 43); no privilégio da retractação nos crimes contra a realização da justiça (art. 362.º do CP), ou nos casos especiais de desistência da tentativa constantes do Código Penal (v.gr., arts. 162.º, 271.º, n.º 3 e 286.º). Na verdade, embora todas integrem o sistema (e dogmática) do crime ou da consequência jurídica — logo da teoria geral da infracção penal — encontram-se, na realidade, previstas e regulamentadas na «Parte Especial» do Código Penal.

Cf., por todos, novamente, José. F. FARIA COSTA, *Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, cit., esp.te 121 ss., onde o autor explica a autêntica «tensão normativa» (ou complementaridade funcional) que existe entre a «Parte Geral» e a «Parte Especial» da lei penal.

íntegra — precisamente a subsecção II — “Crimes contra a economia” — arts. 23.º a 41.º-C. Esta realidade, aliás, mostra-se evidente à luz dos contornos ónticos que enformam a conduta do agente (cf. *supra* esp.<sup>12</sup> **I Parte, Cap. II, I, 1, § 3**), perante a qual ganha significado e sentido (ontológico-jurídico) o *arrependimento* do mesmo, sendo até, bem vistas as coisas, normativamente impostos pela descrição típica prevista no art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, porquanto como textualmente aí se dispõe o agente apenas é isento de punição (*scilicet*: isento de pena) se e quando “[...] retirar do mercado os géneros aditivos a que se referem os *artigos anteriores* [...].”

Desta sorte, tudo visto, pensamos ser correcta a acoplação da isenção de pena prevista na norma *sub iudice* aos artigos precedentes, com isso conferindo àqueles instituto e diploma uma unidade e coerência (sistemática) global <sup>(112)</sup>.

## 2. Confronto com figuras próximas: a desistência (art. 27.º) — sentido geral, *maxime a*) afinidades; b) diferenças; c) critério geral de distinção.

§ 4 Juntamente com o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, este diploma legal prevê uma outra figura jurídica que, uma vez preenchidos os respectivos pressupostos, possibilita a atenuação da pena do agente. Com efeito, o art. 27.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, sob a epígrafe de «**Desistência**», estatui que:

*“O tribunal poderá atenuar livremente a pena se o agente, antes de os crimes referidos nos artigos anteriores desta subsecção terem provocado dano considerável, remover*

---

<sup>(113)</sup> Neste sentido revela-se a todos os títulos criticável a nomenclatura legalmente adoptada, porquanto nos crimes materiais (como parecem ser os crimes previstos nos arts. 23.º a 25.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro) é um elemento fundamental da desistência [ao menos como esta se encontra definida no art. 72.º, n.º 2, c) do CP] a circunstância de a consumação não se efectivar. Isto porque, consumando-se o delito, parece impossível falar-se em *desistência* do crime, mas apenas e tão-só em *arrependimento* do agente: neste mesmo sentido cf. M. LEAL HENRIQUES e M. SIMA SANTOS, *Código Penal Anotado*, 2.ª ed., Lisboa, 1997, 245.

*voluntariamente o perigo por ele criado e espontaneamente reparar o dano causado.*” (sic).

Confrontemos, assim, a fim de melhor se compreender o instituto da isenção de pena consagrado no regime legal das infracções anti-económicas, aqueles dois normativos.

Temos para nós, que também no preceito supracitado nos encontramos perante um conjunto de circunstâncias que funcionam finalisticamente após a consumação do crime, tendo, tal como o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, o seu fundamento ontológico-normativo no *arrependimento* ou *compunção* do agente<sup>(113)</sup>. De modo que, tal como na isenção de pena prevista neste normativo, também na figura da desistência do art. 27.º se mostra necessário, para que se possa falar em *arrependimento do agente*, que este tenha causa ou motivação no próprio e não em terceiros (*v.gr.*, ordem do tribunal), pelo que se exige que seja sua a decisão ético-consenciosa de auto-correcção que caracteriza aquele comportamento, muito embora não se exija (tal como na isenção) que o mesmo tenha origem em motivações ética e socialmente louváveis, traduzindo uma correcta formação ético-moral do agente.

Pois bem: se ambas as figuras radicam no mesmo fundamento ontológico-normativo, pode, legitimamente, questionar-se: como é que ambas se distinguem e demarcam reciprocamente?

Pensamos serem duas as notas distintivas de uma e outra figura.

Atenta a descrição típica e a configuração normativa dos dois preceitos, podemos, desde logo, afirmar que, enquanto a isenção de pena, se caracteriza por ser, como vimos, uma *causa de extinção*

<sup>(114)</sup> Para uma análise dos diferentes tipos legais de crime identificados pela doutrina penal *vd.*, por todos, J. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, *cit.*, 278-304.

<sup>(115)</sup> Para uma caracterização dos mesmos *vd.*, C. E. CODEÇO, *Delitos económicos — Decreto-Lei n.º 28/84 (Comentado) — Legislação complementar*, *cit.*, 112-26.

<sup>(116)</sup> E, outrossim, como *crimes de perigo*: cf. J. F. de FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, *cit.*, 116 s. e REIS BRAVO, *A tutela penal dos interesses difusos*, Coimbra, 1997, 71-4; contra, porém, veja-se A. SILVA DIAS, *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores*, *cit.*, 99.

da pena, já a figura da desistência, apresenta-se, diversamente, como uma *causa de atenuação da pena*. Deste modo, uma e outra, enquanto elemento ou condição (especial) de punibilidade (*lato sensu*) e circunstância modificativa de carácter específico ou especial, actuam, diferentemente, ao nível do *facto* (e por conseguinte, no plano da doutrina e sistema do crime), quanto à primeira, e ao nível da *consequência jurídica* ou *reacção criminal* (e por isso no plano da doutrina e sistema da pena), quanto à segunda.

Por outro lado, ao contrário do que se verifica no art. 26.º, o art. 27.º é uma *norma de «reparação»* e não uma *norma de «retratação»* (como já tivemos o ensejo de o afirmar — cf. *supra* **I Parte, Cap. II, I, 1, § 3, n. 48**), visto que o arrependimento ou compunção do agente, neste caso, não isenta de punição, mas apenas permite a atenuação da pena.

Mas, dito isto, urge, contudo, interrogar: quando se deve isentar ou atenuar a pena ao agente arrependido? Quando se deve aplicar um e outro normativo?

Temos para nós, que o critério geral de distinção entre estas duas figuras passa pela configuração normativa das mesmas, mormente pelo tipo de tipicidade<sup>(114)</sup> que revestem os tipos legais de crime a que ambos os normativos se reportam, especificamente os arts. 23.º a 25.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro<sup>(115)</sup>. Estes, na verdade, apresentam-se como crimes de resultado<sup>(116)</sup>, *maxime* como *crimes de resultado parcial ou cortado*, caracterizados pela circunstância de se exigir a presença cumulativa de dois requisitos para a consumação do crime, a saber: a necessidade de realização da conduta proibida e a verificação do resultado, traduzida numa modificação no mundo exterior provocada pelo comportamento (proibido) descrito no tipo legal de crime, ainda que não se mostre

---

(117) A expressão é de FARIA COSTA, referindo-se à problemática da consumação no âmbito dos crimes contra o património, nomeadamente no crime de furto, previsto nos arts. 203.º e 204.º do CP (cf. J. F. de FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, *cit.*, art. 203.º § 66, 48).

(118) Cf. GEERDS *apud* Manuel da COSTA ANDRADE, *A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico*, in IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, *cit.*, 407.

(119) Cf. COSTA ANDRADE, *ibidem*, *passim* — itálico do A.

necessário, para a sua valoração objectiva, a produção do mesmo para se considerar o crime como consumado.

Além disso, ainda no que se refere ao problema da efectivação da consumação, mais propriamente no tocante ao «quando da consumação»<sup>(117)</sup>, é habitual distinguir-se, nestes delitos, entre a *perfeição ou consumação formal do crime* e o *exaurimento ou consumação material do crime*, concretizando-se a primeira com o preenchimento da totalidade dos requisitos mínimos de consumação (do conjunto de requisitos sem os quais não se considera a existência de um crime), e o segundo quando o facto criminoso (já perfeito) atinge a sua máxima gravidade concreta. Mas, e qual o interesse disto para o nosso problema?

Ora, reside nestes dois momentos, em nossa óptica, o critério precipuamente distintivo dos arts. 26.º e 27.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro — que é dizer dos institutos da isenção de pena e da figura da desistência.

Isto porquanto, nos crimes de «falsificação» a que ambos se reportam (arts. 23.º a 25.º), podemos distinguir, quanto ao «quando da consumação», de um lado, o momento da consumação típico-formal — identificado com a *adulteração e afectação dos bens e/ou géneros* executada pelo agente —, e, de outro lado, o momento da consumação material — identificado, como indicia a descrição típica do art. 27.º, designadamente a expressão “dano considerável”, com a efectiva e concreta frustração das “[...] das expectativas reconhecidas dos consumidores em relação à mercadoria concreta.”<sup>(118)</sup>, ou seja com a violação da (necessária e exigível) “[...] *confiança* da colectividade na lisura do tráfico jurídico, concretamente, na autenticidade e genuidade dos géneros.”<sup>(119)</sup>). De modo que, entre aquele primeiro momento — o momento da perfeição — e o momento do efectivo prejuízo lesivo do bem jurídico protegido — a chamada *consumação material* ou *exauri-*

---

<sup>(120)</sup> Em sentido convergente, cf. Carlos Emilio CODEÇO, *Delitos económicos — Decreto-Lei n.º 28/84 (Comentado) — Legislação complementar, cit.*, 131.

Pelo contrário — e esta é, na verdade, uma terceira nota distintiva que se pode fazer entre o art. 26.º e o art. 27.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro —, a figura da desistência abrange todos os crimes referidos nos artigos anteriores desta subsecção, aplicando-se, deste modo, aos tipos legais de crime dos arts. 23.º, 24.º e 25.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro.



*mento* — pode distar um tempo mais ou menos longo, durante o qual o agente pode arrepender-se e realizar qualquer uma das condutas descritas nos arts. 26.º e 27.º. Ora, o primeiro desses comportamentos, verificar-se-á entre a *perfeição* e o *exaurimento* do crime; já o segundo, pelo contrário, tem lugar após o segundo dos aludidos momentos — razão pela qual, o art. 26.º prevê a isenção criminal do agente, ao invés do art. 27.º que, atenta a maior acuidade e gravidade da lesão, apenas estabelece a atenuação da pena do mesmo.

Tudo visto, pode, então, afirmar-se que o art. 26.º, ao prescrever uma causa de extinção da pena, se configura como uma *norma de «retracção»*, que funciona entre a *perfeição* e o *exaurimento* do crime, e que o art. 27.º, ao estabelecer uma causa de atenuação da pena, se mostra como uma *norma de «reparação»*, que funciona após o último destes dois momentos.

## II.

### 1. Âmbito de aplicação.

§ 5 Deve dizer-se que o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro apenas se aplica aos crimes previstos nos arts. 24.º e 25.º deste diploma <sup>(120)</sup>, já que somente estas normas falam em «géneros e aditivos», o que mostra ter sido intenção do legislador restringir o campo de aplicação do preceito apenas ao domínio da «falsificação» da genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares destinados ao consumo humano ou animal, para além de, nessa medida, afastar a possibilidade do agente se «retractar» quando (dolosamente) tiver procedido à fraude sobre mercadoria própria ou alheia (art. 23.º).

### 2. Notas caracterizadoras.

§ 6 Enquanto causa de exclusão da punibilidade (*lato sensu*), *maxime* enquanto *causa pessoal de levantamento da pena*, o

---

(121) Cf. *supra* I Parte, Cap. II, I, 3, § 9.

art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, rege-se pelos seguintes princípios norteadores <sup>(121)</sup>:

1. É de todo irrelevante o erro do agente sobre o mesmo;
2. Aproveita tão-somente a quem praticou a conduta privilegiadora, não se aplicando aos participantes, *maxime* ao instigador e cúmplice, os quais, em consequência, apenas beneficiam do efeito excludente legalmente consagrado no caso de também eles terem praticado os comportamentos tipificados ou, porventura, se tiverem determinado de forma decisiva o autor a retractar-se;
3. Em caso de dúvida razoável sobre a sua verificação, por atenção ao princípio *in dubio pro reo*, deve o agente ser isento de pena.

### 3. Elementos típicos da exclusão da punição (pressupostos).

§ 7 A figura em análise assenta em três elementos ou pressupostos de actuação, sem os quais o agente não pode ser isento de pena. O primeiro, de ordem subjectiva, traduz-se no *arrependimento* ou *compunção* do agente; o segundo, de índole objectiva, é constituído pela *acção do agente*; o terceiro, de natureza temporal, fixa o *termo da execução* desta mesma acção. Caracterizemos, detalhadamente, cada um deles.

#### a) Arrependimento (*elemento subjectivo*):

Já por diversas vezes tivemos o ensejo de caracterizar este elemento como a decisão ético-conscienciosa do agente de corrigir o «mal» primariamente cometido, decisão essa fundada numa atitude interior (pessoal e autónoma) de contrição. Supõe, deste modo, a consumação do crime, pelo que se mostra sempre necessário que o agente, em fase anterior, tenha praticado um facto ilícito-típico e culposo, o que significa que teve que realizar um dos tipos previstos nos arts. 24.º e 25.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Por outro lado, trata-se de um elemento endógeno, porquanto se exige que esta atitude de auto-correcção tenha causa ou motivação no próprio agente e não em terceiros, muito embora não se exija que os motivos que estão na base da sua decisão se revelem, sob ponto de vista ético-moral, dignos e idóneos, podendo, na verdade, consistirem em puras manifestações egoísticas ou temerosas do mesmo.

**b) Acção do agente (*elemento objectivo*):**

Concretiza-se com a retirada do mercado dos «géneros ou aditivos» afectados, acompanhada de um dos seguintes actos:

- a) denúncia junto das autoridades policiais, fiscais ou administrativas da existência de géneros/aditivos anormais, respectivas quantidades e local onde se encontram;
- b) prestação de informação junto do público, de modo inequívoco, da existência e estado dos bens afectados.

A lei indica as formas que esta comunicação deve revestir. São estas 1) a aposição de escrito elucidativo e visível sobre os bens afectados e a 2) colocação dos bens afectados em local destacado. Cremos, porém, que esta é apenas uma lista indicativa, pelo que quaisquer outros meios mediante os quais o agente dê a conhecer ao público da existência e estado (falsificado, corrupto ou avariado) dos bens, atento o escopo da norma — neutralização de danos —, devem ter-se por válidos e eficazes (publicitação em meios televisivos, difusão em jornais de referência, anúncios na rádio, etc.).

Todavia — e como última nota — cumpre dizer que se revela de todo desnecessário que o agente, além de se retractar, proceda à reparação ou compensação dos potenciais ofendidos, praticando «actos redentores», na medida em que a lei se basta com o *arrepentimento passivo* do mesmo.

**c) Termo da execução da acção (*elemento temporal*):**

A acção do agente deve ser espontânea, voluntária, autónoma

e eficaz, pelo que, temporalmente, estabelece-se que o acto

«retractador» terá que ser levado a cabo “[...] antes de qualquer

intervenção da autoridade ou denúncia do particular [...]” (sic).

### *III Parte*

## **O art.º 26 do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: sua reforma e futuro**

### **Cap. I — NOTAS FINAIS**

*I — O instituto da isenção de pena e o futuro do Direito Penal Económico Português: proposta de alteração a realizar de « iure condendo » no quadro de uma eventual revisão do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro como corolário das conclusões precedentes.*

#### **I.**

**§ 1.** Embora a categoria da isenção de pena tenha sido afastada do Código Penal com a reforma de 1995 (DL n.º 48/95, de 15 de Março), parece-nos que a extinção da mesma deste código não deverá, no futuro, ter como consequência o seu desaparecimento do universo dogmático-legislativo do Direito Penal Económico Português.

Com efeito, tudo visto, parece-nos que esta figura da isenção de pena, não obstante o carácter residual que a partir daquela reforma legislativa passou a ter, desempenha ainda um papel útil no contexto da doutrina geral da infracção anti-económica. Justifica-se sim, ao invés, em nossa óptica, a sua reforma e revisão, nomeadamente ao nível da redacção do texto legal. Neste ensejo, deixamos aqui uma proposta para um «reformado» artigo 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, a saber:

#### **Artigo 26.º — (Isenção de pena)**

*1. Se o agente, antes de qualquer intervenção da autoridade ou denúncia do particular, praticar actos demonstrativos de arrependimento sincero, retirando do mercado os bens afectados, ficará isento de pena.*

**2. São susceptíveis de revelar aquele arrependimento sincero:**

- a) A declaração às autoridades policiais, fiscais ou administrativas da existência dos bens afectados, respectivas quantidades e local em que se encontram.**
- b) A denúncia junto do público, mediante qualquer meio idóneo, visível e elucidativo, do estado falsificado, corrupto ou avariado dos mesmos.**

---

(\*) Advogado. Agradece-se a Pedro Maia e a Paulo Câmara a leitura deste artigo e as sugestões que em muito o melhoraram. Naturalmente, todas as opiniões e erros que o mesmo possa ter são da exclusiva responsabilidade do autor.

# CONTEÚDO E INCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS — um contributo —

*Pelo Dr. Clemente V. Galvão \**

## SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS. 2.1. Enquadramento e panorama da doutrina portuguesa. 2.2. Reflexão sobre o problema e posição adoptada. 2.3. Não desconsideração da personalidade jurídica. 2.4. Medida da garantia. 3. RELAÇÃO COM O ERRO E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. 4. COISA ONERADA OU COISA DEFEITUOSA? 5. CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS DO VENDEDOR. 5.1. Enquadramento. 5.2. Alguns exemplos práticos. 5.2.1. *Limites temporais das declarações e garantias (“survival period”)*. 5.2.2. *Cláusula de não garantia*. 5.2.3. *Contingências não previstas no contrato*. 6. CONCLUSÕES

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende desenvolver um pequeno estudo publicado na revista *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, dedicado ao

---

(<sup>1</sup>) CLEMENTE V. GALVÃO, *Declarações e Garantias em Compra e Venda de Empresas — Algumas Questões*, in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, Madrid, año 2005, n.º 12, págs 103 e sgs.

(<sup>2</sup>) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *A venda de participações sociais como venda de empresa*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3947, págs 76 e sgs e ENGRÁCIA ANTUNES, *A Empresa como Objecto de Negócios — “Asset Deals” Versus “Share Deals”*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, II/III, Setembro/Dezembro 2008, págs 715 e sgs.

Nota de actualização: este artigo foi escrito em Abril de 2009. Foram entretanto publicados alguns trabalhos. Destaca-se o artigo de PATRÍCIA AFONSO FONSECA, *A Negociação de Participações de Controlo. A Jurisprudência*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, págs 27-40.

tema das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de compra e venda de empresas <sup>(1)</sup>.

Passados quatro anos da sua publicação, a contínua reflexão sobre estes assuntos ao longo da minha vida profissional, bem como alguns estudos académicos entretanto publicados <sup>(2)</sup>, fizeram-me rever este tema de forma um pouco mais aprofundada.

Tendo em atenção a complexidade da matéria em causa, este trabalho tenta apenas contribuir com algumas sugestões para a construção de um tratamento jurídico coerente, à luz da ordem jurídica portuguesa, do conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais, bem como da chamada cláusula de declarações e garantias habitualmente constante deste tipo de contratos.

Com uma forte preocupação prática, tentar-se-á ainda demonstrar a importância do tema mediante a análise de algumas cláusulas em concreto.

## 2. O CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

### 2.1. Enquadramento e panorama da doutrina portuguesa

Estamos, portanto, no domínio do contrato de compra e venda regulado nos artigos 874.º e seguintes do Código Civil (“CC”). Note-se que o contrato de compra e venda de participações sociais de sociedades comerciais é um contrato objectivamente comercial, pelo que se têm que ter em conta a este respeito os artigos 463.º e sgs. do Código Comercial.

---

<sup>(3)</sup> Tal não quer dizer que por vezes a participação social não seja representada por uma coisa (i.e. o título nas acções tituladas), sendo no entanto em geral considerado que os artigos 905.º e 913.º se aplicam apenas a defeitos do próprio título e não à situação subjacente da sociedade relativa à participação social que representa. Refira-se em qualquer caso que a natureza jurídica da participação social é um tema bastante discutido. Ver sobre este ponto PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Almedina, 2005, págs. 368 e sgs., COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol II*, Almedina, 3ª Reimpressão da Edição de 2002, págs. 342 e sgs (sustentando a possibilidade de sobre a participação social incidirem direitos reais, inclusive o direito de propriedade) e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, I*, págs 497 e sgs.



A questão essencial prende-se em saber se o regime da compra e venda de coisas oneradas e defeituosas, previsto nos artigos 905.º e 913.º do CC, pode ser aplicado à compra e venda de participações sociais quando os problemas detectados dizem respeito, não à participação social em si, mas à situação subjacente da sociedade em causa, i.e. ao conjunto dos activos e passivos (direitos e obrigações) detidos pela pessoa colectiva cujo capital social é objecto da transacção.

A dificuldade teórica reside, por um lado, no facto de tal regime ter sido directamente concebido para a venda de coisas (ou, se quisermos ser mais rigorosos, para a venda do direito de propriedade sobre coisas), sendo discutível a medida em que as participações sociais podem ser consideradas como uma coisa para efeitos jurídicos <sup>(3)</sup>. Por outro lado, o facto de o objecto do contrato de compra e venda ser a própria participação social e não os activos e passivos da sociedade, significaria que a situação subjacente da sociedade não poderia ser considerada como qualidade da participação social para os efeitos em análise, ficando de fora do conteúdo do contrato.

Dir-se-ia, portanto, não ser possível a aplicação deste regime aos defeitos da situação subjacente da sociedade em causa, devendo a tutela do comprador das participações sociais, quando não expressamente acautelada no contrato, ser alcançada mediante outros institutos, nomeadamente o erro, a responsabilidade pré-contratual por violação de deveres de informação ou o enriquecimento sem causa.

Contudo, a possibilidade da aplicação das regras dos artigos 905.º e 913.º do CC é desde logo bastante apelativa, não só porque consistem em disposições legais do regime da compra

---

<sup>(4)</sup> Para uma perspectiva histórica deste ponto ver PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso, em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, 1994, págs 75 e sgs.

<sup>(5)</sup> Ver sobre este assunto, entre outros, os pareceres publicados na *Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, LEX, 1994, CALVÃO DA SILVA, *A Empresa como Objecto de Tráfego Jurídico*, in *Estudos de Direito Comercial, Pareceres*, Almedina, 1999, págs 169 e sgs; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *op. cit.*; J. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*; COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, págs. 396 e sgs. e bibliografia citada nas obras acima indicadas.

venda fortemente enraizadas na doutrina e jurisprudência, de tradição muitas vezes centenária, quando não milenar <sup>(4)</sup>, mas também pela constatação do facto óbvio de que quem adquire uma participação social o faz como um meio de atingir um fim: beneficiar, de alguma forma, do conjunto de direitos e deveres de que a sociedade em causa é titular e que formam na maior parte dos casos uma empresa, entendida como um conjunto organizado de factores produtivos.

Vários autores portugueses já admitiram expressamente a aplicação deste regime quando confrontados perante um vício, não das participações sociais em si, mas da empresa de que a sociedade é titular <sup>(5)</sup>.

Esta aplicação tem sido feita, no entanto, de forma prudente, procurando-se um critério definidor suficientemente forte para se conseguir ultrapassar a barreira teórica acima indicada.

O critério utilizado consiste, via de regra, na verificação de quando, pela transmissão das participações sociais, se visa transmitir a empresa detida pela sociedade. Só assim, quando a intenção do comprador das participações sociais for claramente adquirir o controlo da empresa para dela beneficiar, fica suficientemente justificada a analogia das situações para se aplicarem os referidos artigos aos vícios da própria empresa.

O raciocínio baseia-se, portanto, em dar um tratamento uniforme à compra e venda de empresas, quer quando a mesma é feita directamente, mediante um trespasse do estabelecimento, ou indirectamente, mediante a compra e venda das participações sociais.

Note-se que esta uniformidade não significa qualquer desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em causa. Como bem dizem A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto e J. Engrácia Antunes, nas obras citadas, a equiparação das duas situações alcança-se mediante a interpretação do contrato: se a intenção do comprador foi a de adquirir a direcção da empresa ou estabelecimento, então é de considerar que a intenção do comprador foi a de adquirir uma empresa (por via indirecta), com determinadas características, que

---

<sup>(6)</sup> Ver sobre este ponto, de entre outros, A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *ob. cit.* e J. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*

integram o contrato e conformam a obrigação de entrega pontual do vendedor, justificando assim a aplicação ao caso da garantia prevista nos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC. Trata-se, no fundo, de dar um tratamento igual ao que é, substancialmente, igual.

Para saber quando se estaria perante uma forma de aquisição de empresas, sem prejuízo de não haver uniformidade nos critérios utilizados, a generalidade dos autores atribui relevância significativa, se bem que em alguns casos não definitiva, à percentagem transmitida do capital social da sociedade titular da empresa: só quando se transmita a maioria do capital ou, pelo menos, uma percentagem que permita o controlo da sociedade, se pode falar em compra e venda de empresas e logo fazer aplicar os artigos 905.º e 913.º às qualidades da empresa detida pela sociedade.

A este critério podem juntar-se outros como, por exemplo, o fim destinado às participações sociais e o modo de formação do preço.

Contudo, refira-se de novo que não há, tanto em Portugal como no estrangeiro, unanimidade nos critérios e na medida da sua ponderação <sup>(6)</sup>.

Nos outros casos, não sendo possível sustentar que a aquisição da participação social representa a aquisição de uma empresa, por, por exemplo, se estar a adquirir apenas uma participação minoritária, não será possível recorrer ao referido regime, restando o recurso a outros institutos para a definição dos interesses em jogo (nomeadamente o erro e a responsabilidade pré-contratual, sobre os quais mais será dito adiante).

O regime da compra e venda de participações sociais ou melhor, do seu conteúdo e incumprimento, será assim diferente

---

(7) Sobre o conceito de interpretação do negócio jurídico ver, de entre outros, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 2000, págs. 535 e sgs..

(8) Note-se que não está em causa agora a compra e venda de participações em mercado regulamentado, na medida em que a padronização dos contratos e a falta de contacto entre comprador e vendedor não permitem este entendimento, sendo estas questões resolvidas de outra forma, nomeadamente através dos deveres de informação do emitente, e norteadas por outros princípios, como a estabilidade, credibilidade e segurança do mercado de valores mobiliários.

consoante o contrato se traduza numa aquisição da empresa subjacente à sociedade em causa ou não.

## 2.2. Reflexão sobre o problema e posição adoptada

Chegado aqui, cumpre desde logo realçar que discordo deste “estado de coisas” num ponto essencial.

Com efeito, se o caminho da interpretação do contrato (7) é de facto o instrumento correcto para sustentar a aplicação dos artigos 905.º e 913.º e sgs. à compra e venda de participações sociais enquanto compra e venda de empresas (e parece inegável que o é), considero que não se foi ainda longe o suficiente neste sentido e que, perante um obstáculo teórico de natureza essencialmente formal (i.e. a dificuldade da qualificação da participação social como uma coisa e a constatação de que objecto do contrato é a participação social e não os activos e passivos da sociedade), se está a tratar de forma diferente o que, no fundo, deverá ser tratado de forma igual, porque o é, na sua essência.

A pedra de toque da discórdia reside no facto de não considerar justificável a aplicação do regime dos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC apenas aos casos em que se adquire o controlo da empresa ou o estatuto de empresário, mas sim que tal aplicação, a ter lugar, deve ser a regra em qualquer compra e venda de participações sociais, independentemente da percentagem envolvida (8).

A razão é simples: como acima se disse, ninguém, por via de regra, compra uma participação social abstraindo da situação subjacente da sociedade em causa, mas como forma de aceder, de beneficiar, directa ou indirectamente, da situação da referida socie-

---

(9) ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, refere haver um critério diferente na formação do preço conforme se adquira o controlo da sociedade em que há habitualmente lugar ao pagamento de um valor mais alto — o chamado prémio de controlo, ou apenas uma participação minoritária. Não está em causa, obviamente, que muitas vezes a aquisição do controlo implica o pagamento de um valor extra. A questão reside em que a base de cálculo do preço é na maior parte dos casos igual nas duas situações (aquisição de participação maioritária ou minoritária) e está ligada à situação ou expectativas económicas da sociedade, sendo o prémio de controlo um “plus”.

dade ou, o que é dizer o mesmo, do conjunto de direitos e deveres detidos pela sociedade.

E isto é assim tanto quando se adquire uma posição, maioritária ou minoritária, numa sociedade que explora determinado estabelecimento comercial, como quando a sociedade não detém qualquer empresa. Pense-se na aquisição de uma sociedade “vazia”, em que o comprador pretende isso mesmo e a sociedade é assim vendida, enquanto tal. Porquê recusar, neste último caso, perante a existência inesperada e desconhecida de uma dívida na referida sociedade, que o comprador possa recorrer ao regime da garantia edilícia?

Sendo a sociedade comercial, enquanto pessoa colectiva, um instrumento técnico-jurídico para organizar actividades económicas, a aquisição de uma participação social reflecte sempre a intenção de adquirir, ou melhor, de participar em algo mais do que os direitos e deveres sociais inerentes à posição de sócio ao abrigo do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”): no contrato de compra e venda, a participação social objecto do contrato e o próprio contrato não fazem qualquer sentido separados da situação (económica, jurídica, etc.) subjacente da sociedade.

Isto é fácil de constatar em qualquer processo de aquisição de participações sociais, sejam elas da totalidade do capital social, maioritárias ou minoritárias, ou mesmo na aquisição de uma sociedade “vazia”.

As preocupações do comprador acerca da situação subjacente da sociedade são semelhantes, a sua relevância para a formação do preço também. O comprador de participações minoritárias realiza também, muitas vezes, um cuidadoso processo de *due diligence* <sup>(9)</sup>.

Isto quer dizer que, à luz dos usos perfeitamente estabelecidos do tráfego jurídico e de tudo o que é expectável entre as partes, interesses que estão subjacentes aos artigos 236.º e sgs. e 905.º e 913.º do CC, a declaração negocial do comprador ao adquirir uma participação social nunca fica limitada à mera participação social, isolada dos activos e passivos da titularidade da sociedade em causa, integrando-os sempre, em alguma medida.

Nem se diga que a aquisição de uma posição minoritária, por não reflectir a aquisição da posição de empresário, dirigindo-se meramente à realização de mais-valias ou à obtenção de dividendos, não merece a referida equiparação.

Então a forma básica de um sócio (único, maioritário ou minoritário) obter proveito económico de qualquer sociedade, ou empresa, não é através da distribuição de dividendos ou, optando-se pela venda, de mais-valias? Não são todas as operações de “*private equity*” realizadas com o intuito primário de obter “meramente” mais-valias numa venda posterior?

E porque deve o adquirente de uma posição assumidamente minoritária (e que a comprou para realizar uma mais-valia) ser tratado de forma diferente do adquirente de uma posição maioritária, quando as preocupações de ambos relativamente à realidade subjacente da sociedade foram iguais e o processo de venda incidiu exactamente sobre os mesmos temas?

E que regime será aplicável àquele que adquire apenas uma quota-parte de um estabelecimento comercial?

As incongruências e dificuldades são múltiplas.

A falha deste género de entendimento reside no facto de se considerar necessário equiparar a aquisição da participação social à aquisição do estabelecimento, por via da aquisição do controlo da sociedade, para se aplicar o regime da garantia edilícia à compra e venda de participações, quando o que desde logo justifica e define a aplicação de tal garantia à transmissão do estabelecimento *tout court* é não tanto estarmos perante uma coisa composta, mas o ser expectável para um comprador da totalidade ou de uma quota-parte do estabelecimento que este corresponda a certas expectativas e tenha as mesmas qualidades da categoria a que pertence. A redacção dos artigos 905.º e 913.º do CC é bastante elucidativa a este respeito.

Isto significa que o comprador, ao adquirir uma participação social, maioritária ou minoritária, conta que aquela sociedade tenha uma situação subjacente em consonância com o que é expectável no caso em apreço, traduzindo a sua declaração negocial, ine-

---

<sup>(10)</sup> *Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas*, estudo magistral publicado no BMJ n.º 215, págs. 5 e sgs. Veja-se sobre este ponto em particular (i.e., a designação do objecto incluir as qualidades da coisa), págs 15 e sgs.

vitavelmente, também uma representação e declaração de vontade sobre a referida realidade subjacente, não existindo à partida qualquer razão para o tratamento diferente destas situações.

Recorrendo aos brilhantes ensinamentos de J. Baptista Machado <sup>(10)</sup>, a designação da participação social efectuada pelas partes integra na realidade (e também de acordo com os usos e costumes do tráfico e, logo, de forma previsível para as mesmas), não só o feixe de direitos e deveres societários expectáveis ao abrigo do CSC, como também as qualidades económicas da categoria da sociedade em apreço. Assim, por via de regra, tais qualidades deverão ser consideradas como integrantes do próprio contrato de compra e venda, existindo em consequência um defeito ou vício, i.e. uma situação de desconformidade com o contrato, se a sociedade, incluindo a sua situação subjacente, não corresponder às características em causa.

Nem se diga aqui que, por se estar a tratar de uma transmissão de direitos e não de coisas, os princípios jurídicos são outros.

A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto (*op cit*) recorrem aqui ao exemplo da cessão de créditos e da cessão de hipoteca (ver artigos 587.º, n.º 2, e 727.º do CC), em que o cedente/vendedor não responde pelo estado dos bens a que se ligam esses direitos (o cedente do crédito não garante a solvência do devedor e o cedente da hipoteca não responde pelo valor ou pelo estado de conservação do objecto hipotecado), para retirar que tal regime é impeditivo de se aplicar a garantia do artigo 913.º e sgs à situação subjacente na “mera” compra e venda de participações sociais, uma vez que se está no âmbito da venda de direitos.

Sem prejuízo da lógica do raciocínio, parecem existir diversos argumentos relevantes que permitem ultrapassar esta aparente dificuldade.

Em primeiro lugar, e como realçam os referidos autores, a compra e venda é construída no CC em sentido amplo, abrangendo também a compra e venda de direitos. Eu acrescentaria: o CC trata *sempre* a compra e venda como uma compra e venda não de coisas,

---

<sup>(11)</sup> Quanto à qualificação dos artigos 905.º e 913.º do CC ver J. BAPTISTA MACHADO, *op cit.*, pags. 15 e sgs.

mas de direitos. Assim, quando eu “vendo uma coisa” em linguagem corrente, estou de facto, em sentido técnico-jurídico, a alienar um direito subjectivo sobre aquela coisa (o direito real de propriedade), da mesma forma que quando se transmite a hipoteca sem o crédito (artigo 727.º do CC), eu estou a transmitir um direito real de garantia sobre a coisa.

Em segundo lugar, as participações sociais não são meros direitos, mas antes um feixe complexo de direitos e deveres, representativos de um interesse numa pessoa colectiva (i.e. num centro autónomo de imputação de direitos e deveres, dotado de personalidade e capacidade jurídica), pelo que a aplicação do regime da simples cessão de créditos ao caso em concreto, para além de não caber directamente na letra da lei, não pode ser efectuada de forma automática.

Em terceiro lugar, no domínio dos actos comerciais onde, recorde-se, nos encontramos, existem exemplos de cessões de direitos em que se aplica a referida garantia de solvabilidade: pense-se no regime dos títulos de crédito, em que essa é a regra geral (ver artigo 15.º da LULL).

Mais importante, em quarto e último lugar, tanto no artigo 587.º, n.º 2, como nos artigos 905.º e 913.º do CC, estamos no domínio das chamadas normas de reconhecimento ou indirectas, que integram o conteúdo do negócio jurídico e atribuem determinados efeitos às declarações negociais das partes <sup>(1)</sup>. Daí desde logo o carácter supletivo do artigo 587.º, n.º 2, do CC, o que manifesta não estarmos perante um princípio injuntivo da nossa ordem jurídica mas antes no plano da interpretação da vontade das partes, i.e. no plano da interpretação do contrato.

Isto significa que o legislador, ao prever tais normas, considerou que a solução mais adequada ao tipo de negócio em causa (cessão de créditos e compra e venda de “coisas”) de acordo com os usos e a prática vigentes, que reflectem também princípios de boa fé, segurança jurídica e autonomia privada, foi a de que, *salvo disposição contratual em sentido contrário*, não é expectável ao cessionário contar com uma garantia de solvabilidade, enquanto na compra e venda de coisas justifica-se à partida uma garantia sobre as qualidades do bem objecto do direito.



Torna-se mais fácil explicar a relevância e o porquê desta distinção comparando a alienação de direitos diferentes sobre a mesma coisa.

A este respeito, note-se que na transmissão da hipoteca e na venda do direito de propriedade podemos estar a falar da transmissão de um direito real sobre a mesma coisa.

O que pode então justificar a eventual diferença de tratamento, sustentada por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto? A meu ver, apenas o facto de o conteúdo de ambos os direitos ser diferente, não tendo em regra o credor hipotecário o grau de domínio sobre a coisa equivalente ao do proprietário, e não lhe sendo assim exigível (nem portanto expectável pelo adquirente), salvo disposição contratual em sentido contrário (cuja existência deverá ser provada pelo adquirente), uma garantia do *mesmo nível* da conferida pelo proprietário/vendedor sobre as qualidades intrínsecas da coisa objecto do direito.

Resumindo, estamos no âmbito da aplicação de normas de reconhecimento ou indirectas e perante uma situação, a compra e venda de participações sociais, que não se enquadra directamente no âmbito da letra nem do artigo 587.º, nem, possivelmente, dos artigos 905.º e 913.º do CC. Cumpre assim determinar qual das duas normas, à luz do seu espírito, melhor reflecte e se aplica à realidade e traduz de forma mais correcta a vontade expectável das partes.

Tendo em atenção o que acima ficou dito, não custa concluir que, a aplicar-se algum dos regimes, será seguramente o que permita ao comprador da participação social, independentemente da percentagem ou da vontade de adquirir a empresa, contar com uma garantia sobre determinadas características da situação subjacente da sociedade que, recorde-se, pode até estar “vazia”. Negar esta conclusão é negar o que sucede na realidade.

### **2.3. Não desconsideração da personalidade jurídica**

---

(12) As excepções a este princípio encontram-se expressamente previstas na lei. É o caso, nomeadamente, da transmissão do direito ao arrendamento e dos contratos de trabalho.

Reforça-se o entendimento de que este raciocínio em nada afecta ou ataca a personalidade jurídica da sociedade em causa. Estamos apenas no domínio da interpretação do contrato de compra e venda, não havendo qualquer desconsideração da personalidade jurídica.

A este título, *en passant*, refira-se que o regime jurídico aplicável à transmissão da participação, quer esta se traduza ou não numa transmissão do controlo da empresa, será sempre o previsto no CSC e no Código dos Valores Mobiliários, sendo tecnicamente errado equiparar, no plano dos requisitos e forma de transmissão, a compra e venda de participações sociais ao trespasse de estabelecimento.

De entre muitas outras razões, refira-se apenas o facto de que no trespasse existe uma mudança do titular dos activos, havendo assim um forte interesse na tutela das contrapartes da empresa que vai mudar de titular, enquanto que na venda de participações o titular da empresa (a sociedade) mantém-se. Este interesse encontra-se além do mais expressamente protegido por lei (artigo 424.º do CC), que exige o consentimento da contraparte para a cessão de posição contratual ser eficaz face à mesma <sup>(12)</sup>.

Não se recusa que a identidade dos sócios da sociedade possa ser relevante para o terceiro que contratou com a mesma. Afirma-se apenas que, face aos interesses em jogo (por um lado o instituto da personalidade jurídica das pessoas colectivas, com toda a sua relevância fundamental para a dinâmica da vida comercial e, pelo outro, os interesses do terceiro que contratou com a sociedade), em regra não poderá o terceiro, na ausência de uma disposição contratual ou legal expressa, retirar consequências da mudança dos sócios da sociedade sua contraparte.

## **2.4. Medida da garantia**

Uma vez chegado à conclusão de que o contrato de compra e venda de participações sociais integra sempre, por via de regra, as qualidades da situação subjacente da sociedade em causa, não basta ficar por aqui. Tem de se perguntar e analisar qual a medida

da garantia sobre a situação subjacente da sociedade que o comprador pode legitimamente esperar.

Em primeiro lugar pode sustentar-se que a garantia deverá abranger as características gerais de sociedades da mesma categoria. Por exemplo, se a sociedade explora uma loja, ou um conjunto de lojas, deverá entender-se que, em princípio e salvo informação contrária que esteja disponível ao comprador, a sociedade tem as condições jurídicas para a sua exploração; se realiza uma actividade sujeita a autorização administrativa, que estará munida da referida autorização, etc..

Em segundo lugar, pode também considerar-se que a garantia integra um elemento negativo: a inexistência de contingências extraordinárias ou anormais, que possam afectar de forma significativa a sua actividade. Estaria neste caso a situação da existência de dívidas relevantes não constantes das contas da sociedade disponibilizadas ao comprador.

Já não parece possível, salvo disposição contratual expressa, a garantia de resultados ou rentabilidade futuros, na medida em que tal garantia não é compatível com a natureza das coisas, nomeadamente com a realidade dinâmica da sociedade e com a transferência do risco do negócio para o comprador operada pela compra e venda. Isto não quer dizer, contudo, que a garantia não abranja a situação da sociedade à data do contrato que possa ter sido usada pelo comprador para fazer as suas estimativas, por exemplo, a existência de um determinado contrato essencial para a sociedade, cuja denúncia pela contraparte não foi informada ao comprador, a existência de dívidas ocultas, resultados não conformes à realidade, etc..

Refira-se aqui que se concorda com a posição de A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto e de Engrácia Antunes (*op. cit.*) quando sustentam que a relevância dos vícios (i.e. situações de desconformidade com a garantia) não deve ser feita individualmente, activo a activo, de forma isolada entre si, mas sim aferida à situação subjacente da sociedade no seu todo, e ao potencial de afectar a capacidade funcional do todo.

---

(13) Tal como o que justifica dizer-se que o credor hipotecário não garante a qualidade ou estado do imóvel é o facto de o conteúdo do seu direito não lhe conferir o mesmo

Complementa-se apenas o seu raciocínio no sentido de que, quando não haja uma empresa dentro da sociedade (por exemplo, uma sociedade “vazia”), o vício existe quando a realidade projectada pelas partes se veja afectada de forma relevante (por exemplo, a existência de uma dívida na sociedade que se queria “vazia”).

Adicionalmente, nos casos relativamente comuns de a sociedade ter apenas um activo (por exemplo, um imóvel), a relevância do activo no contexto da sociedade e, logo, no negócio, leva a que se centre mais o conteúdo da garantia e relevância dos vícios no activo em causa.

Note-se em qualquer caso que será sempre necessário analisar o conteúdo da garantia dentro do contexto negocial e tendo em atenção o processo negocial e a informação trocada entre as partes.

Mas, pergunta-se, não será incongruente conferir a garantia sobre a situação subjacente ao adquirente da totalidade ou maioria do capital social da sociedade e ao adquirente de uma participação minoritária? Não se estará aqui a tratar, afinal de contas, de forma igual uma situação diferente, que não merece a mesma tutela jurídica?

A meu ver, qualquer distinção será sempre não quanto à existência ou não da garantia, mas ao *nível* da garantia que é dada. Mais, a haver alguma distinção teórica de base que leve *a priori* a uma diferença relevante de tratamento (i.e. que não provenha do contexto do processo negocial concreto e da informação efectivamente trocada entre as partes), ela não reside tanto no que se vende mas na posição ocupada pelo vendedor na sociedade.

---

nível de domínio sobre o imóvel, de não ser necessariamente inerente e exigível ao credor hipotecário (e logo expectável pelo adquirente) o mesmo conhecimento (ou a possibilidade de conhecimento) sobre o imóvel que tem o seu proprietário. Note-se que não se recusa que a percentagem efectivamente vendida possa ter relevo para aferir a medida da garantia, o que será um ponto a verificar perante o caso concreto.

(14) Será também interessante explorar o que sucede nos casos em que o vendedor (ainda que maioritário) desconhecia de boa fé determinadas contingências da sociedade, as quais foram ocultadas pela administração da mesma. No que diz respeito à responsabilidade do vendedor, estará aqui em causa a relevância da sua culpa como fundamento dos direitos do comprador. Pode-se questionar também se os gerentes/administradores que falsearam as contas em violação dos seus deveres podem ser responsáveis perante o comprador pelos prejuízos sofridos por este (por exemplo, aquisição a um preço superior ao valor efectivo da sociedade). Esta última questão não é fácil e estará relacionada, de entre outros institutos, com o nexo causal existente entre a violação dos deveres e o prejuízo sofrido.

Quer dizer, o critério determinante para definir a medida da garantia a que o vendedor está obrigado provém não tanto da percentagem que se vende mas do facto de o vendedor ter, ele próprio, uma posição dominante na sociedade e/ou, por essa via ou devido a outras razões (como por exemplo o facto de ser gerente ou administrador) um conhecimento aprofundado da mesma <sup>(13)</sup>.

Com efeito, se bem que qualquer comprador de uma participação social, maioritária ou minoritária, espera uma determinada garantia sobre a situação subjacente, é evidente que o nível da garantia ou, por outras palavras, a tutela da confiança do comprador, é tanto maior para o vendedor, no sentido de mais detalhado ou exigente, quanto mais determinante for a sua situação na sociedade.

Ou seja, quem compre uma participação de 10% de determinada sociedade a um vendedor que não domina a sociedade (tendo, por hipótese, apenas essa participação), não pode em regra esperar o mesmo nível de garantia sobre a situação subjacente da empresa do que quem comprou uma participação de igual percentagem, mas ao sócio que domina a sociedade.

Note-se que isto não quer dizer que o comprador de uma posição minoritária a um vendedor minoritário não se possa valer, por exemplo, dos artigos 913.º e seguintes, mas que, por força da aplicação do próprio artigo e restantes normas do regime, o seu nível de protecção será compreensivelmente inferior. Veja-se por exemplo os artigos 914.º e 915.º do CC, que excluem a responsabilidade do vendedor quando este desconhecia o defeito sem culpa <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Sobre este ponto ver, por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *op cit.* Note-se que a relação dos artigos 905.º e 913.º e sgs. do CC com o regime do erro, em particular do erro vício, e o regime da responsabilidade pré-contratual é um dos problemas mais interessantes e complexos do nosso direito civil. Atenta a dificuldade dos temas em causa e a natureza do presente artigo, não cabe aqui mais do que avançar com alguns princípios de solução.

<sup>(16)</sup> Adopta-se aqui a noção de erro e desconformidade sustentada por J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.* Ver também sobre este ponto CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, 1999, pags. 181 e sgs e *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 4.ª Edição, Almedina, 2006, págs 50 e sgs. Para um apanhado geral do regime do erro, com extensas referências bibliográficas e jurisprudenciais, ver MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, págs. 598 e sgs..

### 3. RELAÇÃO COM O ERRO E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Os autores que negam a possibilidade de aplicação do regime da compra e venda de coisa onerada ou defeituosa à compra e venda de participações sociais, bem como os que defendem a sua aplicação apenas às situações em que se compra a empresa por via indirecta, enfrentam o problema de saber que regime aplicar ao comprador das participações sociais que legitimamente esperou que a situação subjacente da sociedade correspondesse a uma certa realidade que depois não se verificou.

O recurso habitual dos autores é o de sustentar a aplicação do regime do erro (artigos 247.º e sgs do CC) e da responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º do CC) <sup>(15)</sup>.

No que diz respeito ao regime do erro, diga-se apenas, a título muito geral, que na maior parte das situações de desconformidade da situação da sociedade (tal como projectada pelas partes) com a realidade, não estaremos propriamente numa situação de erro em sentido técnico mas sim perante um caso de desconformidade entre

---

<sup>(17)</sup> Note-se ainda a este respeito que o campo de aplicação do regime do erro será tanto mais limitado quanto mais completo for o contrato, na medida em que se o conteúdo do contrato for claro, a verificação de uma desconformidade da realidade com o contrato será naturalmente tratada como uma situação de incumprimento. Já quando o contrato for omissivo relativamente à situação subjacente da sociedade, será mais difícil fazer a distinção entre o acordo negocial (i.e. o conteúdo do contrato acordado entre as partes, tendo em atenção a interpretação da sua declaração negocial, com recurso aos artigos 236.º e sgs e 905.º e 913.º do CC) e o erro. Este ponto reforça desde logo a importância das cláusulas de declarações e garantias, tratadas em 5. infra.

<sup>(18)</sup> Ver a este respeito A. VARELA e PIRES DE LIMA *CC Anotado, Tomo I*, 4.ª Edição, 1987, Coimbra Editora, pags 215 e 216 e bibliografia aí citada. Para uma perspectiva geral deste instituto ver MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, págs. 392 e sgs.. Ver ainda para uma perspectiva da violação de deveres de informação ao abrigo do instituto da culpa *in contrahendo*, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, 2003.

<sup>(19)</sup> Refira-se que a pouca jurisprudência que se encontrou sobre situações patológicas da compra e venda de participações sociais gira à volta da aplicação do artigo 227.º do CC. Veja-se a este título o acórdão do STJ de 4 de Abril de 2006, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 2006, Tomo I, págs. 29 e sgs. e o acórdão da Relação de Lisboa, de 19 de Outubro de 2006, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 2006, Tomo IV, págs. 85 e sgs. Este enquadramento jurídico parece ter sido da iniciativa dos próprios autores das acções, no âmbito da sua actuação no processo. O acórdão da Relação é bastante

o contrato e a realidade. I.e. a vontade das partes foi correctamente formada e expressa, verificando-se a desconformidade na fase de execução do contrato, sendo portanto uma questão relacionada com o incumprimento — em sentido amplo — do contrato <sup>(16)</sup>.

Por outro lado, a natureza do regime do erro, que pressupõe a formação deficiente da vontade das partes e tem, como tal, requisitos e prazos próprios de anulação, não parece muito consentânea com a situação em causa, em que existe um contrato validamente celebrado.

Para além deste ponto, outro sobressai: não parece razoável aplicarmos regimes diferentes (artigo 247.º e sgs. ou artigos 905.º e 913.º e sgs do CC), que podem conduzir a soluções diferentes (mais ou menos vantajosas para um dos lados, tanto faz), conforme estivermos perante uma “mera” compra e venda de participações ou perante uma compra e venda de empresa através da referida aquisição de participações, quando os contratos são em tudo equivalentes, quer no plano da formação e perfeição da vontade das partes, quer quanto à relevância para as partes das características da situação subjacente da sociedade, inerente à e pressuposta pela participação social em causa.

Refira-se apenas que nada obstará (nem pode obstar) à aplicação do regime do erro previsto nos artigos 247.º e sgs do CC a todas as situações em que se verificar um verdadeiro erro em sentido técnico e não uma situação de desconformidade entre o con-

---

curioso, pois se bem que se centra nos requisitos da responsabilidade pré-contratual, utiliza também raciocínios típicos do regime dos artigos 905.º e 913.º do CC. Em qualquer caso, ambos os acórdãos admitem expressamente a possibilidade de aplicação do artigo 227.º a situações de contratos de compra e venda de participações sociais validamente celebrados. Esta não é, como se verá, a solução que se preconiza, onde tal aplicação só parece ser sustentável a título de recurso (e não como regra), pelas razões adiante explicadas. Crê-se que esta tendência da jurisprudência deve-se ao facto de o regime do incumprimento da compra e venda de participações sociais não estar ainda suficientemente definido na nossa ordem jurídica, ao contrário do regime da culpa *in contrahendo*, sobre o qual incidem já numerosos estudos e decisões. Nota de actualização: vide a lista de jurisprudência citada por PATRÍCIA AFONSO FONSECA, *op. cit.*

<sup>(20)</sup> Ver sobre este ponto e sobre o impacto dos princípios do direito comercial na compra e venda, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, Volume I, 2007, Coimbra Editora, págs 44 e sgs., 152 e sgs. e 364 e sgs.

trato (isto é, do objecto do contrato, tal como representado pelas partes) e a realidade (17).

No que diz respeito à aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º do CC), o facto de o contrato estar já formado não é suficiente para afastar, sem mais, a aplicação deste artigo à situação em apreço, sem prejuízo de a sua função principal ser, sem dúvida, a de acautelar situações em que o contrato não chega a ser validamente concluído (18) (19).

Apesar de não ser aqui o sítio apropriado para desenvolver este ponto em pormenor, bem como a questão central de saber como se relacionam o regime dos artigos 905.º e 913.º e sgs. com o artigo 227.º do CC, considera-se pertinente tecer algumas considerações de índole geral.

Em primeiro lugar, e à semelhança do acima referido quanto à aplicação do regime do erro, a posição tomada acerca da natureza do conteúdo do contrato de compra e venda de participações sociais (i.e. a de que o mesmo integra necessariamente uma representação/declaração negocial sobre a situação subjacente da sociedade) obriga à adopção de um tratamento unitário para as duas situações (venda de participações como venda de empresa e “mera” venda de participações), sob pena de estarmos a tratar de forma diferente situações substancialmente idênticas.

Em segundo lugar, considera-se que a aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual a contratos correcta e validamente formados deve ser precedida dos maiores cuidados. Com efeito, uma vez celebrado o contrato, os interesses em jogo (tutela da confiança, autonomia privada, segurança jurídica, de entre outros) alteram-se ou, melhor, o seu equilíbrio altera-se substancialmente, surgindo na ordem jurídica, de forma muito clara, um princípio de estabilidade do contrato.

Este princípio é especialmente significativo na compra e venda, tanto civil como comercial, onde há uma forte tendência para se manter o *status quo* contratual e tornar certa e definitiva a transmissão do direito (20). Veja-se, por exemplo, a este respeito os prazos de caducidade para o exercício dos direitos do comprador, curtos e contados a partir da entrega da coisa e não do conhecimento dos factos (artigos 916.º do CC e 471.º do Código Comercial), a regulação algo restritiva da venda a retro (artigos 927.º e



sgs do CC) e, havendo transmissão da propriedade e tradição, a impossibilidade de resolução do contrato em caso de não pagamento do preço (obrigação principal do comprador!), salvo disposição expressa em sentido contrário (artigo 886.º do CC).

No que diz respeito, em particular, à posição do comprador, existe assim claramente um ónus ou dever de cuidado da sua parte em investigar e verificar a coisa objecto da compra e venda, tanto durante a fase preparatória e negociações, como uma vez concluído o contrato. Este ónus traduz-se, na fase preparatória ou negocial, no dever de procurar obter informações sobre o objecto da compra (dever acrescido no caso de compradores profissionais) e, uma vez concluído o contrato, no dever de proceder às verificações sobre o objecto da compra e venda (i.e. confirmar que corresponde ao contrato), em tempo útil sob pena da caducidade dos seus direitos.

Quer tudo isto dizer que a aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual ao contrato de compra e venda validamente celebrado e, em particular, a aplicação do prazo de caducidade longo previsto no artigo 482.º do CC *ex vi* artigo 227.º n. 2 do CC, introduz um factor de perturbação na ordem jurídica que não se coaduna muito bem com o peso dado pela mesma aos valores em jogo no contrato de compra e venda (quer a compra e venda civil quer, em especial, a comercial).

Isto tanto é assim que o próprio regime dos artigos 905.º e sgs e 913.º e sgs do CC, ao definir os direitos e deveres recíprocos das partes, faz já apelo ao conceito de boa fé, tanto subjectiva como ética, do vendedor e comprador e o conceito jurídico de vício ou defeito (ou, o que é o mesmo, da garantia que o comprador pode legitimamente esperar do vendedor), é modelado também pelos deveres de informação das partes na fase pré-contratual, pela informação concretamente transmitida e no que é expectável ao comprador esperar da coisa objecto do negócio. Com efeito, uma vez formado o contrato, todos estes pontos integram em regra o seu

---

(21) Embora a lei não pareça atribuir aqui relevância às situações de desconformidade resultantes de uma actuação negligente do vendedor.

(22) Sobre estes pontos, embora em sentido diverso do aqui defendido, ver ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *op cit.*.

conteúdo ou, o que é o mesmo, são um elemento fundamental para a interpretação da vontade das partes.

Quer dizer, quando o vendedor entrega o balanço da sociedade ao comprador de uma participação (maioritária ou minoritária) antes da celebração do contrato, nada apontando ou excepcionando ao mesmo, uma vez formado o contrato e salvo disposição contratual em contrário, tem que se entender que aquela informação passa a integrar de alguma forma o próprio contrato e que o vendedor deve responder, no caso de existir alguma desconformidade relevante, nos termos dos artigos 905.º e/ou 913.º e sgs do CC.

Daí também a conclusão, admitida na doutrina, de que não há direito a impugnação do contrato ou mesmo a indemnização ao abrigo dos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC no caso de o comprador ter tido conhecimento do defeito antes da conclusão da compra (não se podendo aqui propriamente falar numa situação de desconformidade ou de defeito), bem como a inexistência do direito a indemnização quando o vendedor desconhecia, sem culpa, o “vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece” (artigo 914.º *ex vi* do artigo 915.º do CC). Daí também os prazos curtos de caducidade não se aplicarem em situações de dolo do vendedor (artigo 916.º, n.º 1, do CC) <sup>(21)</sup>.

Parece assim que o direito ao distrato do contrato de compra e venda de participações sociais com recurso ao instituto da responsabilidade pré-contratual, sustentado por alguns autores, não será em regra de admitir, sendo a questão resolvida antes ao abrigo do regime especial de incumprimento previsto nos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC.

Parece também que um eventual direito de indemnização com recurso a este instituto deverá ser considerado apenas em situações de último recurso, de injustiça intolerável, não resolvidas pelo referido regime da compra e venda de coisa onerada ou defeituosa, o que não será o caso quando, no âmbito dos normais riscos do negócio e da atribuição dos direitos e deveres das partes resultantes da lei e do contrato, uma das partes tenha sido prejudicada. Estaremos, portanto, próximos dos requisitos do abuso de direito <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Sobre esta distinção ver, por todos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, pags. 215 e sgs.

Concluindo, a busca de uma solução unitária para o contrato de compra e venda de participações sociais, desejável porque, na realidade, nunca é demais repetir, a declaração de vontade do comprador e os respectivos deveres do vendedor englobam, via de regra, em maior ou menor medida, a situação subjacente da sociedade em causa, independentemente da percentagem da sociedade envolvida e de a mesma integrar ou não uma empresa, faz com que a aplicação dos artigos 905.º e sgs e 913.º e sgs do CC a estes contratos pareça a melhor solução, evitando-se dispersar o tratamento desta situação por institutos distintos consoante se transmita a empresa ou não.

Por outro lado, a medida ou nível da garantia do comprador variará, em regra, tendo em conta mais o conhecimento e o poder de intervenção do vendedor nos destinos da sociedade em causa do que a percentagem da sociedade que é transmitida.

Este tratamento unitário não prejudica a aplicação dos artigos 247.º e sgs do CC quando efectivamente se verificarem os seus pressupostos (o erro em sentido técnico), embora aconselhe a não aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual nas situações em que o contrato foi validamente formado, salvo casos verdadeiramente excepcionais.

#### 4. COISA ONERADA OU COISA DEFEITUOSA?

O CC define e regula de forma diversa a venda de coisa onerada (artigo 905.º) e a venda de coisa defeituosa (artigo 913.º) <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> O facto de o CC caracterizar este direito como de anulação resulta da forma híbrida como regulou este instituto, algures entre o erro e o incumprimento (ver, por todos, J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, págs. 12 e sgs. e CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil (...)*, págs. 217 e sgs. e *Compra e Venda (...)*, págs. 50 e sgs.). Sustentando um fundamento contratual ao abrigo dos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC, para a existência deste direito, ver J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.* e CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil (...)*, págs. 217 e sgs. e *Compra e Venda (...)*, págs. 50 e sgs.. Equiparando este direito de anulação a uma verdadeira resolução por incumprimento, ver PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, págs. 294 e sgs. Também neste sentido, embora não desenvolvendo o assunto, ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, pág. 778.

Muito brevemente, pode-se dizer que é considerada coisa onerada aquela sobre a qual incidem ónus ou limitações desconhecidos do comprador, que excedam os limites normais do tipo de direito que o comprador adquiriu.

Estamos assim em regra perante problemas resultantes geralmente da existência de direitos de terceiros sobre a coisa. A doutrina e jurisprudência dão como exemplos típicos destes ónus ou limitações, as hipotecas, penhores e outros direitos reais de garantia ou direitos reais menores incidentes sobre a coisa.

Por outro lado, considera-se coisa defeituosa aquela que sofre de vícios que a desvalorizem ou impedem a realização do fim a que se destina, bem como aquela que não tem as qualidades asseguradas pelo vendedor ou as qualidades necessárias para a realização do fim do contrato.

Note-se que esta distinção tem uma enorme relevância prática, uma vez que, apesar de os direitos concedidos ao comprador numa e outra situação serem em regra semelhantes (anulação<sup>(24)</sup>, sanção, redução do preço e indemnização), existem algumas diferenças substanciais nos regimes aplicáveis, desde logo a atribuição, na venda de coisa onerada, do direito de indemnização ao comprador no caso de erro não causado culposamente pelo vendedor (artigo 909.º do CC), o qual se encontra excluído na venda de coisa defeituosa (artigo 915.º do CC).

Destas diferenças destaca-se ainda o prazo para o exercício dos direitos do comprador: na venda de coisas oneradas tem-se entendido, por força da remissão para os requisitos da anulabilidade constante do artigo 905.º do CC, que este prazo é de um ano a contar da data em que o comprador teve conhecimento do ónus/limitação, enquanto que, no caso de coisas defeituosas, os direitos do comprador caducam se este não denunciar o defeito dentro de 30 dias após ter tomado conhecimento do mesmo e, em qualquer caso, seis meses após a entrega da coisa. A realização de denúncia dentro de qualquer destes prazos concede uma extensão

---

(25) Cfr. CALVÃO DA SILVA, *A empresa (...)* e bibliografia aí citada. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *op. cit.*, não tomam uma posição expressa sobre esta questão, deixando-a em aberto.

de seis meses a contar da data da denúncia, para a proposição da respectiva acção judicial.

Numa rápida crítica ao regime legal vigente, saliente-se que é difícil de encontrar, hoje em dia, uma justificação premente para uma tão grande diferença de tratamento.

Qual dos dois regimes deve ser aplicado à compra e venda de participações sociais quando estejamos perante vícios da situação subjacente da sociedade?

O assunto é passível de diversas soluções, impossíveis de tratar em profundidade neste artigo.

Dir-se-á apenas que alguns autores que trataram expressamente o assunto parecem admitir a aplicação dos dois regimes a uma situação de compra e venda de empresa. A opção por um ou por outro varia consoante se estiver, em cada caso, perante um vício de direito consubstanciado normalmente numa pretensão de terceiro sobre a empresa, ou perante um defeito incidente sobre a empresa e os bens que a formam <sup>(25)</sup>.

Exemplificando: uma situação típica de passivo oculto, em que uma dívida a terceiro não surge no balanço entregue ao comprador, seria considerada como um ónus ou limitação. Já uma situação de incorrecção do balanço devido a uma sobrevalorização de activos efectuada em desrespeito de normas contabilísticas, poderia ser considerada como um defeito.

Não está em dúvida que esta posição tem argumentos a seu favor (desde logo o de procurar evitar contradições com o entendimento tradicional destes conceitos, quando aplicáveis à venda de coisas consideradas individualmente). Contudo, esta solução levanta diversas perplexidades na situação em análise.

---

<sup>(26)</sup> Não se irá aqui discutir a questão (interessante), de saber se caso a sociedade tiver um imóvel, que prazo será aplicável à verificação de vícios no mesmo (o prazo do 916.º n.º 1 do CC ou do n.º 3 do mesmo artigo).

<sup>(27)</sup> Ver por todos A. VARELA e PIRES DE LIMA, *CC Anotado, Vol II*, Almedina, 1986, págs. 217 e 218.

<sup>(28)</sup> Refira-se que este ónus será consideravelmente menos forte no caso da aquisição de uma posição minoritária, o que poderá ter implicações relevantes no caso da impossibilidade do conhecimento do defeito e sua relevância, como se verá a seguir.

Assim, tanto num caso como no outro estamos sempre perante situações de desconformidade entre a situação subjacente da sociedade e aquela que foi projectada e integrada no conteúdo do contrato pelas partes, sendo difícil encontrar uma razão de fundo para justificar uma tão grande diferença de tratamento.

Por outro lado, o prazo aplicável à venda de coisas oneradas está desajustado da realidade vivida habitualmente neste tipo de negócios em que, por razões de segurança e certeza, não parece razoável que o exercício dos direitos do comprador possa ter lugar, por exemplo, 5, 10 ou mais anos após a conclusão do contrato, caso só então tenha tomado conhecimento da desconformidade.

Quanto ao prazo dos chamados vícios de facto, discorda-se neste ponto da posição tomada por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto (*op. cit*) quando sustentam que o prazo de seis meses a contar da data da entrega é, por natureza, demasiado curto e inadequado para a venda de uma realidade complexa como a empresa <sup>(26)</sup>.

Não está em causa que o prazo é curto (refira-se que a prática negocial anda entre 1 e 3 anos a contar da data da conclusão da compra e venda, para a generalidade dos defeitos). Entende-se em qualquer caso que a razão de tal disposição é propositada e os valores em causa são claros: tornar o contrato definitivo e não passível de revisão o mais rapidamente possível, por razões de segurança jurídica e celeridade da vida comercial <sup>(27)</sup>.

Diga-se também que existem coisas mais complexas do que muitas empresas — pense-se em pequenas empresas, que constituem a maioria do nosso tecido empresarial, e nas sociedades “vazias” ou com muito pouca actividade.

Este prazo traduz-se, portanto, num verdadeiro ónus ou dever de diligência do comprador em verificar a conformidade do objecto negocial com o contrato, num período de tempo relativamente curto após a sua conclusão (veja-se ainda, nesta linha, o artigo 471.º do Código Comercial). Esta verificação sucede aliás muitas vezes na prática, sendo habitual que o comprador de uma sociedade, ainda que possa já ter realizado uma *due diligence* prévia, dedique os primeiros meses após a compra, para além de gerir a sociedade, a realizar uma *due diligence* confirmatória <sup>(28)</sup>.

É assim comum que, a existirem problemas, os mesmos sejam detectados por um comprador diligente nos primeiros meses seguintes à conclusão do contrato.

Note-se também que, em qualquer caso, este prazo não se aplica a situações de dolo do vendedor. Já quanto a situações de negligência, levanta-se a questão, na medida em que a lei não incluiu a negligência como forma de exclusão da aplicação dos prazos de caducidade do artigo 916.º do CC.

No limite, poderá sempre tentar-se recorrer à doutrina da impossibilidade do conhecimento do vício, bem conhecida da doutrina e jurisprudência, nomeadamente no âmbito do artigo 471.º do Código Comercial, para corrigir algumas situações que possam traduzir violações graves do princípio da boa fé.

Assim, quando sem culpa do comprador e, em princípio, existindo culpa do vendedor, tenha sido manifestamente impossível ao comprador tomar conhecimento do defeito dentro do prazo legal (a complexidade da empresa subjacente à sociedade poderá ser um critério relevante a este respeito), e tal facto tenha consequências importantes na economia do negócio, seria possível sustentar a não caducidade dos direitos do comprador ao fim do prazo de seis meses. No caso de aquisição de participações minoritárias seria em princípio mais fácil demonstrar a referida impossibilidade.

Ressalva-se apenas que se considera que o prazo é de facto curto (mais curto do que, talvez, seria desejável). Mas entre o prazo excessivamente longo da anulabilidade e o prazo curto do artigo 916.º do CC, este último parece talvez mais consentâneo com os interesses em jogo no contrato de compra e venda, não havendo em qualquer caso uma razão de fundo premente para afastar, à partida e sem mais, a sua aplicação.

Em conclusão, as dificuldades dogmáticas da qualificação de vícios da situação subjacente da sociedade como vícios de direito ou vícios de facto aliada ao regime radicalmente diferente da sua denúncia (sem justificação aparente nos dias de hoje), parecem convidar à procura de um tratamento unitário para o assunto, talvez

---

(29) Para uma descrição e classificação destas garantias, com abundantes referências bibliográficas, ver ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*

aproximado ao regime da venda de coisas defeituosas, no seguimento também do raciocínio, acima referido, de que a existência e relevância dos vícios deve ser aferida quanto à empresa (ou melhor, à situação subjacente da sociedade em causa), no seu todo. Seria assim considerado que a caducidade resultante da não tomada de conhecimento e de falta de denúncia dos vícios pelo comprador dentro do prazo de seis meses constitui um risco inerente à sua posição, pelas razões e com as ressalvas acima indicadas, risco esse que pode, no entanto, ser protegido contratualmente, como se verá em 5. infra.

Realça-se, contudo, que existem fortes argumentos para defender outros entendimentos (por exemplo, a classificação de cada vício caso a caso, realizada à luz dos conceitos previstos nos artigos 905.º e 913.º do CC). Tendo em atenção todos estes factos e a ausência de jurisprudência relevante sobre o tema, esta questão encontra-se claramente em aberto, pelo que não parece possível tomar-se uma posição definitiva sobre este assunto.

Por tudo o que ficou acima dito, poderá ser aconselhável que o contrato preveja expressamente prazos de caducidade, conforme se verá no capítulo seguinte, dedicado às declarações e garantias do vendedor.

## 5. CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS DO VENDEDOR

### 5.1. Enquadramento

Actualmente é prática do mercado incluir em contratos de compra e venda de participações sociais, que não intra-grupo, a

---

<sup>(30)</sup> ENGRÁCIA ANTUNES menciona outras *business warranties*, como as cláusulas relativas à gestão interina da sociedade entre a assinatura do contrato e a sua conclusão, quando exista um hiato temporal. Não se tratará aqui deste tema, na medida em que as mesmas são habitualmente construídas como cláusulas autónomas às cláusulas de declarações e garantias *tout court* e constituem não declarações/garantias sobre o objecto do negócio num determinado momento temporal que definem as características do que se vende, mas sim obrigações de facto positivo ou negativo que incidem sobre o vendedor durante determinado período de tempo a partir da data do contrato.



chamada cláusula de declarações e garantias do vendedor — “*representations and warranties*” na gíria anglo saxónica (29).

Como principais características destas cláusulas, destaca-se o facto de serem relativamente complexas, com uma descrição muitas vezes detalhada das características e condições da sociedade em causa (situação financeira, legal, contabilística, etc.), e conterem também, em regra, uma regulamentação pormenorizada do regime de responsabilidade do vendedor caso as mesmas não correspondam à realidade.

Note-se que as cláusulas de declarações e garantias do vendedor constituem uma das partes mais relevantes dos “modernos” contratos de compra e venda de participações sociais, podendo dividir-se em dois tipos essenciais: as chamadas “*formal warranties*” (as garantias relativas à capacidade e poderes do vendedor e seus representantes para celebrar o contrato e as relativas aos direitos do vendedor sobre as participações sociais da sociedade) e as “*business warranties*” (essencialmente, garantias relativas às características e qualidades da situação subjacente da sociedade) (30).

Refira-se também que estas cláusulas desempenham uma função económica e de distribuição do risco fundamental, na medida em que esclarecem o que cada uma das partes espera e pode contar com o negócio, diminuindo dúvidas que possam haver e tornando mais certo e previsível o seu resultado, tanto para o comprador, ao possibilitar, por exemplo, revisões de preço se a situação da sociedade não corresponder ao acordado, como para o vendedor, ao

---

(31) Parece ser esta a posição de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *op. cit.*, optando aparentemente por atribuir uma relevância autónoma às mesmas.

(32) Assim também ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO e ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*

(33) Poder-se-ia dizer que se o contrato contém uma cláusula de declarações e garantias será sempre e desde logo uma compra e venda de empresa, ainda que diga respeito a uma posição minoritária. O entendimento acima adoptado sobre a interpretação do sentido normal de um contrato de compra e venda de participações sociais, que inclui sempre uma representação sobre a realidade subjacente da sociedade em causa, permite afastar o recurso a este argumento, que parece, aliás, um pouco forçado. O que justifica a garantia não é o facto de se transmitir a empresa ou parte dela, que pode até nem existir, mas a constatação de que ao abrigo dos usos e tráfego comercial a compra e venda de participações sociais é sempre um meio e corresponde a algo mais do que a aquisição do feixe de direitos e deveres societários previsto no CSC.

definir e, muitas vezes, limitar, as situações em que pode haver lugar a reclamações do comprador, tornando o negócio e o encaixe do preço mais certo e definitivo.

Cabe perguntar, antes de mais, como se enquadram estas cláusulas à luz do regime jurídico português da compra e venda e, em particular, da doutrina da compra e venda de participações sociais.

Ou seja, devem as cláusulas de declarações e garantias ser entendidas como formando parte, complementando e/ou substituindo os artigos 905.º e 913.º do CC (ou seja, o que é o mesmo, os resultados a que se chegaria relativamente ao conteúdo do contrato mediante a sua aplicação), ou como obrigações de garantia autónomas, independentes da garantia edilícia, cujo incumprimento deve ser tratado fora do regime específico da compra e venda e sujeito, portanto, apenas às regras gerais dos artigos 790.º e sgs do CC?

Note-se que todos os autores atribuem naturalmente relevância a estas cláusulas quer, por exemplo, como forma de protecção adicional do comprador de uma participação<sup>(31)</sup>, quer como forma de interpretação do contrato e determinar se se teve em vista, ou não, uma transmissão de empresa<sup>(32)</sup>.

Como ponto de partida diga-se que o tratamento a dar a estas cláusulas, seja ele qual for, deverá ser uniforme, quer estejamos perante um contrato de compra e venda indirecta de empresas quer perante um contrato de compra e venda de “meras” participações sociais (se de tal se pode falar, conforme acima vimos)<sup>(33)</sup>.

Com efeito, não se encontra qualquer justificação para tratar de forma juridicamente diferente cláusulas que podem ser em tudo iguais, reflectindo as mesmas preocupações e a mesma vontade das partes. Pense-se, por exemplo, em dois contratos, em tudo idênticos, sobre a mesma sociedade, em que por meio de um o vendedor transmite a maioria do capital e por meio de outro uma participação minoritária, a compradores diferentes.

Note-se que caso aplicássemos os artigos 905.º e 913.º e sgs do CC a estas cláusulas no cenário de compra e venda (indirecta) de empresas e apenas os artigos 790.º e sgs do CC à compra e venda de “meras” participações sociais chegaríamos a resultados totalmente incongruentes com os princípios em jogo, nomeadamente o facto de o comprador da participação minoritária poder

recorrer ao prazo longo da prescrição da responsabilidade contratual (artigo 309.º do CC), quando tal seria negado ao adquirente da posição maioritária.

Devemos então enquadrar estas cláusulas no âmbito dos artigos 905.º e 913.º do CC ou considerá-las como cláusulas de garantia autónomas e independentes das suas regras?

A meu ver, a opção a tomar tem que ser coerente com a posição acima adoptada relativamente à natureza jurídica dos artigos 905.º e 913.º do CC: sendo estes artigos na sua essência normas de reconhecimento ou indirectas, que integram o conteúdo do negócio jurídico e atribuem determinados efeitos às declarações negociais das partes (são portanto normas interpretativas), não se pode deixar de considerar que as declarações e garantias acordadas no contrato e incidentes sobre a situação subjacente da sociedade vão na verdade conformar, modelar e integrar a aplicação dos artigos 905.º e 913.º do CC, no sentido de que esclarecem de forma clara a vontade das partes relativamente ao objecto do negócio e às qualidades do mesmo, diminuindo em proporção a liberdade de interpretação sobre o conteúdo do contrato ao abrigo dos critérios definidos nos mesmos artigos.

Quer dizer, pela própria natureza jurídica e função dos artigos 905.º e 913.º e sgs e das cláusulas de declarações e garantias, não se vê como se poderá tratar as referidas cláusulas fora do âmbito do regime da compra e venda de coisa onerosa ou defeituosa, como algo independente com “vida própria”: estamos sempre a falar do conteúdo do contrato que foi acordado, mais ou menos expresso, mais ou menos desenvolvido, e da sua desconformidade com a realidade. A redacção do próprio artigo 913.º do CC é sintomática a este respeito, ao incluir expressamente as qualidades asseguradas pelo vendedor no seu âmbito.

Dito isto, nada obsta a que as partes prevejam os seus direitos e deveres de forma diferente do previsto na lei, dentro do respeito das normas injuntivas do regime da compra e venda de coisas onerosas e defeituosas.

Salienta-se, no entanto, que tudo o que ficou acima dito é passível de discussão e de contra-argumentos vários, sendo esta mais uma das questões totalmente em aberto.

## 5.2. Alguns exemplos práticos

Chegado aqui, de tudo o que foi dito resulta antes de mais que existe ainda uma enorme incerteza na ordem jurídica portuguesa no regime aplicável ao conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais.

Esta incerteza provém não só do facto de estarmos a tratar de uma realidade complexa (a participação social enquanto feixe de direitos e deveres societários que tem um valor económico dependente da situação subjacente da sociedade), mas também da complexidade e dificuldades próprias da aplicação do regime, também nada simples e não poucas vezes incongruente, dos vários institutos envolvidos, nomeadamente a compra e venda de coisa onerada ou defeituosa, a responsabilidade contratual geral, a interpretação e integração do negócio jurídico, o erro e a responsabilidade pré-contratual.

Acresce o facto de o assunto não estar suficientemente sedimentado na doutrina e só muito esporadicamente ter sido tratado nos tribunais.

Isto significa que a inclusão ou não de determinadas cláusulas no contrato de compra e venda pode ter um efeito diferente consoante a posição que se tome ou, melhor dizendo, que o tribunal irá tomar sobre o assunto, em caso de conflito entre as partes. Esta consciência pode ser essencial para, no âmbito de uma negociação, medir correctamente o valor ou risco de uma cedência ou o grau de segurança realmente alcançado com determinada cláusula.

Ir-se-á de seguida tentar demonstrar a necessidade de se estar atento a estes problemas, mediante uma breve análise à cláusula relativa ao limite temporal das garantias (5.2.1.), à cláusula de não garantia (5.2.2.) e ao que sucede se se vem a verificar a existência de uma contingência que não ficou prevista no contrato (5.2.3).

---

<sup>(34)</sup> O texto deste capítulo foi retirado, com algumas alterações de pormenor, do meu artigo já citado (*Cláusulas de Declarações...*)

### 5.2.1. *Limites temporais das declarações e garantias (“survival period”)* <sup>(34)</sup>

Conforme se disse em 4. supra, é prática do mercado acordar-se um prazo para o exercício dos direitos do comprador caso as declarações e garantias não correspondam à realidade. Tal prazo anda usualmente entre 1 e 3 anos, excepto no que diz respeito a assuntos de natureza fiscal e de segurança social, em que a regra é acordar-se a responsabilidade do vendedor até ao termo do prazo de caducidade/prescrição legal. É o chamado “*survival period*”, na gíria anglo-saxónica.

Estas cláusulas de duração das declarações e garantias são tradicionalmente vistas como cláusulas de protecção do vendedor. Com efeito, seria o vendedor o principal interessado em limitar temporalmente as responsabilidades assumidas no contrato, factor essencial para que o encaixe financeiro obtido com a venda se torne certo e definitivo.

Contudo, no âmbito da lei portuguesa, o comprador pode ter um interesse equivalente na definição deste prazo. Conforme já se referiu acima, existem excelentes argumentos para se aplicar a estes casos o regime da compra e venda de coisa oneradas ou defeituosas, em detrimento do regime geral da responsabilidade contratual (20 anos).

Assim, e se, nos termos do CC, o prazo para o exercício dos direitos do comprador em caso de compra e venda de coisa onerada (um ano a contar da tomada de conhecimento da situação de desconformidade) não é desvantajoso para o comprador, podendo ir muito para além da data da conclusão do negócio, já a aplicação do regime de compra e venda de coisa defeituosa faz com que os direitos do comprador possam caducar seis meses após a venda da participação social.

---

<sup>(35)</sup> Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, pags. 498 e sgs..

<sup>(36)</sup> Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, pags. 498 e sgs..

Logo, também para o comprador poderá ser preferível que o contrato preveja um prazo de validade das declarações e garantias, a deixar a situação omissa, na esperança de que o tribunal considere aplicável um prazo que lhe possa ser favorável.

Mas, pergunta-se, caso as partes de facto acordem um prazo de caducidade das declarações e garantias diferente do prazo legal, será esta disposição válida?

A resposta pode variar consoante a opção que se tome quanto ao enquadramento jurídico da questão.

Assim, num cenário de aplicação das regras gerais da responsabilidade contratual, a estipulação de um prazo de caducidade dos direitos do comprador, dentro do que tem sido habitual no mercado, não levanta problemas de maior, na medida em que, nos termos do artigo 330.º do CC, as partes são livres de estipular prazos de caducidade e alterar as regras de caducidade legalmente previstas, excepto no que diz respeito a direitos indisponíveis.

Já se se qualificar a situação como de compra e venda de coisa onerada ou defeituosa, é discutível que os prazos previstos na lei para o exercício dos direitos do comprador estejam na livre disponibilidade das partes.

Como meras pistas para uma possível solução, avançam-se as seguintes considerações:

Não haverá problemas de maior na estipulação de um prazo superior ao legalmente previsto. O vendedor, como beneficiário deste prazo, pode dispor do mesmo, não parecendo que existam interesses gerais de segurança que devam prevalecer <sup>(35)</sup>.

Deverá admitir-se a estipulação de prazos inferiores aos previstos na lei, da mesma forma que se admitem outras cláusulas que limitam a responsabilidade contratual das partes. Ou seja, dentro dos limites da ordem pública e dos princípios da boa fé. Neste caso, o limite será quando, pela redução do prazo, o comprador, na prática, renuncia antecipadamente aos seus direitos, por tornar excessivamente difícil ou impossível o seu exercí-

---

<sup>(37)</sup> Já me deparei, na minha vida profissional, com um vendedor que não estava disposto a dar sequer a garantia da titularidade das participações sociais.

cio <sup>(36)</sup>. Claro que no caso concreto não será nada fácil definir este limite.

Olhando agora apenas para a compra e venda de coisa onerada, será admissível a cláusula que estipula um prazo razoável de caducidade para o exercício dos direitos do comprador, contado a partir da data de conclusão do contrato e não do momento em que o comprador tomou conhecimento da desconformidade?

Considero que existem bons argumentos neste sentido. Desde logo, a tutela da confiança do comprador não parece ficar prejudicada caso este, habitualmente uma empresa ou um profissional qualificado, aceite um prazo que lhe permita, com razoabilidade, verificar a existência de situações de desconformidade.

Por outro lado, quer o princípio da autonomia privada quer os interesses gerais de estabilidade, celeridade e segurança das transacções comerciais aconselham a que tal seja possível, sempre que estiver em causa a normal distribuição dos riscos do negócio, livremente contratada pelas partes sem esquecer que, no caso de a desconformidade ser intencionalmente provocada pelo vendedor, o comprador estará via de regra legalmente protegido, não se aplicando em tais situações o limite temporal acordado.

Saliente-se, no entanto, que os pontos acima mencionados, em particular os dois últimos, estão naturalmente abertos a discussão.

### 5.2.2. *Cláusula de não garantia*

As declarações e garantias do vendedor variam de contrato para contrato, tendo em conta o peso relativo das partes e o processo de negociação. Serão assim mais ou menos protectoras de cada uma das partes consoante o acordo final a que se chegue.

---

<sup>(38)</sup> Ver também sobre este ponto PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, págs. 484 e sgs..

<sup>(39)</sup> O facto de algumas normas do regime da compra e venda defeituosa ou onerada serem injuntivas não será obstáculo a este entendimento, uma vez que os seus pressupostos de aplicação — a existência de defeito ou desconformidade — não se verificam por força da cláusula de não garantia.

Pode assim suceder que, por determinado motivo, o vendedor pretenda vender a participação social (representativa, por exemplo, da totalidade do capital social da sociedade), com um mínimo de garantias ou mesmo sem qualquer garantia sobre a situação da sociedade em causa <sup>(37)</sup>.

Serão estas cláusulas de garantia mínima, ou mesmo de não garantia, válidas à luz do nosso direito, independentemente de se admitir ou não a aplicação às mesmas dos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC?

Seguindo aqui a opinião de J. Baptista Machado (*op. cit.*, págs 30 e sgs.), tais cláusulas serão possíveis, não parecendo haver motivos que levem a considerar a sua invalidade, tendo ainda em atenção, no caso de se considerar a aplicação dos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC, a sua característica de normas de remissão ou indirectas.

Com efeito, as cláusulas de não garantia, ou a cláusula que estipula que o vendedor dá apenas a garantia x e y, mas não garante qualquer outra circunstância da vida da sociedade, são cláusulas que determinam o objecto do negócio, conformando a obrigação de entrega do vendedor.

Da mesma forma que se o vendedor vende uma coisa com defeito (i.e. defeito aqui no sentido comum de a coisa não ter uma característica que seria de esperar), mencionando expressamente a existência do defeito (i.e. a coisa é vendida com defeito *como tal*), o comprador não se poderá valer da garantia edilícia (podendo mesmo considerar-se que não existe qualquer defeito em sentido jurídico, uma vez que a coisa se conforma com o contrato), também o vendedor de uma participação social pode excluir determinada característica da sociedade que habitualmente fosse de esperar ou mesmo não garantir qualquer das referidas características, vendendo a sociedade no estado em que ela se encontre seja ele qual for <sup>(38)</sup>.

Se estas cláusulas aumentam sem dúvida a álea ou risco do negócio, não parece que tal ofenda qualquer princípio fundamental

---

<sup>(40)</sup> Sobre este conceito e eventuais limitações aplicáveis, ver A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, 2003, págs 116 e sgs e 316 e sgs..



da ordem jurídica que importe proteger em sacrifício da autonomia privada das partes (39).

Nem se diga que estas cláusulas são cláusulas limitativas da responsabilidade do vendedor e como tal sujeitas aos limites apertados do artigo 809.º e sgs do CC, mitigados, é certo, pelo desenvolvimento da doutrina e jurisprudência: estas cláusulas operam num momento anterior, não chegando sequer a haver incumprimento do vendedor, uma vez que a sua obrigação não inclui aqueles pontos, que foram assim excluídos do contrato e pelo qual, naturalmente, não pode ser responsabilizado (40).

É verdade, tal como diz A. Pinto Monteiro (*Cláusulas Limitativas...*), que este tipo de cláusulas pode indirectamente levar à limitação da responsabilidade e como tal enfrentar limites de ordem pública. Estes limites de ordem pública podem ser tanto de ordem legal (nomeadamente, provenientes de normas injuntivas, como por exemplo, as relativas à protecção do consumidor ou ao regime das cláusulas contratuais gerais), como de ordem contratual (caberiam aqui os elementos essenciais do negócio jurídico, sem o qual o próprio contrato seria descaracterizado).

Ora, no contrato de compra e venda de participações sociais, salvo alguma situação verdadeiramente excepcional, não parece haver preocupações de ordem pública legal que afectem o contrato. Por exemplo, está-se claramente no âmbito de relações comerciais e fora do regime das condições contratuais gerais, nem se está no âmbito de contratos de prestação de bens ou serviços regidos por normas especiais de interesse público.

Já a questão da ordem pública contratual levanta problemas interessantes. Diz A. Pinto Monteiro (*Cláusulas Limitativas...*) que estariam aqui incluídos aqueles elementos essenciais do contrato, sem o qual ele não é “reconhecível”, e ainda algumas obrigações acessórias fundamentais para a economia do negócio, para o seu escopo.

Isto implicaria desde logo consequências relevantes para o contrato de compra e venda de participações sociais, na medida em que seria necessário, aplicando-se o raciocínio do referido autor, efectuar uma análise casuística (e com margem de liberdade apreciável) para determinar quais seriam aqueles pontos que poderiam ou não ser validamente excluídos.

Sem prejuízo da força deste argumento, considero que, pelo menos nos contratos de compra e venda de participações sociais, este raciocínio não é procedente, por três ordens de razões.

A primeira reside, mais uma vez, no facto de os artigos 905.º e 913.º e sgs do CC, que fundamentam os restantes direitos previstos nestas secções do CC, serem normas remissivas ou indirectas e como tal interpretativas da vontade das partes: a exclusão das mesmas pelas partes, de forma inequívoca e informada, não deveria levantar problemas de maior no âmbito da autonomia privada.

A segunda consiste no facto de a análise casuística necessária para fazer o juízo de admissibilidade da exclusão levar inevitavelmente a um aumento da incerteza e insegurança jurídica sobre o conteúdo do contrato de compra e venda que, recorde-se, foi efectivamente querido e negociado pelas partes, o que parece contrário aos princípios do mesmo tal como previsto na ordem jurídica portuguesa (a preocupação, já acima referida, de solidificar, consolidar o contrato, num curto espaço de tempo).

A terceira reside no facto de a álea ou risco ser um elemento de qualquer negócio jurídico, inerente à autonomia privada, e se estar aqui apenas a aumentar tal risco para o comprador que, recorde-se, é habitualmente uma entidade profissional, sobre o qual incidem deveres de diligência e informação sobre o objecto da compra.

Isto tanto é assim que o argumento essencial para se considerar a existência de uma ordem pública contratual restritiva da aleatoriedade que seria aqui aplicável, ou seja, não se poder retirar do contrato obrigações que descaracterizem o mesmo, não se enquadra no regime legal do contrato de compra e venda, tal como previsto no CC e no Código Comercial, onde o próprio direito de propriedade ou a existência da coisa podem ser incertos, sem deixar por isso de ser devido o preço, caso se faça menção no contrato dessa incerteza (ver artigos 881.º do CC e 467.º do Código Comercial).

Ou seja, se o nosso direito civil e comercial admite expressamente a atribuição de um conteúdo aleatório à própria existência do direito e respectivo objecto, por maioria de razão sempre se terá

---

(41) Realça-se que estamos a falar de contingências não cobertas por declarações e garantias sobre a situação da sociedade referidas a uma data específica, na maioria dos casos a data do contrato de compra e venda. Contingências ocorridas posteriormente, sem

que entender que tal aleatoriedade será também admissível às qualidades do objecto, ou seja, no caso em apreço, às características da situação subjacente da sociedade em causa. O importante é que o carácter incerto ou aleatório esteja previsto no contrato, sendo assim da maior relevância redigir a cláusula de não garantia em termos apropriados.

Por último, refira-se que isto não significa que o comprador está desprotegido em face de situações que infrinjam princípios essenciais de boa fé, na medida em que existem regras na ordem jurídica que podem mitigar certos excessos.

Por exemplo, será recomendável que a cláusula de não garantia deva estar mencionada no contrato, não só por força dos artigos 881.º do CC e 467.º do Código Comercial, mas também por força de princípios de clareza e boa fé. Esta cláusula poderá operar, em princípio, quer mediante a indicação da existência de determinadas contingências ou excepções às garantias dadas, quer mediante a exclusão, pura e simples, de determinados aspectos da situação subjacente da sociedade (por exemplo, não garantia da correcção e cumprimento de obrigações fiscais).

Também como realçam J. Baptista Machado, *op cit.* e A. Pinto Monteiro (*Cláusulas Limitativas...*), tais cláusulas nunca poderão impedir o comprador de recorrer ao regime do erro em sentido técnico, nomeadamente por dolo do vendedor (artigo 254.º do CC), verificando-se os pressupostos do mesmo. Será este o caso de, sem prejuízo da cláusula de não garantia, o comprador estar convencido da não existência de determinadas contingências por disso ter sido convencido pelo vendedor.

### **5.2.3. Contingências não previstas no contrato de compra e venda. Sua relevância**

---

relação com situações anteriores ao contrato, não são normalmente incluídas neste género de cláusulas, sendo assim em regra suportadas pelo comprador.

(42) Sobre o conceito de lacuna e integração do negócio jurídico ver, de entre outros, MENEZES CORDEIRO, *op cit.*, págs 561. e sgs.

Se é certo que a realidade ultrapassa sempre a ficção, também é verdade que, por mais hábeis, imaginativos ou simplesmente complicados os advogados, não existem contratos perfeitos, e a força dos acontecimentos e imponderáveis acaba sempre por ultrapassar o que as partes previram durante as negociações.

Como tratar, então, aquelas situações em que, por qualquer motivo, se vem a descobrir uma contingência que não se encontra “coberta” pelas declarações e garantias do vendedor? <sup>(41)</sup>

A quem reconheça à cláusula de declarações e garantias autonomia face aos artigos 905.º e 913.º e ss do CC será relativamente fácil argumentar, desde que considere que se aplicarão tais regras à compra e venda de participações sociais, que se pode recorrer aos artigos 905.º e 913.º e seguintes, caso se verifiquem os seus pressupostos. Note-se contudo que poderá ser mais difícil demonstrar que era expectável para o comprador determinada característica daquela sociedade, uma vez que ela não ficou prevista no contrato.

Quem sustente (como me sinto inclinado a sustentar) que, estando no âmbito da interpretação, da definição do conteúdo do contrato, os efeitos das declarações e garantias devem ser enquadrados e analisados ao abrigo dos artigos 905.º e 913.º e sgs do CC terá uma tarefa naturalmente mais difícil. Note-se que se diz mais difícil e não impossível, na medida em que não é de excluir que, por força da interpretação do próprio contrato, se venha a concluir estarmos perante uma lacuna do mesmo, a resolver à luz dos princípios dos artigos 236.º e sgs do CC <sup>(42)</sup>.

Isto significa que, independentemente das posições que se tomem sobre a relação entre a cláusula de declarações e garantias e o regime da coisa onerada e defeituosa, caso se venha a verificar uma contingência não coberta por qualquer declaração e garantia, o comprador poderá ainda recorrer ao regime da interpretação e integração do contrato. Será, no entanto, um exercício casuístico e difícil, de resultado incerto, a resolver à luz das regras dos artigos 236.º e sgs do CC, sem esquecer os princípios dos artigos 905.º e 913.º do CC, tendo sempre de se ultrapassar uma dúvida prévia: se o ponto era importante, porque é que não foi previsto no contrato?

Refira-se, no entanto, que se o contrato contiver uma cláusula de não garantia expressa, no sentido de que o vendedor não confere

quaisquer outras garantias para além das previstas no contrato, a posição do comprador será consideravelmente mais frágil.

Por último, perante uma situação do género da aqui analisada, poderá sempre tentar recorrer-se ao regime do erro dos artigos 247.º e sgs do CC ou mesmo, possivelmente, com as cautelas acima indicadas, à responsabilidade pré-contratual, caso se verifiquem os respectivos pressupostos.

## 6. CONCLUSÕES

Do que acima ficou dito pode retirar-se que o regime do conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais parece ainda não se encontrar suficientemente definido na ordem jurídica portuguesa.

Procurou-se, dentro dos limites próprios de um trabalho do género, propor alguns princípios gerais que possam ser úteis no tratamento unitário deste contrato, dos quais o mais importante é sem dúvida a constatação, evidente à luz da vida prática, de que a declaração de vontade das partes no contrato de compra e venda de participações sociais integra sempre, por regra, uma representação e manifestação de vontade sobre a situação subjacente da sociedade, a qual deve fazer parte do próprio conteúdo do contrato, tenha a sociedade ou não uma empresa e independentemente da percentagem envolvida.

Tentou-se abordar, de forma sumária, algumas das principais questões decorrentes deste ponto de partida, a sua relação com diversos institutos jurídicos e propor algumas sugestões, as quais, tendo em atenção a complexidade dos problemas em causa, não serão mais do que pontos de partida para futura discussão.

Por último, chegou-se à conclusão de que as cláusulas de declarações e garantias habituais neste género de negócios são de facto essenciais e fundamentais mas que, por força da incerteza jurídica à volta do regime aplicável e da complexidade dos institutos envolvidos, podem ser verdadeiras “cláusulas de dois gumes” para qualquer das partes envolvidas.

Para além do grande interesse teórico do assunto em discussão, é assim importante do ponto de vista prático ter, pelo menos, consciência das questões em aberto quando na negociação de um contrato de compra e venda de participações sociais se discute a inclusão ou exclusão de certas cláusulas ou certos pormenores de redacção das mesmas. Tal consciência pode mesmo significar a diferença entre conceder, com segurança, uma cedência razoável ou meramente aparente à contraparte, ou assumir, inadvertidamente, riscos significativos.

Como comentário final, tendo em atenção a referida incerteza jurídica e as várias incongruências das regras potencialmente aplicáveis, considera-se que poderá fazer sentido equacionar uma revisão legislativa das matérias em causa, cuja análise se propõe.

Lisboa, 8 de Abril de 2009

---

(\*) Directora-Adjunta do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL). Assistente Estagiária da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

(<sup>1</sup>) A presente exposição foi apresentada no âmbito da Conferência promovida pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) *Victims in Europe*, no dia 23 de Junho de 2009, na Fundação Calouste Gulbenkian.

(<sup>2</sup>) O GMF viria a entrar em funcionamento apenas em Setembro de 1999.

(<sup>3</sup>) *Cfr.* Resolução do Conselho de Ministros n.º 172/2007, de 11 de Outubro, publicada no Diário da República de 6 de Novembro.

# A VÍTIMA NA MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL

*Pela D.<sup>ra</sup> Sónia Reis (\*)*

## **Introdução** <sup>(1)</sup>

A mediação é uma realidade recente em Portugal. Entre nós surgiu pela mão de entidades privadas na década de noventa do século XX. A primeira experiência de mediação com a chancela do Ministério da Justiça teve lugar em 1997 com a criação do Gabinete de Mediação Familiar (GMF) <sup>(2)</sup>, um serviço público promovido pela Direcção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE) do Ministério da Justiça, criado com vista à resolução extrajudicial de situações de conflito parental relativas à regulação, alteração da regulação e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais. A área de actuação do GMF circunscrevia-se geograficamente à região de Lisboa. Mais tarde, e em virtude de, em especial, o XVII Governo Constitucional ter adoptado como desígnio promover a resolução alternativa de litígios <sup>(3)</sup>, foi criado o Sistema de Mediação Laboral (SML) através de um Protocolo celebrado no dia 5 de Maio de 2006 entre o Ministério da Justiça e vários parceiros sociais <sup>(4)</sup>. O SML viria a entrar em funcionamento no dia 19 de Dezembro de 2006, tendo por competência mediar litígios surgidos no âmbito do contrato individual de trabalho, com excepção das matérias relativas a direitos indisponíveis e acidentes de trabalho. Posteriormente foi criado o Sistema de Mediação Familiar (SMF), através do Despacho do Secretário de Estado da Justiça

---

<sup>(4)</sup> Concretamente, confederação da Indústria Portuguesa (CIP), Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), Confederação do Turismo Português (CTP), Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP), Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses — Intersindical Nacional (CGTP-IN) e a União Geral dos Trabalhadores (UGT). Desde o início de funcionamento do SML mais de 80 entidades aderiram a esta forma de mediação, designadamente associações profissionais, entidades empregadoras e sindicatos de referência no panorama nacional.

n.º 18 778/2007, de 13 de Julho, publicado no Diário da República, II Série, de 22 de Agosto. O SMF sucedeu ao GMF, abrangendo conflitos surgidos no âmbito das relações familiares, nomeadamente regulação, alteração e incumprimento do regime das responsabilidades parentais, divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge, autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada da família. Tanto o SML como o SMF começaram por ser implantados em certos distritos, sendo progressivamente alargados ao restante território. No momento presente o SML funciona em todo o território continental. O SMF abrange todo o território nacional.

Ainda com o objectivo de caracterizar a traço largo a experiência da mediação em Portugal, importa referir brevemente aquela que tem lugar nos Julgados de Paz e bem assim a Mediação Tutelar Educativa.

Os Julgados de Paz são tribunais especiais constitucionalmente previstos (*cf.* n.º 2 do artigo 209.º da Constituição da República Portuguesa — CRP), criados através Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, aprovada por unanimidade dos deputados com assento na Assembleia da República. Os Julgados de Paz são competentes para apreciar e decidir acções declarativas cíveis de valor não superior a € 5.000. Dos primeiros quatro Julgados de Paz criados e instalados em 2002 chegou-se em 2009 ao número de vinte e um <sup>(5)</sup>. Note-se que a mediação que existe nos Julgados de Paz não constitui um sistema de mediação autónomo, como o SML ou o SMF antes referidos, já que se enquadra em um processo que corre termos no Julgado de Paz.

A Mediação Tutelar Educativa resulta do disposto na Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, que entrou em vigor em Janeiro de 2001. A Mediação Tutelar Educativa abrange jovens com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos que pratiquem factos quali-

---

(5) Posteriormente à realização da Conferência *Victims in Europe*, foram inaugurados ainda no ano de 2009 mais dois Julgados de Paz, perfazendo um total de vinte e três Julgados de Paz, que abrangem cinquenta e sete concelhos de Portugal Continental e da Região Autónoma da Madeira.



ficados na lei como crime e tem lugar no âmbito de um processo judicial.

A mediação penal começou por surgir em Portugal a partir de uma iniciativa promovida pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), pela Procuradoria-Geral Distrital do Porto e pelo Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto (DIAP) designada “Projecto do Porto”. De facto, as três entidades referidas celebraram um protocolo, em 16 de Julho de 2004, nos termos do qual se pretendia desenvolver um projecto de mediação penal no âmbito de inquéritos processuais penais em que fosse possível a aplicação de mecanismos de diversão e de consenso ao tempo previstos na lei processual penal. O “Projecto do Porto” teve o seu início a 2 de Novembro de 2004 e, embora em um momento inicial tenha sido restringido aos casos em que fosse aplicável ou o instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º do Código de Processo Penal — CPP — e artigo 74.º do Código Penal — CP) ou o da suspensão provisória do processo (artigo 281.º CPP), a verdade é que o decorrer da experiência veio

---

(6) Sobre isto, Morais, Maria Teresa Teixeira Simões, “Mediação Penal, o «Projecto do Porto» e o Anteprojecto da Proposta de Lei”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, N.º 105 (Janeiro-Março), Lisboa, 2006 (pp. 135-144), pp. 135 e ss; da mesma Autora, *Breves Reflexões Sobre Mediação Penal*, 2007, disponível em [http://www.trp.pt/mp\\_trabalhos/breves-reflexoes-mediacao-penal.html](http://www.trp.pt/mp_trabalhos/breves-reflexoes-mediacao-penal.html); Castro, Josefina, “O Processo de Mediação em Matéria Penal, Elementos de Reflexão a partir do Projecto de Investigação-Acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, N.º 105 (Janeiro-Março), Lisboa, 2006 (pp. 145-154), pp. 145 e ss; Lázaro, João, Marques, Frederico Moyano, “Justiça Restaurativa e Mediação”, in *Sub Iudice*, Ano 37 (Outubro-Dezembro), Lisboa, 2006 (pp. 65-83), p. 77.

(7) Para uma análise dos resultados da experiência, Neto, Maria Luísa, “A Primeira Experiência de Mediação Vítima-Infractor em Portugal”, in *Vítimas e Mediação*, APAV, 2009, pp. 153-156.

(8) Portarias n.ºs 68-A/2008, 68-B/2008 e 68-C/2008, todas de 22 de Janeiro.

(9) O GRAL foi criado no âmbito das orientações definidas pelo Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE) e dos objectivos do Programa do XVII Governo Constitucional de modernização administrativa e melhoria da qualidade dos serviços públicos, nos termos dos Decretos-Leis n.ºs 206/2006, de 27 de Outubro, e 127/2007, de 27 de Abril.

(10) De entre a Mediação Pública promovida pelo Ministério da Justiça, a única que não cabe nas atribuições do GRAL é a mediação tutelar educativa, atribuição da Direcção-Geral de Reinserção Social.

a determinar o reconhecimento da mediação penal como um instituto autónomo, independente de outros institutos associados aos meios de diversão e de consenso e dos respectivos pressupostos. No contexto do “Projecto do Porto”, a mediação penal era levada ao conhecimento do denunciado e do queixoso através de uma carta enviada pelo DIAP que, para além de descrever os factos objecto de inquérito, explicava aos destinatários em que consistia e como se processava o processo de mediação penal. Quando houvesse lugar a mediação penal, as sessões tinham lugar em um Gabinete de Mediação Penal, instalado na FDUP (6/7).

A Mediação Penal viria a ser expressamente introduzida no ordenamento jurídico português através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, em cumprimento do disposto no artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, que determina que os Estados-Membros se devem esforçar por promover a mediação no âmbito de processos de natureza criminal. De acordo com a regulamentação da referida Lei (8), foi criado o Sistema de Mediação Penal (SMP) cuja gestão foi atribuída, em certos aspectos, ao Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL). De resto, importa salientar que o GRAL é o serviço do Ministério da Justiça que tem por missão promover o acesso ao direito, aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, aos tribunais arbitrais e aos julgados de paz (e à mediação, civil, que neles tem lugar). Assim, a par do acesso ao SML e ao SMF, o GRAL promove igualmente o acesso ao SMP (9/10).

## **I A experiência da mediação penal em Portugal**

### **1. Regime**

A mediação em processo penal pode ter lugar desde que exista um processo-crime instaurado que se encontre na fase de inquérito. É necessário que estejam em causa crimes que dependam de acusação particular ou crimes contra as pessoas ou contra o património cujo procedimento criminal dependa de queixa. O tipo-de-ilícito em causa deve prever pena de prisão até 5 anos ou pena de multa e

---

(11) Para se poder ser mediador penal é necessário ter mais de 25 anos de idade,

o ofendido deve ter idade igual ou superior a 16 anos. Ficam excluídos da mediação penal os crimes contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual e os casos em que a forma de processo em causa sejam as formas de processos especiais de processo sumário ou de processo sumaríssimo.

A título de exemplo de crimes passíveis de mediação penal, refiram-se os crimes de ofensas à integridade física simples ou por negligência, de ameaça, de difamação, de injúria, de violação de domicílio ou perturbação da vida privada, de furto, de abuso de confiança, de dano, de alteração de marcos, de burla e o de usura.

Sendo o Ministério Público (MP) o *dominus* do processo na fase de inquérito, fase processual que se destina a investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação, cabe-lhe promover a remessa do processo para mediação penal. Tal remessa pode ocorrer em duas situações. Ou por iniciativa do MP, em qualquer momento do inquérito, quando tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. Ou se o ofendido e o arguido requererem a mediação ao MP, nos casos legalmente admissíveis.

---

estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos, ter licenciatura ou experiência profissional adequadas, estar habilitado com um curso de mediação penal reconhecido pelo Ministério da Justiça, ser pessoa idónea para o exercício da actividade de mediador penal (sendo indiciador de falta de idoneidade a condenação por sentença transitada em julgado pela prática de crime doloso), ter domínio da língua portuguesa e ser seleccionado nos concursos para as listas de mediadores penais abertos pelo GRAL. Sobre os critérios para o reconhecimento de cursos especializados em mediação penal, Albino, Maria Clara, Marques, Carla, “Justiça Restaurativa e Mediação Penal – os Primeiros Passos no Ordenamento Jurídico-Penal Português”, in *Newsletter DGAE*, N.º 8 (Março), Lisboa, 2007, (pp. 2-11), pp. 9 e ss. Para uma reflexão sobre as qualidades ou competências concretas exigíveis ao mediador penal, Silva, Germano Marques da, “A Mediação Penal, em Busca de Um Novo Paradigma?”, in *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, 2005, (pp. 95-108), pp. 96 e ss.

(12) Defendendo que a homologação deve ser da competência do Juiz e realizada “na presença e face aos interessados”, Ferreira, J. O. Cardona, “A Mediação Como Caminho da Justiça – a Mediação Penal”, in *O Direito*, Ano 139.º, V, Coimbra (pp. 1013-1026), pp. 1019 e ss. Argumentando em sentido contrário, Almeida, Carlota Pizarro de, “A Mediação Perante os Objectivos do Direito Penal”, in *A Introdução da Mediação Vítima-*

Feita a remessa do processo para mediação penal, é nomeado, através de uma aplicação informática, o mediador penal, seleccionado sequencialmente de entre uma lista de mediadores penais previamente recrutados <sup>(11)</sup>. Depois, são feitos os contactos necessários entre o arguido, o ofendido e o mediador, com vista à marcação da primeira sessão de mediação. Nesse primeiro contacto, o mediador informa o arguido e o ofendido sobre o procedimento da mediação penal, os direitos e deveres que lhes assistem e a natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação. Sendo a mediação em Portugal sempre voluntária, só pode haver lugar a mediação penal se o arguido e o ofendido anuírem, solução de resto vigente em todos os Sistemas Públicos de Mediação promovidos pelo Ministério da Justiça através do GRAL. Por isso, caso o mediador não obtenha o consentimento do arguido e do ofendido, informa o MP e o processo penal prossegue. Se, ao invés, houver aceitação, iniciam-se as sessões de mediação. De notar que não obstante o arguido e o ofendido concordarem com o processo de mediação, nada obsta a que, a qualquer momento, revoguem tal aceitação.

O processo de mediação deve estar concluído, em regra, no prazo de três meses, embora o mediador penal possa requerer ao MP a prorrogação desse prazo por mais dois meses (em um total de cinco meses) quando exista uma forte probabilidade de se alcançar um acordo.

Havendo acordo, é comunicado ao MP para verificação da respectiva legalidade e homologação <sup>(12)</sup>. O acordo equivale a uma desistência da queixa pelo ofendido e à não oposição à desistência por parte do arguido. De notar que se o acordo não for cumprido no prazo fixado o ofendido pode renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito pelo MP. Se não houver acordo, o processo prossegue pela via judicial. Nesse caso várias hipóteses se delineiam ao MP. Uma delas traduz-se em o MP promover ulte-

---

-*Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, cit. (pp. 39-51), pp. 48 e ss e Correia, João Conde, "O Papel do Ministério Público no Regime Legal da Mediação Penal", in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, N.º 112 (Outubro-Dezembro), Lisboa (pp. 57-77), pp. 71 e ss.

<sup>(13)</sup> Para uma análise da actuação do MP, haja ou não acordo findo o processo de mediação penal, Correia, João Conde, como na nota anterior, pp. 69 e ss.

riores diligências de investigação que tenha por necessárias, seguindo depois o processo os seus trâmites. Outra consiste em o MP decidir se o arguido deve ser submetido a julgamento, acusando-o — decisão que no caso dos crimes particulares cabe em primeira linha ao assistente. Por fim, se for possível no caso e uma vez obtida a anuência do Juiz de Instrução Criminal, pode o MP decidir-se pelo arquivamento em caso de dispensa de pena ou pela suspensão provisória do processo <sup>(13)</sup>.

O processo de mediação penal é gratuito, independentemente do número ou duração das sessões de mediação.

Por último, refira-se que a remessa do processo para mediação determina a suspensão do prazo legalmente previsto para a dedução de acusação e bem assim dos prazos de duração máxima da fase de inquérito. Os prazos de prescrição do procedimento criminal suspendem-se desde a remessa do processo para mediação até à sua devolução pelo mediador ao MP ou, tendo resultado da mediação acordo, até à data fixada para o seu cumprimento.

## 2. O período experimental

A mediação penal encontra-se em fase experimental. Nos termos da Lei de Mediação Penal, o período experimental deve ter uma duração de dois anos. Em termos práticos, o SMP entrou em funcionamento no dia 23 de Janeiro de 2008, abrangendo quatro comarcas, concretamente Aveiro, Oliveira do Bairro, Porto e Seixal. Trata-se de comarcas que abrangem realidades bastantes diversas, pois enquanto a comarca do Porto representa a segunda cidade do país, reflectindo o número de processos passíveis de remessa para mediação penal essa mesma realidade, as demais comarcas, menores em população abrangida e número de processos-crime

---

<sup>(14)</sup> Já depois da data de realização da Conferência *Victims in Europe* foi publicada a Portaria n.º 732/2009, de 8 de Julho, que alarga o funcionamento do SMP, ainda no âmbito do período experimental, a mais comarcas, concretamente às comarcas-piloto do novo Mapa Judiciário, Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Grande Lisboa Noroeste, e ainda às comarcas de Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Loures, Moita, Montijo, Santa Maria da Feira, Setúbal e Vila Nova de Gaia.

instaurados, consubstanciarão, obviamente, uma amostra distinta. Estas diferentes realidades são enriquecedoras para o período experimental que atravessa a mediação penal em Portugal. De facto, permitem apurar como se desenvolve a mediação penal em contextos diversificados, por exemplo do ponto de vista da adesão dos cidadãos em geral a esta nova realidade, em especial os arguidos e os ofendidos, para além, obviamente, de contribuir para a melhoria de questões de teor técnico, como sejam aprimoramentos informáticos, já que o funcionamento do SMP assenta em uma aplicação informática. Estas quatro comarcas consubstanciam assim uma amostra dos escolhos com que se pode defrontar a mediação penal a uma escala nacional, servindo igualmente para que os organismos responsáveis pela gestão do SMP possam tomar as melhores decisões de aperfeiçoamento antes do alargamento ao restante território<sup>(14)</sup>.

É ainda importante referir que, em cumprimento do disposto na Lei de Mediação Penal, o Ministério da Justiça celebrou, através do GRAL, um Protocolo de Cooperação com a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 21 de Dezembro de 2007, com vista à monitorização, investigação e avaliação do projecto experimental de mediação em processo penal. Os relatórios de acompanhamento apresentados por aquela Faculdade serão, também, um importante instrumento de reflexão na senda da qualidade do serviço de mediação penal.

## **II Direitos e deveres da vítima no contexto da mediação penal**

Importa começar por delimitar quem, no contexto da mediação penal, pode ser entendido como vítima. Quando se caracterizou acima o regime da mediação penal fez-se sempre referência a arguido e a ofendido, já que é essa a terminologia utilizada pela Lei que aprova o regime da mediação em processo penal. Porém, considerando o tema da presente Conferência, centrado na vítima de crimes, impõe-se definição.

Vítima é o ofendido, ou seja o titular dos interesses que a lei quis proteger com a incriminação. O ofendido é assim a pessoa

contra a qual foi praticado um crime. Assim, a vítima no contexto da mediação penal é a pessoa que sofreu a prática de um crime e que, nessa medida, está legitimada para transigir, pois é ela, a par do arguido, que melhor conhece os contornos do litígio que os opõe.

É a vítima do crime que é notificada pelo MP de que o processo foi remetido para mediação penal nos casos em que aquele órgão judiciário haja tido tal iniciativa. É também a vítima do crime que pode, em requerimento conjunto com o arguido, solicitar ao MP a remessa do processo para mediação penal quando esse órgão não tenha proferido despacho nesse sentido de *motu proprio*. Cabe ainda à vítima do crime decidir se aceita ou não a mediação quando, remetido o processo para mediação penal pelo MP, são estabelecidos os primeiros contactos entre a vítima, o arguido e o mediador, com vista à marcação da primeira sessão de mediação. A vítima do crime decidirá igualmente sobre a eventual revogação da aceitação da mediação no decurso das sessões de mediação. A vítima do crime influirá de modo determinante no teor do acordo e pode renovar a queixa caso o teor desse acordo seja incumprido.

As formas de intervenção da vítima do crime na mediação penal sumariamente elencadas consubstanciam, crê-se, uma manifestação dos direitos que lhe assistem. Trata-se de direitos que têm o poder de determinar a existência, o desenvolvimento e o modo como termina o processo de mediação, o que significa que a vítima do crime tem o poder de conformar a mediação penal.

Este poder assim atribuído revela-se verdadeiramente inovador para as vítimas de crimes no panorama jurídico português. Isto

---

(15) Sustentando que “(...) o actual Direito Processual Penal português concede já amplos poderes de intervenção à vítima (...)”, Leite, André Lamas, *A Mediação Penal de Adultos, Um Novo «Paradigma» de Justiça?, Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 15. Sobre a consagração legal da figura do “interesse da vítima”, Almeida, Carlota Pizarro de, “A Propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: Algumas Considerações (e Interrogações) Sobre a Mediação Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, N.º 3 (Julho-Setembro), 2005 (pp. 391-414), pp. 394-395.

(16) Para uma análise da “desenvoltura processual da vítima constituída assistente”, Câmara, Guilherme Costa, *Programa de Política Criminal, Orientado para a Vítima do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 294 e ss.

porque, centrada a atenção no âmbito processual penal, a vítima de um crime muito dificilmente pode intervir em um processo na qualidade de vítima (15). Para o fazer deverá constituir-se como assistente, tornando-se assim um sujeito processual, patrocinado por advogado, já que o patrocínio judiciário é obrigatório para os assistentes, passando a partir desse momento a ter a possibilidade de, através do seu advogado, intervir no processo, conformando-o (16). Por outro lado, a vítima pode deduzir pedido de indemnização civil na qualidade de lesado, mas isso apenas nos casos em que a prática do crime haja ocasionado danos, o que, obviamente, nem sempre sucede. Por último, a vítima do crime pode intervir no processo penal na qualidade de testemunha, limitando-se a responder às perguntas que lhe sejam dirigidas por Magistrados, advogados e, eventualmente, órgãos de polícia criminal. Verdadeiramente, pois, a vítima não tem, nessa qualidade, uma intervenção no processo penal que se possa afirmar cabalmente conformadora.

Nestes termos, revela-se deveras importante a introdução da mediação penal no contexto jurídico português, pois permite que a vítima tenha um espaço privilegiado de intervenção pessoal.

O tempo da mediação é um tempo de e para pessoas, daí que não haja duração máxima das sessões de mediação definida por antecipação. As sessões de mediação podem ser entendidas como um espaço em que a vítima tem voz, expõe as suas razões, os seus intentos, a sua raiva, as suas objecções. Nesse percurso é auxiliada pelo mediador. É que, para além dos direitos antes enumerados, a vítima tem um outro: o de não ser confrontada, contra a sua vontade, com o seu agressor, eventualmente arguido. Para o exercício desse direito, o papel do mediador penal é decisivo. É certo que o espaço da mediação pretende ser um espaço de diálogo e é igualmente verdade que o mediador, um terceiro imparcial, tem nesse processo um papel determinante enquanto promotor do diálogo e auxiliador dos mediados no caminho que ambos tentam trilhar na construção do acordo que resulta, apenas, da vontade dos mediados. Porém, na mediação penal os mediadores têm cuidados acrescidos na forma como vítima e arguido são colocados frente-a-frente. Para isso, a relação estabelecida entre cada um deles e o mediador e a forma como este gere cada caso revela-se determi-



nante. Nesse processo são importantes as sessões individuais já que o mediador realiza sessões de mediação de modo bifocal, isto é, reúne apenas com a vítima e, em um outro momento, apenas com o arguido. Este procedimento permite ao mediador perceber o grau de litigiosidade existente entre a vítima e o arguido e reduz a tensão inicial ou mesmo a escalada do conflito, o que pode ser ainda mais importante nos casos em que ambos se conhecem. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que estejam em causa crimes de difamação ou de injúrias motivados por problemas pessoais entre ambos. Ao não estar frente-a-frente com o arguido, a vítima consegue vivenciar mais facilmente o problema e, em última análise, o crime e as memórias que ele lhe traz. Nessa medida, a vítima torna o seu diálogo com o mediador progressivamente mais objectivo porque vai estruturando as emoções e os sentimentos inerentes ao conflito, o que permitirá depois ao mediador, enquanto promotor do diálogo, no caso bifocal, transmitir ao arguido as vivências da vítima e, do mesmo passo, colher as deste e transmiti-las à vítima. De certo modo, permite-se que a vítima reconheça gradualmente aquele que foi o responsável pela agressão, através do mediador, e se reestruturam pela possibilidade de o confrontar com as consequências do seu acto, de expressar os seus sentimentos e pensamentos e de encontrar a forma de se sentir verdadeiramente reparada. Nessa medida, protege a vítima do crime e contribui para a preparação, necessária, do encontro entre ela e o arguido que terá lugar, pelo menos, aquando da assinatura do acordo de mediação.

Nestes termos, cabe à vítima decidir, tal como ao arguido, se, como, quando e em que termos se desenrola o processo de mediação e se constrói o acordo. O mediador não é Juiz, não profere sentenças nem impõe decisões, apenas auxilia a vítima do crime e o arguido, designadamente promovendo o diálogo. O direito de tudo decidir atribuído aos mediados é, assim, a pedra basilar da mediação. Não existe na língua portuguesa uma palavra única que tra-

---

(17) Sobre as garantias fundamentais das vítimas de crimes, por exemplo, Marques, Frederico Moyano, Lázaro, João, “A Mediação Vítima-Infractor e os Direitos e Interesses das Vítimas”, in *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, cit. (pp. 27-37), pp.29 e ss.

(18) O. artigo 113.º CP define quais são os titulares do direito de queixa.

duza esta ideia, por isso recorro àquela que na língua inglesa a verbaliza: *empowerment*. Este é também um direito da vítima do crime (17).

Este poder de conformação total da vítima que existe no processo de mediação penal não tem, crê-se, paralelo no âmbito processo penal.

Mas a vítima do crime também tem deveres no contexto da mediação penal. Um deles decorre da exposição anterior: a vítima tem que comparecer pessoalmente às sessões de mediação. Pode-se fazer acompanhar por advogado ou advogado estagiário, mas a sua presença física é incontornável, o que se compreende, atento o *empowerment* que lhe assiste.

Há, porém, exceções. À luz da Lei que aprova o regime da mediação em processo penal, nos casos em que o ofendido não possua o discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa ou tenha morrido sem ter renunciado à queixa, a mediação pode ter lugar com intervenção do queixoso em lugar do ofendido (18). Quer isto significar que em certos casos a Lei reconhece aos titulares do direito de queixa o direito de intervir no processo de mediação, assumindo assim o lugar da vítima do crime no âmbito do processo de mediação, pelo que o queixoso pode declinar a mediação ou intervir nela, aceitando depois, ou não, o acordo que da mesma resulte. Nestes termos, o texto *supra* vale também para os casos em que o mediado seja, não a vítima, mas queixoso.

Por último, refira-se que a vítima do crime deve guardar reserva sobre o que se passa nas sessões de mediação. A confidencialidade é uma garantia, legal, que se reconhece no processo de mediação. Nessa medida, é uma garantia da vítima do crime face aos demais intervenientes na mediação penal, mas, do mesmo passo, traduz-se em um ónus que lhe é imposto, donde, estamos perante um dever.

### **III A vítima na mediação penal em Portugal como *case study*: a procura da mediação penal, desconhecimento**

## **e resistências, a presença do advogado, o acordo, os crimes abrangidos, apreciação do funcionamento do Sistema de Mediação Penal**

Eleger a vítima na mediação penal em Portugal como *case study* exige algumas advertências. Como ficou amplamente explicado *supra*, a mediação penal ainda se encontra em um período experimental e a uma escala reduzida, apenas em quatro comarcas. Assim, a partilha de informação neste contexto terá, como se compreende, algumas reservas. A informação constante do texto subsequente procura-se mais qualitativa do que quantitativa pois admite-se ilustrar melhor a primeira como verdadeiramente se tem movido a vítima no seio da mediação penal em Portugal.

Ainda é escassa a procura da mediação penal pelos cidadãos e, naturalmente, pelas vítimas de crimes. Existe um número nacional para o qual os potenciais utentes podem ligar para obter informações. Trata-se do número azul (custo de chamada local) 808 26 2000. É um número que se destina a dar informações sobre todos os meios de resolução alternativa de litígios. Também na página electrónica do GRAL ([www.gral.mj.pt](http://www.gral.mj.pt)) se pode encontrar muita informação e, inclusivamente, enviar um e-mail a solicitar as informações tidas por convenientes. Na página electrónica do GRAL existe mesmo uma inteligência artificial, de nome Vera, disponível para responder a questões concretas que as pessoas lhe pretendam dirigir sobre os meios de resolução alternativa de litígios em geral e sobre a mediação penal em particular. Assim, as ferramentas para esclarecer e auxiliar os cidadãos existem.

Não obstante, até ao momento presente, todos os processos remetidos para mediação penal foram-no por iniciativa do MP. Em

---

(19) Para uma análise da mediação penal na Europa, Lauwaert, Katrien, “Quadro Legal da Mediação Vítima-Agressor na Europa Continental”, in *Newsletter DGAE*, N.º 2 (Dezembro), Lisboa, 2003, (pp. 12-18), pp. 12 e ss, em especial p. 17; Aersten, Ivo, Peters, Tony, “As Políticas Europeias em Matéria de Justiça Restaurativa”, in *Sub Judice*, N.º 37 (Outubro-Dezembro), Lisboa, 2006 (pp. 37-46), pp. 37 ss.

(20) Sobre o possível conteúdo das sessões de mediação penal, por exemplo, Aersten, Ivo, Peters, Tony, “Mediação Para Reparação: a Perspectiva da Vítima”, in *Sub Judice*, N.º 37 (Outubro-Dezembro), Lisboa, 2006 (pp. 9-23), pp. 19 e ss.

nenhum caso a vítima do crime requereu ao MP, conjuntamente com o arguido, mediação penal.

Tal asseveração deve-se em grande parte à circunstância de a mediação, não apenas a penal, ser ainda uma realidade recente em Portugal que ainda não se entranhou na sociedade portuguesa.

Na generalidade dos países europeus e do resto do mundo, há mais ou há menos tempo, existe mediação. Em certos países, sobretudo anglo-saxónicos, a mediação pode dizer-se fazer parte da cultura de resolução de conflitos. Em países europeus de raiz romano-germânica como o nosso cultivou-se também uma boa experiência que os cidadãos podem ter à sua disposição para resolver determinados conflitos, designadamente penais. Foi isso que se procurou fazer em Portugal. Colhendo o melhor da experiência de outros países no âmbito da mediação penal<sup>(19)</sup> e fazendo as adaptações neces-

---

(21) Sobre isto, Ashworth, Andrew, “Responsibilities, Rights and Restorative Justice”, in *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, N.º 3 (Summer), 2002 (pp. 578-595), p. 578; Morris, Allison, “Critiquing the Critiques, A Brief Response to Critics of Restorative Justice”, in *The British Journal of Criminology*, cit. (pp. 596- 615), pp. 598 e ss; Braithwaite, John, “Principles of Restorative Justice”, in *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, HART Publishing, Oregon, 2003 (pp. 1-20), pp. 8 e ss; Pelikan, Christa, “Sobre a Justiça Restaurativa”, in *Newsletter DGAE*, N.º 2 (Dezembro), Lisboa, 2003, (pp. 9-11), pp. 9 e ss; da mesma Autora, “General Principles of Restorative Justice”, in *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, cit. (pp.15-25), pp. 15 e ss.; Garsse, Leo Van “A Mediação no Âmbito da Justiça Penal? Algumas Reflexões Baseadas na Experiência”, in *Newsletter DGAE*, N.º 3 (Maio), Lisboa, 2004, (pp. 12-16), pp. 14 e ss; Pinto, João Fernando Ferreira, “O Papel do Ministério Público na Ligação Entre o Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima-Agressor”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, N.º 1 (Janeiro-Março), Coimbra, 2005, (89-113), pp. 104-105; Rodrigues, Anabela Miranda, “A Propósito da Introdução do Regime de Mediação no Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, N.º 105 (Janeiro-Março), Lisboa, 2006 (pp. 129-133), pp. 130-131; Santos, Cláudia, “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal — Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojecto que Introdz a Mediação Penal ‘de Adultos’ em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, N.º 1 (Janeiro-Março), Coimbra, 2006 (85-113), pp. 92 e ss; Costa, Diogo Pinto da, “Mediação em Processo Penal”, in *Revista de Direito MaiaJurídica*, Ano IV, N.º 1 (Janeiro-Junho), Maia, 2006 (pp. 79-94), pp. 79 e ss; Caetano, Duarte, “Justiça Restaurativa”, in *Sub Judice*, N.º 37 (Outubro-Dezembro), Lisboa, 2006 (pp. 47-52), pp. 47 e ss; Esteves, Raúl, “A Novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal”, in *Sub Judice*, N.º 37 (Outubro-Dezembro), Lisboa, 2006 (pp. 53-64), pp. 53 e ss; Lázaro, João, Marques, Frederico Moyano, “Justiça Restaurativa e Mediação”, cit.. pp. 67 e ss Morão, Helena, Justiça Restaurativa e Crimes Patrimoniais na Reforma Penal de 2007, no prelo.

sárias à realidade portuguesa e respectivo ordenamento jurídico, conferiu-se aos cidadãos um novo instrumento que lhes permite aceder à Justiça e contribuir pessoalmente para a alcançar.

Há que reconhecer que em Portugal as vítimas de crimes ainda não estão suficientemente familiarizadas com a mediação penal e com todas as possibilidades que ela carrega. Na mediação penal a vítima pode participar de modo activo na restauração do equilíbrio afectado pela prática do crime. Tem ainda a faculdade de acarear o arguido com as consequências, pessoais ou outras, que a prática do crime possa ter provocado. Tem igualmente o poder de contribuir de modo activo para a determinação da forma de compensação e/ou de superação do crime, apresentando propostas concretas ao arguido <sup>(20)</sup>.

Do exposto resulta que a designada justiça restaurativa (*restorative justice*) <sup>(21)</sup>, de que a mediação penal é manifestação, ainda não penetrou suficientemente na sociedade portuguesa. Na verdade, as vítimas dos crimes e os cidadãos em geral ainda desconhecem ou olham com estranheza para um meio que lhes permite resolver, com a ajuda do mediador, os conflitos que tenham. Séculos de Inquisição e de Monarquia Absoluta a par da Ditadura do Estado Novo serão factores que talvez possam explicar porque é que os cidadãos da ainda jovem democracia portuguesa se acomodam melhor a decisões que são tomadas por terceiros e que lhes são impostas do que a experiências que lhes permitem ter uma participação activa na superação do conflito. Factores de natureza sociológica e outros, que melhor poderão ser compreendidos, estudados e explanados por especialistas da área, poderão explicar de modo cabal o porquê desta realidade. Factualmente posso afirmar que o Ministério da Justiça tem feito o que está ao seu alcance para levar ao conhecimento dos cidadãos a existência da mediação. Por isso, estou certa que os bons frutos, traduzidos na superação dos conflitos penais, serão colhidos pelas vítimas dos crimes a médio prazo, à medida que for havendo maior familiaridade com a mediação penal.

---

<sup>(22)</sup> Contra, Marques, Frederico Moyano, Lázaro, João, “A Mediação Vítima-Infractor e os Direitos e Interesses das Vítimas”, cit. pp. 34-35.

De qualquer modo, é de assinalar que em cerca de 70% dos processos remetidos para mediação penal a vítima e o arguido anuem quanto à submissão do caso a mediação. Isto significa que, embora haja dificuldade em fazer chegar a mediação penal aos cidadãos, quando os mesmos cidadãos tomam com ela contacto e lhes é explicado o que é, como se processa e demais características, uma parte muito significativa concorda em que o processo de mediação seja levado por diante.

Para que a vítima do crime confie na mediação penal e se sinta segura durante o processo de mediação, o advogado pode ter, a par do mediador, um papel muito importante. De facto, quando a vítima tenha advogado constituído ou consulte um advogado antes ou durante o processo de mediação, procurando ajuda ou mesmo aconselhamento, por exemplo sobre o possível teor do acordo, é essencial que o advogado a ajude e aconselhe de modo esclarecedor. O advogado pode mesmo acompanhar a vítima do crime durante as sessões de mediação <sup>(22)</sup>. Refira-se que a partir dos dados recolhidos dos inquéritos de satisfação dirigidos aos utentes da mediação penal se pode inferir que mais de 70% dos utentes procuraram aconselhamento jurídico, o que é um sinal positivo, pois de certo modo também revela o cuidado que os mediadores dedicaram ao esclarecimento dos direitos das vítimas do crime e também aos arguidos, designadamente o direito de consultar e/ou constituir advogado.

A propósito do teor do acordo, referiu-se que o advogado pode ter um papel importante. Mas não só o advogado. Desde logo, há que notar que o mediador auxilia tanto a vítima do crime como o arguido na fixação dos termos do acordo, cujo teor é livremente determinado, pelo que, a haver alguma ilegalidade, o mediador deve proceder à respectiva identificação e eliminação. Mas neste processo há ainda uma outra entidade que tem uma intervenção determinante: o MP. Com efeito, depois de elaborado e assinado o acordo, ele é submetido ao MP, para homologação. Caso constem

---

<sup>(23)</sup> Neste sentido veja-se Neto, Maria Luísa, “A Primeira Experiência de Mediação Vítima-Infractor em Portugal”, cit., p. 154, segundo a qual “A grande maioria dos casos encaminhados referia-se a crimes contra as pessoas, principalmente ofensas à integridade física simples (60%), ameaças e injúrias.”

do acordo sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se prolongue por mais de 6 meses, caberá ao MP rejeitar a homologação do acordo e devolvê-lo ao mediador para que este, em conjunto com a vítima do crime e o arguido, sane a ilegalidade. São exemplos de deveres passíveis de constar de um acordo de mediação o pagamento de uma quantia pecuniária, a apresentação de um pedido de desculpas ou a reparação ou reconstrução de um bem danificado.

De entre os vários crimes passíveis de serem submetidos a mediação penal, a experiência do SMP demonstra que uma importante percentagem se reporta ao crime de ofensa à integridade física simples. Concretamente, 45% dos processos remetidos para mediação penal tinham por base a prática de factos subsumíveis ao tipo-de-ilícito de ofensa à integridade física simples (artigo 143.º CP). Segue-se o crime de ameaça (artigo 153.º CP), com 18%. Do exposto resulta que a maior fatia dos crimes se situa no âmbito dos crimes contra as pessoas. Trata-se de uma realidade já verificada no “Projecto do Porto” (23). Desta constatação poder-se-ão, para o futuro, colher ilações, válidas desde logo para outros Magistrados do MP de comarcas onde ainda não existe mediação penal, mas também para os mediadores e entidades formadoras de mediadores penais, que poderão eleger e transmitir as melhores técnicas na abordagem desses casos. De qualquer modo, nota-se que são os crimes em que se verificou envolvimento directo da vítima os que mais são remetidos para mediação penal.

No que respeita à avaliação que é dirigida ao modo de funcionamento do SMP em Portugal, os dados disponíveis resultam de inquéritos de satisfação dirigidos aos mediados, não se procedendo à distinção vítima/arguido. Não obstante, os dados são expressivos. Mais de 80% dos mediados no âmbito da mediação penal disse ter ficado satisfeito ou muito satisfeito com o processo de mediação penal. Trata-se de dados deveras animadores, que são um estímulo para a continuação do trabalho que se impõe, pois demonstram que tudo o que se tem feito neste domínio, para as pessoas, é avaliado de forma muito positiva por essas mesmas pessoas.

## **Balanço da experiência**

1. A mediação penal contribui para centrar a pessoa que foi alvo da prática do crime como vítima do crime, conferindo-lhe um papel activo e determinante na superação do conflito.

2. A experiência da mediação penal em Portugal tem-se centrado sobretudo no âmbito dos crimes contra as pessoas, com particular incidência no crime de ofensa à integridade física simples e no crime de ameaça.

3. A grande maioria dos utentes que recorre aos serviços da mediação penal avalia positivamente o funcionamento do Sistema de Mediação Penal.

Para quaisquer observações: [smmreis@hotmail.com](mailto:smmreis@hotmail.com)

---

(\*) Assistente na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

(<sup>1</sup>) MANUEL AFONSO VAZ, “O Direito e a Justiça na estrutura constitucional portuguesa — A heteronomia como estrutura organizatório-valorativa do Estado de Direito”, in *Direito e Justiça*, Vol. XI, tomo 2, 1997, pp. 63-72, p. 66.



# HAJA UMA NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos  
particulares ao Tribunal Constitucional

*Pela Mestre Catarina Santos Botelho (\*)*

## SUMÁRIO:

**I** — Considerações Introdutórias. **II** — O recurso de amparo constitucional espanhol e a queixa constitucional alemão. 1. O recurso de amparo como mecanismo de tutela dos direitos fundamentais; 2. A queixa constitucional alemã; 3. O recurso de amparo constitucional espanhol. **III** — As propostas de introdução de um recurso de amparo constitucional e as suas objecções. **IV** — Fundamentos constitucionais que militam a favor da consagração de um recurso de amparo constitucional. **V** — As vantagens de uma eventual inserção do recurso de amparo constitucional. **VI** — Conclusões: um apelo ao legislador de revisão constitucional.

## I — CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. O movimento constitucional, que despontou nos finais do século XVIII, tanto na Europa Ocidental como no continente americano, iniciou o longo caminho de atribuir às constituições escritas um valor axial e medular da restante ordem jurídica. Importa

---

(<sup>2</sup>) Cfr. HERBERT POSSER, *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 77, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 413, e PIERRE BON, “La protection constitutionnelle des droits fondamentaux: aspects de droit comparé européen”, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Vol. XXXI, 1990, pp. 9-65, p. 11.

(<sup>3</sup>) *Apud* CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2002, p. 20.

(<sup>4</sup>) Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais — Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010, p. 45, e HERBERT KRÜGER, *apud* FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “La judicialización del Derecho Constitucional”, in *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 3, Primavera de 1993, J. V. Ediciones, Valencia, pp. 43-52, p. 46.

(<sup>5</sup>) ALFRED RINKEN, “Artikel 93.º — Zuständigkeit des Bundesverfassungsgericht”, in AAVV, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Neuwied, Krieffel: Luchterhand, 2001, p. 54.

começar por referir que, dois séculos mais tarde, a *in*-subordinação do Estado ao Direito — também apelidada de “*Nicht-Recht*” (1) — sequela das duas Grandes Guerras e da experiência de vários regimes ditatoriais/autoritários, despertou uma inédita atitude de desconfiança perante o Legislador e a exigência de uma ascensão formal dos direitos fundamentais.

Num contexto tão atribulado, a crença na onipotência do aparelho legislativo rapidamente decresceu, ao ponto de imperar, em especial na Europa Ocidental, um desconfortável cepticismo (2). Em sintonia, afiguram-se-nos estranhamente perturbadoras e clarividentes as palavras de William Rappard, quando lembrou que as teses assentes na infalibilidade da lei foram responsáveis pelo “cemitério de todas as constituições escritas” (3).

Os cidadãos compreenderam que a existência de um Parlamento não era uma garantia suficiente para a tutela dos seus direitos e reivindicaram protecção contra potenciais investidas do próprio legislador. Aqui (na dessacralização da lei) é dado o primeiro salto lógico da maior relevância, ao atribuir-se uma dignidade hierárquica superior aos direitos fundamentais, através da sua constitucionalização.

Destarte, nos nossos dias, por força do princípio da constitucionalidade, é a lei que se terá de mover no território dos direitos fundamentais, e não o oposto (4). Com este intuito, criaram-se modelos de justiça constitucional, aos quais se atribuiu a complexa tarefa de dar exequibilidade prática aos ditames constitucionais, muito particularmente, aos direitos e deveres fundamentais (5).

---

(6) Neste sentido, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, “A Lei Fundamental de Bonn e o direito constitucional português”, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXV, 1989, pp. 1-27, p. 11.

(7) Para uma exposição mais detalhada, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 45-46.

(8) Cfr. LUIGI FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales”, in AAVV, *Teoría del neoconstitucionalismo — Ensayos escogidos*, UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp.71-89, p. 72.

(9) Nestes precisos termos, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 41-42.

2. De forma a engendrar um cabal e fecundo cumprimento das considerações precedentes, a *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Constituição da República Federal da Alemanha) acolheu expressamente, no n.º 3 do seu artigo 1.º, o revolucionário princípio da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, que pugna por uma vinculação dos poderes legislativo, executivo e judicial a estes direitos <sup>(6)</sup>. De igual forma, a Constituição portuguesa, inspirada no texto constitucional germânico, consagrou, no artigo 18.º, n.º 1, de forma lapidar, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Assim, a eficácia dos direitos fundamentais não fica refém de uma eventual regulação legislativa, mas, ao invés, tem eficácia *per se*, isto é, tem um conteúdo normativo que pode ser feito valer através da própria Constituição <sup>(7)</sup>.

3. Em consonância com esta linha de pensamento, as constituições assumem a responsabilidade de tornar operantes os direitos nelas salvaguardados, quer mediante o acompanhamento cuidado da evolução da realidade constitucional, quer pelo compromisso de implementar técnicas efectivas de tutela dos direitos fundamentais <sup>(8)</sup>. Mais: os textos constitucionais vigentes, fecundados e enriquecidos com um forte pendor axiológico e material, necessitam de mecanismos de salvaguarda desses direitos fundamentais, não apenas garantidos através da jurisdição ordinária, mas também, a título subsidiário e extraordinário, pela jurisdição constitucional <sup>(9)</sup>. De resto, estamos em condições de afirmar, com Luigi Ferrajoli, que a garantia dos direitos fundamentais é como que “a outra face do constitucionalismo” <sup>(10)</sup>.

Tendo isto em consideração, começaremos por apresentar os regimes de tutela dos direitos e liberdades fundamentais, nas justiças constitucionais alemã, espanhola e portuguesa, seguindo-se

---

<sup>(10)</sup> “Garantías”, in *Jueces para la democracia. Información y Debate*, n.º 38, 2000, Madrid, pp. 39-46, p. 41.

<sup>(11)</sup> Cfr., de novo, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 18.

<sup>(12)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 82-89.

uma exposição acerca das duas tentativas malogradas de consagração de um recurso de amparo no ordenamento jurídico-constitucional português. Após apresentarmos as várias críticas de que este tem sido alvo, tentaremos, numa perspectiva construtiva e *de jure condendo*, demonstrar as suas enormes potencialidades, enquanto instrumento precioso de garantia e de ressonância do princípio da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais <sup>(11)</sup>.

## II — O RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL ESPANHOL E A QUEIXA CONSTITUCIONAL ALEMÃ

### 1. O recurso de amparo como mecanismo de tutela dos direitos fundamentais

1. São várias as possibilidades que se oferecem ao legislador aquando da ponderação político-legislativa acerca da criação de instrumentos de protecção dos direitos fundamentais. À cabeça, destacam-se o recurso de amparo ou a queixa constitucional, que, por motivos histórico-políticos e garantísticos, se têm vindo a globalizar, conquanto com evidentes diferenças no que toca ao seu modo de funcionamento, em particular, relativamente aos catálogos de direitos e liberdades tutelados, à tramitação processual, à legitimidade processual activa e passiva, e, por último, no que concerne ao órgão incumbido de decidir sobre o recurso ou queixa <sup>(12)</sup>.

2. O recurso de amparo jurisdicional abarca três modalidades: o amparo *judicial*, o amparo *constitucional* e o amparo *interna-*

---

<sup>(13)</sup> Cfr. ROSARIO TUR AUSINA, *Garantía de Derechos y Jurisdicción Constitucional — Efectividad del Amparo tras la Sentencia Estimativa*, Tirant to Blanch, Valencia, 2008, p. 132, nt. 251.

<sup>(14)</sup> Mais em pormenor, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, “*Quo vadis* ‘doutrina da margem nacional de apreciação?’ O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Luís Carvalho Fernandes*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 331-372.

*cional* <sup>(13)</sup>. Numa perspectiva global, a internacionalização do direito e do recurso de amparo verificou-se em duas frentes. Por um lado, através do *amparo internacional (europeu)*, confiado ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Como é sabido, o Protocolo Adicional n.º 11 criou o mecanismo de queixa individual, vazado nos artigos 34.º e seguintes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e procurou dar resposta a um dos aspectos mais veementemente criticados no sistema da Convenção, que residia no facto de esta apenas admitir a apresentação de queixas pelos Estados. Por outro lado, foi igualmente relevante a instituição do *amparo inter-americano*, reconhecido na competência contenciosa do Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem, no artigo 25.º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos <sup>(14)</sup>.

Cumprе esclarecer que o recurso de amparo *constitucional* se distingue do amparo *judicial*, ao constituir a última instância na protecção de direitos fundamentais e ao pretender superar uma potencial incompletude da sua tutela pela justiça ordinária. Numa breve sùmula, o recurso de amparo constitucional adopta três características particulares que o diferenciam e posicionam face ao amparo judicial: (i) em primeiro lugar, tem natureza subsidiária, ou seja, permite aos particulares lesados nos seus direitos fundamentais interporem uma acção perante o Tribunal Constitucional

---

<sup>(15)</sup> Importa, antes de prosseguirmos, alertar que, por razões de economia, usaremos doravante a expressão “direitos fundamentais”, ainda que, no rigor dos termos, nos devêssemos referir a “*direitos fundamentais tutelados* pelo recurso de amparo ou queixa constitucional”.

<sup>(16)</sup> Cfr., em especial, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 85, e GERHARD DANNEMANN, “Constitutional Complaints: The European Perspective”, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, N.º 1, Jan. 1994, Cambridge University Press, pp. 142-153, p. 142.

<sup>(17)</sup> Cfr. RÜDIGER ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, Verlag C.H. Beck, Munique, 2006, 3.ª ed., pp. 63-76. Expondo a relevância do Direito Comparado na evolução constitucional, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, “Lost in Translations — A crescente importância do Direito Constitucional Comparado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Almedina, 2011, pp. 53-106, e RUI MEDEIROS, *Constitucionalismo de Matriz Lusófona — Realidade e Projecto*, Babel, Lisboa, 2011, em especial, pp. 83-91.

<sup>(18)</sup> Mais desenvolvidamente, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 86-88.

<sup>(19)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 169.

somente após o esgotamento prévio das vias judiciais ordinárias; (ii) em segundo lugar, apresenta uma especialização relativamente ao amparo judicial, posto que o seu âmbito material abarca apenas o exame de eventuais violações de direitos constitucionais (em particular, os direitos fundamentais), não se imiscuindo na análise da legalidade ordinária; (iii) e, por último, possui carácter extraordinário, não operando como um mecanismo normal de protecção dos direitos fundamentais <sup>(15/16)</sup>.

Uma análise de Direito Constitucional Comparado permite-nos afirmar que a esfera de incidência deste mecanismo se tem vindo a globalizar <sup>(17)</sup>. A título exemplificativo, na Europa ocidental, podemos realçar a Alemanha (*Verfassungsbeschwerde*), a Áustria (*Beschwerde*), a Espanha (*recurso de amparo*) e a Suíça (*staatsrechtliche Beschwerde*) <sup>(18)</sup>.

## 2. A queixa constitucional alemã

1. Quando se iniciaram as discussões públicas e os debates que antecederam a aprovação da actual Constituição Federal alemã (GG), o desenvolvimento do Estado de Direito atingira já patamares elevados e entendeu-se que a inserção da queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) era dispensável. Na verdade, o artigo 19.º, n.º 4, da GG, ao consagrar o direito à tutela jurisdicional — através do qual os direitos, em especial, os direitos fundamentais estariam protegidos contra qualquer actuação das autoridades públicas, perante um tribunal — parecia assegurar uma salvaguarda jurídica satisfatória <sup>(19)</sup>.

Do exposto, não admira que a queixa constitucional tenha sido primeiramente introduzida fora do texto constitucional, na Lei do

---

<sup>(20)</sup> JUTTA LIMBACH, *Aufgabe und Bedeutung der Verfassungsbeschwerde*, Schriften der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V., Heft 8, S. Roderer Verlag, Regensburg, 1997, p. 5.

<sup>(21)</sup> Sobre o tema, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 170-171.

<sup>(22)</sup> GISELA SCHERER, *Die Verfassungsbeschwerde in ihrer Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt*, Freiburg, Univ. Diss., 1959, pp. 65-66.

Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* — BVerfGG), em 12 de Março de 1951, vindo a ser mais tarde constitucionalizada, em 29 de Janeiro de 1969, através da 19.<sup>a</sup> Lei sobre a Revisão da Constituição Federal <sup>(20)</sup>. Hoje em dia, o instituto encontra-se vertido no artigo 93.º, n.º 1 (4a. e 4b.), da GG e nos artigos 90.º a 96.º da BVerfGG. De resto e em bom rigor, a protecção conferida pela queixa constitucional ultrapassa a garantia da via judicial prevista no artigo 19.º, n.º 4, da GG, posto que o direito à tutela jurisdicional não abarca um recurso adicional contra acórdãos das instâncias superiores transitados em julgado, nem garante, até ao momento, uma protecção jurídica processual contra o legislador.

2. Na redacção do artigo 90.º, n.º 3, da BVerfGG, a queixa constitucional está veiculada tanto ao nível federal, como nas demais constituições dos Estados federados. Deste modo, na hipótese de o objecto da queixa constitucional incidir sobre um direito salvaguardado, quer na GG, quer na Constituição do Estado federado, garante-se uma dupla via de protecção dos direitos fundamentais, a efectivar-se, não apenas a nível federal, mas também perante o próprio Estado federado a que o cidadão lesado pertença <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> A saber: artigo 20.º, n.º 4 (direito de resistência — *Widerstand*), artigo 33.º (igualdade de cidadania de todos os alemães — *Staatsbürgerliche Gleichstellung aller Deutschen*), artigo 38.º (direito de sufrágio — *Wahlrechtsgrundsätze*), artigo 101.º (proibição de tribunais de excepção e direito ao juiz legal — *Recht auf den gesetzlichen Richter*), artigo 103.º (direitos fundamentais do acusado de ser ouvido — *Anspruch auf rechtliches Gehör* — e proibição do *ne bis in idem* — *Verbot rückwirkender Strafgesetze und der Doppelbestrafung*) e 104.º (garantias jurídicas na privação da liberdade de ensino — *Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung*), todos da GG.

<sup>(24)</sup> A amplitude do objecto da queixa constitucional alemã é salientada pela doutrina, em termos de Direito comparado. Cfr. GERHARD DANNEMANN, *op. cit.*, p. 145, ULLI F. H. RÜHL, “Die Funktion der Verfassungsbeschwerde für die Verwirklichung der Grundrechte”, *in KritV*, 81 Jahrgang, Heft 2, 1998, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 156-170, p. 160, e WALTHER FÜRST e HELLMUTH GÜNTHER, *Grundgesetz: Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in der Grundzügen*, Erich Schmidt Verlag, 2.<sup>a</sup> ed. Berlin, 1978, p. 62.

<sup>(25)</sup> Como referem KLAUS SCHLAICH e STEFAN KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht — Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Verlag C. H. Beck, Munique, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 197, a queixa constitucional não constitui um recurso complementar (*zusätzlicher Rechtsbehelf*).

<sup>(26)</sup> Cfr. o artigo 34.º da BVerfGG.

A queixa constitucional configura-se como um mecanismo de tutela concebido para controlar as intervenções ablativas nos direitos fundamentais dos cidadãos provocadas por qualquer decisão administrativa, decisão judicial ou acto normativo <sup>(22)</sup>. Contudo, relativamente ao seu âmbito de aplicação, o legislador não visou salvaguardar todos os direitos fundamentais em sentido material, mas apenas os “*Grundrechte*” (direitos fundamentais) catalogados como tal na GG e os “*grundrechtsgleiche Rechte*” (direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais), taxativamente enumerados no artigo 90.º, n.º 1, da BVerfGG <sup>(23)</sup>.

3. Nos termos do artigo 90.º, n.º 1, *in medio*, da BVerfGG, a queixa constitucional pode ter como objecto toda a actuação do poder público, independentemente da forma jurídica que assuma. Ou seja, incide sobre quaisquer actos emanados pelos poderes legislativo, administrativo ou judicial <sup>(24)</sup>.

O requerente deverá apresentar a sua queixa constitucional por escrito, com a respectiva motivação e com a especificação do direito que alegadamente foi violado e do acto/omissão do órgão ou autoridade pública que lesou a sua esfera jurídica subjectiva. Segundo uma leitura combinada do artigo 94.º, n.º 2, 2.ª parte, da GG, com o artigo 90.º, n.º 2, 1.ª parte, da BVerfGG, exige-se também o esgotamento prévio das vias judiciais existentes (*Erschöpfung des Rechtswegs*), transformando-se, por conseguinte, a queixa constitucional num mecanismo extraordinário de protecção dos direitos fundamentais <sup>(25)</sup>. Apesar do processo de queixa constitucional ser isento de custas, a utilização abusiva deste instituto

---

<sup>(27)</sup> Cfr. o artigo 93.º, n.º 1, da BVerfGG.

<sup>(28)</sup> Cfr. o artigo 93.º, n.º 3, da BVerfGG.

<sup>(29)</sup> Cfr. o artigo 95.º, n.º 2, 1.ª parte, da BVerfGG.

<sup>(30)</sup> Em qualquer dos casos, devolve-se o processo ao tribunal competente (artigo 95.º, n.º 2, 2.ª parte, da BVerfGG).

<sup>(31)</sup> Cfr. o artigo 95.º, n.º 3, da BVerfGG.

<sup>(32)</sup> ULLI F. H. RÜHL, *op. cit.*, p. 160.

<sup>(33)</sup> Cfr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán”, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVI, núm. 77, Mayo-Agosto, 1993, pp. 461-488, p. 482.



poderá ser sancionada com o pagamento de uma quantia monetária, até ao limite máximo de 2.600 euros <sup>(26)</sup>.

4. Em regra, a queixa constitucional deverá ser interposta num prazo de *um mês* a contar da notificação da decisão, da tomada de decisão ou da comunicação da mesma, conforme os casos <sup>(27)</sup>. Excepcionalmente, quando a queixa for intentada contra uma lei ou outro acto de soberania perante o qual não se encontre aberta a via judicial, o prazo será de *um ano* a contar da sua entrada em vigor ou da sua publicação <sup>(28)</sup>.

Se a queixa constitucional for dirigida contra uma decisão (v.g., uma decisão administrativa), o acórdão favorável do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCFA) ditará a anulação dessa decisão <sup>(29)</sup>. Caso a queixa tenha por objecto uma decisão judicial, poderemos estar perante três possibilidades: (i) se o TCFA entender que a própria legislação que serviu de suporte legal à decisão do tribunal *a quo* é inconstitucional, declarará a nulidade da legislação em causa; (ii) se considerar que o tribunal *a quo* aplicou a legislação de modo inconstitucional, revogará a decisão; (iii) se entender que a constitucionalidade da legislação depende da sua interpretação em determinado sentido, os tribunais ordinários ficarão vinculados a essa interpretação <sup>(30)</sup>. Por último, na hipótese de uma queixa constitucional contra uma lei ser considerada procedente, o TCFA procederá à declaração de nulidade dessa lei <sup>(31)</sup>.

5. Na sequência do atrás exposto, concluímos que o grande atractivo deste mecanismo reside na possibilidade de abrir aos cidadãos uma “via de acesso directo” (*unmittelbaren Zugang*) <sup>(32)</sup> ao TCFA, que terá como incumbência interpretar as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais,

---

<sup>(34)</sup> Veja-se, a propósito, DOROTHEE AX, *Prozeßstandschaft im Verfassungsbeschwerde-Verfahren — Zugleich ein Exkurs betreffs Methoden richterlicher Rechtsfortbildung im Verfassungsbeschwerde-Verfahren*, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 61, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, pp. 35-40, KLAUS SCHLAICH e STEFAN KORIOTH, *op. cit.*, p. 141, e RÜDIGER ZUCK, *op. cit.*, pp. 29-32.

<sup>(35)</sup> Para um historial breve, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 216.

de maneira oportuna e, quando for o caso, criativa <sup>(33)</sup>. No entanto, a finalidade da queixa constitucional vai para além da protecção individual dos direitos fundamentais. A esta luz, o artigo 31.º, n.º 1, da BVerfGG, ao estipular que as decisões do TCFA “vinculam todos os órgãos constitucionais do Estado Federal e dos Estados federados, assim como todos os tribunais e autoridades”, acolhe, de forma cristalina, uma vertente objectiva da queixa constitucional, visto que os acórdãos proferidos nesta sede servirão de critério de interpretação e desenvolvimento do Direito Constitucional <sup>(34)</sup>.

### 3. O recurso de amparo constitucional espanhol

1. Quando a actual Constituição espanhola (CE), de 1978, decidiu positivar o recurso de amparo, teve como fontes inspiradoras o amparo mexicano, a Constituição precedente de 1931, o modelo da *Verfassungsbeschwerde* alemã e das *Beschwerden* suíça e austríaca <sup>(35)</sup>.

Em tais contingências legiferantes, o artigo 53.º, n.º 2, da CE, estipula que “qualquer cidadão poderá obter a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14.º e na 1.ª Secção do Capítulo II perante os Tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios de preferência e de sumariedade e, se for caso disso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional”. A isto acresce o artigo 41.º, n.º 1, da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español* (LOTCE), que dispõe que “os direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14.º a 29.º da Constituição serão susceptíveis de amparo constitucional, nos casos e for-

---

<sup>(36)</sup> O amparo judicial ordinário está regulamentado em legislação avulsa, v.g.: artigos 2.º a 5.º da Lei 62/1978 (amparo na ordem jurisdicional penal); artigos 175.º e ss. do Decreto Real Legislativo n.º 2/1995, de 7 de Abril, que aprova o texto do procedimento laboral (amparo na ordem jurisdicional social) e artigos 114.º e ss. da Lei n.º 29/1998, de 13 de Julho, que regulamenta a jurisdição contenciosa administrativa (amparo na ordem jurisdicional contenciosa administrativa).

<sup>(37)</sup> Incumbido, nos termos do artigo 124.º, n.º 1, da CE, de “promover a acção da justiça em defesa da legalidade, os direitos dos cidadãos e o interesse público protegido pela lei”.

<sup>(38)</sup> Cfr. o artigo 54.º da CE.

mas que esta Lei estabelece, sem prejuízo da sua tutela geral atribuída aos Tribunais de justiça”.

Nesta ordem de ideias, podemos, desde já, adiantar que o artigo 53.º, n.º 2, da CE instaura uma duplicidade de mecanismos de protecção de direitos fundamentais: o recurso de amparo constitucional ou amparo *extraordinário*, interposto perante o Tribunal Constitucional espanhol (TCE) e o amparo *ordinário* ou *judicial*, que tem lugar perante as várias ordens jurisdicionais ordinárias, através da criação de procedimentos especiais de protecção dos direitos fundamentais, caracterizados por princípios de preferência e de sumariedade <sup>(36)</sup>.

2. O âmbito de aplicação do recurso de amparo abrange a violação ou lesão efectiva dos direitos fundamentais e liberdades públicas compreendidos na Secção I do Capítulo II do Título I da Constituição, o direito à igualdade e o direito à objecção de consciência (artigo 30.º), por actuação dos *poderes públicos*, quando aquela não tiver sido reparada pelos tribunais judiciais ou quando essa lesão seja devida a um acto ou omissão dos próprios órgãos judiciais.

A natureza mista dos direitos fundamentais, subjectiva e objectiva, espelha-se na dupla legitimação para intentar o recurso de amparo constitucional. Segundo os artigos 162.º, n.º 1, alínea *b*), da CE e 46.º da LOTCE, estão legitimados a introduzir um recurso de amparo *duas categorias* de requerentes. Por força da faceta subjectiva dos direitos fundamentais — perspectivados como direitos subjectivos — o recurso está aberto aos *particulares lesados*. Por sua vez, como sabemos, em virtude da função objectiva dos direitos fundamentais, o interesse de tal protecção não diz respeito apenas ao particular lesado, mas a toda a comunidade, pelo que podem também interpor recurso aqueles que detêm uma legitimidade institucional, a saber, o *Ministério Fiscal* <sup>(37)</sup> e o *Defensor do Povo* <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Cfr., para o efeito, LUIZ MARIA DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Dificultades practicas y significado constitucional del recurso de amparo”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 14, año 40, enero-abril, 1994, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 18-19, e ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 37.

<sup>(40)</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 233-234.

3. São três os pressupostos do recurso de amparo constitucional espanhol. Em primeiro lugar, o carácter *extraordinário* do recurso de amparo, que se traduz na necessidade de se estar perante uma violação real e efectiva de um direito ou liberdade fundamental catalogado como susceptível de amparo. O recurso de amparo está destinado unicamente à protecção de direitos fundamentais, pelo que está vedado ao TCE conhecer questões de legalidade ordinária conexas, como se depreende do teor literal do artigo 41.º, n.º 3, da LOTCE, que preceitua o seguinte: “através do amparo constitucional não se podem fazer valer outras pretensões que não sejam as dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades em razão dos quais se formulou o recurso” (39).

Em segundo lugar, a natureza *excepcional* do recurso de amparo implica que a violação do direito ou liberdade fundamental não tenha encontrado reparação através do sistema ordinário de garantias, exigindo-se, por isso, em princípio, o recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos jurisdicionais adequados.

Por conseguinte, associada à excepcionalidade, está a denominada *subsidiariedade* do recurso de amparo constitucional, que espelha com clareza o facto de este não ser uma via alternativa, mas uma via sucessiva de protecção de direitos fundamentais e liberdades públicas (40).

4. O prazo para apresentação do recurso de amparo varia, em conformidade com as vias processuais utilizadas para aceder ao mesmo. Quanto aos actos ou omissões da Administração que violem direitos ou liberdades, poderá ser interposto, uma vez esgotada a via judicial competente, no prazo de *20 dias* a contar da notificação da decisão proferida em sede do processo judicial (artigo 43.º, n.º 2, da LOTCE). Por sua vez, se as violações de direitos e liberdades susceptíveis de amparo tiverem a sua origem imediata e

---

(41) Cfr. DANIELA H. BRÜCKNER, *Vergleich zwischen den Verfahren des spanischen Recurso de Amparo und der deutschen Verfassungsbeschwerde — Unter besonderer Berücksichtigung von Verfahrensfunktionen und Entscheidungswirkungen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburgo, 1997, p. 143.

(42) Cfr., mais amplamente, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 241-242.

directa num acto ou omissão de um órgão judicial, o requerente poderá interpor o recurso, após exaustão prévia das vias judiciais ordinárias, num prazo de *30 dias*, a contar da notificação da decisão proferida pelo processo judicial (artigo 44.º, n.º 2, da LOTCE). No que respeita às decisões ou actos sem valor de lei — emanados das Assembleias ou de qualquer dos seus órgãos, ou das Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas, ou dos seus órgãos — não é exigível nem a prévia invocação da lesão suportada junto de um tribunal, nem o esgotamento da via judicial, devendo ser interposto directamente no TCE no prazo de *3 meses*, contados do momento em que, de acordo com as normas internas das Câmaras ou Assembleias, as decisões ou actos referidos sejam definitivos (artigo 42.º da LOTCE).

Finalmente, no que tange aos efeitos da decisão que concede o amparo, importa vincar que o ordenamento jurídico-constitucional espanhol foi bem mais longe do que a queixa constitucional alemã, ao preocupar-se em atribuir à decisão que concede o amparo a maior *eficácia possível* <sup>(41)</sup>.

Como tivemos oportunidade de verificar, a queixa constitucional alemã contra decisões judiciais possui efeitos meramente cassatórios, ou seja, anula a decisão recorrida e devolve os autos ao tribunal competente (artigo 95.º, n.º 2, da BVerfGG). Ao invés, em Espanha, nos termos do artigo 55.º da LOTCE, a decisão de concessão do amparo poder conter alguma (ou uma combinação cumulativa) das seguintes pronúncias: *a*) declaração de nulidade da decisão, acto ou resolução impugnada e causadora da lesão suportada pelo recorrente; *b*) reconhecimento do direito ou liberdade pública, em conformidade com o seu conteúdo constitucio-

---

<sup>(43)</sup> Lei constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, que aprovou a segunda revisão constitucional, in JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas — de 1822 ao texto actual da Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 2004, 5.ª ed., pp. 447-502.

<sup>(44)</sup> Ambas as propostas estão publicadas no DR, respectivamente, II Série, n.º 4, de 28/03/1988, e n.º 65, de 10/01/1989. Cfr., com maior desenvolvimento, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 129-130.

<sup>(45)</sup> Cfr. a Lei constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, in JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas... cit.*, pp. 505-556. Para uma exposição da revisão em causa, cfr. *Idem*, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Coimbra Editora, 3.ª ed., 2008, pp. 158-161.

nalmente garantido; c) restabelecimento do recorrente na integridade do seu direito ou liberdade, com a adopção das medidas apropriadas para a sua conservação <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> Todas as propostas estão publicadas no DR, II Série-A, n.º 27, de 07/03/1996. Sobre o assunto, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 130-131.

<sup>(47)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 132-135. Nesta questão, seguiremos de perto o estudo de FERNANDO ALVES CORREIA, “Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdiccional Efectiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXIX, 2003, pp. 63-96, p. 72.

<sup>(48)</sup> JOAN OLIVIER ARAUJO, *El recurso de amparo*, Colección Estado y Derecho-2, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma, 1986, pp. 31-33.

<sup>(49)</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 132.

<sup>(50)</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS, “Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)”, in *Themis*, ano VI, vol. 10, 2005, pp. 91-117, p. 114.

### III — AS PROPOSTAS DE INTRODUÇÃO DE UM RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL E AS RESPECTIVAS OBJECÇÕES

1. A proposta de introdução de uma acção directa de controlo da constitucionalidade para a defesa de direitos, liberdades e garantias não é inovadora e foi, inclusivamente, apresentada nas revisões constitucionais de 1989 e de 1997, ainda que sem sucesso. Na história constitucional portuguesa, podemos destacar duas tentativas de introdução de um mecanismo similar ao recurso de amparo espanhol ou à queixa constitucional alemã, que passaremos a examinar.

Refrescando a nossa memória acerca dos momentos de alteração constitucional, o primeiro ensaio remonta à *Revisão Constitucional de 1989*, na qual se apresentaram propostas, em especial do Partido Socialista (PS) e do Partido Comunista Português (PCP), que pretendiam a criação de uma acção directa de controlo da constitucionalidade para a defesa dos direitos, liberdades ou garantias <sup>(43/44)</sup>.

A segunda tentativa data da *Quarta Revisão Constitucional de 1997*, que aditou um n.º 5 ao artigo 20.º da CRP, no qual se estatuiu a criação de procedimentos judiciais céleres e prioritários de defesa contra ameaças ou violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais <sup>(45)</sup>. Não foram sufragadas, porém, pela Assembleia da República, nem a proposta do Partido Social Democrata (PSD) — que incorporava a sugestão de Jorge Miranda de introdução de um “recurso constitucional” — nem as

---

<sup>(51)</sup> É a posição de ANTÓNIO ARAÚJO e JOAQUIM PEDRO CARDOSO DA COSTA, “III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha — Relatório Português”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Junho 2001, pp. 5-67, p. 40, CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia dos Direitos Fundamentais: Apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 85-111, pp. 107-108, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II. (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, p. 486, e RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade — Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 353.

propostas do PS e do PCP, respectivamente, no sentido da consagração de um “recurso de amparo” e de uma “acção constitucional de defesa” (46).

2. Isto posto, importa averiguar quais terão sido os argumentos subjacentes à rejeição das propostas apresentadas. Actualmente, percebe-se que foram essencialmente quatro as principais objecções à introdução do recurso de amparo constitucional ou figura similar (47). Todavia, antes de as indicarmos, parece-nos curioso atestar que se verifica um certo paralelismo entre as observações críticas que referiremos e as preocupações que se fizeram sentir, nomeadamente em Espanha, no último quartel do século XX, aquando da introdução constitucional do recurso de amparo (48).

Com esta advertência, procuramos evidenciar que nenhum mecanismo de protecção máxima dos direitos fundamentais poderá algum dia ser introduzido, sem as inevitáveis e inesgotáveis interrogações, dúvidas e incertezas. Isto porque ele irá necessariamente incidir sobre o tradicional estado das coisas e provocar algum desconforto nos poderes estabelecidos (49). Vejamos, desde já e em termos sucintos, essas objecções e o contraponto argumentativo, que mais adiante analisaremos com pormenor.

3. Em primeiro lugar, a recusa das propostas mencionadas teve por fundamento a *dificuldade de harmonização* do instituto do recurso de amparo constitucional com o nosso peculiar sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade (50). Com efeito, a actual configuração pretoriana do recurso de constitucionalidade acaba por aproximá-lo, como mais à frente veremos, ao recurso de amparo. Daí que seja comum falar-se de um «recurso directo ou quase directo para o Tribunal Constitucional», através do artigo 280.º, n.º 1, al. b), da

---

(52) Cfr., para os debates sobre a questão, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 137-140.

(53) *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 140-141.

(54) PAULO MOTA PINTO, “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, in *Themis*, Edição Especial, 30 Anos da Constituição Portuguesa (1976-2006), 2006, pp. 201-216, p. 213.



CRP ou, então, do direito de petição perante o Provedor de Justiça, que possui legitimidade processual activa para desencadear um processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade (al. *d*) do n.º 2 do artigo 281.º da CRP).

Segundo este raciocínio, parte da doutrina sublinha que já é possível obter entre nós alguns dos efeitos do recurso de amparo, defendendo mesmo, por vezes, que em Portugal existe um “quase-recurso de amparo”, devido ao *agere licere* que o artigo 280.º, n.º 1, al. *b*), da CRP atribui aos cidadãos<sup>(51)</sup>. Simplesmente, parece-nos que esta premissa não tinha de ser acompanhada, como foi, da conclusão segundo a qual, sendo assim, não se justificaria a introdução do recurso de amparo.

4. À semelhança do que sucede em Espanha, na Alemanha e na generalidade dos países da Europa de Leste, o ordenamento jurídico-constitucional português é *híbrido*, pois, apesar de se firmar no modelo estrutural kelseniano, aceita que nele convirjam características muito específicas do modelo difuso norte-americano. Ainda que este modelo se afigure, *prima facie*, completo e transversal, certo é que ao cidadão não lhe foi assegurada uma acção constitucional directa. Perante este quadro, resulta evidente que a questão da constitucionalidade terá sempre de enxertar-se num processo judicial preexistente, ou seja, opera somente de forma incidental.

No desfiar destas razões, segue-se, porém, que o Tribunal Constitucional (TC), consciente do défice do sistema de fiscalização da constitucionalidade português, procurou maximizar a dimensão garantística do mesmo, quer através da adopção de um conceito “*funcional*” e “*formal*” de norma, quer pela admissão da fiscalização da constitucionalidade das normas na interpretação concreta que delas faz o juiz ordinário. Alguma doutrina tem-se mostrado reticente em admitir estas decisões, argumentando que

---

<sup>(55)</sup> Ressalve-se, contudo, que a *justiça* constitucional não é monopólio exclusivo do Tribunal Constitucional. Na verdade, tanto o Tribunal Constitucional (artigo 221.º da CRP), como os tribunais ordinários (artigos 204.º e 280.º da CRP) são *responsáveis* pela aplicação da Constituição.

contribuem para uma configuração cada vez mais acentuada do TC como um legislador positivo, o que revela, de forma implícita, uma desconfiança injustificada no legislador democrático<sup>(52)</sup>.

Ora, a latitude permitida pelo TC relativamente à sindicância do âmago do acto de julgar — a interpretação das normas — acaba por, de alguma maneira, propiciar que, em determinados casos, se esteja a controlar a decisão judicial em si mesma, e não a interpretação judicial de uma norma, uma vez que a linha de fronteira que se desenha entre ambas é, por vezes, pouco nítida<sup>(53)</sup>. Talvez por isso, alguns Autores defendam que se está a introduzir, de forma ilegítima, um “factor de complexidade acrescida”, ao se exigir que o advogado da parte consiga provar que em causa está não a decisão em si, mas a interpretação judicial da norma<sup>(54)</sup>. Em abono da verdade, deve salientar-se que este cenário não favorece as pessoas mais carenciadas economicamente, que poderão não ter capacidade de pagar honorários a um advogado de elevado mérito técnico-jurídico.

5. Segundo nos parece, o figurino constitucional desejável será aquele em que a jurisdição e a justiça constitucionais, de certa forma, coincidem, significando isto que o Tribunal Constitucional exerce as suas competências de fiscalização da constitucionalidade, de acordo com o disposto na Constituição. Todavia, não é

---

<sup>(56)</sup> Nesta linha, cfr., entre outros, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 158, CATARINA SARMENTO E CASTRO, “O modelo português de justiça constitucional”, in AAVV, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007, pp. 381-459, p. 388, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.<sup>a</sup> Edição, 2007, p. 217, e *Fundamentos da Constituição*, cit., p. 258, LICÍNIO LOPES MARTINS, “O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXV, 1999, pp. 599-648, p. 61, e VITAL MOREIRA, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional — Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 177-198, p. 187.

<sup>(57)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 142.

<sup>(58)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 143.

essa a descrição do hodierno modelo de justiça constitucional português.

Para melhor compreendermos a temática em causa, propomos o seguinte exercício de representação mental. Imaginemos, então, *dois círculos concêntricos*: o círculo A, de menor dimensão e o círculo B, de maior dimensão. O círculo A representa a *jurisdição* constitucional, ou seja, a esfera de competências que a Constituição Portuguesa e a Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LOTIC) atribuem a este mesmo Tribunal. Por sua vez, o círculo B simboliza a *justiça* constitucional, a aplicação jurisdicional da Constituição ou, por outras palavras, o modo como o Tribunal Constitucional exerce as suas competências jurisdicionais <sup>(55)</sup>.

Uma análise atenta desta imagem permite-nos compreender que, no actual estado de coisas, a justiça constitucional (círculo B), em vez de se deter dentro das fronteiras do círculo A, acaba por *forçar* as balizas da jurisdição constitucional, *agindo em terreno limítrofe virgem*, não regulado constitucionalmente, para além das suas competências. Com efeito, como acima procurámos demonstrar, a actividade pretoriana do TC, ao sindicar a norma na interpretação que dela fez o tribunal ordinário, acaba, a nosso ver, por exceder a configuração estrita de competências que resulta do artigo 280.º da CRP e do artigo 70.º da LOTIC.

Não nos esqueçamos que, de entre um vasto universo de actos jurídico-públicos, o nosso modelo de fiscalização da constitucionalidade (artigos 277.º a 283.º da CRP) tem apenas como objecto os *actos normativos*, deixando de parte o controlo dos actos não-normativos (nos quais se inserem, *v.g.*, os actos políticos e os actos jurisdicionais). Quanto a este aspecto, não deixa de ser curioso notar a *total disparidade* entre a letra do artigo 3.º, n.º 3, da CRP —

---

<sup>(59)</sup> Verificar a doutrina citada *apud idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 133.

<sup>(60)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 287. Sobre a questão de saber se a intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias se deverá aplicar também a direitos fundamentais de natureza análoga, *cfr. idem*, pp. 294-304.

<sup>(61)</sup> *Cfr.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Breve introdução à reforma do contencioso administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 32, Março/Abril 2002, CEJUR, Braga, pp. 3-10, p. 3.

que propugna que a validade de (todos!) os actos jurídico-públicos depende da sua conformidade com a Constituição — e o modelo de fiscalização da constitucionalidade adoptado, que é meramente normativo (artigos 277.º, n.º 1, e 283.º, n.º 1, da CRP) <sup>(56)</sup>.

6. Quanto a nós, entendemos que estamos perante um *paradoxo*. Se, por uma banda, a nossa Constituição não prevê o recurso de amparo constitucional, por outra banda, a jurisprudência constitucional como que assume as dores de tal lacuna e admite, com alguma largueza, processos de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, interpostos tantas vezes como expediente dilatório. Deste modo, o TC sobrecarrega-se com processos que não pretendem, genuinamente, obter o seu julgamento quanto a uma eventual inconstitucionalidade <sup>(57)</sup>.

Afigura-se-nos que esta jurisprudência benevolente em sede de fiscalização concreta — dadas as limitações da estrutura constitucional existente — *alimenta uma certa margem de incerteza jurídica*. Visto que, em Portugal, a jurisprudência não é fonte imediata de direito, o TC não pode oferecer aos cidadãos critérios pré-definidos ou requisitos objectivos acerca das condições de admissibilidade do recurso <sup>(58)</sup>. De facto, apenas uma alteração constitucional poderá tomar uma posição arraigada e definitiva sobre esta questão.

---

<sup>(62)</sup> Sobre o tema, cfr. ANABELA COSTA LEÃO, “Intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: anotação ao acórdão do TC n.º 5/06”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, 2006, pp. 71-85, CARLA AMADO GOMES, “Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 543-577, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: *quid novum?*”, *O Direito*, n.º 143, I, 2011, Almedina, pp. 31-53, JORGE REIS NOVAIS, “Direito, liberdade ou garantia: uma noção constitucionalmente imprestável na justiça administrativa?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 73, 2009, pp. 44-59, e JOSÉ SANTOS BOTELHO, “L’intimation de droits, de libertés et de garanties”, *Revue du Conseil d’État*, núm. spécial, 2010, République Algérienne Démocratique et Populaire, pp. 55-60.

<sup>(63)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais...* cit., p. 378.

<sup>(64)</sup> “Para uma teoria pluralística da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Democrático português”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 9.º, n.ºs 33 e 34, Lisboa, 1988, pp. 9-27, p. 24.

7. Em segundo lugar, retomando a lista de objecções à inserção de um recurso de amparo constitucional, alegou-se o facto da justiça constitucional não ser o único meio jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais existente no nosso ordenamento jurídico, dado que o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva mereceram acolhimento constitucional, no n.º 5 do artigo 20.º. E a ser assim, parte da doutrina defende que a tutela jurisdicional efectiva acaba por dar resposta à maioria das situações que justificariam a introdução do recurso de amparo <sup>(59)</sup>.

O preceito mencionado contém um comando ao legislador ordinário para que assegure aos cidadãos “procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. A esta preocupação esteve atento o legislador processual administrativo, que, em 2004, desenvolveu um novo desenho da justiça administrativa, amplamente reformada, procurando responder às exigências de uma protecção jurisdicional alargada (*umfassender gerichtlicher Rechtsschutz*) <sup>(60)</sup>.

A reforma do contencioso administrativo — concretizada com a publicação da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprova o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAFA) e da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprova o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) — foi ansiosamente esperada como veículo de realização plena do Estado de Direito Democrático e da consagração de um genuíno princípio da tutela jurisdicional efectiva <sup>(61)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais...* cit., p. 75, e LOUIS FAVOREU, “La notion de Cour Constitutionnelle”, in AAVV, *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 1067-1085, p. 1076.

<sup>(60)</sup> “Constitutional courts versus supreme courts”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, num. 1, January 2007, Oxford Journals, Oxford University Press, pp. 44-68, p. 49.

<sup>(61)</sup> Nestes precisos termos, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais...* cit., p. 155.

<sup>(62)</sup> HANS KELSEN, “Quem deve ser o guardião da Constituição?”, (título original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1930-1931, trad.: Alexandre Krug), in *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 235-298, p. 290.

Mais concretamente, o processo de *intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias*, consagrado no artigo 109.º do CPTA, tem demonstrado ser um meio de tutela urgente revestido de enormes potencialidades na maximização da tutela jurisdiccional efectiva dos particulares <sup>(62)</sup>. A intimação afirma-se como um mecanismo célere e prioritário de defesa desses direitos, que requerem uma *tutela de mérito definitiva*, não compatível com a tutela cautelar.

Volvidos apenas escassos anos desde a sua entrada em vigor, o labor doutrinal e jurisprudencial já deu a viva prova da sua importância basilar. Na realidade, a justiça administrativa vai para além do patamar mínimo exarado na letra do n.º 5 do artigo 20.º da CRP — cujo mandato constitucional impõe apenas a criação de mecanismos céleres e prioritários para a defesa dos direitos, liberdades e garantias *pessoais* — e, na ausência de menção expressa a essa

---

<sup>(69)</sup> “Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts”, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29. Jahrgang, Heft 33, August 1996, Verlag C. H. Beck OHG, Munique, pp. 281-284, p. 284.

<sup>(70)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p.156.

<sup>(71)</sup> Defendido, em maior ou menor alcance, entre muitos outros Autores, por ANTÓNIO VITORINO, “A justiça constitucional — Notas sobre o futuro (possível?) da justiça constitucional”, in *Revista do Ministério Público*, ano VI, n.º 12, pp. 9-14, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 147-162, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976 — a transição dualista*, Coimbra, 1988, pp. 266-267, JORGE MIRANDA, *Ideias para uma revisão constitucional em 1996*, Cosmos, Lisboa, 1996, p. 29, JORGE REIS NOVAIS, “Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional...” *cit.*, JORGE SAMPAIO, *Discurso de Sua Excelência o Presidente da República por ocasião da Sessão Solene Comemorativa do XX Aniversário do Tribunal Constitucional*, 27 de Novembro de 2003, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, vol. II, *cit.*, pp. 485-491, p. 487, J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição e Défice Procedimental”, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 69-84, p. 79, J. M. FERREIRA DE ALMEIDA, *A justiça constitucional em Portugal*, Lisboa, 1985, p. 78, J. M. SÉRVULO CORREIA e JORGE BACELAR GOUVEIA, “Princípios constitucionais do acesso à justiça, da legalidade processual e do contraditório; junção de pareceres em processo civil; interpretação conforme à Constituição do artigo 525.º do Código do Processo Civil — Anotação ao Acórdão n.º 934/96 do Tribunal Constitucional”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, Janeiro de 1997, vol. I, Almedina, pp. 295-357, pp. 301-302, MANUEL AFONSO VAZ, *A Responsabilidade Civil do Estado — Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Publicações da Universidade Católica, Porto, 1995, p. 15, nt. 30 e p. 16, nt. 33, MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa — Comentada*, Livraria Petrony, Lisboa,

categoria de direitos no artigo 109.º do CPTA, desenvolveu uma jurisprudência “amiga dos direitos fundamentais”, ao admitir também pedidos de intimação fundados em qualquer um dos direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da CRP e em direitos fundamentais de natureza análoga <sup>(63)</sup>.

8. Outro argumento, a que se atribuiu um grande peso, foi o receio da sobrecarga do TC com um número avultado de processos, comprometendo-se a sua operacionalidade. A este propósito, J. J. Gomes Canotilho considera que as reticências da doutrina portuguesa à introdução de uma acção constitucional de defesa se basearam “no argumento prático de ‘muito trabalho’” <sup>(64)</sup>.

9. Por último, algumas vozes alertaram que a consagração de um recurso de amparo que incida sobre decisões judiciais possibilitaria o surgimento de atritos no relacionamento entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais ordinários, *maxime* os Supremos Tribunais. Acreditamos, porém, que é importante frisar que enquanto o TC se apresenta como uma jurisdição especializada exclusivamente em questões constitucionais, os tribunais ordiná-

---

(2000, p. 103, MARIA LÚCIA AMARAL, “*Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de ‘Direito Público Comparado’)*”, in Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. I, Almedina, 2008, pp. 473-501, pp. 496-499, NUNO PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.º do Tratado da CEE — As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros da perspectiva dos tribunais constitucionais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1991, pp. 95-96, PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lex, Lisboa, 1993, pp. 121 e ss., VITAL MOREIRA, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade...” *cit.*, p. 192, e WLADIMIR BRITO, “O amparo constitucional”, in *Revista Jurídica de Macau, n.º Especial — O Direito de amparo em Macau e em Direito Comparado*, 1999, pp. 87-117, p. 111.

<sup>(72)</sup> Cfr. a doutrina citada *apud* CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 144.

<sup>(73)</sup> *V.g.*, no acórdão n.º 369/2007, de 26/06/2007, par. 2, o TC decidiu que não podia conhecer do objecto do recurso (interposto ao abrigo da al. b) do n.º 1 do artigo 280.º da CRP), na medida em que o que se veio requerer não era a inconstitucionalidade de *normas*, mas outrossim, que o TC julgasse “da constitucionalidade de uma decisão judicial por esta ter, alegadamente, lesado de modo imediato direitos inscritos na Constituição [em causa estava, precisamente uma autorização de interceptação telefónica que, segundo o requerente, ofendia os artigos 18.º, n.º 2, 32.º e 34.º da CRP]. Ora, e como se sabe, de um tal pedido — que configura o que, em certos ordenamentos estrangeiros, se designa por *queixa constitucional* ou *recurso de amparo* — não deve este Tribunal conhecer”.



rios são “generalistas”, na medida em que o contencioso constitucional representa apenas uma escassa fatia da sua actividade <sup>(65)</sup>.

Cremos, por conseguinte, que a coexistência das duas jurisdições tem de ser levada a cabo de forma razoável. Em todo o caso, e como bem metaforizou Lech Garlicki, actual juiz do TEDH e antigo juiz do Tribunal Constitucional polaco, “os tribunais constitucionais e os tribunais supremos viajam na mesma estrada, mas não necessariamente de acordo com as mesmas regras e na mesma direcção” <sup>(66)</sup>.

**10.** Adicionalmente, o tão invocado aforismo jurídico *quis custodiet ipsos custodes*, no sentido de saber quem controla a criatura — neste caso, quem controla o Tribunal Constitucional — é um argumento fácil utilizado por quem pretende desvalorizar a criação de mecanismos garantísticos de direitos e liberdades fundamentais <sup>(67)</sup>. Ora, como já dizia com argúcia Hans Kelsen, “guardar o ‘guardião’ seria o primeiro passo de um absurdo *regressus ad infinitum* de política do direito” <sup>(68)</sup>. No mesmo sentido, Ernst-Wölgang Böckenförde refere que a jurisdição constitucional é um sistema auto-referencial (*selbstreferentielles System*), incumbido da importante missão do controlo da Constituição, pelo que recai sobre os ombros do TC uma pesada responsabilidade em não defraudar as expectativas <sup>(69)</sup>.

O argumento recorrente da necessidade de guardar o guardião, passe o pleonasma, encerra em si uma *falácia*, pois espelha uma preocupação que jamais será sossegada e que é reversível à escala das decisões judiciais. Se outro órgão controlasse o TC, poderíamos questionar: quem corrige, agora, o resultado do controlo que este órgão efectuou sobre o TC? E, num remar contra a maré, estaríamos *ad perpetuam* a controlar o anteriormente controlado <sup>(70)</sup>.

Em síntese, deve reter-se que, apesar de as propostas de revisão constitucional não terem obtido os dois terços necessários para

---

<sup>(74)</sup> Com maior profundidade, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 145-146.

<sup>(75)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, *loc. cit.*

<sup>(76)</sup> Como é apontado por JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais — Introdução Geral*, Princípiã, Estoril, 2007, p. 87, e RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade... cit.*, p. 168.



a sua aprovação, de acordo com o n.º 1 do artigo 286.º da CRP, podemos seguramente afirmar que a defesa deste mecanismo continua a gozar de um amplo apoio na doutrina juspublicista portuguesa <sup>(71)</sup>.

#### **IV — FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSES QUE MILITAM A FAVOR DA CONSAGRAÇÃO DE UM RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL**

1. A doutrina portuguesa, por muito que não defenda unanimemente a inserção do recurso de amparo constitucional, acaba por reconhecer que o modelo português de protecção jurisdicional dos direitos fundamentais não é tão garantístico, nem eficaz quanto o modelo do recurso de amparo <sup>(72)</sup>.

Relembre-se, por um lado, que o nosso ordenamento jurídico também não consagra uma protecção judicial primária contra actos da função política, apenas uma protecção de segundo grau que é assegurada pelo instituto da responsabilidade civil do Estado, nos termos do artigo 22.º da CRP. Por outro lado, em reforço desta ideia de alguma deficiência de tutela, e agora centrando-nos novamente nos actos jurisdicionais, podemos configurar hipóteses em que uma decisão judicial seja susceptível de afectar *directamente* a Constituição por vícios próprios <sup>(73)</sup>.

Da pesquisa jurisprudencial que efectuámos, é surpreendente o *número avultadíssimo de acórdãos do Tribunal Constitucional que concluíram pela impossibilidade do conhecimento do recurso de constitucionalidade* (fundado na al. b) do n.º 1 do artigo 280.º da CRP e na al. b) do n.º 1 do artigo 70.º da LOTC) de decisões judiciais, *por*

---

<sup>(71)</sup> Sobre o princípio da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, “Algumas reflexões sobre o princípio da paridade retributiva”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, Liberdade e Compromisso, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 79-130, p. 93.

<sup>(72)</sup> Sobre esta influência, cfr. JORGE MIRANDA, “A originalidade e as principais características da Constituição portuguesa”, in *Cuestiones Constitucionales*, año 2007, Num. 16, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, pp. 253-280, p. 260, e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. I (Raízes e contexto), Almedina, Coimbra, 2006, p. 115.

*não se achar consagrado, no nosso universo jurídico-constitucional, um recurso de amparo ou de queixa constitucional* <sup>(74)</sup>.

2. Este *limbo jurídico* torna pertinente a questão de saber se este preceito poderá abrir portas à consagração, por via ordinária, do recurso de amparo ou figura semelhante <sup>(75)</sup>. A nossa Constituição não consagra expressamente um recurso de amparo constitucional, apesar de, no artigo 20.º, n.º 5, da CRP, veicular um *direito ao amparo* quando esteja em causa a lesão de direitos, liberdades e garantias pessoais.

Assim sendo, a Constituição não consagra qualquer recurso que permita ao particular aceder ao TC, embora dê uma pista e levante o véu desta ideia, ao estipular um comando ao legislador ordinário, no sentido de este criar mecanismos céleres e prioritários de tutela efectiva dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Por tais razões, somos forçados a concluir que esta norma apenas vem consubstanciar um direito (constitucionalmente consagrado) ao amparo judicial ou ordinário. E a pergunta a fazer é esta: onde podemos, então, descortinar um *direito ao amparo constitucional*?

3. Acreditamos que esta solução deve ser assumida como uma consequência necessária do *princípio da aplicabilidade directa* (artigo 18.º da CRP), que *ousou ir mais além* do princípio da constitucionalidade consagrado no artigo 3.º, n.º 3, da CRP <sup>(76)</sup>.

Na verdade, a Constituição portuguesa, seguindo o exemplo da Constituição alemã, preocupou-se em dotar os direitos fundamentais de um carácter efectivo, o que teria de passar, necessariamente, pela sua aplicabilidade directa ou imediata <sup>(77)</sup>. Se os preceitos que consagram direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis, então, em regra, os particulares poderiam reagir contra actos violadores destes direitos, qualquer que seja o poder de onde eles emergiram.

É interessante verificar, não obstante, que, se, por uma parte, a Constituição portuguesa foi directamente influenciada pela Lei Fundamental alemã quanto à enumeração de direitos, liberdades e

---

<sup>(79)</sup> “Die echte Verfassungsbeschwerde”, in *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Heft 181, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, p. 8, par. 5.

garantias e relativamente à “positivação” expressa da sua aplicabilidade directa, não acompanhou, por outra parte, o modelo alemão da queixa constitucional <sup>(78)</sup>. Daí que nos pareça que, de certa forma, se ficou a meio do caminho, permanecendo ainda um visível trilho a percorrer.

4. O segundo fundamento constitucional para a inserção do recurso de amparo constitucional é precisamente o *direito de acesso ao Direito e aos tribunais* “para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos” (n.º 1 do artigo 20.º da CRP) e o *direito a uma tutela jurisdicional efectiva* (n.º 5 do artigo 20.º da CRP).

5. Numa tentativa de melhor percepção dos alicerces constitucionais que acima expusemos, defendemos que estes poderão ser perspectivados numa *relação circular*. Em termos breves, podemos estabelecer um circuito rotativo entre estas três realidades jurídicas: *i*) os direitos, liberdades e garantias e os direitos fundamentais de natureza análoga a estes; *ii*) a aplicabilidade directa dos direitos fundamentais; *iii*) e a tutela jurídica atribuída aos mesmos. Expliquemo-nos.

O legislador constituinte atribuiu uma especial relevância aos direitos, liberdades e garantias, consagrados nos artigos 24.º a 57.º da CRP, e aos direitos fundamentais natureza análoga a estes direitos, que resultam espalhados pelo texto constitucional ou se inserem em legislação ordinária, comunitária ou internacional. Por força do artigo 17.º da CRP, todos estes direitos gozam do regime da aplicabilidade directa, plasmado no artigo 18.º da CRP. Deste princípio extrai-se, em consequência, o compromisso de tutelar eficazmente estes direitos (artigo 20.º, n.º 1 e n.º 5, da CRP), para que a sua protecção não seja meramente platónica. Em confirmação desta ideia, no sentido de que os sujeitos de direitos fundamentais deverão ser, consequentemente, titulares de uma legitimidade processual activa

---

<sup>(80)</sup> JORGE MIRANDA, *Ideias para uma revisão constitucional...* cit. p. 15.

<sup>(81)</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais...* cit., p. 151, e ULLI F. H. RÜHL, *op. cit.*, p. 157.

<sup>(82)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais...* cit., p. 152.

para interpor uma queixa constitucional perante o Tribunal Constitucional, manifestou-se Christian Pestalozza <sup>(79)</sup>.

6. Ora, uma vez assente que estes fundamentos constitucionais, interpretados conjuntamente, apontam para a existência de um direito ao amparo constitucional, é necessário *proceder-se à implementação de um recurso de amparo constitucional*, que regule o modo como este deverá operar na prática. Será necessário legislar sobre uma multiplicidade de aspectos, que se prendem com a legitimidade processual activa e passiva para interpor este recurso, o seu objecto, a tramitação processual, os prazos e os efeitos do mesmo. Nestes termos, o recurso de amparo constitucional carecerá sempre de ser inserido por via de uma revisão constitucional, que o acomode na ordem jurídica portuguesa.

Em face do que antecede, o que se *pede ao legislador constitucional de revisão* é que constitucionalize uma *praxis* constitucional que tem vindo a ser levada a cabo, com grande esforço e louvor, pelo Tribunal Constitucional e que salvaguarde outras situações, nas quais o actual modelo de justiça constitucional não consiga tutelar efectivamente os direitos fundamentais.

## V — AS VANTAGENS DE UMA EVENTUAL INSERÇÃO DO RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

1. Podemos, então, dar por plausível que o modelo constitucional português necessita de ser aperfeiçoado, de modo a ser

---

<sup>(83)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 154.

<sup>(84)</sup> Alguma doutrina, citada *apud idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 155, nts. 572-573, manifestou a sua perplexidade face a este sistema que permite recurso a instâncias internacionais, sem que primeiro se esgote a jurisdição doméstica.

<sup>(85)</sup> *Idem*, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 159.

<sup>(86)</sup> Veja-se, por exemplo, que a Lei Fundamental alemã não consagra um elenco de direitos sociais, não se lhes aplicando, desta forma, a queixa constitucional. Para uma interessante reflexão sobre a “indivisibilidade dos direitos fundamentais e normatividade diferenciada dos direitos sociais”, cfr. Rui Medeiros, “Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a Unidade e a Diversidade”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, I, Coimbra Editora, 2010, pp. 657-683.

capaz de dar resposta às reclamações da realidade constitucional (*law in action*) e às exigências de um genuíno Estado de Direito material, em que imperem os princípios da justiça e da dignidade da pessoa humana e se efective uma “maior autenticidade da democracia”<sup>(80)</sup>.

Como é natural, quando o legislador constituinte assume a responsabilidade da catalogação de um elenco de direitos, liberdades e garantias, tem de, paralelamente, questionar-se acerca da melhor forma de os tornar efectivos. De nada valerá a um Estado constitucionalizar direitos, se não se comprometer a atribuir-lhes uma real eficácia. Assim sendo, a preocupação primordial deverá sempre incidir sobre a efectividade, sob pena de estarmos a falar de declamações vazias (“*hohle Deklamationen*”) ou ideologias despidas (“*bloÙe Ideologie*”) <sup>(81)</sup>.

Tendemos, por isso, a considerar que o sistema constitucional português, não obstante possuir vários aspectos positivos e de referência, deverá ser complementado e enriquecido, vencendo a posição de confortável resistência à mudança, sobretudo quando o que está em cima da mesa é uma matéria tão preciosa e merecedora como a da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais <sup>(82)</sup>.

2. Como tivemos ocasião de referir, no modelo português de justiça constitucional, o particular possui apenas um acesso à Constituição por via *indirecta*, isto é, através do exercício do seu direito de petição ou de queixa, pode tentar sensibilizar os titulares de legitimidade processual activa em processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade (em especial, o Provedor de Justiça — alínea *d*) do n.º 2 do artigo 281.º da CRP), esperando que estes desencadeiem

---

<sup>(87)</sup> Cfr. FRANCISCO AGUILAR, “Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual”, in *O Direito*, 138.º, vol. II, 2006, Almedina, pp. 295-311, p. 299, nt. 12.

<sup>(88)</sup> Neste sentido, MANUEL ARAGÓN REYES, “La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.85, Enero-Abril, 2009, pp. 11-43, p. 13 e p. 17, alerta para o risco de o Tribunal Constitucional se transformar num “Tribunal de amparo”.

<sup>(89)</sup> Desenvolvidamente, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, a propósito da reforma ordenamento jurídico-constitucional alemão (pp. 201-206) e, no que concerne às recentes alterações legislativas no ordenamento jurídico-constitucional espanhol, (pp. 271-284).

o processo que possa levar à declaração de inconstitucionalidade da norma que ofende os seus direitos, liberdades e garantias <sup>(83)</sup>.

O particular poderá ainda apresentar uma petição individual perante o Tribunal de Estrasburgo, após esgotados os recursos jurisdicionais internos, caso tenha sido violado um direito fundamental que seja, de igual modo, protegido pela CEDH. Não deixa, porém, de ser repreensível que um particular não possa obter tal tutela jurisdicional no seu próprio Estado e tenha de recorrer ao Direito Internacional para ressarcir essa violação, quando a regra da aplicabilidade directa não pode deixar de exigir “eficácia imediata” através da justiça constitucional <sup>(84)</sup>.

3. Antes de mais, cumpre ressaltar que, à semelhança do que acontece nos ordenamentos jurídico-constitucionais espanhol e alemão, *não defendemos a introdução de um recurso de amparo extensível a todos os direitos fundamentais*. Parece-nos que, por óbvias razões de sustentabilidade do sistema e atendendo à limitada capacidade de resposta da jurisdição constitucional — composta somente por treze magistrados — o objecto de tal recurso deveria ser restringido aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos fundamentais de natureza análoga, uma vez que, como atrás ficou dito, a estes últimos direitos é igualmente aplicável, por imperativo constitucional, o regime dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º *ex vi* artigo 17.º da CRP) <sup>(85)</sup>. Excluídos deverão estar, assim, os direitos económicos, sociais e culturais que não possuam natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias <sup>(86)</sup>.

Na hipótese de o legislador de revisão não aderir à tese da inserção de um recurso de amparo constitucional extensível a

---

<sup>(90)</sup> Para um tratamemto desta temática, cfr. MONIKA RECKHORN-HENGEMÜHLE, *Der spanische “recurso de amparo” und die deutsche Verfassungsbeschwerde — Ein verfassungsprozessualer Vergleich*, Univ. Diss., Osnabrück, 1987, 111-129.

<sup>(91)</sup> “Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut”, in *Juristerzeitung*, Jahr. 23, 1996, J. C. B. Mohr, Tübinga, pp. 1137-1145, p. 1138.

<sup>(92)</sup> A expressão é de BRYDE, *apud* KLAUS SCHLAICH e STEFAN KORIOTH, *op. cit.*, p. 17.

<sup>(93)</sup> Para um desenvolvimento da ideia, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 161.

<sup>(94)</sup> Sobre esta tendência firme, cfr. MANUEL ARAGÓN REYES, *op. cit.*, p. 35. No ordenamento jurídico germânico, cfr. JUTTA LIMBACH, *op. cit.*, pp. 25-27.

todos os direitos protegidos pelos artigos 17.º e 18.º da CRP, *no mínimo*, deverão ser primacialmente salvaguardados os direitos, liberdades e garantias *pessoais*, com fundamento no artigo 20.º, n.º 5, da CRP (87).

4. Em segundo lugar, importa referir que temos consciência dos problemas que se poderão levantar aquando de uma eventual criação de um recurso de amparo constitucional, pelo que, unicamente através da *previsão de exigentes e eficazes mecanismos de filtragem*, que impeçam um bloqueio da actividade do Tribunal Constitucional, se poderá obstar um cenário de sobrecarga do mesmo.

Em plena sintonia, não se pode transformar o recurso de amparo num processo que ocupe a maioria do tempo disponível do TC, em que este se afunde num ingrato trabalho de recusa da admissão de requerimentos de amparo, descuidando questões relevantíssimas, tais como os processos de fiscalização abstracta, preventiva e sucessiva da constitucionalidade (88). A este nível, teriam de ser introduzidas apertadas restrições processuais quanto à admissão de recursos de amparo. Nesta medida, todas as alterações à Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, que regulamentem os requisitos processuais deste instituto só beneficiarão em acompanhar, de perto, a experiência das recentes reformas de Direito Processual Constitucional operadas, em especial, na Alemanha e em Espanha (89).

5. Defendemos, deste modo, a introdução de um mecanismo de acesso directo do particular à jurisdição constitucional, de forma *subsidiária e extraordinária* (90). Aderindo à fórmula feliz de Rainer Wahl e Joachim Wieland, perspectivamos o acesso à jurisdição constitucional como um *“knappes Gut”* (bem escasso) (91).

No cumprimento deste desiderato, um dos caminhos, que se nos afigura de enorme potencial, é o aproveitamento e o aperfeiçoamento

---

(95) Reproduzimos, na íntegra, as conclusões do nosso estudo em *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 161-162. Igualmente, destacando os aspectos positivos deste figurino, cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Sim ou Não ao Recurso de Amparo?”, *Julgar*, n.º 11, 2010, Coimbra Editora, pp. 41-49.

(96) CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais... cit.*, p. 162.

da tutela dos direitos fundamentais *pela própria jurisdição ordinária*. Na verdade, o papel de último intérprete da Constituição, recorrentemente atribuído aos tribunais constitucionais, tem de se adequar com a ideia de “subsidiariedade de tarefas” (*Aufgabensubstanzialität*) entre as jurisdições constitucional e ordinária<sup>(92)</sup>. Por outras palavras, o Tribunal Constitucional deverá intervir, apenas e exclusivamente, nos casos em que a protecção dos direitos fundamentais não tenha sido adequadamente levada a cabo pelos tribunais ordinários<sup>(93)</sup>.

A nossa abordagem da tutela dos direitos fundamentais assenta, assim, na ideia de *uma maior horizontalidade e de uma menor verticalidade* na partilha e distribuição de tarefas entre o aparelho jurisdicional. Como sugere alguma doutrina espanhola, as eventuais dificuldades práticas da inserção de um recurso de amparo constitucional poderão ser ultrapassadas se, em vez de um “amparo-tutela”, se introduzir um “amparo-controlo”, atribuindo a tutela dos direitos fundamentais à jurisdição ordinária e reservando ao TC os casos que possuam uma especial complexidade ou sejam de elevada importância para a futura interpretação e aplicação do Direito Constitucional, *maxime*, dos direitos fundamentais<sup>(94)</sup>.

6. De forma esquemática, cremos que a inserção de um recurso de amparo constitucional teria as *seguintes vantagens*: (i) em primeiro lugar, uma tal “democratização” da justiça constitucional alteraria significativamente o modo como os cidadãos perspectivam o TC, inculcando neles uma cultura democrática, com substrato na protecção efectiva dos direitos fundamentais dos particulares e promoveria uma atitude de militância em defesa dos seus direitos; (ii) depois, não os deixaria tão profundamente reféns de uma atitude generosa do TC e/ou do mérito técnico-jurídico do seu advogado, permitindo maior certeza e segurança jurídicas; (iii) algo inesperadamente, a jurisdição ordinária também lucraria, com um acréscimo de confiança no aparelho judicial, dada a hipótese do cidadão poder recorrer contra decisões judiciais lesivas de direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza aná-

---

<sup>(97)</sup> MAURO CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad — con referencia a los ordenamientos alemán, suizo e austriaco*, Instituto de Derecho Comparado — UNAM, 1961.



loga; (iv) e, por fim, teria como consequência a atribuição ao TC de uma tarefa de unificação hermenêutica da interpretação sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais <sup>(95)</sup>.

## VI — CONCLUSÕES: UM APELO AO LEGISLADOR DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

1. Em jeito de conclusão, não advogamos, nem seria intelectualmente honesto afirmar que a inserção de um recurso constitucional de amparo seja urgente para a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos. Todavia, entendemo-la como *necessária para o seu aperfeiçoamento e potencialização*. Lembramos que a função do amparo não se esgota na defesa de direitos subjectivos, mas alastra-se, igualmente, à promoção da ordem constitucional objectiva e à construção de uma sociedade democrática <sup>(96)</sup>.

2. Seja-nos permitido, para fechar as considerações precedentes, reiterar a convicção de que, na actual arquitectónica constitucional, uma introdução sem mais do recurso de amparo constitucional não se compagina com o presente modelo de fiscalização concreta da constitucionalidade. Numa palavra: não é possível a inserção do recurso o amparo enquanto se mantiver incólume o artigo 280.º da CRP.

3. Reputamos, inclusive, que esta é altura mais propícia à consagração deste mecanismo, mediante uma revisão constitucional. Com efeito, as recentes experiências vividas na Alemanha e em Espanha permitem-nos *absorver, como fonte inspiradora, as opções político-legislativas que funcionaram e afastar aquelas que se revelaram mais infelizes*. Importa, assim, aproveitar o estado de *maturidade* constitucional das experiências de Direito Constitucional Comparado.

4. Parece-nos que a trajectória a seguir passa pela reivindicação de uma maior efectividade da justiça constitucional, acen-

tuando a perspectiva do Tribunal Constitucional como uma “*giurisdizione costituzionale della libertà*” (jurisdição constitucional da liberdade ou *Grundrechtsgerichtsbarkeit*) (97).

5. É indubitável que o nosso supremo guardião dos direitos e liberdades fundamentais tem demonstrado estar à altura dos exigentes desafios que enfrenta. Com efeito, é por demais reputada a *proficiência jurídica das suas decisões* e a ‘criatividade’ das mesmas, nomeadamente quando se socorre de filigranas técnicas jurídicas que promovam a protecção dos direitos fundamentais, em domínios onde a legislação constitucional apresenta lacunas ou não é plenamente satisfatória.

Por tudo o que se disse, é chegada a altura de o legislador de revisão constitucional expandir o leque de competências do tribunal Constitucional, de modo a que a *jurisdição* constitucional possa coabitar — numa linha de continuidade — com a *justiça* constitucional.

---

(<sup>1</sup>) O presente estudo corresponde, com ligeiras alterações, ao texto elaborado para efeito dos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carvalho Fernandes*. Agradece-se o convite formulado pelo Senhor Professor Doutor Diogo Leite de Campos para a sua publicação na Revista da Ordem dos Advogados. São devidos agradecimentos à Senhora Professora Doutora Paula Costa e Silva e ao Senhor Dr. Tiago Soares Cardoso.

(\*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

---

(<sup>2</sup>) L. CARVALHO FERNANDES, A definição de morte, transplantes e outras utilizações do cadáver, D.J., XVI, T.2, 2002, 29-59.

(<sup>3</sup>) Agradece-se ao Senhor Professor Doutor Fernando Vale, do Centro de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, as observações formuladas durante o debate subsequente à intervenção do autor naquele curso.

(<sup>4</sup>) Referenciado por CÍCERO GALLI COIMBRA no artigo: Morte Encefálica: um diagnóstico agonizante, Revista de Neurociências (São Paulo), 6/2, 1998, 58-68.

(<sup>5</sup>) Para uma compilação dos vários e distintos critérios de morte: CONSTANTIN DOUMAT, Diagnostik des Hirntodes im internationalen Vergleich, Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, 2005.

(<sup>6</sup>) País tradicionalmente resistente ao conceito de morte cerebral. Sobre o caso japonês, ITSUYO TAKIZAWA, Le droit médical et la société japonaise. La mort cérébrale est-elle la mort véritable?, RIDC, 1996, vol. 48, n. 1, 95-112.

## FINIS VITAE OU FICTA MORTIS? (1)

Pelo Dr. João de Oliveira Geraldes \*

### SUMÁRIO:

§ 1. Razão de ordem e enunciação do problema; § 2. Coordenadas do «problema declarativo da morte»: a) A morte como processo e o critério declarativo tradicional; b) A influência das técnicas de reanimação e de suporte da vida: o «coma depressivo»; c) A alteração do critério declarativo e o «Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death»; d) A crítica de HANS JONAS e a incompletude do «sistema declarativo da morte»; e) A necessidade de enquadramento referencial: JAMES BERNAT, a teoria do «organismo como um todo» e o critério da «morte cerebral total»; f) A não homogeneidade do critério declarativo na teoria do «organismo como um todo»: a teoria de CHRISTOPHER PALLIS e a morte do tronco encefálico; g) A crítica aos critérios declarativos da morte cerebral total e da morte do tronco encefálico: os argumentos de ALLAN SHEWMON, a dimensão global da integração somática.; h) O relatório «Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics»; § 3. O «problema declarativo da morte» no direito português; a) O critério tradicional; b) Introdução do critério declarativo da «morte cerebral»; c) A ausência de critério declarativo expresso na reforma de 1976; d) A “reintrodução” legal da «morte cerebral» e a Declaração da Ordem dos Médicos: do critério da morte cerebral ao critério da morte do tronco encefálico; e) «Morte cerebral total» ou «Morte do tronco encefálico»?; f) A adopção do critério da «morte do tronco encefálico» na reforma de 1999; § 4. Considerações finais sobre o estado actual do «problema declarativo da morte».

### § 1. Razão de ordem e enunciação do problema

I — No artigo «A definição de morte, transplantes e outras utilizações do cadáver» (2), CARVALHO FERNANDES enunciou múltiplas considerações sobre a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril (*Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana*), e sobre a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto (*Verificação da morte*), que nos motivaram a reflectir sobre o que então apelidámos de *problema declarativo da morte*, objecto da nossa intervenção no V curso de mes-

---

(1) Retirado de «Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics» (2009), do President's Council on Bioethics, composto maioritariamente por autoridades académicas das comunidades científicas médica, filosófica e jurídica norte-americanas, a que adiante faremos mais detalhada referência.

trado em Bioética organizado pelo Centro de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa (3).

No decurso da reflexão então empreendida, impressionou-nos o processo (4) que terá conduzido à eleição da «*morte cerebral*» como critério declarativo do fim da vida humana; logo, do fim da pessoa humana.

II — Nesse plano, sobressaiu a circunstância de a morte não ser um *facto* perspectivado homogeneamente: hoje, morrer em Portugal — critério da *morte do tronco cerebral/encefálico* — será *algo* diferente do que sucederá noutros países: casos da Espanha, da Itália ou da Alemanha — critério da *morte cerebral total* (5) —, sem referir o caso historicamente muito particular do Japão (6).

Esta variação de critério declarativo evidenciou-nos imediatamente a presença de um *problema axiológico*, insusceptível, portanto, de ser pensado através de exercícios meramente formais. Continuando, mais intuímos que o *problema declarativo da morte* não seria, afinal, um problema apenas das ciências biomédicas. Não se justificaria, por isso, uma recepção automática dos critérios declarativos propostos ou fixados por aquelas.

É certo que não pode negar-se a importância da base das propostas provenientes das ciências biomédicas. Porém, cumpre também afirmar que a eleição de uma tese sobre quais são as nossas *ideias* sobre a *vida/morte*, tenham elas uma matriz biológica, filosófica, religiosa ou sociológica, será sempre uma decisão ética de uma determinada Comunidade. A adopção de uma tese sobre a *vida/morte* extravasa do âmbito do meramente (e supostamente) factual. Entraremos no plano da valoração dos factos.

---

(8) L. CARVALHO FERNANDES, cit., 30.

(9) Sobre o estatuto jurídico do cadáver: MANUEL GOMES DA SILVA, Esboço de uma concepção personalista do Direito, separata da RFDUL, XVII, 1965, e, do mesmo Autor, como relator, Parecer da Câmara Corporativa n.º 14/VIII (Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres), in Câmara Corporativa (Pareceres), VIII Legislatura, ano de 1963, II, Lisboa, 1964.

(10) Retenha-se, a título de exemplo, como se refere que “a qualidade de pessoa para efeito do tipo de ilícito objectivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais pessoa para este efeito”, Anotação de J. FIGUEIREDO DIAS, artigo 131/CP, Comentário Conimbricense do Código Penal, Coimbra Editora, 1999, § 14, 9.

III — Valerá reter como muito recentemente, por parte de uma comissão maioritariamente composta por membros da comunidade científica biomédica norte-americana, foi precisamente acentuada a centralidade da dimensão axiológica do tema que iremos tratar: «*why do we describe the central question of this inquiry as a philosophical question? We do so, in part, because this question cannot be settled by appealing exclusively to clinical or pathophysiological facts*» (7).

Com efeito, não é de perder de vista a circunstância de os critérios de diagnóstico (ou de prognóstico) da morte estarem necessariamente condicionados por prévias considerações sobre o que sejam a vida e a morte. Será este pré-entendimento que, como veremos, deve ditar (ditará) os contornos daqueles critérios.

É essencial apontar este elemento condicionante; só assim, de forma coerente, poderá formar-se um *sistema declarativo da morte*. Nele se integram (ou devem integrar): *a) ideias de vida e de morte* [Morte celular? Falência do sistema cárdio-circulatório? Perda da capacidade respiratória? Perda da capacidade de consciência? Perda da capacidade de interacção com o mundo externo?]; *b) critérios abstractos de diagnóstico* [Morte cárdio-respiratória? Morte cerebral total? Morte do tronco encefálico? Outro critério?]; *c) técnicas de confirmação concreta do diagnóstico* (testes confirmatórios).

---

(11) Os contos de EDGAR ALLAN POE geraram inclusivamente uma onda de tafofo-bia.

(12) FERNANDO PITA/CÁTIA CARMONA, Morte cerebral, in *Acta Médica Portuguesa*, 2004 [17], 72.

(13) Não obstante esta semelhança, verificar-se-á uma dissemelhança muito relevante. Com efeito, vem sendo referido, na doutrina médica, que o sistema respiratório estará directamente relacionado com o tronco encefálico, ditando estes os necessários sinais para que os «músculos da respiração» saibam quando contrair e, por isso, actuar de forma coordenada e eficaz. O mesmo não sucederá com o coração, dado que lhe é apontada uma capacidade «autónoma e inerente» de contração muscular. Estas considerações baseiam-se no capítulo «The clinical presentation and pathophysiology of total brain failure» do *The President's Council on Bioethics, Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, 21-45.

**IV** — Ademais, sendo muitos os preceitos que pressupõem a sua verificação ou a sua não verificação, o *problema* declarativo da morte é tema a que os Juristas não devem nem podem ser indiferentes. Justifica-se «*chamar a atenção para o facto de a interpretação e a aplicação de preceitos que imputam à morte certos efeitos jurídicos pressuporem a resposta a duas questões. (...) o que deve afinal entender-se por morte, (...) [e como deveremos] determinar se, e quando, ela ocorreu*» (8).

Foi precisamente por termos presente esta «*chamada de atenção*» que entendemos desenvolver alguns tópicos resultantes da reflexão então empreendida, procurando sobretudo contribuir para o desenvolvimento que este tema reclama.

## § 2. *Coordenadas do «problema declarativo da morte»*

### *a) A morte como processo e o critério declarativo tradicional*

**I** — A «morte», como vem sendo comumente considerada, é um processo progressivo. Ressalvando situações extremas, depois iniciado esse processo, é muito problemática a determinação do momento a partir do qual pode ser declarado que determinada pessoa morreu; que já não existe como pessoa, mas tão-somente como *cadáver* (9). São evidentes as consequências que resultam dessa (in)determinação processual (10), o que mais agudiza a dificuldade agora apontada.

**II** — Confrontando-se com o *problema* declarativo da morte, no decurso da História, os Homens vêm procurando identificar, para o enfrentar, quais os melhores critérios, os que aparentemente mais segurança oferecem (11), os que mais respeitam a autonomia e a liberdade da pessoa, os que mais dignificam e permitem realizar ideais religiosos, filosóficos ou políticos. Neste contexto, convirá recordar que, historicamente, a cessação irreversível da função cárdio-respiratória foi considerada como constituindo o mais correcto critério declarativo do *fim* da vida humana (12). A *vitalidade*

---

(14) P. MOLLARET/M. GOULON, Le coma dépassé. Memoire préliminaire, Revue Neurologique, 101º, 1959, 3-15.

*humana* surgia, no âmbito deste critério, associada directamente aos sistemas cárdio-circulatório e respiratório.

Para esses sistemas são centrais o coração, e, de outra banda, os músculos da respiração, *i.e.*, o diafragma, os músculos intercostais externos, os abdominais e os músculos intercostais internos, de cuja actividade coordenada depende o processo respiratório. Pondo de forma muito rudimentar — e necessariamente incompleta —, mais diremos que convirá ainda apontar o seguinte dado: tanto o sistema circulatório como o sistema respiratório actuam de forma semelhante em ordem a manter o movimento circulatório do oxigénio e do sangue — que sustentam o processo metabólico —, permitindo o funcionamento do corpo humano <sup>(13)</sup>. Com efeito, em ambos os sistemas, oxigénio e sangue, consoante o caso, circulam por força da contracção de músculos: do coração, no caso do sistema circulatório, e dos demais músculos acima referidos, no caso do sistema respiratório.

Entendia-se, por esse motivo, que a falência dos sistemas circulatórios do oxigénio e do sangue indiciariam, com segurança, a cessação da *fonte* da vida humana. É notória a base biológica desta tese sobre a ideia de morte.

*b) A influência das técnicas de reanimação e de suporte da vida: o «coma dépassé»*

**I** — Porém, sobretudo na segunda metade do século XX, o *problema* declarativo da morte conheceu novos dados. Isto porque, por força de avanços científicos, em especial do progresso no domínio das técnicas de reanimação, passou a ser possível restabelecer e manter os referidos movimentos circulatórios, tanto do oxigénio como do sangue. Com efeito, com o apoio de novos equipamentos — casos do ventilador mecânico e do *pacemaker* — a função respiratória e a função circulatória sanguínea passaram a poder ser mantidas através de suportes *não* naturais. Tal avanço

---

<sup>(13)</sup> Historiando a competição entre cirurgiões: DONALD MCRAE, *Every Second Counts: The Race to Transplant the First Human Heart*, Berkley Trade, 2007.



proporcionou novas oportunidades para fazer actuar processos terapêuticos, honrando-se o juramento de Hipócrates.

Sucedde, porém, que a aplicação destas novas técnicas de *reanimação* e de *suporte não natural* da vida humana contribuíram igualmente, em alguns casos, para o aparecimento de um novo tipo de *estado* na vida das pessoas. Este veio a ser apelidado por MOLLARET/GOULON como estado clínico de «*coma dépassé*». Com efeito, especialmente nos casos envolvendo lesões cerebrais, a aplicação das referidas técnicas de reanimação, possibilitando depois o recurso a técnicas ordenadas a suportar a *vida humana*, nem sempre conduziram à inversão da situação clínica daquelas pessoas. Assim, aquelas permaneciam num estado de «*coma dépassé*», o qual era reconduzido por MOLLARET/GOULON ao quadro clínico que se traduz na *abolição total das funções da vida de relação* e na *abolição igualmente total das funções da vida vegetativa* (14).

Neste plano, agudizou-se a problemática da declaração da morte, dado que o suporte artificial do corpo humano, para alguns, estaria a falsificar a existência de vida. Surgia um problema novo. Os indícios de vitalidade humana — o funcionamento dos sistemas circulatórios — resultariam, em linha recta, do referido suporte artificial.

**II** — Esta nova situação determinou igualmente, quase de imediato, a necessidade de reflectir sobre aquele *tipo de estado* da

---

(16) JOHAN G. BRINK/DAVID K.C. COOPER, Heart Transplantation: The Contributions of Christian Barnard and the University of Cape Town/Groote Schuur Hospital, *Journal World Journal of Surgery*, vol. 29, 8, 2005, 953-961.

(17) Relato pelo próprio, trinta anos depois: A. KANTROWITZ, America's first human heart transplantation: the concept, the planning, and the furor, *American Society for Artificial Internal Organs Journal*, 1998/44, 244-252.

(18) A história foi objecto de ampla divulgação: «Heart Transplant Fails to Save 2-Week-old Baby in Brooklyn», *The New York Times*, 07.12.1967 (acessível em <http://www.nytimes.com/>). Convirá referir que, neste período, os transplantes estavam ainda no plano experimental, uma vez que a não rejeição dos órgãos transplantados só mais tarde começou a verificar-se em maior número, por força da introdução e da aplicação da ciclosporina, determinante para o sucesso daqueles, dado o seu efeito imunossupressor.

(19) Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *Journal of the American Medical Association*, 1968, 205 (6), 337-340.

vida humana. Entraram em campo elementos de ponderação como o da racionalidade na aplicação de meios e o da eventual futilidade da manutenção das técnicas de suporte da vida. Com efeito, o avolumar de casos de «*coma depassé*», como directa consequência da aplicação das novas técnicas e da impossibilidade de sucesso terapêutico, confrontou as unidades hospitalares com a crescente ocupação de instalações, a utilização de equipamentos e a afectação de equipas hospitalares.

Por outro lado, começava a avultar a utilidade/funcionalidade do estado de «*coma depassé*», agora perspectivado no plano da colheita de órgãos vitais: a emergente *descoberta* dos transplantes requeria órgãos em estado *transplantável*. Aliás, supomos que não cometeremos um erro se dissermos que o que muito contribuiu para o que viria mais tarde a suceder foi precisamente o *despertar* das consciências para um facto muito relevante: a possibilidade de colher os órgãos vitais da pessoa em estado de «*coma depassé*». Este novo estado, em tese, permitiria a manutenção óptima daqueles órgãos.

**III** — Estavam, assim, criadas todas as condições para o que depois sucederia e está já historicamente muito documentado: a corrida do primeiro transplante de coração <sup>(15)</sup>.

Foi precisamente neste contexto que, no dia 3 de Dezembro de 1967, na África do Sul, CHRISTIAN BARNARD promoveu a realização do primeiro — pelo menos, o primeiro a ser conhecido — transplante cardíaco da história da medicina. Tal intervenção pro-

---

<sup>(20)</sup> O novo conceito de morte passava a depender, portanto, da inexistência de vitalidade neurológica, sendo necessário verificar-se a «ausência de actividade eléctrica confirmada por electroencefalograma» para ser declarada a morte encefálica (cérebro e tronco cerebral): CRISTINA LIMA, Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos, Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, vol.12/ n.º 1, 2005, 7.

<sup>(21)</sup> PAOLO BECCHI, Morte cerebrale e trapianto di organi — una questione de ética giuridica, *Morcelliana*, 2008, 15-16.

<sup>(22)</sup> Com efeito, o «Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School» afirmou expressamente o seguinte: «our primary purpose is to define irreversible coma as a new criterion for death. There are two reasons why there is need for a definition: (1) Improvements in resuscitative and supportive measures have led to increased efforts to save those who are desperately injured. Sometimes these efforts have only partial success so that the

vocou múltiplas reacções positivas e negativas, consoante o prisma de análise <sup>(16)</sup>.

Mais: apenas três dias depois, no dia 6 de Dezembro de 1967, KANTROWITZ <sup>(17)</sup>, nos Estados Unidos da América, removia o coração a um recém-nascido, a quem diagnosticara o estado de «*coma dépassé*», e implantava-o noutro recém-nascido, apenas com dezanove dias de vida, que padecia de uma doença cardíaca fatal. O transplante falhou, tendo o receptor sobrevivido apenas seis horas <sup>(18)</sup>. No entanto, a caixa de Pandora fora aberta.

c) *A alteração do critério declarativo e o «Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death»*

I — Com efeito, coincidência ou não, supomos que dependerá igualmente do prisma de análise, decorrido apenas um mês sobre a execução dos referidos transplantes, foi constituído o «*Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*». Seria esta a comissão que viria a elaborar o célebre e influente «*Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*», publicado no dia 5 de Agosto de 1968 <sup>(19)</sup>. Nele se propunha, pela primeira vez, que o estado de «*coma irreversível*» fosse adoptado

---

result is an individual whose heart continues to beat but whose brain is irreversibly damaged. The burden is great on patients who suffer permanent loss of intellect, on their families, on the hospitals, and on those in need of hospital beds already occupied by these comatose patients. (2) Obsolete criteria for the definition of death can lead to controversy in obtaining organs for transplantation», Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *Journal of the American Medical Association*, 1968, 205 (6), 337.

<sup>(23)</sup> Nas suas palavras, «a disquietingly contradictory purpose is combined with this purpose in the quest for a new definition of death, in the will to advance the moment of declaring him dead: permission not to turn off the respirator, but, on the contrary, to keep it on and thereby maintain the body in a state of what would have been «life» by the older definition (but is only a “simulacrum” of life by the new) — so as to get at his organs and tissues under the ideal conditions of what would previously have been “vivisection”», HANS JONAS, *Philosophical Reflections on Experimenting with Human Subjects*, *Deadalus: Journal of America Academy of Arts and Sciences*, 98(2), 1969, 243-244.

como critério declarativo do fim da vida humana, abandonando-se o critério tradicional.

Registe-se que, sendo o «*coma irreversível*» reconduzido ao conceito de «*coma dépassé*», tal significava que pessoas anteriormente consideradas vivas, por força da aceitação e aplicação do novo critério proposto naquele relatório, deveriam passar a ser consideradas mortas, tornando-se possível a colheita de órgãos vitais, mas agora «*ex cadaver*» (20).

II — Em suma, uma pessoa anteriormente considerada viva, por força da associação dedutiva do «*coma dépassé*» [sob a designação de «*irreversible coma*»] à morte daquela pessoa, deveria agora ser considerada como cadáver. Como refere PAOLO BECCHI, com «*una aparentemente piccola trasformazione (...) era in realtà intervenuto un cambiamento epocale. (...) La medesima condizione clinica, che prima indicava una prognosi infausta, diventava ora una diagnosi di morte (...). Invece di chiedersi che cosa fare di pazienti (...) si decise di definirli morti già in quella condizione*» (21).

Neste plano, cumpre sublinhar que o próprio «*Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School*» reconheceu expressamente o seguinte: a sua *proposta* de alteração do critério declarativo justificava-se, entre outras razões, pela necessária racionalidade dos meios hospitalares, e porque os outros critérios declarativos, agora qualificados como «*obsoletos*», poderiam gerar controvérsia quanto à colheita de órgãos para a realização de transplantes (22).

d) *A crítica de Hans Jonas e a incompletude do «sistema declarativo da morte»*

I — Esta proposta de alteração do critério declarativo, como seria expectável, convocou e tem convocado, cada vez mais, a detença de muitos. Entre outros, merece destaque HANS JONAS. Este, no seu artigo «*Philosophical reflections on experimenting with human subjects*», publicado logo em 1969, sustentou que aquela

---

(24) Por todos, *in totum*, PAULO OTERO, Instituições políticas e constitucionais, I, Almedina, 2007.

proposta de critério declarativo apenas não suscitaria grandes objecções se fosse correctamente enquadrada. Com efeito, aquele novo critério teria de ser funcionalmente colocado no plano da determinação da *licitude* da cessação da prestação de cuidados médicos. A sua função, para HANS JONAS, deveria apenas situar-se na delimitação da fronteira a partir da qual se tornaria *lícita* a interrupção de cuidados médicos. Permitir-se-ia assim desonerar médicos e demais responsáveis clínicos de qualquer tipo de responsabilidade relativa à decisão de cessar a administração daqueles cuidados.

Porém, HANS JONAS, conhecedor da sucessão dos factos acima relatados, nomeadamente da célebre *corrida do transplante do coração*, e tendo presente as razões expressamente enunciadas pelo «*Ad Hoc Committee*», sublinhou que o conceito de «*brain death*», antecipando o *momento processual declarativo* da morte, estaria ordenado, afinal, a servir outros propósitos: a colheita de órgãos (23).

Nestes termos, para HANS JONAS, aquele novo *critério declarativo* teria sido pensado não para permitir determinar *licitamente* a cessação de cuidados médicos, mas para ser possível requalificar a *pessoa viva*. Segundo o novo critério, essa pessoa passaria ao *estado* de cadáver, propiciando-se a colheita dos seus órgãos vitais.

Dir-se-á que, para esta maneira de interpretar os factos históricos, estaríamos perante uma manipulação conceptual, funcionalizando-se o critério declarativo em ordem a tornar possível qualificar a (*anteriormente*) pessoa viva em (*agora*) cadáver. Essa pessoa perderia, por efeito de uma manipulação qualificativa, os direitos que lhe assistiriam por força dos princípios da inviolabilidade da

---

(25) PAOLO BECCHI, Morte cerebrale e trapianto di organi — una questione de ética giuridica, *Morcelliana*, 2008, 19.

(26) Admite-se, por comodidade expositiva, tratar-se de um diagnóstico, sendo possível encontrar opiniões no sentido de se tratar, pelo contrário, de um prognóstico.

(27) Noutro plano menos complexo, quanto aos critérios de diagnóstico de morte cerebral, em 1978, era já possível contar cerca de trinta diferentes conjuntos de critérios. Estão sumariados em PETER BLACK, *Brain death*, *New England Journal of Medicine*, Boston, vol. 299, 1978, 338-344.

(28) JAMES BERNAT, *On the Definition and Criterion of Death*, *Annals of Internal Medicine* XCIV/3 (1981), 389-94.

vida humana e da dignidade da pessoa humana, hoje reconhecidos como a base da axiologia do sistema jurídico nacional (24).

II — Acrescendo às dúvidas de HANS JONAS, que nos parece ter correctamente colocado em causa a manipulação funcional do critério declarativo, outro aspecto colocava em crise o critério então proposto. Faltava ainda apurar o mais importante: qual a razão que permitia declarar a morte de uma pessoa quando se verificassem lesões encefálicas irreversíveis? Como alcançamos essa conclusão? Quais as premissas que a permitem demonstrar?

Não nos parece ser muito difícil de aceitar que o debate da *morte* tem de ter sempre um referencial: um padrão de vitalidade humana. Só depois poderemos edificar coerentemente o *sistema declarativo da morte*.

III — No plano da teorização relativa ao *sistema declarativo da morte*, cumpre perguntar: será de aceitar um critério declarativo de morte com base estritamente biológica?

Não respondendo positivamente à pergunta agora formulada, deveremos então optar por um critério filosófico, religioso ou sociológico, exigindo, por exemplo, capacidade de consciência ou capacidade de interagir socialmente com o mundo externo? Se for este último caminho, como encontrar o necessário e o legítimo consenso para a aplicação desse critério sociológico? Quais os seus limites?

Nada disto, porém, ficou resolvido ou sequer foi problematizado em 1968. Como refere PAOLO BECHI, o «*Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School*» limitou-se a indicar um novo critério

---

(29) Procurando justificar o critério da «morte cerebral total», BERNAT/CULVER/GERT referem que «this criterion [whole brain death] is perfectly correlated with the permanent cessation of functioning of the organism as a whole because the brain is necessary for the functioning of the organism as a whole. It integrates, generates, interrelates, and controls complex bodily activities. A patient on a ventilator with a totally destroyed brain is merely a group of artificially maintained subsystems since the organism as a whole has ceased to function», J. L. BERNAT/C. M. CULVER/B. GERT, On the Definition and Criterion of Death, *Annals of Internal Medicine*, 94/3 (1981), 391.

(30) Relatórios disponíveis em [http://www.bioethics.gov/reports/past\\_commissions/index.html](http://www.bioethics.gov/reports/past_commissions/index.html).

declarativo de morte. No entanto, não enunciou quais os pressupostos que permitiriam associar dedutivamente *lesões encefálicas irreversíveis* à morte de uma pessoa. Faltou, portanto, enunciar a razão (biológica? sociológica? outra?) que permitia (ou não) legitimar aquela dedução (25). Tudo terá surgido de modo conclusivo, carecendo de premissas fundamentadoras.

e) *A necessidade de enquadramento referencial: James Bernat, a teoria do «organismo como um todo» e o critério da «morte cerebral total»*

I — Por isso mesmo, um novo debate se abriu: o que permitia, afinal, concluir que a verificação do estado de *«coma depressé»* seria suficiente para *declarar* alguém como estando morto? (26) Qual seria, afinal, o referencial para aferir a vitalidade humana? A resposta a esta pergunta tem merecido múltiplas e distintas formulações, que são irreproduzíveis num texto jurídico (27).

Mas sempre se dirá que uma relevante tentativa de resposta foi ensaiada por JAMES BERNAT (28), propondo este Autor, seguindo uma matriz *biológica*, que a *vida* fosse associada à ideia de *organismo como um todo*. O *organismo* deixaria de existir como *um todo* quando deixasse de *existir* uma *coordenação integrada e espontânea* do corpo humano.

Tal *descoordenação*, segundo JAMES BERNAT, ocorre quando cessa a actividade encefálica. Por isso, propôs como critério declarativo o critério da *morte cerebral total* (*«whole brain death»*) (29) A lógica desta construção é relativamente fácil de apreender: se a vida humana é revelada pelo funcionamento do organismo *como um todo* e se esse *todo* depende da actividade do encéfalo, então a falência deste implicará a cessação da vitalidade humana.

---

(31) Defining Death: A Report on the Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research), 1981, 33. ([http://www.bioethics.gov/reports/past\\_commissions/defining\\_death.pdf](http://www.bioethics.gov/reports/past_commissions/defining_death.pdf)).

II — Por esta via, estaria solucionado o *problema* criado pela aplicação das técnicas de reanimação e de suporte da vida. A vitalidade (agora) deixaria de ser *revelada* directamente pelo mero funcionamento dos sistemas circulatórios, dado que estes poderiam funcionar *artificialmente*. Passaria, então, a ser revelada pela *integração global* do organismo, *i.e.*, pela ideia de «*organismo como um todo*». Estava, portanto, encontrada a razão que permitiria considerar justificado o *novo* critério. Aquilo que surgira anteriormente, pela mão do «*Ad Hoc Committee*», apenas como um mero *critério*, recebia, por esta via, enquadramento teórico, tomando como referência um novo padrão de vitalidade: o «*organismo como um todo*».

III — Importa ainda sublinhar a extrema relevância *institucional* da teoria do «*organismo como um todo*». Com efeito, esta teoria foi acolhida nos trabalhos da histórica «*President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*»<sup>(30)</sup>.

A criação desta *comissão presidencial*, em 1980, resultou directamente de, nos Estados Unidos da América, posteriormente à publicação do relatório do «*Ad Hoc Committee*» de Harvard, os vários Estados federados terem adoptado posições dissemelhantes quanto ao *critério declarativo* a adoptar. Com efeito, alguns desses Estados optaram pelo *novo* critério proposto e outros decidiram-se pela manutenção do critério tradicional; por último, outros deixaram a questão em aberto, cabendo à jurisprudência, por vezes, *fixar* as regras aplicáveis.

Por isso mesmo, aquela comissão presidencial deveria analisar os *progressos* científicos biomédicos, com o propósito de *harmonizar* e *unificar* critérios que permitissem *declarar* a morte das pessoas, de acordo com um só padrão declarativo válido em todo o território norte-americano.

Nesse contexto, como acima referido, a teoria do «*organismo como um todo*» colheu largo apoio na «*President's Commission*». Esta, num relatório com cerca de duas centenas de páginas, considerou que a morte ocorreria quando «*the body's physiological system ceases to constitute an integrated whole. Even if life continues*



*in individual cells or organs, life of the organism as a whole requires complex integration, and without the latter, a person cannot properly be regarded as alive»* (31).

IV — Cumpre referir um ponto adicional: para a tese do «*organismo como um todo*», a importância do encéfalo estaria confirmada, nomeadamente, pelo facto de se ter descoberto que os músculos da respiração efectuam os seus movimentos de contracção após a recepção de um sinal por aquele emitido. Assim, o encéfalo representaria, para esta nova construção, um elemento central no processo de verificação da capacidade respiratória *espontânea*.

Com efeito, se por força dos ventiladores mecânicos era impossível verificar se a pessoa tinha ou não real capacidade respiratória autónoma e espontânea, depois daquela descoberta, sabendo-se então que a função respiratória dependerá igualmente da actividade encefálica, bastaria verificar se o encéfalo estaria (ou não) a processar correctamente os seus mecanismos de coordenação respiratória. Por outro lado ainda, dado que o coração necessita de oxigénio para funcionar, tal verificação seria igualmente válida para aferir se existia, por via indirecta, a capacidade cardíaca necessária à manutenção do sistema de circulação sanguínea.

Estava, portanto, encontrado o critério declarativo — *estado de morte cerebral total*: «*all functions of entire brain*» —, que permitiria, por via indirecta, verificar o funcionamento dos sistemas que, mesmo no modelo declarativo anterior, serviam de base à declaração de morte. Estes, agora, seriam testados indirectamente.

Com efeito, se no anterior modelo declarativo, os testes efectuados estavam ordenados a verificar concretamente, e de forma

(32) <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/udda80.pdf>.

(33) Que, como se sabe, é também o critério acolhido no direito português.

(34) Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom, Diagnosis of brain death, *British Medical Journal*, 2, 1976, 1187-1188.

(35) Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom, Diagnosis of death, *British Medical Journal*, 1, 1979, 261-262.

(36) Working Group of the Royal College of Physicians, Criteria for the diagnosis of brain stem death, Review by a Working Group convened by the Royal College of Physicians and endorsed by the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom, *Journal of the Royal College of Physicians*, 29, 1995, 381-382.

directa, o estado dos sistemas circulatórios, já com o novo critério declarativo (morte cerebral), os referidos sistemas seriam testados de forma indirecta («*second window*»), *i.e.*, através da verificação da ausência de actividade encefálica.

V — Por isso mesmo, a «*President's Commission*» reconheceu que apenas nos casos em que se verificasse a utilização de ventiladores ou outras técnicas de suporte da vida humana — e apenas nesses — deveria ser aplicado o *novo critério declarativo*, mantendo-se como *critério principal*, para os demais casos, a clássica cessação cárdio-respiratória.

Assim, apenas nos casos de suporte *artificial* da vida humana, de acordo com o estabelecido pela «*President's Commission*», se justificaria, então, recorrer ao critério da *morte cerebral total*. Este foi perspectivado como um *critério declarativo especial* («*second window*») e não como um *critério declarativo geral* («*first window*»).

Esta teoria foi aprovada pela *American Medical Association*, pela *American Bar Association* e pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Por força desta generalizada aprovação, a teoria do «*organismo como um todo*», com os exactos contornos acima descritos, foi então acolhida no «*Uniform Determination of Death Act*», aprovado em 1981, passando neste a estabelecer-se o critério que ainda hoje vigora nos Estados Unidos da América: «§1. [*Determination of Death*] *An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards*»<sup>(32)</sup>.

Sublinhe-se, com muito interesse, como o critério declarativo tradicional não foi abolido. Com efeito, mantém-se ainda hoje em vigor, nos Estados Unidos da América, um *critério declarativo prin-*

---

<sup>(37)</sup> PAOLO BECCHI, Morte cerebrale e trapianto di organi — una questione de ética giuridica, *Morcelliana*, 2008, 27.

<sup>(38)</sup> CHRISTOPHER PALLIS, ABC of brain stem death. Reappraising death, *British Medical Journal*, 1982 (285), 1409-1412.

*cipal*, correspondente ao *critério tradicional* da cessação irreversível da função cárdio-respiratória, associado a um *critério declarativo especial*, correspondente ao critério da *morte cerebral total*.

f) *A não homogeneidade do critério declarativo na teoria do «organismo como um todo»: a teoria de Christopher Pallis e o critério do tronco encefálico.*

I — Neste plano, com extrema relevância para sindicar o caso português, como adiante se verá, importa referir que no Reino Unido também foi acolhida a teoria do «*organismo como um todo*». Mas com uma certa modificação quanto ao critério declarativo. Optou-se por abandonar o critério da «*morte cerebral total*», elegendo-se o critério da «*morte do tronco encefálico*» (33).

Isto porque, com o apoio de documentos e de linhas de orientação de associações médicas, de 1976 (34), de 1979 (35) e de 1995 (36), vingou a tese de que a verificação da «*irreversível ausência de reflexos do tronco encefálico*» seria um *indício suficientemente forte para declarar a morte de uma pessoa, não sendo necessário confirmar a «morte cerebral total»*.

II — Diremos que o critério da morte do *tronco encefálico* representa, nesta acepção, a valorização desta específica estrutura encefálica no que respeita às demais estruturas que geram actividade encefálica.

Assume-se que a falência daquela estrutura ditará, a curto prazo, a deterioração de todo o encéfalo. O encéfalo encerrará, em si, o *sistema crítico* do organismo como um todo e, por sua vez, o tronco encefálico encerrará, em si, o *sistema crítico* do encéfalo.

---

(39) CHRISTOPHER PALLIS, On the Brainstem Criterion of Death, integrado no volume «The Definition of Death: Contemporary Controversies, (org. S. J. YOUNGNER/R. M. ARNOLD/R. SCHAPIRO), The Johns Hopkins University Press, 1999, 93-100, 96.

(40) CHRISTOPHER PALLIS/D. HARLEY, ABC of Brainstem Death, (2ª edição), BMJ Publishing Group, 1996, 29-31.

(41) The President's Council on Bioethics, Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics, Washington, D.C., January 2009, 66.

Desta forma, verificada a falência deste, as consequências destrutivas globais seriam inevitáveis (37). Neste plano, o critério da morte do *tronco encefálico* surgiu mais como um *prognóstico* do que como um *diagnóstico*.

III — Parece-nos ainda ser essencial, para compreensão desta *teoria*, reter que, para CHRISTOPHER PALLIS, a quem é atribuída, com propriedade, a paternidade do critério da morte do tronco encefálico (38), a *ideia* de morte da pessoa traduz-se na perda *irreversível* da «*capacidade de consciência*» e da «*capacidade respiratória espontânea*».

Essa perda será confirmável, segundo aquele Autor, precisamente através da avaliação do estado do tronco encefálico, tendo em especial consideração a importância deste na coordenação do processo respiratório.

IV — Esta tese aditaria, porém, novos dados ao padrão de referência da vitalidade humana. Com efeito, pronunciando-se sobre o *fundamento* que justificaria a eleição deste *critério declarativo*, PALLIS amparou-se no «*contexto sociológico*» dos conceitos de vida e de morte vigentes nas sociedades judaico-cristãs, nas quais, segundo PALLIS, se associa a ideia de vida à *capacidade de consciência* e à *capacidade respiratória*.

Desta forma, apesar da recepção da teoria do «*organismo como um todo*», PALLIS introduzia novos elementos na sua construção, aceite no Reino Unido, já não estritamente *biológicos*, dada a sua base também *sociológica*. Nas suas palavras: «*the single matrix in which my definition is embedded is a sociological one, namely Judeo-Christian culture... The “loss of the capacity for consciousness” is much the same as the “departure of the cons-*

---

(42) The President’s Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper* by the President’s Council on Bioethics, Washington, D.C., January 2009, 66.

(43) ALAN SHEWMON, *Recovery from Brain Death: A Neurologist’s Apologia*, *Linacre Quarterly* 64, 1997, 30-96.

(44) The President’s Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper* by the President’s Council on Bioethics, Washington, D.C., January 2009, 44.

*cious soul from the body,” just as “the loss of the capacity to breathe” is much the same as the “loss of the breath of life” (39).*

V — Ademais, seguindo as primeiras linhas da sua reflexão de 1982, mas agora em 1996<sup>(40)</sup>, PALLIS/HARLEY dirão que a morte do tronco encefálico será o «*ponto sem retorno*» no processo de morte. Para estes Autores, a *verificação da falência do tronco encefálico* seria suficiente para *declarar* a morte de uma *pessoa*, dado que, com a morte do tronco encefálico, num curto espaço temporal, desenvolver-se-ia um quadro de *assistolia (insuficiência cardíaca global)*.

Cumpra ainda referir que esta tese de PALLIS e o critério declarativo vigente no Reino Unido — e, por maioria de razão, também o critério vigente em Portugal — foram recentemente analisados muito criticamente pelo *President’s Council on Bioethics*, tendo concluído que: «*the UK standard follows Pallis in accepting “death of the brainstem,” [tronco encefálico] rather than total brain failure, as a sufficient criterion for declaring a patient dead. Such a reduction, in addition to being conceptually suspect, is clinically dangerous because it suggests that the confirmatory tests that go beyond the bedside checks for apnea and brainstem reflexes are simply superfluous*»<sup>(41)</sup>.

(45) Listadas em ALLAN SHEWMON, “The Brain and Somatic Integration: Insights into the Standard Biological Rationale for Equating ‘Brain Death’ with Death,” 457-78, 467.

(46) Concretamente, «Homeostasis of a countless variety of mutually interacting chemicals, macromolecules and physiological parameters, through the functions especially of liver, kidneys, cardiovascular and endocrine systems, but also of other organs and tissues (e.g., intestines, bone and skin in calcium metabolism; cardiac atrial natriuretic factor affecting the renal secretion of renin, which regulates blood pressure by acting on vascular smooth muscle; etc.)», ALLAN SHEWMON, “The Brain and Somatic Integration: Insights into the Standard Biological Rationale for Equating ‘Brain Death’ with Death,” 467.

(47) Esta situação vem conduzindo à defesa da administração de anestesia ao cadáver. Na Alemanha este problema chegou aos tribunais.

(48) ALLAN SHEWMON, Chronic “brain death”: meta-analysis and conceptual consequences. *Neurology* 51/6, 1998, 1538-1545.

(49) The President’s Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President’s Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, 54.

(50) Nele se compreendendo o Telencéfalo ou Cérebro, o Diencefalo (Tálamo e Hipotálamo), o Tronco Encefálico e o Cerebelo.

De facto, o *President's Council on Bioethics* sublinhou que a *base científica* deste critério tem sido validamente colocada em causa e que a *natureza* da proposta de PALLIS torna difícil a sua aceitação, por força da sua acentuada «*dependence on a particular culture*» (42).

g) *A crítica aos critérios declarativos da morte cerebral total e da morte do tronco encefálico: os argumentos de Allan Shewmon e a dimensão global da integração somática.*

I — Por outro lado, num plano mais abrangente e crítico de tudo o que vem sendo relatado, julgamos ser essencial salientar que estes novos critérios, tanto o da *morte cerebral total*, bem como o da *morte do tronco encefálico*, foram recentemente alvo da atenção de ALLAN SHEWMON, reconhecido e cientificamente influente neurologista norte-americano.

Com efeito, ALLAN SHEWMON, no seu artigo «*Recovery from Brain Death: a neurologist's apologia*» (43), invertendo as suas anteriores convicções, contestou a ideia de que o estado de morte cerebral provocará, num curto espaço de tempo, um quadro de *assistolia*. Foi também por si rejeitada a ideia de que aquela implicará a *perda* da *capacidade de consciência* e a da *capacidade respiratória*. Mais entende SHEWMON que inexistente, no actual estado do conhecimento biomédico, a capacidade de determinar se a integração somática cessa por força da cessação da actividade encefálica. Pelo contrário: os dados apontam para a manutenção de integração somática posterior à *morte* do encéfalo (44).

Com efeito, através da análise de vários casos por si documentados, SHEWMON refere ter sido possível verificar que, mesmo em situações que seriam reconduzíveis ao conceito de *morte cerebral total*, continuam a verificar-se múltiplos indícios de *integração somática* (45). Destacam-se, entre outras, (i) a homeostase (46),

---

(51) Veja-se, por exemplo, The brain and somatic integration: insights into the standard biological rationale for equating "brain death" with death, *Journal of Medicine and Philosophy* 26.5/2001, 457-478

(ii) a capacidade de manutenção da temperatura do corpo, (iii) o combate a infecções, (iv) o desenvolvimento corporal (crescimento proporcional e maturação de órgãos), (v) a reacção febril a estados infecciosos, (vi) a drenagem de resíduos celulares, (vii) a cura de feridas, (viii) a capacidade de gestação, no caso de doentes do sexo feminino, (ix) e as reacções cardiovasculares e hormonais quando se realizam as incisões para a retirada de órgãos (47).

II — Neste contexto, ALLAN SHEWMON ilustrou inclusivamente a sua crítica com vários casos de sobrevivência ao estado de morte cerebral. Para o efeito, referiu mais de uma centena de casos documentados de pessoas que sobreviveram, após a morte cerebral, vários meses e até mesmo vários anos (48). É já célebre caso do doente TK, dado ter sobrevivido cerca de vinte anos, sem que se tenha verificado um quadro de assistolia (49).

Para ALLAN SHEWMON, estes dados colocam irremediavelmente em causa a tese de que o encéfalo (50) seja o «integrador central» e, por maioria de razão, que o seja o tronco encefálico. Com efeito, segundo este Autor, a coordenação do «organismo como um todo» não pode ser imputada a um específico órgão, pelo que ao encéfalo não pode ser atribuída essa função.

Isto porque, segundo a sua tese, o *encéfalo* desempenhará, afinal, apenas uma *função de regulação* — e não de integração somática central — de um *sistema de coordenação e integração intrínseco* já existente. Este resultará, afinal, da interacção dos vários

(52) The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, 90.

(53) The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, 92.

(54) Pela sua importância, retenha-se ainda a declaração final de Gilbert C. Meilaender, clarificando que o «Council rejects the view that the criteria for determining death should be shaped or determined by our need and desire for transplantable organs. We should not create “legal fictions” or “social agreements” whose aim is less an accurate determination of death than a ready supply of organs. Whatever else human beings may be, they are living bodies, and their death is a biological reality that we need to mark as accurately as we are able». The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, 125.

(55) Refira-se, ainda, que o trauma da associação do conceito declarativo da morte cerebral ao transplante de órgãos, conduziu o «President's Council on Bioethics» a decla-

órgãos do corpo humano e não apenas de um só órgão ou de uma parte de um órgão. Assim, determinar a cessão da *existência* do «*organismo como um todo*» não poderá depender apenas da verificação da falência de um *único* órgão, o encéfalo, e muito menos apenas da verificação da morte do tronco encefálico <sup>(51)</sup>.

Por tudo isto, SHEWMON rejeita tanto o *critério da morte cerebral total*, como o *critério da morte do tronco encefálico*, se adoptada a teoria do organismo como um todo.

*h) O relatório «Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics»*

I — Esta polemização em torno critério declarativo de morte (e seus pressupostos), na sua versão de *morte cerebral total*, vigente nos Estados Unidos da América — tal como sucede na Itália e na Alemanha —, determinou que o «*President's Council on Bioethics*» fosse mandatado para realizar uma reflexão destinada a apurar a validade científica e ética das várias teses que foram surgindo sobre este tema.

A sua função seria analisar todos os estudos que, ao longo de vários anos, nomeadamente os de ALLAN SHEWMON, vêm colocando em causa o *critério declarativo* proposto, em 1969, pelo «*Ad*

---

rar expressamente que a aferição do critério declarativo da morte deve ser autónoma e independente dos problemas suscitados pelo transplante de órgãos, sendo muito pertinente registar as seguintes considerações: «the ethical controversies explored in this report were first raised for the Council during its inquiry into organ transplantation: as most deceased organ donors have been declared dead on the basis of the neurological standard, questions about its validity have an obvious relevance for organ procurement. The Council concluded that, despite that connection, the two matters — determining death and procuring organs — should be addressed separately. More precisely, questions about the vital status of neurologically injured individuals should be taken up prior to and apart from ethical issues in organ procurement from deceased donors», The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, 89.

<sup>(56)</sup> Parecer da Câmara Corporativa n.º 14/VIII (Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres), Câmara Corporativa (Pareceres), VIII Legislatura, ano de 1963, II, Lisboa, 1964, cujo relator foi o Professor MANUEL GOMES DA SILVA.



*Hoc Committee*», acolhido e desenvolvido, em 1980, pela «*President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*», e consagrado, em 1981, no «*Uniform Determination of Death Act*».

II — Após várias sessões de trabalho, em Dezembro de 2008, o «*President's Council on Bioethics*» enviou ao Presidente dos Estados Unidos da América um relatório, com cerca de duas centenas de páginas, concluindo que o critério da morte cerebral (em todas as suas modalidades) tem sido validamente colocado em causa ao longo dos anos. Isto tudo, claro está, não obstante ser possível continuar a defendê-lo (ainda que com outros argumentos e assumindo outros referenciais de vitalidade).

Mais diremos, neste plano, que as palavras finais daquela comissão definem, de forma cabal, o estado actual do problema declarativo da morte: «*until now, two facts about the diagnosis of total brain failure have been taken to provide fundamental support for a declaration of death: first, that the body of a patient with this diagnosis is no longer a "somatically integrated whole," and, second, that the ability of the patient to maintain circulation will cease within a definite span of time. Both of these supposed facts have been persuasively called into question in recent years*»<sup>(52)</sup>. Por tudo o que foi *supra* referido e por outras razões que não cumpre agora reproduzir, o «*President's Council on Bioethics*» concluiu, em Dezembro de 2008, ser necessário e desejável «*to re-examine our ideas and practices concerning the human experience of death in light of new evidence and novel arguments. Undertaken in good faith, such a re-examination is a responsibility incumbent upon all who wish to keep human dignity in focus, especially in the sometimes disorienting context of contemporary medicine*»<sup>(53/54/55)</sup>. O debate foi, desta forma, reaberto.

§ 3. O «*problema declarativo da morte*» no direito português

a) O critério tradicional

I — No direito português, o *problema declarativo da morte* cruza-se historicamente com a legislação relativa ao transplante de órgãos e de tecidos.

Com efeito, em 1964, após profunda reflexão do Professor GOMES DA SILVA <sup>(56)</sup>, foi publicado o Decreto-Lei n.º 45 683, de 25 de Abril, invocando-se então que *«de há muito que se vem sentindo entre nós com premência crescente a necessidade de utilizar em certas condições os órgãos e tecidos das pessoas falecidas»*. Por esse motivo, de acordo com o artigo 1.º do referido diploma, passou a ser *«permitida nos termos do presente decreto-lei a colheita no corpo de pessoa falecida de tecidos ou órgãos de qualquer natureza, nomeadamente ossos, cartilagens, vasos, pele, globos oculares e sangue, quando eles forem necessários para fins terapêuticos ou científicos e essa intervenção, para ser útil, não possa aguardar o decurso do prazo legal de prevenção contra a morte aparente»*.

Para o efeito, agora no seu artigo 10.º, mais se previu que *«nenhuma colheita de tecidos ou órgãos se pode efectuar nos termos deste decreto-lei sem que o óbito seja verificado pelo menos por dois médicos, segundo as regras de semiologia médico-legal que, ouvidos os departamentos oficiais competentes e a Ordem dos Médicos, forem definidas por portaria conjunta dos Ministros da Justiça e da Saúde e Assistência»*.

II — Assim, dando cumprimento a este artigo, foi publicada a Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964, assinada pelos Ministros JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA/FRANCISCO PEREIRA NETO CARVALHO, nela se estabelecendo que *“na verificação de óbito para efeito de colheita, no corpo de pessoa, falecida, de tecidos ou órgãos que forem considerados necessários para os fins do*

---

<sup>(57)</sup> Mais se refira que, de acordo com esta nova perspectiva, nos termos do artigo 9.º da referida portaria, *«após a verificação do óbito, segundo as regras mencionadas, podem ser mantidas ou aplicadas ao cadáver técnicas de reanimação, com o fim de se proceder à colheita de órgãos ou tecidos em boas condições»*.

<sup>(58)</sup> Não obstante a omissão legal da referência à morte cerebral, na doutrina médica, LOBO ANTUNES/LESSEPS DOS REYS, defendiam, em 1985, que *«toda a deontologia médica se alicerça no respeito absoluto da vida e da pessoa do doente. Se bem que o médico tenha a obrigação moral de empregar todos os meios ao seu alcance para salvar a vida do doente, deverá reconhecer, em devido tempo, quando é que esses meios podem, de facto, ser utilizados... Os meios hospitalares de reanimação artificial são escassos e altamente dispendiosos. É obrigação do médico saber geri-los, afectando-os aos doentes em situação grave, mas com possibilidades de recuperação, pois não é moralmente aceitável que esses recursos*

*Decreto-Lei n.º 45683, de 25 de Abril de 1964, proceder-se-á, obrigatoriamente, à pesquisa da ausência de oscilações à electrocardiografia e à arteriotomia radial esquerda, podendo esta última ser substituída pela verificação da invisibilidade dos capilares retinianos ou pela tanatognose angiográfica». Em 1964, vigorava, portanto, o tradicional critério declarativo da morte. As regras agora expostas baseavam-se no reconhecimento da interrupção permanente da função cárdio-respiratória.*

*b) Introdução do critério declarativo da «morte cerebral»*

I — Porém, esta portaria viria a ser revogada pela Portaria n.º 156/71, de 24 de Março de 1971, assinada pelos Ministros MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/BALTAZAR REBELO DE SOUSA, introduzindo-se, pela primeira vez em Portugal, o *conceito* de morte cerebral.

No preâmbulo dessa portaria expressamente se refere que «*se, na maioria dos casos, a paragem circulatória caracteriza fielmente a terminação da vida, os progressos verificados nos últimos anos,*

---

sejam desperdiçados em acções terapêuticas sem esperança. Uma pessoa será declarada morta quando, segundo critérios estabelecidos, se verifique paragem irreversível das funções respiratórias e circulatória, ou, paragem irreversível da função cerebral, incluindo o tronco cerebral (morte). O diagnóstico de morte cerebral deverá ser considerado quando se observarem as circunstâncias seguintes: o doente encontra-se em coma profundo, tendo sido excluídas como causa do coma, a ingestão de drogas depressoras do sistema nervoso central, hipotermia e alterações endócrinas ou metabólicas: o doente está mantido por ventilação assistida por a respiração espontânea ser inadequada ou ter cessado, sem que tal se pudesse atribuir ao uso de relaxantes musculares ou outras drogas com efeitos depressores sobre os centros respiratórios; quando se tiver apurado que a situação clínica do doente é devida a lesão estrutural irreversível do sistema nervoso central, cuja etiologia foi estabelecida de forma inequívoca», J. LOBO ANTUNES/J. LESSEPS REY, O diagnóstico da morte cerebral, *Jornal da Sociedade das Ciências Médicas de Lisboa*, Tomo CXLIX — Maio/1985, n.º 5, 307-309.

<sup>(59)</sup> Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 74/85, de 7 de Outubro de 1985: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>(60)</sup> Analisando criticamente este regime, C. SOARES DE BRITO, Colheitas de órgãos e tecidos de pessoas falecidas, com vista à realização de excertos e transplantes: inconstitucionalidade material do artigo 5 do Decreto-Lei 553/76, de 13 de Julho / Carlos Soares de Brito, R.O.A., 48.º, n.1 (Abr.1988), 239-266.

<sup>(61)</sup> Dando nota dos vários transplantes de órgãos vitais realizados durante a vigência deste diploma, ALFREDO MOTA, Transplantação de órgãos; Actividade em Portugal e alguns aspectos históricos, *Acção médica* 1996, 60/2, 25-38.

*nas técnicas de reanimação respiratória e cárdio-circulatória, demonstraram que é possível manter-se a irrigação sanguínea de alguns órgãos e tecidos, mesmo quando o sistema nervoso central sofreu lesões irreversíveis, incompatíveis com a vida humana. Torna-se, pois, necessário determinar com rigor a fase de irreversibilidade das lesões destrutivas sofridas pelo sistema nervoso central dos doentes submetidos a técnicas de reanimação, uma vez que para estes deixou de ser satisfatória a utilização das regras enunciadas naquela portaria para certificação do estado de morte».*

II — Realce-se que o fundamento então apresentado, para justificar a introdução do critério declarativo da *morte cerebral*, foi o de que os progressos demonstraram *«que é possível manter-se a irrigação sanguínea de alguns órgãos e tecidos, mesmo quando o sistema nervoso central sofreu lesões irreversíveis»*, considerando esta realidade como *«incompatível com a vida humana»*.

Em parte alguma, porém, foi enunciado o que deve entender-se por *vida humana*.

De outra banda, acentuou-se naquela portaria ser *«necessário determinar com rigor a fase de irreversibilidade das lesões destrutivas sofridas pelo sistema nervoso central dos doentes submetidos a técnicas de reanimação»*, afirmando-se ainda *«que para estes deixou de ser satisfatória a utilização das regras enunciadas naquela portaria para certificação do estado de morte»* (57).

c) *A ausência de critério declarativo expresso na reforma de 1976*

---

(62) Passando a ser «considerados como potenciais dadores post mortem todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dadores», tornando-se irrelevante qualquer oposição transmitida ou conhecida posteriormente. Criticando certamente a solução do dissentimento, cujo sentido acompanhamos, vide NUNO PINTO DE OLIVEIRA, O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”, Coimbra Editora, 2002.

(63) [= tronco encefálico]

I — Posteriormente, com o Decreto-lei n.º 553/76, foram revogadas as disposições contidas no Decreto-Lei n.º 45683, de 25 de Abril de 1964 e na Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964, e na Portaria n.º 156/71, de 24 de Março, deixando de se fazer referência expressa ao critério da morte cerebral <sup>(58)</sup>.

Não obstante a *expressa revogação* do critério da morte cerebral, a Procuradoria-Geral da República sustentou que se mantinha em vigor a Portaria n.º 156/71, de 24 de Março, tudo nos seguintes termos: «*o conceito de “morte”, constante do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, tem o sentido de morte cerebral (...) Na verificação do óbito para os fins do referido diploma devem seguir-se adequadas regras de semiologia medico legal, nomeadamente — se outras não se mostrarem mais actualizadas — as referidas na Portaria n 156/71, de 24 de Março, não obstante a sua expressa revogação*» <sup>(59)</sup> (*sublinhado nosso*). Tudo isto no quadro constitucional então vigente.

II — Naquele diploma de 1976, refira-se ainda que a colheita de órgãos passou a poder «*fazer-se imediatamente após a morte, a qual terá de ser certificada por dois médicos não pertencentes à equipa que a ela procede [à colheita de órgãos], devendo, pelo menos, um deles ter mais de cinco anos de exercício profissional*» (artigo 1.º), salvo quando «*por qualquer forma, lhes seja dado conhecimento da oposição do falecido*» <sup>(60/61)</sup>.

d) A “reintrodução” legal da «morte cerebral» e a Declaração da Ordem dos Médicos: do critério de morte cerebral ao critério da morte do tronco encefálico.

I — Em 1993, o quadro legal que regula os transplantes viria a sofrer relevante alteração. Introduzia-se, de forma expressa, o conceito de *morte cerebral*, associado agora a um *modelo de dis-sentimento* <sup>(62)</sup>.

Com efeito, no dia 22 de Abril de 1993, foi publicada a Lei n.º 12/93, nos termos qual, por força do seu artigo 12.º, se incumbiu a «*Ordem dos Médicos, ouvido o Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, [de] enunciar e manter actualizado, de acordo com os progressos científicos que venham a registar-se, o conjunto*

*de critérios e regras de semiologia médico-legal idóneos para a verificação da morte cerebral», devendo o «bastonário (...) comunicar ao Ministério da Saúde o texto aprovado pela Ordem dos Médicos fixando os critérios e regras referidos no número anterior, para publicação na 1.ª série do Diário da República».*

Assim, no dia 1 de Setembro de 1994, foi publicada a *Declaração da Ordem dos Médicos*, prevista no artigo 12.º daquela Lei, que, pela sua importância, aqui se transcreve integralmente:

### DECLARAÇÃO DA ORDEM DOS MÉDICOS

**CRITÉRIOS DE MORTE CEREBRAL:** A certificação de morte cerebral requer a demonstração da cessação das funções do tronco cerebral<sup>(63)</sup> e da sua irreversibilidade.

**I. CONDIÇÕES PRÉVIAS:** Para o estabelecimento do diagnóstico de morte cerebral é necessário que se verifiquem as seguintes condições: 1) Conhecimento da causa e irreversibilidade da situação clínica; 2) Estado de coma com ausência de resposta motora à estimulação dolorosa na área dos pares cranianos; 3) Ausência de respiração espontânea; 4) Constatação de estabilidade hemodinâmica e da ausência de hipotermia, alterações endócrinometabólicas, agentes depressores do sistema nervoso central e ou de agentes bloqueadores neuromusculares, que possam ser responsabilizados pela supressão das funções referidas nos números anteriores.

**II. REGRAS DE SEMIOLOGIA:** 1 — O diagnóstico de morte cerebral implica a ausência na totalidade dos seguintes reflexos do tronco cerebral: a) Reflexos fotomotores com pupilas de diâmetro fixo; b) Reflexos oculocefálicos; c) Reflexos oculovestibulares; d) Reflexos corneopalpebrais; e) Reflexo faríngeo. 2 — A realização da prova de apneia confirmativa da ausência de respiração espontânea.

---

(64) Parecer sobre os critérios de verificação da morte cerebral 6/CNE/94, Documentação CNECV, volume II, 1993-1994, 87.

(65) Deliberação do CNECV, Documentação CNECV, volume II, 1993-1994, 87.

(66) Com efeito, como sublinha SILVA CRUZ, «a principal objecção a este diploma legal [à Lei n.º 12/93, de 22 de Abril] é permitir a dualidade de critérios para o diagnóstico de morte, só se aplicando o conceito de morte cerebral a potenciais dadores de órgãos, para transplantação», MANUEL SILVA CRUZ, *O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética*, Dissertação de Mestrado em Bioética e Ética Médica apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2003, 14.

**III. METODOLOGIA:** A verificação da morte cerebral requer: 1) Realização de, no mínimo, dois conjuntos de provas com intervalo adequado à situação clínica e à idade; 2) Realização de exames complementares de diagnóstico, sempre que for considerado necessário; 3) A execução das provas de morte cerebral por dois médicos especialistas (em neurologia, neurocirurgia ou com experiência de cuidados intensivos); 4) Nenhum dos médicos que executa as provas poderá pertencer a equipas envolvidas no transplante de órgãos ou tecidos e pelo menos um não deverá pertencer à unidade ou serviço em que o doente esteja internado.

*01 de Setembro de 1994 — O Presidente da Ordem dos Médicos, Carlos Alberto de Santana Maia.*

**II** — Daqui resulta, portanto, que, não obstante a Lei n.º 12/93, de dia 22 de Abril de 1993, não se referir expressamente à «*morte cerebral*» como «*morte do tronco encefálico*», a Ordem dos Médicos optou por consagrar esta última como critério base da sua *Declaração*.

Por outro lado, cumpre referir que o *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida* (CNECV), tendo apreciado o documento remetido pela Ordem dos Médicos para audição nos termos do mesmo artigo 12.º, entendeu, numa primeira análise, que «*como o problema da morte humana e do seu reconhecimento ultrapassa o campo restrito da colheita de órgãos para transplantação e mesmo os critérios de diagnóstico necessariamente circunstanciais, o Conselho reserva para outra oportunidade o estudo e elaboração de documento sobre a questão da morte cerebral, compreendendo os aspectos susceptíveis de implicações éticas*» (64).

Mais afirmou que «*não compete, no contexto do artigo 12.º, a este Conselho pronunciar-se sobre aspectos estritamente técnico-científicos do texto, sem embargo de lhe parecer que ele não corresponde inteiramente ao que o legislador teve em vista com o citado artigo*».

---

(67) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1821.

(68) Disponível em <http://www.cnecv.gov.pt/>



Mais tarde, em face de modificações realizadas pela Ordem dos Médicos, a versão acima transcrita dessa *Declaração* foi objecto da seguinte deliberação do CNECV: «*o texto que agora é apresentado para apreciação ao CNECV pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos corresponde às sugestões constantes do seu anterior Parecer (6/CNE/94), pelo que delibera que nenhumas reservas lhe oferece a nova formulação do Parecer da Ordem*»<sup>(65)</sup> (*sublinhado nosso*).

III — Convirá ainda frisar que, por esta altura, existiria um conceito de *morte* para efeito da lei dos transplantes — *morte cerebral* definida pela Ordem dos Médicos como *morte do tronco encefálico* — diverso do critério aplicável nos demais casos <sup>(66)</sup>.

Isso mesmo foi reconhecido e considerado como indesejável, anos mais tarde, pela Ministra da Saúde do XIII Governo Constitucional, que, em debate parlamentar, afirmou que «*como sabem, (...), consideravam alguns sectores médicos que existiam no País duas formas de morte, o que é impossível e, obviamente, antinatural, sendo por isso indispensável clarificar o conceito de que morte há só uma, apesar de os processos da sua verificação poderem ser diferentes, em função das condições subjacentes. Houve, portanto, uma movimentação por parte de alguns sectores médicos, alertando o Ministério da Saúde para a necessidade de alterar esta situação, e, assim sendo, foi por mim nomeado um grupo de peritos para se debruçar sobre esta questão*»<sup>(67)</sup>.

IV — Neste contexto, em 1995, o CNECV emitiu um parecer sobre o critério de morte (10/CNECV/95), constatando que «*a publicação da Lei sobre transplantes de órgãos (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril), que estabelece como critério de morte a “morte cerebral”, e a persistência do critério médico-legal de morte como a paragem definitiva das funções respiratória e circulatória, suscitam apreciável confusão*» <sup>(68)</sup>, alertando para a necessidade de se proceder à uniformização dos critérios declarativos aplicáveis.

Continuando a analisar o parecer 10/CNECV/95, uma vez que neste o CNECV foi bem mais longe na sua reflexão do que fora em 1993, cumpre ainda registar que nele se afirmou que «*neste século,*



*no fim dos anos 50, iniciaram-se com a Escola Francesa de Reanimação técnicas de suporte artificial e prolongado da falência de órgãos isolados, ou mesmo “multiórgãos”, o que levou à concepção de “cuidados críticos”. As próteses ventilatórias, a hemodiálise e as massagens, desfibrilação e “pacing” cardíacos, associados à nutrição adequada por via parentérica, passaram a permitir suprir durante certo tempo, muitas vezes prolongado, a disfunção ou mesmo a ausência dessas funções vitais. A concentração dessas técnicas de terapêutica de intervenção e de pessoal adestrado em unidades, designadas de tratamento intensivo ou de reanimação, vieram aumentar o número de doentes em estado crítico, em regra inconscientes, e originaram vários estádios intermediários entre a vida e a morte, que ainda hoje criam problemas éticos complexos. Estes, embora conexos com o critério de morte, vão para além deste, como acontece, por exemplo, com o estado vegetativo, caracterizado por o doente ter algum grau de consciência, ter autonomia respiratória, mas não exibir as características da personalidade (vontade, linguagem, decisão, etc.), isto é, está “awake but not aware”. Guy Mollaret foi um dos primeiros intensivistas a dar-se conta dos problemas éticos e humanos resultantes da sustentação artificial das “funções vitais” em alguns ou mesmo na maioria dos doentes em estado de irreversibilidade das funções cerebrais. Este estado foi, efectivamente, designado por “Mollaret” como “coma ultrapassado”, e correspondia ao que hoje designamos por “morte cerebral”».*

Do agora transcrito, retirou a CNECV que «o facto do início do diálogo ético acerca desta matéria ter precedido em alguns anos as transplantações de órgãos de cadáver, exclui a ideia de que a sua motivação tenha sido a necessidade de aumentar o número de dadores de órgãos», nunca referindo que a associação do «coma depressé» à «morte» foi ensaiada pelo «Ad Hoc Committee» de Harvard, com os propósitos acima já enunciados, bem como que o «coma depressé» tem como análogo a «morte cerebral total» e não a «morte do tronco encefálico».

---

(69) Julgamos, porém, que o que estava em causa não seria comparar o tronco encefálico às restantes estruturas do encéfalo, mas sim comparar o tronco encefálico a todo o encéfalo.

e) «Morte cerebral total» ou «Morte do tronco cerebral/encefálico»?

I — De outra banda, o CNECV, no mesmo parecer, referiu ainda que «na avaliação da “morte cerebral” como critério de morte, o único aceitável, levanta-se uma questão: devemos considerar naquele conceito a irreversibilidade das funções do tronco cerebral (que, dado o seu desempenho na recepção, descodificação e integração de aferências internas e externas e na decisão referente para os diferentes órgãos, é essencial à harmonização global do cérebro) ou deve entender-se que se trata da morte de todo o cérebro»? (sublinhado nosso).

Cumpriria, portanto, decidir (?) qual o melhor critério declarativo.

Para o efeito, após referir que «só as estruturas nele [tronco encefálico] existentes permitem a integração das diferentes funções vitais e permitem, portanto, a unidade e reacção que caracterizam o funcionamento do corpo como um todo», mais afirmou que «em indivíduos inconscientes, a disfunção irreversível do tronco cerebral é de avaliação mais rápida, fiável e segura do que a das restantes estruturas, nomeadamente as talâmicas e corticais»<sup>(69)</sup>.

Por isso, para o CNECV, «não é aceitável admitir como critério de morte o mau funcionamento, ou mesmo o não funcionamento (próteses ventilatórias e cardíacas) de órgãos que podem ser substituídos por transplantes», concluindo que «a resposta [à pergunta por si anteriormente formulada] é que o critério de morte definido pela irreversibilidade das funções do tronco cerebral deve ser o adoptado».

II — Ou seja, adoptando a teoria de «funcionamento do corpo como um todo», entendeu o CNECV que o funcionamento do todo seria aferido com recurso ao tronco encefálico, ao contrário do que

---

<sup>(70)</sup> Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, 958-960.

sucedde (entre tantos outros) nos Estados Unidos da América, Brasil, França, Espanha, Alemanha, Itália ou Japão, onde se exige a certificação da *morte cerebral total*.

Não obstante, o CNECV argumentou que *«aliás, é hoje praticamente universal o diagnóstico de morte pela verificação da irreversibilidade das actividades do tronco cerebral»* (sublinhados nossos).

Concluiu-se, assim, nesse Parecer, que *«o critério de morte cerebral é a comprovação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral»*, e, tendo presente a *«confusão»* relativa aos critérios aplicáveis, mais referiu/sugeriu o CNECV que seria *«exigível, no plano ético, que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações»*.

f) *A adopção do critério da «morte do tronco encefálico» na reforma de 1999.*

I — É fácil de verificar como tinha sido lançado, por parte do CNECV, em 1995, um repto ao legislador: havia que *generalizar* o conceito de *«morte cerebral»*, assim previsto na lei dos transplantes de órgãos, mas tal como ele havia sido concretizado pela Ordem dos Médicos, ou seja, como *morte do tronco encefálico*.

No seguimento, no dia 15 de Maio de 1997, o XIII Governo Constitucional aprovou uma proposta de lei, invocando na respectiva *exposição de motivos*, que se pretendia *“no pleno respeito pela vida humana e pela pessoa morta, clarificar os princípios respeitantes à verificação da morte, quer em ambiente hospitalar quer fora deste”*. De outra banda, declarou o então Governo que se propunha tratar *“tão delicada matéria em diploma próprio, separando a temática da verificação da morte da disciplina subjacente à*

---

(71) Não podemos deixar de salientar que verificamos que Comissão, neste passo, confunde «morte cerebral total», tal como surge na lei italiana, correspondendo esta à cessação de todas as funções cerebrais, com a morte do tronco encefálico, cujo alcance, como já tivemos oportunidade de demonstrar, é bem diferente. Para o cabal esclarecimento sobre essa diferença e sobre o critério consagrado na lei italiana, PAOLO BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi — una questione de ética giuridica*, Morcelliana, 2008, 139-148.

*colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, constante da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril”.*

No dia 20 de Maio de 1997, deu então entrada na Assembleia da República, a Proposta de Lei n.º 104/VII, nos termos da qual, mais concretamente do número 3 do seu artigo 2.º, se previa que *«a verificação da morte baseia-se, se outros não houver mais adequados, nos critérios de verificação da cessação irreversível das funções cardio-circulatória e respiratória ou da cessação irreversível das funções do tronco cerebral, morte cerebral, aplicável nos casos de sustentação artificial das funções cardio-circulatória e respiratória» (sublinhado nosso).*

Ora, daqui resulta, de forma inequívoca, que a proposta de lei do XIII Governo Constitucional considerava, tal como sucede nos Estados Unidos da América, entre outros países, que o *critério declarativo geral* seria o critério tradicional da cessação das funções cárdio-circulatória e respiratória, apenas se aplicando o critério declarativo *especial* da morte cerebral, perspectivada esta como morte do tronco encefálico, nos casos de *«sustentação artificial»* daquelas funções.

**II** — Após dar entrada na Assembleia da República, esta proposta de lei baixou às comissões de *Saúde* e de *Assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias*.

Cumprе dar nota do *Relatório* desta última comissão, cujo relator foi o Deputado BARBOSA DE MELO (70), pois permite captar a razão que determinou a evolução do texto da proposta de lei acima referida.

Com efeito, refira-se que aquela *Comissão* começou por clarificar que o *espírito* da proposta do Governo era o de uniformizar os critérios declarativos: *«a finalidade visada, por último, pelo Governo parece ser a reunião num só diploma legislativo, próprio e autónomo, das regras jurídicas fundamentais aplicáveis à verificação da morte em geral — ocorra esta em estabelecimento hospitalar ou noutra sítio qualquer, haja intenção de colher órgãos e tecidos ou não, esteja ou não o corpo a ser sujeito a técnicas de reanimação, aptas a manter artificialmente as funções cardio-circulatória e respiratória».*

Subsequentemente, afirmou que «o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer n.º 10/CNECV/95, propôs a adopção de uma técnica legislativa similar. Em concordância com algumas das leis estrangeiras citadas (de modo exemplar a lei italiana, “a morte identifica-se com a cessação irreversível de todas as funções cerebrais”, artigo 1.º), o CNECV, por um lado, propõe que a lei portuguesa adopte como critério da morte o critério da morte cerebral — “o único aceitável” e “hoje praticamente universal” (p. 5 e 6) — isto é, que a lei defina a morte como cessação irreversível das funções do tronco cerebral» (71).

Mais se referiu naquele Relatório que «comprovada com segurança a ausência destas funções e a irreversibilidade de tal estado — prova que depende das *leges artis* médicas e dos processos técnicos pertinentes — deverá dar-se a morte por verificada, mesmo que o corpo continue a cumprir mecanicamente as funções cardio-circulatória e respiratória por força dos instrumentos e técnicas de reanimação artificial. Por outro lado, o CNECV é de parecer que é “exigível no plano ético que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações” (cfr. 6 conclusão). A morte cerebral, em suma, deveria equivaler, segundo a lei, à morte *tout court*», propugnando assim a generalização deste critério declarativo.

A Comissão perguntaria depois: «a avaliar pelo que diz na exposição de motivos, o Governo pretenderia, seguindo esta linha de pensamento, definir um só critério material de verificação da morte, válido para todos e quaisquer casos. Pergunta-se, porém: terá conseguido tal intento?».

Responderia de seguida que é «patente no texto — e mais claramente ainda se o conjugarmos com o n.º 4 do artigo 3.º da proposta — que o Governo hesitou, não levando até ao fim o intento pré-anunciado na exposição de motivos. Manteve a dualidade dos

---

(72) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1821.

(73) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1822.

*critérios materiais da morte hoje acolhidos na ordem jurídica — o critério da paragem persistente e irreversível das funções cardio-circulatória e respiratória (critério tradicional) e o critério da cessação total e irreversível das funções do tronco cerebral (critério adoptado para efeito da colheita de órgãos e tecidos humanos pela Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, e explicitada na Declaração da Ordem dos Médicos, DR 1.ª Série-B, de 11 de Outubro de 1994)».*

Concluindo a sua apreciação, no *Relatório* vem afirmado que «*tudo isto mostra a necessidade de a Assembleia da República, no caso de aprovação na generalidade da proposta de lei n.º 104/VII, proceder a uma ampla e profunda discussão na especialidade, na qual seria útil que participassem outras instâncias, designadamente a Ordem dos Médicos e o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*». Anunciavam-se, portanto, alterações à proposta do Governo.

*Excurso:* pelo seu interesse, registe-se que, na discussão na generalidade da proposta de lei n.º 104/VII (*Estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte*), usaram da palavra a Ministra da Saúde, Maria de Belém Roseira, e os Deputados Odete Santos (PCP), Jorge Roque Cunha (PSD), Maria José Nogueira Pinto (CDS-PP), Moreira da Silva (PSD), Alberto Marques (PS) e Francisco Peixoto (CDS-PP). Importará reter os passos mais significativos da referida discussão na generalidade, pois convirá, dada a importância do tema, apurar a «causa legis» da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto. Abrindo o debate, a Ministra da Saúde começou por explicitar que cumpria eliminar a potencial duplicidade de critérios de morte em vigor: «*a proposta de lei que hoje venho apresentar à Assembleia da República é considerada indispensável, na sequência da Lei n.º 12/93, relativa à colheita e transplante de órgãos. Como sabem, em sede da aprovação desta lei, consideravam alguns sectores médicos que existiam no País duas for-*

---

(74) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1822.

(75) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1822.

(76) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1822.

*mas de morte, o que é impossível e, obviamente, antinatural, sendo por isso indispensável clarificar o conceito de que morte há só uma, apesar de os processos da sua verificação poderem ser diferentes, em função das condições subjacentes. Houve, portanto, uma movimentação por parte de alguns sectores médicos, alertando o Ministério da Saúde para a necessidade de alterar esta situação, e, assim sendo, foi por mim nomeado um grupo de peritos para se debruçar sobre esta questão» (72). Nestes termos, «a proposta de lei que hoje aqui se apresenta pretende definir que a morte é só uma, apesar de os critérios da sua verificação poderem depender das condições que subjazem à necessidade de efectuar a declaração de óbito, em função da possibilidade, hoje tecnicamente assegurada, de manter as funções cardio-respiratória e circulatória asseguradas durante algum tempo, para efeitos de colheita de órgãos» (73).*

Concluindo a sua intervenção, sem nunca enunciar os fundamentos científicos do critério declarativo proposto, mais referiu a Ministra da Saúde que «a este propósito, gostaria de referir o seguinte: constitui uma preocupação no âmbito da Organização Nacional de Transplantes o facto de, tendo Portugal uma posição relativamente confortável em relação ao número de colheitas/milhão de habitantes, neste momento estarmos numa situação relativamente estacionária. Quer isto dizer que não temos crescido em termos de capacidade de colheita de órgãos, o que pode significar o mesmo que em outros países, ou seja, a seguir à estabilização, a tendência foi para um decréscimo dessa capacidade de colheita. Daí a imprescindível necessidade de garantir que nas unidades de cuidados intensivos haja uma inequívoca e clara definição dos critérios de verificação da morte, para que se possa intensificar a colheita a nível dessas unidades e, assim, garantir a capacidade de vida para doentes em situação extremamente grave e que sem essa capacidade de colheita de órgãos não têm qualquer hipótese de sobrevivência. É com a conjugação destas duas preocupações que esta proposta de lei foi elaborada e é apresentada à apreciação dos Srs. Deputados» (74).

Iniciada a discussão, a Deputada Odete Santos perguntou se «a referência à cessação irreversível das funções cardio-circulatória e respirató-

---

(77) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1823.

(78) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1823.



*ria é o acolhimento do conceito tradicional de morte ou se há um eufemismo, uma vez que a palavra «irreversível» apontará para que, de facto, a morte não se considere verificada com a cessação dessas funções mas, sim, com a morte do encéfalo. Gostaria de saber se é ainda uma cedência a um conceito tradicional, que já nem o senso comum nem os cidadãos têm assimilado, porque já consideram que, de facto, a morte cerebral é que marca o início da morte, ou se é um eufemismo, e, se assim for, não se percebe por quê. Aliás, se isto são apenas os sinais de morte e não a marcação do momento em que ocorre a morte, então, falta aqui muito mais, porque faltam todos os outros métodos de diagnóstico que, somados a esta cessação de funções, podem dar como certa a morte. V. Ex.<sup>a</sup> saberá muito melhor do que eu, porque tem essa área a seu cargo, que em simpósios internacionais até já foram referidos casos de cessação destas funções em que, afinal, vem a verificar-se que as pessoas ainda estavam vivas. Portanto, este critério tradicional não serve às angústias mais profundas dos cidadãos que passaram através dos tempos» (75).*

De seguida, tomou a palavra o Deputado Jorge Roque Cunha, referindo, entre outras coisas, que «*é sempre importante salientarmos nestas ocasiões a colheita de órgãos e a benfeitoria que esse facto implica para pessoas que, muitas vezes, têm como perspectiva de vida ligarem-se às máquinas três, quatro ou cinco vezes por semana, durante duas ou três horas. Portanto, toda a pedagogia nesta área é importante, já que há a grande necessidade desta colheita*» (76), sucedendo-se outras intervenções mais orientadas para a discussão das competências da Ordem dos Médicos, que estariam, segundo alguns Deputados, a ser restringidas.

Relativamente às questões colocadas pela Deputada Odete Santos, a Ministra referiu que «*consideram as pessoas que o conceito tradicional da cessação das funções cardio-circulatória e respiratória como critério de verificação da morte continua a justificar-se e que o diagnóstico da morte cerebral se deve aplicar aos casos em que há sustentação artificial dessas funções para efeitos, nomeadamente, de colheita de órgãos, até porque o diagnóstico em termos de morte cerebral implica todo um conjunto de meios auxiliares de diagnóstico e de critérios extraordinariamente sofisticados e que não se justificarão em todas as situações. Foi este o consenso a que, em sede de comité de peritos, se chegou e que tentei explicar na minha intervenção, mas reconheço que*

---

(75) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.<sup>a</sup> Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1823-1824.



*as razões do ponto de vista técnico-científico que levam a esta conclusão serão muito melhor explicadas pelos peritos, nomeadamente pelos que integraram o grupo de trabalho, que devem estar e estão disponíveis para prestar todos os esclarecimentos, em sede de especialidade, acerca de como se chegou a esta proposta e a este consenso, se esta Assembleia decidir aprovar na generalidade esta proposta de lei».*

De outra banda, quanto «à questão da colheita de órgãos e ao facto de a pedagogia ser extraordinariamente importante nesta área, concordo muito com o que foi dito, inclusive foi por isso que tive ocasião de referir os receios, por parte da Organização Nacional de Transplantes, no sentido de que a esta estabilidade a que se chegou, em termos de capacidade de colheita de órgãos, possa suceder uma linha descendente em termos de capacidade de colheita, precisamente porque não há critérios definidos em termos do que é a morte cerebral. Em sede do grupo de trabalho, foi muito discutido pelos peritos aquilo que foi um guia de morte cerebral aprovado pela própria Ordem dos Médicos por considerarem insuficiente e ser absolutamente indispensável actualizar as regras constantes desse guia por estarem ultrapassadas ou não estarem claramente definidas em função daquilo que deve ser uma clareza absoluta relativamente a esta matéria» (77).

Mais adiante, a Ministra referiu ainda o que segue: «como disse — e bem! — o Sr. Deputado Jorge Roque Cunha, é indispensável que tenhamos capacidade de colher órgãos de pessoas já inequivocamente mortas para dar a vida a outras, cuja vida depende da nossa capacidade de colher estes órgãos sem haver problemas do ponto de vista do rigor dos critérios técnico-científicos que devem presidir a essa colheita de órgãos» (78). Continuado a discussão, tomou a palavra o Deputado Moreira da Silva: «começo a minha intervenção, tal como o meu colega de bancada já aqui o fez, saudando a iniciativa de se rever uma matéria com a importância que a definição da verificação da morte tem. No entanto, gostaria de referir que a proposta de lei que aqui nos é presente sinteticamente enferma de três erros: denota-se que é uma proposta hesitante, uma proposta governamentalizada e uma proposta secretista. É hesitante, porque, como se verifica logo no n.º 3 do artigo 2.º — e isto já foi referido nos pedidos de esclarecimentos feitos à Sr.ª Ministra —, que estabelece a fixação dos critérios para a verificação da morte, o Governo hesita entre uma definição tradicional e a definição que hoje é reconhecida como a cientificamente mais correcta, a morte cerebral.

---

(80) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1823-1824.

*Devo recordar que uni parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, o parecer n.º 10/95. entendia que o critério da morte cerebral é o único aceitável e hoje praticamente universal. No entanto, o Governo assim continua a não entender e a colocar em alternativa o critério tradicional e o critério da morte cerebral. Por isso, no fundo, aquilo que teríamos claramente de perguntar é: em que ficamos? Se ficamos com o critério tradicional, afirme-se isso, ou se ficamos com o critério hoje unanimemente reconhecido, o da morte cerebral. É que os portugueses poderão ficar com esta dúvida e pensar, no caso de estarem numa situação de doença grave, que talvez o melhor seja ir morrer ao estrangeiro, onde a verificação da morte se faz com base na morte cerebral, do que ficar num hospital português sujeito a critérios tradicionais que não asseguram, de forma alguma, que a verificação da morte seja tida com base nos últimos critérios reconhecidos internacionalmente pelos técnicos da especialidade. Como vê, Sr.ª Ministra, nesta questão a hesitação não pode permanecer» (79).*

De seguida, tomou a palavra o Deputado Alberto Marques para referir que: «a premência em clarificar esses princípios respeitantes à definição e à metodologia da verificação da morte justificou, por parte do Ministério da Saúde (como, há pouco, tivemos oportunidade de ouvir, de viva voz, pela Sr.ª Ministra da Saúde), a criação, em Dezembro de 1996, de um grupo de peritos entre os quais se incluíram representantes da Ordem dos Médicos, do Instituto de Medicina Legal e diversos médicos especialistas em neurocirurgia. (...) Na sequência dessa iniciativa da saúde, surge a formulação de uma recomendação à Ordem dos Médicos, no sentido de se definirem os critérios técnico-científicos de verificação da morte. A inovação proposta corresponde, pois, à necessidade de, com toda a segurança, identificar a verificação da cessação irreversível das funções cardio-circulatórias e respiratórias ou a verificação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral (morte cerebral) aplicável nestes casos de sustentação artificial das funções cardio-circulatória e respiratória como critérios de verificação da morte e estabelece o respectivo processo. Mais especificamente, a proposta, no n.º 3 do artigo 2.º, identifica os critérios que estabele-

---

(81) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1827.

(82) Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1827-1828.

*cem a verificação da morte: cessação irreversível das funções cardio-circulatória e respiratória ou cessação irreversível das funções do tronco cerebral, morte cerebral, aplicável nos casos de sustentação artificial das funções cardio-circulatória e respiratória. Esta verificação da morte é da competência dos médicos. Nos termos da lei, dispõem-se adequadamente que é a Ordem dos Médicos que deve definir, manter actualizados e divulgar os critérios técnicos e científicos da morte, segundo os seus saberes próprios e com total independência do poder político. A Ordem dos Médicos elaborou já um texto específico sobre os critérios de morte cerebral, onde com detalhe se estabelecem as condições e a semiologia para o diagnóstico de morte cerebral, e a metodologia e requisitos para a sua verificação. O Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida deliberou que, tal parecer da Ordem dos Médicos não suscita «nenhumas reservas», definindo categoricamente que a certificação de morte cerebral requer a demonstração da cessação das funções do tronco cerebral e da sua irreversibilidade. A Ordem dos Médicos não expressou divergência sobre que tais critérios de morte cerebral, necessariamente técnicos e da exclusiva competência da Ordem dos Médicos, carecessem de ratificação do Ministro da Saúde, ouvido, naturalmente, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida»<sup>(80)</sup>.*

Prosseguindo, mais disse que o referido Deputado que, «*pela nossa parte, queremos vincar a nossa opinião de que o diploma em apreciação é bastante linear e simples quanto ao seu objectivo último, sendo que a sua mais valia reside na autonomização e valorização dos critérios de verificação da morte. Parece oportuno referir e demarcar com alguma preocupação os limites entre eutanásia e prolongamento artificial da vida, para que não se confunda, sob a capa da eutanásia, um problema que lhe é de todo estranho. Sublinhe-se ainda que a determinação exacta do momento da morte é também muito importante quando*

---

<sup>(83)</sup> Diário da Assembleia da República, de 09 de Julho de 1999, II série A, n.º 76/VII4, 2180-2181.

<sup>(84)</sup> Sustentando que no direito português vigente vigora o critério da morte cerebral total: PAULO SOARES DO NASCIMENTO, Transplantes de órgãos humanos: a natureza do cadáver e dos órgãos e tecidos à luz do direito privado, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, 1027-1078, 1057-1058. Não podemos concordar com esta leitura da lei portuguesa, dado que tronco cerebral e encéfalo são estruturas distintas.

<sup>(85)</sup> Diário da Assembleia da República, 2 de Julho de 1999, I Série, Número 101, VII Legislatura, 4.ª Sessão Legislativa, (1998-1999), Reunião Plenária de 1 de Julho de 1999, 3692.

*está em causa a sobrevivência de terceiras pessoas. Tem sido geralmente aceite que a morte é um processo biológico e a sua definição fundamentalmente um problema médico. Não há dúvida, porém, de que sempre que os conceitos médico e legal não coincidem, este último prevalece, em questões como as do início da ressuscitação, interrupção dos meios de reanimação ou outros, actos ou omissões possíveis poderão criar situações delicadas para a saúde. Os critérios estabelecidos na proposta em causa são suficientemente objectivos e claros, e a sua publicação deverá efectuar-se na I Série do Diário da Assembleia da República, porque a iniciativa é globalmente positiva e meritória para justificar o voto favorável do PS, devendo, na análise em especialidade, merecer o devido consenso dos demais grupos parlamentares»<sup>(81)</sup>.*

Na continuidade da discussão, tomou novamente a palavra a Deputada Odete Santos, para uma intervenção, referindo que então que «em 1993 a Assembleia aprovou a Lei n.º 12/93, relativa aos transplantes, na qual se quebrou o silêncio legislativo, consagrando-se o critério de morte cerebral. Tal consagração não foi mais do que a aquisição de um padrão que já era corrente, como o reconhece o parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 74/85, publicado na II Série do Diário da República, de 26 de Novembro. Na verdade, com os avanços da medicina na prestação de cuidados intensivos, o critério da morte cerebral foi substituindo, mesmo no senso comum, o critério tradicional da paragem circulatória, cardíaca e respiratória. Este novo critério resultou de um debate permanente desde o momento em que o Comité Harvard, em 1958 (sic), suscitou o problema, tendo-se seguido o estabelecimento pela Harvard Medical School dos critérios de morte cerebral total. Depois disso, legislações de vários países foram substituindo o critério tradicional de verificação da morte pelo critério de morte cerebral. De tal maneira que pode concluir-se que a conclusão da comunidade científica se apoia num consenso legal e ético de que, se todas as funções cerebrais estão mortas, o ser humano está morto. Porque, se todas essas funções estão destruídas, não existe respiração espontânea e a paragem cardíaca ocorre em breve espaço de tempo (...)<sup>(82)</sup>.

**III** — Após o debate e a aprovação na generalidade, cujo conteúdo mais relevante acabámos de transcrever, a referida proposta de lei baixou novamente à *Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, para apreciação na especialidade, tendo então sofrido uma alteração muito relevante.

---

<sup>(86)</sup> PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, Almedina, 2007, 576.

Com efeito, agora, no «*Texto final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*», o critério declarativo surgiu reduzido ao seguinte: «*A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral*»<sup>(83)</sup>, sendo esta a versão final do critério declarativo que subiu ao Plenário, para votação global final.

Assim, a Assembleia da República, em 1999, aprovou a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, estabelecendo os «*princípios em que se baseia a verificação da morte*», nomeadamente que «*a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral*», ou seja, vingou a tese da *morte cerebral*, na sua versão de «*morte do tronco encefálico*» e não na versão de «*morte cerebral total*»<sup>(84)</sup>.

Consultando-se os diários das sessões da Assembleia da República, verifica-se que na «*votação final global do texto final, apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, relativo à proposta de lei n.º 104/VII — Estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte*», o resultado foi o seguinte: «*submetido à votação, foi aprovado por unanimidade*»<sup>(85)</sup>, com os votos, portanto, do CDS/PP, do PCP, do PEV, do PS e do PSD.

O diploma viria a ser publicado, sem prévia apreciação por parte do Tribunal Constitucional, pelo Presidente da República, no dia 13 de Agosto de 1999, sendo publicado, após referenda ministerial, no dia 28 de Agosto de 1999.

#### § 4. *Considerações finais sobre o estado actual do «problema declarativo da morte»*

I — Por último, após a narrativa antecedente, cumpre esboçar, ainda que de forma necessariamente sintética, algumas considera-

---

<sup>(87)</sup> PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, Almedina, 2007, 578.

<sup>(88)</sup> Sobre a dimensão axiológica, LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição. Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*, Coimbra, 2009, *passim*.

ções sobre o que designaremos como o *estado* do problema declarativo da morte.

Julgamos que a primeira conclusão que podemos retirar de tudo quanto antecede é certamente a relativa ao carácter *temporal* e *evolutivo* do que vai sendo defendido e argumentado. Não há certezas. Tal circunstância acentua que se o erro integra, por natureza, o processo científico, a *declaração da morte* é certamente uma daquelas *zonas* da ciência onde esse erro poderá ocorrer com maior probabilidade. Agudiza-se a relevância dessa elevada probabilidade quando atentamos na natureza do bem que está em causa (a *vida humana*) e mais ainda quando vigora, como sucede entre nós, o critério do dissentimento para efeito da colheita de órgãos vitais.

II — Permitimo-nos, neste contexto, recordar que a *vida humana*, nos termos do artigo 24.º/1 da Constituição da República Portuguesa, é inviolável. Mais cumpre acentuar que «*a toda a vida humana se estende o princípio da inviolabilidade*» (86). É ainda relevante salientar que não resulta do referido comando constitucional que seja permitido privilegiar *este* ou *aquele* estado da vida humana. Pelo contrário, *toda* a vida humana, independentemente do seu *estado*, da sua *forma*, estará abrangida pelo raio de protecção daquela norma.

Mais se diga, seguindo PAULO OTERO, que mesmo «*a necessidade de salvar a vida de uma pluralidade de seres humanos nunca torna lícito sacrificar a vida de um só ser humano*». Mais ainda: a inviolabilidade da vida humana implicará «*a adopção de um postulado interpretativo de máxima efectividade (...) fundado no princípio in dubio pro vita: toda e qualquer dúvida sobre o alcance da inviolabilidade humana deverá sempre ser decidida a favor da solução interpretativa que se mostre mais generosa, mais ampliativa ou que melhor reforce a tutela e garantia da vida humana*» (87).

III — No início deste estudo, afirmámos ter intuído que o *problema declarativo da morte* não seria um *problema* apenas das ciências biomédicas e que a adopção de uma *tese* sobre qual deva ser a nossa *ideia* de vida/morte, tenha ela uma matriz *biológica* ou

*sociológica*, será sempre uma decisão *ética* de uma determinada Comunidade.

Tendo isto dito, e por força de tudo quanto foi sendo descrito, impõe-se agora que a nossa segunda conclusão seja a de que é obrigatório assumir metodologicamente que o *problema declarativo da morte*» deve ser colocado no plano axiológico <sup>(88)</sup>.

O *problema declarativo da morte* é, portanto, um problema *valorativo*. Extravasa do âmbito meramente (e supostamente) factual. Esta colocação impõe a introdução de uma nova metodologia. Com efeito, o *sistema declarativo da morte*, estruturado e ordenado para permitir solucionar o *problema declarativo da morte*, terá de ser coerentemente edificado, implicando essa exigência que sejam previamente debatidas e aprovadas as nossas *teses* sobre o que sejam a vida e a morte.

As perguntas a formular serão então: qual a concepção de vida que consideramos válida? Vida biológica? Vida social? Quando morremos? Qual o momento a que deveremos atribuir essa relevância? Qual será a ideia de vida ou de morte que encontraremos na Constituição da República Portuguesa?

Tudo o resto será consequencial.

IV — Com efeito, a centralidade do que se acaba de perguntar resulta do seguinte: só depois de definidas, dentro de uma Comunidade, quais são as suas *teses* sobre a vida e sobre a morte, só depois, dizíamos, será possível edificar coerentemente o restante edifício do «*sistema declarativo da morte*».

De outra forma, estaremos a repetir erros metodológicos já cometidos no passado, ou seja, a introduzir *critérios declarativos* sem que previamente tenha ficado definido (pelo menos de forma clara) o que são, afinal, a morte e a vida. Com efeito, só depois de apurados os nossos referenciais, e apenas depois, poderemos correctamente delinear o *sistema declarativo da morte*.

Não poderemos nunca retirar do «*critério declarativo*» o fundamento do «*sistema declarativo da morte*». Esse fundamento tem de ser prévio ao critério declarativo.

V — O que acaba de referir-se, segundo cremos, assume vital importância, dado que, para nós, é determinante averiguar, mais do



que a bondade do critério declarativo (considerado isoladamente), qual será afinal o fundamento ou o pressuposto que ampara o nosso actual sistema declarativo da morte.

Isto porque, independentemente do concreto *critério declarativo* adoptado na legislação de um País, o mais relevante será aferir o seu fundamento, ou seja, qual a tese de vitalidade humana que o ampara e se essa tese estará (ou não) em conformidade com a sua Constituição material. Só depois poderemos sindicar a validade de todos os elementos integrantes de um *sistema declarativo da morte*.

Por exemplo, se chegássemos à (absurda) conclusão de que, no direito português, é possível defender uma tese que associe a vida humana à capacidade de inclusão social, poderíamos então afirmar que o critério declarativo de morte da inclusão social seria correcto, desde que permitisse averiguar aquela capacidade ou o *estado de inclusão social*. Neste plano, cumpriria a um psicólogo ou a um sociólogo, por exemplo, emitir uma *declaração de integração/inclusão social*.

Intuímos que o Leitor reagirá com uma automática tendência para rejeição deste critério declarativo. Mas cabe notar que o motivo dessa automática tendência de rejeição será, certamente, não o critério em si, mas sim o seu *fundamento*.

**VI** — Aqui chegados, cumpre, portanto, perguntar qual serão então as *nossas* (da Comunidade) teses sobre a vida e sobre a morte?

Como terá o direito português perspectivado este problema? Qual o *fundamento* do nosso sistema declarativo da morte?

É o que cumpre averiguar.

---

(<sup>89</sup>) Neste plano, tornar-se-á muito relevante voltar a referir que a teoria do organismo como um todo, tal como consagrada nos Estados Unidos da América, associa a ideia de vida à existência de integração somática.

(<sup>90</sup>) Permitimo-nos recordar que a morte do tronco encefálico, no Reino Unido, estará directamente relacionada com a teoria de PALLIS, tendo assumindo este que «the single matrix in which my definition is embedded is a sociological one, namely Judeo-Christian culture... The “loss of the capacity for consciousness” is much the same as the “departure of the conscious soul from the body,” just as “the loss of the capacity to breathe” is much the same as the “loss of the breath of life.”».



Em primeiro lugar, recorde-se como já referimos que a vida humana, nos termos do artigo 24/1 da Constituição da República Portuguesa, é inviolável, não resultando do comando constitucional que seja permitido privilegiar este ou aquele estado da vida humana. E muitos menos esta ou aquela forma da vida humana.

Impõe-se agora indagar como terá o direito português ordinário perspectivado a *vida humana*. Ora, confrontando-se os vários textos legais vigentes, bem como os seus trabalhos preparatórios ou pareceres que sobre eles incidiram, verificamos que, no parecer sobre o critério da morte (10/CNECV/95), ponderando sobre se seria de adoptar o *critério* da morte cerebral total ou o *critério* da morte do tronco encefálico, o CNECV referiu que «*só as estruturas nele [tronco encefálico] existentes permitem a integração das diferentes funções vitais e permitem, portanto, a unidade e reacção que caracterizam o funcionamento do corpo como um todo*» (sublinhados nossos).

Registe-se, portanto, pela sua extrema importância para a *valoração* do nosso actual «*sistema declarativo da morte*», a referência que é feita ao «*funcionamento do corpo como um todo*», revelando-nos que terá sido (pressupomos) esta a *tese* de *vitalidade humana* eleita para *estruturar* todo o sistema declarativo.

**VII** — Ademais, em face do que ficou descrito em §3., cumpre notar que este parecer 10/CNECV/95 terá influenciado decisivamente os trabalhos da Assembleia da República, dado que, como vimos, nos trabalhos das várias comissões parlamentares e nos

---

(<sup>91</sup>) The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper* by the President's Council on Bioethics, Washington, D.C., January 2009, 90.

(<sup>92</sup>) «*until now, two facts about the diagnosis of total brain failure have been taken to provide fundamental support for a declaration of death: first, that the body of a patient with this diagnosis is no longer a "somatically integrated whole," and, second, that the ability of the patient to maintain circulation will cease within a definite span of time. Both of these supposed facts have been persuasively called into question in recent years*», The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper* by the President's Council on Bioethics, Washington, D.C., January 2009, 90.

(<sup>93</sup>) Veja-se, por exemplo, The brain and somatic integration: insights into the standard biological rationale for equating "brain death" with death, *Journal of Medicine and Philosophy* 26.5/2001, 457-478.

debates ocorridos no Plenário daquele órgão de soberania, os Deputados ampararam-se nos argumentos nele expendidos.

Nestes termos, pensamos ser possível, não obstante a exiguidade de fontes que o revelem directamente, afirmar que, no direito português, vigora um «*sistema declarativo de morte*» que assenta na «*teoria do organismo como um todo*».

Porém, o que seja o «*funcionamento do corpo como um todo*» (como refere o CNECV), como vimos, é susceptível de múltiplas teorias, umas mais biológicas, outras mais sociológicas<sup>(89)</sup>.

Qual terá sido a *teoria* acolhida no direito português?

**VIII** — Responderemos afirmando que o CNECV nos poderá auxiliar nesta tarefa. Com efeito, no seu já referido parecer 10/CNECV/95, afirmou que o «*funcionamento do corpo como um todo*» corresponde à «*integração das diferentes funções vitais*», não se restringindo, portanto, apenas à *função respiratória* e à *capacidade de consciência*, tal como foi propugnado por PALLIS<sup>(90)</sup>.

Usando as próprias palavras do CNECV, julgamos ser possível afirmar que, no actual direito português, a tese de vitalidade que *condiciona* todo o *sistema declarativo da morte* é a tese da «*integração das diferentes funções vitais*», que «*permitem, portanto, a unidade e reacção que caracterizam o funcionamento do corpo como um todo*».

**IX** — Não iremos agora discutir se esta tese estará ou não conforme com a Constituição material. Mas teremos de afirmar que a *máxima efectividade* da protecção constitucional da inviolabilidade da vida humana obrigará, neste contexto, a valorizar *todos* os sinais de que revelem essa *integração*, impondo-se, portanto, um sistema declarativo que *reconheça* relevância a todos esses sinais e não apenas alguns.

---

<sup>(94)</sup> PAULO OTERO, Instituições políticas e constitucionais, I, Almedina, 2007, 578.

Esta colocação é importante: se vingou na nossa Comunidade a teoria do «*organismo como um todo*» (como parecer ter vingado), em face dos resultados obtidos por ALLAN SHEWMON, bem como por outros cientistas e/ou comissões de peritos <sup>(91)</sup>, e para cumprir inclusivamente o que resulta do artigo 3.º/2, da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, julgamos ser necessário que se proceda a um reexame do actual «*critério declarativo da morte*», vigente no direito português.

Com efeito, é dever da Comunidade atribuir relevância às demonstrações científicas que vêm sendo apresentadas publicamente, contraditando as teses de que a morte cerebral total ou apenas do tronco encefálico permitem concluir que deixou de existir *integração somática*, e que, por isso, o *organismo* já não estará a funcionar como *um todo* <sup>(92)</sup>.

Recuperando o que afirmou ALLAN SHEWMON: determinar a cessação da *existência* do «*organismo como um todo*» não poderá depender apenas da verificação da falência de um *único* órgão, o encéfalo, e muito menos apenas da verificação da morte do tronco cerebral/encefálico <sup>(93)</sup>. Deve, por isso, ponderar-se criticamente a aplicação tanto do *critério da morte cerebral total*, como do *critério da morte do tronco encefálico*, se aplicados isoladamente.

Com efeito, não nos pronunciando agora sobre a tese acima referida, parece-nos incontestável afirmar que a *construção* do sistema declarativo da morte não é livre. O princípio da dignidade de pessoa humana e o princípio da inviolabilidade da vida humana são pilares estruturantes da nossa Comunidade, impondo que tal *construção* do sistema se faça com respeito pelo princípio *in dubio pro vita* <sup>(94)</sup>.

Cremos, por tudo o que foi sendo referido, ter chegado a altura de repensar o *problema declarativo da morte*, de forma coerente e integrada com a axiologia do nosso Sistema Jurídico.

*Crónica de Legislação*

## CRÓNICA DE LEGISLAÇÃO (2010)

*Pela D.<sup>ra</sup> Carla Morgado*

I. Analisada a legislação e a jurisprudência publicadas no primeiro semestre de 2010, cumpre-nos evidenciar, pela actualidade e pela acuidade do tema, as medidas tomadas no que respeita à preservação e protecção do ambiente, cumprindo-nos, ainda, destacar, designadamente durante os primeiros 5 (cinco) meses do ano, as medidas tomadas no domínio laboral e na área da protecção social, nomeadamente as que visavam o combate e a redução do desemprego, a melhoria dos benefícios sociais e o crescimento e melhoria do desempenho empresarial e económico do País.

II. Realçamos, ainda, e de forma autónoma, pela importância social que tal medida reveste, a aprovação da Lei 9/2010, de 31 de Maio, que aprova o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

### DIREITO DO AMBIENTE

**Decreto-Lei n.º 10/2010, de 4 de Fevereiro** — Estabelece o regime jurídico a que está sujeita a gestão de resíduos das explorações de depósitos minerais e de massas minerais, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à gestão dos resíduos das indústrias extractivas.

**Decreto-Lei n.º 83/2010, de 10 de Fevereiro** — Aprova o Programa de Acção para as Zonas Vulneráveis de Portugal Continental que visa reduzir a poluição das águas causada ou induzida por nitratos de origem agrícola, bem como impedir a propagação desta poluição na zonas vulneráveis de Esposende — Vila do Conde; Aveiro; Faro; Mira; Tejo; Beja; Elvas — Vila Boim e Luz — Tavira.

**Portaria n.º 269/2010, de 17 de Maio** — Determina que, no âmbito do Sistema de Defesa da Floresta contra Incêndios, o período crítico, para o ano de 2010, vigore de 1 de Julho a 15 de Outubro.

**Decreto-Lei n.º 50/2010, de 20 de Maio** — Cria o Fundo de Eficiência Energética que tem como objectivo financiar os programas e medidas previstos no Plano Nacional de Acção para a Eficiência Energética.

**Decreto-Lei n.º 51/2010, de 20 de Maio** — Altera o Decreto-Lei n.º 225/2007, de 31 de Maio, que estabeleceu, entre outras medidas, o sobreequipamento de centrais eólicas licenciadas ou em licenciamento, até ao limite de 20% da capacidade de injeção licenciada.

**Decreto-Lei n.º 68/2010, de 15 de Junho** — Cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha selectiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos das regiões de Lisboa e do Oeste.

**Resolução da Assembleia da República n.º 58/2010, de 25 de Junho** — Resolve recomendar ao Governo que concretize o seu aval aos princípios da denominada Carta da Terra e que as decisões políticas a tomar constituam um veículo de implementação da Carta da Terra, conformando-as com os seus princípios.

## DIREITO BANCÁRIO

**Decreto-Lei n.º 3/2010, de 5 de Janeiro** — Proíbe a cobrança de encargos pelas instituições de crédito nas operações realizadas em caixas automáticas (vulgarmente conhecidas como “caixas Multibanco”), o que inclui, designadamente, a impossibilidade de cobrar encargos por operações de levantamento, de depósito ou de pagamento de serviços, proibindo, igualmente, a cobrança de encargos pelos beneficiários de serviços de pagamento nas operações de pagamento através dos terminais de pagamento automáticos.

**Decreto-Lei n.º 12/2010, de 19 de Fevereiro** — Introduce, no ordenamento jurídico português, a possibilidade de se constituírem

sociedades especificamente vocacionadas para o microcrédito, que adoptarão a designação de sociedades financeiras de microcrédito, com o objectivo de alargar o acesso à actividade de concessão de microcrédito a agentes económicos que actualmente não exerçam actividade financeira, permitindo-lhes enquadrar aquela actividade de financiamento no âmbito de finalidades económicas e sociais que já prossigam.

**Decreto-Lei n.º 14/2010, de 9 de Março** — Altera o Decreto-Lei n.º 103/2009, de 12 de Maio, que adoptou uma medida extraordinária e transitória destinada a financiar 50% da prestação mensal a cargo de pessoas que tivessem formalizado um contrato de crédito à habitação destinado à aquisição, construção ou realização de obras de conservação e de beneficiação de habitação própria permanente, desde que essas pessoas se encontrassem em situação de desemprego há, pelo menos, três meses.

**Decreto-Lei n.º 45/2010, de 6 de Maio** — Altera o Decreto-Lei n.º 103/2007, de 3 de Abril, que definiu os requisitos de adequação de fundos próprios aplicáveis às empresas de investimento e às instituições de crédito e o Decreto-Lei n.º 104/2007, de 3 de Abril, que procedeu à transposição da Directiva n.º 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício.

**Decreto-Lei n.º 52/2010, de 26 de Maio** — Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que se refere a normas processuais e critérios para a avaliação prudencial das aquisições e dos aumentos de participações em entidades do sector financeiro; Altera o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

#### DIREITO CIVIL

**Lei n.º 1/2010, de 15 de Janeiro** - Altera a Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que aprovou o Regime Jurídico do Inventário.

#### DIREITO COMERCIAL

**Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio** — Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho, relativa ao exercício de certos direitos dos accionistas de sociedades cotadas, bem como, parcialmente, a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, procedendo à alteração do Código das Sociedades Comerciais.

### DIREITO DA FAMÍLIA

**Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio** — Aprova o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo; Altera o Código Civil.

### DIREITO FISCAL

**Portaria n.º 12/2010, de 7 de Janeiro** — Aprova a tabela de actividades de elevado valor acrescentado para efeitos do disposto no artigo 72.º, número 6., e do artigo 81.º, número 4., do Código do IRS.

**Lei n.º 2/2010, de 15 de Março** — altera o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA).

**Portaria n.º 260/2010, de 10 de Maio** — Aprova o modelo de declaração de regularização tributária de elementos patrimoniais colocados no exterior.

**Portaria n.º 303/2010, de 8 de Junho** — Regulamenta o disposto no artigo 85.º-A (na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril), do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, no que respeita à extensão da dedução à colecta do IRS relativa a encargos suportados pelos contribuintes individuais com equipamentos de eficiência energética, alargando tais deduções aos equipamentos e obras que contribuam para a melhoria das condições de comportamento térmico de edifícios.



**Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho** — Introduz uma nova taxa de IRS, no valor de 45%, para sujeitos passivos ou agregados familiares que obtenham rendimentos anuais superiores a € 150000,00.

**Decreto-Lei n.º 73/2010, de 21 de Junho** — Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2008/118/CE, do Conselho, de 16 de Dezembro, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo e aprova o Código dos Impostos Especiais de Consumo.

**Portaria n.º 363/2010, de 23 de Junho** — Regulamenta a certificação prévia dos programas informáticos de facturação a que se refere o artigo 123.º, número 8., do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro.

**Portaria n.º 454-A/2010, de 29 de Junho** — Aprova a declaração modelo n.º 39, denominada “Rendimentos e retenções a taxas liberatórias”, no âmbito do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS).

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**Portaria n.º 65-A/2010, de 29 de Janeiro** — Altera a Portaria n.º 1538/2008, de 30 de Dezembro, que definiu a obrigatoriedade de os magistrados do Ministério Público enviarem as peças processuais e documentos por via electrónica (CITIUS) ao tribunal, sempre que representem o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta, que exerçam o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas Famílias na defesa dos seus direitos de carácter social, que assumam a defesa de interesses colectivos e difusos ou que promovam a execução das decisões dos tribunais.

**Portaria n.º 195-A/2010, de 8 de Abril** — Altera a Portaria n.º 114/2008, de 6 de Fevereiro, que regula vários aspectos da tramitação electrónica dos processos judiciais.

**Decreto-Lei n.º 35/2010, de 15 de Abril** — Cria, no âmbito dos artigos 143.º, e 144.º, do Código do Processo Civil, um novo

período de tempo compreendido entre 15 e 31 de Julho de cada ano judicial, no qual não há lugar à prática de actos processuais e é concedido às partes o benefício de nova excepção à regra da continuidade dos prazos, aplicável a todo o território nacional.

## DIREITO DO TRABALHO

**Decreto-Lei n.º 5/2010, de 15 de Janeiro** — Fixa, para 2010, e nos termos do artigo 273.º, número 1., do Código do Trabalho, a retribuição mínima mensal garantida em € 475,00 (quatrocentos e setenta e cinco euros).

**Portaria n.º 55/2010, de 21 de Janeiro** — Regula o conteúdo e o prazo de apresentação da informação sobre a actividade social da empresa, por parte do empregador, ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral.

**Portaria n.º 99/2010, de 15 de Fevereiro** — Estabelece uma medida excepcional de apoio ao emprego para o ano de 2010 que se traduz na redução de um ponto percentual da taxa contributiva a cargo da entidade empregadora.

**Portaria n.º 125/2010, de 1 de Março** — Determina medidas excepcionais de apoio à contratação para o ano de 2010, designadamente medidas de reforço da eficácia dos instrumentos de estímulo à contratação de jovens, de integração no mercado de trabalho de segmentos de população particularmente vulneráveis e de articulação entre os programas de estágios profissionais e o apoio à contratação.

**Portaria n.º 126/2010, de 1 de Março** — Estabelece as normas de funcionamento e de aplicação das medidas a disponibilizar no quadro da nova geração de iniciativas sectoriais, no âmbito do Programa Qualificação Emprego, que visam combater o desemprego, promover o reforço das competências básicas dos trabalhadores e incrementar as suas qualificações.

**Portaria n.º 127/2010, de 1 de Março** — Regulamenta o Programa de Estágios Profissionais — Formações Qualificantes de níveis 3 e 4.

**Portaria n.º 154/2010, de 11 de Março** — Estabelece o reforço do Programa INOV, ampliando o respectivo âmbito de aplicação através da criação de novas medidas INOV, nomeadamente, programas de estágio para licenciados nas áreas da economia social, da mediação sociocultural, do ambiente, da protecção civil, das energias renováveis ou de outras que venham a ser consideradas prioritárias.

**Portaria n.º 238/2010, de 29 de Abril** — Estabelece o regime de concessão dos apoios técnicos e financeiros da medida INOV-EXPORT e define as respectivas normas de funcionamento e acompanhamento.

**Portaria n.º 274/2010, de 18 de Maio** — Alarga o âmbito de aplicação das medidas disponibilizadas no quadro da nova geração de iniciativas sectoriais, consagradas na Portaria n.º 126/2010, de 1 de Março, às empresas, trabalhadores e activos desempregados que integrem os sectores dos ramos da construção civil, cerâmica e metalurgia.

**Portaria n.º 285/2010, de 25 de Maio** — Renova a medida INOV-SOCIAL, alargando o âmbito da sua área de intervenção; altera a Portaria n.º 154/2010, de 11 de Março.

**Decreto-Lei n.º 72/2010, de 18 de Junho** — Estabelece medidas destinadas a reforçar a empregabilidade dos beneficiários de prestações de desemprego, alterando o Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro. Introduce, ainda, medidas de combate à fraude na atribuição de prestações sociais, alterando o Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril.

**Portaria n.º 353/2010, de 21 de Junho** — Revoga as medidas transitórias e excepcionais inseridas no âmbito do Programa Qualificação Emprego, instituídas para o ano de 2010 pelas Portarias n.ºs 126/2010, de 1 de Março e 274/2010, de 18 de Maio;

revoga, ainda, o apoio concedido às entidades empregadoras, de redução de três pontos percentuais da taxa contributiva.

### ADVOGADOS

**Lei n.º 12/2010, de 25 de Junho** — Altera o artigo 196.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/100/CE, do Conselho, de 20 de Novembro, reconhecendo os títulos profissionais búlgaros e romenos, permitindo o exercício da profissão de advogado em Portugal.

### AGRICULTORES

**Portaria n.º 68/2010, de 3 de Fevereiro** — Aprova, no âmbito dos regimes de apoio directo aos agricultores relacionados com a Política Agrícola Comum, o Regulamento de Aplicação do Regime do Pagamento Único (RPU).

### ARBITRAGEM NECESSÁRIA

**Portaria n.º 144/2010, de 10 de Março** — Fixa os honorários dos árbitros e peritos do tribunal arbitral no âmbito da arbitragem necessária, conforme previsto no artigo 285.º, do Regulamento em anexo (II) à Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, estabelecendo que tais honorários são aplicáveis, com as necessárias adaptações, aos processos de conciliação, mediação e arbitragem voluntária sempre que o conciliador, o mediador ou o árbitro presidente sejam escolhidos de entre a lista de árbitros presidentes prevista no artigo 75.º, do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas.

### ARRENDAMENTO

**Decreto-Lei n.º 43/2010, de 30 de Abril** — Altera o Decreto-Lei n.º 308/2007, de 3 de Setembro, que criou o programa Porta 65 — Arrendamento por Jovens.

**Portaria n.º 227-A/2010, de 21 de Maio** — Regulamenta o Decreto-Lei n.º 308/2007, de 3 de Setembro, que criou o Programa de Apoio Financeiro Porta 65 — Arrendamento por Jovens.

### ASSOCIAÇÕES

**Portaria n.º 229/2010, de 23 de Abril** — Alarga a várias conservatórias a competência para a tramitação do regime especial de constituição imediata de associações denominado “Associação na Hora”.

### CERTIFICADO DE MATRÍCULA

**Portaria n.º 165-A/2010, de 16 de Março** — Altera o modelo de certificado de matrícula.

### DISPOSITIVO ELECTRÓNICO DE MATRÍCULA

**Portaria n.º 314-A/2010, de 14 de Junho** — Estabelece os termos e as condições a que obedece o tratamento das bases de dados obtidos mediante a identificação ou a detecção electrónica de veículos através do dispositivo electrónico de matrícula, designadamente os meios de acesso aos dados por parte das concessionárias e das subconcessionárias de infra-estruturas rodoviárias, da sociedade Sistema de Identificação Electrónica de Veículos, S.A., do Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, e das entidades de cobrança de portagens; define, ainda, as condições de recolha dos dados, as categorias de dados a tratar, o respectivo prazo de conser-

vação, bem como as medidas de segurança a adoptar no âmbito do tratamento dos mesmos.

### EMPRESÁRIOS

**Portaria n.º 183/2010, de 29 de Março** — Cria a “Iniciativa Formação para Empresários”, estabelecendo as respectivas normas de funcionamento, visando reforçar as competências dos empresários de micro e pequenas e médias empresas (PME’s).

### MEDIADORES DE CONFLITOS

**Portaria n.º 237/2010, de 29 de Abril** — Aprova o Regulamento de Reconhecimento de Cursos de Mediação de Conflitos para efeitos de Candidatura à Prestação de Serviços de Mediação pública.

**Portaria n.º 282/2010, de 25 de Maio** — Aprova o Regulamento do Procedimento de Selecção de Mediadores de Conflitos habilitados para prestar serviços de mediação nos julgados de paz já criados e a criar; o Regulamento do Procedimento de Selecção de Mediadores de Conflitos habilitados para prestar serviços de mediação no âmbito do sistema de mediação familiar e o Regulamento do Procedimento de Selecção de Mediadores de Conflitos habilitados para prestar serviços de mediação no âmbito do sistema de mediação laboral.

### MOBILIDADE ELÉCTRICA

**Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de Abril** — Regula a organização, o acesso e o exercício das actividades de mobilidade eléctrica e procede ao estabelecimento de uma rede piloto de mobilidade eléctrica e à regulação de incentivos à utilização de veículos eléctricos.

**ORÇAMENTO DO ESTADO**

**Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril** — Aprova o Orçamento do Estado para o ano de 2010 e altera os seguintes diplomas legais:

- Lei n.º 53-D/2006, de 29 de Dezembro;
- Decreto-Lei n.º 118/83, de 25 de Fevereiro;
- Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro;
- Decreto-Lei n.º 209/2009, de 3 de Setembro;
- Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro;
- Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro;
- Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro;
- Lei das Finanças Locais, aprovada pela Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro;
- Decreto-Lei n.º 144/2008, de 28 de Julho;
- Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de Fevereiro;
- Decreto-Lei n.º 367/2007, de 2 de Novembro;
- Lei n.º 53-B/2006, de 29 de Dezembro;
- Decreto-Lei n.º 199/99, de 8 de Junho;
- Decreto-Lei n.º 464/80, de 13 de Outubro;
- Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro;
- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares;
- Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro;
- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas;
- Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado;
- Código do Imposto do Selo;
- Código dos Impostos Especiais de Consumo;
- Lei n.º 22-A/2007, de 29 de Julho;

- Código do Imposto sobre Veículos;
- Decreto-Lei n.º 292-A/2000, de 15 de Novembro;
- Código do Imposto Único de Circulação;
- Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis;
- Estatuto dos Benefícios Fiscais;
- Lei n.º 40/2005, de 3 de Agosto;
- Lei Geral Tributária;
- Código de Procedimento e de Processo Tributário;
- Regime Geral das Infracções Tributárias;
- Decreto-Lei n.º 147/2003, de 11 de Julho;
- Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto;
- Portaria n.º 807/2008, de 8 de Agosto;
- Decreto-Lei n.º 170/2008, de 26 de Agosto;
- Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro;
- Decreto-Lei n.º 312/2002, de 20 de Dezembro;
- Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto;
- Regulamento das Custas Processuais;
- Decreto-Lei n.º 73/99, de 16 de Março;
- Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho. Revoga o Decreto-Lei n.º 264/2003, de 24 de Outubro.

**Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho** — Estabelece as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2010, aprovado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

**Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho** — Aprova um conjunto de medidas adicionais de consolidação orçamental com o objectivo de reforçar e acelerar a redução do défice excessivo e o controlo do crescimento da dívida pública previstos no Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC). Altera o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, o Código do Imposto sobre o



Rendimento das Pessoas Colectivas, o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado, o Código do Imposto do Selo, o Código dos Impostos Especiais de Consumo e a Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, que aprovou o orçamento do Estado para o ano de 2010.

### **PAGAMENTO DE JUROS DE MORA PELO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS**

**Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril** — Estabelece a obrigatoriedade de pagamento de juros de mora pelo Estado e demais entidades públicas, incluindo as Regiões Autónomas e as autarquias locais, pelo atraso no cumprimento de qualquer obrigação pecuniária.

### **PORTAL DE SEGURANÇA**

**Portaria n.º 169/2010, de 19 de Março** — Determina que os conteúdos do Portal de Segurança passem a incluir a informação proveniente da Polícia Judiciária, entidade que passa a integrar a Comissão de Gestão, prevista no artigo 3.º, número 2., da Portaria n.º 1019/2009, de 10 de Setembro.

### **PROcriação Medicamente Assistida**

**Decreto Regulamentar n.º 1/2010, de 26 de Abril** — Altera o Decreto Regulamentar n.º 5/2008, de 11 de Fevereiro, que regulamenta os artigos 5.º, e 16.º, número 2., da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

## PROTECÇÃO SOCIAL

**Decreto-Lei n.º 15/2010, de 9 de Março** — Estabelece, por um período de seis meses, a atribuição de subsídio social de desemprego inicial ou subsequente ao subsídio de desemprego que cesse no decurso do ano de 2010; altera o Decreto-Lei n.º 68/2009, de 20 de Março.

**Lei n.º 4/2010, de 5 de Maio** — Torna obrigatória a inclusão, nas bases de dados do Instituto do Emprego e Formação Profissional e do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, do estado civil do desempregado, ou situação equiparada e a condição laboral do cônjuge.

**Lei n.º 5/2010, de 5 de Maio** — Estabelece um regime transitório e excepcional de apoio aos desempregados com filhos a cargo e altera o Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro.

## REGISTOS E NOTARIADO

**Portaria n.º 67/2010, de 3 de Fevereiro** — Determina que o procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de prédios em atendimento presencial único, criado pelo Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho, seja aplicável aos negócios jurídicos de doação e permuta de prédios.

**Portaria n.º 145/2010, de 10 de Março** — Cria, no registo civil, a certidão permanente, regulamentando as condições quanto ao pedido de acesso, ao prazo de validade e aos emolumentos devidos.

**Portaria n.º 426/2010, de 29 de Junho** — Ajusta os valores devidos pela emissão de certidão *online* de registo de veículos, pela prestação de informações dadas por escrito e fotocópias não certificadas de registo predial e, ainda, pela emissão de certidão permanente de registo predial.

## VALORES MOBILIÁRIOS

**Decreto-Lei n.º 71/2010, de 18 de Junho** — Estabelece os regimes jurídicos dos organismos de investimento colectivo em valores mobiliários sob a forma societária e dos fundos de investimento imobiliário sob a forma societária; Altera o Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Colectivo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro e o Regime Jurídico dos Fundos de Investimento Imobiliário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 60/2002, de 20 de Março.

## URBANIZAÇÃO E EDIFICAÇÃO

**Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março** — Altera o Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico da urbanização e da edificação.

## VEÍCULOS A MOTOR

**Decreto-Lei n.º 48/2010, de 11 de Maio** — Estabelece o regime jurídico de acesso e de permanência na actividade de inspecção técnica de veículos a motor e respectivos reboques e o regime de funcionamento dos centros de inspecção técnica.

## VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

**Portaria n.º 220-A/2010, de 16 de Abril** — Estabelece as condições e utilização inicial dos meios técnicos de teleassistência e dos meios técnicos de controlo à distância, previstos pela Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

**Portaria n.º 229-A/2010, de 23 de Abril** — São aprovados os modelos de documentos comprovativos da atribuição do estatuto da vítima, previsto no artigo 14.º, números 1., e 3., da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

**SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO**

**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 1/2010, publicado em 20 de Janeiro** - fixa jurisprudência no seguinte sentido:

“Se, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, o direito do adjudicatário a ser indemnizado pelo dano negativo (dano de confiança) abrange as despesas com a aquisição do processo de concurso e com a elaboração da proposta, as quais têm a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem uma efectiva conexão com a ilicitude específica geradora da responsabilidade pré-contratual.”

**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 4/2010, publicado em 26 de Maio** - uniformiza jurisprudência no seguinte sentido:

“As acções administrativas especiais — e as respectivas providências cautelares — onde é pedida a anulação ou a declaração de nulidade de actos administrativos, em que um dos autores reside em Portugal e o outro reside no estrangeiro, podem ser intentadas no tribunal da residência habitual ou sede do autor em Portugal, ou no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, cabendo aos autores essa escolha.”

**SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2010, de 21 de Janeiro** — Para efeitos de uniformização de jurisprudência, foi decidido:

“Nos termos do disposto na redacção originária do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e no n.º 4 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, o direito ao pagamento do preço de serviços de telefone móvel prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.”

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2010, de 22 de Fevereiro** — Para efeitos de uniformização de jurisprudência, foi decidido:

“Fora dos casos previstos no artigo 688.º do Código de Processo Civil (na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Setembro), apresentado requerimento de interposição de recurso de decisão do relator, que não seja de mero expediente, este deverá admiti-lo como requerimento para a conferência prevista no artigo 700.º, n.º 3, daquele Código.”

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2010, de 5 de Março** - Para efeitos de fixação de jurisprudência, foi decidido:

“A norma da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 204.º do Código Penal, no segmento “*transportada por passageiros utentes de transporte colectivo*”, abrange as coisas que esses passageiros trazem consigo, constituam ou não bagagem.”

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2010, de 8 de Março** — Para efeitos de fixação de jurisprudência, foi decidido:

“Constitui modalidade afim, e não jogo de fortuna ou azar, nos termos dos artigos 159.º, n.º 1, 161.º, 162.º e 163.º, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, o jogo desenvolvido em máquina automática na qual o jogador introduz uma moeda e, rodando um manípulo, faz sair de forma aleatória uma cápsula contendo uma senha que dá direito a um prémio pecuniário, no caso de o número nela inscrito coincidir com algum dos números constantes de um cartaz exposto ao público.”

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2010, de 14 de Maio** — Para efeitos de fixação de jurisprudência, foi decidido:

“O prazo de prorrogação do adiamento do acesso aos autos a que se refere a segunda parte do artigo 89.º, n.º 6, do Código de Processo Penal, é fixado pelo juiz de instrução pelo período de tempo que se mostrar objectivamente indispensá-

vel à conclusão da investigação, sem estar limitado pelo prazo máximo de três meses, referido na mesma norma.”

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2010, de 21 de Maio** — Para efeitos de fixação de jurisprudência, foi decidido:

“I — Nos termos do n.º 9 do artigo 113.º do Código de Processo Penal, a decisão de revogação da suspensão da execução da pena de prisão deve ser notificada tanto ao defensor como ao condenado.

II — O condenado em pena de prisão suspensa continua afecto, até ao trânsito da revogação da pena substitutiva ou à sua extinção e, com ela, à cessação da eventualidade da sua reversão na pena de prisão substituída, às obrigações decorrentes da medida de coacção de prestação de termo de identidade e residência (nomeadamente, a de “as posteriores notificações serão feitas por via postal simples para a morada indicada”);

III — A notificação ao condenado do despacho de revogação da suspensão da pena de prisão pode assumir tanto a via de “contacto pessoal” como a “via postal registada”, por meio de carta ou aviso registados ou, mesmo, a “via postal simples”, por meio de carta ou aviso (artigo 113.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*), *c*) e *d*), do CPP).”

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 654/2009, publicado em 12 de Fevereiro de 2010:**

“Declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 2.º, n.º 7, *in fine*, do Decreto Legislativo Regional n.º 19/99/M, na versão constante do Decreto Legislativo Regional N.º 25/2003/M, por violação dos artigos 84.º, número 2., 112.º, n.º 4, e 227.º, n.º 1, alínea *a*), todos da Constituição, na medida em que permite ao Governo Regional da Madeira autorizar a desafecção dominial e a integração no património de uma sociedade de capitais exclusivamente públicos das faixas do domínio público marítimo

delimitadas nos artigos 8.º, 9.º e 13.º do anexo II daquele Decreto Legislativo Regional.”

## TRIBUNAL DE CONTAS

**Acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/2010, de 16 de Fevereiro** — Uniformiza jurisprudência no seguinte sentido:

“1 — No domínio do disposto, conjugadamente, nos artigos 73.º, n.º 1, alínea *b*), 92.º, n.º 3, e 94.º, n.º 2, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, a falta de indicação, na lista de preços unitários, de um preço correspondente a um bem, ou a uma actividade, não constitui, necessariamente, a preterição de uma formalidade essencial do procedimento pré-contratual, determinante da exclusão da proposta onde ocorreu tal falta.

2 — A omissão referida no número anterior deve ser ponderada, caso a caso, e só constitui a preterição de uma formalidade essencial, determinante da exclusão da respectiva proposta, quando, em função dos factores do critério de avaliação das propostas, for impeditiva da análise comparativa destas, ou seja, susceptível de se repercutir na boa execução do contrato.

*Jurisprudência*  
*dos Conselhos*



## PROC. N.º 31/2010-CS/R

*Relator* Dr. Almeida Correia

### SUMÁRIO:

*Um escritório partilhado por um Advogado e um Técnico Oficial de Contas coloca em grave crise a dignidade e prestígio da profissão, — confundindo e confundindo-se as duas actividades, — a independência do Advogado e a preservação do segredo profissional.*

### **Decisão Recorrida**

1. Vem o presente recurso interposto do acórdão do Conselho de Deontologia de....., de 18 de Setembro de 2009, que aplicou ao Sr. Advogado, Dr. ...., a pena disciplinar de multa, cujo montante foi fixado em € 500,00, a ser publicada, nos termos do art. 137.º-1 do EOA, remetendo-se edital para as instalações da Delegação da Comarca de ....., pelo período de 30 dias, conforme o parecer perfilhado, por se entender que violou com dolo os deveres deontológicos previstos nos arts. 86, n.º 1, al. h) e 87.º do EOA.

### **Relatório**

2. A fls.3 e 5 encontra-se a participação apresentada pelo Sr. Presidente do Conselho Distrital de..... da Ordem dos Advogados, nos Serviços do Ministério Público de ....., contra o Sr. .... e o Sr. Dr. ...., a qual foi remetida pela participante ao Sr. Presidente do Conselho de Deontologia de....., por ofício de 7 de Março de 2006.

3. Por deliberação do Conselho de Deontologia de ....., de 7 de Abril de 2006, foi instaurado processo disciplinar ao Sr. Advogado, Dr. ....

4. Ordenada a notificação para se pronunciar sobre a referida participação, o Sr. Advogado arguido veio, por carta recebida em 12.09.2006, a fls. 10 e 11, pronunciar-se sobre a participação, arrolando ainda duas testemunhas.

5. Foram juntos aos autos, a fls. 13 a 26, certidão do processo de inquérito n.º ....., de onde se colhe os actos requeridos pelo Sr. .... no Registo Nacional de Pessoas Colectivas, junto ao Centro de Formalidades de Empresas de ....., para além da já mencionada participação do Sr. Presidente do Conselho Distrital de .....; e a fls. 31 a 33 certifica-se o despacho final de arquivamento dos referidos autos de inquérito em que eram arguidos o Sr. Dr. .... e o Sr. ...., por se entender ter havido, para além do mais, extemporaneidade do exercício de direito de queixa.

6. A fls. 37 e 38 encontram-se os autos de inquirição das testemunhas arroladas pelo Sr. Advogado arguido.

7. Foi proferida acusação, a fls. 48 e 49, imputando-se ao Sr. Advogado arguido os seguintes factos e circunstância:

- 7.1. Tem escritórios em ..... e em .....
- 7.2. Neste último, partilha as instalações, desde 1987, com o Sr. .... Técnico Oficial de Contas em exercício.
- 7.3. Como só se desloca, ao seu escritório em ....., uma vez por semana ou, até, quinzenalmente, socorre-se dos préstimos do referido TOC, que lhe presta alguns serviços, de natureza judicial e/ou administrativa, recebendo, conseqüentemente, a sua correspondência e os seus clientes, atendendo os seus telefonemas e reportando-lhe os recados destes.
- 7.4. É, ainda, por intermédio do Sr. .... (TOC), que faz chegar à Secretaria dos diversos Tribunais da comarca de Guimarães as petições, contestações e requerimentos avulsos, obtém certidões fiscais e das Conservatórias do Registo Civil e Predial de .....

- 7.5. Terá, assim, agido de forma consciente e voluntária e violado os deveres consagrados nos arts. 86.º, n.º 1, al. *h*) e 87.º do EOA/2005, deveres, todos eles, que estava, como está, obrigado a respeitar.
- 7.6. Encontra-se inscrito na O.A. desde ..... e não tem registo de lhe ter sido aplicada qualquer sanção disciplinar.

**8.** Juntou-se aos autos o extracto disciplinar e notificou-se o Sr. Advogado arguido do despacho de acusação, em 13.05.2009, conforme aviso de recepção, a fls. 50, nada tendo este dito ou requerido.

**9.** Foi proferido, em 17/09/2009, o relatório final, acolhido no acórdão sob recurso, tendo-se dado como provada a matéria de acusação, fundamentando-se nas declarações do Sr. Advogado arguido, e na prova testemunhal recolhida, nomeadamente o Sr. ...

**10.** Notificado do acórdão veio o Sr. Advogado arguido interpor recurso para este Conselho Superior, que foi admitido por despacho de 27 de Novembro de 2009, concluindo o seguinte

- 10.1. O escritório que partilha com o técnico oficial de contas na cidade de ....., está dotado de estruturas que asseguram inquestionavelmente o cumprimento por parte daquele do dever de zelar pela salvaguarda do sigilo profissional.
- 10.2. As instalações estão dotadas de um espaço destinado a sala de espera comum, sala onde trabalham os funcionários do técnico de contas, e de dois gabinetes isolados e sem contacto entre si, num dos quais o arguido recebe os seus clientes, sendo o outro utilizado pelo técnico de contas, sendo certo que, atendendo ao isolamento dos aludidos gabinetes, as conversas que o arguido tem com os seus clientes não são susceptíveis de ser escutadas nos espaços adjacentes.

- 10.3. No escritório em ....., o arguido limita-se a atender os clientes.
- 10.4. A totalidade do serviço de secretaria é elaborado pelo próprio no seu escritório em .....
- 10.5. O técnico de contas que partilha as instalações com o arguido limita-se a remeter aos diversos Tribunais da área da comarca de ..... as diversas peças processuais que este lhe entrega, remete aos Serviços de Finanças e às diversas Conservatórias igualmente da área de ....., os pedidos de certidões pretendidas, recebe telefonemas destinados ao arguido transmitindo-lhe os recados dos clientes, recebe a correspondência destinada ao arguido, que não viola.
- 10.6. Enfim, pratica actos semelhantes aos exercidos pelos funcionários de um qualquer escritório de advocacia.
- 10.7. Quiçá com maior salvaguarda do sigilo profissional a que o arguido está obrigado, posto que toda a actividade de secretariado é por si exercida, sendo certo que na maioria dos escritórios de advogados as peças processuais são dactilografadas pelos respectivos funcionários.
- 10.8. Não cometeu qualquer infracção disciplinar, nomeadamente as que lhe são imputadas.

11. Atento o disposto no art. 116.º, n.º 1 não foi dado cumprimento ao previsto no art. 160.º-6 do EOA.

## **Parecer**

12. Tendo, assim, em consideração os fundamentos do recurso, delimitado pelas suas conclusões, cumpre-nos apreciar se a matéria dada como provada constitui ou não violação dos deveres previstos nos arts. 86, n.º 1, al. h) e 87.º do EOA. Sendo certo que quanto aos demais factos que o recorrente agora carrega para o pro-

cesso não podem ser atendidos nesta fase, porquanto deviam ter sido alegados e sobre eles indicada prova quando foi notificado para se pronunciar sobre a participação e sobre a acusação.

**13.** Dispõem os arts. 86, n.º 1, al. *h*) e 87.º do EOA que constitui dever do advogado “manter um domicílio profissional dotado de uma estrutura que assegure o cumprimento dos seus deveres deontológicos” e o de guardar segredo profissional “no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”.

Encontra-se provado e devidamente fundamentado que o Sr. Advogado recorrente partilha o seu escritório de ..... com o Sr. ...., Técnico Oficial de Contas em exercício. E que só se desloca a este escritório uma vez por semana ou, até, quinzenalmente, socorrendo-se dos préstimos do referido TOC, que lhe presta alguns serviços, de natureza judicial e/ou administrativa, recebendo, conseqüentemente, a sua correspondência e os seus clientes, atendendo os seus telefonemas e reportando-lhe os recados destes. Também é por intermédio deste que faz chegar à Secretaria dos diversos Tribunais da comarca de ..... as petições, contestações e requerimentos avulsos, obtém certidões fiscais e das Conservatórias do Registo Civil e Predial de .....

Embora ainda não regulamentada a matéria do domicílio profissional é ponto assente que o mesmo tem de assegurar o cumprimento dos deveres deontológicos e, em suma, ser digno e conforme ao exercício da Advocacia.

Um escritório de um advogado partilhado com um Técnico Oficial de contas, cuja actividade, quando exercida por um advogado constitui uma incompatibilidade (Art. 77.º-1, al. *n*) do EOA), porquanto afecta a isenção, independência e dignidade da profissão, e que em si está sujeita aos deveres de informação, reporte, delação e até denúncia, incompatíveis com a salvaguarda do segredo profissional do advogado, é totalmente inconciliável com a advocacia no mesmo espaço físico, podendo indiciar procuradoria ilícita, angariação ilícita de clientela e práticas multidisciplinares. Não pode recair sobre um advogado essa sombra de suspeita de práticas ilícitas, já que fere de forma inaceitável o prestígio e a

dignidade da profissão. E mais grave ainda quando associada à quebra do segredo profissional, já que é o próprio Técnico Oficial de Contas quem recebe e processa a correspondência e entrega também as peças elaboradas pelo Advogado, recebe e transmite o conteúdo de telefonemas de clientes do Sr. Advogado, representando-o ainda junto de diversas entidades e organismos, tomando assim conhecimento dos conteúdos de peças e de factos sujeitos a sigilo. Em suma e nestas circunstâncias o referido escritório partilhado pelo Sr. Advogado arguido com um Técnico Oficial de Contas coloca em grave crise, para além da já mencionada dignidade e prestígio da profissão, — confundindo e confundindo-se as duas actividades, — a independência do Advogado e a preservação do segredo profissional.

Pretende o Sr. Advogado recorrente sustentar que no referido escritório tem um gabinete só para si, partilhando a secretaria, mas apenas quanto à recepção de documentos, e a zona comum e que não há nenhuma diferença entre a actividade que o referido TOC desenvolve para si da de um empregado forense que trabalha para qualquer advogado.

Para além de a matéria da distribuição do espaço físico e de o Sr. Advogado arguido só se servir da secretaria para receber documentos não ter sido objecto de alegação e de prova, também, a terem sido alegados e provados, não seriam por si só suficientes para se concluir pela inexistências das infracções.

Com efeito só o facto de partilhar a zona comum com um TOC, onde podem estar presentes os clientes do TOC e os do Sr. Advogado, constitui em si uma situação susceptível de violar o segredo profissional. Desta forma ficam os clientes do TOC a saber que determinada ou determinadas pessoas foram obter apoio do Sr. Advogado, o que por si só deve ser preservado. O Advogado não pode dar a conhecer o objecto da consulta, mesmo que se admita, o que não foi alegado e muito menos demonstrado, que a insonorização do gabinete garantia a não audição do que aí se passava, mas também quem o consultou e isto de modo algum podia garantir ao partilhar a zona comum com o TOC.

Por outro lado há manifesta confusão por parte do Sr. Advogado recorrente quanto ao estatuto e obrigações de um trabalhador

forense e os de um TOC. Enquanto o trabalhador forense é a *longa manus* do advogado, no âmbito de uma relação laboral, sujeitando-o aos deveres de trabalhador e ao poder disciplinar da sua entidade patronal, têm também eles um dever de guardar segredo profissional (Art. 87.º-7 e 8 do EOA), enquanto o TOC, como profissional livre e independente, está sujeito a regras próprias, que já destacamos, e a uma actividade que em si é inconciliável com a de um Advogado ao partilhar o mesmo espaço, porquanto desprestigia e atenta contra a isenção, independência dignidade e a preservação do segredo profissional, a que o Advogado está sujeito.

Não mantém, assim, o Sr. Advogado recorrente um domicílio profissional dotado de uma estrutura que assegure o cumprimento dos seus deveres deontológicos, não preservando ainda o segredo profissional, violando, assim, os arts. 86, n.º 1, al. *h*) e 87.º do EOA, como muito bem se concluiu e se fundamentou no acórdão recorrido.

**14.** Embora não tenha questionado a pena aplicada, pugnando apenas pela inexistência de infracção disciplinar, parece-nos adequada a pena de multa aplicada de € 500,00, nos termos do art. 125.º-1, al. *c*) do EOA, bem como a publicação da decisão, nos termos do art. 137.º-1 do EOA, remetendo-se edital para as instalações da Delegação da Comarca de ....., pelo período de 30 dias.

É a pena que se segue às de “advertência” e de “censura” e justifica-se plenamente a sua publicidade, já que os comportamentos assumidos e as normas violadas revestem-se de um particular relevo pois contendem com o próprio prestígio da advocacia e a dignidade da profissão, militando contra o Sr. Advogado arguido a circunstância agravante do dolo e a atenuante de não ter antecedentes criminais, nem nenhuma sanção aplicada.

Mostra-se, assim, adequada à gravidade dos factos a pena aplicada e sua publicidade.

**15.** Pelo exposto deve ser negado provimento ao recurso e confirmado o duto acórdão recorrido que condenou o Sr. Advogado arguido, ora recorrente, na pena disciplinar de multa, no montante de € 500,00, a ser publicada, nos termos do art. 137.º-1 do

EOA, remetendo-se edital para as instalações da Delegação da  
Comarca de ....., pelo período de 30 dias já que violou com  
dolo os deveres deontológicos previstos nos arts. 86, n.º 1, al. *h*) e  
87.º do EOA.

À Secção.

Vila Nova de Gaia, 26 de Maio de 2010.

O Relator,

*Almeida Correia*



## Proc. n.º 196/2010-CS/R

*Relator* Dr. Luís Teixeira e Melo

## SUMÁRIO

1.º — *Nos termos do artigo 89.º n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados, o advogado (só) pode divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência.*

2.º — *Não obstante a remissão para “normas legais sobre publicidade e concorrência”, umas e outras dessas normas têm de ser interpretadas à luz do que o n.º 2 do referido artigo 89.º elenca, embora a título exemplificativo, como situações de informação objectiva e do que o n.º 4 do mesmo artigo, igualmente como referência exemplificativa, considera actos lícitos de publicidade.*

3.º — *O conteúdo das mensagens publicitárias de advogado, a divulgar seja por que meio for, designadamente através da internet, deve excluir, em geral (artigo 89.º n.º 4), a utilização de conteúdos persuasivos, ideológicos, de auto engrandecimento e de comparação, a referência a valores de serviços, a menção da qualidade ou localização do escritório, e deve respeitar o conjunto de deveres impostos ao advogado pela sua deontologia profissional (entre outros, a integridade, independência, defesa de direitos, liberdades e garantias, não advogar contra o direito nem usar de meios ou expedientes dilatatórios, recusa de patrocínios injustos, recusa de prestação de serviços quando seja de supor que o cliente pretende obter resultados ilícitos — artigos 83.º e seguintes do EOA).*

4.º — *As condutas dos advogados portugueses, no âmbito da necessária observância das regras disciplinares atinentes à publicidade, devem ser julgadas considerando, para além dos factos, a circunstância de as regras que disciplinam, entre nós, essa matéria estarem em mutação há anos, oscilando na sua formulação e na sua interpretação entre soluções excessivamente literais e outras excessivamente actualistas, e que, pelo menos nos seus contactos internacionais, a advocacia portuguesa vem sendo confrontada, por vezes, com regras publicitárias mais permissivas do que as nossas, o que é causa de desequilíbrios em desfavor dos advogados portugueses.*

A senhora advogada recorrente, D.<sup>ra</sup> ....., mediante participação da Delegação de ..... da Ordem dos Advogados, remetida ao Conselho de Deontologia de ....., por ofício de 5 de Dezembro de 2007, veio a ser, conforme o douto acórdão de fls. 128 a 154 desse Conselho de Deontologia, condenada na pena de multa no valor de € 750, a pagar no prazo de 30 dias contados do trânsito em julgado da decisão.

O Conselho de Deontologia de ..... julgou a causa nos termos do artigo 155.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, considerando provada a violação por parte da Sra. D.<sup>ra</sup> ..... dos deveres deontológicos consagrados nas alíneas *a*), *b*), *c*) e *e*) do n.º 4 do artigo 89.º e na alínea *h*) do n.º 2 do artigo 85.º, ambos daquele Estatuto.

Inconformada com o assim decidido a Sra. D.<sup>ra</sup>. ..... interpôs atempadamente recurso para este Conselho Superior, findando as suas alegações, nas quais em boa parte repete o que foi afirmando ao longo do processo, com conclusões, que, em súmula, assim se pode resumir:

1.<sup>a</sup> — Foi ordenado o encerramento do seu “website” sem produção de quaisquer provas, o que constitui condenação ilegal, por anterior a qualquer acórdão, facto que de nada serviu à determinação da pena;

2.<sup>a</sup> — A prova considerada relevante foi apenas a documental junta aos autos, mas na vertente da interpretação de quem leu os documentos, e não do seu conteúdo literal, sendo que a recorrente entende que o texto que utilizou não viola o dever estatuído no artigo 100 n.º 1 e 3 do Estatuto, pois apenas defende o dever de serem praticados honorários compatíveis com os serviços prestados.

3.<sup>a</sup> — A recorrente apresentou previamente o conteúdo do seu “website” ao Conselho Distrital de ..... para que este a informasse sobre a conformidade do mesmo com as mesmas regras estatutárias, o que fez ao abrigo do Parecer E-41/02 do Conselho Geral, e, não obtendo qualquer resposta no prazo de 30 dias, teve o conteúdo do “site” como “em concordância com a adequação deontológica e legal”.

4.<sup>a</sup> — A condenação objecto de recurso funda-se numa “distinção entre advocacia de província e a advocacia das grandes cidades”, tendo a recorrente tentado “de forma subtil demonstrar que o seu site foi concebido e enquadrado no universo de websites já existentes, reclamando que a apreciação do processo disciplinar tivesse em conta esse universo que é hoje uma realidade”.

5.<sup>a</sup> — A pena de advertência ou de censura eram suficientes aos fins visados, até por dever ter sido tido em conta que a imposição de encerramento da página foi escrupulosamente cumprida, o

que deveria ter sido entendido como circunstância de atenuante nos termos do artigo 127, alínea *a*) do Estatuto.

Considerando os termos da alegação de recurso, e porque no processo se mostram produzidos dois acórdãos, um a fls. 27, determinando a instauração do processo disciplinar e o encerramento da página “web” aí referida, outro, a fls. 128, punindo a S.<sup>ra</sup> Advogada com uma pena de multa, sendo que ambos esses acórdãos foram objecto de recurso, ambos motivados, mas porque a motivação do primeiro deles não continha conclusões, foi determinada pelo relator a notificação da S.<sup>ra</sup> D.<sup>ra</sup> ..... para apresentar conclusões quanto a esse primeiro recurso, o que ela veio a fazer, nos termos seguintes:

1.º — A recorrente não tem como se opor à instauração do processo disciplinar, que depende do arbítrio dos membros do Conselho, porque não lhe foram comunicados os fundamentos da decisão.

2.º — Tal omissão acarreta nulidade, por falta de motivação expressa e cognoscível, pois a simples referência a grave e culposa violação do Estatuto “não é suficiente para a instauração de um procedimento disciplinar”.

3.º — Por outro lado, a ordem de encerramento da página, de imediato e por tempo indeterminado, em simultâneo com a decisão de instaurar o processo disciplinar corresponde a aplicação de sanção sem qualquer direito de defesa que, para mais, condicionará a decisão final.

São estes dois recursos cujo mérito importa conhecer.

Para tanto, começaremos por estabelecer o elenco dos factos materiais e jurídicos que conduziram às decisões recorridas. São eles os seguintes:

1.º — Em 5 de Dezembro de 2007, a Delegação de ..... da Ordem dos Advogados dirigiu ao Conselho de Deontologia de ....., “para os fins tidos por convenientes”, um conjunto de documentos relativos a um “site” da responsabilidade da S.<sup>ra</sup> D.<sup>ra</sup> ....., denomi-

nado ....., no qual se escreveu, entre o mais, o seguinte, deixando-se aqui por integralmente reproduzido o que consta de fls. 2 a 24:

- “O meu objectivo último é dinamizar o exercício da advocacia, otimizando o apoio jurídico tanto a particulares como a empresas”;
- “Um serviço personalizado, competitivo, sólido, dinâmico, profissional e transparente, permite a eficaz resolução dos seus problemas, dúvidas e conflitos, satisfazendo desta forma os seus interesses”;
- “Estou consciente das suas expectativas, tentarei até ao meu limite actuar com a máxima celeridade que cada processo permita”;
- “Com escritório localizado no centro da cidade do Cartaxo, (...) mais concretamente na sua zona comercial, o meu objectivo último é dinamizar o exercício da advocacia, otimizando o apoio jurídico tanto a particulares como a empresas”;
- “Mantenho permanentemente os meus clientes informados sobre todo o tipo de situações julgadas importantes”.
- “Lamentando o facto de ter sido proferido o Parecer n.º E-03/07 do CG (...) desfavorável às consultas jurídicas on-line, e por estar adstrita à entidade que o emanou (Conselho Geral da Ordem dos Advogados) esta deixou de ser disponibilizada neste site a partir de 15 de Novembro de 2007”.
- “Um ditado antigo diz que Santo Ivo, patrono dos advogados, era “bom advogado mas não ladrão”. “Por muito que custe admiti-lo, a verdade é que esta fama tem acompanhado o advogado ao longo dos tempos e na opinião pública existe o receio de que o recurso a um destes profissionais possa significar ficar com a carteira vazia”. “Mas não é assim. Os advogados estão obrigados a praticar honorários moderados e se alguns exageram e limpam a carteira do cliente, a regra não é essa”.

2.º — Recebido esse expediente (autos a fls. 27), foi produzido douto acórdão no Conselho de Deontologia de ....., determinando a autuação como processo disciplinar, e a notificação da S.ª Advogada para se pronunciar sobre a participação bem como para encerrar de imediato a página web supra referida.

3.º — A notificação dessa decisão foi feita, como resulta do constante de fls. 29, que não foi impugnado, com cópia do parecer que precedeu o acórdão e da participação de fls. 1 a 25 dos autos.

4.º — A S.ª Advogada participada respondeu, pronunciando-se sobre os termos da “participação de fls. 1 a 25 dos presentes autos”, invocando a seu favor, em suma, jurisprudência do Conselho Geral (Acórdão tirado na sequência do Parecer E-6/07 de 24 de Novembro de 2007) e do Conselho Distrital de Lisboa (Acórdão tirado na sequência do Parecer n.º 76/2003 de 14 de Janeiro de 2004) e, quanto ao fundo da questão, que não agiu por forma a violar qualquer regra estatutária, o que se evidenciaria também, a título exemplificativo, com o Protocolo celebrado em 18 de Maio de 2006 entre a Ordem dos Advogados e as Páginas Amarelas.

5.º — Além dessa exposição, a S.ª Advogada interpôs recurso para o Conselho Superior, do Acórdão atrás referido, recurso esse cujas conclusões foram acima recensadas, por entender que não lhe foi dado a conhecer o teor da participação nem os seus fundamentos, uma vez que, afirma “da mesma consta unicamente o conteúdo da sua página da internet”.

6.º — A S.ª Advogada visada dirigiu em 5 de Março de 2009 (autos a fls. 85) uma exposição à Presidente do Conselho de Deontologia de ....., dizendo que o fazia “com humildade” e “como forma de esgotar todos os recursos nacionais, pois assim foi aconselhada pelas vias internacionais, uma vez que o Exmo. Sr. Bastonário entendeu não interferir na competência dos órgãos jurisdicionais da O.A” queixando-se de apesar do tempo decorrido, não ter ainda uma decisão daquele órgão jurisdicional.

7.º — Em 16 de Abril de 2009 foi produzida acusação contra a S.ª Advogada (autos a fls. 88) na qual, após a elencagem dos factos que constituem reprodução dos documentos atrás citados, foi determinada a sua notificação para apresentar a sua defesa, notifi-

cação que foi cumprida (autos a fls. 96) e à qual a S.<sup>ra</sup> Advogada arguida respondeu sustentando que a informação prestada por si por aquela forma é objectiva, verdadeira e digna, respeitando o n.º 1 do artigo 89.º do Estatuto.

Mais alega a S.<sup>ra</sup> Advogada que em 16 de Janeiro de 2008 pediu um parecer ao Conselho Distrital de ..... sobre a sua situação, de acordo com o Parecer E-41/02 do Conselho Geral, que não teve resposta no prazo de 30 dias, de onde entende ser possível concluir que deve ser tal omissão “considerada como concordância com a adequação deontológica e legal do que foi apresentado”.

8.º — Por fim, foi a S.<sup>ra</sup> Advogada julgada, conforme resulta de fls. 104 a 154 dos autos, constando do duto acórdão, para além dos factos apurados, que aqui se dão por reproduzidos para todos os efeitos legais (autos de fls. 129 a 135 n.ºs 1 a 15), considerações acerca da “transfiguração do regime da publicidade” em consequência “das novas tecnologias de informação e dos efeitos por estas provocados na sociedade”, bem como da nova doutrina do artigo 89.º do Estatuto, as seguintes razões para a decisão:

- a) Não está em causa a possibilidade legal de utilização do “site” da S.<sup>ra</sup> Advogada, mas a forma como o fez, designadamente o teor dos conteúdos, que extravasam a publicidade lícita da actividade e dos seus serviços;
- b) A informação prestada pela S.<sup>ra</sup> Advogada apresenta um conteúdo persuasivo, de auto-engrandecimento e de comparação com referências à qualidade do seu escritório e indução da produção de resultados;
- c) Para além disso, as citações feitas pela S.<sup>ra</sup> Advogada, designadamente a de Edgar Valles, pretendem induzir no visitante comum, não advogado a ideia de que a S.<sup>ra</sup> Advogada arguida pratica honorários módicos em contraposição com outros advogados que se excedem;
- d) Por último, a S.<sup>ra</sup> Advogada não atentou em que a publicidade do advogado continua sujeita a regras claras e criteriosas, procedendo ao encerramento do seu “site” por iniciativa própria, pois desde que se conformasse com a

publicitação da sua actividade, restringindo-a a informação objectiva, poderia e pode mantê-lo.

- e) A conduta exposta integra actos ilícitos de publicidade proibidos pelas alíneas *a)*, *c)* e *e)* do n.º 4 do artigo 89.º do Estatuto e, para além disso, prática de angariação ilícita de clientela, em violação do disposto na alínea *h)* do n.º 2 do artigo 85.º do mesmo Estatuto.

Ponderando tudo o exposto, considerou-se que a conduta da S.<sup>ra</sup> Advogada arguida foi negligente, e, embora não sendo enquadrada nos ilícitos disciplinares de maior gravidade, não pode deixar de ser punida, até porque devem ser ponderadas as necessidades gerais de prevenção quanto à prática de futuras infracções, e bem assim que a S.<sup>ra</sup> Advogada não tem qualquer punição anterior e encerrou de imediato o seu “website”, pelo que assim se justificou a aplicação da pena de multa de € 750, conforme acima se referiu.

Fixados os factos, cumpre apreciar o direito, no caso concreto se os dois recursos interpostos merecerão provimento.

É pelas conclusões que se deverá aferir o respectivo mérito.

O primeiro recurso, recorde-se, respeita à decisão de determinar a instauração de processo disciplinar e do encerramento da página web.

Sustenta a recorrente, como resulta das suas conclusões, que não dispôs de elementos bastantes para conhecer os fundamentos da decisão, o que corresponderia a nulidade por falta de motivação.

Sustenta ainda que a ordem de imediato encerramento da página, por tempo indeterminado corresponde à aplicação de sanção sem qualquer tipo de defesa e que, para mais, condiciona a decisão final.

Não parece que tenha razão.

Em primeiro lugar, como atrás vimos, a decisão foi acompanhada de vasta documentação, da qual constava toda a matéria que justificou quer a instauração do processo disciplinar, quer o encerramento da página.

Não se compreende, assim como se pretende não ter sido integralmente comunicada a decisão e os seus fundamentos.

De resto, na exposição que em resposta a recorrente apresenta, ela mesma alude à “participação de fls. 1 a 25”, o que bem evidencia que tomou conhecimento dos seus exactos termos.

O que a recorrente poderia sustentar era que discordava da fundamentação, nunca que esta não lhe foi dada a conhecer.

Em segundo lugar, e desde já antecipamos algumas ideias susceptíveis de aplicação, também, à análise do segundo recurso, a ordem de encerramento da página, por tempo indeterminado e imediatamente, não pode ser entendida, como o faz a recorrente, nem como uma decisão que a impede de aceder àquela forma de divulgação dos seus serviços, nem como uma sanção sem prévia audiência.

É que a ordem de encerramento da página implica apenas a impossibilidade de a manter nos termos e com os conteúdos que foram julgados violadores das regras da publicidade, pelo que a S.<sup>ra</sup> Advogada poderia manter a página desde que reformasse aqueles conteúdos, como, de resto, viria a ser reconhecido no segundo acórdão que vamos analisar.

Por outro lado, deparando-se ao Conselho de Deontologia uma violação segura de regras deontológicas, como foi julgada a que a S.<sup>ra</sup> Advogada praticou, nada o impedia de adoptar logo, como medida cautelar, a que seguiu, devendo esta ser entendida como suspensão da página com aqueles conteúdos, até à decisão final, e não como a própria decisão final tomada nessa matéria.

Improcedem, assim, as conclusões desse recurso.

Vejamos o segundo, no qual, recorde-se, se contesta a decisão final, por ausência de provas, porque o que foi considerado como prova foram apenas os documentos, mas numa versão deles que não é unívoca, porque o Conselho Distrital de ..... não se pronunciou atempadamente sobre a legitimidade de adopção dos conteúdos supra citados.

Não vamos, é claro, entrar na discussão sobre se a condenação ignora a necessidade de distinguir a advocacia de província da advocacia das cidades grandes, alegação que tomamos mais como um desabafo do que uma afirmação rigorosa e para ser objecto de análise.



Não cremos também que as críticas da recorrente sejam nessa parte mais acertadas que as precedentes.

Em primeiro lugar, o encerramento do “website” foi determinado após a produção de provas, assumindo esse encerramento natureza cautelar, urgente e antecipatória de uma decisão, e só por isso não foi precedido do exercício do contraditório que, contudo, foi logo a seguir provocado.

Em segundo lugar, atenta a natureza dos factos, é claro que toda a prova teria de ser baseada em documentos.

Quanto ao argumento de que os olhos do intérprete é que viram um comportamento vicioso onde ele não existia, é claro que em qualquer julgamento é o que sucede: quem tem o dever de julgar recolhe os factos, analisa-os e, depois, valoriza-os, aplicando-lhes o direito. Nesta tarefa o julgador interpreta os factos, fá-lo naturalmente conforme os seus critérios pessoais, mas isso não tira legitimidade à decisão.

Em terceiro lugar, o argumento segundo o qual a recorrente apresentou previamente o conteúdo do “website” ao Conselho Distrital de ....., interpretando o silêncio deste por 30 dias como concordância com o conteúdo daquele, é duplamente errado: por um lado, só a sabedoria popular é que inventou a fórmula, já “axeitada”, para usar uma expressão galega, segundo a qual “quem cala consente”, (os clássicos não diziam assim, mas “quem cala *parece* consentir”, “qui tacet consentire videtur”) quando bem se sabe que a teoria jurídica quanto ao valor do silêncio, na falta de expressa cominação, antes entende que quem cala não consente nem dissente; errado é também, e nessa parte o seu uso é mesmo indesculpável, porque, como atrás vimos, esse parecer não foi pedido previamente ao uso do “website”: é a própria recorrente a dizer que foi notificada do acórdão de fls. 27 em 8 de Janeiro de 2007 (autos a fls. 29 e verso) e só viria a pedir aquele parecer em 16 de Janeiro de 2008, ou seja, muito depois do recebimento da notificação.

Duas palavras finais julgamos serem devidas quanto à natureza do tema e dos factos, que revestem alguma delicadeza.

Já um dia (Jurisprudência do Conselho Superior no Triénio de 2002/2004, página 104 e seguintes) em acórdãos de que fomos

relator e recensado naquele lugar, tivemos oportunidade de escrever o seguinte:

*“O tema da publicidade na advocacia tem sido objecto, sobretudo nos últimos tempos, de sucessivas abordagens que oscilam entre as soluções tradicionais e, porque não dizê-lo, mais conservadoras, e soluções que visam caminhar para padrões semelhantes aos das actividades comerciais, que se enunciam como próximas do direito americano e de algum direito europeu.*

*O advogado foi visto durante muito tempo como personagem adstricto a deveres de discrição e de reserva incompatíveis com parangonas publicitárias.*

*Reconhece-se que o mundo mudou. Ponto é saber até onde pode mudar e evoluir sem implicar quebra de valores de que a advocacia não pode abdicar e como pode estabelecer-se o adequado equilíbrio entre esses valores e as necessidades postas pela concorrência e pela própria clientela, de forma a que a profissão se não torne vítima das suas próprias regras, para usar a feliz expressão de Caure Barsz (in *Le Guide des Cabinets d’Avocats d’Affaires*, Paris, 1997, pág. 25).*

*Como acertadamente reconhece o Dr. Alfredo Castanheira Neves (in *O Estatuto da Ordem dos Advogados — Questões Polémicas ROA*, 52, Tomo II — Julho de 1992, pág. 839) a publicidade entre os advogados, que durante algum tempo foi encarada com mais ou menos consenso, não tem ultimamente conseguido escapar à acelerada evolução dos conceitos propagandísticos que se vêm instalando na nossa sociedade. À clara dicotomia antes existente entre o que era publicidade (e como tal vedado aos advogados) e o que não o era (e, por conseguinte, permitido) acrescentou-se hoje uma larga faixa cinzenta de comportamentos e actos destinados em última análise, e ainda que camufladamente, a tornar público e apetecido um bem ou serviço, que em bom rigor, não se conseguem inserir de modo inequívoco em nenhuma das duas formas atrás citadas.*

*Nesse lugar o nosso ilustre par anunciava a preocupação de inventariar os temas mais polémicos, concitando para eles uma sadia, salutar e iluminadora discussão que desde então vem sendo empreendida através de contribuições excelentes de que, a título*

*de exemplo, se citam as de Orlando Guedes da Costa (Dos Pressupostos do Exercício da Advocacia e da Publicidade do Advogado, Porto, 1993) e de José Carlos Soares Machado (Interpretação dos arts. 86.º n.º 1 e 2 e 52.º n.º 1 do EOA in ROA 53, 841).*

O que sobre a medida da pena vamos propôr, é preciso confessá-lo, é em boa parte, ainda hoje, influenciado pelo que assim dizíamos, porque assim ainda hoje pensamos.

Resta, analisar a questão da medida da pena.

O bem fundamentado acórdão recorrido condena a S.<sup>ra</sup> D.<sup>ra</sup> ..... na pena de multa no valor de € 750.

Sem prejuízo de esse douto acórdão considerar que aquela pena visa as necessidades gerais de prevenir futuras infracções disciplinares, não deixa de considerar também que a conduta da S.<sup>ra</sup> Advogada, tida como negligente, não é enquadrável nos ilícitos disciplinares de maior gravidade.

Assim é: numa sociedade em mudança permanente e acelerada chega a correr-se o risco de tomar decisões já desactualizadas por acção de factos ocorridos entre o momento em que começamos a escrever e aquele em que concluímos o texto.

Comungamos, pois, das ideias que povoam o acórdão recorrido, mas essa comunhão — e a legítima dúvida que justifica a inserção do tema naquela “faixa cinzenta” de que falava Castanheira Neves — parece justificar que nos afastemos da motivação utilizada quanto à medida da pena.

A pena de multa aplicada é uma pena de gravidade média; aliás estando prevista na alínea *c*) do artigo 125.º do Estatuto e contendo este 5 alíneas (de *a*) a *e*)) é também, por essa arrumação sistemática, de considerar como a média das penas, independentemente da graduação e do seu valor. Se é uma pena de gravidade média, não pode ser aplicada a infracções de pequena gravidade.

Por outro lado, nos termos do artigo 126.º n.º 4 do Estatuto, a pena de multa é aplicável aos casos de negligência, que, no caso, não temos por seguro que tenha ocorrido.

Afigura-se assim, ponderando também os antecedentes disciplinares da arguida e as demais circunstâncias previstas no n.º 1 do

referido artigo 126.º, que mais adequada ao comportamento da S.<sup>ra</sup> Advogada será a pena de censura, aplicável a faltas leves no exercício da advocacia, e consistente num juízo de reprovação, que importa, de facto, formular, sem reservas nem equívocos.

Termos em que se afigura ser de negar provimento ao primeiro recurso e conceder parcial provimento ao segundo, dando por integralmente provada a violação por parte da arguida dos deveres deontológicos consagrados nas alíneas *a)*, *b)*, *c)*, e *e)* do n.º 4 do artigo 89.º do EOA, e na alínea *h)* do n.º 2 do artigo 85.º do EOA, e, por isso, atentas as circunstâncias do caso e do tempo da infracção, condená-lo na pena de censura, nos termos do artigo 125.º n.º 1 alínea *b)* e 126.º n.º 1 e 3 do EOA.

À sessão.

Guimarães, 23 de Novembro de 2010

## PROPOSTA DE PARECER

### Proc. 11/PP/2010-G

*Relator* Dr. Manuel Henriques

### RELATÓRIO

A requerente Senhora Dr.<sup>a</sup> (...), solicitou a este Conselho Geral a emissão de parecer sobre a existência ou não de, “... *impedimento deontológico-profissional*...” ao exercício simultâneo de dois mandatos cujos interesses se afiguram antagónicos.

Com relevância para o parecer a emitir, refere os seguintes factos:

Que é mandatária judicial da Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) em processo de inventário por óbito de (...).

Que, para além da Senhora Dr.<sup>a</sup> (...), são interessados no mesmo processo o seu irmão Senhor Dr. (...) e a sua mãe, viúva do inventariado, Senhora D. (...).

Que a Senhora D. (...) sofre de doença de Alzheimer, “*mostrando-se incapaz de reger a sua pessoa e bens*”.

Que foi mandatada pela Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) para instaurar acção de interdição da Senhora D. (...).

Que esta, “*está em casa do filho, Senhor Dr. (...), sendo impedida por este de privar e transitar para casa da sua filha Dr.<sup>a</sup> (...)*”.

Que, em relação ao processo de inventário foram anteriormente encetadas negociações entre o Senhor Dr. (...) e a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...), patrocinadas pelo Senhor Dr. (...), não tendo sido possível chegar a acordo.

Que o Sr. Dr. (...) é patrocinado no processo de inventário que, também, patrocina a Senhora D. (...) no processo de interdição.

A Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) junta a petição inicial e a contestação da acção de interdição, entradas em juízo, respectivamente em 28 de Julho de 2009 e 27 de Novembro de 2009, bem como *e-mail* que lhe foi dirigido em 5 de Novembro de 2009 pela Senhora Dr.<sup>a</sup> (...).

Em jeito de conclusão, afirma a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...):

*“Esta contitularidade de mandatos, na situação concreta, uma vez que uma das intervenientes, em virtude do estado de saúde impeditivo da manifestação da vontade correcta, cria por si, no nosso ponto de vista, um impedimento que leva a que a mesma Advogada não possa representar, com Independência e Isenção, dois interesses que se afiguram como antagónicos”.*

## **ANÁLISE E ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO COLOCADA**

Com a questão colocada pretende-se saber se, patrocinando a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...), o Senhor Dr. (...) no processo de inventário e a Senhora D. (...) no processo de interdição, existe um impedimento que leva a que a mesma advogada não possa representar com independência e isenção dois interesses que se diz serem antagónicos.

Para que nos possamos pronunciar, não podemos descurar os factos constantes dos articulados juntos pela requerente.

Passemos, pois, ainda que de forma sintética, à sua enumeração:

### **Petição inicial**

Diz a requerente:

*“A Requerente é filha da Requerida e pessoa que com esta coabita”.*

A requerida padece de doença do foro neurológico, provável “Doença de Alzheimer” estando, inteiramente, dependente de terceiros (junta dois relatórios médicos).

Esta doença “... compromete as suas capacidades práticas, nomeadamente a capacidade para reger a sua pessoa e bens”.

*“Não obstante observação e tratamentos médico e medicamentosos contínuos e constantes... a sua recuperação parece que se encontra, por ora, afastada”.*

### **Da Contestação**

Neste articulado diz a requerida:

*“... é falso, conforme vem alegado no n.º 1 da P.I. que a requerida coabite apenas com a requerente”.*

*“... foi acordado entre a requerente e o seu irmão José Manuel Amaral Fabião que a requerida residiria com cada um, alternadamente, durante o período três meses”.*

*“Isto porque a requerida, embora entenda ser capaz de exprimir livremente a sua vontade, sabe que não tem condições de residir sozinha e não pretende, nem mesmo acompanhada, residir na sua casa de morada de família em Queijas, pois devido ao falecimento recente do seu marido, com quem viveu durante longos anos, a hipótese de regresso ao seu anterior lar causa-lhe grande desgosto e angústia”.*

*“Desconhece a requerida... quais os motivos que levaram a sua filha a interpor contra si a presente acção”.*

*“No entanto suspeita que se deve ao facto dos filhos não se terem entendido quanto à partilha de bens, por óbito do Pai, falecido marido da requerida que morreu em 14 de Março de 2008”.*

*“Porém sente a requerida bastante desgosto por sua filha ter entendido ser necessário recorrer à presente acção...”.*

*“Por esse motivo, revoltada com a atitude da requerente, a requerida tem-se recusado a ir para casa da filha... como inicialmente acordado entre os filhos”.*

*“No entanto, não obstante o desentendimento entre os filhos, a requerida sente-se feliz a viver em casa do filho, em quem confia, caso tal se venha a revelar necessário para exercer o cargo de tutor ou curador”.*

Feita esta síntese, vejamos se existe o impedimento invocado, ou, mais propriamente se ocorre o conflito de interesses aludido pela Senhora Dr.<sup>a</sup> (...).

É hoje sabido que o comportamento profissional do advogado deve pautar-se por um conjunto de regras ético-jurídicas.

O art. 76.º, n.º 1 do anterior Estatuto referia que *“o advogado deve, no exercício da profissão e fora dela considerar-se um servi-*

*dor da justiça e do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes”.*

Esta ideia transitou para o art. 83.º do actual Estatuto que impõe ao advogado “*um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidade da função que exerce*”.

É em obediência a este princípio que o art. 76.º, n.º 2 do Estatuto consigna que “*o exercício da advocacia é inconciliável com qualquer cargo, função ou actividade que possam afectar a isenção, independência e a dignidade da profissão*”.

No que à relação com os clientes diz respeito, estabelece o n.º 2 do art. 92.º que “*o advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas*”.

No caso em apreço verificamos que a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) patrocina o Senhor Dr. (...) no processo de inventário em que são, ainda, interessadas sua irmã, a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...), e sua mãe, a Senhora D. (...).

Por sua vez a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) patrocina, também, a Senhora D. (...), em processo de interdição instaurado por sua filha, Senhora Dr.<sup>a</sup> (...).

Numa primeira análise, poder-se-á dizer que a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) não reúne condições para exercer ambos os mandatos com a independência, isenção e distanciamento que sempre têm de presidir ao exercício da profissão de advogado.

Atentemos na hipótese de as posições do Sr. Dr. (...) e da Senhora D. (...), no processo de inventário, serem diferentes e a composição dos quinhões se processar através de licitações.

Porém, do processo não resulta, salvo melhor opinião, que ocorra qualquer conflito de interesses emergente das posições assumidas pelo Senhor Dr. (...) e pela Senhora D. (...).

Antes pelo contrário. Senão vejamos:

No texto do pedido de parecer escreve a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) que “*(r)elativamente ao inventário e partilha, foram encetadas negociações com o Ilustre Colega Dr. (...), que havia tentado a conciliação entre as partes, patrocinando e ouvindo os dois filhos, os referidos Dr.<sup>a</sup> (...) e Dr.(...)*”.



Na contestação da acção de interdição diz a Senhora D. (...) que “... não obstante o desentendimento entre os filhos, a requerida sente-se feliz a viver em casa do filho, em quem confia, caso tal se venha a revelar necessário para exercer o cargo de tutor ou curador”.

Ou seja, se algum conflito existe é entre a Senhora D. (...) e sua filha Senhora Dr.<sup>a</sup> (...).

Estabelece o art. 94.º, n.ºs 1 e 3 do EOA que:

*“O advogado deve recusar patrocínio de uma questão em que já tenha intervindo em qualquer outra qualidade ou seja conexa com outra em que represente ou tenha representado, a parte contrária.*

...

*O advogado não pode aconselhar, representar ou agir por conta de dois ou mais clientes no mesmo assunto ou em assunto conexo, se existir conflito entre os interesses desses clientes”.*

Em parecer aprovado pelo Conselho Geral em 11/05/1966, e que perfilhamos, escreve-se que “*por conexão entende-se uma relação evidente entre várias causas, de modo a que a decisão de uma dependa da decisão de outras, ou que a decisão de todas dependa da subsistência e valorização de certos factos*”.

Acresce que, falar em conflito de interesses entre dois intervenientes processuais é saber se os interesses de um e outro são ou não coincidentes e, sobretudo, saber se a defesa dos interesses de um deles não vem a ser afectada, ainda que de forma involuntária, pela intervenção do advogado e pela defesa dos interesses do outro. Cf. — Parecer do Conselho Geral de 16 de Junho de 2002.

Refere-se, também, em Parecer do Conselho Geral de 01.10.2002, que:

*“O advogado, contudo, pode representar ambos os cônjuges na acção de divórcio por mútuo consentimento, ou vários herdeiros no mesmo inventário. Se, porém, no decorrer do processo surgirem conflitos entre os seus clientes, deve abster-se de patrocinar qualquer deles ou renunciar ao mandato...”.*

Face ao exposto, e por inexistência de conexão ou conflito de interesses entendemos que a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) pode exercer, simultâneamente, os dois mandatos.

Porém, se no decurso dos processos surgirem conflitos de interesses entre os dois mandantes deve a Sr.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> (...) abster-se de os patrocinar ou renunciar ao mandato.

## CONCLUSÕES

A conduta profissional do advogado deve pautar-se por um conjunto de regras ético-jurídicas.

Esta ideia encontra-se plasmada no art. 83.º do EOA que impõe ao advogado “*um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidade da função que exerce*”.

No que se refere à relação com os clientes refere o n.º 2 do art. 92.º do EOA que “*o advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas*”.

No caso em apreço, a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) patrocina o Senhor Dr. (...) em processo de inventário que tem, também, como interessadas sua mãe Senhora D. (...) e sua irmã Senhora Dr.<sup>a</sup> (...).

Ao mesmo tempo patrocina a Senhora D. (...) em processo de interdição que lhe foi instaurado por sua filha Dr.<sup>a</sup> (...).

Do processo não resultam quaisquer factos que permitam concluir pela existência de conflito de pessoas ou de interesses entre o Senhor Dr. (...) e sua mãe.

Também não ocorre conexão entre o processo de inventário e o processo de interdição.

Não se verifica, pois, qualquer das situações previstas nos n.ºs 1 e 3 do art. 94.º do EOA.

Diz-se em Parecer do Conselho Geral aprovado em 01.10.2002 que “*(o) advogado... pode representar... vários herdeiros no mesmo inventário. Se, porém, no decorrer do processo surgirem conflitos entre os seus clientes, deve abster-se de patrocinar qualquer deles ou renunciar ao mandato...*”.

Nada obsta, pois, que a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) patrocine, simultaneamente, o Sr. Dr. (...) no processo de inventário e a Senhora D. (...) no processo de interdição.

Todavia, se no decurso dos processos ocorrer conflito de interesses entre os dois mandantes deve a Senhora Dr.<sup>a</sup> (...) abster-se de os patrocinar ou renunciar mesmo ao mandato.

É este, s.m.o, o nosso parecer.

À próxima reunião do Conselho Geral

Torres Vedras, 13 de Dezembro de 2010



## PROPOSTA DE PARECER

Processo:42/PP/2010-G

*Relator:* Dr. A. Pires de Almeida

### QUESTÃO

Vem a ilustre colega, Sr.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> (...), perguntar “*se é possível anunciar em cartões, placas identificativas, jornais*” que o seu escritório “*vai proceder à feitura de actos notariais*”.

### PARECER

Nos termos do n.º 1 do art. 89.º do E.O.A. “***O advogado pode divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência***” (sublinhado nosso).

Sendo certo que, no n.º 2 da citada norma, se explana o que, a título exemplificativo, se entende por “*informação objectiva*”.

Considerando, ainda, o disposto nos n.ºs 3 e 4 da mesma disposição legal, ficamos com a panóplia, não taxativa, dos “*actos lícitos de publicidade*” e dos “*actos ilícitos de publicidade*”.

Decorre, finalmente, do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Maio, a extensão a advogados do regime dos reconhecimentos de assinaturas e da autenticação e tradução de documentos.

Ora, tendo em conta tais disposições legais do E.O.A. e o que dispõe o referido Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Maio, entendemos não ser permitido aos advogados, logo à ilustre consulente, inserir em cartões, placas identificativas, jornais e/ou, acrescentamos nós, em qualquer outro meio/modo de publicidade, o “anún-

cio” de que o seu escritório vai proceder à feitura de “*actos notariais*”.

Com efeito, a “*extensão de competência*” dos advogados para a prática de actos notariais, anteriormente reservada apenas aos Notários, não implica que aqueles a possam “anunciar”, individual e expressamente.

Na verdade, aquele normativo legal não pretendeu, decerto, nem podia, derrogar e/ou sequer pôr em causa o estatuído no E.O.A., aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, quanto aos deveres dos Advogados, relativamente à informação e publicidade, previstos no aludido art. 89.º do E.O.A..

Pois que, está-se em crer, aquela referência, “*feitura de actos notariais*”, poderia induzir o cidadão comum de que de um Notário se poderia tratar, em violação do estatuído na al. *d*) do n.º 4 do cit. art. 89.º do E.O.A..

Acresce que, e afinal, aquela menção (de feitura de actos notariais) não é, também seguramente, “*área preferencial de actividade*” (Cfr. al. *a*) do n.º 3 do art. 89.º do E.O.A.), nem “*menção a assuntos profissionais que integrem o currículo profissional do advogado*” (Cfr. al. *h*) do n.º 3 do cit. art. 89.º do E.O.A.).

Além de que, e em suma, aquela “*extensão de competência*” a advogado decorre, como se viu, directamente da lei (aludido Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Maio) e, por conseguinte, do cartão, placa identificativa, jornal, que insira a menção de “*Advogado*”, infere-se tal conhecimento (Cfr. art. 12.º do Código Civil).

Cátia Marques Cebola: *“A MEDIAÇÃO PRÉ-JUDICIAL EM PORTUGAL: ANÁLISE DO NOVO REGIME JURÍDICO”* Pág.441

Gonçalo Pousada Teles de Meneses: *“PUNIÇÃO, ISENÇÃO CRIMINAL E DIREITO ECONÓMICO: O ART.º 26.º DO DL N.º 28/84, DE 20 DE JANEIRO E O INSTITUTO DA ISENÇÃO DE PENA NO DOMÍNIO DA DOCTRINA GERAL DA INFRACÇÃO ANTI-ECONÓMICA”* Pág. 461

Clemente V. Galvão: *“CONTEÚDO E INCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS — UM CONTRIBUTO”* Pág. 533

Sónia Reis: *“A VÍTIMA NA MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL”* Pág. 573

Catarina Santos Botelho: *“HAJA UMA NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL”* Pág. 591

João de Oliveira Geraldes: *“FINIS VITAE OU FICTA MORTIS?”* Pág. 625

### **Crónica de Legislação**

Carla Morgado: *“CRÓNICA DE LEGISLAÇÃO I/2010”* Pág. 675

### **Jurisprudência dos Conselhos**

- Parecer n.º 31/2010-CSR: *“Um escritório partilhado por um Advogado e um Técnico Oficial de Contas coloca em grave crise a dignidade e prestígio da profissão, confundindo e confundindo-se as duas actividades — a independência do Advogado e a preservação do segredo profissional”* Pág. 695
- Parecer n.º 196/2010-CS/R: *“Deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência”* Pág. 703
- Parecer n.º 11/PP 2010: *“Impedimento deontológico profissional ao exercício simultâneo de dois mandatos cujos interesses se afiguram antagónicos”* Pág. 715
- Parecer n.º 42/PP 2010: *“A possibilidade de anunciar em cartões, placas identificativas, jornais que o escritório de advogado vai proceder à feitura de actos notariais”* Pág. 723

ISBN 0870-8118



Preço €16