

O DIREITO

Ano 147.º (2015), I

Director

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 147.º (2015), I

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocência Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

Assinatura anual € 70,00 (12,5% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

| | |
|-----------------|---|
| Editorial | 5 |
|-----------------|---|

ARTIGOS DOUTRINAIS

JORGE MIRANDA

| | |
|--|---|
| <i>Os projetos de Constituição apresentados à Assembleia Constituinte em 1975 – Uma comparação retrospectiva</i> | 9 |
|--|---|

CARLA AMADO GOMES

| | |
|--|----|
| <i>With great power comes great responsibility: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente</i> | 33 |
|--|----|

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

| | |
|---|----|
| <i>A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito civil brasileiro do século XX....</i> | 45 |
|---|----|

VASCO FREITAS DA COSTA

| | |
|--|-----|
| <i>Trading in looted art? Problems for Met, Getty and the Others</i> | 111 |
|--|-----|

ROLF MADALENO/BIBIANA BRUM OHIRA

| | |
|--|-----|
| <i>Sociedade entre cônjuges: aplicação do artigo 977 do CC/2002 às sociedades simples ..</i> | 137 |
|--|-----|

HUGO LUZ DOS SANTOS

| | |
|--|-----|
| <i>A reforma do Código de Processo Penal de 2013 e o processo sumaríssimo – Entre a Law and Economics Posneriana (MDR) e a Maximização da Justiça Consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?</i> | 159 |
|--|-----|

JOÃO ILHÃO MOREIRA

| | |
|--|-----|
| <i>O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública</i> | 187 |
|--|-----|

NOTA BREVE

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO

| | |
|--|-----|
| <i>A circulabilidade enquanto característica e função dos títulos de crédito</i> | 207 |
|--|-----|

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO

De volta às reclamações para a conferência: (um)a decisão constitucionalmente adequada 213

RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA

JORGE MIRANDA

O Tribunal Constitucional em 2014 231

Editorial

O ano de 2015 começou em Portugal com uma reforma legislativa de vulto: a publicação do novo Código do Procedimento Administrativo, que representa um significativo avanço na racionalização das práticas jurídicas da Administração e nas garantias dos direitos dos administrados.

Preveem-se também outras medidas legislativas como a respeitante à criminalização do enriquecimento injustificado, mas é de supor que, em ano eleitoral, ou não cheguem a bom termo ou, caso cheguem, não venham a ser concretizadas. De resto, bem mais importantes do que reformas no campo das leis – e tantas se foram fazendo nas últimas décadas, muitas com poucos resultados – são correções nos sistemas de justiça, de saúde e de ensino; o combate à corrupção; a transparência dos sectores financeiros; e a aproximação dos cidadãos da vida política.

2015 vai ser ainda um ano difícil. Para lá da crise económica, financeira e social, dominam os conflitos político-militares na Europa oriental, no Médio-Oriente e na África, sempre com reflexos no Ocidente. Dramas humanitários imensos continuam alastrando. E espalham-se por toda a parte manifestações de nacionalismo exacerbado, de fanatismo e de terrorismo. Onde está o espírito de fraternidade para que apela a Declaração Universal dos Direitos do Homem?

Em contrapartida, no tocante a *O Direito*, 2015 começou da melhor forma: com a homenagem a um dos seus fundadores e seu primeiro diretor (e diretor durante quarenta e seis anos), José Luciano de Castro, promovida, em 28 de fevereiro, pela Câmara Municipal da Anadia, sua terra natal.



ARTIGOS DOUTRINAIS



Os projetos de Constituição apresentados à Assembleia Constituinte em 1975 – Uma comparação retrospectiva

PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA

SUMÁRIO: *I – O procedimento constituinte e os projetos de Constituição. II – O regime político. III – Enquadramento internacional do Estado. IV – Direitos fundamentais. V – A organização económica. VI – Órgãos de soberania e sistema de governo. VII – Açores e Madeira. VIII – Autarquias locais. IX – A fiscalização de constitucionalidade. X – Alterações à Constituição.*

I

O procedimento constituinte e os projetos de Constituição

1. A história constitucional e a comparação mostram variadas formas de trabalho das Assembleias Constituintes.

No caso português, a última Assembleia Constituinte antes de 1975, a de 1911, elegeu, logo que entrou em funções, uma comissão para preparar um projeto de Constituição e para a qual foram remetidos os oito projetos individuais de Deputados e ainda dois vindos de fora da Câmara. Elaborado rapidamente um articulado, a comissão submeteu-o ao plenário da Assembleia, que o discutiu e o alterou em muitos pontos, sobretudo no tocante ao sistema de governo¹.

Na Espanha e no âmbito da transição do franquismo para a democracia, percorrer-se-ia um caminho algo parecido. Foi eleita uma *ponencia* de 9 membros, restrita, mas representativa dos partidos, a qual conseguiu chegar a um consenso, vindo depois o documento a debate e a votação no plenário².

¹ Cf. JORGE MIRANDA, *A Assembleia Constituinte e a Constituição de 1911 – Um relance geral*, in *A Assembleia Constituinte e a Constituição de 1911*, obra coletiva (coord. por Jorge Miranda, Alexandre Pinheiro e Pedro Lomba), 2011, 14 ss.

² Cf. a documentação publicada em *La Constitución española de 1978*, 1978.

No Brasil, a Assembleia Constituinte de 1987-1988, após um debate inicial, funcionou em comissões e subcomissões temáticas, que receberam mais de 120 propostas vindas de cidadãos e de grupos de cidadãos. Foi eleita, de seguida, uma comissão de sistematização, com 97 membros, incumbida de preparar uma síntese; e seria esta que, depois de duas votações no plenário, seria aprovado como Constituição³.

Bem diversamente, entre nós, em 1975 cada um dos seis partidos com Deputados eleitos apresentou o seu projeto de Constituição. Foi, sobre eles, que avançaram os trabalhos, primeiro aquando da sistematização geral definida a partir de uma comissão constituída para o efeito; a seguir, nas comissões decorrentes dessa sistematização; e, depois, em debate em plenário sobre os pareceres das comissões. Tudo seria conglobado e reenquadrado, por último, por uma comissão de redação e seria o texto daí resultante que viria a ter a votação final⁴.

A diferença explica-se pela grande conflitualidade que marcou todo o período constituinte. Em 1911, quase todos os Deputados provinham de um só partido, o Partido Republicano Português; em 1975 havia seis partidos que queriam afirmar a sua identidade. Na Espanha e no Brasil, houve transições constitucionais⁵. Em Portugal, em 1911, uma revolução com um sentido político homogéneo, que transferiu o poder para um Governo provisório civil; e em 1975, uma revolução, que se prolongou através de um chamado processo revolucionário, com interpenetração de militares e dirigentes partidários e com vicissitudes que agravaram grandes clivagens acerca do destino do País.

³ Cf., por exemplo, FERNANDO PERALTO, *A Constituição de 1988: um marco para a história da Nova República Brasileira*, in *Revista de Artes e Humanismo*, n.º 7, novembro-dezembro de 2009.

⁴ Seguiu-se o plano de elaboração da Constituição constante do regimento da Assembleia estabelecido logo em junho de 1975:

1.º) apresentação de projectos de Constituição e de propostas de sistematização do texto constitucional; 2.º) nomeação de comissão que, tendo em vista os projectos e as propostas apresentados, desse parecer sobre a sistematização da Constituição; 3.º) debate na generalidade sobre os projectos e propostas e o parecer da comissão e aprovação pela Assembleia do sistema geral da Constituição; 4.º) nomeação de comissões para elaborar pareceres sobre as diferentes matérias nos prazos determinados pela Assembleia; 5.º) debate, na generalidade e na especialidade, e votação a respeito de cada título ou capítulo da Constituição, com base em todos os projectos e propostas até então apresentados e nos pareceres das respectivas comissões; 6.º) nomeação de comissão encarregada de proceder à harmonização dos títulos ou capítulos da Constituição aprovados e à redacção final do texto; 7.º) aprovação global da Constituição pela Assembleia Constituinte.

⁵ Sobre este fenómeno, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 7.ª ed., 2013, 116 ss.

2. É certo que em 13 de abril fora assinada uma “Plataforma de Acordo Constitucional” entre o Conselho da Revolução (surgido após os acontecimentos de 11 de março), à qual – embora ela não tivesse eficácia jurídica⁶ – os Deputados se consideravam politicamente adstritos. Ela previa:

- Um Presidente da República, eleito por um colégio eleitoral formado pelos Deputados à Assembleia Legislativa e pelos membros da Assembleia do MFA e cujos poderes não tinham autonomia em relação ao Conselho da Revolução a que presidia (D., 2);
- Um Conselho da Revolução, órgão sancionador das principais leis e com competência legislativa direta não apenas em matéria militar mas também em matérias de interesse nacional de resolução urgente, definidor das linhas de orientação programática do Governo e fiscal da constitucionalidade material das normas jurídicas (em vez dos tribunais, como sucedia desde 1911) (D., 3);
- Uma Assembleia Legislativa eleita por sufrágio universal e, precedendo-a, uma Assembleia do Movimento das Forças Armadas sem competência definida (D., 5, e D., 6);
- Um Governo com Ministros da confiança do MFA e Ministros da confiança da Assembleia Legislativa, politicamente responsável perante o Presidente da República e perante a Assembleia Legislativa (D., 4).

Por outro lado, a Constituição deveria consagrar “as conquistas legitimamente obtidas ao longo do processo, bem como os desenvolvimentos do Programa impostos pela dinâmica revolucionária que, aberta e irreversivelmente, empenhou o País na via original para um Socialismo Português” (E., 2). E deveria também consagrar os princípios do Movimento das Forças Armadas (doravante, dito MFA), ao mesmo tempo que se reafirmava o pluralismo político e se apelava para um “projeto comum de reconstrução nacional” “em liberdade” (B.).

No entanto, ficara de fora toda a regulamentação específica das competências e de funcionamento dos órgãos do Estado; nada se dizia acerca de centralização ou descentralização; o elemento doutrinário era relativamente mitigado; e até, por falar em liberdade, ficava aberta toda a matéria dos direitos fundamentais.

3. A ordem de entrada dos projetos de Constituição foi esta: Centro Democrático Social, Movimento Democrático Português – Comissão Democrática Eleitoral, Partido Comunista Português, Partido Popular Democrático, Partido

⁶ *Ibidem*, 128 ss.

Socialista e União Democrática Popular, adiante designados pelas siglas, respetivamente, de CDS, MDP-CDE, PCP, PPD, PS e UDP⁷⁻⁸.

Será por esta ordem de entrada que serão referidos os projetos.

4. Todos os projetos abriam com preâmbulos e compreendiam:

- 148 artigos o projeto do CDS;
- 130 artigos o projeto do MDP-CDE;
- 120 artigos o projeto do PCP;
- 153 artigos, mais 4 de disposições finais e transitórias, o projeto do PPD;
- 130 artigos o projeto do PS;
- 44 artigos o projeto da UDP.

Observe-se que o texto aprovado em 2 de abril de 1976 viria a alcançar 312 artigos, consequência do esforço de compromisso levado a cabo na Assembleia, bem como da resposta a novas questões levantadas nas comissões e no plenário.

5. O projeto do CDS alargava o âmbito da Constituição, ao dizer que Portugal adotava como sua a Declaração Universal dos Direitos do Homem, devendo todos os preceitos constitucionais e legais ser interpretados, integrados e aplicados de harmonia com ela (artigo 11.º, n.º 2)⁹.

6. Os articulados tinham de comum uma parte ou um título de “princípios fundamentais” ou de “disposições gerais” (na linha das Constituições anteriores), definindo a estrutura do Estado e o regime político.

7. E de diferente:

a) A colocação da matéria dos direitos fundamentais antes da matéria da organização económica nos projetos do CDS (título II da parte I, de “princípios

⁷ V. *Diário da Assembleia Constituinte*, suplemento ao n.º 13, de 7 de Julho, 280–(66) ss.; suplemento ao n.º 14, 296–(1) ss.; e, com correção de inexactidões, de novo, *Diário*, suplemento ao n.º 16, de 24 de Julho, 358–(21) ss. O PCP apresentaria mais tarde um novo texto para o seu título II (sob o nome de parte II): v. *Diário*, n.º 70, de 25 de outubro de 1975, 2221 e 2222. E também um aditamento sobre regiões autónomas: *Diário*, n.º 121, pág. 4025.

⁸ Sobre os projetos de Constituição, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *O Antigo Regime e a Revolução*, 1975, 374 ss.; VITAL MOREIRA, *A institucionalização da democracia. A Assembleia Constituinte e a Constituição*, in *Portugal e a transição para a Democracia (1974-1976)*, obra coletiva coord. de Fernando Rosas, 1999, 202 ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, I – *Raízes e Contexto*, 2006, 548 ss.

⁹ O projeto do PPD também se referia à Declaração Universal a propósito do direito de asilo a estrangeiros (artigo 16.º).

fundamentais”), do PS (títulos II e III) ou do PPD (parte I) e, pelo contrário, a prioridade da organização económica nos projetos do MDP-CDE (título III) e do PCP (título III).

b) A antecedência dos direitos, liberdades e garantias em relação aos direitos económicos, sociais e culturais nos projetos do CDS (título II da parte I e parte II), do PS (títulos II e III), do PCP (capítulos II e III do título III), bem como no projeto da UDP; não já no projeto do MDP-CDE (onde não se distinguiam as categorias de direitos em divisões sistemáticas).

c) O confinar-se o projeto do CDS aos órgãos de soberania (parte III), ao passo que o projeto do MDP-CDE versava também sobre Administração local e poder popular (capítulo V), o do PCP sobre Administração local e regional (capítulo VIII da parte IV), o do PS sobre Madeira e Açores e sobre comunidades locais (títulos VI e VII) e o do PPD sobre Administração pública (título VII da parte III).

d) O tratamento das Forças Armadas em princípios fundamentais no projeto do CDS (título IV da parte I), dentro da organização do Estado nos projetos do PCP (capítulo XII do título IV) e do PPD (título VII da parte III); e a sua ausência nos projetos do MDP-CDE e do PS.

e) A autonomização de uma parte (a IV) sobre defesa e revisão da Constituição no projeto do CDS.

f) Como singularidade ainda dos projetos: um título sobre partidos políticos e outros grupos sociais no projeto do CDS (título IV da parte I); títulos sobre competência e processo legislativo e sobre eleições e sistema eleitoral no projeto do PCP (capítulos IX e X do título IV da parte IV), um título sobre sistema tributário no projeto do PPD (título V da parte II), um capítulo sobre legalidade e justiça democrática no projeto do PCP (capítulo VI) e uma divisão sobre política externa no projeto da UDP (n.º 5).

8. Epígrafes nos artigos nos projetos do CDS, do PCP e da UDP, não nos outros.

9. Abundância de normas programáticas, crescentemente do projeto do CDS para os outros.

10. Melhor elaboração técnico-jurídica nos projetos do PCP e do PPD, menos boa nos projetos do CDS e do PS e carácter essencialmente proclamatório nos projetos do MDP-CDE e da UDP.

II

O regime político

11. Os projetos de Constituição preocupavam-se, logo no início, com definir o regime político, quer dizer, a conceção de poder político e de sociedade e das suas relações que preconizavam para Portugal¹⁰.

Assim, no projeto do CDS, sob a epígrafe de *democracia personalista* lia-se no artigo 1.º: “Portugal constitui um Estado democrático, fundado na soberania popular, na liberdade individual, na solidariedade social e no pluralismo político, e orientado pelo respeito da dignidade do Homem na via original para um socialismo português”.

No projeto do MDP-CDE, no artigo 1.º: “O Estado Português é uma República Democrática que, baseando-se nas grandes camadas da população historicamente oprimidas, promove, pela aliança revolucionária do povo com as suas forças armadas, a instauração de uma sociedade socialista”. E no artigo 2.º, n.º 1: “A República Democrática Portuguesa é o Estado que, exprimindo e assegurando a histórica conquista da liberdade e seu desenvolvimento em Portugal, facilita e reforça a organização popular, base da expansão democrática portuguesa e do seu avanço para o socialismo”¹¹.

No projeto do PCP: “O Estado Português é um Estado democrático revolucionário, que tem por objetivo, num curto prazo histórico, eliminar o poder dos monopólios e latifundiários e abrir caminho à transição para o socialismo”. E no artigo 3.º: “O regime político, económico e social caracteriza-se pela garantia e exercício das mais amplas liberdades democráticas e pela realização revolucionária de profundas transformações económicas e sociais de transição para o socialismo, a qual abolirá para sempre a exploração do homem pelo homem e instaurará um tipo superior de democracia”.

No projeto do PS, o artigo 1.º: “Portugal é uma República soberana, em transição, por via pluralista e no respeito da vontade popular, para o socialismo, entendido este como o poder democrático dos trabalhadores, com vista à instauração de uma democracia socialista sem classes”.

No projeto do PPD, o artigo 1.º, n.º 1: “Portugal é uma República independente e democrática, que se baseia na dignidade da pessoa humana, na solidariedade e no trabalho para construir uma sociedade socialista”. E o artigo 1.º, n.º 4: “A República é um Estado de Direito, organizado segundo o princípio da separação e

¹⁰ Sobre o conceito, cf. *Manual ...*, III, 6.ª ed., 2010, pág. 278.

¹¹ Note-se que, em vez de *República Portuguesa*, o Estado passaria a ser *República Democrática Portuguesa*, sem dúvida tendo como modelo a República Democrática Alemã (a Alemanha oriental entre 1949 e 1990).

interdependência dos Órgãos de Soberania e com directa subordinação de todos eles à Constituição ...”.

E no projeto da UDP, o artigo 2.º: “A República Portuguesa é um Estado democrático que assegura as mais amplas liberdades para o povo. O motor fundamental do avanço da luta revolucionária é a *aliança operário-camponesa*, que é a base da vasta corrente popular revolucionária das massas trabalhadoras, sob a direcção da classe operária”.

12. Todos os textos continham preâmbulos, em que, além de referências à revolução de 25 de Abril, se encontravam passos elucidativos das ideias de Direito subjacentes e, portanto, dos regimes políticos preconizados.

Assim, no preâmbulo do projeto do CDS: “... A Revolução, para ser autenticamente libertadora, visou igualmente a supressão das desigualdades ... Assim é que a Revolução veio afirmar também os princípios de democracia económica e social, *numa via para o socialismo português que, na sua precisa reivindicação de originalidade, supera e rejeita, a um tempo, os capitalismo individualistas e os socialismos totalitários* ... O respeito pela personalidade nacional portuguesa exige que o caminho para a sociedade sem classes seja iluminado pelos valores do *humanismo cristão*”.

No preâmbulo do projeto do MDP-CDE: “... O empenhamento unitário e profundo do povo português, em íntima e vigorosa união com o libertador Movimento das Forças Armadas e no apoio permanente à sua *dinâmica revolucionária*, é a garantia das conquistas que hão-de conduzir os Portugueses a uma sociedade nova, livre, de paz, em que não haja exploradores, nem explorados, em que se combata a ignorância, em que desapareça a fome e em que se apague a vergonha da dominação estrangeira”.

No preâmbulo do projeto do PCP: “... Esta é uma *Constituição transitória* ao serviço de uma aliança duradoura – do povo com as forças armadas – e de um objetivo histórico: a construção, em Portugal, de uma sociedade socialista sem classes antagónicas, baseada na coletivização dos meios de produção e que abolirá, para sempre, da Pátria Portuguesa a exploração do homem pelo homem ... Esta é a Constituição que garante as liberdades e as conquistas revolucionárias alcançadas, aponta as profundas transformações económicas e sociais a realizar na transição para o socialismo, consagra a *aliança entre o Movimento das Forças Armadas e o movimento popular de massas*, abre caminho à dinâmica do processo revolucionário e à iniciativa dos órgãos revolucionários e do povo ...”.

No preâmbulo do projeto do PS: “A ação empreendida pelo Movimento das Forças Armadas representa uma viragem histórica e o início de um processo revolucionário da transformação da sociedade portuguesa ... As eleições para a Assembleia Constituinte ... foram a expressão da *vontade popular, fonte suprema do Poder*. Os resultados dessas eleições definiram como objetivos finais a atingir

pelo processo revolucionário em curso: ... A construção por via pluralista e no respeito da vontade popular, do socialismo entendido este como poder democrático dos trabalhadores, no quadro da coletivização progressiva dos meios de produção e de um regime de *democracia política*, com vista à instauração de uma sociedade sem classes ...”.

No preâmbulo do projeto do PPD: “A Assembleia Constituinte ... Proclama a identificação dos objetivos desta Revolução com os mais profundos anseios de *liberdade política*, de igualdade, de justiça e de progresso social por que se bateram ao longo de décadas tantos portugueses das mais diversas formações e ideologias ... Afirma a vontade do povo português de construir uma sociedade mais justa, mais livre, mais fraterna, da qual sejam abolidas todas as formas de opressão, de exploração e de privilégios, correspondentes aos ideais do *socialismo personalista* ...”.

E no projeto da UDP: “... O desenvolvimento do processo em Portugal e a experiência histórica mostram-nos que a força motora das transformações revolucionárias é a classe operária. Só a classe operária encabeçada com amplo movimento de massas populares, tendo por base a *aliança dos operários com os camponeses*, pode assegurar o avanço nas conquistas revolucionárias do povo ...”.

13. De notar que:

- a) A referência a dignidade da pessoa humana aparecia nos projetos do CDS (artigo 1.º) e do PPD (artigo 1.º, n.º 1), não nos outros projetos;
- b) A referência a Estado de Direito apenas aparecia no projeto do PPD (artigo 1.º, n.º 4);
- c) O pluralismo político vinha declarado nos projetos do CDS (artigos 1.º e 56.º, n.º 1), do PPD (artigo 1.º, n.º 5) e do PS (artigo 1.º), não nos outros projetos.

14. Relevante ainda para se apreender o perfil do regime político visado era o regime dos direitos e liberdades fundamentais ou dos direitos, liberdades e garantias.

O projeto do PCP recortava-o nos artigos 28.º e 29.º, dizendo, por um lado, que “salvo o disposto nesta Constituição, a lei que regular o exercício de direitos ou liberdades fundamentais não pode estabelecer outros limites senão os necessários para garantir outros direitos ou liberdades, nem pode fazê-lo depender do poder discricionário de uma autoridade” (artigo 29.º, n.º 1), mas, por outro lado, que “os direitos e liberdades fundamentais não podem ser exercidos contra o regime democrático, contra a unidade e independência nacionais, contra o processo revolucionário ou para impedir a transição para o socialismo” (artigo 29.º, n.º 2).

No título I da parte I do projeto do PPD, de “princípios gerais” de direitos e deveres fundamentais da pessoa, afirmavam-se a aplicabilidade direta das disposições respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, a sua vinculatividade para

as entidades públicas e privadas e o sentido restritivo das restrições (artigo 10.º, n.ºs 1, 2 e 3). Assim como se preceitua que cada pessoa devia exercer sempre esses direitos “*sem ofensa dos direitos de outras pessoas, nem lesão da ordem constitucional democrática ou dos princípios da moral*” (artigo 12.º).

Não havia elaboração semelhante nos demais projetos, mas nos projetos do MDP-CDE e da UDP encontram-se normas com implicações decisivas na matéria.

No projeto do MDP-CDE: “Os *direitos e liberdades consagrados na Constituição*, bem como aqueles que constem de outras leis não podem ser exercidos ou invocados com o fim de permitirem atuações contra-revolucionárias que visem combater a ordem democrática instaurada em 25 de Abril ou *dificultar a construção da sociedade socialista*” (artigo 19.º, n.º 3).

No projeto da UDP: “A República Portuguesa garante a total liberdade de o povo se organizar e lutar pelo esmagamento das forças fascistas, reacionárias, imperialistas, monopolistas e latifundiárias” (artigo 5.º), sendo privados dos direitos políticos “*todos os inimigos irredutíveis do povo*” (artigo 23.º).

15. Os Portugueses sabiam bem em 1975 quais os modelos político-sociais dos partidos presentes na Assembleia Constituinte:

- Os modelos da Europa Ocidental, com mais ou menos variações, para o PS, o PPD e o CDS;
- O modelo da Europa Centro-Oriental para o MDP-CDE e o PCP;
- O modelo da Albânia de então ou da China Popular, para a UDP.

Sabiam bem e escolheram no segundo 25 de abril.

E uma leitura objetiva e sistemática dos projetos de Constituição confirma-o com toda a nitidez:

- Nos projetos do PS, do PPD e do CDS, pelo cuidado posto na salvaguarda dos direitos e liberdades e no pluralismo e no apelo à vontade ou à soberania popular¹²;
- Nos projetos do MDP-CDE e do PCP pela ênfase posta na democracia revolucionária ou no processo revolucionário e pela funcionalização dos direitos e liberdades a esse processo e à transição para o socialismo;

¹² É a esta luz que deve ser entendido o “poder democrático dos trabalhadores” do projeto do PS. Cf. JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*, 1978, 519 ss. Quanto a não deverem os direitos, liberdades e garantias lesar a ordem constitucional democrática, segundo o projeto do PPD, isso é bem diverso de se estabelecer que eles não podem ser exercidos, conforme o projeto do PCP, para impedir a transição para o socialismo.

- No projeto da UDP, todo ele meramente proclamatório, pelo papel dirigente atribuído à classe operária e pelo combate aos inimigos da “liberdade do povo”.

Bastaria esta divergência radical para que se pudesse entender como não era o mesmo o socialismo a que, por força do ambiente político dominante ou para cumprimento da Plataforma de Acordo Constitucional, aludiam todos os seis projetos¹³.

Menor significado têm as menções feitas ao Movimento das Forças Armadas.

III

Enquadramento internacional do Estado

16. Todos os projetos de Constituição procuravam situar o Estado Português no contexto internacional, naturalmente de harmonia com as suas premissas próprias. Uma primeira contraposição entremostrava-se a respeito da afirmação da soberania:

- Os projetos do CDS (artigo 7.º), do PS (artigo 1.º) e do PPD (artigo 1.º) limitavam-se a declarar Portugal uma *República independente* ou uma *República soberana*;
- Os projetos do MDP-CDE (artigo 5.º, n.º 1), do PCP (artigo 11.º) e da UDP (artigo 10.º) iam mais longe e, em termos perentórios, falavam em *defesa da independência nacional* ou em *política de independência nacional*.

17. Uma segunda contraposição contendia com objetivos específicos:

- No projeto do CDS (artigo 7.º, n.º 2), a integração de Portugal como membro de pleno direito na Comunidade Económica Europeia;

¹³ Cf. a apreciação dos projetos de Constituição feita por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, 374 ss. E sobre a diferença entre o do PS e o do PSD (pág. 378): “Os dois projectos divergiam, mais do que nas soluções políticas a que chegavam, nos fundamentos filosóficos e ideológicos de que partiam: o PS era o herdeiro da tradição republicana e laica da 1.ª República, modernizada pelo socialismo francês, ao passo que o PPD era o herdeiro da tradição humanista do catolicismo social, modernizada pela social-democracia alemã. Por esta razão, se os projectos do PS e do PPD se aproximavam no plano da democracia política, económica e social, já divergiam bastante em matérias como a educação (ensino público *versus* ensino particular), as relações do Estado com a Igreja Católica (separação rigorosa *versus* cooperação amigável), ou a concepção da família (legitimação plena das uniões de facto *versus* valorização do casamento).”

- No projeto do MDP-CDE [artigo 1.º, alíneas a), 1.ª parte, e c)], um lugar preferencial, nas relações exteriores, aos novos Estados resultantes do processo de descolonização iniciado com a revolução de 25 de Abril de 1974;
- No projeto do PCP (artigos 9.º, n.º 1 e 10.º), uma política de paz e amizade com todos os povos, uma política anticolonialista e relações de cooperação com os Estados recentemente libertados do colonialismo;
- No projeto do PS (artigo 7.º, n.º 1), a oposição a todas as formas de imperialismo e de agressão e à política dos blocos;
- No projeto da UDP (artigo 7.º), a destruição total dos arsenais atômicos, a realizar sob o controlo de todos os Estados, grandes e pequenos, poderosos ou fracos.

18. Entretanto, todos os projetos, salvo o do PPD, reiteravam os grandes princípios de Direito internacional: projetos do CDS (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4), do MDP-CDE (artigo 5.º, n.º 1, 2.ª parte), do PCP (artigo 9.º, n.º 2), do PS (artigo 7.º, n.º 3) e da UDP (artigo 6.º, 2.ª parte).

19. A relevância do Direito internacional na ordem interna estava expressa:

- No projeto do CDS (artigo 8.º): “1. As regras gerais de direito internacional comum fazem parte integrante da ordem jurídica portuguesa. – 2. As normas constantes de tratados ou acordos internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna a partir do momento da sua publicação no *Diário do Governo*”;
- No projeto do PCP (artigo 107.º)¹⁴: “1. As normas convencionais de direito internacional vigoram na ordem interna desde que constem de tratado ou qualquer outro ato aprovado pelo Conselho da Revolução, pela Câmara dos Deputados ou pelo Governo e cujo texto haja sido devidamente publicado. – 2. As normas de direito internacional universalmente reconhecidas, nomeadamente as que servem a paz e a cooperação pacífica entre os povos, e as normas geralmente reconhecidas relativas aos crimes de guerra, contra a paz e contra a Humanidade são imediatamente aplicadas no direito interno português, vinculando o Estado e os cidadãos”;
- No projeto do PS (artigo 7.º, n.º 3): “A República Portuguesa aceita, em reciprocidade com os outros Estados, os princípios de direito internacional necessários à criação de uma ordem jurídica coletiva capaz de assegurar a paz e a justiça entre as nações”. E ainda (artigo 8.º): “A soberania da República Portuguesa só sofre, na ordem interna, as limitações derivadas dos tratados e convenções internacionais válida e livremente celebrados”.

¹⁴ Em capítulo sobre a formação das leis.

20. Uma singularidade do projeto do CDS: a reivindicação de um mar territorial até 200 milhas (artigo 5.º, n.º 2).

IV

Direitos fundamentais

21. No tocante aos direitos fundamentais¹⁵ já se referiram as diferentes categorias configuradas pelos projetos e o modo como encaravam os limites ao seu exercício, bem como a receção formal proposta num dos projetos.

Muitos outros pontos havia, porém, a considerar.

22. Quanto à enumeração dos direitos, o projeto do CDS fazia-a em dois únicos, longos, artigos (13.º e 14.º) a respeito dos direitos, liberdades e garantias, e dispersamente noutros (artigos 32.º, 37.º, 45.º, 56.º e 57.º); mas dos artigos sobre a vida social e cultural (artigos 46.º a 57.º) depreendia-se um conjunto de direitos sociais. Já os demais projetos distribuíam os direitos por preceitos autónomos.

Maior rigor nas formulações no projeto do PPD, menor nos outros projetos.

23. Quanto à abertura da jusfundamentalidade a direitos fora da Constituição, previam-no os projetos do PCP (artigo 24.º) e do PPD (artigo 14.º).

24. Quanto ao regime:

- Previsão de regime geral em preceitos avulsos no projeto do CDS (artigos 13.º, n.ºs 29 a 31 e 34, 14.º, 15.º e 16.º); e em divisões específicas nos projetos do PCP (artigos 24.º a 29.º) e do PPD (artigos 9.º a 15.º);
- Reconhecimento de direitos aos portugueses no estrangeiro, nos projetos do MDP-CDE (artigo 52.º), do PCP (artigo 27.º) e do PS (artigo 27.º);
- Reconhecimento de direitos aos estrangeiros em Portugal, nos projetos do CDS (artigo 14.º, n.º 1) e do PPD (artigo 9.º, n.º 2);
- Reconhecimento de direitos às pessoas coletivas, nos projetos do CDS (artigo 14.º, n.º 2), do PCP (artigo 28.º, n.º 2) e do PPD (artigo 9.º, n.º 3);
- Princípio da igualdade, nos projetos do CDS (artigo 13.º, n.º 1), do MDP-CDE (artigo 20.º), do PCP (artigo 25.º), do PS (artigo 9.º), do PPD (artigo 15.º) e da UDP (artigo 16.º); com acentuação da igualdade de direitos da mulher, nos projetos do MDP-CDE (artigo 22.º), do PCP (artigo 26.º) e da UDP (artigo 18.º);

¹⁵ Cf. a comparação de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, op. cit., I, 548 ss.

- Aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias no projeto do PPD (artigo 10.º, n.º 1);
- Vinculação das entidades privadas nos projetos do CDS (artigo 15.º, n.º 3) e do PPD (artigo 10.º, n.º 1);
- Carácter restritivo das restrições nos projetos do CDS (artigo 15.º, n.º 1), do PCP (artigo 29.º, n.º 1) e do PPD (artigo 10.º, n.ºs 2 e 3);
- Regime de suspensão dos direitos no projeto do PPD (artigo 11.º);
- Tutela jurisdicional, nos projetos do CDS (artigo 13.º, n.º 29), do PPD (artigo 13.º, n.º 1) e, de certo modo, no do PCP (artigo 59.º, n.º 3);
- Tutela através de um Provedor de Justiça, no projeto do PPD, sob o nome de Comissário Parlamentar dos Interesses dos Cidadãos (artigo 114.º, n.ºs 1 e 2), ou de dois, no projeto do PS, um no âmbito da Administração civil e outro no da Administração militar (artigo 29.º).

25. Quanto à autonomização de direitos de certos sujeitos:

- Direitos dos trabalhadores, nos projetos do CDS (artigos 12.º, n.ºs 17, 18 e 19, 44.º e 45.º), do MDP-CDE (artigos 40.º a 43.º), do PCP (artigos 36.º, 37.º, 38.º e 42.º), do PS (artigos 30.º, n.º 2 e 31.º a 35.º), do PPD (artigos 31.º, 53.º e 54.º) e da UDP (artigos 28.º a 30.º);
- Direitos das confissões religiosas, no projeto do PPD (artigo 20.º, n.º 5);
- Direitos dos grupos sociais em geral, no projeto do CDS (artigo 28.º);
- Direitos dos partidos, no projeto do CDS (artigo 24.º);
- Direitos das organizações populares, no projeto da UDP (artigo 26.º).

26. Os direitos enunciados em especial seguiam, de perto, os presentes nas Constituições europeias subsequentes a 1945, com maior relevo uns da Constituição italiana e noutros de Constituições de países da Europa centro-oriental.

27. Domínio extremamente sensível, até por causa da situação que se vivia em 1975, era o da liberdade de expressão e da comunicação social e bem claro era aí o contraste entre os projetos:

- Princípios de liberdade e estabelecimento de garantias, nos projetos do CDS (artigos 12.º, n.º 5 e 22.º e 56.º), do PS (artigo 23.º) e do PPD (artigos 21.º a 24.º);
- Fortes restrições, no projeto do MDP-CDE (artigo 44.º, n.º 2): “O direito de livre expressão do pensamento não pode, em caso algum, ser invocado para permitir a divulgação de ideias fascistas, colonialistas ou de qualquer modo antidemocráticas e contrárias ao processo revolucionário que conduzirá o País ao socialismo”. E ainda (artigo 45.º, n.º 1): “Para o efetivo

exercício deste direito, o Estado tomará as medidas necessárias a impedir os grupos de pressão contra-revolucionários de manipularem e desvirtuarem os meios de comunicação social”;

- E também no projeto do PCP (artigo 49.º, n.º 4): “É proibido e considerado como crime a utilização da liberdade de informação e dos órgãos de meios de comunicação social para a realização de ações contra-revolucionárias, bem como para apologia do fascismo, do colonialismo e do racismo ou para propaganda belicista, devendo a lei prever sanções adequadas à sua gravidade”.

28. Outro contraste básico:

- Afirmação da liberdade sindical nos projetos do CDS (artigo 12.º, n.º 18), do PS (artigo 31.º) e do PPD (artigo 31.º);
- Afirmação da unicidade nos projetos do MDP-CDE (artigo 40.º, n.º 1), do PCP (artigo 36.º, n.º 3) e da UDP (artigo 30.º).

29. Encontravam-se, outrossim, notas singularizadoras significativas:

- Proibição da pena de morte, nos projetos do CDS (artigo 13.º, n.º 5), do PCP (artigo 30.º, n.º 2), do PS (artigo 11.º, n.º 2) e do PPD (artigo 17.º, n.º 1, 2.ª parte);
- Princípio da não retroatividade das leis, ressalvadas as leis interpretativas e as mais favoráveis aos cidadãos, no projeto do CDS (artigo 13.º, n.º 2);
- Proibição de privação de cidadania portuguesa por motivos de ordem política ou em consequência da aplicação de sanções, no projeto do CDS (artigo 13.º, n.º 6);
- Direito de celebração de casamento por forma religiosa ou civil, com respeito pela religião e pelas convicções dos nubentes, no projeto do PPD (artigo 26.º, n.º 2);
- Garantia dos cidadãos perante a utilização da informática, no projeto do PS (artigo 17.º);
- Direito de não pagar impostos que não tivessem sido estabelecidos de harmonia com a Constituição, no projeto do CDS (artigo 13.º, n.º 3) e princípio de legalidade de quaisquer prestações pessoais ou patrimoniais em favor de entes públicos, no projeto do PPD (artigo 33.º, n.º 1);
- Direito de cogestão dos trabalhadores nas empresas, no projeto do PPD (artigo 53.º, n.ºs 2 e 3);
- Direito de asilo a estrangeiros, nos projetos do MDP-CDE (artigo 5.º, n.º 2), do PCP (artigo 58.º), do PS (artigo 28.º) e do PPD (artigo 16.º).

30. Previam a criação de um serviço nacional de saúde, os projetos do CDS (artigo 48.º, n.º 2), do MDP-CDE (artigo 27.º, n.º 2) e do PS (artigo 40.º, n.ºs 2 e 3).

31. Referiam-se à proteção do meio ambiente, com maior ou menor desenvolvimento, os projetos do CDS (artigo 51.º, n.º 2), do PCP (artigo 40.º, n.º 4), do PS (artigo 41.º, n.º 3) e do PPD [artigo 49.º, n.º 2, alíneas c) e d)].

32. Finalmente, falavam em deveres em rubricas de partes ou de títulos dos seus textos os projetos do PCP (artigo 24.º), do PS (artigos 30.º e segs.) e do PPD (artigos 9.º e segs.).

Havia um princípio de um dever geral no projeto do MDP-CDE (artigo 29.º, n.º 2): “Todos os cidadãos têm o dever de contribuir, pela sua atividade, para a edificação da sociedade democrática e socialista” (artigo 19.º, n.º 2, atrás citado). E no projeto do PCP, uma cláusula aberta (artigo 24.º, 2.ª parte): “Os deveres enunciados na Constituição não excluem quaisquer outros previstos na lei ou que venham a criar-se no decurso do processo revolucionário”. Estas normas eram congruentes com as normas restritivas de direitos fundamentais consignadas nos projetos destes dois partidos.

V

A organização económica

33. Em todos os projetos de Constituição, menos no da UDP, havia uma divisão específica densificadora de *princípios fundamentais* ou *gerais*:

- No projeto do CDS, no título I da parte II (*Bases económicas e sociais*), após a parte I, sobre princípios fundamentais;
- No projeto do PCP, no título II (*Organização económica*), após o título I, de princípios fundamentais;
- No projeto do PS, no título IV (*Da organização económica*), após os três títulos de princípios gerais e sobre as duas classes de direitos fundamentais;
- No projeto do PPD, na parte II (*Da organização económica e social*), após parte I, dedicada aos direitos fundamentais.

34. Os projetos do CDS, do PS e do PPD procuravam precisar os sistemas económicos almejados:

- No projeto do CDS (artigo 36.º): “Portugal adota como sistema económico o de *economia social de mercado*, baseado na liberdade de iniciativa, no acesso dos trabalhadores à propriedade privada e na socialização dos meios

- de produção que, nos termos da Constituição e da lei, devam ser submetidos ao regime de propriedade coletiva ou de gestão pública”;
- No projeto do PS (artigo 42.º): “A organização económico-social da República Portuguesa assenta no *desenvolvimento das relações de produção socialistas*, mediante a progressiva apropriação pela coletividade dos meios de produção e o exercício do poder democrático dos trabalhadores”;
 - No projeto do PPD (artigo 64.º): “1. A organização socioeconómica da República Portuguesa visa a construção do socialismo, com eliminação da exploração do homem pelo homem e com abolição das classes privilegiadas, mediante a *livre associação do trabalho* com os meios de produção estaduais, sociais ou privados. – 2. A organização socioeconómica, dentro do processo de *construção democrática do socialismo*, obedecerá sempre à vontade expressa do povo português, subordinando a atividade económica ao poder político democrático e respeitando os direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana”.

A economia social de mercado do CDS dificilmente seria compatível com a ideia de socialismo. Já os projetos do PPD e do PS tinham de comum o carácter reformista e a referência à democracia.

Nos projetos do MDP-CDE, do PCP e da UDP, de índole revolucionária, não se sentia necessidade de definições, porque o sistema económico em cada um deles resultava do processo revolucionário e de normas bem orientadas, desde logo, para a realização do socialismo.

35. Versavam sobre a socialização dos meios de produção, sob diversas formas e com diferente alcance, todos os projetos de Constituição: do CDS (artigos 39.º, 40.º e 41.º, do MDP-CDE (artigo 11.º), do PCP (artigo 12.º), do PPD (artigos 65.º e 67.º), do PS (artigos 37.º e 43.º) e, de certo modo, da UDP (artigo 28.º).

No projeto do CDS indicavam-se os *tipos* de meios de produção a socializar (artigo 39.º, n.º 1), acrescentando-se (artigo 39.º, n.º 2), no entanto, que “Para além do disposto no número anterior, o Estado só podia assumir a gestão de empresas privadas quando estas se mostrem incapazes de prover à sua própria sustentação e apenas pelo tempo e nos termos indispensáveis à sua devolução ao regime de gestão privada.

No projeto do MDP-CDE, depois de se preceituar a progressiva integração na propriedade dos Estado dos sectores básicos da economia (artigo 11.º, n.º 1), impunha-se a nacionalização de qualquer sector económico ou empresa sempre que o interesse social o justificasse, cabendo ao Estado definir, em cada caso, se existia ou não indemnização e qual o seu montante, nunca podendo ter direito a ela os monopolistas, os latifundiários e os sabotadores da economia nacional (artigo 11.º, n.º 2).

No projeto do PCP, dizia-se (artigo 13.º, n.º 1, já citado) que a economia estava sob *contrôle* do Estado democrático revolucionário, que a lei determinava os sectores reservados ao Estado e aqueles em que teria lugar a iniciativa privada (artigo 13.º, n.º 2), que seriam nacionalizadas todas as empresas e grupos monopolistas, sendo proibida a criação de novos monopólios ou de acordos monopolistas (artigo 13.º, n.º 3) e que a lei podia determinar que a expropriação dos latifúndios e dos grandes proprietários não desse lugar a qualquer indemnização (artigo 22.º, n.º 2).

No projeto do PS (artigo 37.º): “Nas empresas nacionalizadas deverá proceder-se à sua socialização, através de uma progressiva participação e intervenção na gestão dos órgãos eleitos em plenários de trabalhadores”.

No projeto do PPD (artigo 65.º): “O *controle* democrático da atividade económica exercer-se-á através do Estado e de participação dos trabalhadores nos vários níveis de decisão da atividade económica, particularmente nas unidades de produção”.

No projeto da UDP (artigo 28.º): “Na República Portuguesa a classe operária e camponesa e todos os trabalhadores têm direito de exercer vigilância e controlo nas respetivas empresas, fábricas, estabelecimentos e campo para a defesa dos seus interesses de classe”.

36. Em conexão com esses preceitos:

- No concernente à propriedade privada, sua consagração nos projetos do CDS (artigos 36.º e 38.º), do PS (artigo 36.º) e do PPD (artigo 55.º), e sua admissibilidade com fortes restrições nos projetos do MDP-CDE (artigos 17.º e 18.º) e do PCP (artigo 45.º);
- No concernente à iniciativa económica privada, referência expressa nos projetos do CDS (artigo 37.º), afirmando um princípio de liberdade; do PPD (artigo 69.º), afirmando também esse princípio nos quadros definidos pela Constituição, pela lei e pelo plano; e do PCP (artigo 13.º), colocando-a sob controlo do Estado democrático revolucionário;
- No concernente às cooperativas, previsão do seu apoio nos projetos do MDP-CDE (artigo 15.º), do PCP (artigo 20.º), do PS (artigo 46.º) e do PPD (artigo 68.º);
- No concernente aos sectores de propriedade de meios de produção, previsão de três sectores – público, privado e cooperativo (por esta ordem ou por outra) – e com dimensão variada em cada um, nos projetos do CDS (artigo 39.º), do MDP-CDE (artigo 7.º), do PCP (artigo 12.º), do PS (artigo 45.º) e, implicitamente, no do PPD (artigos 64.º e segs.);
- No concernente às nacionalizações e expropriações efetuadas após 25 de abril de 1974, sua irreversibilidade, nos projetos do PS (artigo 44.º) e do PPD (artigos 67.º e segs.);

- No concernente ao planeamento, projetos do MDP-CDE (artigo 8.º), do PCP (artigo 14.º), do PPD (artigos 71.º a 75.º).

37. Quatro projetos ocupavam-se da reforma agrária: os do PCP (artigo 16.º), do PPD (artigo 70.º), do PS (artigos 55.º a 58.º) e da UDP (artigo 31.º).

VI

Órgãos de soberania e sistema de governo

38. A Plataforma de Acordo Constitucional de 13 de abril de 1975 dava proeminência ao Conselho da Revolução entre os órgãos de soberania, ao ponto de poder definir-se o sistema de governo nela configurado como um sistema de governo diretorial militar¹⁶.

Os projetos dos partidos estavam politicamente – não juridicamente¹⁷ – a ela sujeitos e, por isso, tinham de prever não só o Conselho mas também a Assembleia do Movimento das Forças Armadas e admitir a eleição indireta do Presidente da República por um colégio formado pelos membros desta Assembleia e da Assembleia Legislativa.

Ainda assim, os projetos do CDS, do PS e do PPD procuravam alargar, tanto quanto possível, o papel da Assembleia Legislativa, o único órgão baseado no sufrágio universal e direto.

39. Para além disso, os projetos de Constituição apresentados tinham de comum:

- Não exclusividade e, porventura, nem sequer primado de competência legislativa da Assembleia Legislativa, devido aos poderes próprios do Conselho da Revolução e do Governo – projetos do CDS (artigos 78.º, n.º 7, 88.º, 89.º e 113.º, n.ºs 2 e 3); do MDP-CDE [artigos 66.º, alíneas *c*) e *d*), 76.º, alínea *a*) e 97.º]; do PCP [artigos 73.º, alínea *c*), 86.º, alínea *a*) e 89.º, alínea *e*]; do PS [artigos 72.º, alíneas *c*) e *d*), 76.º, n.º 1, alínea *a*) e 89.º, alínea *a*)] e do PPD (artigos 92.º, n.º 3, 108.º, 109.º, 110.º e 125.º, n.º 3);
- Representação proporcional como sistema eleitoral para a Assembleia Legislativa – projetos do PCP (artigo 113.º), do PS (artigo 80.º, n.º 4, aqui incorporando o método da média mais alta de Hondt) e do PPD (artigo 100.º);

¹⁶ Cf. a resposta ao *Jornal Novo* de 22 de abril de 1975, sobre *A Constituição que temos*, reproduzida em *Constituição e Democracia*, 1976, 95 ss.

¹⁷ Como já se disse *supra*.

- Responsabilidade política do Governo tanto perante o Presidente da República como perante a Assembleia Legislativa – projetos do CDS (artigo 108.º), do MDP-CDE (artigo 89.º), do PCP (artigo 91.º, n.º 1), do PS (artigo 78.º) e do PPD (artigo 124.º).

40. Eram diferenças quanto à duração do mandato do Presidente da República:

- Mandato do primeiro Presidente da República até à entrada em funções do Presidente eleito de harmonia com a Constituição revista – projeto do CDS (artigo 63.º);
- Cinco anos – projetos do MDP-CDE (artigo 57.º), do PCP (artigo 66.º) e do PS (artigo 63.º, n.º 1);
- Três anos – projeto do PPD (artigo 88.º, n.º 1).

41. Diferenças quanto ao nome da Assembleia Legislativa:

- Assembleia Legislativa nos projetos do CDS (artigos 80.º e segs.) e do MDP-CDE (artigos 69.º e segs.);
- Câmara dos Deputados nos projetos do PCP (artigos 78.º e segs.) e do PPD (artigos 99.º e segs.);
- Assembleia Legislativa Popular no projeto do PS (artigos 80.º e segs.).

42. Diferença quanto ao mandato dos Deputados:

- Até à entrada em funções do Presidente da República eleito nos termos da Constituição revista – projeto do CDS (artigo 63.º);
- Quatro anos – projeto do MDP-CDE (artigo 70.º);
- Três anos – projetos do PCP (artigo 79, n.º 2) e do PPD (artigo 99.º);
- 25 de abril de 1980 – projeto do PS (artigo 81.º).

43. Particularidade do projeto do CDS:

- Atribuição ao Presidente da República da nomeação dos presidentes dos tribunais superiores, do Procurador-Geral da República, do Defensor do Cidadão, de três juizes do Tribunal Constitucional e de cinco membros do Conselho de Estado (artigo 69.º, n.ºs 12 e 13);
- Criação de um Conselho de Estado, com membros por inerência, membros nomeados pelo Presidente da República e um delegado de cada partido representado na Assembleia Legislativa (artigo 72.º) e com funções de consulta do Presidente e de promoção da cooperação e do entendimento entre os partidos representados naquela Assembleia (artigo 73.º);

- Possibilidade de a Assembleia Legislativa ultrapassar, por maioria de dois terços, a recusa de sanção de leis pelo Conselho da Revolução (artigo 89.º, n.º 3);
- Possibilidade de sujeição a referendo, por maioria de dois terços, de qualquer lei, salvo em matéria de impostos (artigo 93.º).

44. Particularidade do projeto do MDP-CDE:

- Regime de eleição do Presidente da República (artigo 56.º).

45. Particularidade do projeto do PCP:

- Responsabilidade política da Assembleia Legislativa perante as massas populares e perante os órgãos democráticos revolucionários (artigo 78.º, n.º 2).

46. Particularidades do projeto do PPD:

- Regulamentação da Assembleia do Movimento das Forças Armadas (artigos 94.º a 98.º);
- Funcionamento junto da Câmara dos Deputados do Comissário Parlamentar dos Interesses dos Cidadãos e do Conselho de Comunicação Social (artigo 114.º);
- Competência legislativa do Governo só mediante autorização legislativa da Câmara dos Deputados (artigo 125.º, n.º 3).

47. Particularidades dos projetos do CDS e do PCP:

- Menção do termo *Chefe do Estado* – projetos do CDS (artigo 58.º) e do PCP (artigo 63.º).

48. O projeto da UDP não se ocupava destas matérias.

49. Depois dos acontecimentos de 25 de novembro de 1975, seria celebrada em 26 de fevereiro de 1976 uma segunda Plataforma de Acordo Constitucional, que consagraria a eleição do Presidente da República por sufrágio universal e direto e que reduziria o Conselho da Revolução a órgão de consulta do Presidente da República, seu presidente, a órgão de fiscalização abstrata de constitucionalidade (precedendo parecer de uma Comissão Constitucional) e a órgão legislativo e administrativo das Forças Armadas.

Os projetos dos partidos ficariam então quase por completo ultrapassados.

VII

Açores e Madeira

50. Consagravam a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira os projetos do CDS (artigo 9.º), do PS (artigo 99.º) e do PPD (artigo 8.º).

O PCP apresentaria mais tarde um aditamento ao seu projeto¹⁸.

51. O projeto do PPD definia o conteúdo da autonomia regional, nomeadamente com poderes legislativos, executivos e financeiros próprios e de audição em questões de competência dos órgãos de soberania respeitantes às regiões autónomas (artigo 8.º, n.º 4), bem como de iniciativa quanto aos respetivos estatutos (artigo 8.º, n.º 5).

VIII

Autarquias locais

52. Todos os projetos cuidavam da Administração local:

- Projeto do CDS (artigo 10.º);
- Projeto do MDP-CDE, em capítulo próprio (artigo 98.º);
- Projeto do PCP, em capítulo próprio com a rubrica de Administração local e regional (artigos 97.º e 98.º);
- Projeto do PS, em título próprio (artigos 110.º a 112.º);
- Projeto do PPD (artigo 60.º, n.º 2), estabelecendo que nenhuma autarquia local poderia ser extinta, nem a sua circunscrição modificada sem a concordância das populações interessadas;
- Projeto da UDP, falando em descentralização político-administrativa em favor das províncias e regiões (artigo 11.º).

53. A designação de *autarquias* aparecia nos projetos do CDS e do PPD, a de *comunidades locais* na proposta do PS.

No projeto do MDP-CDE introduzia-se o termo *poder local* (artigo 100.º).

54. Previam regiões (administrativas) no Continente os projetos do CDS (artigo 10.º, n.º 1) e do PPD (artigo 7.º, n.º 2, 2.ª parte).

¹⁸ *Diário*, n.º 121, 4025.

55. O projeto do MDP-CDE apontava para uma participação dos sindicatos unitários de trabalhadores no processo democrático local (artigo 104.º).

O do PCP contemplava as *estruturas populares unitárias de base* (artigo 98.º).

O projeto do PS dedicava um capítulo às *associações de moradores* (artigos 120.º a 122.º).

O do PPD declarava, no título de direitos políticos, que em cada freguesia, zona de freguesia ou grupo de freguesias podiam os cidadãos reunir-se em assembleia geral para discutir assuntos de interesse público, formular perguntas ou recomendações aos órgãos do Estado, das autarquias locais ou de institutos públicos em ação na respetiva área e constituir *associações de moradores* para promover a resolução de problemas específicos (artigo 60.º, n.º 2).

IX

A fiscalização de constitucionalidade

56. A Plataforma de Acordo Constitucional de 13 de abril de 1975, reduzia drasticamente a fiscalização jurisdicional, numa linha de acumulação do poder no Conselho da Revolução, de esvaziamento da função normativa da Constituição e de desconfiança perante a magistratura judicial. Ao Conselho passaria, por regra, a competir apreciar a inconstitucionalidade das leis e de outros diplomas legislativos e aos tribunais apenas era deixado o poder de conhecer da inconstitucionalidade formal [3.2, *b*].

57. A despeito disso, contudo, os projetos de Constituição do CDS, do PPD ainda tentaram tornar o mais presente possível, no espaço não preenchido pelo Conselho da Revolução, a componente jurisdicional.

Assim, no projeto do CDS (cuja parte IV era dedicada à “defesa e revisão da Constituição”) chegava-se a prever um Tribunal Constitucional (artigos 133.º e segs.). No projeto do PPD pretendia-se extrair do sistema de fiscalização pelos tribunais judiciais o máximo de compressão dos poderes do Conselho da Revolução (artigo I da Disposições Finais e Transitórias).

58. Se bem que menos ambicioso no tocante à articulação entre os tribunais e o Conselho da Revolução, no projeto do PS instituía-se um Conselho de Defesa das Liberdades e de Garantia Constitucional (artigos 69.º e 70.º), que poderia ter sido o primeiro órgão específico dirigido à fiscalização preventiva da constitucionalidade no Direito português.

Funcionando junto do Presidente da República e com quatro vogais designados pelo Conselho da Revolução e quatro pela Assembleia Legislativa

Popular (artigo 69.º), uma das suas competências era a de dar parecer sobre a constitucionalidade de qualquer projeto de lei ou de decreto-lei a publicar [artigo 70.º, alínea c)].

X

Alterações à Constituição

59. A Plataforma de Acordo Constitucional previa um *período de transição* após a entrada em vigor da Constituição, de três a cinco anos, e órgãos anómalos numa democracia – o Conselho da Revolução e a Assembleia do Movimento das Forças Armadas.

60. O período de transição teria a duração:

- De três anos nos projetos do CDS (artigo 148.º, n.º 1) e do PPD (artigo IV das Disposições Finais e Transitórias);
- De cinco anos nos projetos do MDP-CDE (artigo 126.º), do PCP (artigo 120.º, n.º 4) e do PS (artigo 123.º, n.º 1).

Isso e o circunstancialismo político explicam alguma indefinição (ou, talvez melhor, incerteza) nos projetos de Constituição, ora falando, após o decurso desse período, em exercício de poderes constituintes, ora em revisão constitucional, ora nos dois fenómenos:

- No projeto do CDS (artigo 148.º, n.º 4) – poderes constituintes, mas sujeitos a limites materiais;
- No projeto do MDP-CDE (artigo 119.º) – poderes constituintes e revisão da Constituição;
- No projeto do PCP (artigo 120.º, n.º 4) – poderes para rever a Constituição;
- No projeto do PS (artigo 126.º) – poderes constituintes e revisão;
- No projeto do PPD (artigo IV das Disposições Finais e Transitórias) – revisão e poderes constituintes.

Em todos, tal tarefa caberia à Assembleia a eleger no fim do período de transição.

61. Estabeleciam ainda alterações à Constituição, durante o período de revisão, por força da Plataforma e sob iniciativa do Conselho da Revolução:

- Projeto do CDS (artigos 141.º e 142.º);
- Projeto do PCP (artigo 120.º, n.ºs 1, 2 e 3).

62. Só o projeto do PCP estatua maiorias:

- Maioria absoluta do número legal de Deputados para as alterações durante o período de transição (artigo 120.º, n.º 3);
- Maioria de dois terços de Deputados para a revisão no fim desse período (artigo 120.º, n.º 4).

63. O projeto do CDS era o único a cominar limites materiais (artigo 143.º), os quais eram:

- A forma republicana de governo;
- Os direitos, liberdades e garantias individuais;
- A soberania popular expressa através do voto e o carácter universal e secreto do sufrágio;
- O pluralismo partidário;
- O reconhecimento da oposição;
- A responsabilidade do Governo perante a Assembleia Legislativa;
- A independência e a unidade do Poder Judicial;
- As garantias da magistratura.

64. A indefinição acerca da natureza da Constituição – se transitória ou se deveria ser uma Constituição definitiva para vigorar sem limites temporais, salvo a necessária revisão ao fim do “período de transição” – manifestar-se-ia também em intervenções feitas na Assembleia nos seus primeiros meses de funcionamento.

Seria apenas depois dos acontecimentos de 25 de novembro de 1975 – que permitiram retomar, como se disse na altura, a pureza democrática da Revolução – que ficaria claro que aquela Constituição era mesmo uma Constituição para durar e perdurar.

With great power comes great responsibility: *apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente**

PROF.ª DOUTORA CARLA AMADO GOMES

SUMÁRIO: 1. *Introdução: responsabilidade civil médica e culpa do paciente, um tema em contracorrente...* 2. *... e um instituto em mutação.* 3. *Culpa do paciente e consentimento informado.* 4. *Culpa do paciente e incumprimento de deveres: i) de informação; ii) de facere/non facere.* 5. *With great power comes great responsibility: o paciente, sujeito de deveres.*

1. **Introdução: responsabilidade civil médica e culpa do paciente, um tema em contracorrente...**

Falar de culpa do paciente num colóquio sobre responsabilidade do médico é, no mínimo, inusitado. A relação de prestação de cuidados de saúde é uma relação *prima facie* desequilibrada, no âmbito da qual o paciente constitui decerto o lado vulnerável, devendo ser ele a merecer a maior atenção e protecção, tanto por razões práticas (fragilidade), como jurídicas (desconhecimento das regras técnicas). Porém, a culpa do lesado/paciente constitui uma condição negativa de imputação de responsabilidade civil (ou de redução do montante indemnizatório reclamado), contratual ou extracontratual, objectiva ou subjectiva, na medida em que interrompe o nexo de causalidade do facto lesivo relativamente ao alegado agente por interferência de um comportamento, activo ou passivo, do paciente.

O assunto só aparentemente, portanto, se encontra em contracorrente num momento de reflexão como este. A culpa do paciente tem uma dimensão prática significativa na decisão de casos de responsabilidade civil médica. A título de exemplo, pode referir-se um recente acórdão do TCA-Sul, de 21 de Novembro de 2013 (proc. 09361/12), no qual o Tribunal, depois de verificar os pressupostos

* Este texto corresponde à minha intervenção na conferência *Responsabilidade civil pela prestação de cuidados de saúde*, promovida pelo ICJP, que teve lugar na Faculdade de Direito de Lisboa no dia 5 de Dezembro de 2013.

positivos de imputação de responsabilidade civil por actuação ilícita e culposa a um profissional de um estabelecimento de saúde público que, em vez que realizar uma operação de redução mamária, pura e simplesmente removeu um dos seios da paciente, salientou que esta em nada contribuíra para o resultado lesivo, não constatando, portanto, tal condição negativa de imputação¹.

2. ... e um instituto em mutação

A culpa do lesado tem protagonizado uma evolução interessante, da qual vale a pena dar breve nota, para reforçar a relevância do instituto.

O ponto de partida é o artigo 570.º do Código Civil, em sede de responsabilidade subjectiva, que reza como segue:

Artigo 570.º (Culpa do lesado)

1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

2. Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.

O mesmo Código Civil, em sede de responsabilidade pelo risco de veículos automóveis, apenas faz relevar a culpa do lesado, como factor excludente da responsabilidade do agente, quando a actuação daquele tenha sido a causa *exclusiva* do facto que provocou o dano – assim dispõe o artigo 505.º do Código Civil:

Artigo 505.º (Exclusão da responsabilidade)

Sem prejuízo do disposto no artigo 570.º, a responsabilidade fixada pelo n.º 1 do artigo 503.º só é excluída quando o acidente for imputável ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo.

A interferência da culpa não exclusiva do lesado com a responsabilidade pelo risco, a título de factor de exclusão ou mitigação desta, não é pacífica entre os civilistas, mas foi acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça numa decisão de 2007², com base numa interpretação actualista e conforme ao Direito da União

¹ Uma resenha da jurisprudência portuguesa em sede de responsabilidade civil médica pode ver-se em MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica*, in CDP, n.º 38, 2012, pp. 14 segs.

² Em Acórdão de 4 de Outubro de 2007 (proc. 07B1710).

Europeia, tendente a crescer o nível de protecção do lesado em determinados domínios nos quais se encontra particularmente exposto a riscos para os quais pode também concorrer (*v.g.*, acidentes de viação, acidentes de trabalho, danos decorrentes do consumo de produtos defeituosos). Ou seja, ao invés da perspectiva tradicional, que afasta a responsabilidade pelo risco perante a verificação de culpa exclusiva do lesado³, esta interpretação actualista admite que se pondere a concorrência de culpa do lesado e do lesante, raciocínio algo esdrúxulo quando aplicado em domínio de responsabilização objectiva do agente⁴.

O que não é ainda uma corrente jurisprudencial firme na jurisdição comum passou, porém, para a norma do artigo 11.º/1 do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (=RRCEE, aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro):

Artigo 11.º (Responsabilidade pelo risco)

1. O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, **reduzir** ou excluir a indemnização (realçado nosso).

Ora, a adopção de uma ou outra leitura (no direito civil) pode ter relevo no nosso sistema, em face do dualismo de Direito aplicável aos estabelecimentos de saúde, consoante sejam públicos ou privados⁵. Assim,

- No âmbito da *responsabilidade subjectiva*, por falta grave ou com dolo, Código Civil e RRCEE consagram *soluções idênticas* para a utilização da culpa do lesado (vale sempre a regra de repartição de responsabilidade do artigo 570.º);

³ Perspectiva essa acolhida, por exemplo, pelo mesmo STJ no Acórdão de 6 de Novembro de 2003, merecedor de anotação muito crítica de JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA (*Responsabilidade pelo risco do detentor do veículo e conduta do lesado: a lógica do 'tudo ou nada'?*, in *CDP*, n.º 7, 2004, pp. 25 segs), bem como no mais recente Acórdão de 15 de Maio de 2012 (proc. 4249/05.1TBVCT. G2.S1). Sublinhe-se, no entanto, que o Supremo já reiterou a jurisprudência de 2007 em Acórdão de 5 de Junho de 2012 (proc. 100/10.9YFLSB).

⁴ O raciocínio do STJ no aresto de Outubro de 2007, referenciado *supra*, parece passar, não tanto por uma graduação da culpa da lesada mas antes pela contribuição da actuação da lesante: "...não sendo possível concluir que o acidente é *unicamente* ou *exclusivamente* imputável à autora – é dizer, que a actuação desta foi, só por si, idónea para a ocorrência do acidente, e que o veículo automóvel foi para tal *indiferente*, sem que a sua típica aptidão para a criação de riscos tenha contribuído para o mesmo acidente" (ponto 3.3.) [os itálicos são sublinhados no texto original].

⁵ Sobre as particularidades da responsabilidade civil no âmbito da "gestão pública" (ainda à luz do regime anterior ao RRCEE), MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil nas instituições públicas de saúde*, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 257 segs.

- Já se estivermos em *ambiência de direito público* e perante actividades especialmente perigosas (*v.g.*, recorde-se que o STA já considerou que uma transfusão de sangue é *excepcionalmente* perigosa; logo, por maioria de razão, considerará que o é *especialmente*: Acórdão do STA, de 1 de Março, proc. 01610/03), o artigo 11.º do RRCEE é literalmente mais benéfico para o paciente do que o Código Civil. Isto porque, nos termos do Direito Civil, a responsabilidade objectiva é especial e a jurisprudência que aceita a repartição de responsabilidade entre lesante e lesado na responsabilidade objectiva quando a culpa for exclusiva deste último não se sedia no âmbito da responsabilidade médica (de resto, nem no domínio dos acidentes de viação, onde despontou, está estabilizada).

Acresce que esta leitura mais benéfica para o paciente pode ganhar fôlego com os avanços que têm sido feitos no sentido de uma objectivação da responsabilidade civil médica⁶, podendo a culpa do lesado neste âmbito vir a deixar de ser uma causa de exclusão da responsabilidade do lesante para se tornar em uma causa de repartição da responsabilidade entre médico e paciente.

Refira-se, a título de mera curiosidade que, nos Estados Unidos da América, numa expressão de pura aleatoriedade, a culpa do paciente sujeita-se a aplicações díspares, falando-se em *pure contributory negligence* (culpa excludente) e *comparative negligence* (culpas repartidas). Estados como Alabama, Maryland e Carolina do Norte excluem toda e qualquer responsabilidade do médico perante qualquer tipo de falta do paciente, enquanto outros estados como Nova Iorque, Florida e Louisiana, promovem uma repartição equitativa das responsabilidades.

3. Culpa do paciente e consentimento informado

Estar o paciente devidamente informado sobre teor e consequências/riscos necessários e possíveis do tratamento é *conditio sine qua non* para que a figura da culpa do lesado possa ser utilizada. Na verdade, só é admissível fazer relevar a culpa do paciente por não observância de uma prescrição (de um comportamento; de um medicamento) se ela ficou suficientemente clara no seu espírito. Numa outra – mas complementar – perspectiva, caso o paciente tenha livre e esclarecidamente consentido na lesão, não pode depois (em *venire contra factum proprio*) vir imputar a responsabilidade por efeitos prováveis ao médico (cfr. o artigo 340.º/1 do Código Civil).

⁶ Cfr. CARLA GONÇALVES, *A responsabilidade médica objectiva*, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 359 segs, esp. 369 segs.

Não é aqui o local para desenvolver o tema, de magna importância em Direito médico, do consentimento informado⁷. Cumpre, contudo, salientar que esta exigência vem ganhando força no âmbito da relação de prestação de cuidados de saúde, constituindo expressão dos direitos à integridade física e psíquica e ao livre desenvolvimento da personalidade. O paciente é dono do seu corpo e, ainda que lhe falte o conhecimento técnico para poder tratar-se por si, deve ser esclarecido sobre as opções terapêuticas, sobre o balanço custo-benefício em que estas importam, e assentir expressamente na opção a tomar, ficando plenamente ciente dos riscos que acarreta e das obrigações de colaboração que lhe incumbem⁸. Enfim, o consentimento informado é hoje um imperativo da relação jurídica de prestação de cuidados de saúde, que decorre de um sentimento crescente de responsabilização do próprio paciente pelo seu estado de saúde⁹.

A doutrina concorda em que o consentimento informado somente é dispensável quando, cumulativamente:

- o paciente se encontra impossibilitado de expressar livre e conscientemente a sua vontade;
- os representantes legais do paciente são desconhecidos ou revelam-se incontactáveis em tempo útil; e
- existe um risco iminente de morte.

A informação deve ser veiculada de acordo com a capacidade cognoscitiva do paciente, cumprindo frisar que *esclarecimento* difere de *informação*: com efeito, o primeiro é *informação assimilada*¹⁰. Um paciente esclarecido não apenas recebeu

⁷ De resto objecto, neste colóquio, da alocução do Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo. Sobre o consentimento informado, veja-se JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, Coimbra, 2001, *passim*.

⁸ A exigência de consentimento informado vale identicamente para a investigação clínica – cfr. os artigos 6.º/1/d), 7.º e 8.º da Lei 21/2014, de 16 de Abril (Lei da investigação clínica).

⁹ Refira-se o Eurobarómetro *Qualitative Study - Patient involvement - Aggregate Report, May 2012*, o ponto 7.6. (*Self-care*), onde se analisa várias dimensões da colaboração entre paciente e médico no tratamento, concluindo que:

“All patients reported that they saw it as natural to assume responsibility for self-care. However, some practitioners criticised some patients for lacking commitment or ability, being unreliable, lacking discipline or willpower and not carrying out tasks themselves. Ability and commitment to self-care varied by individual patient with some who felt that some patients seemed de-motivated by old age or from living alone without a close family or relatives)” (p. 53) – Disponível em http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/quali/ql_5937_patient_en.pdf

¹⁰ ÁLVARO CUNHA RODRIGUES (*Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente*, in *Revista do CEJ*, n.º 16, 2011, pp. 9 segs, p. 30, nota 21) é peremptório na preferência pela expressão “dever de esclarecimento”, uma vez que se não trata de fornecer “uma simples informação superficial” ou de “cumprir formalmente uma imposição”. O autor sublinha que a

como compreendeu a informação, e só então pode consentir no tratamento que considera mais adequado e eficaz para o seu caso¹¹. Como pontua Galhego Martins, “... a responsabilidade da vítima pressupõe a capacidade, a liberdade e a base cognitiva suficiente para sê-lo [responsável]”¹², ou seja, é necessário adequar o teor de informação (mais ou menos detalhado) e a forma da sua explicitação (em linguagem mais ou menos técnica) ao concreto paciente que se atende. Deve, sobretudo, salientar-se que existe sempre um certo desequilíbrio *prima facie* na distribuição dos deveres de informação, e em decorrência disso, “o médico tem uma especial obrigação de tutela frente ao paciente”¹³. Quanto menor aptidão cognoscitiva revelar o paciente, maior cuidado deverá o médico empregar para se certificar de que ele assimilou a informação essencial para assegurar a colaboração necessária no tratamento.

Do mesmo passo, quanto maior for a ansiedade causada pelo tratamento e o risco que envolve, maior deverá ser a ponderação sobre o conteúdo e a oportunidade da prestação de informação. Como sublinha Nathalie Albert, estes casos traduzem a chamada “exceção terapêutica” e podem reclamar uma certa circunspeção do médico e constituir uma derrogação do “direito à verdade” do paciente, para seu próprio bem¹⁴.

Segundo Dias Pereira, actualmente o consentimento informado evoluiu para *informed choice*, no sentido em que “a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico

“latitude de tal informação variará de acordo com a própria preparação psicológica e cultural do paciente, não se estabelecendo grelhas pré-definidas ou ‘standardizadas’”.

JOÃO VAZ RODRIGUES (*O consentimento...*, cit., pp. 241-242), por seu turno, sublinha que “o dever de informar obedece, cumulativamente, aos princípios da simplicidade e da suficiência, e visa o esclarecimento”. Depois de explicitar o sentido destas dois princípios, acrescenta que “a informação deve ser esclarecida no sentido de certificada. Trata-se de um verdadeiro dever intermédio, sem o qual os deveres de informar e de obter o consentimento ficam esvaziados dos respectivos conteúdos”.

¹¹ Cfr. o artigo 7.º/2 da Lei 15/2014, de 21 de Março (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde), sobre direito à informação por parte do paciente, onde se estabelece que “A informação deve ser transmitida de forma acessível, objetiva, completa e inteligível”.

¹² FERNANDA GALHEGO MARTINS (louvando-se em Cancio Meliá), *A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente*, Coimbra, 2011, p. 167.

¹³ FERNANDA GALHEGO MARTINS, *A responsabilidade penal...*, cit., p. 168 (veja-se também as afirmações produzidas a p. 184).

¹⁴ NATHALIE ALBERT, *Obligation d’information médicale et responsabilité*, in *RFDA*, 2003/2, pp. 353 segs, 357.

e farmacêutico”¹⁵. Esta é, de resto, a versão traduzida na Lei 15/2014, de 21 de Março (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde), cujo n.º 1 do artigo 7.º (com a epígrafe “Direito à informação) dispõe que “O utente dos serviços de saúde tem o direito a ser informado pelo prestador dos cuidados de saúde sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”.

Na equação de responsabilidade em que se sopesa a culpa do paciente, julgamos que o que pode ser impeditivo da sua invocação (por parte do médico/profissional de saúde) reside no *consentimento informado* e não na escolha informada. Saliente-se que só pode consentir num tratamento para o qual há alternativas alguém a quem estas foram apresentadas e seleccionou uma, consentindo então informadamente na sua aplicação ao seu caso¹⁶. Ora, para apurar a culpa do paciente *não* relevam as alternativas de tratamento que *não* foram utilizadas, mas apenas *aquela* que *in casu* o foi, com as obrigações de colaboração inerentes.

Uma nota final para realçar que a culpa do paciente é aplicável quer em sede de tratamentos necessários, quer em sede de intervenções voluptuárias (estética) ou *d'agrément* (doações de órgãos; participação em ensaios clínicos). O facto de a intervenção ser desejada pelo paciente não obsta a que ele possa contribuir, por negligência ou imprudência, para o insucesso.

4. Culpa do paciente e incumprimento de deveres

A culpa do paciente pode surgir fundamentalmente em dois grupos de situações:

- i.) incumprimento de deveres de informação, geradora de erro de diagnóstico ou erro de terapêutica;
- ii.) incumprimento de deveres de *facere* ou *non facere*: antes, durante ou após o tratamento/intervenção,

¹⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, Coimbra, 2004, p. 74. Ver também, do mesmo autor, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 435 segs

¹⁶ Como observa EDUARDO DANTAS (*Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes da responsabilidade civil na relação médico x paciente*, in *Lex Medicinæ*, n.º 8, 2007, pp. 115 segs, 128), “A não indicação de todas as alternativas possíveis pode ser entendida em um eventual procedimento disciplinar ou mesmo jurídico, como indução ao tratamento através da omissão de informação, o que contraria os princípios da autonomia e da boa fé objectiva”.

ou seja, e em termos gerais, o paciente tem uma obrigação de *due diligence* na colaboração, que se revela imprescindível ao sucesso do tratamento.

- i.) Por um lado, a culpa do paciente pode assentar na omissão ou na insuficiência de esclarecimento sobre a sua condição física ao médico, vindo a decorrer desse défice comunicacional um erro de diagnóstico ou de tratamento.

Um caso deste tipo foi analisado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 4 de Abril de 1995¹⁷. Trata-se de uma situação em que a Autora, paciente, se dirigiu a um centro de fisioterapia, por conselho médico, a fim de tratar uma entorse no calcanhar. Os tratamentos com calor húmido que lhe foram aplicados no pé alegadamente geraram queimadura de tipo flictena, acarretando dores, sucessivas intervenções cirúrgicas e risco de imputação. A paciente processou o centro de fisioterapia, tendo este sido absolvido por o Tribunal ter considerado determinante o facto de a paciente não ter revelado ser diabética – condição que torna a pele extremamente sensível ao calor e que terá alegadamente contribuído decisivamente para a produção da queimadura.

Note-se que a culpa do paciente deve ser aferida apenas pela falta de prestação de informação¹⁸, mas nunca por esta *em si mesma considerada*. Por outras palavras, o facto de o paciente ser fumador ou consumidor de estupefacientes pode constituir factor de agravamento do risco mas não o coloca numa posição negativa *a priori*. O paciente chega ao médico com o seu *acquis* fisiológico e patológico, o que significa que, por um lado, nem o médico é responsável por comportamentos de risco anteriores que tenham contribuído para a patologia (fumar; tomar drogas) – havendo aqui *liberdade de assunção do risco* enquanto liberdade geral de desenvolvimento da personalidade¹⁹; nem, por outro lado, o paciente pode ser menosprezado por ter assumido tais comportamentos, devendo o médico preservar a melhor metodologia de tratamento, mesmo que as possibilidades de

¹⁷ Publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, 1995/II, pp. 31 segs.

¹⁸ Cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento...*, *cit.*, pp. 236-240.

¹⁹ Para uma visão comparativa da questão da assunção do risco de fumar e da influência dessa assunção na redução ou exclusão de responsabilidade das tabaqueiras, veja-se DÁRIO MOURA VICENTE, *Entre autonomia e responsabilidade: da imputação de danos às tabaqueiras no Direito Comparado*, in *ROA*, 2013/I, pp. 213 segs, esp. 257-260 (culpa do lesado). Em geral sobre os “deveres de protecção contra si mesmo”, CARLA AMADO GOMES, *Risque sanitaire et protection de l'individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat*, in *RMP*, n.º 116, 2008, pp. 133 segs (também publicado na obra colectiva *Constitution et risque(s)*, coord. de Placide Makaba, Paris, 2010, pp. 51 segs).

sucesso estejam à partida diminuídas pelas características de vulnerabilidade em que o paciente se colocou.

- ii.) Por outro lado, a culpa do paciente pode materializar-se em negligência ou imprudência ao longo do processo de tratamento como, por exemplo:
- não tomar a medicação, completa, nas horas indicadas²⁰;
 - adoptar comportamentos desaconselhados ou mesmo proibidos (*v.g.*, fazer esforços quando lhe recomendam descanso; ingerir comida pesada quando deve beber apenas líquidos; consumir álcool com medicamentos, anulando-lhes o efeito);
 - não adoptar comportamentos solicitados (*v.g.*, não fazer fisioterapia; abster-se da toma dos medicamentos receitados).

Uma situação que pode exemplificar esta modalidade de culpa do paciente foi objecto de análise pela *Cour de Cassation* de Paris em acórdão de 17 de Janeiro de 2008 (proc. 06-20107). O aresto deu razão a um paciente da Martinica que apresentou um pedido de efectivação de responsabilidade civil contra o seu dentista, por este lhe ter tentado extrair um dente de tal forma que lhe provocou sangramentos e ferimentos na narina direita. Para resolver o problema, o paciente voou até França e foi-lhe diagnosticada perfuração do septo nasal, à qual foi operado. O paciente responsabilizou o dentista pela perfuração e suas consequências; o tribunal de primeira instância entendeu que a responsabilidade deveria ser partilhada entre ambos, uma vez que o comportamento do paciente (viagem de avião, transição de clima, variações provocadas pela altitude) foi susceptível de contribuir para a lesão. A *Cour de Cassation*, no entanto, entendeu não existir culpa do paciente na medida em que este somente procurara uma forma de resolver eficazmente um problema de saúde que o dentista lhe provocou (na expressão do aresto, o comportamento alegadamente culposo do paciente, traduzido na viagem de avião em busca de um tratamento eficaz, “ne présentait pas un caractère fautif”).

5. ***With great power comes great responsibility*: o paciente, sujeito de deveres**

Da mesma forma que no Direito Administrativo se transitou paulatinamente da dimensão de *administrado* para a dimensão de *cidadão*, também na relação jurídica

²⁰ Como nota FERNANDA GALHEGO MARTINS (*A responsabilidade penal...*, *cit.*, p. 172), o médico pode tentar controlar o comportamento do paciente, se este estiver em regime de internamento, mas tratando-se de um paciente em ambulatório, não pode converter-se em “aia do paciente”.

de prestação de cuidados de saúde se assiste, nos últimos anos, a uma reconfiguração da figura do paciente como sujeito de direitos e não mais como objecto de uma prática médica até aí vista como uma “arte silenciosa”²¹. Trata-se de enfatizar a autonomia individual do paciente, a sua capacidade de autodeterminação na realização de escolhas vitais, numa lógica de compreensão dinâmica dos direitos à vida, à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade e de, em contrapartida, recusar um entendimento paternalista do exercício da medicina²².

Esta reconfiguração implica, todavia, uma contrapartida. Quanto mais capacidade de discernimento e de liberdade de determinação do seu próprio destino terapêutico se reconhece ao paciente, maior deve também ser a exigência em termos de assunção de riscos e de percepção da relação terapêutica como uma relação biunívoca. Ou seja, quanto mais direitos se reconhece ao paciente, maior é o lote de deveres que sobre ele impende. Este redimensionamento vai também ao encontro da lógica da “sociedade de risco”, na medida em que, em face da miríade de riscos possíveis, a consciência da sua possibilidade deve ser mais reparada entre médico e paciente – sendo certo que o dever primordial de elaboração do quadro clínico continua a caber ao médico²³.

Este acréscimo de responsabilidade justifica o surgimento de *Cartas de Responsabilidades dos pacientes*, a par de *Cartas de Direitos* – ou da inserção de um capítulo de Deveres do Paciente a par de um capítulo sobre Direitos do Paciente. Por exemplo, na *Carta dos direitos e deveres dos doentes*, aprovada na reunião do Conselho Nacional de Saúde, em 20 de Dezembro de 2011, o catálogo de deveres é o seguinte²⁴:

1. *Dever de se abster de atitudes, comportamentos e hábitos que ponham em risco a sua própria saúde ou a de terceiros*
2. *Dever de contribuir para a melhoria, ao seu alcance, das condições de saúde familiar e ambiental*
3. *Dever de colaborar com os profissionais da saúde, nomeadamente respeitando as recomendações que são feitas e fornecendo todas as informações necessárias para a obtenção de um diagnóstico correcto e um tratamento adequado.*
4. *Dever de respeitar o pessoal de saúde e as regras de funcionamento das instituições, nomeadamente honrando as marcações das consultas e informando, tão cedo quanto possível, se estiver impossibilitado de comparecer.*

²¹ Na expressão de GUILHERME DE OLIVEIRA, *O fim da “arte silenciosa” (O dever de informação dos médicos)*, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, 1999, pp. 91 segs.

²² Desenvolvidamente sobre este ponto, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 435 segs.

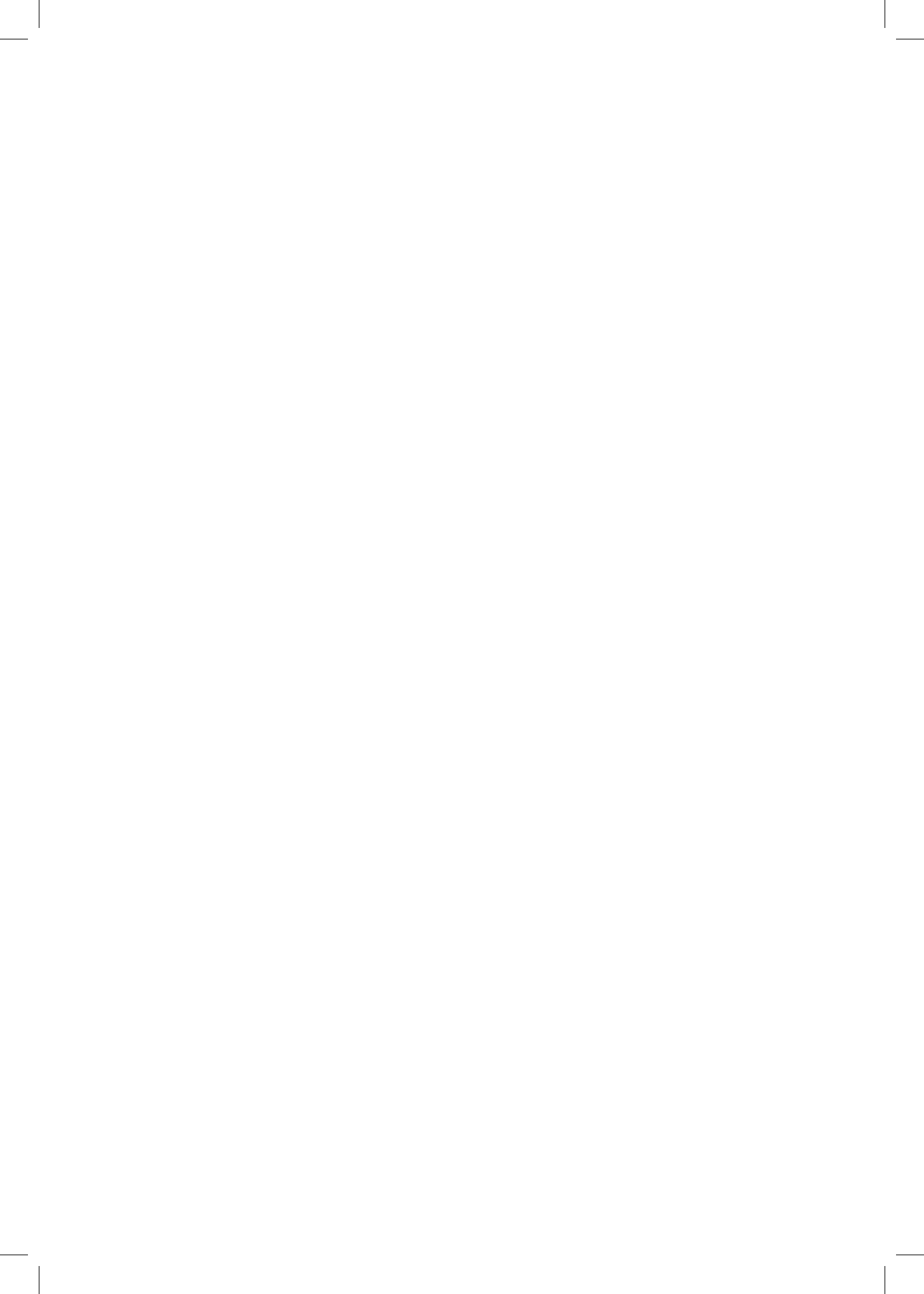
²³ Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento...*, *cit.*, p. 239.

²⁴ Alguns deles enunciados no artigo 24.º da Lei 15/2014, de 21 de Março (com a epígrafe *Deveres do utente dos serviços de saúde*).

5. Dever de respeitar os direitos dos outros utentes.
6. Dever de utilizar os serviços de saúde, suas instalações e equipamentos, de forma apropriada e responsável.
7. Dever de colaborar na redução de gastos desnecessários e participar nos custos da saúde, de acordo com as suas possibilidades.
8. Dever de não pedir ou pressionar os profissionais da saúde para que forneçam documentos e informações que não correspondam à realidade dos factos.

Enfim, a decadência do “imperialismo médico”²⁵ e a perspectiva do paciente como sujeito activo da relação de prestação de cuidados de saúde investe-o em responsabilidades novas decorrentes da sua capacidade de autodeterminação. *With great power comes great responsibility*, sublinha o tio de Peter Parker (o *Homem-aranha*): o paciente, ao ser reconhecido como um sujeito pensante e autodeterminado, vê agravadas as suas responsabilidades colaboracionais no programa de tratamento que lhe é prescrito. E esse agravamento é susceptível de fazer da culpa do paciente um pressuposto decisivo em cada vez mais casos de responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde.

²⁵ A expressão é de NATHALIE ALBERT, *Obligation d’information...*, cit., p. 353.



A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX

PROF. DOUTOR OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *O nascimento de um código liberal?: 2.1. Os antecedentes da codificação civil alemã; 2.2. A codificação em marcha: as comissões do BGB: 2.2.1. A Vorkommission; 2.2.2. A Primeira Comissão; 2.2.3. A Segunda Comissão; 2.2.4. O “terceiro esboço” e a aprovação do projeto; 2.3. O BGB e seus elaboradores: Uma questão de classe ou de ideologia?; 2.4. O esquecimento dos pobres e o caráter liberal do BGB; 2.5. A importação e a adaptação dos consensos sobre o BGB para o Código Civil de 1916*. 3. *A divagem conservador-liberal e sua aplicação ao direito*. 4. *O BGB e sua influência na doutrina brasileira: 4.1. Algumas palavras sobre a “recepção de direitos” e seus principais problemas; 4.2. O caso do Direito Civil português: Da influência francesa à preeminência alemã; 4.3. O Direito Civil alemão e os doutrinadores brasileiros*. 5. *O BGB e os autores alemães que mais influenciaram o Direito Civil brasileiro: 5.1. A influência por “camadas” históricas; 5.2. O Direito Civil alemão e seus rumos atuais*. 6. *O Código Civil alemão e o Código Civil brasileiro de 1916: “Filhos tardios do liberalismo” e consensos que merecem revisão*. 7. *Conclusões*.

1. **Introdução****

Em uma anotação sobre o Direito Privado Comparado, dois importantes civilistas alemães analisaram os códigos dos países da América Latina. Sobre o Brasil, Karl Martin Ludwig Enneccerus, em texto atualizado por Hans Carl Nipperdey, anotou que o Código Civil brasileiro de 1916 seria a “mais independente das

* Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e doutor em Direito Civil (USP), com estágios pós-doutorais na Universidade de Lisboa e no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hamburg).

** O autor agradece à leitura crítica dos originais por Rafael Peteffi da Silva, Alexandre Veronese e Henderson Fürst. De modo especial, registra-se a gratidão a Tilman Quarch por suas valiosas contribuições e sugestões de bibliografia e de novos tópicos, além de se haver disposto a discutir as difíceis opções de tradução.

codificações latino-americanas”¹. Esse reconhecimento da qualidade da cultura jurídica nacional deu-se na primeira metade do século XX, o que o torna ainda mais valioso, na medida em que nossa primeira codificação mal experimentara poucas décadas de vigência².

A influência alemã na formação do Direito Civil brasileiro é inegável e deita suas raízes em diferentes momentos. Os costumes, os institutos e as normas do país que hoje se denomina de Alemanha “entraram” para o Direito português, ainda sob o domínio do invasor visigótico, no anoitecer violento e trágico do Império Romano do Ocidente. Posteriormente, houve nova recepção nos tempos medievais do *ius commune*. No Brasil Colônia muitos desses elementos foram introduzidos por efeito da aplicação das leis portuguesas. Houve um entrelaçar da influência *direta* das fontes portuguesas e *indireta* das fontes alemãs³. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em belíssima metáfora, anotou que o Direito brasileiro não se pode estudar desde suas sementes, na medida em que “nasceu do galho de planta que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente”⁴.

No século XIX, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) e Clóvis Beviláqua (1859-1944), contribuíram para essa recepção, o que se deu pelo acesso às fontes germânicas ou pelo diálogo com o movimento pandectista, em cuja fase final de formação, foi liderado por Gustav Hugo (1764-1844) e por Friedrich Carl Freiherr [barão] von Savigny (1779-1861), e seus discípulos. Posteriormente, graças à Escola do Recife, essa relação também se deu com escritos de autores como Rudolf von Jhering (1818-1892)⁵.

¹ Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917. O projeto de Código Civil foi elaborado por Clóvis Beviláqua (1859-1944), professor da Faculdade de Direito do Recife. Apesar da independência política do Brasil ter-se dado aos 7 de setembro de 1822 e sua primeira constituição haver sido outorgada pelo imperador D. Pedro I em 25 de março de 1824, em matéria civil, o País regeu-se pelas Ordenações do Reino de Portugal, precedentes judiciais, costumes e leis extravagantes até 1917. O primeiro Código Civil foi revogado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cuja vigência teve início um ano após sua publicação, que ocorreu no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

² ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Fünfte, neubearbeitete Auflage* von Hans Carl Nipperdey. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959. v.1. p. 163

³ JUSTO, Antônio dos Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 20, p. 131-158, jan./jun. 2001. p. 131.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

⁵ Não se pode esquecer, evidentemente, do famoso movimento jurídico-filosófico conhecido como Escola do Recife, liderada por Tobias Barreto e que contou com a participação de Clóvis

O Código Civil alemão [*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB] é o símbolo mais reluzente desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil, embora não seja o único, evidentemente. É (quase) impossível encontrar um manual, um tratado ou um curso de Direito Civil brasileiro, de algum nível, que desconheça o BGB ou que não cite seus dispositivos. Alguns exemplos assim o comprovam. No primeiro volume de sua coleção de Direito Civil, dedicado à Parte Geral do Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa cita o Código Civil alemão em 21 passagens⁶. Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro de Teoria Geral do Direito Civil, faz um total de 16 remissões a artigos do Código Civil alemão⁷. Orlando Gomes, outro doutrinador muito lido nos cursos de graduação, cita o BGB em 10 seções de seu livro introdutório ao Direito Civil brasileiro⁸.

As codificações não se podem compreender isoladas de seu momento histórico e das condicionantes intelectuais de seus idealizadores. Nesse sentido, em relação ao BGB foram construídos alguns consensos, como a natureza liberal dessa codificação (“uma obra tardia do liberalismo”)⁹, marcada pela defesa da propriedade absoluta e da família tradicional, o que a tornaria um exemplo de uma lei nascida sob o signo do passado, incompatível com as exigências do século XX. Esses consensos, de modo curioso, recaíram sobre o Código Civil de 1916, como que por um processo de assimilação ideológica.

Outro aspecto que carece de um exame mais vertical e menos obsequioso com algumas ideias que se sedimentaram na dogmática brasileira da segunda metade do século XX, gozando até aos dias atuais de grande prestígio, é a clivagem liberal-

Beviláqua. Segundo Cláudia Lima Marques (Cem anos de Código Civil alemão. O BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 11-37, jul. 1997. Item 2.1.2.2), Tobias Barreto é o “maior autor, filósofo do direito e penalista de seu tempo, que em muito influenciou os intelectuais e juristas brasileiros, acostumados a uma orientação até então quase que exclusivamente francesa. Barreto é considerado o fundador da Escola de Recife e com seu marcante ‘germanismo’ trouxe aos juristas brasileiros o contato com a ciência, filosofia e literatura alemã da época e especialmente com a obra do então praticamente desconhecido no Brasil Rudolph von Jhering”.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.1. pp. 72, 82, 91, 92, 93, 94, 95 (4 vezes), 96 (4 vezes), 97 (3 vezes), 102, 147, 198, 218 (2 vezes), 239, 283, 308, 315, 364, 368, 413 e 447.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 26. ed., rev. e atual. Por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1. pp. 71, 72, 122, 198, 243, 251, 317, 353, 364, 422, 423, 435, 449, 533, 552 e 564.

⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20. ed., 2. Tiragem. revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. parágrafos 14, 35, 36, 47, 70, 151, 175, 263, 267 e 302.

⁹ RAMM, Thilo. *Einführung in das Privatrecht*: Allgemeiner Teil des BGB (dtv 5501). München: Deutscher Taschenbuch, 1969. v.1. p. 2.

–conservador, muita vez utilizada para qualificar institutos e dispositivos legais do Direito Civil, tanto brasileiros quanto alemães.

A discussão sobre esses consensos a respeito do Direito Civil demanda a investigação de quais *autores* da civilística alemã foram (e parece que ainda são) decisivos para a moldagem do pensamento jurídico brasileiro no século XX. Essa atuação dos civilistas germânicos deu-se por “camadas” e é bastante enriquecedor o levantamento de como essa influência se operou na doutrina e, de modo indireto, na jurisprudência nacionais¹⁰.

Para alcançar esses objetivos, é fundamental dividir este trabalho em quatro seções: 1) o processo de codificação civil alemão e o contexto histórico da virada do século XIX para o século XX, com o necessário exame dos autores críticos ao projeto do *BGB*; 2) a construção da clivagem liberal–conservador e seus efeitos no Direito civil; 3) a recepção do Direito Civil alemão no Brasil, com algumas referências a idêntico processo em Portugal; 4) a crítica a alguns consensos sobre o *BGB*, que se transferiram para o primeiro Código Civil brasileiro.

A quarta seção é fortemente baseada em um artigo de Joachim Rückert, que rediscute muitos consensos sobre o processo de codificação alemã e cuja reprodução se tem dado no Brasil há muito tempo. Talvez há tempo demais¹¹.

Algumas observações prévias são necessárias.

A primeira diz respeito a que, em diversas passagens, haverá explicações excessivamente didáticas sobre o processo legislativo dos códigos civis brasileiros ou a respeito do funcionamento e das competências dos tribunais superiores nacionais. Trata-se de uma preocupação com o leitor não brasileiro.

Em segundo lugar, a delimitação do período de influência do *BGB* não significa que os séculos XIX e XXI não serão mencionados. O objeto central do texto, no entanto, será fundamentalmente o século XX. É por essa razão que autores e obras contemporâneos não serão citados com maior intensidade, posto que, na nota 176, o leitor poderá encontrar um registro a diversos especialistas no Direito Privado alemão que se destacam contemporaneamente.

É ainda oportuno advertir que se não vão investigar artigos, seções ou divisões internas do Código Civil de 2002 para se estabelecer termos de comparação específicos com o *BGB*. Essa comparação textual demandaria, por si só, uma pesquisa em separado. O foco recai sobre os autores e as obras mais relevantes no

¹⁰ A investigação sobre o impacto da doutrina alemã na jurisprudência brasileira daria um artigo inteiramente autônomo. As referências aqui expostas são apenas ilustrativas e não possuem qualquer pretensão de exaurir o tema ou de oferecer um critério com segurança e fidelidade estatística para a formação de um juízo baseado em dados empíricos.

¹¹ RÜCKERT, Joachim. Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance? *Juristenzeitung (JZ)*, ano 58, fasc. 15–16, p. 749–760, ago. 2003.

processo de recepção do Direito alemão na maior parte do século XX. É certo, porém, que, ao menos a título de exemplo, algumas teorias serão destacadas, bem como o uso que delas se fez no Brasil.

Finalmente, esta investigação é de ser entendida como o exame das relações entre Brasil e Alemanha, no âmbito do Direito Civil, sem que isso represente admitir a colonização de um Direito (e sua doutrina) por outro. O ordenamento jurídico brasileiro formou-se graças a variegadas influências, autóctones ou estrangeiras, e a apreciação desse processo nada tem de subserviente ou nem implica ser impossível o desenvolvimento de soluções nacionais para os problemas jurídico-civilísticos. A tradição cultural, os investimentos maciços (e muito antigos) em educação superior de qualidade, a precisão linguística (inerente ao idioma alemão) e a valorização da docência estão na raiz do sucesso alemão nas mais diversas áreas do conhecimento. Mais que tudo, essas são fontes de inspiração para qualquer país que almeje alcançar graus de excelência científica.

2. O nascimento de um código liberal?

2.1. Os antecedentes da codificação civil alemã

O marco inaugural do processo de codificação civil do recém-instituído *Reich* alemão foi a alteração redacional do artigo 4.º, 13, da Constituição de 1871, por efeito de uma luta legislativa intensa, que se desdobrou por alguns anos, sob a liderança de Johann von Miquel (1829-1901) e Eduard Lasker (1829-1884)¹². Essa emenda, datada de 20 de dezembro de 1873, que recebeu o nome histórico de Lei Miquel-Lasker¹³ ou simplesmente Lei Lasker¹⁴, transferiu para o *Reich* a competência para legislar sobre o Direito Civil como um todo¹⁵.

Von Miquel, originário de Hannover, mas feito nobre por decreto prussiano, descendente de *émigrés* [franceses que emigraram para os territórios alemães em fuga da Revolução Francesa], foi um dos fundadores da Associação Nacional Alemã [*Deutscher Nationalverein*, organização política liberal e pró-unificação alemã] e,

¹² HORN, Nobert. Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch. *Neue Juristische Wochenschrift*. v.53, p. 40-46, 2000. p. 40.

¹³ REIS, Carlos David Santos Aarão. A elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil alemão. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 130, p. 121-131, abr./jun. 1996. p. 123.

¹⁴ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). *Münchener Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil*, §§ 1-240, ProstG, AGG. 6. Auflage 2012. v. 1. Nota marginal 8.

¹⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: Historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 13.

apesar de hannoveriano, não se opôs à anexação de seu reino pela Prússia¹⁶. Para von Miquel, a demanda por uma unidade jurídica era uma pré-condição necessária para a existência de um estado-nação¹⁷.

Eduard Lasker, de ascendência judaica, fundador do *Nationalliberale Partei* [Partido Nacional Liberal, uma agremiação pró-unidade alemã], foi o grande líder da reforma constitucional que permitiu a transferência plena da competência legislativa cível para o governo central¹⁸. Seu lema era que a codificação assegurava a liberdade dos indivíduos.

É fundamental analisar o contexto histórico da elaboração do *BGB*, que tem como cenário a disputa entre grupos políticos alemães, especialmente os nacional-liberais (e os liberais-radicais); os defensores da aristocracia e o fortíssimo Partido do Centro [*Deutsche Zentrumspartei*, que durou até 1933], representante dos interesses políticos dos católicos nos territórios unificados. O *Zentrum* foi o grande opositor da nova codificação, com receio da política bismarckiana conhecida pela expressão *Kulturkampf* [Luta pela cultura], que pretendia subtrair o novo *Reich* alemão à influência da Igreja Católica¹⁹. Uma legislação nacional sobre Direito de Família, que não respeitasse as particularidades dos reinos católicos (Baviera, especialmente) integrantes do *Reich*, era considerada perigosa pelos partidários do *Zentrum*. Além disso, os Estados do Sul da Alemanha e a Saxônia temiam que o Código representasse um avanço da Prússia sobre suas competências legislativas²⁰. A vitória da dupla von Miquel e Lasker resultou de uma “fugaz combinação” de circunstâncias²¹, de difícil repetição, pois uniu forças absolutamente díspares como os conservadores e os liberais-radicais.

¹⁶ ALDENHOFF, Rita. Miquel, Johannes von. In. HISTORISCHEN KOMMISSION BEI DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. v.17. p. 553.

¹⁷ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany, 1870-1896. *The Historical Journal*, v. 28, n. 2, p. 341-355, jun. 1985. p. 342.

¹⁸ POLLMANN, Klaus Erich. Lasker, Eduard. In. HISTORISCHEN KOMMISSION BEI DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. v. 13. p. 656.

¹⁹ LAUFS, Adolf, *Rechtentwicklungen in Deutschland*. 5. Auflage. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1996, p. 296.

²⁰ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs. *Neue Juristische Wochenschrift*. v. 49, p. 1705-1710, 1996. p. 1705-1706.

²¹ WIEACKER, Franz. Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher. In. KASER, Max et alii (Hrsg). *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger: Zum 70. Geburtstag*. Göttingen: O. Schwartz, 1969. p. 409-422.

2.2. A codificação em marcha: as comissões do BGB

2.2.1. A *Vorkommission*

Em 28 de fevereiro de 1874, instaurou-se a *Vorkommission*²², que contou de entre seus membros com a participação Levin Goldschmidt (1829-1897), outro antigo membro do Partido Liberal Nacional²³, Hermann Ludwig von Schelling (1824-1908), Ludwig Ritter [cavaleiro] von Neumayr (1810-1895), Franz Philipp Friedrich von Kübel (1819-1884) e Anton von Weber (1817-1888)²⁴. Essa comissão teve por objetivo definir o método e a estrutura do projeto a ser elaborado²⁵. O relatório apresentado pela comissão, datado de 15 de abril de 1874, foi aceito pelo Governo sem emendas. Uma de suas conclusões mais importantes foi a de conservar todas as áreas normativas do Direito Civil no futuro código²⁶, no que se mostrava fiel ao princípio que levou à aprovação da Lei Miquel-Lasker²⁷.

²² A tradução de *Vorkommission* não é fácil. Literalmente, seria uma Pré-Comissão, como aliás se encontra na *História do direito privado moderno*, traduzida por A.M. Botelho Hespanha. Segundo Tilman Quarch, com quem se discutiu essa tradução, como a *Vorkommission* estava encarregada do que Adolf Laufs (Op. cit. loc. cit.) denominou de *kodifikatorische Vorarbeiten* (“trabalhos preparatórios de codificação”), parece ser mais adequada vertê-la para o português como uma “Comissão Preparatória”.

²³ DIETZ, Rolf. Goldschmidt, Levin. In. HISTORISCHEN KOMMISSION BEI DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964, I. v. 6. p. 617.

²⁴ Mesmo na literatura alemã, há alguma divergência sobre a composição desse comitê preparatório. Reinhard Bork (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 3., neubearb. Auflage. München: Mohr Siebeck, 2011. p. 16, nota marginal 34) menciona Levin Goldschmidt, Franz von Kübel, Ludwig Ritter von Neumayr, Hermann Schelling e Anton von Weber. Rosemarie Jahnel (*Kurzbiographien der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. In. JAKOBS, Horst Heinrich; SCHUBERT, Werner (Hrsg). *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einf., Biographien, Materialien*. Berlin-New York: De Gruyter, 1978. p. 69-72) também assinala Levin Goldschmidt, Hermann Ludwig von Schelling, Ludwig Ritter [cavaleiro] von Neumayr, Franz Philipp Friedrich von Kübel e Anton von Weber como membros da Comissão Preparatória. Sérgio Fernandes Fortunato (*Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Zeitschrift für das Juristische Studium*. v. 4., p. 327-338, 2009. p. 334, nota de rodapé 82) cita, de modo discrepante, os nomes de Levin Goldschmidt, Franz Kübel, Ludwig von Neumayr, Herrmann [com duplo “r”] Schelling e Albert Gebhard.

²⁵ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit. Nota marginal 8.

²⁶ HAFERKAMP, Hans-Peter. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) . In. BASEDOW, Jürgen; HOPT, Klaus J.; ZIMMERMANN, Reinhard; STIER, Andreas. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. v. 1. p. 121).

²⁷ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 343.

Há quem defenda ter ocorrido divergências entre Levin Goldschmidt, um homem pró-unificação alemã, e os demais representantes oriundos das “conservadoras monarquias do Sul” (Baviera, Württemberg e Saxônia), para os quais a codificação deveria ser uma mera compilação sistematizadora do Direito pré-existente e não uma fonte criadora de novo Direito²⁸.

2.2.2. A Primeira Comissão

Posteriormente, indicou-se a chamada “Primeira Comissão” (1874-1889), contando com a participação dos professores Bernhard Windscheid (até 1883)²⁹ e Paul Rudolf von Roth (1820-1892). Johann Gustav Karl von Mandry (1832-1902)³⁰ era professor honorário. O Governo também nomeou os juízes Gustav Theodor Friedrich Derscheid (1827-1890), Reinhold Johow (1823-1904), Heinrich Eduard Pape (1816-1888) e Gottlieb Karl Georg Planck (1824-1910). Da classe de altos servidores ministeriais, entraram Karl Dietrich Adolf Kurlbaum (1829-1906)³¹, Albert Gebhard (1832-1907) e Gottfried Ritter [cavaleiro] von Schmitt (1827-1908)³². Foram, ainda, convidados os juízes Franz Philipp Friedrich von Kübel e Anton von Weber³³, dois nomes que integraram a Comissão Preparatória³⁴.

A Primeira Comissão era diversificada e compreendia diferentes segmentos da comunidade jurídica alemã (juízes, professores e conselheiros ministeriais). Houve uma preocupação com o equilíbrio regional alemão³⁵, uma matéria

²⁸ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 344.

²⁹ Windscheid (1817-1892) é um dos mais importantes juristas alemães de todos os tempos. Sua obra é referência para o Direito Civil e também para o Direito Processual Civil. Sua obra magna é *Lehrbuch des Pandektenrechts*, publicada em três volumes, com traduções em diversos idiomas.

³⁰ Este último mencionado exclusivamente por Rosemarie Jahnel (Op. cit. p. 78).

³¹ JAHNEL, Rosemarie. Op. cit. p. 77.

³² Todos citados em: BORK, Reinhard. Op. cit. p. 16, nota marginal 35.

³³ JAHNEL, Rosemarie. Op. cit. p. 75.

³⁴ Nas fontes consultadas, especialmente Rosemarie Jahnel, Sérgio Fernandes Fortunato e Reinhard Borke, permanecem as discrepâncias quanto aos integrantes da Primeira Comissão. Desse modo, o leitor deve considerar a lista acima como meramente exemplificativa.

³⁵ Reinhold Johow, Gottlieb Karl Georg Planck e Karl Dietrich Adolf Kurlbaum eram da Prússia. Albert Gebhard representava Baden e Franz Philipp Friedrich von Kübel era de Württemberg. Relacione-se também o bávaro Gottfried Ritter [cavaleiro] von Schmitt; o renano Gustav Theodor Friedrich Derscheid; o saxão Anton von Weber. Windscheid e von Roth eram considerados membros “germanistas” e “romanistas”, dado que seus nomes ultrapassavam os limites territoriais e se aproximavam de um conceito de “nomes nacionais” (HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit. p. 121).

sensível, porque se percebia antigo o receio³⁶ de uma “*Borussifizierung*” [algo como uma “prussificação”, pois Borussia é o equivalente latino para Prússia] do Direito Civil, graças à força política prussiana na Alemanha unificada³⁷. A indicação de Bernhard Windscheid foi saudada como uma garantia de seriedade e do alto nível dos trabalhos a serem desenvolvidos³⁸.

A ordem dos trabalhos da Primeira Comissão baseou-se na divisão interna, cabendo a seus membros elaborar relatórios individuais, seguindo-se o modelo pandectista. A responsabilidade pela Parte Geral coube a Albert Gebhard. Von Kübel ficou com o Direito das Obrigações. O Direito das Coisas foi atribuído a Reinhold Johow. Gottlieb Karl Georg Planck respondeu pelo Direito de Família, ao tempo em que Gottfried Ritter [cavaleiro] von Schmitt relatou o Direito das Sucessões. A relatoria-geral recaiu sobre Heinrich Eduard Pape. A parte relativa ao Direito das Obrigações não foi totalmente concluída, em razão do falecimento de von Kübel em 1884³⁹.

Em 27 de dezembro de 1887, o presidente da Primeira Comissão apresentou à Chancelaria do *Reich* uma primeira versão do projeto [1. *Entwurf*, ou “primeiro esboço”), que foi publicada em janeiro de 1888⁴⁰, com o famoso *Motive* [Exposição de motivos]⁴¹. A divulgação desse trabalho abriu margem para críticas de alguns civilistas de língua alemã (vide item 2.4), além de elogios ao resultado dos esforços da Comissão. É provável que essa reação tenha sido maximizada pela

³⁶ Receio esse anterior mesmo à Lei Miquel-Lasker e que fora uma das causas da paralisação das tentativas de se codificar o Direito Civil para toda a Alemanha.

³⁷ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit. p. 1.705; JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 344.

³⁸ Como relata Carlos David Santos Aarão Reis (Op. cit. 124), “(...) Windscheid foi a figura principal da Comissão, nela exercendo um papel decisivo direta ou indiretamente. ‘No meu entender’, escreveu Jhering, quando designaram seu amigo para integrá-la, ‘ninguém entre nós romanistas seria mais indicado que tu para representar o Direito Romano naquela ocasião’”. Bela e sólida amizade unia os dois grandes romanistas e civilistas do final do século XIX. Por coincidência, ambos faleceram em 1982. Jhering em setembro e Windscheid em outubro. A proximidade de suas mortes causou enorme comoção nos meios jurídicos à época. Em janeiro de 1893, publicou-se nos Estados Unidos um obituário comum aos dois amigos, no qual se destacavam as diferenças de estilo e de personalidade entre eles: Windscheid, afirmava o autor do texto, era um tipo diferente de Jhering. Frio e lento em sua preleção, sem a elegância e o entusiasmo de um grande orador, a despeito disso, ele conseguia atrair milhares de estudantes a Leipzig graças a magia de seu nome e que se envolviam pela “profundidade de seu raciocínio, a clareza de sua análise” e a “lógica absoluta” de todo seu pensamento (MACK, Julian W. Windscheid and v. Jhering. *Harvard Law Review*, v. 6, n. 6, p. 317-318. p. 318).

³⁹ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit. p. 121.

⁴⁰ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit. p. 1.706.

⁴¹ “*Die Kommission legte nach 13 Jahren einen ersten Entwurf vor, der samt Begründung (‘Motive’) 1888 veröffentlicht wurde*” (SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg.). Nota marginal 8.

circunstância de que os trabalhos foram mantidos em sigilo, até sua divulgação oficial⁴². À falta de publicidade, deve-se somar o desinteresse dos governos das unidades do Império (com exceção da Baviera) sobre as discussões da Primeira Comissão⁴³.

As objeções ao esboço eram fundamentalmente de duas ordens: a) excesso de academicismo, o que impediria ao “primeiro esboço” compreensão da lei pelo povo, daí se falar em um código pouco “popular”⁴⁴; b) a baixa densidade social de seus dispositivos. Dizia-se que faltou uma “gota de óleo social”⁴⁵, expressão essa de significado bem invulgar, que remonta à tentativa de se aprovar uma constituição liberal para a Alemanha em 1848-1849, a famosa *Paulskirchenverfassung* [Constituição da Igreja de São Paulo, também dita *Frankfurter Reichsverfassung* (Constituição do Reich de Frankfurt)]. Os constituintes desejavam que a unificação alemã se desse sob o signo da legitimidade popular e não da velha fundamentação autocrática do poder. Os reis, inspirados nas Escrituras Sagradas, recebiam a unção dos óleos sagrados, o que confirmava seu direito divino à coroa, assim como era desde os tempos de Davi e Salomão. Na assembleia da Igreja de São Paulo, Ludwig Uhland declarou que o futuro soberano alemão só poderia receber a coroa após sua unção com uma gota do óleo democrático, um substitutivo aos *heilige Öle* [santos óleos].

Na crítica ao *BGB*, do óleo democrático passou-se a exigir a gota de óleo social, como forma de se legitimar a codificação⁴⁶.

Hans-Peter Haferkamp informa que as reações ao *1. Entwurf* também podem ser atribuídas a grupos de pressão das mais variadas origens, como os proprietários de terra prussianos, os comerciantes e industriais, além do movimento feminista, incomodado com o conservadorismo do relatório Planck sobre Direito de Família, a despeito do fato de que esses elementos, por sua natural desunião, jamais conseguiram exercer influência significativa nessa fase do processo de codificação⁴⁷.

⁴² SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit. p. 1.708 (sobre o sigilo dos trabalhos; a inferência sobre seu efeito é nossa).

⁴³ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 344.

⁴⁴ FORTUNATO, Sérgio Fernandes. Op. cit. p. 336.

⁴⁵ “*Tropfen sozialen Öls durchsickern*” (HORN, Norbert. Op. cit. item 5; BORK, Reinhard. Op. cit. p. 18, Nota marginal 41).

⁴⁶ Essa transposição da sentença sobre a gota de óleo democrático para óleo social é bem descrita por Franz Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2., unveränd. Nachdruck d. 2., neubearb. Auflage von 1967 Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, 1996. p. 470, nota de rodapé 7), para quem ela talvez se haja constituído em uma “réplica inconsciente” à frase de Ludwig Uhland.

⁴⁷ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit. p. 121.

2.2.3. *A Segunda Comissão*

Diante das críticas e da polêmica em torno do 1. *Entwurf*, o Governo Imperial deliberou instituir outro comitê, desta vez, formado não apenas por juristas, mas também por economistas e representantes de associações comerciais⁴⁸. A participação dos grandes partidos foi assegurada, exceto de membros do Partido Social-Democrata da Alemanha⁴⁹. Eclesiásticos e membros da comunidade judaica também foram convidados a participar da nova comissão⁵⁰, além de técnicos, proprietários de terras e representante do mercado financeiro.

A “Segunda Comissão” foi nomeada em 4 de dezembro de 1890, sob a relatoria-geral de Gottlieb Karl Georg Planck, que havia sido um ativista pela unificação alemã e colega de Johann von Miquel na fundação da Associação Nacional Alemã. Por esse tempo, von Miquel era ministro da Prússia e teve participação efetiva na indicação dos membros da Segunda Comissão⁵¹. Von Miquel considerava que, desta vez, o objetivo da comissão era menos uma questão de técnica legislativa e mais uma questão de substância legislativa⁵².

Integravam a comissão 10 participantes permanentes e 12 não permanentes. O comparecimento aos trabalhos foi irregular, quanto aos membros eventuais. Eram pessoas de diversas profissões e origens sociais. Vejam-se alguns deles: o catedrático de Direito Romano e de Direito Canônico Gotthold Julius Rudolph Sohm (1841-1917), Alexander Achilles (1833-1900), Karl Heinrich Börner (1844-1921), Hermann Carl Sigismund Struckmann (1839-1922), Karl August Ritter [cavaleiro] von Jacubezky (1845-1909, conselheiro ministerial do Reino da Baviera), Julius Robert Bosse (1832-1901), Friedrich Balduin Freiherr [barão] von Gagern (1843-1910, proprietário rural, descendente de famoso herói militar das Guerras Napoleônicas), Johannes Ernst Conrad (1839-1915, professor de Economia Política), Ludwig von Cuny (1833-1898, catedrático de Direito alemão), Bernhard Engelbert Joseph Danckelmann (1831-1901, engenheiro florestal e inspetor do Real Serviço Florestal), Ernst Leuschner (1826-1898, político e especialista em mineração) e Emil Russell (1835-1927, diretor de banco). Representando a classe dos proprietários rurais prussianos podem-se mencionar Otto Karl Gottlob Freiherr [barão] von Manteuffel-Crossen (1844-1913), político prussiano conservador e herói das guerras de unificação alemã, e Otto Heinrich von Helldorff-

⁴⁸ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit. Nota marginal 9.

⁴⁹ Em alemão, *Sozialdemokratische Partei Deutschlands –SPD*.

⁵⁰ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit. p. 122.

⁵¹ REIS, Carlos David Santos Aarão. Op. cit. p. 128.

⁵² JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 348.

-Bedra (1833-1908)⁵³. Uma anotação curiosa: cogitou-se de integrar Otto von Gierke à Segunda Comissão, ideia que contou com o apoio de Otto Karl von Oehlschläger (1831-1904), à época secretário de Estado da *Reichsjustizamt* [Escritório da Justiça do *Reich*, órgão que antecedeu o Ministério da Justiça do *Reich* – *Reichsministerium der Justiz*]. No entanto, a indicação não foi levada adiante graças ao veto da Baviera e de outros Estados do Sul, posto que gozasse do apoio da Prússia e da Saxônia⁵⁴.

Os trabalhos da Segunda Comissão ocorreram em sessões públicas, ao contrário de sua antecedente, e estenderam-se de 1891 até 1895. A segunda versão do projeto [“segundo esboço”, 2. *Entwurf*] foi enviada em 1885 ao *Bundesrat* [câmara alta do Parlamento do *Reich* alemão]. Em sua redação muito se aproveitou do 1. *Entwurf*, embora tenham sido oferecidas contribuições originais nesta fase da codificação.

2.2.4. O “terceiro esboço” e a aprovação do projeto

O “segundo esboço” revisto, após o exame do *Bundesrat*, foi enviado ao *Reichstag* [câmara baixa do Parlamento do *Reich* alemão], com o nome de “terceiro esboço” (3. *Entwurf*), no ano de 1896, acompanhado de uma bem fundamentada exposição de motivos.

Nesta última etapa, muitas reservas legislativas ao *BGB* foram aprovadas, mantendo-se em vigor alguns estatutos locais, que preservavam antigos costumes (muitos deles de cariz feudal) dos reinos, grã-ducados e principados alemães. Era a preservação do *Partikularrechte* em face do Código Civil. Os debates parlamentares centraram-se ainda nos pontos de maior conflito ideológico como o Direito de Família, o Direito Societário e as questões agrárias⁵⁵.

O projeto mereceu aprovação em 1.º de julho de 1896, com 222 votos favoráveis e 48 contrários⁵⁶. Houve eloquente oposição do Partido Social-Democrata da Alemanha, que considerava ser necessária a ampliação do “caráter social” do Código⁵⁷ e por não concordar com o tratamento dado às relações trabalhistas⁵⁸. A postura dos social-democratas, contudo, talvez haja sido mais retórica do que

⁵³ JAHNEL, Rosemarie. Op. cit. p. 57, 92, 95, 96, 98, 101, 103, 104, 105, 107; REIS, Carlos David Santos. Op. cit. p. 128

⁵⁴ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 348, nota de rodapé 35.

⁵⁵ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit. Notas marginais 9 e 10.

⁵⁶ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit. Nota marginal 9.

⁵⁷ HORN, Nobert. Op. cit. p. 42.

⁵⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law...* p. 13.

prática, na medida em que até eles consideravam ter sido a unificação legislativa operada pelo *BGB* como algo positivo para a classe operária⁵⁹.

A publicação da lei ocorreu aos 18 de agosto de 1896. Era prevista uma longa *vacatio legis*. Daí o *BGB* somente ter entrado em vigor no dia 1.º de janeiro de 1900⁶⁰.

2.3. O BGB e seus elaboradores: Uma questão de classe ou de ideologia?

Não é possível tomar partido sobre a real qualificação ideológica do *BGB* sem um entendimento de sua época de elaboração (e que época!) e sobre seus codificadores. Essa ciência é necessariamente interligada e poderá oferecer estimulantes leituras sobre os problemas levantados neste artigo.

A Alemanha do jovem imperador Guilherme II era uma nação ainda profundamente dividida em termos religiosos (católicos do Sul e protestantes do Norte), políticos (os governantes dos antigos reinos, grão-ducados e cidades livres e hanseáticas ainda exerciam relevantes parcelas de competência administrativa e legislativa) e de classe (as dissensões entre aristocratas, burgueses e o crescente operariado de uma Alemanha cada vez mais industrializada). A tentativa de conciliar tantos interesses e de esconder essas divisões internas estava fadada ao insucesso, pois a marcha histórica era implacável. As autocracias não poderiam mais resistir ao novo século XX e às exigências das chamadas “classes médias” e do operariado. Não é sem razão que, de entre as grandes potências monárquicas na Primeira Guerra Mundial – Alemanha, Áustria-Hungria, Rússia e Grã-Bretanha-, esta última foi a que solitariamente conseguiu manter seu sistema político intacto, durante e após a conflagração mundial. A causa disso estava nas reformas democráticas dos governos liberais de Herbert Henry Asquith (1852-1928), posteriormente nobilitado como conde de Oxford e Asquith, e David Lloyd George (1863-1945), também feito nobre, com o título de conde Lloyd George de Dwyfor⁶¹, que seguiram uma trajetória de democratização do sistema político britânico iniciada

⁵⁹ JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 352.

⁶⁰ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg). Op. cit. Nota marginal 10.

⁶¹ Suas reformas alcançaram o campo econômico e político, ao exemplo da aprovação de leis previdenciárias no período de 1908-1915 (o que já havia ocorrido na Alemanha no final do século XIX) e do Ato do Parlamento de 1911, que restringiu drasticamente o poder da *House of Lords*, a câmara alta britânica, de natureza aristocrática. Nesse período, também se aprovaram leis que aumentaram pesadamente a carga tributária sobre os proprietários rurais.

na administração do conservador Benjamin Disraeli (1804-1881)⁶² e cujas raízes são bem mais avoengas, porque anteriores ao Oitocentos⁶³.

É bem difundido o conceito de *Sonderweg*, traduzível, com alguma licença, como “caminho especial”, a significar o modo peculiar de transição de uma sociedade aristocrática para a democracia, o que distinguiria a experiência da Alemanha de outros países europeus. Essa “terceira via” alemã era defendida em sua política externa como uma alternativa ao liberalismo franco-inglês e ao despotismo religioso russo. O Estado imperial teria um caráter centralizador, hierárquico e fundado na liderança do *Kaiser*, ao tempo em que conseguiria cultivar os valores do laicismo e da solidariedade social, por atender às demandas por leis previdenciárias e trabalhistas avançadas (o que realmente ocorreu, antes das democracias liberais). Em geral, a correlação entre o “peculiar caminho” e o sistema jurídico alemão do final do século XIX é pouco examinado, apesar de se constituir um objeto de investigação “extremamente promissor”, como defende Michael John⁶⁴.

Nesse aspecto, a análise de Michael John, que se louva em estudos de David Blackburn e Geoff Eley⁶⁵ ajusta-se, em muitos pontos, a uma originalíssima tese de Fritz K. Ringer, que se consolidou no livro *O declínio dos mandarins alemães*⁶⁶, quanto à classe dos professores e cientistas.

O estudo de Fritz K. Ringer é específico da comunidade acadêmica alemã no período de 1890 até 1933. O marco inicial é, portanto, a plena industrialização da sociedade e da economia alemãs. Os “professores”, a poderosa classe que representava a elite intelectual do novo país, começaram a se ressentir do caráter

⁶² Ele próprio um exemplo da democratização da sociedade britânica, pois era um judeu sefardita, de origens portuguesas e italianas, sem qualquer conexão familiar com a aristocracia, que se tornou o mais poderoso primeiro-ministro da segunda metade do século XIX. Ele foi nobilitado pela rainha Victoria, sua amiga pessoal, e tornou-se conde de Beaconsfield.

⁶³ Essa comparação entre o modelo britânico e o modelo das monarquias continentais é também possível quanto à Revolução Francesa e aos conflitos militares posteriores, as famosas Guerras Napoleônicas. Em outra ocasião, já se afirmou a esse respeito: ‘É no século XIX que o Liberalismo atinge seu apogeu. As tropas napoleônicas arrasaram as casas reais e dinastias europeias. Antigos reis normandos da Sicília eram expulsos e refugiavam-se na esquadra do Almirante Horatio, Lord Nelson, numa belíssima metáfora da Inglaterra socorrendo o passado quando já construía seu futuro em sólidas bases capitalistas, embora mantivesse as velhas e seguras formas e aparências medievais’ (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da improvisação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 4).

⁶⁴ JOHN, Michael. The peculiarities of the German State: Bourgeois law and society in the imperial era. *Past & Present*, n. 119, p. 105-131, may, 1988. p. 106.

⁶⁵ BLACKBOURN, David; ELEY, Geoff. *The peculiarities of German history. Bourgeois society and politics in nineteenth-century Germany*. Oxford: Clarendon, 1984.

⁶⁶ RINGER, Fritz K. *O declínio dos mandarins alemães: A comunidade acadêmica alemã, 1890-1933*. Traduzido por Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edusp, 2000.

pragmático (e anti-idealista) e tecnicista (e anti-reflexivo) das novas gerações, além de se insurgirem contra a ampliação, por eles julgada excessiva, do acesso à universidade e a banalização dos títulos acadêmicos⁶⁷. Esse aparente elitismo dos professores alemães era o resultado de que eles se tornaram uma nova aristocracia, os ditos *mandarins*, que dão o título ao livro de Ringer⁶⁸. Eles nada deviam à intrepidez de seus antepassados, ao sangue ou às armas, elementos que ambos conferiam ao nobre tradicional seu *status* no Governo e na sociedade⁶⁹. Eles eram a nobreza do intelecto. O imperador deles não poderia prescindir para administrar a nação com a necessária legitimidade, que só era conferida pelo mérito. Essa condição especial dos professores seria lentamente arruinada nas três primeiras décadas do século XX, com especial relevo após a Primeira Guerra. A decadência veio acompanhada do achatamento remuneratório (algo bem semelhante ao que se deu com a magistratura) e da desvalorização profissional⁷⁰.

O universo acadêmico era, portanto, inacreditavelmente complexo para se atribuir ao BGB um puro e simples qualificativo de código “burguês” ou “liberal”. E há quem sustente, na linha da autonomia da classe dos professores, o objetivo de usar a legislação como instrumento de se sujeitar o imperador ao *Rechtsstaat* e à necessidade de respeitar os direitos individuais, a propriedade e a autonomia privada⁷¹.

Nas subseções anteriores, teve-se o cuidado de narrar a evolução das comissões, indicando quais eram seus principais membros e suas origens profissionais e de classe. Nesses comitês havia: a) professores universitários; b) juízes; c) conselheiros e assessores ministeriais de alto nível; c) aristocracias rurais; d) políticos; e) ex-militares; g) engenheiros, economistas e banqueiros. Em cada uma das

⁶⁷ RINGER, Fritz K. Op. cit. p. 55-72.

⁶⁸ RINGER, Fritz K. Op. cit. p. 24-25.

⁶⁹ “A posição incomumente destacada do professor universitário na sociedade alemã também era enfatizada de outras formas. Ainda tinha grande importância o vago senso de ‘proximidade do trono’. Num sistema em que os cargos públicos eram cuidadosamente relacionados entre si, o topo da hierarquia acadêmica equivalia quase ao nível ministerial na burocracia regular” (RINGER, Fritz K. Op. cit. p. 51).

⁷⁰ “Depois de 1921, aparentemente, os altos funcionários públicos e os professores universitários em particular enfrentaram no trabalho uma desvantagem dual característica. Embora seus rendimentos se tenham evaporado, seu *status* continuou elevado por muito tempo. Sua posição social continuou a exigir um estilo de vida dispendioso, de sorte que era difícil para eles deixar de gastar mais do que podiam. Isso lhes deu a aparência de uma classe dominante ultrapassada e aumentou inevitavelmente sua insatisfação com o ambiente moderno. A inflação apenas deu continuidade àquelas mudanças sociais que já haviam começado com o *boom* industrial do final do século XX; mas acelerou-as o suficiente para transformá-las numa revolução” (RINGER, Fritz K. Op. cit. p. 73-74).

⁷¹ JOHN, Michael. The peculiarities of the German State... p. 108.

etapas do processo de codificação, era perceptível a existência de tensões políticas entre esses atores.

A análise do que se passou entre 1870–1896 é mais que tudo a comprovação da incoerência da tese de que seria exitoso o “caminho especial” (*Sonderweg*), capaz de superar as contradições já assinaladas de uma Alemanha rural e industrial; aristocrática, burguesa e operária; católica e protestante, sem a mediação de instrumentos democráticos. Não se pode esquecer que o imperador enxergava-se como um “pai da classe trabalhadora” e que os operários encontrariam nele o anteparo à exploração dos capitalistas⁷². E foi nesse período que a Alemanha efetivamente se tornou uma nação industrializada, com todos os problemas sociais daí advindos e já experimentados pelo Reino Unido na primeira metade do século XIX. E é evidente (vide seção 7) que a sociedade do Oitocentos foi marcada pelo liberalismo econômico, o que gerou fortes reações de juristas socialdemocratas ou socialistas, como se descreverá na subseção 2.4⁷³.

É importante destacar, ainda, outro aspecto muito peculiar da codificação civil alemã: o *BGB* foi elaborado, especialmente na Segunda Comissão, com o contributo de não juristas. Franz Wieacker reconhece essa característica, salientando que os leigos foram convidados para emprestar aos teóricos um pouco de seu conhecimento da vida prática e, desse modo, adequar o criticado “primeiro esboço” às exigências do mundo real⁷⁴. Outra forte crítica lançada contra o *BGB* está na linguagem excessivamente técnica, cuja compreensão pelo homem comum seria bem difícil. A responsabilidade por esse problema deveria ser atribuída aos *Katheder*, que germanizaram expressões do Direito Romano, tornando-as pouco palatáveis para o alemão falado no cotidiano⁷⁵.

⁷² A chamada *Sammlungspolitik* é um exemplo dessa política institucional de se reunir os alemães, de todas as classes, em torno dos “consensos sobrepostos” e, com isso, eliminando-se as divergências internas, de modo a permitir a consecução dos grandes projetos nacionais. É curioso que Johann von Miquel, o líder liberal e patrono da codificação civil, tenha sido um dos executores da *Sammlungspolitik* (RÖHL, John C.G. *Deutschland ohne Bismarck: Die Regierungskrise im 2. Kaiserreich*. 1890–1900. Tübingen: Wunderlich, 1969. p. 251).

⁷³ O papel da jurisprudência no tratamento das questões econômicas não pode ser desprezado. A Lei da Economia alemã (*Gewerbeordnung*, que remonta à prussiana de 1845), ao contrário do que se deu nos Estados Unidos da América na década de 1890, com a edição do *Sherman Act*, não proibiu cartéis (*Syndikate*). O *Reichsgericht* [Tribunal do *Reich*, máxima instância judicial na época], em 1897, antes da vigência do *BGB*, considerou que os cartéis geravam efeitos econômicos positivos para a sociedade, na medida em que a união de esforços e a dominação de mercados era o resultado de uma boa gestão e da qualidade de produtos oferecidos ao público. Essa decisão atraiu a fúria de muitos socialistas e socialdemocratas (cf. SCHMOECKEL, Mathias. *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. Notas marginais 375–386).

⁷⁴ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit...* p. 472–473.

⁷⁵ LAUFS, Adolf. Op. cit. p. 301–302.

Embora Wieacker não lhes conceda o mérito de haver superado o pandectismo da Primeira Comissão, a simples presença desses não juristas é um fator que desequilibra a tese do dogmatismo do *BGB* e de seu alheamento à realidade de sua época. E não eram esses leigos simples especialistas, mas homens de grande prestígio em suas áreas de conhecimento, ao exemplo de Bernhard Engelbert Joseph Danckelmann, uma autoridade respeitada na área florestal. E note-se que houve conflito entre os leigos e os não leigos, como se queixou Johannes Ernst Conrad, o economista que integrou a Segunda Comissão⁷⁶.

Os participantes do processo de codificação não eram fieis executores da vontade do Governo ou do imperador. Sua condição de *mandarins* tornava-os cônscios de seu valor, independentemente de títulos de nobreza. Nas notas biográficas Rosemarie Jahnel, largamente usadas neste trabalho, percebe-se que as nobilitações da maior parte dos comissários ocorreu nos últimos anos do século XIX ou após 1901. Muitos dos professores – Gotthold Julius Rudolph Sohm, Bernhard Windscheid e Albert Gebhard – não foram nobilitados, ao contrário dos dois maiores críticos do projeto, Anton Menger von Wolfensgrün e Otto Friedrich von Gierke (1841-1921), um respeitado professor universitário que recebeu um título de nobreza em 1911⁷⁷ e passou a adotá-lo em todas as suas publicações.

2.4. O esquecimento dos pobres e o caráter liberal do BGB

O respeito da dogmática brasileira pelo *BGB* não é desacompanhado de referências sobre seu caráter liberal e o esquecimento dos pobres⁷⁸. Essa crítica é

⁷⁶ A queixa foi reproduzida, em inglês, por Michael John (The peculiarities of the German State... p. 117): “In general, the professional jurists stuck together too much for a fundamental revision [of the code] from an economic standpoint to be possible and they naturally found support from other members of the commission, who on account of a lack of understanding assured them of a majority”.

⁷⁷ Ele recebeu o título de Adel [fidalgo] e passou a ostentar a partícula “von” em seu nome e também nas publicações acadêmicas. Von Gierke é muito conhecido por suas relevantes contribuições para a teoria da pessoa jurídica, as sociedades e para a formulação do conceito de função social da propriedade.

⁷⁸ Alguns exemplos dessa visão do *BGB* e de sua influência liberal no Brasil: RÊGO, Nelson Melo de Moraes. *Da boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito do consumidor e outros estudos consumeristas*. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2009. p. 44; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. seção XIV; AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista Forense*, v. 102, n. 385, p. 87-100, maio/jun. 2006. p. 90. Quanto à reprodução dos conceitos alemães sobre o liberalismo do *BGB*: GOMES, Otlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed., 2. tiragem. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Parágrafo 43. Sob o aspecto processual da tutela do credor, no caso de inadimplemento de obrigação da qual dependesse sua atuação volitiva, há uma interessante divergência em um artigo de Guilherme

devedora da obra de Anton Menger von Wolfensgrün (1841-1906), um jurista austro-húngaro que lecionou na Universidade de Viena e ocupou funções políticas importantes no Governo Imperial e Real. Menger é muito conhecido (e citado) por seu clássico livro “*Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*” [literalmente, *O Direito Civil e as classes populares despossuídas*⁷⁹: Uma crítica ao projeto de Código Civil para o *Reich* alemão], publicada por H. Laupp, de Tübingen, no ano de 1890, que ganhou o título (em espanhol) “*El Derecho Civil y los pobres*” [O Direito Civil e os pobres], versão que é muito difundida no Brasil⁸⁰. Não deixa de ser peculiar o fato de que a visão brasileira sobre o liberalismo do *BGB* orientou-se primordialmente pelas lições de Menger, ao passo que, na Alemanha, seu impacto foi consideravelmente menor⁸¹.

Menger, até por sua origem de classe e sua fidelidade à Monarquia Dual, de quem foi servidor, nunca se filiou a partidos políticos, nem teve militância política. Seus estudos eram conectados ao que veio a ser chamado de “socialismo jurídico”, embora seu legado intelectual seja até hoje muito polêmico, até em razão de suas (veementes) críticas ao trabalho de Karl Marx⁸². Segundo Anton Menger, o pensamento marxiano era excessivamente louvado em fundamentos economicistas e historicistas. O verdadeiro socialismo reconduziria a um sistema baseado no entrelaçamento de três direitos fundamentais: a) o direito ao produto integral do trabalho; b) o direito à assistência; c) o direito ao trabalho⁸³.

As concepções mengerianas foram duramente atacadas pelos seguidores de Marx, em uma réplica escrita inicialmente por Friedrich Engels (o que denota

Puchalski Teixeira (O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. *Revista Forense*, v. 102, n. 388, p. 93-108, dez. 2006. Nota de rodapé 9), no qual ele afirma ter a Alemanha se conservado alheia ao pensamento liberal, porquanto “lá se mantiveram presentes até os dias atuais, mecanismos sancionatórios de *coerção* – v.g. multa diária e prisão civil, intimamente ligados a uma noção *publicista* do processo, a qual gerava a punição de todo aquele que violasse a autoridade do Estado”.

⁷⁹ A tradução italiana prefere “*O Direito Civil e o proletariado*”.

⁸⁰ Há uma edição argentina (*El Derecho Civil y los Pobres. Versión española, revisada y corregida*, de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947) e outra espanhola, com mesmo tradutor, publicada em 1998, pela editora Comares, de Granada.

⁸¹ Quanto à baixa influência das críticas de Menger na Alemanha: WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit...* p. 470).

⁸² MÜLLER, Eckhart. Menger, Anton. In: HISTORISCHEN KOMMISSION BEI DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg). *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Duncker & Humblot, Berlin 1994. v. 17. p. 71-74.

⁸³ DI CECCA, Dario. “Il socialismo dei giuristi”: Per una ricerca sul socialismo giuridico francese. *Historia et ius: Rivista di Storia Giuridica dell’Età Medievale e Moderna*. v. 3, paper 13, p. 1-10, 2013. p. 5.

a importância dada ao civilista austro-húngaro) e concluída por Karl Kautsky⁸⁴, com publicação em 1897, na revista *Die Neue Zeit*, periódico do Partido Social-Democrata alemão⁸⁵. Para os críticos de Menger, os argumentos históricos e econômicos fundamentavam a tese de que o Direito nunca fora capaz de transformar as estruturas sociais. A “concepção jurídica” seria tipicamente burguesa e havia retirado Deus da centralidade do Direito e colocado, em seu lugar, o homem. O “direito humano” sucedeu ao “direito divino”, assim como o Estado teria substituído a Igreja⁸⁶.

Essa polêmica entre Menger e Kautsky, que se tornou célebre, não impediu o desenvolvimento da categoria “socialismo jurídico”. Como salienta Dario Di Cecca, o surgimento do “socialismo jurídico” deu-se no último quartel do século XIX, no contexto da crise da Escola Exegética em França e em consequência da publicação do Manifesto Comunista, de Marx, além das teorias de Charles Darwin e de Herbert Spencer⁸⁷.

O “socialismo jurídico” pode ser analisado a partir de diferentes acepções, tal sua plurivocidade. A primeira delas compreende um espectro de autores e ideias tão amplo que corre o risco de ser confundido com o “solidarismo jurídico” e a “socialização do Direito”. Nessa chave encontrar-se-iam nomes como Claude Henri de Saint-Simon, Georges Sorel, Ernest Glasson, Léon Duguit, Léon Bourgeois, Louis Josserand e Edouard Lambert, além de Joseph Charmont, Raymond Saleilles e François Géný, embora, especialmente os três últimos, nem todos possam ser tidos como socialistas e sim, de modo mais adequado, como representantes de uma visão mais social do Direito⁸⁸.

⁸⁴ Karl Kautsky (1854-1938), nascido em Praga, ainda parte integrante do Império Austro-Húngaro, cursou História e Filosofia na Universidade de Viena e foi um dos criadores da socialdemocracia no século XIX. Tendo morado em Londres, conheceu Friedrich Engels e colaborou na edição do quatro volume do livro *Das Kapital*, de Karl Marx. A revista *Die Neue Zeit* foi por ele fundada em 1882 e, até 1917, ele respondeu por sua editoria. Após a Primeira Guerra Mundial, ele caiu em desgraça junto aos bolcheviques. Vladimir Ilich Ulianov, cognominado Lênin, dedicou-lhe o opúsculo “A Revolução Proletária e o renegado Kautsky” (1918), cujo título é autoexplicativo sobre a situação de Kautsky perante os comunistas russos. Esse texto está disponível em português: <http://www.dorl.pcp.pt/images/classicos/t28t044.pdf>. Acesso em 30-9-2013.

⁸⁵ DI CECCA, Dario. Op. cit. p. 5.

⁸⁶ DI CECCA, Dario. Op. cit. p. 5.

⁸⁷ DI CECCA, Dario. Op. cit. p. 1.

⁸⁸ Esse caráter plurívoco do “socialismo jurídico” e da “socialização do Direito” é tão notável que, em 1917, James Harrington Boyd (Socialization of the Law. *American Journal of Sociology*, v. 22, n. 6, p. 822-837, may. 1917) afirmava que a “socialização do Direito” poderia significar o uso das leis (*statutes*) federais e estaduais para ajustar os princípios legais à realidade econômica dos Estados Unidos, por meio de uma maior intervenção nos mercados e nos serviços de interesse público, além da melhoria das condições de trabalho. Enfim, uma forma de se assegurar o *social welfare*.

Se for tomada uma acepção mais estrita de “socialismo jurídico”, o número de representantes cairia drasticamente, o que açambarcaria os franceses Emmanuel Lévy, Charles Andler e André Mater, além dos italianos Enrico Ferri, Cesare Vivanti e Enrico Cimbali⁸⁹.

Na Alemanha, Otto Friedrich von Gierke também se ergueu contra o projeto do *BGB*, após a publicação do “primeiro esboço” (*1. Entwurf*) em 1887⁹⁰. Para ele, o futuro código civil mais parecia com um *Pandektenkompendium*, o que produziria uma lei formalista, antissocial, abstrata e esquemática. A nova legislação seria um instrumento de opressão dos pobres e fracos. Sendo clássica sua frase de que a liberdade contratual converter-se-ia em uma arma nas mãos do forte e uma espada com lâmina cega nas mãos do fraco, servindo à opressão do primeiro sobre o segundo e ao abuso do poder econômico no âmbito dessas relações⁹¹.

Outra censura de von Gierke, que raramente é objeto de referência, consistia na denúncia do abandono das tradições jurídicas “alemãs” em detrimento de conceitos estranhos, derivados do Direito Romano⁹². As raízes dessa crítica guardam estirpe em debates do século XVIII entre romanistas e civilistas, que disputavam a prevalência do Direito Romano com o *ius commune* (no sentido de um “direito geral alemão”), este último mais representativo da especificidade e da nacionalidade alemã. Essa tese, assim como várias outras deste período, voltaria a ser brandida no período hitlerista, a ponto de os nazistas defenderem oficialmente a extinção das cátedras de Direito Romano das universidades alemãs (vide seção 6).

É correto afirmar que autores como Menger, Gierke e, na Itália, Enrico Cimbali, deram ênfase à necessidade de uma transformação social nos Estados europeus, que o crepúsculo do século XIX começava a deixar entrever e cujo efeito se revelaria de maneira trágica nas décadas iniciais do século XX, com a Revolução Russa e a Primeira Guerra Mundial.

O Direito Civil, por diversas razões, foi o epicentro da crítica desses autores, que clamavam por uma ampla transformação de seus institutos. Uma passagem

⁸⁹ DI CECCA, Dario. Op. cit. p. 3-4.

⁹⁰ SCHULTE-NÖLKE, Hans. Op. cit. 1707.

⁹¹ Essas críticas concentram-se nos livros *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (Leipzig: Dunker & Humblot, 1889), disponível em <http://dlib-pr.mpijg.de/m/kleio/0010/exec/books/%22139686%22>. Acesso em 27-9-2013, e na separata *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlin: Springer, 1889), disponível em <http://fama2.us.es/fde/ocr/2008/dieSocialeAusgabeDesPrivatrechts.pdf>. Acesso em 28-9-2013.

⁹² JOHN, Michael F. The politics of legal unity in Germany... p. 346-347.

de Enrico Cimbali, tão poética quanto impressiva por sua eloquência, conseguiu captar esse estado de coisas⁹³:

Um desejo profundo de novidade, uma mania febril de reforma em todas as esferas múltiplas da vida, da sciencia, da arte, oprime e agita violentamente as fibras da sociedade moderna. Nenhum sistema, nenhuma instituição, nenhum organismo científico, artístico, social, ainda que tenha o selo e a consagração dos séculos, se considera como inviolável e sagrado. Tudo cai e se transforma, a nossas vistas, sob o martelo inexorável da crítica, sob impulso irresistível de novas necessidades.

Entretanto, como nau encantada a navegar sobre as águas revoltas do oceano, cheio de cadáveres e moribundos, o Direito Civil parece inteiramente insensível a todas essas modificações. Forma coeva a muitas outras, que desapareceram ou se transformaram, o Direito Civil, tal como nos foi transmitido pelo Direito Romano, depois de ter resistido ao torvelinho social da Idade Média, só com mui ligeiras alterações passou para o Direito moderno e parece ainda destinado, tal como nos veio da antiguidade latina, a dirigir as sociedades futuras⁹⁴.

Anton Menger von Wolfensgrün, Enrico Cimbali e Otto Friedrich von Gierke deixaram suas marcas na doutrina brasileira do século XX, no que se refere à crítica sobre o caráter socialmente atrasado do Direito Civil e, por consequência, do *BGB*⁹⁵. Embora se deva tomar posição quanto a inseri-los no rol dos “socialistas jurídicos”, um espectro excessivamente amplo, como já se enalteceu, ou no campo dos “juristas marxistas”, algo mais próximo da tradição de autores como Uvgeny Bronislanovich Pasukanis (1891-1937)⁹⁶. Nem sempre essa diferenciação

⁹³ Manteve-se a ortografia original, a fim de conservar o sabor do estilo. E essa é uma visão compartilhada, até hoje, por amplos setores da dogmática alemã: HAMMEN, Horst. Consumidores, investidores privados e não profissionais: cem anos de proteção dos mais fracos no direito alemão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, n. 72, p. 263-281, out./dez. 2009.

⁹⁴ CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil em suas relações economicas e sociaes*. Tradução de Adherbal de Carvalho. Porto: Livraria Chardron, 1900. p. 13. A versão original é *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*: con proposte di riforma della legislazione civile vigente, publicado em Turim, pela Unione Tipografico-Editrice (UTET), em terceira edição, no ano de 1895.

⁹⁵ MEIRA, Silvio (Os códigos civis e a felicidade dos povos. *Revista de informação legislativa*, v. 30, n. 117, p. 397-418, jan./mar. 1993. p. 158), embora retire mérito às ideias marxistas, invoca a autoridade de Menger para reafirmar o esquecimento dos “deserdados da sociedade” pelo *BGB*. Sobre o caráter liberal tardio do *BGB*, também por influência de Menger e Gierke: COSTA, Dilvanir José da. Trajetória da codificação civil. *Revista dos tribunais*, v. 93, n. 825, p. 729-736, jul. 2004.

⁹⁶ Autor de obra clássica da chamada “teoria crítica do Direito”, intitulada *Teoria Geral do Direito e marxismo*, que foi traduzida para o português, a partir da versão francesa, por Silvio Donizete Chagas, com publicação em São Paulo, no ano de 1988, pela editora Acadêmica.

está presente na doutrina brasileira e ela é bastante relevante para a compreensão dos objetivos e do alcance teórico dos escritos de Menger, Cimbali e Gierke⁹⁷.

2.5. *A importação e a adaptação dos consensos sobre o BGB para o Código Civil de 1916*

O consenso alemão sobre o “liberal” do *BGB*, aceito por grande parte da doutrina da segunda metade do século XIX⁹⁸, foi transposto para o Código de 1916, com todas as consequências práticas daí oriundas.

O século XIX foi realmente uma era *liberal*. Quem haverá de o negar? Não há como se recusar esse qualificativo, até por uma evidente decorrência das revoluções francesa e industrial. Mas, esse é um ponto que admite novas interpretações, como se tentará demonstrar na seção 3. O *liberalismo manchesteriano*, de um membro do Parlamento britânico, em defesa do livre-comércio, seria o mesmo *liberalismo* de um deputado brasileiro na Assembleia do Império, argumentando contra a emancipação dos escravos? O Brasil do século XIX, atrasado, rural e centralista, pode ser realmente considerado um exemplo de liberalismo econômico? É efetivamente adequado aceitar acriticamente que o Código Civil alemão seria um texto legislativo liberal? E o que se entende por liberal?

Quanto ao Código Beviláqua, é bom citar algumas conclusões de Venceslau Tavares Costa Filho sobre esse pretensão liberalismo da codificação de 1916⁹⁹: a) os argumentos liberais serviram, no século XIX, para diferentes agendas, ora em defesa de maior intervenção do Estado nos negócios privados e nas relações familiares, ora em prol de controles estatais mínimos, como se observa dos debates sobre a escravidão e o papel da autonomia dos proprietários de terra escravagistas¹⁰⁰; b) o liberalismo econômico no Brasil do século XIX seria contraditório com o

⁹⁷ Jefferson Carús Guedes (*Desigualdade e igualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Edição do Autor, 2012, p. 44-53) apresenta uma original sistematização ideológica e teórica do igualitarismo nas perspectivas utilitarista, marxista e liberal. Em outra passagem, Jefferson Carús Guedes (Op. cit. p. 134) acentua que: “Tradicionalmente a desigualdade jurídica era identificada predominantemente no plano da riqueza econômica, na capacidade de litigar, como o fez ANTON MENGER. Essa tendência vem rapidamente mudando no último século, com visões mais complexas e multidimensionais da desigualdade qualitativa, que consideram características étnicas, culturais, instrucionais e outras e, também, quanto a aspectos de modulação quantitativa. Para além disso, há uma diversidade nominativa e conceitual de desigualdades jurídicas, merecedoras de atenção pelo menos superficial”.

⁹⁸ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 750.

⁹⁹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Um Código “social” e “impopular”: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916)*. Tese de Doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

¹⁰⁰ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Op. cit. p. 61-62.

perfil constitucional da liberdade de religião e de culto, na medida em que a fé católica, nos termos da Constituição do Império, era oficial e as demais religiões só se poderiam professar em templos descaracterizados¹⁰¹; c) os “reclamos sociais” não foram ignorados por Clóvis Beviláqua, em seu projeto de Código Civil, que defendeu a necessidade de “o individualismo deve ceder organicamente diante dos fins sociais do Estado, de modo que os Códigos de Direito Privado devem ser Códigos de Direito Privado social”¹⁰². De tal modo, Beviláqua “entendia que a liberdade de contratar não é absoluta, que previa a figura da lesão em seu projeto de Código Civil, entre os defeitos do negócio jurídico. Tal instituto veio a ser suprimido posteriormente nas revisões feitas na Câmara e no Senado”¹⁰³.

Convém, agora, apreciar as nuances da clivagem *conservador-liberal* e seus reflexos no Direito Civil.

3. A clivagem conservador-liberal e sua aplicação ao Direito

Ultrapassa os limites do Direito Privado o problema, cada vez mais complexo atualmente, de se departir liberais e conservadores no espectro político-ideológico.

Nos Estados Unidos da América, onde persiste uma divisão objetiva da sociedade entre democratas e republicanos, o presidente Barack Hussein Obama elegeu-se com base em uma agenda de maior intervencionismo nos serviços públicos (a criação do serviço estatal de saúde, por meio da lei conhecida como *Obamacare*) e nos mercados financeiro e imobiliário, com a introdução de mecanismos de controle regulatório mais duros pela *Federal Reserve*. Em paralelo, a plataforma eleitoral do candidato democrata indicava o afrouxamento das leis anti-imigração e a defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Os norte-americanos costumam definir os democratas como “*liberals*” ou, de modo mais específico, “*left-liberals*”. No Brasil, são definidos como liberais os partidos defensores da abertura dos mercados, da redução da carga tributária, da mínima intervenção “econômica” e “na economia” do Estado, da livre iniciativa e da privatização das empresas estatais. Essas ideias foram defendidas e efetivamente aplicadas no Reino Unido nos anos 1980-1990 pelo Partido Conservador, na onda do *thatcherismo*¹⁰⁴.

¹⁰¹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Op. cit. p. 76.

¹⁰² Uma questão geralmente pouco considerada é a demarcação entre o Projeto Beviláqua e o Código Civil aprovado em 1916.

¹⁰³ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Op. cit. p. 201.

¹⁰⁴ Conceito relativo à administração da primeira-ministra britânica Margareth Hilda Thatcher (1925-2013), nobilitada como Baronesa Thatcher, nos anos de 1979-1990, marcada pela privatização de empresas estatais, instituição de um novo modelo regulatório de serviços públicos e pelo estímulo à livre-iniciativa.

Tais exemplos são eloquentes para se demonstrar a dificuldade de caracterização de pessoas, grupos ou de leis como *liberais* ou *conservadoras*. E tal se percebe com maior clareza quando também se põe em evidência a clivagem *esquerda-direita*. O Partido Democrata, nos Estados Unidos da América, e o Partido Trabalhista, no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, seriam representativos de um pensamento de esquerda. Daí se referir, especialmente na América do Norte, aos democratas como *left-liberals* (liberais de esquerda), o que torna ainda mais confusa essa classificação. Nos países do Leste Europeu, em muitas análises políticas ou jornalísticas sobre o equilíbrio de forças entre os antigos partidos comunistas e seus opositores históricos (antigos monarquistas, simpatizantes do modelo capitalista ocidental ou dissidentes ligados aos direitos humanos ou ao meio-ambiente), costuma-se dizer que os comunistas (ex-comunistas, neocomunistas ou socialistas) seriam os *conservadores*.

No final do século XX e início do século XXI, duas novas questões perturbaram profundamente a clássica divisão entre *conservadores* e *liberais*. A primeira está na explosão do movimento ambientalista. Os defensores do meio-ambiente são chamados de ecologistas, ambientalistas e conservacionistas. Tem-se uma curiosa associação de valores ambientais e conservadores, como se nota da realidade política alemã. Não haveria nada mais conservador do que um membro do Partido Verde e, nesse sentido, ter-se-ia uma convergência natural dos eleitores de tendência religiosa (como são os do CDU)¹⁰⁵ e os verdes.

Em segundo lugar, a clivagem *conservadorismo-liberalismo* tem-se mostrado incoerente no campo da moral e dos bons costumes, cuja sede material estava e está ainda hoje no conceito de família. O conservadorismo em costumes foi, até pouco tempo, uma nota distintiva de partidos como o Republicano (Estados Unidos da América), o Conservador (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), a Democracia-Cristã (Alemanha), o Popular (Espanha) ou o Social Democrata (Portugal). A defesa da família dita tradicional afastou essas agremiações (e seus eleitores) de temas como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o aborto, as uniões simultâneas e o controle de natalidade. Hoje, no entanto, essa monolítica orientação quanto aos costumes sociais está repleta de fissuras. Abstraindo o aborto e o controle de natalidade e ficando-se apenas nas uniões não heterossexuais (aí compreendidos outros arranjos), salvo evidentes exceções, o Partido Conservador, a despeito de forte resistência interna, abandonou suas restrições ao

¹⁰⁵ *Christlich Demokratische Union Deutschlands*, em português, União Democrata-Cristã da Alemanha. No Sul da Alemanha, seu correspondente, de matriz católica, é a União Social-Cristã na Baviera (em alemão, *Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.*

tema¹⁰⁶. No Partido Republicano, existem muitos dissidentes, cada vez mais fortes, diga-se, à vedação jurídica às famílias constituídas fora dos esquemas clássicos.

Nos países de tradição socialista, durante todo o século XX, prevaleceu um rígido controle da moral sexual. A despeito da valorização da mulher, da liberdade quanto ao seu corpo, e da igualdade na assunção de atividades econômicas e profissionais, os regimes comunistas foram tradicionalmente “conservadores” em matéria de costumes.

É bem provável que a perda de referencial simbólico, ideológico e também jurídico das expressões “liberal” e “conservador” haja sido causada pela ruptura histórica representada pelo fim da experiência do “socialismo real” na Rússia e na Europa do Leste. É evidente que não se podem simplificar as coisas e decretar a morte do marxismo, que permanece vigoroso e com renovado interesse por filósofos, juristas e sociólogos em todo o mundo. Mas, a experiência iniciada em 1917, com Revolução Russa, e extinta em 1989, com a queda do Muro de Berlim, permite hoje sua apreciação com o necessário distanciamento histórico. E, por essa razão, é possível afirmar que a mais importante categoria sociológica do século XX, o trabalho, perdeu sua capacidade de explicar *isoladamente* os fenômenos sociais. A categoria “trabalho”, que foi a base das duas mais importantes tradições sociológicas do último século, lideradas por Karl Marx e Max Weber, era fundamental para dividir e ordenar as classes sociais, os costumes, a estética, a moda, as expressões lúdicas do povo ou a organização dos partidos políticos¹⁰⁷.

Hoje, parece haver “tribos” (no sentido equívoco e vulgar do termo) e não mais “classes”. O bilionário Bill Gates não usa gravata e foge do estereótipo do capitalista tradicional, embora ele seja tão ou mais concentrador de renda e violentamente competitivo (com tudo o que isso significa) quanto seus precursores John Davison Rockefeller (1839–1937), John Pierpont Morgan (1837–1913) ou Andrew Carnegie (1835–1919). Esses últimos eram conhecidos monopolistas nos setores do petróleo, financeiro e ferroviário, com práticas comerciais tão peculiares que passaram à história como os “barões gatunos”. Diferentemente de Gates ou de Steve Jobs, eles prezavam o modo de vestir clássico, um estilo de vida religioso e

¹⁰⁶ O projeto de lei do Partido Conservador, que institui o casamento entre pessoas do mesmo sexo na Inglaterra, segundo informações divulgadas pela *BBC* de Londres, foi uma iniciativa do primeiro-ministro David Cameron, que teve de enfrentar fortes contestações internas. A aprovação do projeto na Câmara dos Comuns ocorreu em maio de 2013, com muitos votos contrários da base partidária do Governo (133 deputados conservadores e 4 liberais-democratas). Fonte: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-22605011>. Acesso em 6-10-2013.

¹⁰⁷ VERONESE, Alexandre. Quem fiscaliza o risco do celular? Agências, Estados, Municípios e a luta judicial. *Trabalho apresentado no VIII Congresso Brasileiro de Ciência Política*. Gramado: Associação Brasileira de Ciência Política, 01 a 04 ago. 2012. Disponível: <http://www.cienciapolitica.org.br>. p. 1-2. Acesso em 2-5-2013.

moralmente comprometido com a ética protestante da qual falaria Max Weber em seu clássico livro de 1904-1905, intitulado *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* [A ética protestante e o espírito do capitalismo]. Tanto para os barões do século XIX, quanto para seus homólogos contemporâneos, porém, a vida espartana e a agressividade negocial permaneceram idênticas, além do inegável mérito de se terem convertido em grandes filantropos¹⁰⁸.

O estilo de vida desses novos “barões”, que hoje é exitoso em diversos países, como é o caso do Brasil, fez com que eles fossem hoje reconhecidos pela expressão “bobos”, ou seja, *bourgeois bohemians*, em português, “burgueses boêmios”, que foi adaptada por David Brooks, em um livro de 2000, publicado por Simon & Schuster, com o título muito sugestivo de “*Bobos in paradise: The new upper class and how they got there*” [Burgueses Boêmios no paraíso: a nova classe alta e como eles chegaram lá]. Diz-se adaptada porque “burguês boêmio” (*bourgeoise bohème*) foi uma criação do escritor francês Guy de Maupassant, em seu romance de 1885, intitulado *Bel-Ami*.

Esses burgueses boêmios, no entendimento de David Brooks, seriam o fruto da contracultura dos anos 1960 e teriam rompido com o formalismo (jurídico, filosófico, cultural e estético) e com os costumes sociais baseados na religião, na família legítima e na moralidade dita burguesa. São capitalistas sem colarinhos brancos ou gravatas, que não temem as experiências hedonistas (negadas pelo ascetismo judaico-cristão) e que defendem a extinção de hierarquias e de distinções nas empresas. Eles não mais apoiam os partidos conservadores e, sim, os liberais. Em seus negócios, eles enfatizam práticas politicamente corretas, políticas afirmativas e assumem-se como defensores da ecologia.

Um poderoso capitalista que se deixa chamar pelo nome e que considera seu empregado como um “associado” ou “colaborador” e, ainda por cima, doa dinheiro para causas ecológicas e pode ser encontrado na padaria da esquina é algo totalmente subversivo para as clivagens clássicas de liberal e conservador. No Direito, esse fenômeno também se nota, especialmente nas profissões jurídicas. Veja-se um hipotético exemplo de uma firma que ganha polpudos honorários de empresas poluidoras ou que devastam o meio ambiente, mas que defende *pro bono* causas humanitárias, politicamente corretas ou em favor de minorias.

Há, em tudo isso, um processo de deturpação do sentido das palavras, daí a imensa dificuldade em se utilizar essas expressões. E, o que é mais grave, uma espécie de acomodação dos conflitos, fazendo com que as causas reais da

¹⁰⁸ Essa aproximação entre os dois modelos empresariais do final do século XIX e do final do século XX não tem sido ignorada pelos autores contemporâneos. A respeito, confira-se: GEISST, Charles R. *Monopolies in America: Empire builders and their enemies from Jay Gould to Bill Gates*. Oxford: Oxford University Press, 2000. *passim*.

desigualdade social, da concentração de renda ou transformação de cidadãos em consumidores sejam obnubiladas por um discurso politicamente correto. E, até mesmo essa retórica do “bem absoluto”, que mais se parece com uma religião laica, é comprometida por sua função paralisante. É difícil criticar quem defende um animal em extinção, como os pandas, ou quem afeta um comportamento igualitário em relação a seus empregados, mas que os remunera tão mal quanto a política de custos mínimos na empresa o permita. E, de resto, essa política de (aparente) defesa do meio ambiente e de causas coletivas é uma bela (e gratuita) propaganda da empresa, sob o selo irreprensível da “responsabilidade social”.

O descolamento da defesa de costumes tradicionais, em termos de moral e família, da preservação do modo de produção capitalista conferiu aos novos “bobos” uma esfera de imunidade à crítica social contemporânea.

Essa contradição essencial entre a manutenção do modelo econômico e a adoção de práticas morais ditas avançadas está no centro do questionamento hoje formulável sobre o que é ser um *liberal* ou o que é um *Código liberal*.

Aproximando essas discussões do tema central deste artigo, a saber, o legado alemão para o Direito Civil brasileiro e os consensos sobre a qualificação dos respectivos códigos civis, podem ser oferecidas algumas conclusões parciais:

1. A orientação moral baseada no controle dos costumes sociais não é geminada a uma ideologia econômica intervencionista ou não intervencionista. Houve – e ainda há Estados (a) moral e economicamente *liberais*; (b) moral e economicamente *conservadores*; (c) moralmente *conservadores* e economicamente *liberais*; (d) moralmente *liberais* e economicamente *conservadores*; (e) moralmente *conservadores* e economicamente *intervencionistas*; (f) moralmente *liberais* e economicamente *não intervencionistas*; (g) moralmente *liberais* e economicamente *não intervencionistas*.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte foi um Estado do tipo (c) durante o final do século XIX até meados do século XX. Da segunda metade do século XX até a década de 1980, ele assumiu feições do tipo (e). Nos anos 1980–1990, ele se converteu em um Estado do tipo (a). Desde o final da era Thatcher e o surgimento do *New Labour*, com a administração do primeiro-ministro Tony Blair, o Reino Unido passou a ser classificado de entre os Estados do tipo (g). Com o retorno dos conservadores ao poder, em coalizão com os liberais, no século XXI, sua feição atual corresponde ao tipo (f). O Parlamento britânico, de maioria liberal-democrata/conservadora, aprovou o retorno à privatização dos serviços públicos, ao tempo em que liberou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na Alemanha, a expressão *liberal* pode ser vinculada à Revolução de 1848, da qual surgiu a experiência constituinte de 1848–1849 na Igreja de São Paulo, em Frankfurt, o que se mostra familiar para um brasileiro que recorde os “movimentos liberais” dos tempos de D. Pedro I e da Regência. Outro sentido, que é

mais atual e também perigoso, é o de neoliberal ou de liberal econômico, uma plataforma sustentada pelo Partido Democrático Livre [*Freie Demokratische Partei – FDP*]¹⁰⁹, que não atingiu a cláusula de barreira nas eleições de 2013 e deixará de integrar o Parlamento pela primeira vez desde 1949.

2. A manipulação dos conceitos *liberal* e *conservador* é tão perigosa quanto recorrente no Direito, o que equivale, muita vez, à criação de “espantalhos” nos estudos acadêmicos, uma prática condenável e que conduz, em diversos casos, a verdadeiros paradoxos argumentativos.

Veja-se o seguinte excerto de um escrito dos anos 1940, fortemente lastreado em doutrina alemã muito atualizada para a época, que é um dos mais belos panegíricos ao princípio constitucional da igualdade:

Do fato de conterem as Constituições líbero-democráticas uma declaração de direitos fundamentais, não com o caráter de simples programa destinado a orientar a legislação, mas como norma de direito constitucional positivo, cuja estrita observância se impõe ao Estado – à legislação, mas como norma de direito constitucional positivo, cuja estrita observância se impõe ao Estado – à legislação, à Administração e à Justiça – segue-se uma consequência da mais alta significação, que é o conceito de lei como disposição de caráter geral, ou como regra de direito, e, portanto, a vedação, ao Poder Legislativo, de legislar por via de medidas individuais ou concretas¹¹⁰.

Assim, “[q]uando, efetivamente, a Constituição assegura a liberdade, a propriedade e os demais direitos individuais, ela os assegura não só indiscriminadamente ou a todos, mas a todos na mesma medida e mediante as mesmas condições”. O direito à igualdade “rege os demais direitos individuais, devendo ser subentendida, em cada um dos parágrafos seguintes ao em que ele vem enunciado, a cláusula relativa à igualdade diante da lei”¹¹¹.

Nesse artigo, há passagens que antecipam em quase 40 anos debates doutrinários sobre a força normativa da Constituição e tem-se o reconhecimento de que os direitos fundamentais – especificamente o direito à igualdade – vinculam o legislador, o juiz e o administrador, na linha do que os alemães consagrariam na teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais. E todo esse mérito é atribuído às “constituições liberais”, o que torna ainda mais interessante o artigo, dado

¹⁰⁹ Há quem traduza também como Partido Democrático Liberal.

¹¹⁰ CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo*, v. 10, p. 376-417, out.dez.1947. p. 399.

¹¹¹ CAMPOS, Francisco. Op. cit. p. 377.

que seu autor é Francisco Campos¹¹², o ideólogo jurídico-político do regime do Estado Novo, autor da Constituição de 1937 e colaborador na redação dos Atos Institucionais n.ºs 1 e 2, os primeiros documentos normativos da ditadura militar brasileira de 1964-1985.

Menos do que uma demonstração da hibridez ideológica de Francisco Campos, reconhecido jurista de posições antiliberais, seu artigo *Igualdade de todos perante a lei* é mais uma evidência da complexidade da clivagem liberal-conservador.

Em verdade, passa-se a exigir uma elaboração mais refinada desses termos e a impedir que se proclame, de modo repetitivo e muita vez acrítico, que o Código de 1916 foi liberal, sem que se explique essa qualificação. Em suma, é preciso ser conservador na qualificação de uma lei como liberal.

4. O BGB e sua influência na doutrina brasileira

4.1. *Algumas palavras sobre a “recepção de direitos” e seus principais problemas*

A recepção do Direito estrangeiro é um fenômeno que se verifica em diversas províncias jurídicas. O conceito de “recepção” é plurívoco, o que estabelece algumas dificuldades em seu tratamento. Um dos sentidos para a recepção é a incorporação de regras, doutrinas e princípios de um sistema por outro, os quais, de modo parcial ou total, por ação lenta ou única, voluntária ou coativa, integram-se ao sistema receptor¹¹³. Pode-se também falar em “recepção” como a “incorporação de partes significativas de sistemas jurídicos estrangeiros (*fremde Rechtsordnungen*), que transformam o direito da comunidade jurídica adquirente, sendo essas partes também muitas vezes consideravelmente modificadas, ou, assimiladas. De tal modo que se não se destrói a continuidade histórica do adquirente

¹¹² Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968) foi um dos mais brilhantes publicistas brasileiros do século XX. Professor catedrático de Direito Público Constitucional da Faculdade de Direito de Minas Gerais, atualmente unidade da Universidade Federal de Minas Gerais, Campos participou ativamente do golpe que derrubou o presidente Washington Luís em 1930 e que passou à História como Revolução de 1930. Sob a presidência de Getúlio Vargas, foi ministro da Educação (no período do Governo Provisório) e da Justiça (na ditadura do Estado Novo). Dirigiu as comissões que elaboraram o Código Penal (1940) e o Código de Processo Penal (1941).

¹¹³ Ana Lúcia de Lyra Tavares (Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 14, p. 89-104, jan./jul. 1999, p. 94) diferencia a “recepção de direitos” e a “circulação de modelos jurídicos”. A recepção seria um movimento unidirecional, do sistema exportador para o sistema importador, enquanto a circulação o movimento é bidirecional, porque se pressupõe haver “um retorno, com elementos novos, às fontes originais de inspiração”.

cultural (*Kulturempfänger*)”¹¹⁴. Há autores que não concedem dissociarem-se os conceitos de *recepção* e *poder*, como é o caso de Konrad Zweigert e Hein Kötz¹¹⁵, quando citam Paul Koschaker: “[a recepção é] consequência de uma posição de poder intelectual e político do direito recepcionado”¹¹⁶. Modernamente, tem-se abandonado essa questão da influência do poder nos mecanismos de recepção e ganha vulto a ideia de *legal transplant*.

Dário Moura Vicente afirma que “[a] evolução dos sistemas jurídicos é largamente tributária de fenômenos de recepção, ou transplante, de ordens jurídicas estrangeiras ou passadas”, ao exemplo de “ondas de recepção”, como a “primeira vaga” ocorrida no século XII, quando o Direito Romano foi recepcionado no continente europeu pelos antigos Estados bárbaros. Ou a “segunda vaga” de recepções, quando da “era das codificações”, nos séculos XIX e XX. E a “terceira vaga”, que se deu na segunda metade do século XX, “por via da difusão na Europa continental de novos tipos contratuais oriundos do universo jurídico anglo-saxónico (em particular o norte-americano), como o *leasing*, o *factoring*, o *franchising*, etc., e da consagração legal e jurisprudencial de regimes especiais de responsabilidade civil, igualmente emanados dos Estados Unidos da América, entre as quais a do produtor, a dos médicos e a dos provedores de serviços de Internet”¹¹⁷. Desse modo, é vulgar que a recepção se dê por meio da “importação” de institutos ou de figuras estrangeiros, o que pode contemplar (i) a adoção de modelos jurídicos e seu aproveitamento na doutrina, na jurisprudência ou na legislação; (ii) a tradução de textos doutrinários, o que implica certo grau de influência teórica ou mesmo ideológica de um país sobre o outro.

Esse processo não vem desacompanhado de problemas, alguns deles muito sérios, os quais podem ter suas causas parcial e sumariamente inventariadas¹¹⁸: a) a figura jurídica estrangeira foi mal traduzida ou não se compreendeu exatamente seu contexto normativo, fazendo com que sua adaptação gerasse um resultado irreconhecível sob a óptica do Direito de origem; b) o país “importador” recebeu a figura jurídica por meio de textos muito antigos e não acompanhou

¹¹⁴ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts...* p. 13.

¹¹⁵ ZWIEGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. p. 98.

¹¹⁶ KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. 2. Auflage. München: Beck, 1953.

¹¹⁷ MOURA VICENTE, Dário. O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas. In: MIRANDA, Jorge (Org). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Martin de Albuquerque*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra Editora, 2010. v.1. p. 401-429.

¹¹⁸ Texto parcialmente correspondente ao publicado em: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Coluna Direito Comparado: Problemas na importação de conceitos jurídicos. *Consultor Jurídico*. 8 de agosto de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridicos-pais>. Acesso em 20-9-2013.

sua evolução no sistema de origem. Com isso, não se pôde incorporar as refutações doutrinárias (ou jurisprudenciais) à figura ou ao instituto; c) há figuras ou institutos semelhantes no país “importador”, o que converte em desnecessária ou em puro exercício de berloquismo ou vaidade sua introdução em outro sistema; d) as condições normativas locais são impeditivas à adaptação da figura jurídica estrangeira, que foi concebida para outra realidade e é imprestável ao Direito “importador”¹¹⁹.

É correto admitir que a apreciação desses problemas, ou mesmo de sua extensão, depende de um exame dos filtros pelos quais os conceitos, os modelos, a figuras e os institutos estrangeiros atravessam o ordenamento jurídico receptor. Em larga medida, esses filtros são os doutrinadores e os juízes, por meio de seus ofícios intelectuais. Considerando-se as limitações deste trabalho, nesta seção, tentar-se-á apresentar a influência do *BGB* e do Direito Civil alemão por meio dos autores brasileiros. Antes, porém, é muito oportuno iniciar a seção pelo caso português, cujo Direito é tão afim, histórica, filológica e doutrinariamente ao brasileiro. Sob esse aspecto, Portugal antecipou-se ao Brasil, ao trocar a matriz francesa pela alemã.

Admitir a ocorrência desse câmbio só faz sentido quando se compreende a existência do dualismo entre um “sistema de matriz francesa” (França, Bélgica, Espanha e países latino-americanos de língua espanhola) e um “sistema de matriz germânica” (Alemanha, Suíça e Áustria), apesar de ambos se reportarem à família jurídico românico-germânica¹²⁰. Portugal é um caso interessante de substituição de matriz no Direito Privado¹²¹, embora também se haja influenciado muito no Direito Público, conquanto, nesse aspecto, se tenha conservado fiel aos esquemas teóricos do Direito francês, mormente em se tratando do Direito Constitucional¹²². É precisamente sobre essa mudança de que se cuidará na subseção seguinte.

¹¹⁹ Dário Moura Vicente (Op. cit. loc. cit.) apontou ainda também o risco de que “(...) a indiscriminada assimilação de modelos jurídicos alheios, tal como outras formas de interação cultural que caracterizam a nossa era, envolve o duplo perigo, para o qual Bento XVI alertou recentemente, do ecletismo cultural e do nivelamento de culturas, bem como do relativismo e da homogeneização dos comportamentos e estilos de vida que lhes andam associados – em suma, de perda da identidade cultural”

¹²⁰ MOURA VICENTE, Dário. Op. cit. loc. cit. item 12.

¹²¹ “Há muito, porém, que a Ciência Jurídica portuguesa assimilou os quadros mentais do pandectismo germânico” (MOURA VICENTE, Dário. Op. cit. loc. cit. item 15).

¹²² MOURA VICENTE, Dário. Op. cit. loc. cit.

4.2. O caso do Direito Civil português: Da influência francesa à preeminência alemã

A recepção de elementos do Direito Civil alemão no Brasil, como já assinalado (seção 1), foi anterior ao BGB e remonta ao período colonial, ainda que de modo indireto, pelos costumes visigóticos.

Note-se que, em Portugal, a “germanização” do Direito Civil também ocorreu e de modo muito mais intenso que no Brasil, no final do século XIX e início do século XX. Em larga medida, essa viragem histórica deveu-se aos ofícios de um professor da Universidade Coimbra, Guilherme Alves Moreira (1861-1922), catedrático de Direito Civil, líder republicano e ministro de Estado da Justiça (1915). Ele introduziu em Portugal os ensinamentos do movimento pandectista e o conceitualismo de Savigny. Seu *magnum opus* denominou-se *Instituições de Direito Civil português*, de 1907.

A estrutura do livro é tipicamente alemã: a) dividida em parte geral e parte especial; b) fracionada em seções (§§); c) com as referências bibliográficas no início de cada capítulo; d) precedida da exposição das categorias gerais do Direito, abrangendo conceitos de Direito Público e de Direito Privado e com forte caráter “sistemático”. A definição de “código” é bem expressiva dessa filiação epistemológica das *Instituições* de Guilherme Alves Moreira:

Os códigos são compilações sistemáticas de todas as normas jurídicas respeitantes a um determinado ramo de direito feitas pelo poder legislativo ou pelo executivo no exercício da função legislativa. Os códigos, que constituem atualmente a fonte mais importante do direito em quase todos os países civilizados, são aprovados por meio de leis ou decretos, de que ficam fazendo parte integrante¹²³.

A obra de Guilherme Alves Moreira e, mais que isso, sua docência universitária foram determinantes para a transformação do Direito Civil português, até então sob forte preeminente influência do *Code Napoleon* de 1804. O Código do Visconde de Seabra¹²⁴, em vigor de 1867 até 1966, era notoriamente obsequioso ao modelo francês¹²⁵, quanto à forma jurídica, o que se denota por sua estrutura, que

¹²³ MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português*: Parte Geral. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. v. 1. p. 18-19.

¹²⁴ António Luís de Seabra (1798-1895), 1.º Visconde de Seabra, reitor da Universidade de Coimbra e ministro de Estado da Justiça (1852).

¹²⁵ “Corolário da lenta e sólida evolução que o Direito Português sofreu desde os meados do século XVIII, o Código Civil de 1867 não produziu uma revolução profunda. Reflecte a grande influência que, através dos nossos juriconsultos, o Code Civil francês e outros códigos europeus já tinham exercido durante 60 anos. Influência, todavia, recebida sem precipitação, graças ao trabalho cuidadoso de assimilação e adaptação às linhas que marcavam o Direito Português. Também

se dividia em suas partes: a) 1.^a – capacidade civil; pessoas e situações familiares; b) 2.^a – aquisição dos direitos; direito de propriedade; ofensa dos direitos e sua reparação; responsabilidade civil; prova dos direitos e sua restituição¹²⁶. António Menezes Cordeiro observa que o Código do Visconde de Seabra “poderia ter sido mantido até aos nossos dias”, porque suas qualidades não impediram a “viragem da doutrina portuguesa” para a influência alemã¹²⁷.

Guilherme Alves Moreira, ao publicar as *Instituições*, de modo deliberado, estruturou a matéria em conformidade com o modelo pandectista (sujeito, bens e relações jurídicas) e procedeu à elegante crítica da legislação em vigor. A modificação operada, graças a Alves Moreira, foi de tal profundidade que as novas gerações de civilistas portugueses seguiram seus passos e abandonaram tanto o método quanto os padrões da Escola Francesa¹²⁸.

O culminar desse processo deu-se em 1966, com a edição do novo Código Civil português, em vigor desde 1967, conhecido como Código Vaz Serra ou, como preferem outros, Código Antunes Varela, em homenagem a seus principais elaboradores¹²⁹. Essa nova lei é tão marcadamente vinculada ao projeto dogmático

o nosso legislador soube agir à margem e acima de qualquer facção ideológica, actuação aliás facilitada num momento em que o liberalismo já tinha atingido, em Portugal, a plena maturidade institucional” (JUSTO, António dos Santos. Op. cit. loc. cit).

¹²⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1. t.1. p. 98-100, item 25.

¹²⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado...*p. 101.

¹²⁸ “Através do ensino ministrado nas Faculdades, na direcção delineada por Guilherme Moreira e aceite, pela sua superioridade técnico-cultural manifesta, por contemporâneos e sucessores, os juristas portugueses aprenderam a Ciência evoluída a partir da pandectística” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011. p. 26)

¹²⁹ “A comissão revisora, ao colocar a questão da sistematização a adoptar no novo Código, aceitou serenamente que o direito civil se dividisse em direito das obrigações, direito das coisas, direito da família e direito das sucessões e que a todas estas partes presidisse uma ‘Parte geral’, como no BGB, «porque não pareceram concludentes as críticas que ultimamente lhe têm sido feitas» [cf. directrizes a) e y)]. A ‘tranquilidade de alma’ (O. Carvalho) com que se aceitou a sistematização germânica não pode deixar de surpreender-nos, primeiro pelo alheamento que denota em relação a toda a nossa tradição jurídica, tributária da família romanística, depois pelo anacronismo que revela o facto de a termos importado no momento em que o neutralismo da *Allgemeiner Teil* começava a ser seriamente abalado no seu próprio país por um jusnaturalismo renascido dos ‘espinhos da história contemporânea’. Tal atitude não foi fruto de uma decisão caprichosa dos vogais da comissão, mas o resultado de um consenso criado na doutrina à volta do sistema das Pandectas, só possível pela progressiva valorização da ciência jurídica alemã, cujos marcos mais decisivos se podem situar nas *Instituições*, de Guilherme Moreira, e nas obras de Vaz Serra e Manuel Andrade, e pelas exigências de um positivismo legal que, à sombra daquele mestre, ‘esquecendo os fins vivos do direito’, criou o terreno propício para a rejeição do humanismo do Código de Seabra” (MENDONÇA, Luís Correia de. *As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição. Análise Social*. v. 18 (72-73-74), p. 829-867, 3.º, 4.º, 5.º, 1982. p. 852)

germanista que ela se torna “incompreensível se não se atinar num fenómeno da maior importância” que foi a “recepção da doutrina alemã”, também conhecido como a “terceira sistemática”¹³⁰.

A vigente codificação portuguesa possui uma Parte Geral e livros sobre o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito da Família e o Direito das Sucessões. Adotou-se o chamado “sistema dos cinco livros”, que, à semelhança do *BGB*, se pretende educativo e didático¹³¹.

Os grandes privatistas portugueses contemporâneos permanecem fiéis ao projeto de Guilherme Alves Moreira, o que indiretamente afeta o Direito brasileiro. A originalidade do Direito português, com seu rigor metodológico e larga tradição, oferece uma interessante combinação com as fontes alemãs¹³². Outra explicação para essa “mudança de matriz”, está nas vantagens da doutrina desenvolvida na Alemanha, por permitir que se operem “reduções centrais”, ao tempo em que “admite desenvolvimentos periféricos inovadores, tecidos face a problemas inesperados para o núcleo inicial”¹³³. Embora haja considerações no sentido de que a recepção em termos legislativos com o Código de 1966 ocorreu de modo cientificamente atrasado e, respeitadas algumas exceções, com base em conceitos da dogmática alemã dos anos 1920 e 1930¹³⁴.

A doutrina civilística portuguesa da segunda metade do século passado, mesmo antes do Código de 1966, foi a grande responsável pela filtragem do Direito Civil alemão para a língua portuguesa. Esse movimento ocorreu em duas rotas. A *primeira* consistiu no caminho do ensinamento doutrinário nas Faculdades de Coimbra, o centro originário do germanismo em Portugal, e de Lisboa. Os programas das disciplinas, as aulas, o método expositivo e, posteriormente, as monografias e os cursos de Direito Civil impregnaram-se de autores, métodos e estruturas alemães. A *segunda* recaiu sobre as traduções de obras (então) contemporâneas dos catedráticos de língua alemã.

¹³⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado...* p. 101.

¹³¹ EICHLER, Hermann. Codificação do Direito Civil e teoria dos sistemas de Direito. *Revista de Direito Civil*, v.2, p. 36, out.-dez./1982.

¹³² No ambiente universitário, essa mudança operou-se formalmente com o Decreto n. 8.578, de 8 de janeiro de 1923, que adotava a “sistematização germânica” para o ensino do Direito Civil (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado...* p. 103).

¹³³ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé...* p. 26.

¹³⁴ Para além dessas críticas, António Menezes Cordeiro (*Tratado...* p. 104-105) ainda assinala como problemas a aceitação da Parte Geral; a insensibilidade histórica com as mudanças na família e a necessidade de sua normatização; o abuso de definições e de “tomadas de posição doutrinárias”.

Um desses importantes professores portugueses foi Luís Cabral de Moncada (1888-1974)¹³⁵, que, dada sua condição de filósofo e historiador do Direito, não pode ser adequadamente colocado na relação de civilistas em sentido estrito, embora haja publicado obras nessa área¹³⁶. No entanto, esse catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra não pode ser omitido de qualquer estudo que analise a influência do Direito alemão em Portugal, até por ele ser uma síntese dos “dois caminhos” da recepção germânica¹³⁷. Cabral de Moncada foi prolífico tradutor do alemão, ao exemplo de livros essenciais de Joahannes Hessen¹³⁸ e Gustav Radbruch¹³⁹.

Em sequência, deve-se mencionar Adriano Pais da Silva Vaz Serra (1903-1989), catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e ministro de Estado da Justiça (1940-1944) e primeiro presidente da Comissão Redatora do Código de 1966¹⁴⁰. A influência alemã em Vaz Serra é notável em alguns de seus escritos, como os relativos à conversão substancial do negócio jurídico e à responsabilidade civil¹⁴¹. Embora o Direito Romano também haja sido um fundamento autônomo de sua formação técnico-jurídica, como se nota por sua tese de doutoramento¹⁴².

¹³⁵ Segundo Luís Correia de Mendonça (Op. cit. p. 836), Cabral de Moncada foi um hitlerófilo, ligado ao movimento nacional-sindicalista português dos Camisas Azuis, de Rolão Preto. Em 1934, Salazar, então presidente do Conselho de Ministros de Portugal, condenou esse grupo, por considerá-lo “elemento perturbador e de desagregação das forças nacionalistas do Estado Novo”. Desde então, Moncada deixou o nacional-sindicalismo e ingressou nas hostes salazaristas.

¹³⁶ Por exemplo: MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*: parte geral. 4 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

¹³⁷ Seus vínculos com a Alemanha foram tão intensos que ele mereceu um texto de homenagem de Erik Jayme: Luis cabral de moncada (1888-1974) e as suas relações com a Alemanha. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 69, p. 233-258, 1993.

¹³⁸ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1980.

¹³⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios do prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

¹⁴⁰ Dados extraídos de: FARIA, Mário Alberto Reis. Notas biográficas e bibliográficas do doutor Adriano da Silva Vaz Serra. Coimbra: Almedina, 1986).

¹⁴¹ VAZ SERRA, Adriano Vaz. A redução e a conversão de negócios jurídicos no caso do acórdão do S.T.J. de 8 de abril de 1969. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 46 p. 131-163, 1970.

¹⁴² VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *A enftiteuse*: no Direito Romano, Peninsular e Português. Coimbra: Coimbra Editora, 1926. Outra referência importante é o artigo *Os actos emulativos no direito romano*, publicado no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 10, n. 2, p. 529 a 553, anos de 1926/1928.

Reconhecidos como seguidores de Guilherme Alves Moreira também foram Inocêncio Galvão Teles e Manuel Augusto Domingues de Andrade¹⁴³.

Galvão Teles (1917-2010) tem obra com maior difusão no Brasil. Ele foi catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ministro da Educação de Portugal (1962-1968), durante o regime de António de Oliveira Salazar. Em razão da queda do governo de Marcello Caetano, com a Revolução de Abril, ele foi saneado e só retornou à docência em 1982. Sua produção bibliográfica é muito vasta. No Brasil, Galvão Teles sua obra *Direito das obrigações* (7. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1997) tem significativo impacto na doutrina civil.

A obra mais conhecida de Manuel Augusto Domingues de Andrade (1899-1958) no Brasil é o clássico *Teoria geral da relação jurídica*, em dois volumes, editados pela Almedina, com reimpressões de 1983 e 2003. Nessa obra, encontra-se o estado da arte da teoria do negócio jurídico e do fato jurídico na doutrina alemã até aos anos 1930.

João de Matos Antunes Varela (1919-2005) deu sequência aos trabalhos de Vaz Serra na Comissão do Código Civil, após o retraimento dos trabalhos de codificação nos quase dez anos da gestão de Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, ministro da Justiça no período de 1944 a 1954. Antunes Varela foi nomeado para o lugar de Cavaleiro de Ferreira em 14 de agosto de 1954 e permaneceu no cargo até 1967, com um período de interinidade de Fernando Andrade Pires de Lima (1906-1970), outro civilista muito renomado no Brasil¹⁴⁴.

Em 1954, Antunes Varela era um “jovem civilista de 34 anos, ao tempo ainda primeiro-assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mas já aureolado com o prestígio duma carreira universitária brilhantemente iniciada e com um nome esperançoso nos quadros da política nacional”, como afirmou Guilherme Braga da Cruz, no prefácio à “Exposição Documental” do novo Código Civil português¹⁴⁵. Posteriormente, ele ascendeu à cátedra de Direito Civil de Coimbra. Com a Revolução de Abril de 1974 e a queda do presidente do Conselho de Ministros de Portugal, o professor Marcelo Caetano, Antunes Varela exilou-se no Brasil, aonde chegou a ocupar cátedra na Universidade Federal da Bahia, graças ao forte empenho de Orlando Gomes, de quem se tornou grande amigo. Seu livro *Das obrigações em geral*, editado pela Almedina, em Coimbra, com

¹⁴³ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado...* p. 102.

¹⁴⁴ Pires de Lima é autor, juntamente com Antunes Varela, de diversos volumes do *Código Civil anotado*, edição da Coimbra Editora, impresso em Coimbra, com datas e edições variadas. É um livro muito citado no Brasil em manuais de Direito Civil.

¹⁴⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. Primeiras palavras. In. PORTUGAL. *Código Civil português. Exposição documental*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1966. p. 13.

dois volumes, é muito conhecido no Brasil e referência obrigatória nos livros-texto nacionais.

O *Direito das Obrigações* (12. ed. Coimbra: Almedina, 2009) de Mário Júlio de Almeida Costa¹⁴⁶ e a *Teoria geral do Direito Civil* (4. ed., 2. reimp. Porto: Coimbra, 2012), obra que vem atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto¹⁴⁷, de autoria de Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁴⁸, figuram como exemplos da boa combinação de fontes alemãs e portuguesas, cuja recepção no Brasil se dá até aos dias de hoje.

José de Oliveira Ascensão (1932-), catedrático da Universidade de Lisboa, mas que lecionou em instituições brasileiras nos anos 1970 e 1980, tem posição de enorme destaque de entre os grandes responsáveis pela recepção indireta do Direito alemão no País. Ele pode muito bem ser considerado um “civilista de duas pátrias”, dadas suas ligações e seu conhecimento invulgar do Brasil e de suas instituições universitárias. Oliveira Ascensão foi professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e participa anualmente de congressos no território brasileiro sobre Direito Civil e Direito Autoral, sua especialidade¹⁴⁹.

As duas principais universidades portuguesas, no século XXI, remanescem como grandes centros do Direito Civil e de diálogo com a cultura jurídica alemã, que encontra ressonância pelos vínculos de Coimbra e Lisboa com os diversos Institutos Max-Planck, mormente de Hamburgo, Frankfurt e Munique. Uma listagem, de caráter puramente exemplificativo e que toma em consideração apenas alguns dos catedráticos em funções, comprova essa afirmação.

¹⁴⁶ Mário Júlio de Almeida Costa (1927-) é catedrático jubilado de Direito Civil da Universidade de Coimbra. Foi ministro da Justiça nas administrações de António de Oliveira Salazar e Marcello Caetano. É diretor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona e professor honorário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹⁴⁷ Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto foi juiz do Tribunal Constitucional (1998-2007) e é professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹⁴⁸ Carlos Alberto da Mota Pinto (1936-1985) foi catedrático de Direito Civil da Universidade de Coimbra e ex-primeiro ministro de Portugal.

¹⁴⁹ Seu livro *Direito civil: teoria geral*, editado pela Saraiva, de São Paulo, com sucessivas edições (a última de 2010), é uma bom exemplo dessa recepção das doutrinas alemãs mais atualizadas. Sugere-se ainda a leitura de um recente texto de José de Oliveira Ascensão, intitulado “*Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia*”, publicado nos anais da V Jornada de Direito Civil, organizados por Ruy Rosado de Aguiar Jr., editado em Brasília pelo CJF, p. 21-37. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso aos 2-7-2013.

Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, podem-se citar António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁵⁰, Dário Moura Vicente¹⁵¹, Luís Manuel Teles Menezes Leitão¹⁵², Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Nuno Tavares Romano e Soares Martinez¹⁵³. Na Universidade de Coimbra, enumerem-se os nomes de António Pinto Monteiro¹⁵⁴, Jorge Ferreira Sinde Monteiro e Rabin-dranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa¹⁵⁵. Na Universidade do Minho, embora alemão, deve-se indicar Heinrich Ewald Hörster, catedrático jubilado de Direito Civil, autor do livro *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria geral do Direito Civil*, publicado pela Almedina, de Coimbra, com várias reimpressões da edição de 1992. Na Universidade Nova de Lisboa, Carlos Ferreira de Almeida é também ligado à tradição alemã. No Brasil, sua tese *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico* (Coimbra: Almedina, 1992) tem sido bastante divulgada nos cursos de pós-graduação.

A contribuição portuguesa não se limita aos estudos doutrinários e abrange o campo das traduções. É por essa segunda via que a dogmática civil alemã também foi recebida no Brasil, graças ao esforço de alguns docentes portugueses, ao exemplo de António Manuel Botelho Hespanha, António Menezes Cordeiro, José Antonio Veloso e José de Sousa e Britto, além de José Lamego.

António Manuel Botelho Hespanha, catedrático jubilado da Universidade Nova de Lisboa e doutor honorário pela Universidade Federal do Paraná (2013), foi o tradutor da segunda edição (de 1967) do livro *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*,

¹⁵⁰ A obra mais difundida no Brasil de António Menezes Cordeiro é sua tese *Da boa-fé no Direito Civil*, de 1984, que se encontra na quarta reimpressão, de 2011, editada pela Almedina, de Coimbra. Seu *Tratado de Direito Civil*, editado em alguns volumes, pela Almedina, tem alcançado rápido prestígio no Brasil. Ele é um ferrenho crítico da Parte Geral como elemento necessário nas codificações, além de defender os méritos do Código do Visconde de Seabra.

¹⁵¹ Dário Moura Vicente é catedrático de Direito Comparado da Universidade de Lisboa e pesquisador do Instituto Max-Planck de Hamburgo. É ainda autor do livro *Direito comparado* (2. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2012. v.1), obra que tem ajudado a renovar os estudos dessa disciplina no Brasil.

¹⁵² Luís Manuel Teles Menezes Leitão é autor de um manual de Direito das Obrigações muito difundido no Brasil Trata-se do livro *Direito das obrigações*, publicado em Coimbra, pela Almedina, em dois volumes.

¹⁵³ Pedro Nuno Tavares Romano e Soares Martinez é catedrático da Universidade de Lisboa. Sua obra *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada* (Coimbra: Almedina, 2001) tem significativo acatamento no Brasil, embora seus estudos em Direito do Trabalho sejam ainda mais conhecidos no País.

¹⁵⁴ António Pinto Monteiro é autor da tese *Cláusula penal e indemnização*, editada pela Almedina, de Coimbra, 1999, que se constitui na obra de referência em língua portuguesa sobre o tema. Pinto Monteiro defende a importância da Parte Geral nas codificações.

¹⁵⁵ Sua tese *O direito geral de personalidade* (Coimbra: Coimbra Editora, 1995) é de citação obrigatória nos estudos brasileiros sobre o tema e também é marcada pelo diálogo com a dogmática alemã.

o *opus magnum* de Franz Wieacker. A primeira edição em português da *História do direito privado moderno* é de 1980¹⁵⁶ e sua leitura é quase obrigatória nos cursos de pós-graduação em Direito Privado brasileiros.

O livro *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*¹⁵⁷, de Claus-Wilhelm Canaris, foi traduzido por Antônio Menezes Cordeiro e publicado em primeira edição no ano de 1989, com o título *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*¹⁵⁸. Essa tradução é utilizada nos cursos de Direito do Brasil e não se limita ao Direito Privado, mas às pós-graduações de Teoria e de Filosofia do Direito.

José de Sousa e Britto e José Antonio Veloso traduziram *Metodologia da Ciência do Direito*, edição de 1969, da Fundação Calouste Gulbenkian, de Lisboa, tendo por base o original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, de Karl Larenz, editado em 1960. José Lamego, professor associado (com agregação) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, verteu para o português a sexta edição reformulada da *Metodologia*, de Larenz, publicada originalmente em 1991, pela editora Springer, de Berlin e Heidelberg. Essa nova tradução também saiu em Lisboa pela Fundação Calouste Gulbenkian, no ano de 1997.

4.3. O Direito Civil alemão e os doutrinadores brasileiros

No Brasil, a recepção do Direito Civil alemão deu-se intensamente nas codificações de 1916 e 2002, diferentemente do ocorrido em Portugal. No século XX, apesar da influência germânica na codificação de 1916 e no então Projeto Reale (da década de 1970, que se converteria no atual Código), a força da Escola Francesa manteve-se muito nítida, de modo especial na Universidade de São Paulo. Nomes como Jorge Americano (1891-1969), Vicente Ráo (1892-1978) Silvio Rodrigues (1917-2004), Washington de Barros Monteiro (1908-1999) e Antonio Junqueira de Azevedo (1939-2009) foram exemplos dessa ligação com a matriz francesa, embora não exclusivamente, pois em suas obras também se percebe a presença de traços da dogmática italiana e alemã. Caio Mário da Silva Pereira (1913-2004) e Álvaro Villaça Azevedo (1937-) também seguiram uma linha autônoma, mais influenciada pelo Direito Romano e pelos Direitos francês e italiano.

¹⁵⁶ WIEACKER, FRANZ. *História do direito privado moderno*. Prefácio de Franz Wieacker. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

¹⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

¹⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

José Carlos Moreira Alves, o último professor a ostentar formalmente o título de catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo¹⁵⁹, combinava o Direito alemão e o Direito Romano em seus livros e, depois de sua nomeação para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, em seus votos, tanto no Direito Privado¹⁶⁰ quanto no Direito Público¹⁶¹. É oportuno anotar que, até a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal acumulava as funções de revisão e cassação, no que se refere ao direito ordinário, além da competência constitucional.

Moreira Alves foi membro da comissão redatora do anteprojeto do Código Civil de 2002, cabendo-lhe a relatoria da Parte Geral. Nesse âmbito, o Direito Civil alemão foi recepcionado de modo direto pelo código brasileiro, em diversos temas, como os direitos da personalidade, a teoria da representação, a teoria das nulidades, a simulação, a conversão substancial do negócio jurídico, o silêncio e a prescrição¹⁶².

¹⁵⁹ José Carlos Moreira Alves (1933-) aposentou-se no cargo de “professor catedrático”, embora, com a Reforma Universitária dos anos 1970, esse cargo haja mudado de nome para “professor titular”. Ele também ocupou os cargos de procurador-geral da República (1972-1975) e de ministro do Supremo Tribunal Federal (1975-2003). Moreira Alves presidiu a instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987 e ocupou interinamente a presidência da República.

¹⁶⁰ STF. RE 88716, Relator(a): Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 11/09/1979, DJ 30-11-1979.

¹⁶¹ Sua influência no Direito Público, também com forte presença da dogmática alemã, foi tamanha que Gilmar Ferreira Mendes, hoje também ministro do Supremo Tribunal Federal e germanista como Moreira Alves, organizou o livro *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil* (São Paulo: Saraiva, 2004).

¹⁶² O Código e o Direito Civil da Alemanha são referidos nada menos que 13 vezes em um artigo de José Carlos Moreira Alves, no qual ele explica diversas opções legislativas da comissão elaboradora do atual Código Civil brasileiro. Um dos pontos de destaque foi a inspiração nos debates alemães da primeira metade do século XX sobre a conveniência de se preservar a Parte Geral como elemento autônomo do Código Civil: “No Brasil, havia quem sustentasse que a comissão de 1940 – principalmente com a figura de Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato – havia feito essa Parte Geral baseada, precipuamente, em idéias vindas da Alemanha, país onde, no final do século XVIII, na obra de Dabelow, posteriormente copiada por Hugo e Heise, haviam-se fixado as linhas estruturadoras do BGB (Código Civil alemão) no final do século XIX. Na pátria mesmo dessa estrutura que, de certa forma, fora seguida pelo Código Civil brasileiro, encontravam-se críticas a essa Parte Geral e, por isso mesmo, vários códigos modernos não a haviam acolhido e, conseqüentemente, não a apresentavam. Entendeu a comissão que essas críticas tinham decorrido ou de uma tendência filosófica da Escola Sociológica do Direito – cujo artífice maior nesse terreno tinha sido a figura de Hermes, no começo do século – ou do combate que se fizera à unidade do BGB, por força de idéias advindas do Partido Nacional Socialista que dominara a Alemanha, a partir da década de 1930. (...) Mais tarde, já na década de 1940, quando se começou a elaboração desse Projeto que não foi avante, encontramos como Parte Geral dele o que, na realidade, não era uma Parte Geral, mas uma tomada de princípios, quase todos de natureza política. O primeiro

No campo doutrinário, o livro de Moreira Alves sobre a posse, é um destacado exemplo da aplicação dos constructos teóricos alemães¹⁶³. Há ampla consulta de autores germânicos do século XIX e da primeira metade do século XX, além de serem enfrentados temas como a vontade possessória (*Besitzwille*), a distinção entre posse própria (*eigener Besitz*), posse mediata (*mittelbarer Besitz*) e posse imediata (*unmittelbarer Besitz*)¹⁶⁴. Outros estudos baseados no Direito Civil alemão e no Direito Romano foram sua teses sobre a alienação fiduciária¹⁶⁵ e sobre a cláusula de retrovenda¹⁶⁶.

Em Minas Gerais, não se pode esquecer João Baptista Villela (1936-), titular de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais e professor visitante nas universidades de Münster (1995-1996) e Lisboa (2000-2001). Seus estudos combinam o Direito alemão com elementos clássicos da formação jurídica luso-brasileira, além de refinados conhecimentos linguísticos¹⁶⁷.

José Manoel de Arruda Alvim Netto, professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tem-se dedicado ao Direito Processual Civil e ao Direito Civil. Sua formação é também marcada pelo germanismo e isso se reflete em seus textos, particularmente os relativos ao Direito das Coisas¹⁶⁸.

O Direito Civil alemão, por sua vez, sempre se mostrou prevalente nas faculdades de Direito do Norte e Nordeste do país, ao exemplo de autores como Clóvis

deles dizia que a missão de um Código Civil era a do bem do povo alemão, o que, evidentemente, não é um princípio para figurar em um Código Civil, pois é de natureza político-retórica. Na elaboração do anteprojeto, que perdurou de 1969 a 1975, manteve-se, portanto, a Parte Geral” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, p. 5-11, set./dez. 1999).

¹⁶³ MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. e v. 2., t. 1.

¹⁶⁴ Consultem-se também: MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. O problema da vontade possessória (*besitzwille*). *Revista do Tribunal Regional Federal*: 1. Região, v. 8, n. 4, p. 17-26, out./dez. 1996; MOREIRA ALVES, José Carlos. A *Gewere*: um instituto do antigo direito germânico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 63, p. 193-228 1968.

¹⁶⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

¹⁶⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

¹⁶⁷ VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula ‘... ou devia saber’. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v. 8, n. 32, p. 161-178, out./dez. 2007; VILLELA, João Baptista. *Res utenda locata e res fruenda locata*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1/2, p. 15-30 2003;

¹⁶⁸ ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*: Livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. Coordenadores: Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clávis. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 11, t.1.

Beviláqua (1859-1944), Eduardo Espínola¹⁶⁹, José Martins Rodrigues¹⁷⁰, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979)¹⁷¹, Orlando Gomes¹⁷² (embora se tenha dividido entre o Direito alemão e o Direito italiano, em muitas matérias) e Torquato Castro¹⁷³.

De modo expressivo, Jan Peter Schmidt afirma que Pontes de Miranda “atuou como um verdadeiro ‘embaixador’ do Direito brasileiro na Alemanha”, ao ter promovido “o conhecimento do direito de seu País principalmente por meio de dois trabalhos, que, por décadas, tornar-se-iam obras de referência”. Além disso, ele “não foi, todavia, apenas o grande Embaixador do Direito brasileiro na Alemanha. Foi também o Embaixador mais importante que o Direito alemão teve no Brasil. Provavelmente não há outro jurista na história do Direito brasi-

¹⁶⁹ Eduardo Espínola (1875-1968) foi um dos primeiros professores de Direito Civil da Faculdade de Direito da Bahia, onde ingressou por concurso em 1902, e, em 1931, o Governo Provisório de Getúlio Vargas nomeou-o para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Espínola foi um divulgador no Brasil do pandectismo, o que se comprova pela dedicatória de seu livro *Sistema do Direito Civil brasileiro*, em dois volumes (primeiras edições de 1908 e 1912, respectivamente) a Friedrich Carl Freiherr [barão] von Savigny, Rudolf von Jhering, Bernhard Windscheid e Heinrich Dernburg.

¹⁷⁰ José Martins Rodrigues (1901-1976) foi deputado federal e catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito do Ceará (atualmente unidade da Universidade Federal do Ceará), autor da primeira obra monográfica no Brasil sobre os efeitos jurídicos do silêncio. Sua obra, cujo título é *Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio*, foi reeditada em 2012, por Malheiros Editores, em São Paulo.

¹⁷¹ Sobre a presença de Pontes de Miranda na Alemanha, sugere-se a leitura de: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Coluna Direito Comparado: Ernst Rabel é pai do moderno Direito Comparado alemão. *Consultor Jurídico*. 7 de novembro de 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-07/ernst-rabel-pai-moderno-direito-comparado-alemanha>. Acesso em 20-9-2013.

¹⁷² Orlando Gomes (1908-1988) foi professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Ao seu modo, por meio da leitura das traduções do alemão para o espanhol, ele foi um divulgador do Direito alemão no Brasil. Karl Larenz é uma das influências mais notáveis em seus livros, especialmente os dedicados às Obrigações e aos Contratos. Essa fidelidade intelectual não impediu Orlando Gomes de se contrapor ao germanismo de Eduardo Espínola, por ele considerado como um baluarte do pandectismo no País: ““Suponho, sem querer fazer julgamento definitivo, que o mestre não foi sensibilizado pelas doutrinas que reclamavam a revisão do direito privado, e reivindicavam, inclusive, a sua atualização dogmática. Ligado originariamente à ciência jurídica alemã do século XIX, preocupou-se, nos volumes da última fase, em fazer obra de exegese do Código Civil, sem indagar se o seu texto correspondia à realidade subjacente, ou se já estavam inteiramente superados como muitos suspeitam e outros não percebem” (GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 251).

¹⁷³ Torquato Castro (1907-1995), titular de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco), membro da Comissão do Código Civil de 2002. Em sua tese de titularidade (CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em Direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985) encontram-se as influências alemã e italiana, com bastante nitidez.

leiro que tenha tido um conhecimento tão profundo do direito alemão e especialmente da doutrina teutônica”¹⁷⁴.

No Rio de Janeiro, foram seguidores da Escola alemã nomes como Francisco Clementino San Tiago Dantas (1911-1964) e José Carlos Matos Peixoto (1884-1976), respectivamente catedráticos de Direito Civil (com menos de 30 anos de idade) e Direito Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (Universidade Federal do Rio de Janeiro). San Tiago Dantas, além de jurista, foi um importante político no Brasil, tendo sido ministro das Relações Exteriores, da Fazenda e primeiro-ministro, durante a curta experiência parlamentarista na República. A dedicação à carreira política e seu prematuro falecimento aos 53 anos comprometeram sua produção jurídica, o que se comprova pelo fato de que uma de suas mais importantes obras em Direito Civil ser um conjunto de notas taquigráficas de suas aulas na Faculdade Nacional de Direito, que foram tomadas por seu aluno Vitor Bourhis Jürgen nos anos de 1942 a 1945 e se transformaram em três volumes intitulados *Programa de Direito Civil*, que abrangem a Parte Geral, os Contratos e o Direito das Coisas¹⁷⁵. Matos Peixoto é outro jurista com carreira política. Ele foi presidente [cargo correspondente ao de governador] do Estado do Ceará de 1928 a 1930, quando as forças revolucionárias de Getúlio Vargas apearam-no do poder em razão de sua fidelidade ao regime deposto de Washington Luís. No mesmo ano, ele transferiu-se para o Rio de Janeiro e reiniciou sua carreira docente como catedrático na Faculdade de Direito de Niterói (atualmente uma unidade da Universidade Federal Fluminense) e, depois, na Faculdade Nacional de Direito. Moreira Alves foi seu aluno e nele reconhece uma de suas maiores inspirações para se tornar professor de Direito.

O *Curso de Direito Civil* de Miguel Maria de Serpa Lopes, desembargador do antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Rio de Janeiro), é também de ser citado como seguidor do Direito Privado germânico¹⁷⁶. Apesar de seu cargo no Poder Judiciário, Serpa Lopes era adepto de uma exposição eminentemente dogmática dos temas, com poucas alusões aos julgados.

Clovis Verissimo do Couto e Silva (1930-1992), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foi magistral ao combinar (e equilibrar) as lições francesas

¹⁷⁴ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. Texto inédito e sem revisão, gentilmente cedido pelo autor. p. 1; 3.

¹⁷⁵ A edição mais recente do *Programa de Direito Civil* é de 2001 e foi publicada pela Editora Forense, do Rio de Janeiro, sob a direção de Gustavo Tepedino.

¹⁷⁶ O curso de Serpa Lopes foi editado no Rio de Janeiro, pela Freitas Bastos, em diversos volumes e com edições variadas. Em 1935, ele publicou sua tese de doutorado na Faculdade Nacional de Direito: SERPA LOPES, Miguel Maria de. O silêncio como manifestação da vontade obrigações em geral. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1935.

e alemãs¹⁷⁷. Em seu clássico *A Obrigação como processo*, Couto e Silva apresentou aos leitores brasileiros o que havia de melhor na literatura jurídica alemã em seu tempo¹⁷⁸. Nesse livro, é bem perceptível a utilização dos contributos de Josef Esser (1910-1999) e de Karl Larenz (1903-1993). Sua repercussão nos meios jurídicos nacionais foi enormemente amplificada graças aos ofícios de seu discípulo Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1938-), seja nos acórdãos por ele prolatados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seja quando ele se tornou ministro do Superior Tribunal de Justiça. Em muito se deve a seus julgados a popularização de conceitos relacionados à boa-fé objetiva¹⁷⁹, à responsabilidade pré-contratual¹⁸⁰ e à pós-contratual¹⁸¹, ao *venire contra factum proprium*¹⁸², ao adimplemento substancial¹⁸³ e às relações contratuais de fato¹⁸⁴.

Evidentemente que a exposição desses nomes é incompleta e tem o objetivo de ser uma simples exemplificação do quanto foi marcante o diálogo jurídico Brasil-Alemanha no século XX¹⁸⁵.

¹⁷⁷ A influência francesa no pensamento de Couto e Silva é também muito importante, a título de exemplo, cite-se: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Les principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé* (datilografado). Porto Alegre, 1988.

¹⁷⁸ *A Obrigação como processo* corresponde à tese de cátedra apresentada por Clovis Verissimo do Couto e Silva à Universidade do Rio Grande do Sul e foi publicada, em primeira edição, em Porto Alegre, pela editora Emma, no ano de 1964. Sua segunda edição – a mais difundida no País – é de 1976, publicada em São Paulo pelo editor J. Bushatsky. Em 2006, a FGV, com edição própria, no Rio de Janeiro, lançou uma nova impressão desse livro.

¹⁷⁹ STJ. AgRg no Ag 47.901/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12/09/1994, DJ 31/10/1994, p. 29505.

¹⁸⁰ TJRS. AC n. 591028295, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, RJTJRS,v-154/378, data de julgamento: 6/6/1991.

¹⁸¹ TJRS. AC n. 588042580, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, RJTJRS,v-133/401, data de julgamento: 16/8/1988.

¹⁸² STJ. REsp 95.539/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 03/09/1996, DJ 14/10/1996, p. 39015; TJRS. AC n. 589073956, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, RJTJRS,v-145/320, data de julgamento: 19/12/1989.

¹⁸³ STJ. REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

¹⁸⁴ STJ. AgRg no Ag 47.901/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12/09/1994, DJ 31/10/1994, p. 29505.

¹⁸⁵ Por uma questão de elegância, deixam-se de citar, no corpo do texto, os nomes de doutrinadores mais recentes que são divulgadores da cultura jurídica alemã no Brasil, salvo os que já referidos e que assim o foram em razão das conexões de suas obras com o período pré-Código Civil de 2002. De entre esses juristas contemporâneos, seja no Direito Civil propriamente dito, seja no Direito Romano, no Direito do Consumidor, no Direito Concorrencial ou no Direito Internacional Privado, é oportuno mencionar os professores Alcides Tomasetti Junior (Universidade de São Paulo), Eduardo César Silveira Vita Marchi (Universidade de São Paulo), João Alberto Schutzer Del Nero (Universidade de São Paulo), Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de

Nas últimas três décadas (1990–2013), essa ligação tornou-se ainda mais sensível, o que se nota pelo número cada vez maior de civilistas com formação germanófila. Nesse aspecto, o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Processual e a Sociologia do Direito revelam-se como províncias jurídicas tão ou mais marcadas pela produção intelectual alemã do que o próprio Direito Civil. E essa não é uma novidade: Francisco Campos, Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Amílcar de Araújo Falcão, Haroldo Valadão, em cada uma de suas áreas de estudo, bem representam esse vínculo intelectual com a Alemanha, na primeira metade do século XX.

Essa continuidade histórica das relações teuto-brasileiras foi interrompida em alguns momentos, especialmente durante as guerras mundiais e suas décadas imediatamente posteriores. Com o tráfego internacional obstruído, em face das restrições ditadas pela ruptura de relações diplomáticas, ou com a destruição das universidades, tanto física quanto humana, o acesso às fontes bibliográficas e a presença dos brasileiros nessas instituições tornaram-se impossíveis por longos períodos. É até surpreendente que se haja conservado tal nível de interação acadêmica até aos dias atuais.

Especificamente no que se refere ao *BGB*, esse código apresenta-se como centro orgânico da recepção dos institutos jurídico-privatísticos alemães. A título de exemplo, nos 20 periódicos editados pela Revista dos Tribunais, compreensivos do período de 1976 a 2012, há nada menos que 1.008 artigos (expressão genérica que compreende também pareceres, notas, resenhas e ensaios) que citam dispositivos do *BGB*, com maior ou menor relevo para as conclusões neles apresentadas¹⁸⁶.

São Paulo), Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Mairan Gonçalves Maia Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Debora Gozzo (Centro Universitário FIEO), Gabriel Nogueira Dias (Centro de Estudos de Direito Econômico e Social), Claudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Augusto Jaeger Junior (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Jorge Cesa Ferreira da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), Torquato Castro Junior (Universidade Federal de Pernambuco), Larissa Maria de Moraes Leal (Universidade Federal de Pernambuco) e Wanderlei de Paula Barreto (Centro Universitário Cesumar).

¹⁸⁶ Como exemplos de estudos específicos sobre o BGB, seus dispositivos ou as reformas legislativas, citam-se (apenas textos de autores brasileiros): CARNEIRO FILHO, Humberto João. Incursão histórica a respeito do tratamento conferido ao nascituro na parte geral do Código civil alemão. *Revista Síntese: direito de família*, v. 14, n. 73, p. 218–231, ago./set. 2012; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Alguns aspectos da lei para a modernização do direito das obrigações na Alemanha. *Revista de Direito Privado*, v. 12, n. 45, p. 147–161, jan./mar. 2011; BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v. 11, n. 41, p. 135–159, jan./mar. 2010; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estudo dogmático do contrato de comodato no Código civil alemão. *Revista jurídica da FA7*, v. 7, n. 1, p. 217–222, abr. 2010; FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre

Ao passo em que há 673 artigos com menções ao *Code Civil* (França) e 464 ao *Codice Civile* (Itália)¹⁸⁷.

5. O BGB e os autores alemães que mais influenciaram o Direito Civil brasileiro

5.1. A influência por “camadas” históricas

Conhecidos muitos dos autores que recepcionaram o Direito Civil alemão, importa agora assinalar *quais* doutrinadores da Alemanha foram recepcionados no Brasil.

A consulta aos manuais de Direito Civil é um excelente indicativo de quais obras alemãs influenciaram ou têm influenciado os juristas nacionais. É bem nítida a divisão desses autores em três “camadas” históricas.

A “*primeira camada*” diz respeito a doutrinadores clássicos do século XIX, cuja importância transcende suas épocas e, até por uma questão histórica, eles permanecem como elementos de conexão com a cultura jurídica universal. São exemplos dessa “camada” os nomes de Friedrich Carl Freiherr [barão] von Savigny (1779-1861), Rudolf von Jhering (1818-1892) e Bernhard Joseph Hubert Windscheid (1817-1892). Integrantes ou fundadores de escolas jurídicas (jurisprudência dos conceitos; jurisprudência dos interesses e pandectismo), esses juristas estão associados, até hoje, às teorias da posse, das relações obrigacionais e do negócio

aspectos da reforma do Código civil alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. *Superior Tribunal de Justiça*: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 141-184; FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2009; TADEU, Silney Alves. A integração do direito dos consumidores no código civil: a reforma do código civil alemão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, n. 62, p. 241-257, abr./jun. 2007; GOZZO, Débora. Assentimento de terceiro e negócio jurídico: análise comparativa entre os direitos brasileiro e alemão. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: Nova Série, v. 10, n. 20, p. 66-79, jul./dez. 2007; MARQUES, Cláudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de uma sistematização no código civil alemão de 1896: notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 4, p. 50-93, out./dez. 2000; MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão...; REIS, Carlos David Santos Araújo. Op. cit.

¹⁸⁷ Nesse levantamento foram considerados também artigos estrangeiros publicados nesses periódicos, o que pode comprometer a absoluta fidelidade desses números. No entanto, a quantidade desses artigos é pouco significativa e, mesmo com margem de erro, não há comprometimento da elevadíssima diferença entre as remissões ou referências ao Código Civil alemão e os Códigos de França e Itália.

jurídico. Suas principais obras chegaram ao país por meio de traduções espanholas e italianas, quando não por versões de segunda mão em português¹⁸⁸.

Na “segunda camada” estão os nascidos entre meados do século XIX e início do século XX. Ela divide-se em dois grupos.

No primeiro grupo, estão autores como Karl Martin Ludwig Enneccerus¹⁸⁹ (1843-1928), Theodor Kipp (1896-1963), Hans Carl Nipperdey¹⁹⁰ (1895-1968), Martin Wolff (1872-1953), Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963) e Andreas von Tuhr (1864-1925), cujas obras mais importantes foram publicadas nos anos 1900-1930.

¹⁸⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Note e riferimenti al diritto civile italiano iniziate dai professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante; coadiuvato dall'Avv. Fulvio Maroi. Nuova ristampa stereotipa. Torino: Torinese, 1926; SAVIGNY, Friedrich Karl (sic) von. *Metodologia jurídica* Traducción J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994; JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: J. Bushatsky, 1978.

¹⁸⁹ Karl Martin Ludwig Enneccerus (1843-1928) foi um jurista alemão com uma vida bastante interessante. Nascido na região do antigo Reino de Hannover, logo após concluir o ensino médio, aos 17 anos, Enneccerus incorporou-se ao corpo de voluntários de Giuseppe Garibaldi, na luta pela unificação da Itália. De volta a seu país, após doutorar-se, lecionou Direito Romano e Direito Civil na Universidade de Marburg, a partir de 1873. Em paralelo à cátedra universitária, Enneccerus teve participação ativa como parlamentar na condição de liberal. Após a unificação alemã, no *Reichstag*, ele integrou a comissão de análise do projeto do novo Código Civil, o *BGB*. Tornou-se nacionalmente (e internacionalmente também) por seu Tratado de Direito Civil.

¹⁹⁰ Hans Carl Nipperdey (1895-1968) foi professor catedrático da Universidade de Colônia, onde lecionou Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Comercial. Nipperdey criou a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares (*Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*), de grande divulgação no País. Após o fim do regime nazista, o governo da República Federal da Alemanha indicou-o como primeiro presidente do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgerichts*), equivalente brasileiro ao Tribunal Superior do Trabalho. Durante o período nazista, Nipperdey e outros catedráticos da Universidade de Colônia foram protagonistas de um episódio heroico. Com a ascensão ao poder do Partido Nacional-Socialista, em 1933, foi editada a “Lei de Restauração do Funcionalismo”. Hans Kelsen, que também era catedrático em Colônia, tomou conhecimento pelos jornais de sua demissão (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt. Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95). Todos os colegas de Kelsen na Faculdade de Direito, à exceção de Carl Schmitt, assinaram uma petição dirigida ao comissário do *Reich* para o Ministério de Ciência, Arte e Educação da Prússia, em favor da permanência de Kelsen na Universidade de Colônia. Nesse tempo, Hans Carl Nipperdey era o decano da Faculdade e foi pessoalmente a Berlim entregar o documento e fazer gestões por Kelsen, a respeito de quem pesavam a condição de judeu e de simpatizante da socialdemocracia. A iniciativa foi inócua, ante o sumário indeferimento do pedido. A atitude de Nipperdey e dos demais catedráticos revelou-se muito prejudicial para suas carreiras universitárias, além do enorme risco pessoal a que se submeteram por associar seus nomes a alguém como Kelsen, então, um inimigo do regime.

Andreas von Tuhr é muito citado nos manuais brasileiros, graças à tradução espanhola de Wenceslao Roces de seu clássico *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* [*Parte Geral do Direito Civil alemão*] (1910-1918), cujo título é *Parte general del Derecho Civil*, com edição mais recente de 2006, publicada em Granada, pela editora Comores¹⁹¹.

A edição espanhola do *Tratado de Direito Civil* alemão de Enneccerus-Kipp-Wolff é obrigatoriamente citado na maior parte das obras didáticas brasileiras¹⁹².

No segundo grupo da “segunda camada”, figuram juristas que escreveram (ou publicaram) seus principais textos nos anos 1950-1960. Franz Wieacker (1908-1994) é permanentemente lembrado por sua *História do direito privado moderno*, como já referido, excelentemente traduzida para o português por António M. Botelho Hespanha.

Karl Larenz (1903-1993) é onipresente nos livros brasileiros sobre Parte Geral e Direito das Obrigações. A edição de 1992 de sua *Metodologia da Ciência do Direito* foi (muito bem) traduzida por José Lamego e publicada em Coimbra, graças à prestigiosa Fundação Calouste Gulbenkian. Seus livros *Parte Geral do Direito Civil* e *Direito das Obrigações* receberam traduções espanholas, respectivamente, nos anos de 1978 e 1958-1959, ambas publicadas em Madri, pela editora Revista de Derecho Privado, as quais tomaram por base edições alemãs dos anos 1970 e 1950¹⁹³.

¹⁹¹ Andreas von Tuhr nasceu em São Petersburgo, em uma família russa de ascendência alemã. Seu pai foi senador e membro do Conselho de Estado da Rússia. Von Tuhr estudou nas Universidades de Heidelberg, Leipzig e Strasbourg. Suas influências intelectuais foram Bernhard Windscheid e Ernst Bekker. Em 1893, von Tuhr assumiu a cátedra de Direito na Universidade da Basileia. Posteriormente, em 1898, tornou-se catedrático na Universidade de Strasbourg, da qual também foi indicado para a reitoria. Naquele tempo, a universidade era denominada *Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg*, em homenagem ao imperador alemão e como demonstração de lealdade à Alemanha. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a região da Alsácia-Lorena deixou de ser alemã e voltou a se incorporar ao território francês. Com isso, von Tuhr perdeu sua cátedra universitária e emigrou para a Suíça, onde se tornou professor da Universidade de Zurique e muito contribuiu para o desenvolvimento do Direito das Obrigações suíço, com a publicação do clássico *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts* [*Parte Geral dos Direito das Obrigações suíço*]. A obra de von Tuhr é considerada um exemplo perfeito do Direito Civil de vocação europeísta. Seus ensinamentos, em qualquer idioma ou ordenamento jurídico, são facilmente adaptáveis, porque dotados de caráter de universalidade e de rigor metodológico. Ele é apontado como um dos últimos pandectistas.

¹⁹² ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 15. rev. por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la 39. ed. alemana. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981. t.1., v.1. (Há diversos volumes e tomos sobre cada um dos livros do BGB).

¹⁹³ As referências completas dessas traduções são as seguintes: LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid:Revista de Derecho Privado, 1978; LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958-1959. 2 v. Em 2006, Alessandro Hirata traduziu para o português, diretamente do alemão, um importante texto de Larenz de 1956 (*Die Begründung*

A “terceira camada” é composta por doutrinadores mais “recentes”, como é o caso de Dieter Medicus¹⁹⁴ e Claus-Wilhelm Canaris¹⁹⁵.

O livro de Dieter Medicus sobre Direito das Obrigações, traduzido como *Tratado de las relaciones obligacionales*, foi estampado em Barcelona, pela editora Bosch, no ano de 1995. É uma tradução organizada por Ángel Martínez Sarrión, que tomou por base a sexta edição alemã de 1992, portanto, anterior à reforma do Direito das Obrigações ocorrida em 2002.

Claus-Wilhelm Canaris é bastante conhecido no Brasil graças a duas obras: *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, publicada em Coimbra, pela Almedina, no ano de 2003, e *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, vertida para o português por António Menezes Cordeiro e estampada em Lisboa, no ano de 1989, sob o patrocínio da Fundação Calouste Gulbenkian.

Direitos fundamentais e Direito Privado é a tradução de *Grundrechte und Privatrecht*, publicado em Berlim e Nova York, no ano de 1999, pela editora Walter de Gruyter. Esse livro teve enorme impacto no estudo das relações entre o Direito Privado e o Direito Constitucional, especialmente no que toca ao problema da eficácia dos direitos fundamentais em face dos particulares. Infelizmente, esse estudo foi pouco lido ou, o que é pior, pouco compreendido por alguns que o leram e o têm citado. Como bem ressaltou Jörg Neuner, a relação entre o Código Civil e a Constituição é “extremamente complexa e constitui atualmente um fórum central de desenvolvimento e reformulação de controvérsias sobre os fundamentos da ciência jurídica”¹⁹⁶.

von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 51-52, p. 1897-1900, 1956), que ganhou o seguinte título: “O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956)”, publicado na *Revista direito GV*, v. 2, n. 1, p. 55-63, jan./jun. 2006.

¹⁹⁴ Dieter Medicus (1929-) foi catedrático da Universidade de Munique [*Ludwig-Maximilians-Universität München*] de 1978 até sua aposentadoria em 1994.

¹⁹⁵ Claus-Wilhelm Canaris (1937-) nasceu em Legnica (em alemão Liegnitz), cidade da Baixa Silésia, que foi parte do território alemão da Prússia até 1945 e hoje integra a Polónia. Ele sucedeu Karl Larenz, em 1972, na cátedra da Faculdade de Direito da Universidade de Munique, até quando se aposentou em 2005. Ele liderou o projeto de reforma do BGB, que resultou na Lei de Modernização do Direito das Obrigações. Em 2005, ele foi agraciado com a comenda *Verdienstkreuz 1* (Cruz da Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha, Primeira Classe). Claus-Wilhelm Canaris é muito respeitado e admirado no Brasil, com quem possui antigos vínculos acadêmicos. Em 2012, por indicação da Faculdade de Direito, a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul outorgou-lhe o merecido título de *doutor honoris causa*.

¹⁹⁶ Em complemento: “Em retrospectiva, constatamos que a descrição do primado da Constituição restringe, num primeiro momento, a percepção da autonomia do Direito Privado. Essa impressão resta enrobustecida quando os direitos fundamentais são considerados abrangentemente como

Canaris e Medicus ainda possuem uma invejável produção literária. No entanto, seus livros mais marcantes para a cultura jurídica nacional datam dos anos 1970-1990.

Se for realizada uma regressão para autores da “segunda camada”, especificamente de seu segundo grupo, os livros de maior relevo ou que chegaram até ao público brasileiro por traduções portuguesas ou espanholas publicaram-se nos anos 1950-1960. Esses livros e artigos são a fonte para a maior parte das pesquisas brasileiras de Direito Privado. Seguindo uma tradição alemã, boa parte dessas obras foram, no entanto, modificadas ou atualizadas posteriormente, com a inclusão de novos coautores. Exemplo disso é a *Parte Geral do Direito Civil*, de Karl Larenz, que foi bastante alterada em 1997, quando se estampou sua sétima edição. Manfred Wolf tornou-se coautor desse livro desde sua oitava edição, em 2004. Em 2012, a editora Beck publicou a décima edição de *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, que, além de Larenz e Wolf, ambos falecidos, tem a participação de Jörg Neuner.

No Direito Público, o cenário é diverso. Nessa área, com honrosas exceções, ocorreu um saudável *aggiornamento* dos marcos teóricos, com a utilização de obras dos anos 1980-1990, como as de Robert Alexy¹⁹⁷ ou Bernhard Schlink¹⁹⁸, cujas

mandamentos de otimização. Do ponto de vista do método, porém, vale para o Judiciário o primado do plano das regras sobre o plano dos princípios, de modo que só é possível recorrer à Constituição excepcionalmente *supplendi* ou *corrighendi causa*. Além disso a interpretação da Constituição deve, em princípio, ser orientada para uma reconstrução da vontade legislativa” (NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. Tradução de Peter Naumann. *Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, p. 75-106, 2008. ps. 77 e 105). Para uma crítica da simplificação do problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares e da chamada constitucionalização do Direito Civil: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito* (Lisboa), v. 143, p. 43-66, 2011.

¹⁹⁷ Robert Alexy, nascido em Oldenburg, estudou Direito e Filosofia na Universidade de Göttingen. Ele doutorou-se em 1976 com a tese *Theorie der juristischen Argumentation*, e, em 1984, obteve sua habilitação com a tese *Theorie der Grundrechte*. Alexy é professor da Universidade de Kiel (*Christian-Albrechts-Universität*). Sua influência no Direito brasileiro contemporâneo é imensa, tanto no campo doutrinário, quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ele possui doutorados honorários em diversas universidades (Alicante, Buenos Aires, Tucumán, Antuérpia, Lima [*Universidad Nacional Mayor de San Marcos* e *Universidad Ricardo Palma*], Piauí, Praga e Coimbra). Segundo Robert Alexy, Ralf Dreier teve grande importância na elaboração de sua tese de doutoramento. Juntos eles desenvolveram o modelo Dreier-Alexy, com suas dimensões analítica, empírica e normativa (ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 24, p. 671-687, 2001; Dados biográficos da página da Universidade de Kiel, disponíveis em: <http://www.alexyljura.uni-kiel.de/>. Acesso em 20-9-2013).

¹⁹⁸ Bernhard Schlink hoje é um nome internacionalmente conhecido, menos por sua condição de jurista e mais por sua carreira literária, popularizada pela adaptação de seu romance *Der Vorleser* [O leitor] para o cinema, em 2008, sob a direção de Stephen Daldry. Como jurista, Schlink exerceu o magistério em diversas universidades alemãs. De 1999 até 2009, ele foi catedrático de Direito na *Humboldt-Universität zu Berlin*.

traduções começaram a chegar ao Brasil no final da década de 1990 e ao longo dos anos 2000¹⁹⁹.

É notório que há cada vez mais brasileiros estudando na Alemanha ou que dominam o idioma de Goethe, o que permite a consulta aos originais de obras jurídicas modernas. Isso, porém, não se traduziu em uma alteração sensível para a grande massa de manuais, cursos e coleções didáticas de Direito Civil, que permaneceram reproduzindo lições que não mais se observam em seu país de origem, o que implica prejuízos no estudo comparatístico.

É óbvio que muitos elementos contidos em textos de Enneccerus, Larenz ou Hedemann são extremamente úteis como fontes de consulta para fins dogmáticos. E merecem ser citados na qualidade de textos clássicos. No entanto, outras passagens desses livros assumiram conotação puramente histórica, dada a alteração legislativa ou o surgimento de novas escolas, tendências jurisprudenciais ou doutrinárias. Os “clássicos” sempre terão seu espaço preservado, ainda que hajam perdido o viço da atualidade. É necessário reconhecer, porém, que o emprego de constructos teóricos ou de certos conceitos com forte vínculo legislativo, em obras didáticas brasileiras, há de ser extremamente cuidadoso. N’alguns casos, é um risco para a seriedade do manual ou do livro-texto fazer certas afirmações sobre um instituto jurídico que não mais existe ou que não tem mais sentido para um estudante do século XXI. Exemplos não faltam de teorias arruinadas na Alemanha, como a das “relações contratuais de fato”, no Direito das Obrigações, ou a “teoria das esferas”, no campo dos direitos da personalidade, que são recitadas no Brasil como grandes novidades.

Com a profunda reforma no Código Civil, em vigor desde 2002, por efeito da Lei de Modernização do Direito das Obrigações²⁰⁰, não se pode mais estudar institutos como a boa-fé objetiva, a violação positiva do contrato, a alteração da base do negócio, a prescrição, as relações de consumo, responsabilidade pós e pré-contratual com *exclusivo* suporte em obras dos anos 1950-1960 ou mesmo de 1980-1990.

É ainda digno de nota que o estudo do Direito Civil alemão é baseado nos comentários ao *BGB*, mais do que pela consulta aos livros-texto. Um advogado, um pesquisador ou civilista não consultará o manual ou o tratado de Dieter Medicus ou de Claus-Wilhelm Canaris, ao menos não sem antes ter examinado

¹⁹⁹ É o caso de citar: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁰⁰ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de novembro de 2001.

um dos monumentais códigos comentados, como o Palandt²⁰¹, o Staudinger²⁰², o Erman²⁰³, o *Münchener Kommentar*²⁰⁴ e o mais recente *Historisch-Kritischer Kommentar*²⁰⁵. A riqueza desse tipo de obra está na pluralidade de visões doutrinárias, no acervo de jurisprudência (que é acumulado a cada edição) e na organização sucinta das informações. Outro fator que conta para essa preferência pelos comentários é que os manuais e os tratados não se reeditam todos os anos, como se tornou vulgar no Brasil nas duas últimas décadas. A atualização favorece comparativamente os comentários sob esse ângulo.

Para além dessas questões, que por si sós são muito relevantes, há ainda a necessidade de se dialogar com autores mais “contemporâneos” da privatística alemã e que têm oferecido leituras absolutamente originais, quando não diferenciadas, sobre consensos teóricos há tempos arraigados no Brasil, graças a essa recepção assíncrona da doutrina germânica.

Joachim Rückert²⁰⁶, Rolf Stürner²⁰⁷ e Reinhard Zimmermann²⁰⁸ este último mais conhecido em razão de seus livros escritos em inglês²⁰⁹, são exemplos desses

²⁰¹ PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 72. Auflage. München: Beck, 2013.

²⁰² STAUDINGER, Julius von (Hrsg.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 13., Bearbeitung und Neubearbeitungen. Berlin-New York: Walter de Gruyter-Sellier, 1993.

²⁰³ ERMAN, Walter. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Handkommentar*. 13., neubearbeitete Auflage. Köln: Schmidt, 2011.

²⁰⁴ SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum BGB...*

²⁰⁵ SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr, 2007.

²⁰⁶ Joachim Rückert (1945-) é professor catedrático de Direito Privado, História do Direito e Filosofia do Direito na *Johann Wolfgang Goethe-Universität* (Frankfurt am Main). Juntamente com Reinhard Zimmermann e Mathias Schmoeckel, Rückert coordena os Comentários Histórico-Críticos ao Código Civil alemão, publicados pela editora Mohr, de Tübingen (Dados biográficos extraídos de <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42960623/Person>. Acesso em 22-9-2013).

²⁰⁷ Rolf Stürner (1943-) é catedrático de Direito Civil na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*. No período de 2001-2003, ele foi professor visitante na Universidade de Yale. Ele foi assistente de Fritz Baur (1911-1992), catedrático da *Eberhard Karls Universität Tübingen*, e, juntamente com ele, Stürner é autor do clássico contemporâneo em língua alemã sobre o Direito das Coisas: BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18., neu bearbeitete Auflage. München: Beck, 2009.

²⁰⁸ Reinhard Zimmermann (1952-), catedrático na Universidade de Ratisbona [*Universität Regensburg*], é hoje um dos mais influentes juristas alemães no cenário internacional. Atual diretor do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hamburgo) e presidente da *Zivilrechtsleherversammlung* [Associação de Professores de Direito Civil da Alemanha, a mais prestigiosa organização de docentes de Direito Civil]. Zimmermann liderou a reação dos civilistas alemães à reforma do Direito das Obrigações (2002) e tem defendido a importância do Direito Romano e de seu diálogo com o Direito Privado contemporâneo.

²⁰⁹ Podem-se citar como obras de Zimmermann com relativa difusão no Brasil: ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*, 2005 e ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1999.

“novos” autores, que produziram escritos de grande qualidade e com influência na dogmática alemã nos anos 1990–2000, com projeções até aos dias de hoje. Esses juristas, quase todos nascidos nos anos 1940–1950, são relativamente pouco citados nos manuais brasileiros, a despeito de suas inegáveis qualidades técnico-jurídicas²¹⁰.

Em termos comparativos, vejam-se os seguintes resultados quanto às citações de alguns privatistas alemães em um grupo de revistas jurídicas brasileiras, no período de 1986–2012²¹¹:

Tabela 1

| Posição | Autor | N.º de publicações* |
|---------|---------------------------|---------------------|
| 1 | Karl Larenz | 410 |
| 2 | Claus-Wilhelm Canaris | 270 ²¹² |
| 3 | Karl M. Ludwig Enneccerus | 180 |
| 4 | Franz Wieacker | 97 |
| 5 | Dieter Medicus | 52 |
| 6 | Justus Wilhelm Hedemann | 46 |
| 7 | Hans Carl Nipperdey | 36 |
| 8 | Andreas von Tuhr | 25 |
| 9 | Reinhard Zimmermann | 12 |
| 10 | Anton Menger | 9 |
| 11 | Rolf Stürner | 8 |
| 12 | Joachim Rückert | 1 ²¹³ |

* Considera-se a citação, independentemente do número de vezes em um mesmo texto, em cada artigo, parecer, resenha e ensaio publicados nas revistas pesquisadas.

²¹⁰ Na atualização do tomo 5 do *Tratado de Direito Privado*, de Pontes de Miranda, feita por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús, publicada no ano de 2012, em São Paulo, com o selo da Revista dos Tribunais, há copiosas referências a livros de Reinhard Zimmermann e Rolf Stürner.

²¹¹ Periódicos editados pela Revista dos Tribunais, que foram selecionados por sua aderência ao Direito Privado: 1) Revista dos Tribunais; 2) Direito do Consumidor; 3) Direito Privado; 4) Arbitragem e Mediação; 5) Direito Bancário e do Mercado de Capitais; 6) Direito Imobiliário; 7) Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo; 8) Direito do Trabalho.

²¹² No número expressivo de citações de Claus-Wilhelm Canaris deve-se considerar que sua obra de caráter metodológico e filosófico, e não apenas civilístico, teve impacto na quantidade de referências.

²¹³ A citação de Joachim Rückert deve-se a Débora Gozzo, como se lê de seu artigo *Assentimento de terceiro e negócio jurídico: análise comparativa entre os direitos brasileiro e alemão*, publicado na *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 20, p. 66, jul. 2007.

O impacto da doutrina alemã pode ser medido, com segurança²¹⁴, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²¹⁵, o que permite uma interessante comparação com os resultados do impacto nas revistas jurídicas brasileiras. Considerado o período de 1.º-1-1989 até 31.12.2012, têm-se os seguintes dados:

Tabela 2

| Posição | Autor | N.º de acórdãos ^{*216} |
|---------|---------------------------|---------------------------------|
| 1 | Karl Larenz | 62 ²¹⁷ |
| 2 | Karl M. Ludwig Enneccerus | 15 |
| 3 | Justus Wilhelm Hedemann | 8 ²¹⁸ |
| 4 | Claus-Wilhelm Canaris | 2 |
| 5 | Andreas von Tuhr | 1 |
| – | Franz Wieacker | NIHIL |
| – | Hans Carl Nipperdey | NIHIL |
| – | Dieter Medicus | NIHIL |
| – | Reinhard Zimmermann | NIHIL |
| – | Anton Menger | NIHIL |
| – | Rolf Stürner | NIHIL |
| – | Joachim Rückert | NIHIL |

* Considera-se a citação, independentemente do número de vezes em um mesmo texto, em cada artigo, parecer, resenha e ensaio publicados nas revistas pesquisadas.

Qualquer relação de professores de Direito Privado alemão seria incompleta se uma alusão, ainda que menos enfática, porque são internacionalistas-privatistas, ao canadense-alemão Erik Jayme (1934-), da Universidade de Heidelberg, e a Jürgen Basedow (1949-), do Instituto Max-Planck de Hamburgo. Erik Jayme dispensa apresentações. É um dos nomes mais conhecidos da Alemanha no Brasil, com publicação de vários artigos em português, língua que domina com proficiência. Seus escritos são divulgados no Brasil, em larga medida, pela ação de sua discípula

²¹⁴ A base de dados eletrônica do Superior Tribunal de Justiça contém todos os acórdãos julgados desde a instituição dessa Corte, o que confere caráter de universalidade aos resultados da pesquisa.

²¹⁵ O tribunal superior brasileiro que tem competência para uniformizar a interpretação do direito ordinário em matérias administrativas, tributárias, previdenciárias, penais, processuais, cíveis, comerciais e concorrenciais. A competência sobre o direito ordinário é também exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral (matéria eleitoral), Tribunal Superior do Trabalho (matéria trabalhista) e Superior Tribunal Militar (crimes militares).

²¹⁶ Não foram considerados os acórdãos nos quais o autor é meramente referido, sem indicação de obra específica.

²¹⁷ Desse total, 57 acórdãos citam o livro *Metodologia da Ciência do Direito*, ora na tradução portuguesa de José Lamego, ora na tradução espanhola publicada pela editora Revista de Derecho Privado ou, a mais recente, da editora Ariel, de Barcelona.

²¹⁸ Aparecendo com a grafia incorreta de seu nome (Endemann).

Claudia Lima Marques, ela própria uma das maiores expoentes do Direito Privado brasileiro de matriz alemã. A teoria do diálogo das fontes, o Direito da Arte e as novas visões sobre o Direito Comparado são dois exemplos dos contributos de Erik Jayme para a Ciência Jurídica nacional²¹⁹.

Jürgen Basedow é uma referência mundial no Direito Internacional Privado e tem sido precursor no estudo da “europeização” do Direito alemão. No Brasil, Augusto Jaeger Junior é seu divulgador e uma dos primeiros a estudar o tema da “europeização” no País²²⁰.

Por último, é mandatória a referência a Jürgen Samtleben (1937-), um dos maiores difusores do Direito brasileiro na Alemanha nos anos 1970-1980. Pesquisador para a América Latina do Instituto Max-Planck de Hamburgo, Samtleben participou de diversos eventos no Brasil, conhece profundamente a língua portuguesa e os autores nacionais. É verdadeiramente notável e digno de reconhecimento formal pelas autoridades brasileiras o contributo de Jürgen Samtleben para a elevação da cultura jurídica do Brasil nos meios germanófonos.

5.2. O Direito Civil alemão e seus rumos atuais

Uma nova geração de civilistas alemães tem despontado na última década, com produção de elevada qualidade e com uma formação em países de língua inglesa e mais voltada para a chamada “europeização” do Direito alemão. Podem-se citar nesse grupo os nomes de: a) Gerhard Wagner, catedrático de Direito Civil na *Humboldt-Universität zu Berlin*, que foi professor visitante na Universidade de Chicago e tem pesquisado sobre análise econômica do Direito, responsabilidade civil e insolvência civil; b) Horst Eidenmüller, catedrático de Direito Civil da *Ludwig-Maximilians-Universität München*, que possui um LL.M na Universidade de Cambridge, com pesquisa na área de Direito Privado europeu e análise econômica do Direito; c) Sonja Meier, diretora do *Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* da *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, fez um LL.M na Universidade de Londres, é discípula de Reinhard Zimmermann e deu enorme contribuição ao direito restitutivo inglês; d) Hans Schulte-Nölke, de Osnabrück, citado neste artigo, catedrático de Direito civil na Universidade de Osnabrück,

²¹⁹ JAYME, Erik. Formação progressiva do direito internacional privado por parte dos juízes: a experiência americana e a alemã até 1986. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 69-91, mar. 2003; JAYME, Erik. Visões Para uma Teoria Pós-moderna no Direito Comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.

²²⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Jurua, 2012.

tem escrito sobre História do Direito Privado; e) Hans Christoph Grigoleit, sucessor de Canaris na cátedra de Direito Civil da Universidade de Munique, que investiga Teoria Geral do Direito Privado e tem participado de eventos acadêmicos no Brasil nos últimos 5 anos.

Apesar de sua tradição de séculos e da força do *BGB*, o Direito Civil alemão, desde os inexoráveis avanços da europeização das instituições político-econômicas, tem experimentado contestações internas. Além disso, a importância do *BGB* é crescentemente discutida nos meios universitários em razão do crescente apelo à dogmática anglo-saxã, não apenas no Direito Civil, mas em variegados setores, como a Internet (e seus problemas jurídicos), o Direito ambiental, o Direito dos Contratos, o Direito Administrativo global, o Direito da Propriedade Industrial, o Direito Tributário.

A Alemanha ainda não sofreu o avanço anglo-saxônico que já atingiu pesadamente o Direito italiano e hoje trava uma luta incruenta no Direito francês. Mas, os sinais de que esse conflito por espaço e por influência no próprio território alemão já se mostram inequivocamente. Em muitas áreas na universidade alemã, têm-se tornado comuns os cursos de pós-graduação totalmente ministrados em inglês, o que já se verificou na Holanda (a ponto de superar muitos dos conflitos internos entre valões e flamengos) e na Bélgica. Esse diagnóstico é também comprovável pelo crescente número de professores alemães que complementam sua formação em universidades britânicas ou norte-americanas, ou ainda que se transferiram para essas instituições, ao exemplo de Jan Kleinheisterkamp, Stefan Vogenauer e Henning Grosse-Ruse Kahn.

Quanto à europeização, a crescente edição de diretivas e sua incorporação ao direito interno alemão têm contribuído para quebrar a unidade metodológica e histórica do *BGB*, ao exemplo da já comentada Lei de Reforma do Direito das Obrigações de 2002, uma iniciativa que ainda hoje é objeto de severas críticas nos meios universitários. A inevitabilidade desse processo, contudo, é um fato que não permite ser ignorado.

Posto que esses dois fatos coloquem o Direito Civil alemão diante de novos desafios, sua qualidade permanece em níveis de difícil equiparação com o equivalente em outros países. Uma das razões para essa superioridade é a maneira como os estudantes são ensinados a lidar com o *BGB*: ele manuseado, consultado e expungido em sala-de-aula e nos estudos em casa. Os professores lecionam o Direito Civil com base no código; os problemas têm solução dependente do conhecimento das regras do *BGB* e não com base em conceitos subjetivos ou opiniões retóricas alheias à realidade normativa.

Na próxima seção, que antecede a conclusão do artigo, volta-se ao problema da qualificação ideológica do *BGB* e faz-se o contraponto com a realidade brasileira.

6. O Código Civil alemão e o Código Civil brasileiro de 1916: “filhos tardios do liberalismo” e consensos que merecem revisão

Chega-se à última seção deste trabalho, que se dedicará ao exame de alguns consensos sobre a natureza e a ideologia do *BGB* e do Código Civil brasileiro de 1916, que, de certo modo, remanescem até aos dias atuais. Um desses consensos está na qualificação histórica do *BGB* como a última floração do liberalismo do século XIX. Sendo bastante curioso que, em relação ao Código Civil de 1916, se formou idêntico consenso em grande parte da doutrina nacional²²¹.

Em última instância, propõe-se a revisão de um consenso bastante arraigado no Brasil: a natureza liberal, exegética e patrimonialista do Código Civil alemão. Em certa medida, esse é um consenso transponível ao Brasil, onde se formou uma visão preconceituosa sobre o Código de 1916, tantas vezes apontado como uma lei retrógrada e velha em seu próprio tempo.

A base desta seção é um instigante artigo de Joachim Rückert, publicado em 2003, com o título *O Código Civil – um código sem chance*.²²² Com esse propósito, far-se-á uma espécie de resenha desse texto e, sempre que oportuno, proceder-se-á à comparação de suas conclusões parciais com certas leituras do Código alemão, muito difundidas no Brasil.

Joachim Rückert inicia seu artigo comentando que o centenário do *BGB* foi melancólico e nem de longe revelou o brilho ou o orgulho das comemorações pelo bicentenário do Código Civil francês de 1804²²³. As causas desse distanciamento dos alemães em relação a seu Código devem ser inventariadas²²⁴. A fonte dessa pesquisa é singela: os livros de introdução ao Direito ou sobre a Parte Geral do Direito Civil. Neles, é possível encontrar a mesma “história”, a prevalente e usualmente contada (*die gewohnte Geschichte*), e as mesmas obras que lhes servem de fundamento²²⁵. Essa visão histórica, segundo Rückert, deve-se,

²²¹ A influência de Franz Wieacker na construção dessa tese é notória, se consultados os autores nacionais contemporâneos que dele se valem para reafirmar o caráter socialmente atrasado do *BGB*, pois, não obstante a inovação das cláusulas gerais e seu caráter de flexibilização do sistema, o Código alemão “permaneceu um Código do liberalismo econômico” (COSTA, Dilvanir José da. Quarenta séculos de codificação civil. *Revista Forense*, v. 102, n. 386, p. 485-491, jul./ago. 2006. p. 488).

²²² RÜCKERT, Joachim. Op. cit., loc.cit.

²²³ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 749.

²²⁴ Reinhard Zimmermann (*The new German law...* p. 28-29, especialmente nota 153) comenta que o centenário do *BGB* passou sem grandes celebrações, seja pelo público em geral, seja pela comunidade jurídica. O número de publicações (artigos, obras coletivas ou de caráter comemorativo) foi pequeno e sem grande exuberância.

²²⁵ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 750, nota 3.

de modo especial, a quatro autores: a) *Franz Wieacker*, que escreveu a História do Direito Privado Moderno, “legendário livro de cabeceira de qualquer jurista mais instruído”; b) *Karl Larenz*, com sua *Metodologia da Ciência do Direito*, obra que exerceu papel fundamental na desconstrução da metodologia clássica; c) *Gustav Boehmer*; d) *Konrad Zweigert*²²⁶.

De entre esses autores, Franz Wieacker e Karl Larenz são particularmente relevantes, dada sua enorme influência no pensamento jurídico brasileiro da segunda metade do século XX e até aos dias de hoje (como demonstrado no item 5). Suas obras-chave foram escritas nos anos de 1950-1970 e, como afirma Joachim Rückert, conseguiram retratar o *BGB* de uma maneira bastante negativa. Ocorre, porém, que muitas das críticas ao *BGB*, identificáveis nas obras desses dois autores, refletem concepções dos anos 1940 ou mesmo anteriores, o que implicaria a recepção de ideias ultrapassadas, mesmo em 1950, e de conteúdo nacional-socialista. Sobre esse último ponto, nem seria de se estranhar, dado o comprometimento de amplos setores da universidade e da magistratura alemãs com o nazismo, como os membros da Escola de Kiel [*Kieler Rechtsschule*], um dos mais radicais centros da “renovação jurídica” promovida pelo regime hitlerista. Karl Larenz ocupou a cátedra de Gerhart Husserl, que foi destituído da Universidade de Kiel por ser judeu²²⁷. Essas ligações implicaram seu temporário afastamento da cátedra universitária no pós-guerra²²⁸.

Franz Wieacker, então um jovem professor, também fez parte desse grupo, na condição de professor visitante da *Christian-Albrechts-Universität Kiel*, em dois semestres²²⁹. E, segundo Hans-Peter Haferkamp, no que está se acordo com Joachim Rückert, é o mais bem sucedido dos críticos do *BGB* e um dos

²²⁶ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 750.

²²⁷ Apesar disso, nos arquivos de Karl Larenz, encontram-se 20 correspondências trocadas entre ele e Gerhart Husserl, que então vivia em Freiburg, no período de 1960-1972. O tom dessas missivas é leve e nelas são tratadas questões teóricas, sem qualquer alusão ao incidente ocorrido em 1933. Em 1968, notavelmente satisfeito pela oportunidade, Larenz participou do *Festschrift* para celebração dos 75 anos de Husserl. É algo, no mínimo, singular que isso tenha ocorrido, como acentua Claus-Wilhelm Canaris (Karl Larenz. GRUNDMANN, Stefan; RIESENHUBER, Karl (Hrsg). *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler: Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 2. p. 281.

²²⁸ Karl Larenz foi condecorado em 1942 com a *Kriegsverdienstkreuz 2* (comenda militar de segunda classe), o que denota sua ativa colaboração com o regime nazista. No pós-guerra, ele foi afastado de suas funções, em razão de inquéritos promovidos pelas autoridades de ocupação britânicas. Após sua “desnazificação”, ele foi convidado a assumir a cátedra na Universidade de Munique.

²²⁹ Para dados biográficos mais completos, sugere-se a consulta ao obituário de Franz Wieacker, de autoria de Detlef Liebs (Franz Wieacker. *Gnomon*. v.67, fasc. 5, p. 473-477, 1995).

responsáveis diretos pela construção de sua imagem como um código “formalista” e indiferente com a questão social²³⁰.

Sobre o papel de Karl Larenz na Escola de Kiel e no “movimento de renovação do Direito” por ela liderado no período hitlerista, Claus-Wilhelm Canaris dedicou várias seções de um texto biográfico sobre seu mentor, intitulado “*Karl Larenz*”, publicado em uma coletânea sobre os principais civilistas de língua alemã do século XX, a partir da visão de seus discípulos²³¹. Há diversas informações muito úteis para se compreender o comportamento de um homem tão admirado como jurista, mas que associou seu nome a um governo fundado no totalitarismo e na absoluta indiferença à dignidade humana.

Dadas as limitações de objeto desta investigação, no entanto, deve-se ficar apenas com a visão de Larenz sobre o Direito Civil e seu papel histórico.

Canaris informa que Larenz escreveu a Ralf Dreier uma carta sobre sua atuação em Kiel, cuja divulgação poderia ocorrer somente após sua morte²³². Nessa carta e pelas conversas mantidas entre os dois, sobressaem-se dois aspectos: (a) ele considerava importante contribuir para que o regime se mantivesse dentro de padrões mínimos de adequação ao Estado de Direito, daí a necessidade de contribuir com sua presença na cátedra universitária; (b) no entanto, ele faz a autocrítica de que foi ilusória e falsamente fundadas essas esperanças quanto ao regime²³³.

Ingeborg Maus, em estudo já publicado no Brasil, reforça a tese de Joachim Rückert, embora tenha dirigido sua análise para a questão do compromisso da magistratura com o nacional-socialismo, a ponto dos dirigentes da Associação dos Juízes Alemães, em 19 de março de 1933, haver emitido uma declaração de “total fidelidade” a Hitler²³⁴. Nesse período, o juiz é chamado conforme sua consciência e, por óbvio, de acordo com a lei (como se esses dois termos fossem realmente compatíveis). É o tempo em que o “juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”, porquanto o Poder Judiciário não se deveria “utilizar servilmente ‘das muletas da lei’”, por ser o magistrado um ““auxiliar direto da condução do Estado””²³⁵. Ainda conforme Ingeborg Maus, deu-se a “completa destruição a ligação entre legislação e independência

²³⁰ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit. p. 123.

²³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Karl Larenz. GRUNDMANN, Stefan; RIESENHUBER, Karl (Hrsg). *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler: Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 2. p. 267-307.

²³² CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit. p. 272.

²³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit. p. 273.

²³⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’. Traduzido por Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos Cebrap*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 195.

²³⁵ MAUS, Ingeborg. Op. cit. p. 196.

da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Esse processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. É nesse contexto, em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, que se formula esta bela máxima: ‘O juiz é a corporificação da consciência viva nacional’”. O antiformalismo e o antipositivismo da doutrina nazista põem em discussão até que ponto essa ética de valores morais unitários seria compatível com uma lei como o *BGB*²³⁶.

Com o pós-guerra, a magistratura alemã não foi chamada à responsabilidade por seus atos durante o regime nazista. E muitos de seus membros foram convidados a participar do processo de reconstrução do Direito, quando da reorganização alemã, primeiramente nas zonas de ocupação aliadas e, depois, com a República Federal da Alemanha: “Não se percebe durante os trabalhos preparatórios da Lei Fundamental [*de 1949*], nem tampouco depois, uma mínima tendência a reconhecer a participação submissa da Justiça – que dirá então de suas funções específicas – no nacional-socialismo”²³⁷. Idêntica observação pode ser lançada quanto à universidade e muitos de seus professores, que se favoreceram da cassação dos antigos catedráticos, por questões políticas ou étnicas. Alguns passaram pelos processos de desnazificação, conduzidos pelas autoridades militares aliadas das Zonas de Ocupação (americana, francesa, inglesa e russa), mas retornaram às cátedras e deram sequência, em muitos casos, a seus estudos teóricos dos anos 1930-1940, sem grandes revisões²³⁸.

Volte-se ao texto de Joachim Rückert, quando ele faz o curioso inventário das concepções dessa “história usual” do *BGB*. Note-se que se trata de uma resenha

²³⁶ MAUS, Ingeborg. Op. cit. p. 197.

²³⁷ MAUS, Ingeborg. Op. cit. p. 198.

²³⁸ Michael Stolleis (Prologue: Reluctance to Glance the Mirror. The Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945. In: JOERGES, Christian; GHALEIGH, Singh (Eds). *Darker legacies of law in Europe*, 1, 3) é mais enfático ao afirmar que a maior parte das pessoas empregadas nos serviços jurídico do Governo alemão no período nazista, após a Guerra, foram reintegradas ou promovidas, após os processos de desnazificação conduzidos pelas autoridades aliadas de ocupação. Tratou-se de um expediente pragmático, não apenas limitado ao Direito, mas às atividades essenciais da Alemanha (militares, economistas, servidores públicos em geral), por causa da Guerra Fria, que logo se iniciou entre os Aliados ocidentais (Estados Unidos, França e Reino Unido) e a União Soviética. Algo semelhante ocorreu na França, após a queda do Governo colaboracionista de Vichy; na Espanha, com o fim da ditadura franquista e nos países comunistas, após a derrubada dos regimes da Cortina de Ferro (ENGELBREKT, Kjell. *Darker Legacies, Schmitt's Shadow and Europe*. *German Law Journal*. v.7, n. 2. p. 112-113, 2012. p. 112).

do pensamento dominante sobre esse código e que pode ser encontrada em qualquer obra alemã sobre Direito Civil ou História do Direito²³⁹:

1. O *BGB* é um código liberal-burguês. Uma vez mais, a palavrinha “liberal” surge com toda sua carga de plurivocidade. Muito bem, Rückert, de modo cuidadoso esclarece que o liberal é no sentido manchesteriano e capitalista. A liberdade de contratar é limitada de modo insuficiente por força das cláusulas dos bons costumes, da boa-fé objetiva e dos usos do tráfego (§§ 138 e 134; 242 e 157, *BGB*). O valor do trabalho foi desprezado no § 950, em face do tratamento que se conferiu à especificação.

2. O *BGB* traiu os princípios igualitários e libertários das revoluções de 1789 (Francesa) e 1849 (Constituição alemã de *Paulskirche*), quando “esqueceu” das classes proletárias e não ouviu a denúncia de Anton Menger von Wolfensgrün.

3. O *BGB* não regulou o contrato de trabalho e conferiu liberdade à classe trabalhadora, mas sem lhe reconhecer direitos.

4. O *BGB* é um produto do formalismo jurídico e de uma não saudável jurisprudência dos conceitos²⁴⁰.

5. A defesa social no Direito Privado, de modo deliberado ou não, foi esquecida pelo *BGB*.

6. Os valores sociais foram ignorados pelo *BGB*, que se louvou num egoísmo estéril. Em tudo e por tudo, a origem das concepções nele contidas era o indivíduo, o dogma da vontade e a propriedade absoluta.

Uma das mais populares caracterizações do *BGB*, muito usada por Franz Wieacker, é a de ser esse código um “filho tardio do liberalismo”²⁴¹, a significar que o Código de 1900 havia nascido quando o Liberalismo já se encontrava em avançado estado de decadência. Segundo Joachim Rückert, essa qualificação do Código Civil alemão era corriqueira nos textos nacional-socialistas, continentes de duras críticas ao Liberalismo e, por esse motivo, trata-se de uma expressão contaminada por suas origens pardas (no sentido das camisas-pardas dos primeiros militantes nazistas). Não se pode esquecer a ojeriza ao *BGB* pelo regime hitlerista, que o considerava exageradamente individualista e inadequado aos valores da nova Alemanha²⁴², o que redundou na tentativa de substituí-lo pelo Código Civil do Povo alemão [*Volksgesetzbuch*], uma legislação “verdadeiramente germânica”²⁴³.

²³⁹ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 750.

²⁴⁰ “...einer ungesunden Begriffsjurisprudenz”.

²⁴¹ No original: “...spätgeborene Kind des Liberalismus”.

²⁴² ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law...* p. 28.

²⁴³ ENGELBREKT, Kjell. Op. cit. p. 116.

Essa aversão também se justificava pela códiço genético romanístico do *BGB*. O Partido Nacional Socialista, no item 19 de seu programa, estabeleceu como meta a abolição do Direito Romano, que é subserviente a uma visão de mundo materialista, e sua substituição por um Direito comum alemão²⁴⁴.

É notável que essa qualificação haja sido transposta para o Código Civil brasileiro de 1916 em muitas obras doutrinárias, teses e dissertações nacionais. De uma crítica nazista ao *BGB*, reproduzida ironicamente por Franz Wieacker, um professor da escola-modelo da universidade hitlerista, chegou-se ao respeitável Código Beviláqua. São realmente curiosos os efeitos de certa recepção do Direito estrangeiro no Brasil.

Retome-se *O Código Civil – um código sem chance?*, ainda na página 750, quando se inicia a seção 2, com o título “A outra história”, que, segundo Rückert, é essencialmente esta:

a. O *BGB*, exceptuando-se na questão do casamento, não pode ser considerado como um “código burguês”. O tradicionalismo matrimonial do Código Civil foi mais o resultado de uma mentalidade prussiana, conservadora e cristã²⁴⁵, que marcou parcialmente o processo de codificação, o que era de se esperar, dada a preeminência do antigo Reino da Prússia na unificação alemã sob a égide do príncipe von Bismarck, primeiro chanceler do *Reich*.

b. O *BGB* definiu que toda pessoa é sujeito de direitos, igual e livre em termos jurídicos²⁴⁶.

c. Na codificação de 1900 não houve desprestígio ao contrato de trabalho ou a qualquer matéria afim. O *BGB* não tratou qualquer classe social de modo diferenciado e assim o fez exclusivamente para se conservar fiel à igualdade e à liberdade²⁴⁷. Nesse ponto, Rückert destaca a existência, nos final do século XIX, de um movimento legislativo intenso de caráter socialmente reformista, ao exemplo das leis sociais (anteriores da seguridade social moderna), enviadas pelo *Kaiser* ao Parlamento em 1881, além de outras sobre responsabilidade civil (1871), sociedades mercantis (1869 e ss; 1891), direitos dos empregados domésticos (1896), lei de concorrência (1896, 1909), lei de seguros (1901, 1908), de entre outras. O *BGB*

²⁴⁴ MONATERI, P. G.; SOMMA, Alessandro. The fascist theory of contract: A comparative and historical inquiry into the darker side of contract law. *Cardozo Electronic Law Bulletin*, feb. 2009. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1347692. Acesso em 5-10-2013.

²⁴⁵ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 751.

²⁴⁶ “(...) *jeder Mensch ist in ihm Rechtssubjekt, jeder ist rechtlich gleich um frei*” (RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 751).

²⁴⁷ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 751.

não teve por ideal social o cidadão-possuidor isolado, mas uma sociedade formada por pessoas iguais e livres²⁴⁸.

Quanto a esse ponto, é importante convocar o testemunho de historiadores contemporâneos para o elemento irracional do processo de legislação social alemã no trágico reinado de Guilherme II. Bismarck, o representante da aristocracia rural do Norte da Alemanha, era um ferrenho adversário da política de contemporização com os sociais-democratas e os sindicatos. Guilherme, o jovem *Kaiser*, em suas erráticas posturas, no início do reinado, desejava ser o “imperador dos trabalhadores” e, para se contrapor a seu chanceler, deu apoio a essas leis. O ultrarreacionário monarca era, em verdade, o patrono dessas leis avançadas para a Europa do *fin de siècle*. Nada mais irônico para as teses reducionistas que tentam estabelecer uma clivagem liberal-conservador para o *BGB* e as leis sociais do período²⁴⁹.

d. O *BGB* é o fruto de um ideal legislativo pautado por “proposições jurídicas” que se poderiam definir como principiológicas. O Código não poderia ser considerado como o produto de um formalismo especial, como é tão comum de se encontrar em diversas obras brasileiras. A clareza das regras era um objetivo do codificador²⁵⁰. Nesse aspecto, dever-se-ia evitar tanto a abstração principiológica, destituída de vinculatividade, quanto uma confusa casuística.

Joachim Rückert é devastador nesse ponto: o formalismo de que é acusado o *BGB* nada tem que ver com uma dicotomia entre forma e substância e sim com um questionável *substancialismo político-filosófico*, que pretende extrair sentido da “vida”, ao tempo em que nega essa “vida” ao *BGB*. Trazendo essa questão para a contemporaneidade, é muito comum se dizer que o Código de 1916 era divorciado da realidade, da “vida” e que o atual Código Civil, ou a interpretação que dele se faz (à luz dos princípios), é que trouxe a “vida” para dentro de suas normas. Devolvendo-se a palavra a Rückert, essa acusação ao *BGB* foi manifestada nos tempos da República de Weimar, no período do Nazismo e mesmo após-1945²⁵¹.

²⁴⁸ “*Das Sozialideal des BGB war nicht der isolierte Besitzbürger, sondern die Gesellschaft der rechtlich gleichen Freien*”.

²⁴⁹ “Nos primeiros meses de 1890, o relacionamento entre Guilherme e Bismarck desintegrou-se completamente. Em janeiro, num conselho da coroa – encontro de ministros governamentais prussianos –, Guilherme ficou perplexo quando Bismarck atacou vigorosamente sua nova legislação social na presença dos outros ministros, que o apoiaram. A performance destinava-se a mostrar ao cáiser quem estava no comando” (CARTER, Miranda. *Os três imperadores: Três primos, três impérios e o caminho para a Primeira Guerra Mundial*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 135)

²⁵⁰ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 751.

²⁵¹ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 751.

f. O *BGB* não foi um código criado sob a inspiração do chamado “Positivismo científico”²⁵², tal como defendeu Franz Wieacker. O Código não tentava vincular o juiz como se ele fosse a “boca da lei”, mas sim a um grupo de casos presente em suas seções. Se não era casuísta, o *BGB* também não era jusnaturalista, instrumento retórico muito comumente usado pelos juízes do *Reich*, dos reinos e dos ducados da Alemanha recém-unificada para decidir arbitrariamente²⁵³. Isso soa estranhamente atual quando se observa certo debate sobre arbítrio, princípios e jurisdição.

g. O Código Civil de 1900 não desconheceu o contexto social, político e histórico de seu tempo. Ele deu sequência a um ideal de Savigny, pautado na adequada cooperação entre o Direito Civil e o Direito Público. Não se negligenciou a função civilizatória e comunitária do Direito Privado, mas se tentou construir a primeira “sociedade aberta”, como referiu Karl Popper, no Direito Civil e na Alemanha.

Nesse sentido, ao estilo de Rückert, a ridicularização do “direito subjetivo”, como categoria, após 1933, deu-se em um contexto de total aversão a esse importante legado do *BGB* por um regime totalitário.

O artigo de Rückert desenvolve ainda correlações entre os avanços técnicos do *BGB* e a antecipação de um debate do final do século XX sobre o papel dos princípios²⁵⁴. Em outra seção, ele tenta refutar a crítica de que o *BGB* encerrara seus esforços em proteger uma certa igualdade formal, a despeito de uma suposta lacuna quanto à desigualdade material entre os indivíduos²⁵⁵.

Não se entenda que as ideias de Joachim Rückert são solitárias no Direito Civil alemão. De fato, desde os anos 1980, “uma nova geração de historiadores do Direito” tem buscado “corrigir muitas das percepções distorcidas” sobre o *BGB*, as quais, muita vez, projetam para o passado diversos “conflitos políticos e jurídicos contemporâneos”. Melhor seria dizer que o Código Civil alemão não foi concebido para servir a “interesses das classes proprietárias”, mas teve sua inspiração na ideia de liberdade igual para todos perante a lei²⁵⁶. Ademais, muitas das críticas ao *BGB* talvez se tenham dado incrivelmente pelas “qualidades técnicas” do código, como anota Reinhard Zimmermann²⁵⁷.

A pergunta fica no ar: os trabalhadores teriam finalmente conseguido a igualdade material? Os consumidores efetivamente alcançaram a emancipação dos

²⁵² “...wissenschaftlichen Positivismus...”

²⁵³ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 751.

²⁵⁴ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 752-753.

²⁵⁵ RÜCKERT, Joachim. Op. cit. p. 758.

²⁵⁶ HAFERKAMP, Hans-Peter. Op. cit. p. 123.

²⁵⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law...* p. 14.

abusos cometidos pelos fornecedores? Terá sido realmente culpa de um Código Civil “sem chance” ou da falência histórica de um processo social e econômico que permanece a cobrar respostas, soluções e a exibir suas contradições em pleno século XXI?

7. Conclusões

A literatura do século XIX foi pródiga de autores que denunciaram as dramáticas condições da classe trabalhadora após a Revolução Industrial. Charles Dickens, em diversos livros, apresentou a seus leitores da Era Victoriana uma visão nada edulcorada da realidade social na então capital do velho Império Britânico. No conto, *A Christmas Carol* (1843), ele utilizou a moral religiosa para constranger socialmente seus contemporâneos com a figura (hoje universal) de Ebenezer Scrooge, uma personagem que sintetiza o ascetismo do capitalista financeiro e seu alheamento ao estado de miséria de seus semelhantes. Em *A tale of two cities* (1859), Dickens expôs as causas da Revolução Francesa, radicadas na arrogância e na miopia social dos aristocratas, ao tempo em que revela como os britânicos conseguiram se manter ao largo desse sangrento processo revolucionário.

É inegável que o Oitocentos foi um século do liberalismo econômico em alguns países centrais do sistema capitalista. Não em todos, evidentemente, pois muitos deles conheceram realidades econômicas bem menos dinâmicas, que combinavam elementos feudais ou mesmo a forte atuação do Estado como indutor do desenvolvimento econômico, ao estilo do Brasil e da Rússia. Esse mesmo liberalismo econômico criou estruturas jurídicas que deram suporte à autonomia da vontade, de modo igualmente irregular. Em alguns países, essa autonomia era sufocada por modelos eudemonísticos ou mesmo por uma corrupção brutal, que a tornavam pura expressão literária. Maior incongruência estava no campo dos costumes sociais. A legislação sobre família e sucessões, mesmo quando editada em países capitalistas centrais, era pautada por um severo conteúdo religioso, seja protestante, seja católico.

Nesse ambiente de enorme complexidade, que se não poderia desconectar das trágicas condições sociais de milhares de seres humanos que viveram no Oitocentos, foi o BGB concebido, após 16 anos de *marches et démarches*. Essa imponente codificação, que deixou suas marcas em variegados códigos do Ocidente e do Oriente, permanece, até aos dias de hoje, sob fortes críticas, a maior parte delas forjadas em sua pátria, a Alemanha. E, como produto secundário dessa opinião interna sobre o BGB, muitas dessas censuras transferiram-se para as codificações de seu tempo, algumas delas ainda vigentes.

Por razões históricas, a reduzida popularidade do *BGB* está associada ao desenvolvimento da dogmática alemã nos tempos de Weimar e, posteriormente, da longa noite nacional-socialista. Argumentos do final do século XIX foram reciclados nos anos 1920-1930. E, nos anos 1950, eles ressurgiram escritos por professores de grande qualidade intelectual, mas que se ligaram aos tristes episódios de 1933-1945. Essa conexão histórico-jurídica permite que se postule o direito de contestar muitas das teses sobre o *BGB*, constantes de respeitáveis obras da segunda metade do século XX. Não se trata de diminuir ou de menoscabar esses importantes contributos sobre a História do Direito Civil alemão dos últimos 100 anos. Mas, de permitir que novas leituras sejam oferecidas à comunidade jurídica. E, por meio indireto, que assim se faça também em relação a muitos consensos sobre o Direito Civil brasileiro. Como efeito indireto dessa discussão está a necessidade de se rever antigas teorias e a autoridade de algumas fontes, que ainda hoje servem de modelo para o Brasil. E, como tal, convoca-se ao difícil trabalho de separar obras que se transformaram em livros de caráter histórico e os que permanecem como escritos compatíveis com o estado da arte da dogmática alemã.

Reconhecer a desigualdade social, a exploração econômica das classes proletárias e a luta pela dignidade humana não implica necessariamente desqualificar o *BGB* e negar-lhe diversos méritos, como o de tentar construir uma identidade cidadã (e não burguesa, no sentido equívoco da tradução de *Bürger*) igualitária e autônoma em uma sociedade ainda submetida aos caprichos de um Estado autoritário e que distinguia seus súditos por critérios não isonômicos. Ebenezer Scrooge, um filho do Oitocentos, era tão atormentado pelos fantasmas dos Natais passados quanto muitos de seus contemporâneos. Com a admissão das qualidades técnicas do código e da complexidade ideológica dos codificadores do *BGB*, não é necessário retirar Scrooge do cenário. Só não se faz intelectualmente adequado tornar absolutamente iguais o Código e seu tempo.

*Trading in Looted Art? Problems for Met, Getty and the Others**

DR. VASCO FREITAS DA COSTA

SUMMARY: Introduction. The basic structure of the art market. The outlawing of the trading in art. The current legal framework. Regulating the art market instead of outlawing it: a path for the future. Conclusion.

Introduction

1. The market of fine art and antiques represents nowadays a relevant portion of the international commerce.

According to the 2014 report presented on this subject by THE EUROPEAN FINE ART FOUNDATION (“TEFAF”)¹, the international art market is estimated to have exceeded € 47.4 billion in total sales of art and antiques in 2013². The last decade brought a significant growth in this market (back in 2003, the total sales were of only about € 18,631 billion, against more than its double nowadays). This positive cycle was temporarily disturbed in the aftermath of the financial crisis of 2008. But it regained its pace as from 2010 onwards³.

Another important feature of this market is that it is getting more and more international, spreading over regions in the world other than the traditionally art-acquisitive countries as the United States, England, France, Switzerland and others. There are, indeed, some emerging countries in Asia, Latin America and

* The present paper was written in the context of my (ongoing) program of master of laws at Columbia Law School, in the city of New York, USA. For finding useful to share it with the Portuguese legal auditorium, I take the opportunity to publish it at this local, leaving the original language and contents of the article untouched.

¹ See “TEFAF Art Market Report 2014. The global market, with a focus on the US and China”, prepared by Dr. Clare Mc Andrew.

² TEFAF Art Market Report, p. 20. In the Report, the currency is referred to in Euros.

³ Information about this cycle in TEFAF Art Market Report, p. 20.

the Middle East, which have been increasingly accounting for this market. The most salient and impressive example is China, which, as revealed in the above cited 2014 report of TEFAF, overtook France in the third largest market position worldwide in 2007 and, in 2010, overtook England in the second largest position, just before the United States⁴.

2. Despite the economic importance of the art market in the international commerce, the truth is that this market remains almost entirely unregulated and, in particular, has been raising concerns about its legality along the past years and decades.

The basic issue relates to the phenomena of looting of archeological sites and pillage of historical monuments that have been occurring frequently, as a way to supply the market needs. As I will explain below, normally such phenomena proliferate in those less developed countries which contain a vast historical patrimony underground waiting to be discovered, but the same problem can also occur (and has indeed been occurring) in the more developed countries of Europe such as Greece, Italy or Sweden (even in the United States, we can think of the artifacts belonging to the past American Indian tribes that are still awaiting discovery beneath the surface)⁵.

The concerns related to the safeguarding of the archeological heritage are frequently joined by broader nationalistic approaches that, on a more general basis, attempt to limit or to bar the international exchange of cultural goods in order to keep their cultural wealth at home.

3. The purpose of this paper is to delimit the international transactions on cultural goods that should be considered illicit, as well as the reasons and grounds for labelling them as such.

My idea is not so much to simply expose the delimitation of unlawfulness as it already results from the international conventions and rules currently in force, but to analyze and criticize such legal delimitation and propose an alternative path to resolve the problems. As we will see below, the current span of legal prohibition tends to be too broad, and should perhaps be narrowed into a more market-oriented perspective, concentrated more on the regulation of the market than on its pure restriction.

My attention will focus only on the moveable cultural goods (meaning by cultural goods any objects carrying special significance for archeology, prehistory,

⁴ See TEFAF Art Market Report, p. 21.

⁵ See STAFFAN LUNDÉN, "Perspectives on Looting, the Illicit Antiquities Trade, Art and Heritage", in *Art, Antiquity and Law*, 2012, 17, pp. 112-119.

history, literature, art or science). All the immovable cultural property, such as churches, monasteries and other edifices (not considering their detachable contents or pieces), will not be analyzed here, because they are not susceptible to being traded worldwide (no one would think of moving the Cathedral of Notre Dame abroad...). For the same reason, also the intangible cultural patrimony (like the folklore or the Portuguese fado) will not be taken into account.

4. In the following chapters, I will start by presenting the basic structure of the art market, namely the agents that play a role therein and the types of exchange between them. Afterwards, I will point out the reasons and concerns that potentially justify forbidding the art trafficking in some of its parts. Then, I will analyze the concept of unlawfulness prevailing nowadays in the main international legal instruments, as well as in the codes of ethics and actual practice of the museums. Based on that, I will then evaluate the merits and demerits of such prevailing conception and, finally, I will try to propose a different way of approaching the international trade of cultural goods.

The basic structure of the art market

5. Transactions in art can be categorized into *primary* and *secondary* sales⁶.

As the name easily suggests, primary sales are the first being executed on a certain work of art. Typically, the artist procures a dealer to sell the work out in the market, being the price of the sale then shared between the artist and the dealer on a 50:50 basis⁷.

Secondary sales, in turn, are all the subsequent resales of the artwork.

Two types of intermediaries typically drive the chain of transactions along the way to the museums or collectors, namely: (1) the dealers and (2) the auction houses. In fact, “there are two key ways to sell fine art and antiques: sale or consignment to, or private sale by, an art dealer; consignment to, or private sale by, an auction house”⁸.

Art dealers and auctioneers tend to have a close relation between themselves, and sometimes compete for the intermediation in the market. According to the 2014 report of TEFAF (cited above), the dealer sector (including dealer and gallery sales and private sales within the art trade) accounted for about 53% of

⁶ IAN ROBERTSON/DERRICK CHONG, “Introduction to studies in art business”, in *The Art Business*, 2008, p. 6.

⁷ *Idem*, p. 6.

⁸ *Idem*, p. 7.

the global art and antiques market by value in 2013, whereas the remaining 47% was filled out with sales at public auctions of fine and decorative art⁹. Apparently, there is a balance between the two types of intermediation, but a tendency has been noted for a gradual expansion of the auction services at the expense of the dealers' continuing position on the market¹⁰.

Note that prices of artworks in auction houses tend to be higher than the prices charged by dealers on their private transactions, because the competition between the different bidders at the auction houses typically drives the values up¹¹.

It must also be noted that dealers' and auctioneers' worlds are not completely separate. In fact, dealers may show up in auction houses to sell out their stock in the market, or to acquire new artworks either for stock or for representation of their clients¹². Nevertheless, the vast majority of dealers' sales are made through their galleries and through local and international art fairs¹³. Another tool that has been increasingly used in the art market is the *Internet*. More and more sales of artworks are ordered through online platforms such as *eBay* and others. Both dealers and auctioneers begin using this kind of platforms to realize their operations¹⁴.

6. One additional word about auction houses.

The leading international auction houses are well-known by the names of *Christie's*, *Sotheby's*, *Phillips*, *Bonham's* and others. Founded and headquartered either in London or in New York, these auction houses operate worldwide and possess salesrooms all over the world. The *Fine Art Auction Group* is also a very highly regarded auction house in the United Kingdom, where it presents itself as the fourth largest auction house.

Typically, auction houses charge a *two-way fee* for each sale at auction. From the seller, they get a commission out of the final bid price at which the artwork is sold (the so-called "*hammer price*"). From the buyer, they receive a premium over the hammer price that the buyer has to pay to the seller¹⁵.

Typically too, the sale of artworks at auction becomes effective only if the price surpasses a certain minimum level known as "reserve", which is not divulged publicly¹⁶. The reserve is defined by the consignor (seller) of the artwork pursuant

⁹ See TEFAF Art Market Report, pp. 22 and 41.

¹⁰ See IAN ROBERTSON/DERRICK CHONG, "Introduction to studies in art business", cit., pp. 7-8.

¹¹ See IAN ROBERTSON, "Price before value", in *The Art Business*, 2008, p. 31.

¹² See IAN ROBERTSON/DERRICK CHONG, "Introduction to studies in art business", cit., p. 7.

¹³ As is clearly illustrated in the TEFAF Art Market Report, p. 43.

¹⁴ See TEFAF Art Market Report, pp. 27-28.

¹⁵ See IAN ROBERTSON/DERRICK CHONG, "Introduction to studies in art business", cit., p. 7.

¹⁶ On the concept of "reserve" and its corollaries, see IAN ROBERTSON, "Price before value", cit., p. 51.

to an agreement with the auctioneer, and will be based on a certain notion of the average acceptable market price of the artwork. If the final bid price at the auction falls below the reserve, the lot will be considered “bought in” and will lack any effect. Sometimes, the auctioneer guarantees the fulfillment of the reserve value to the consignor, meaning that, if the final bid price does not meet the reserve, or if the lot is simply not sold at auction, the auctioneer will fund the remaining part of the reserve value or its entire value, respectively. Such guarantee will demand some consideration from the consignor, such as giving the auctioneer the right to get an additional share on the sale’s profit in case the sale is successful at the end¹⁷.

Besides the purely auction service, these houses have also been rendering other *ancillary services*. Namely, it is not uncommon that they perform the same type of activity as dealers do, by bringing together potential sellers and buyers into private transactions far from the eyes of the public¹⁸. This intermediation may especially be relevant when the artwork fails to be sold at auction. Furthermore, auction houses may also provide important financial services, whether by advancing funds to the consignor several weeks or months before the auction, or simply by granting term loans to collectors or dealers against collateral over their artworks¹⁹.

7. The final links of the chain are the art museums and the private collectors.

Some of the most famous museums in the world are, among others: the *Metropolitan Museum of Art*, in New York; the *Getty Museum*, in Los Angeles; the *Hermitage*, in Saint Petersburg; the *British Museum*, in London; the *Louvre*, in Paris; the *Prado*, in Madrid; etc.

Art museums and private collections are frequently related to each other, in the sense that most museums have been originated in previous privately-handed collections, or have somehow benefited in their past from the acquisition, gift or bequest of important private collections²⁰. In fact, it is not uncommon that high net worth individuals gather rich and precious art collections along the time and then create museums on that basis, or donate or bequeath their collections to already existing museums. Philanthropic motivations, as well as the possible desire of the donators to have their names perpetuated in the pages of history, may underlie this kind of gifts and bequests. The *Getty Museum*, for example, clearly illustrates this reality in that it was created in life by the wealthy businessman and art collector Jean Paul Getty, who later on would also bequeath a considerable amount of

¹⁷ On the auction guarantee of reserve fulfillment, see IAN ROBERTSON, “Price before value”, cit., p. 52.

¹⁸ *Idem*, p. 53.

¹⁹ *Idem*, p. 53.

²⁰ See JOHN HENRY MERRYMAN, “A Licit International Trade in Cultural Objects”, in *International Journal of Cultural Property*, 1995, 4, p. 32.

his estate to this museum²¹. Also the *Metropolitan Museum of Art* conquered its reputation thanks to the incorporation of successive private collections, such as the *Cesnola* collection in the domain of classical antiquities²².

This coordination of museums with private collections is important in that it contributes to vivify and innovate the cultural mainstream at any time. In fact, by definition, private collections do not need to abide by the public's current trends or standards of taste in each given epoch. Above all, they are tailored to meet the preferences or even the caprices of their owners and collectors. Precisely, this openness to creativity and innovation may bring a breath of fresh air into the art world at the time the private collections are converted or moved to museums.

8. One last aspect has to do with the *economic* and *financial* function of artworks.

Firstly, the art business produces very relevant economic side-effects in terms of the employment opportunities it generates and of the number of ancillary industries and services that it helps to provide. These ancillary services comprise, namely, marketing and advertising, conservation and restoration of artworks, as well as insurance. In 2013, it is estimated that the global art business generated close to 2.5 million jobs in galleries, auction houses and outlets around the world, and spent about € 12.1 billion on external support services directly linked to the art trade²³.

Secondly, artworks are frequently viewed as investment assets²⁴. From the standpoint of an investor, artworks may not provide the same short-term liquidity that, in turn, is associated to stock. This happens because, typically, artworks are not interchangeable the same way shares of a company are. Besides, the price of an artwork is not as objectively predictable as the price of stock is. The valuation of an artwork may depend on the special taste or subjective perspective of the buyer. Nonetheless, the market still reveals that artworks have some characteristics that make them potentially useful for financial and investment purposes.

Several companies' market reports have shown the existence of at least two valuable traits in art assets: (1) these assets are relatively immune to inflation, contrarily to what happens with the stock market; (2) usually they bring high long-term returns, because artworks tend to increase their value as the time goes by²⁵.

²¹ Information available on the website of the museum: <http://www.getty.edu/museum/>.

²² Information available on the website of the museum: <http://www.metmuseum.org/>.

²³ See TEFAF Art Market Report, p. 152-153.

²⁴ About the performance of art as an investment asset, see JEREMY ECKSTEIN, "Investing in art. Art as an asset class", in *The Art Business*, 2008, pp. 69-81.

²⁵ *Idem*, pp. 71-74. See also JAMES GOODWIN, "Introduction" in the collective work *The International Art Markets. The Essential Guide for Collectors and Investors*, 2009, pp. 18-20.

Apart from the perspective of long-term returns, artworks can also provide, if wisely bought, exponential short-term returns. One can imagine a dealer or an investor who succeeds in buying an artwork for a particularly favorable price, and resells it some months later in an auction house for a much higher value. The advantage of the art markets is also that they are international and count, thus, with a large mass of potential buyers of artworks.

9. The first well-known experience of art investment was conducted by the *British Rail Pension Fund*²⁶. During the oil crisis of 1973, the Fund managers sought a new way of diversifying the portfolio of the Fund in order to grant reasonable prospects of long-term growth against the unprecedentedly high inflation rate. With that goal in mind, the Fund invested around £40 million in about 2.400 artworks between 1974 and 1980. This investment would reveal itself successful, since, at the end of 2000, it was estimated that the total income stemming from the art resales had amounted to £168 million and that the overall return had been of 11.3% per year, or approximately 4% after inflation.

The positive experience of the *British Rail Pension Fund* led to other attempts in the market to set up art investment funds. However, while apparently the investment on artworks may be attractive if seen in conjunction with other sorts of investment and as a way to diversify portfolios and hedge against inflation, the cases of investment structures *uniquely devoted* to art assets are not yet solidly implemented on the market²⁷. Some art funds of this type do exist, and are apparently doing well – being the most prominent example perhaps *The Fine Art Fund* in Europe –, but this line of investment still hesitates to start off decisively.

Arguably, the main reason for that may have to do not so much with the marketability qualities of artworks (which are undisputable), but instead with the still very scarce regulation of the art markets, something that makes these markets very opaque and little “official” and transparent²⁸.

The outlawing of the trading in art

10. Now that the basic structure of the art market has been analyzed, I am in position to approach the question of whether this market shall be considered unlawful and, if so, in which circumstances.

²⁶ About the experience of the *British Rail Pension Fund*, see JEREMY ECKSTEIN, “Investing in art. Art as an asset”, cit., pp. 74-77.

²⁷ *Idem*, pp. 79-80.

²⁸ *Idem*, pp. 80-81, advancing these and some other reasons for the absence of a significant number of art investment funds.

This question is not new. Back in the nineteenth century, for example, countries like Greece, Italy, Turkey, Egypt and France had already enacted national legislation prohibiting or conditioning the export of cultural heritage²⁹. The awareness about this issue would, however, be more decisively prompted by the increasing perception that a gross transfer of antiquities was going on from some of the nations in Latin America, Africa and Asia towards wealthy countries such as the United States, England, France, Switzerland and others. This massive trade was problematic because it endangered the integrity of the historical patrimony of the source nations. The aesthetic appreciation of the artifacts sold abroad did not seem compatible with the archeological need of preserving their integrity, as well as documenting the information about their specific provenance on sites or monuments. For the sake of serving the aesthetic, sophisticated feelings of the civilized people in the wealthy nations, this trade in art was, ultimately, turning the antiquities into blind objects, devoid of any recorded trustworthy provenance and history. It also had the consequence of ultimately leading to the cultural impoverishment of the source nations.

As we will see in a moment, the cross-border nature of this trade raised the need of international cooperation to find effective solutions for it. As soon as before the Second World War, these international efforts had already started under the aegis of the then existing *League of Nations*³⁰. Namely, in 1933, the *League* prepared a draft *Convention on the Repatriation of Objects of Artistic, Historical or Scientific Interest, Which Have Been Lost, Stolen or Unlawfully Alienated or Exported*. But this draft did not receive any follow-up, because it encompassed both private and public cultural heritage while many States considered that only public heritage should be subject to regulation. Another draft was, thus, prepared in accordance with this point, but was not fast enough to survive the outbreak of the Second World War, which put an end to these negotiations.

The international efforts would, nevertheless, be resumed in the years and decades following the Great War, as the phenomena of looting of sites and monuments in countries such as Mexico and Peru continued to raise the concerns of local and international authorities³¹.

In 1954, the UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO) promoted the signature and adoption of the *Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (this Convention would then be subject to two protocols, one in

²⁹ See CRAIG FORREST, “International Law and the Protection of Cultural Heritage”, 2011, p. 133-134.

³⁰ *Idem*, pp. 134.

³¹ *Idem*, p. 135.

1956 and another in 2004). Afterwards, UNESCO would focus its attention on the protection of cultural property in times of peace. It began by adopting two important recommendations: the *1956 Recommendation on International Principles Applicable to Archeological Excavations*; and the *1964 Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property*. A third recommendation would appear in 1976: the *Recommendation Concerning the International Exchange of Cultural Property*.

The most important legal instrument would, however, show up in 1970 with the signature of the *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*. This Convention is still today the chief reference in the international law of cultural goods in times of peace. Its content was subsequently upgraded and improved through a coordination between UNESCO and the INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT), which would result in 1995 in the adoption of the *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*. Although this latter instrument is, legally speaking, better tailored than the 1970 Convention, and also more reasonably intended in the way it impinges upon the art trade, much fewer States had until now come to ratify it, which significantly hinders its effectiveness.

Lastly, in 2001, it was adopted the *Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, followed, in 2003, by the *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*.

11. At the outset, the precise extent and contours of the limitations to be raised upon the art trade are not entirely self-evident. In fact, different layers of prohibition may exist, and not all of them are equally compelling. Before we examine the general content of the legal panorama currently in force, as well as its merits and demerits, let us, therefore, take a deeper look into the reasons and values which may underlie this type of regulation.

The very first value that may originate the unlawfulness of both international and local commerce on cultural goods is, of course, the *protection of ownership*. Nobody approves the trading of cultural goods if the objects have been stolen or smuggled from museums, universities, corporations or private individuals. Even if a certain painting crosses the border of the country where it has been stolen, the rightful owner of the painting may count with the possibility of bringing lawsuit before the courts of the State of destination, in order to recover its property. Whether this possibility may be more or less effective in practical terms is something that will depend on the adequacy of the judicial and administrative system of each country. Yet, as a matter of principle, the individual ownership over the transacted cultural good does not lose its validity as a consequence of

the claim being brought in another jurisdiction; much to the contrary, the private law right to property is typically transposable between jurisdictions. Therefore, if, for example, a sculpture is stolen from a museum in Egypt and taken to France, nothing prevents the Egyptian museum from bringing suit against the actual possessor of the sculpture in France. A different question will be whether the second-hand acquirer of the object has valid title against the original owner based on the former's good faith.

12. The grounds to consider transactions on cultural goods illegal turn out completely distinct when the transaction under scrutiny no longer implicates a misappropriation of someone else's property, but solely the *violation of an export restriction in the country of origin*. Typically, this happens when the rightful owner of a painting willfully sells the painting to a foreigner, but, by doing so, infringes a national rule that forbids or conditions the export of artworks to the previous consent of the authorities. In this scenario, the claim for the return of the object to the country of origin does not convoke the same cross-border nature that is inherent to the claims for recovery of individual ownership. On the contrary, a well-consolidated principle of international law here exists according to which no State is obliged to comply with and stick by the national public laws of other States (being the export laws a clear example of this category of public laws). In the famous notion provided on this regard by Paul M. Bator, "The fact that an art object has been illegally exported does not in itself bar it from lawful importation into the United States; illegal export does not itself render the importer (or one who took from him) in any way actionable in a US court; the possession of an art object cannot be lawfully disturbed in the United States solely because it was illegally exported from another country"³².

The values that may underlie the possible enforcement of export laws within the countries of destination of the cultural objects have no longer any relation to the protection of individual ownership. Instead, the dilemma now situates between two opposite perspectives³³. On one hand, there is the so-called *nationalist or retentionist* approach, according to which the cultural property belongs to its country of origin and should, thus, be returned in case it escapes to other countries without the consent of the national authorities. This perspective is, understandably, advocated typically by the art-rich countries most affected by the outflow of antiquities and cultural goods (Mexico, Peru, Cambodia, Egypt, Nigeria and

³² PAUL M. BATOR, "An Essay on the International Trade in Art", in *Stanford Law Review*, 1982, 34, p. 287.

³³ About these two perspectives, see, e.g., JOHN HENRY MERRYMAN, "A Licit International Trade in Cultural Objects", *cit.*, p. 14.

others). On the other hand, there is the so-called *internationalist* approach, under which the cultural heritage is considered not to be the exclusive property of any nation, but rather the *heritage of all mankind*. Furthermore, the exchange of cultural property between nations is considered to render a great contribution to a better understanding and appreciation between them, as well as to enrich the knowledge of each people about other peoples' culture. Not surprisingly, this view is normally endorsed by those countries that massively import cultural goods.

13. More or less halfway between the claim for restitution of property based on ownership and the claim for return of objects based on infringement of export rules, there is the claim for restitution or return of archeological pieces that were illegally excavated and smuggled from sites or monuments in their countries of origin. This third set of situations raises quite a different kind of concerns when compared with the traffic of medieval, modern or contemporaneous western artworks (such as paintings, sculptures and the likes). Here, it is not so much the dilemma between whether to adopt a nationalist or an internationalist approach what is in question. Prior to that, it is the physical preservation of the archeological heritage, as well as the access to the historical information potentially inscribed on the artifacts, the value which is at stake.

The clandestine excavation of sites and looting of monuments may endanger the heritage in several ways. First, it normally deprives and insulates the archeological items from the original context where they were found. The *nexus* that relates these objects to their context may be more or less tight and meaningful. One can imagine cases where the context is particularly important, as when the object is a statue that was stripped off of a temple's niche, or is a tapestry that was separated from a set of tapestries which conveyed a unique message, or is a Mayan ceremonial stela whose particular inscriptions could only be deciphered by looking at the other stelae of the same collection³⁴. But, even when the object is not so intrinsically related to its context, the mere knowledge of the specific site from where the object was ripped off (in a word: the knowledge about its *provenance*) is obviously very relevant to draw any assertive conclusions about its historical meaning. Otherwise, in the words of Clemency Coggins, the object will remain forever "beautiful but dumb"³⁵.

Besides the effect of "decontextualization", the clandestine activity in antiquities may also put at risk the physical integrity of the heritage itself, because, not rarely, looters opt to break down the artifacts so as to smuggle them across the borders and customs without notice. For example, instead of carrying a

³⁴ Example discussed in PAUL M. BATOR, "An Essay on the International Trade in Art", cit., 279.

³⁵ *Apud* PAUL M. BATOR, "An Essay on the International Trade in Art", cit., 301.

statue entirely, they sever the bust from the trunk and carry the bust across the customs wrapped like a souvenir. This type of proceeding is possible because the archeological items, unlike a modern artwork such as a painting, maintain their aesthetic value even if broken apart³⁶. Sometimes, dealers may also restore and paint the artifacts such as pots, vessels or coins in order to give the impression than they were found previously in time, or to disguise their real provenance.

14. The international sale of antiquities in circumstances such as the ones just described may well involve *an offense to rights of ownership, rather than purely the violation of export rules*.

In truth, early on in the twentieth century, several art-rich States affected by this international traffic began enacting declarations of ownership over any kind of artefacts that would be encountered within the borders of the State as from a certain date. These laws vested the Government with the ownership over any antiquities, no matter whether these objects were to be found and brought into light by private discoverers or by public official archeologists.

Presenting themselves as the legal owners of the antiquities, these Governments started demanding the return of clandestinely exported antiquities before the courts or the administrative authorities of the States of destination, on grounds of ownership over such objects. Along the second half of the twentieth century, the United States, in particular, faced several requests of this sort and gave them follow-up by suing the actual possessors of the antiquities under the terms of the *National Stolen Property Act*. The following are some of the cases where this topic was raised and considered in court:

- a) *United States v. Hollinshead*, 495 F.2d 1154 (9th Cir. 1974). The defendants were convicted for having transported in interstate commerce a pre-Columbian stela that had been found in a Mayan ruin in the State of Guatemala and that was property of this State under its national law.
- b) *United States v. McClain*, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977). Here, the defendants had conspired to transport and receive through interstate commerce certain pre-Columbian artifacts (terra cotta figures and pottery, beads and a few stucco pieces) taken in Mexico. The court held that the *National Stolen Property Act* could properly apply to illegal exportation of artifacts declared by Mexican law to be the property of the nation; but reversed the conviction by the district court on grounds that the jury had been

³⁶ See PAUL M. BATOR, “An Essay on the International Trade in Art”, cit., p. 296, referring that “the physical mutilation of certain types of art is rendered profitable because a respectable and lucrative market can be found for fragments no matter how brutally obtained”.

erroneously instructed about the date as from when the Mexican State had vested itself with ownership of all pre-Columbian artifacts.

- c) *United States v. McClain*, 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979). The case was the same as the previous one. The court now affirmed the conviction of the defendants on the count of conspiracy, but still reversed on the substantive count, for having considered that the foreign declaration of ownership was not sufficiently clear and unequivocal to found liability under the basic standards of due process and notice (*void-for-vagueness doctrine*).
- d) *Government of Peru v. Johnson*, 720 F.Supp. 810 (CD Cal, 1989). Here, the Government of Peru – plaintiff in the action – contended to be the legal owner of eighty-nine artifacts that had been seized by the United States Customs Service from the defendant. The court granted judgment for the defendant because it was uncertain whether those objects came from Peru or from other of its neighboring countries; even if they had come from Peru, it was uncertain whether the State already owned them at the time of removal; lastly, Peru’s declaration of ownership seemed to lack any domestic effects and work more as a form of export control.
- e) *United States v. An Antique Platter of Gold*, 991 F.Supp. 222 (SD NY, 1997). In this case, the Federal Government of the United States sought civil forfeiture of an antique Sicilian gold platter that had been traded and brought into the United States, on the grounds that it belonged to the Italian State and was thus to be considered “stolen” within the meaning of the *National Stolen Property Act*. The court granted the Government’s motion for summary judgment.
- f) *United States v. Schultz*, 333 F.3d 393 (2nd Cir. 2003). The defendant – a successful art dealer in New York City – was charged with conspiring to receive stolen Egyptian antiquities that had been transported in interstate and foreign commerce in violation of the *National Stolen Property Act*. For several years, the defendant, together with his partner, endeavored to bring Egyptian antiquities into America for resale, smuggling them out of Egypt disguised as cheap souvenirs, assigning a false provenance to them and restoring them with 1920’s techniques. The court found that the Egyptian State sustained under its national patrimony law a true claim of ownership over these objects, and thus affirmed the conviction against the defendant.

By analyzing this case law, we conclude that federal courts in the United States have been recognizing and enforcing foreign States’ claims of ownership over antiquities as long as such claims are not based on “empty” or “blank” declarations devoid of any attribution of effective powers over the objects. The right of national ownership must, therefore, precede the event of the object going

abroad, and must encompass a *minimum of possession or control over the object by the Government which declares itself as its owner.*

For example, in *Government of Peru v. Johnson*, 720 F.Supp. at 814, the court cast serious doubts on the substantiality of the declaration of ownership because the domestic effects of such declaration were “extremely limited” (“possession of the artifacts [was] allowed to remain in private hands, and such objects [could] be transferred by gift or bequest or interstate succession”), which led to suspect that the declaration hid a mere form of export control. Conversely, in *United States v. Schultz*, 333 F.3d at 401-402, the court found that in Egypt “there was no legal way for a private individual to retain possession of an antiquity discovered after 1983, and that all such antiquities [were] seized by the government”. This evidence of immediate appropriation and delivery of the objects to the State led the court to conclude that those antiquities were truly “owned by the Egyptian government”.

The current legal framework

15. Ever since its adoption, the 1970 UNESCO Convention has been the lodestar of the international legal regime of trade in art. Albeit its defects and imperfections, it laid down the general framework of the international cooperation between States. And, up to this moment, it has been adopted by a total of 128 States Parties³⁷.

This Convention sets out an ample notion of what should be meant by “cultural property”. According to article 1, introductory part, “[...] the term ‘cultural property’ means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archeology, prehistory, history, literature, art or science and which belongs to the following categories ...”. The article then includes a long and wide-ranging list of cultural property categories, which seems to encompass any category that one could possibly think of. Besides falling under the broad definition as so provided, it is also necessary that each object claimed as cultural property has previously been designated as such by the respective State of origin. On this regard, the text of the article refers to a “*specific*” designation by the State, which could suggest that each object would have to be individually qualified by the authorities as being part of the cultural patrimony. The States, however, have generalized the practice of adopting both *specific* and *general* declarations,

³⁷ The list of States Parties is available online at: <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=E&order=alpha>.

given the inconvenience that would be subjecting each and every single object to a specific label³⁸.

The great novelty of this Convention consists on having supported the enforceability of national export rules abroad. As I have mentioned above, the traditional principle on this regard is that, at an international level, each State's public laws, such as export laws, are not binding upon the other States. Consequently, in theory, if the State X prohibits the exportation of a certain painting and, nevertheless, this painting ends up being sold to a dealer in the State Y, the authorities of this latter State are not bound to the export rule of State X and, thus, are not obliged to provide for the return of the painting to that State. The 1970 UNESCO Convention attempted to reverse this outcome by establishing a kind of *international system of mutual recognition* between the various States Parties. In consequence, if one of the States Parties had validly designated a certain object or category of objects as being part of its national cultural patrimony, and that object or group of objects had been meanwhile illegally exported to another State Party, this latter State would be obliged, at the request of the former State, to provide for the return of the cultural object or set of objects.

Considering that the definition of cultural property set out in the article 1 of the Convention is, as we saw, significantly broad, it follows that the implementation of such a system of mutual recognition of export rules carries with it the risk of leading to an excessive limitation of the international traffic in art. That is why, in the process of negotiations that led to the final adoption of the Convention in 1970, traditionally art-importing States like the United States urged the intervening parties to limit the ambit of the correspondence between export and import restrictions and to set up a more flexible and well-tuned scheme of cooperation³⁹.

16. These efforts produced some effect and resulted, among other provisions, in a more narrowly shaped article 7, which paragraph (a) contents itself with obliging the States to prevent only the *museums and similar institutions* within their territories from acquiring illegally exported cultural objects (having apparently left aside any other possible agents of the art trade), and which paragraph (b) prohibits the import, and provides for the return under proper compensation, of only the *cultural property stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution* of another State Party to the Convention.

³⁸ See IRINI A. STAMATOUDI, "Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law", 2011, p. 37.

³⁹ About the negotiation history, see CRAIG FORREST, "International Law and the Protection of Cultural Heritage", cit., pp. 166-167.

The narrower reach of this article 7 has been interpreted by some States as purporting to mean that, all things considered, there would not be an automatic or direct correspondence between export and import rules on cultural goods under the Convention⁴⁰. In other words, according to this view, the enforceability of the national export rules of each State Party would only be limited to the narrower terms provided for under article 7. For example, the obligation to prevent the import of illegally exported objects would apply to museums and similar institutions, but no longer to other subjects like private dealers and collectors (because these would not have been provisioned under article 7).

Such a view, however, cannot reasonably be deemed to capture the meaning of the Convention in light of an interpretation made in good faith⁴¹. In truth, the above referred article 7 cannot override provisions such as the ones in articles 2 and 3 of the Convention. Note that article 2 meaningfully prays, in its number 1, that “*The States Parties to this Convention recognize that the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property is one of the main causes of the impoverishment of the cultural heritage of the countries of origin of such property and that international co-operation constitutes one of the most efficient means of protecting each country’s cultural property against all the dangers resulting therefrom*”; adding in number 2 that “*To this end, the States Parties undertake to oppose such practices with the means at their disposal, and particularly by removing their causes, putting a stop to current practices, and by helping to make the necessary reparations*”. Article 3, in turn, establishes an overarching rule according to which “*The import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions adopted under this Convention by the States Parties thereto, shall be illicit*”. Following this provision, there appears to be no doubt that any trade in art pursued contrary to the export regime adopted under the Convention by one of the States Parties shall be deemed illegal among all of the other States Parties...

Another provision that points in the same direction is contained in article 6, which imposes generally that the exportation of cultural property be accompanied by an export certificate. This rule could hardly be understood, given its broad scope, if the export prohibition therein established was not to be obeyed also by the importing States...

This considered, I conclude that the 1970 UNESCO Convention intends to enforce a wide correspondence between export and import restrictions in the

⁴⁰ *Idem*, pp. 178-181.

⁴¹ See IRINI A. STAMATOUDI, “Cultural Property Law and Restitution. A Commentary to International Conventions and European Union Law”, cit., p. 35, alerting that, “If the same export of a cultural object is considered illegal in the country of origin and legal in the country of import, no international cooperation is achieved”.

domain of cultural moveable goods. Even if this may not be crystal clear in relation to private transactions between dealers, it is undisputable as to the importation of art by museums and similar institutions (referred to in article 7).

17. Another contribution of this Convention – this one being more praiseworthy than the other – has to do with the coordination between the different States' legislation in what concerns the vindication of cultural goods that had been stolen in the past and that were meanwhile found to be in hands of good faith sub-acquirers.

Regarding this point, it is recognized that there is a notorious divergence of regimes between the common law and the civil law jurisdictions: while the common law sticks to the principle that nobody can validly transfer to another person a right to which the first transferor is not entitled (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*), the civil law tends to open an exception to that rule whenever some conditions are met, namely that the actual possessor of the stolen object is in good faith (and, thus, ignores, without fault, that the object has been stolen) and that some period of time has elapsed since the moment the object was stolen⁴².

The 1970 UNESCO Convention contributes to resolve this divergence by uniformly stating for every case, in article 7, paragraph (b), that the person from whom the cultural object is taken back shall be given a just compensation at the expense of the export State, provided that person is an “*innocent purchaser*” or a “*person who has valid title to that property*”.

18. When compared to the 1970 UNESCO Convention, the 1995 UNIDROIT Convention establishes a less radical way of enforcing each State Party's export rules on cultural property. On the other hand, however, this later Convention has a wider scope for it also encompasses claims for restitution of cultural goods presented by private individuals or corporations, and not solely by the States. It is thus possible under this Convention that any citizen belonging to one of the States Parties from whom a cultural object has been stolen brings a lawsuit before the courts of the State Party where the object shall be located, so as to claim the object back. Perhaps this wider scope of the Convention and of its prospective means of enforcement is the veiled reason why, up to this moment, still only 36 States have ratified and got bound to its provisions⁴³.

⁴² CRAIG FORREST, “International Law and the Protection of Cultural Heritage”, cit., p. 182.

⁴³ The list of States Parties can be reached at <http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>.

Yet: why do we say that this Convention is more self-contained in the way it enforces national export restrictions on cultural goods, when compared to the 1970 UNESCO Convention?

To be sure, the definition of cultural property (now called “cultural objects”) continues to be broad. According to article 2 of the UNIDROIT Convention, “[...] cultural objects are those which, on religious or secular grounds, are of importance for archeology, prehistory, history, literature, art or science and belong to one of the categories listed in the Annex to this Convention”. The enclosed list in the Annex is similar to the one previously included in the article 1 of the 1970 UNESCO Convention.

Under this new definition, it ceases to be necessary that the State of origin of the cultural object has designated the object as cultural property. The drop of this requirement relates to the fact that the Convention is actionable by both the State and any private persons⁴⁴. Indeed, the demand for public qualification of objects as condition to the filing of return petitions would impair the right of private owners to use the remedies under the Convention in the situations where the stolen objects had not been designated as cultural objects by the competent authorities.

Although the notion of cultural objects adopted in this Convention is as broad as the notion provided in the 1970 UNESCO Convention (or even broader, for dispensing with the previous designation of the object by the State as condition for its cross-border return), this new Convention establishes some additional conditions that significantly restrain the reach of exporting States’ pretensions. Indeed, under the article 5, number 3, of the 1995 UNIDROIT Convention, the State which requests the return of illegally exported objects has, to that effect, to demonstrate that “*the removal of the object from its territory significantly impairs one or more of the following interests: (a) the physical preservation of the object or of its context; (b) the integrity of a complex object; (c) the preservation of information of, for example, a scientific or historical character; (d) the traditional or ritual use of the object by a tribal or indigenous community*”. Alternatively, the requesting State may also demonstrate that “*the object is of significant cultural importance for the requesting State*” (last part of the number 3 cited)⁴⁵.

⁴⁴ See LYNDAL V. PROTT, “Commentary on the Unidroit Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995”, 1997, p. 26, stressing out that “The UNESCO Convention operates on a State to State level: the UNIDROIT Convention operates on the basis of private law. It is therefore entirely appropriate that cultural objects, whether or not designated, should be covered by the UNIDROIT Convention”.

⁴⁵ This article of the Convention received vehement applause from JOHN HENRY MERRYMAN, in “A Licit International Trade in Cultural Objects”, cit., pp. 27-28. By then, the Convention was still on preparation and available on draft.

By the effect of this provision, the claim for return of illegally exported objects is screened through a test of relevance and will only be considered on selected cases⁴⁶. Basically relevant will be the archeological items whose integrity, contextualization and underlying information and provenance have to be safeguarded; the objects still in use by tribal or indigenous communities, typically as objects of worship; and, finally, the objects that are considered national treasures or, at least, as being very relevant to the culture of their countries of origin. In practical terms, the provision will only render application to archeological artifacts, because the other categories (objects of worship and publicly-owned national treasures) can only be thought to stray from their original places under situations of *theft*, in which case the claim for restitution to be presented before the foreign authorities would be based on very different grounds, namely on rights of ownership, and would not suffer any restriction.

19. Notwithstanding the more permissible framework provided for in the 1995 UNIDROIT Convention, the truth is that the 1970 UNESCO Convention continues to take the lead within the regulation of the international trade in art.

The broader conception of unlawfulness has also impregnated the codes of ethics adopted by the international associations of museums. Each museum in particular tends to fear having its name involved in scandals of bad traffic in art and tries to protect its public image by adhering to a certain rhetoric of maximum control over the legal provenance of the acquired artworks⁴⁷.

The INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS (ICOM), a vast international association of museums and museum professionals, founded in 1946 and composed nowadays of more than 32.000 members, recommends very exigent policies for the acquisition of artworks or acceptance of gifts and bequests. In its *Code of Ethics*⁴⁸, adopted in 1986 and revised in 2001 and in 2004, it states that “Every effort must be made before acquisition to ensure that any object or specimen offered for purchase, gift, loan, bequest, or exchange has not been illegally obtained in, or exported from its country of origin or any intermediate country in which it might have been owned legally (including the museum’s own country). Due diligence in this regard should establish the full history of the item since discovery or production” (see §2.3).

⁴⁶ The ample notion of cultural property devised on article 2 of the Convention is thus only granted applicable in its entire breadth to the cases of stolen property. With this respect, says LYNDEL V. PROT that “it must be borne in mind that the full breadth of the definition only applies to stolen, and not to illegally exported cultural objects [...]” (in “Commentary on the Unidroit Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995”, cit., p. 27).

⁴⁷ See on this subject ROBERT HALLMAN, “Museums and Cultural Property: A Retreat from the Internationalist Approach”, in *International Journal of Cultural Property*, 2005, 12, pp. 201-223.

⁴⁸ Available online at: <http://icom.museum/>.

The UNITED KINGDOM MUSEUMS ASSOCIATION (UKMA) adopts a similar position. In the § 5.10 of its *Code of Ethics*⁴⁹, it recommends to its associates: “*Reject items that have been illicitly traded. Note that the UNESCO Convention (on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property) was finalized in 1970. Reject, therefore, any item if there is any suspicion that, since 1970, it may have been stolen, illegally excavated or removed from a monument, site or wreck contrary to local law or otherwise acquired in or exported from its country of origin (including the UK), or any intermediate country, in violation of that country’s laws or any national and international treaties, unless the museum is able to obtain permission from authorities with the requisite jurisdiction in the country of origin*”.

In turn, the American associations tend to engage in a more self-contained discourse and to be less attached to the terms and logics of the 1970 UNESCO Convention. The AMERICAN ALLIANCE OF MUSEUMS (AAM), former AMERICAN ASSOCIATION OF MUSEUMS, only states in its *Code of Ethics for Museums*⁵⁰ that museums must ensure that “*acquisition, disposal and loan activities are conducted in a manner that respects the protection and preservation of natural and cultural resources and discourages illicit trade in such materials*”, also adding that “*competing claims of ownership that may be asserted in connection with objects in [the museums’] custody should be handled openly, seriously, responsively and with respect for the dignity of all parties involved*”. The language used here is visibly open, paving the way for a more flexible treatment of each given case.

Also the ASSOCIATION OF ART MUSEUM DIRECTORS (AAMD) has been issuing several declarations and reports along the years, defining standards of practice to its members⁵¹. In these statements, this Association opts to focus its attention in especially endangered cultural objects such as antiquities and archeological materials. For example, on its declaration of 2001 entitled *Art Museums and the International Exchange of Cultural Artifacts*, AAMD pointed out and emphasized, as a matter of general principle, the great advantage of cultural exchange between different peoples and nations around the world; and the topic related to special precautions in the acquisition of art was, further on, only approached with regard to the art of ancient cultures and indigenous peoples, as to which the declaration alluded to a set of questions that should be considered by museum directors prior to acquiring any of such art. The Association dedicated two specific reports to the traffic in archeological materials and ancient art, one in 2004 and the other in 2008. In the last report, AAMD expressly recommended that “*member museums normally should not purchase a work unless provenance research*

⁴⁹ Available online at: <http://www.museumsassociation.org>.

⁵⁰ Available online at: <http://www.aam-us.org>.

⁵¹ Available online at: <https://aamd.org/standards-and-practices>.

substantiates that the work was outside its country of probable modern discovery before 1970 or was legally exported from its probable country of modern discovery after 1970”; but the Association also highlighted – and this was a complete breath of fresh air – the importance of generating licit markets in antiquities as a way to protecting the archeological heritage (“*the value of licit markets for the legal sale and export of works of art as an effective means of deterring the illicit excavation and trafficking of archeological materials and ancient art*”)...⁵²

Regulating the art market instead of outlawing it: a path for the future

20. The current legal framework is, in my view, too broad and spans too much of the cultural patrimony universe.

The international regulation was initially prompted by the urgency of trying to stop or reduce the clandestine traffic in antiquities. However, it ended up covering not only the international trade in antiquities, but also all other kinds of cultural objects, including medieval, modern and contemporaneous fine arts. Also for these objects, the international rules came to enforce the national export bans and restrictions provided for in each country.

Such an extension is undue and unjustified.

While in the antiquities sector there are international values that urge common concern and effort, the same does not happen with the other cultural objects, such as paintings and sculptures, which were brought to daylight through the hand of their original creators, not through excavations or looting of monuments and sites. As Paul M. Bator correctly points out, “When we turn to the trade in the “high” art of the West – European paintings and sculpture from medieval to modern – the focus of our problem changes. In my opinion the illegal export as such of this art does not, in itself, constitute a serious problem, even though there are persistent complaints, primarily in Italy and England, that the national patrimony is being depleted by the export of art treasures”⁵³.

The values that underpin regulation in the area of fine arts are necessarily nation-based as opposed to international. They involve the pretension of each State to retain within its territory as many relevant and valuable artworks as

⁵² Note that, in recent years, not all museums’ public declarations have been entirely complacent with a rhetoric of primacy of national provenance and/or context over international movement of cultural goods. Particularly in 2002, some of the most well-known museums jointly released the controversial *Declaration on the Importance and Value of Universal Museums*, in the context of the dispute (still ongoing today) about the Greek marble sculptures exhibited in the *British Museum*.

⁵³ PAUL M. BATOR, “An Essay on the International Trade in Art”, cit., p. 293.

possible, regardless, sometimes, of whether those artworks embody or not any significant and meaningful relation to the nation's culture or history. In the words of John H. Merryman, there can even be situations of "naked retentionism" or "hoarding"⁵⁴, when the State applies its export restrictions to works that lack any significant meaning in light of the nation's own cultural identity (imagine, for example, an Italian painting that is retained in France and prevented there from being exported to the United States).

Even apart from these cases, we shall bear in mind that export restrictions will not typically be found to be restraining those crucial works of art such as "national treasures": in fact, works such as these will already be in the hands of the State through its publicly-owned national museums. Nor they will fall upon those artworks that, in the meaning of the article 5 (3) of the 1995 UNIDROIT Convention, are still revered as objects of worship or the like by tribal or indigenous communities: also in this case, such objects will most likely be tightly possessed by those same communities. Conversely, the export restrictions will typically be applying to objects whose link to the prohibitive State is not so much intensive or intrinsically insusceptible of cross-border trading.

For these reasons, we can easily see that the raising of export barriers to fine arts trade will basically serve nationalist intents of keeping relevant art at home, instead of allowing its international trading between private owners and collectors. Although such an intent is perfectly legitimate in the context of each State's domestic policy, I see no reason why international regulation should care about enforcing those export barriers.

A much different question has to do with the cooperation between States for the restitution of *stolen* artworks. In this respect, international rules can play a decisive role by providing common regulation about compensation of good faith purchasers and about the applicable statutes of limitations. Both the 1970 UNESCO Convention and chiefly the 1995 UNIDROIT Convention have done contributions in this field that generally deserve applause.

21. As far as the archeological materials and ancient art regulation is concerned, it has becoming more and more clear that international rules cannot confine themselves to prohibiting the illegal export of these materials and to obliging the importing States to seek the return of the artifacts to the original countries where they had been found. The international strategy cannot just go through the outlawing of this kind of cross-border traffic. Otherwise, traffic in antiquities will continue to exist in the form of a *massive black market*, where objects are extracted carelessly, without any recording or documenting, and sometimes broken down or falsely restored to disguise their illicit provenance.

⁵⁴ JOHN HENRY MERRYMAN, "A Licit International Trade in Cultural Objects", cit., p. 19.

Instead of trying to avoid this trade, international rules should concern about creating a legal market in antiquities by fostering the cooperation between, on one side, the wealthy countries that traditionally acquire ancient art through their public institutions and private corporations and dealers and, on the other side, the art-rich countries where these antiquities are normally acquired. This international cooperation is crucial because exporting countries alone typically lack the resources needed to create an official market of antiquities capable of competing with the ongoing clandestine traffic.

Obviously, it is essential that the art-exporting countries open themselves to the possibility of developing a market in antiquities, instead of just issuing laws that claim national ownership over any antiquities and that oblige any private finders to promptly hand over the artifacts to the authorities as soon as they have found them. Until now, the current legal framework has been almost exclusively dominated by the interest of art-exporting States, which place the burden on the art-importing countries to forbid the entry into their territories of any illegally exported antiquities. However, for the system to work effectively, *there has to be a win-win cooperation between the two sides.*

22. A possible solution would be that institutions and corporations of the wealthy countries would enter into partnerships with the authorities and institutions of art-exporting countries, under which those first institutions and corporations would assist the local entities in the survey, study, preservation, protection and management of the archeological patrimony. In exchange, they would receive the possibility of sharing in the cultural outcome of the process, namely by sending foreign scholars and archeologists to do onsite research and study, borrowing items for short-term or long-term exhibition in their home countries or acquiring the surplus or even some of the main items that were not to belong to the local museums.

In turn, once having benefitted from the financial help and involvement of foreign institutions and corporations, the local authorities would have the resources needed to implement a system of compensation for private finders that could incentivize them to disclose their findings without being afraid of losing the objects without payment. In case the authorities did not manifest the will to retain the findings for public purposes, the private discoverers would be allowed to trade in them either domestically or internationally, provided the objects had been previously registered and certified. Also, most of these private discoverers could be integrated into archeological teams as assistants to the fieldwork and survey of sites, in exchange for a salary⁵⁵.

⁵⁵ This integration of previously clandestine finders into official archeological teams is advocated in JOHN HENRY MERRYMAN, "A Licit International Trade in Cultural Objects", cit., p. 36.

This kind of involvement of foreign institutions and corporations in the archeological work done in art-source countries is not a theoretical idea. It may be enough to note that, for example, the *Metropolitan Museum of Art* is currently developing fieldwork and participating in active excavations at Dahshur, Lisht and Malqata, in Egypt, at Tell Mozan and Umm el Marra, in Syria, and at Palaikastro, in eastern Crete, Greece...⁵⁶ This demonstrates that the idea actually can be worked out.

23. The United States' foreign affairs policy regarding trade in ancient art emerges as a good example of what can be done instead of just blindly enforcing import-export restrictions.

On the basis of article 9 of the UNESCO Convention, the United States has been entering into bilateral agreements with many States within the last years and decades for protection of archeological heritage under serious jeopardy. Agreements have been executed with the following States: Belize (2013); Bolivia (2001); Bulgaria (2014); Cambodia (2003); Canada (1997); China (2009); Colombia (2006); Cyprus (2002); El Salvador (1995); Greece (2011); Guatemala (1997); Honduras (2004); Italy (2001); Mali (1997); Nicaragua (1999); and Peru (1997)⁵⁷.

Pursuant to these instruments, the United States follows a more practical policy of import restrictions by responding to ongoing situations of jeopardy and addressing specific situations of particular danger and concern. Furthermore, the execution of bilateral agreements has also the merit of establishing a framework of continuing bilateral cooperation between the two countries (the United States and the threatened State). According to such framework, the institutions and private organizations of both States are encouraged to collaborate in the preservation, protection and management of the local cultural patrimony through appropriate technical assistance, training and resources; and also to cooperate in the interchange of knowledge and information about that same cultural patrimony. The United States, in particular, commits to bar the importation of those cultural objects which are currently under threat, while the counterparty commits to adopt a more sensible export policy, allowing for the international exchange of archeological objects, namely in the form of short-term or long-term loans, and exploring ways to make more antiquities available licitly in the domestic and international markets.

⁵⁶ According to information available in the website of the museum, at <http://www.metmuseum.org/research/archaeological-fieldwork>.

⁵⁷ The list and copies of these agreements can be found online at <http://eca.state.gov/cultural-heritage-center/cultural-property-protection/bilateral-agreements>.

This way of trying to solve problems with antiquities is, in my view, the most efficient one for all the parties involved, including the art itself, and should lead to further steps in the future. The basic goal is to substitute a licit market of antiquities for the current black market that destroys and mistreats them⁵⁸. For that to be possible, international exchange of expertise and resources is indispensable, because otherwise the exporting States will lack the necessary resources. The role of international law is to help legalizing this market, rather than to just outlawing it.

Conclusion

24. The trade in art represents nowadays a relevant portion of the international market. The artworks might even be seen as potential investment assets. However, the enthusiasm about exchanging artworks and trading in art continues to be greatly undercut by the uncertainties and suspicions of unlawfulness about such trade.

The current legal framework as laid down by the 1970 UNESCO Convention is too sweeping in the coverage it provides for the international trade in art, and reveals itself ineffective in its mission to prevent the pillage and impairment of archeological materials and ancient art.

The basic goals of the international regulation should be, on one hand, to facilitate the restitution of stolen art across different jurisdictions and, on the other hand, to quell the phenomena of looting of sites and monuments that still endanger the archeological heritage. This last goal has been pursued essentially through the rigid enforcement of export restrictions in the art-source countries. But such method has no other result than to even more greatly foster a massive black market which, precisely, is the main cause of jeopardy to the archeological heritage.

The response should come from an international regulation focused on promoting a win-win cooperation between art-exporting and art-importing countries, so as to help the first ones to create a licit market of antiquities capable of overriding the black market.

New York City, April 8, 2015

⁵⁸ Similarly advocating the need of a licit market in antiquities, capable of replacing the current black market, see ERIC A. POSNER, "The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations", in *Chicago Journal of International Law*, 2007, 8, pp. 229-230.



Sociedade entre cônjuges: aplicação do artigo 977 do CC/2002 às sociedades simples

PROF. DOUTOR ROLF MADALENO*

MESTRE BIBIANA BRUM OHIRA**

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Regimes de bens*: 2.1. *Pacto antenupcial*; 2.2. *Alteração do regime de bens*. 3. *Comunhão universal de bens*; 3.1. *O regime*. 4. *Sociedade simples: conceito*: 4.1. *Sociedade simples: natureza e tipo*; 4.2. *Sociedade simples: responsabilidade dos sócios*. 5. *Artigo 977 do Código Civil e sociedade simples*: 5.1. *Sociedade entre cônjuges*; 5.2. *A aplicação do artigo 977 do Código Civil às sociedades simples nas hipóteses de comunhão universal de bens*; 5.3. *A aplicação do artigo 977 do Código Civil e a responsabilidade dos sócios nas sociedades simples*; 5.4. *A aplicação do artigo 977 do Código Civil e a sua localização no texto legal*. 6. *Conclusão*. *Bibliografia*.

1. **Introdução**

Através do casamento, um homem e uma mulher assumem o *estado familiar de cônjuges*, cujo gesto nascido do desejo de constituir família acarreta recíprocos direitos e obrigações, próprios de uma comunhão de vida afetiva e indissociavelmente vinculada em seus aspectos de cunho material.

Ao lado da comunhão plena de vida, como condição de existência efetiva de uma sociedade conjugal, do matrimônio também fluem outros efeitos jurídicos que influenciam na vida dos consortes, no tocante, por exemplo, à presunção de paternidade nos vínculos de filiação, na automática alteração do estado civil e

* Advogado e Professor de Direito de Família e Sucessões na Graduação e na Pós-Graduação da PUC-RS. Diretor Nacional do IBDFAM. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-RS. www.rolfmadaleno.com.br

** Doutoranda pela Université de Fribourg/Universität Freiburg – Suíça. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Membro do IBDFAM. Advogada.

mudança eventual do sobrenome, quando os cônjuges fazem esta opção, além da assunção natural dos deveres nupciais, como mais um exemplo meramente adicional. O laço matrimonial¹ também constitui circunstancial direito aos alimentos em caso de ruptura da relação, o direito real de habitação como um dos efeitos do direito sucessório, assim como indica o cônjuge para a função de curador nos casos previstos em lei².

Portanto, através do casamento duas pessoas, por livre manifestação de vontade, podem, em plena sociedade de afetos, compartilhar seus planos e suas expectativas, seja em tempos de alegria e nos momentos de tristeza, mas, solidários, buscam a concretização conjunta da felicidade e da realização pessoal de cada cônjuge. Ambos almejam através do matrimônio a mútua troca de afeto, o recíproco auxílio material e espiritual, na essência do seu relacionamento familiar, em cujo núcleo como legítima entidade familiar o casal busca se proteger, se complementa e sobremodo, procura economicamente prosperar³.

Dentro desse panorama, não é raro aos cônjuges prolongarem seus vínculos conjugais para outros campos adiante dos seus relevantes vínculos de afeto.

Passado algum tempo, conquistada confiança, firmada a cumplicidade e alterados ou ampliados seus projetos de vida, os consortes sentem-se mais seguros e melhor resolvidos para a prática de atos que, no ardor dos primeiros anos de comunhão de vida, nem sempre são tratados sem algum traço de constrangimento.

Com vistas ao sustento e ao aumento da renda familiar, marido e mulher encontram na atividade comercial uma boa opção para dividirem suas angustias e anseios pela busca incessante da estabilidade financeira. Ultrapassam a barreira da sociedade conjugal para assumirem em paralelo uma sociedade empresária, ou na linguagem antiga, uma sociedade comercial, mas que poderá ou não ser uma sociedade empresária.

Diante desta prática corriqueira de cônjuges como sócios comerciais e, das normas em vigor para a sua regulamentação, realça o desafio desse texto em tentar contribuir para a melhor compreensão do tema e das suas idiossincracias,

¹ O Código Civil espanhol, após a promulgação da Lei 13/2005, de 1 de julho, passou a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Neste sentido, Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón conceituam casamento como: “la unión de dos personas de distinto o igual sexo, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia”. Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. vol. IV. 10.ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 61-62.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 235.

³ Sobre outros conceitos de casamento veja-se: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5-12. COELHO, Francisco Manuel Pereira. *Casamento e Divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na Legislação Actual*. Coimbra: FDUC, 2001, p. 23.

devendo ser abordado em três estágios. No primeiro deles, vai exposta breve síntese acerca das questões envolvendo o regime de bens regulado pela legislação atual, com ênfase especial ao regime da comunhão universal de bens, em razão da importância no qual o regime se reveste em razão da vedação imposta pelo artigo 977 do Código Civil.

Em um segundo momento ingressam no presente estudo conceitos de Direito Empresarial, direcionando para os aspectos singulares da sociedade simples, porquanto, a aplicação das limitações trazidas pelo artigo 977 do Código Civil, às referidas sociedades, foram alvo de controvérsia e análise pelo Egrégio Tribunal de Justiça, em Recurso Especial.

Na sequência e para conclusão, com suporte na doutrina e na jurisprudência mencionada, serão feitas considerações questionando acerca da aplicação ou não desse tipo societário às sociedades entre cônjuges, cujo casamento é regido pelo regime de comunhão universal de bens.

2. Regime de Bens

Concretizado o casamento, sobrevêm os direitos e as obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos consortes. As relações econômicas entre os cônjuges estão vinculadas ao regime matrimonial de bens, este, submetido às normas específicas⁴.

Por esta razão, junto aos chamados efeitos pessoais do matrimônio, a lei regula os efeitos patrimoniais do instituto. Denomina-se regime matrimonial de bens ou regime de bens o conjunto de regras jurídicas que disciplinam a economia do casamento⁵.

O papel do regime matrimonial de bens é o de regular as relações patrimoniais entre os consortes, no que tange ao domínio e a administração de cada um ou de ambos sobre os bens trazidos ao casamento e os adquiridos durante a união conjugal⁶.

O Código Civil brasileiro prevê quatro tipos de regime de bens: a) o da comunhão parcial, regulado pelos artigos 1658 a 1666; b) o da participação final dos

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154.

⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. vol. IV. 10.^a ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 133.

⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 292.

aquestos, regulado pelos artigos 1672 a 1686; c) o da comunhão universal, previsto nos artigos 1667 a 1671; d) e o da separação total, consoante os artigos 1687 a 1688⁷.

No tocante à escolha do regime matrimonial de bens, o artigo 1639 do Código Civil autoriza aos nubentes escolherem o regime que melhor atenda às necessidades e os anseios do casal. Contudo, trata-se de regra de caráter geral vez que frente às hipóteses previstas nos três incisos do artigo 1641, do Código Civil, torna obrigatória a adoção do regime da separação de bens, ressalvados os efeitos advindos da eventual aplicação da Súmula 337 do STF.

Sob o manto da permissão normativa, poderão os nubentes adotar um dos quatro tipos de regime de bens, como também, combiná-los entre si, formando regime misto, salvo nas hipóteses de incompatibilidade de disposições entre eles⁸.

2.1. *Pacto antenupcial*

Os artigos 1639 e 1640 do Código Civil brasileiro apontam as hipóteses de aplicação do regime legal de bens e, autorizam a concretização de pacto antenupcial, por escritura pública, naqueles casos onde os nubentes desejem adotar regime matrimonial diverso da comunhão parcial. Se nada for pactuado em escritura pública pré-nupcial, ou, sendo ela nula ou ineficaz, será aplicado aos nubentes o regime da comunhão parcial de bens, tirante as ressalvas previstas no artigo 1641 do Código Civil impondo o regime obrigatório da separação de bens.

O pacto antenupcial é ato público, solene, celebrado perante Tabelião ou o Oficial de Notas, não podendo ser convenicionado através de simples instrumento particular, sendo obrigatória a forma da escritura pública⁹. O contrato antenupcial não poderá conter cláusulas ou condições estranhas às suas finalidades¹⁰, e a falta de formalidade gera a nulidade do pacto.

⁷ Após a revisão de 1998 o Código Civil Suíço adotou três tipos de regimes matrimoniais de bens sendo eles: participação nos aquestos, comunhão de bens e separação de bens. O primeiro tipo é chamado de ordinário e os últimos são chamados de convencionais. Cumpre ressaltar que, não havendo escolha pelos nubentes quanto ao regime de bens será adotado o regime da participação nos aquestos. MICHELI, Jacques; NORDMANN, Philippe; TISSOT, Catherine; CRETZAZ, Joël; THONNEY, Thierry; RIVA, Erica. *Le Nouveau Droit du Divorce*. Lausanne: Editions Pépinet, 1999, p. 109.

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 38.^a ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 184.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 38.^a ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 190.

¹⁰ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

A escritura antenupcial deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal a fim de assegurar direitos legítimos de terceiros. Quanto aos bens móveis, a eficácia do regime de bens em face de terceiros, decorre do próprio pacto e do registro do casamento¹¹.

A escritura pública deverá ser lavrada antes do casamento sob pena de ineficácia do negócio e o pacto não produzirá efeito algum quando revogado pelos nubentes antes do casamento. Ocorrendo nulidade ou ineficácia do pacto antenupcial lavrado, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens entre cônjuges.

2.2. Alteração do regime de bens

Reza o artigo 1639, § 2.º do Código de 2002 que mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, é admissível a alteração do regime de bens. Trata-se de regra modificadora baseada no princípio da mutabilidade do regime de bens e trazida para o sistema pátrio apenas com a edição do vigente diploma civil, porquanto, em período precedente havia sérias restrições quanto à relativização da disponibilidade do regime matrimonial depois do casamento.

A norma ora em vigor, obra de ingente trabalho doutrinário de Orlando Gomes, permite aos cônjuges na plena constância da vida conjugal, depois de ultrapassadas as normais incertezas dos primeiros anos de comunhão de vida e uma vez já fortalecida a relação conjugal, possam alterar o regime de bens escolhido por eles no casamento. É a possibilidade de examinar e corrigir decisão tomada, principalmente, sob efeito emocional oriundo do momento envolto em juras e expectativas de pura paixão, bem próprio das vivências pré-nupciais.

A alteração do regime de bens legal ou convencional, após o casamento, ressalvadas as hipóteses do artigo 1641¹², deverá observar três exigências cumulativas: a) autorização judicial; b) motivação relevante; c) ressalva dos direitos de terceiros¹³.

Para que seja possível a alteração do regime de bens na constância do casamento, ambos os consortes, em pedido conjunto e fundamentado, deverão requerer formalmente autorização judicial. A sentença que conceder a mudança

¹¹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 311.

¹² Sílvio de Salvo Venosa aduz que: "...com base no texto literal e nos princípios gerais, não poderão os cônjuges, mediante justificação e razões plausíveis, alterar voluntariamente um regime imposto pela lei". VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. vol. VI. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 343.

¹³ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 295.

do regime deverá ser averbada no assento do casamento, bem como no Registro de Imóveis do domicílio do casal¹⁴.

Necessário se faz certa cautela, principalmente quanto aos interesses, em especial de terceiros, que poderão ser atingidos pela alteração do regime de bens, isso porque, não raro, se utilizam da faculdade ofertada pelo legislador para execução de fraudes na partilha dos bens¹⁵. Um dos exemplos clássicos é a fraude à meação conjugal, nascida da utilização do uso abusivo da sociedade empresarial e como remédio para tais hipóteses, é empregado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 50 do Código Civil¹⁶⁻¹⁷.

3. Comunhão universal de bens

Conforme já explicitado, no Brasil existem quatro diferentes regime de bens, contudo, mas como o intuito não é o de esgotar o assunto referente ao direito patrimonial entre cônjuges, interessa ao ponto a abordagem específica do regime da comunhão universal de bens, pois a respeito deste regime tratou o julgado do Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n.º 1.058.165 – RS, a vedação trazida pelo artigo 977 do Código Civil, e sua aplicação nas sociedades simples.

3.1. Regime da comunhão universal de bens

A Lei n. 6515/77 substituiu o regime da comunhão universal de bens, vigente até a época como sendo regime comum ou legal, pelo regime da comunhão parcial de bens, previsto no atual Código Civil¹⁸.

¹⁴ MADALENO, Rolf. “Efeitos patrimoniais do casamento. Regime de bens” em *Direito de Família: Direito Civil*. vol. VII/orient. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; coord. BARBOSA, Águida Arruda, VIEIRA, Cláudia Stein. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 106.

¹⁵ Para melhor desenvolvimento do tema veja-se: MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 20 e segs.

¹⁶ MADALENO, Rolf. “Efeitos patrimoniais do casamento. Regime de bens” em *Direito de Família: Direito Civil*. vol. VII/orient. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; coord. BARBOSA, Águida Arruda, VIEIRA, Cláudia Stein. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 105.

¹⁷ Para melhor desenvolvimento do tema veja-se: MADALENO, Rolf. “A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões”. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009; RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. “Abuso da personalidade jurídica e fraude no Direito de Família” em *Revista Dialética de Direito Processual*. n.º 99. São Paulo: [s.n.], 2011

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 38.ª ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 196.

Atualmente, através do pacto antenupcial podem os nubentes adotar o regime da comunhão universal de bens, fazendo comunicarem todos os seus bens, presentes e futuros, adquiridos antes ou depois do casamento, e também as dívidas tornando-se comuns, constituindo tudo uma única massa. Cada um dos consortes passa a ter o direito à metade ideal do patrimônio comum¹⁹⁻²⁰. Trata-se de sociedade ou de um condomínio conjugal²¹, com características próprias²².

Todavia, a comunicação de todos os bens dos consortes, oriunda do regime da comunhão universal sofre algumas restrições. A lei admite exceções em que bens incomunicáveis pertencerão a apenas um dos cônjuges, formando um patrimônio especial.

Neste sentido, dispõe o artigo 1668 do Código Civil de 2002 que: “São excluídos da comunhão: I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1659”.

Ressalta-se que, os frutos dos bens incomunicáveis, quando se percebam ou vençam durante o casamento, comunicam-se, segundo prevê o artigo 1669 do Código Civil.

A administração dos bens na comunhão universal poderá ser conjunta ou a cargo de qualquer um dos cônjuges. A matéria vem disciplinada no artigo 1670 do Código Civil, a qual dispõe que quanto à administração dos bens, aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no capítulo antecedente (artigos 1663 a 1666).

Quanto às dívidas contraídas no exercício da administração, reza o § 1.º do artigo 1663 da codificação civil que tais débitos obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na medida do ganho obtido.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177.

²⁰ O Direito Suíço dispõe que, no regime da comunhão de bens, cada cônjuge é proprietário de seus bens próprios e, possui uma parte indivisível sobre bens comuns do casal. MICHEL, Jacques; NORDMANN, Philippe; TISSOT, Catherine; CRETAZ, Joël; THONNEY, Thierry; RIVA, Erica. *Le Nouveau Droit du Divorce*. Lausanne: Editions Pépinet, 1999, p. 122.

²¹ Em sentido contrário ao conceito de condomínio conjugal veja-se: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 38.ª ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 196-197.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. vol. VI. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 356.

Faz concluir, portanto, que os bens do cônjuge não administrador, responderão pelas dívidas contraídas se comprovado que este obteve algum lucro, sendo de responsabilidade de ambos as dívidas contraídas em benefício comum. Além disso, evidente que pelas dívidas assumidas por qualquer dos consortes na administração dos seus bens particulares, e em proveito destes, não responderão os bens comuns do casal²³.

De ser notado, entretanto, que as dívidas posteriores perpetradas por qualquer dos cônjuges, após o casamento, comprometem o patrimônio comum, desde que contraídas por atos lícitos²⁴⁻²⁵. Assim, os bens comuns do casal não responderão pelas obrigações geradas por atos ilícitos cometidos por um dos cônjuges, ressalvada, a hipótese em que o consorte obteve rendimento com o produto do ilícito cometido pelo outro, mesmo que sem participação direta ou indireta para tanto²⁶.

Analisando a responsabilidade dos consortes na gestão dos bens conjugais, a doutrina salienta ser ela tão clara que o § 3.º, do artigo 1663 do Código Civil, destitui da administração o cônjuge que dissipa o patrimônio comum com a sua má administração²⁷.

Os atos que exigem a autorização do outro cônjuge como, por exemplo, vender, doar, permutar ou dar em pagamento bens imóveis; doar bens móveis; prestar fiança ou aval; concessão gratuita de uso ou gozo dos bens comuns, móveis ou imóveis, estão excluídos da administração, mas inclui, todavia, a venda ou permuta de bens móveis²⁸.

Quanto à extinção da responsabilidade, dispõe o artigo 1671 do Código Civil que efetuada a divisão do ativo e do passivo, e extinta a comunhão, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

²⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325.

²⁵ Regina Beatriz Tavares sustenta que nos casamentos celebrados após a entrada em vigor do novo Código Civil, "... não existe mais a incomunicabilidade das obrigações provenientes de atos ilícitos, do que resulta a comunicação, independentemente do proveito obtido pelo casal. Assim, é protegida a pessoa do lesado, que não precisa aguardar a dissolução da sociedade conjugal e a partilha de bens do casal para receber o que lhe é devido. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 38.ª ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

²⁷ MADALENO, Rolf. "Efeitos patrimoniais do casamento. Regime de bens" em *Direito de Família: Direito Civil*. vol. VII/orient. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; coord. BARBOSA, Águida Arruda, VIEIRA, Cláudia Stein. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

²⁸ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 327.

Por fim, dá-se a extinção da comunhão universal com a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges; pela sentença de nulidade ou anulação do casamento; pela separação (derrogado pela EC n. 66/2010); pelo divórcio e pela separação de corpos ou de fato.

4. **Sociedade simples: conceito**

A sociedade simples é tipo societário introduzido pelo Código Civil de 2002 e tem a sua origem no Código Civil italiano de 1942. Dentro da nova sistemática trazida pela unificação do Direito privado, a sociedade simples veio preencher o espaço ocupado pelas chamadas sociedades civis²⁹.

O Código Civil de 2002 distinguiu as sociedades em: a) não personificadas, isto é, aquelas que não possuem personalidade jurídica, quais sejam, sociedade em comum e sociedade em conta de participação, previstas nos artigos 986 a 996; e b) sociedades personificadas, ou seja, aquelas que adquirem personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio (artigo 985) incluindo estas últimas, as sociedades simples³⁰.

Outra distinção feita pelo Diploma civilista foi entre sociedades empresárias e sociedades simples.

Atualmente, inúmeros são os conceitos apresentados pela doutrina para determinar a sociedade simples. Assim, sem a pretensão de esgotar o tema calha a lição trazida do conceituado jurista Fran Martins ao definir a sociedade simples:

*(...) como sendo aquela constituída por duas ou mais pessoas, mediante escrito particular, ou público, de finalidade não-empresarial, caracteristicamente de pessoas, podendo destinar-se à determinada atividade profissional, ou ser supletivamente adotada por outro modelo societário*³¹⁻³².

²⁹ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro II – Do Direito de Empresa. vol. XIV/ coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 113-114.

³⁰ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “A sociedade simples no Código Civil” em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica*. n. 41. Bauru: Edite Editora, 2004, p. 172.

³¹ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 33.ª ed. rev. atual. e ampl. conforme a Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, e a Lei n.º 11.101/05 (falência) por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 249.

³² Sobre outros conceitos de sociedade simples veja-se: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 625; JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7.ª ed. rev., ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 848; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “A sociedade simples no Código Civil” em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica*. n. 41. Bauru: Edite Editora, 2004, p. 173. CASTRO, Moema

4.1. *Sociedade simples: natureza e tipo*

Ultrapassadas as questões conceituais, cabe a análise das regras pertinentes a esse tipo de societário.

Dispõe o artigo 982 do Código Civil: “Salvo exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais”³³.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa”³⁴.

Assim, conforme prevê a legislação civilista, empresária é a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário, sendo empresário “(...) quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços” (art. 966 do CC)³⁵.

Registre-se que a atividade escolhida para a sociedade simples, ou seja, o seu objeto, é que assegurará a sua natureza³⁶.

Neste sentido, conclui-se que serão simples as demais sociedades, que tenham por objeto atividades próprias de profissão intelectual, como às ligadas às ciências, literatura, artes, salvo se o exercício de tais atividades constituir elemento de empresa³⁷.

Augusta Soares de. “A teoria da empresa no Código Civil de 2002” em *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n.º 42. Belo Horizonte: Nova Fase, 2003, p. 179 e segs.; MARTINELLI, Ingrid Santos. “Sociedades simples do novo Código Civil – Aspectos polêmicos” em *IOB – Repertório de Jurisprudência: Civil Processual, Penal e Comercial*. n.º 21. São Paulo: [s.n.], 2002, p. 579.

³³ Sobre as sociedades simples no Direito italiano e Suíço veja-se: FRANCO, Vera Helena de Melo. “As sociedades de pessoas na atualidade. Uma visão comparativa crítica” em *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n.º 157. jan/mar. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104 e segs.

³⁴ Rubens Requião aduz que: “O legislador não foi claro ao traçar o perfil da sociedade simples. Prestando-se, de um lado, como espécie de um “*standard*” específico, e de outro, como um *compartmento comum ou esquema* para os demais tipos de sociedades de pessoas, às quais suas normas poderão ser aplicadas subsidiariamente e, ao mesmo tempo, permitindo que ela assuma o tipo de certas sociedades empresárias, criou-se um fator de ambigüidade que lança a sociedade simples numa zona gris.” REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. I. 29.ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 468.

³⁵ Miguel Reale sustenta que: “Não define a nova Lei Civil o que seja “sociedade empresária”, mas seu conceito resulta da definição dada à figura do empresário”. REALE, Miguel. *A sociedade Simples e a Empresária no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/socse.htm>. Acesso em 25/09/2012.

³⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. I. 29.ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 472.

³⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. I. 29.ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 472.

Note-se que, pretendeu o legislador, demonstrar que tais atividades, uma vez exercidas *intuitu personae*, classifiquem-se como simples e que, na verdade, “a presença” do sócio ou, do empresário individual, frente ao seu empreendimento não caracteriza o chamado elemento de empresa, próprio das atividades tipicamente empresárias³⁸.

Assim, pode ser dito que, o campo de atuação da sociedade simples é escasso, vez que, limita as atividades intelectuais, não permitindo a sua exploração direta isso porque, a sociedade deixará de ser considerada simples quando exercida por intermédio da sociedade, tornando-se então, elemento desta³⁹.

Conforme as lições de Miguel Reale: “Tanto a sociedade simples como a empresária poderão constituir-se para a prestação de serviço, mas, na primeira, a palavra *serviço* corresponde à profissão exercida pelo sócio”⁴⁰.

Outra característica, é que as sociedades simples podem se utilizar de diferentes formas societárias, exceto das sociedades por ações. Nestes casos, mantêm-se as características e a condição de sociedade simples, mas subordinadas às normas do tipo societário adotado (artigo 983 do CC)⁴¹.

Nos casos em que a sociedade simples deixar de adotar outras formas societárias, permitidas pela lei, seguirá, então, as regras do tipo societário – sociedade simples e subordinar-se-á às normas que lhe são próprias.

Em suma, segundo Arnaldo Wald, existem dois regimes: “o da *sociedade simples pura*, ou seja, aquela que se formaliza adotando, na sua integralidade, as normas instituídas nos artigos 997 a 1038 do Código Civil, e o das sociedades simples que adotaram um regime de sociedade empresária, mantendo, todavia, a sua natureza de sociedade simples”⁴².

³⁸ OLIVEIRA, Thiago Martins de. “Do elemento de empresa e sua aplicação na distinção das sociedades simples e empresárias” em *IOB – Repertório de Jurisprudência: Civil Processual, Penal e Comercial*. n.º 9. São Paulo: [s.n.], 2005, p. 277.

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. I. 29.ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 472. Em sentido contrário: REALE, Miguel. *A sociedade Simples e a Empresária no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/socse.htm>. Acesso em 25/09/2012.

⁴⁰ REALE, Miguel. *A sociedade Simples e a Empresária no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/socse.htm>. Acesso em 25/09/2012.

⁴¹ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro II – Do Direito de Empresa. vol. XIV/coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81-82.

⁴² WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro II – Do Direito de Empresa. vol. XIV/coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83.

4.2. *Sociedade simples: responsabilidade dos sócios*

O artigo 997 do Código Civil brasileiro regula a constituição e a responsabilidade dos sócios da sociedade simples, ao prever que: “A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV – a quota de cada sócio no capital e o modo de realizá-la; V – prestação do sócio cuja contribuição consista em serviço; VI – pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade seus poderes e atribuições; VII – participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII – se os sócios respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais”.

Com relação a terceiros, dispõe o referido Diploma: “Artigo 1023 – Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária”⁴³.

Nas sociedades simples se os bens sociais não forem capazes de suprir as dívidas contraídas, os sócios responderão subsidiariamente e, na proporção da participação individual que tiverem nas perdas sociais. Todavia, a lei permite aos sócios que estipulem por cláusula contratual a responsabilidade solidária.

Apesar de a disposição legislativa, nos artigos 997 VIII e 1023 do CC, apresentar duas formas distintas de responsabilidade para regular o mesmo tipo social, a sociedade simples, entende-se que, quanto à responsabilidade dos sócios, a regra geral é que esta seja subsidiária⁴⁴, sendo a solidariedade a exceção.

Registre-se que, o enunciado 61 do Conselho da Justiça Federal, na Jornada de Direito Civil, estabeleceu que: “O termo *subsidiariamente*, constante do inc. 8.º

⁴³ Como bem salienta Ingrid Martinelli, o conflito das normas transcritas pelos artigos 997 e 1023 é cristalino vez que: “... enquanto o artigo 977 prevê a faculdade de responsabilidade subsidiária, o artigo 1023 prevê a obrigatoriedade (a não ser que haja cláusula de solidariedade)”. MARTINELLI, Ingrid Santos. “Sociedades simples do novo Código Civil – Aspectos polêmicos” em *IOB – Repertório de Jurisprudência: Civil Processual, Penal e Comercial*. n.º 21. São Paulo: [s.n.], 2002, p. 578.

⁴⁴ No mesmo sentido: MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 33.ª ed. rev. atual. e ampl. conforme a Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, e a Lei n.º 11.101/05 (falência) por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 252; TOMAZETTE, Marlon. “As sociedades simples do novo Código Civil” em *Revista do Tribunais*. vol. 800. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

do art. 997 do Código Civil, deverá ser substituído por *solidariamente* a fim de compatibilizar esse dispositivo com o art. 1023 do mesmo Código⁴⁵.

Tomando em consideração o referido enunciado e a pretensão do legislador civilista, é possível concluir que, a cláusula exceptiva, responsabilidade solidária, mencionada no artigo 1023 do CC, corresponde à disposição prevista pelo artigo 977, VIII que determina aos sócios, no momento da constituição da sociedade simples, dispor no contrato social, a extensão de suas responsabilidades.

A subsidiariedade trazida pelo vigente Código Civil às sociedades simples determina que a responsabilidade dos sócios seja ilimitada, ou seja, a responsabilidade subsidiária prevista no Diploma civilista não permite que o contrato estabeleça a responsabilidade limitada dos sócios pelas obrigações sociais⁴⁶. Nos casos onde os bens sociais não possam cobrir as dívidas da sociedade, os sócios responderão pelo saldo das dívidas da sociedade. Isto é, o patrimônio pessoal do sócio responderá pelas dívidas da sociedade simples nas hipóteses de insuficiência do patrimônio social na proporção em que participem dos prejuízos sociais⁴⁷.

Como bem salienta José Virgílio Neto:

Os sócios, nas sociedades de pessoas no Novo Código Civil, por serem autorizados a tratá-las como coisa sua, responderão no mínimo subsidiariamente pelas obrigações da sociedade. Assim, a contrapartida legislativa para a permissão dada aos sócios para gerirem a sociedade de acordo com seus interesses pessoais é a sua responsabilidade pessoal pelas obrigações assumidas⁴⁸.

Em contrapartida, estipulada cláusula, via contrato social, de responsabilidade solidária, os percentuais de participação dos sócios nos lucros e nas perdas do empreendimento não serão considerados. Neste caso, o credor poderá responsabilizar um dos sócios, pelo total da obrigação, desde que exaurido o patrimônio da sociedade, sem que contra ele possa ser invocada a equidade em relação aos ganhos e às perdas fixadas no instrumento contratual⁴⁹.

⁴⁵ CONSEHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 27/09/2012.

⁴⁶ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. "A sociedade simples no Código Civil" em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica*. n. 41. Bauru: Edite Editora, 2004, p. 174.

⁴⁷ TOMAZETTE, Marlon. "As sociedades simples do novo Código Civil" em *Revista do Tribunais*. vol. 800. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

⁴⁸ NETO, José Virgílio Vita. "A sociedade limitada no novo Código Civil" em *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n.º 130. abr/jun. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 211.

⁴⁹ RIBEIRO, Maria Carla Pereira. "O que podemos esperar das sociedades simples" em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 1. jan/jun. Curitiba: Juruá, 2004, p. 15.

Por fim, o contrato constitutivo deve ser levado a registro, nos trinta dias subsequentes à sua constituição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 998 do CC).

5. Artigo 977 do Código Civil e sociedade simples

Conforme dispõe o artigo 977 do Código Civil: “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.

A vedação trazida pelo referido artigo culminou em discussões doutrinárias de todas as espécies. Discute-se sobre a inconstitucionalidade do dispositivo⁵⁰, sobre a sua função ou falta dela, sobre a aplicação no Direito Empresarial, no Direito de Família, enfim, existe um vasto leque de questões que circundam a referida proibição.

Contudo, o objetivo do presente estudo é o de examinar as questões pertinentes à decisão proferida pelo Superior Tribunal Justiça em Recurso Especial em que, o Egrégio Tribunal analisou e a julgou a aplicabilidade do referido artigo às sociedades simples.

Trata-se de Recurso Especial, interposto por um homem e uma mulher, casados pelo regime da comunhão universal de bens, e que pretendiam constituir sociedade simples, alegando, para tanto, a inaplicabilidade do artigo 977 do Código Civil a este tipo societário, em face da localização do mencionado dispositivo legal no texto do Código Civil de 2002.

5.1. Sociedade entre cônjuges

Até o advento da Lei 4.161/1962 (Estatuto da Mulher Casada), a mulher, solteira ou casada, era considerada incapaz, pois se solteira estava subordinada ao pai, e se casada passava para a tutela do marido. Contudo, os efeitos jurídicos da emancipação da mulher casada continuaram objeto de discussões entre os comercialistas, sobretudo quanto à sua participação como sócia do marido em sociedade comercial⁵¹.

⁵⁰ Quanto à inconstitucionalidade do artigo 977 do Código Civil de 2002, veja-se: FILHO, João Glicério de Oliveira; NETO, Abelardo Sampaio Lopes. “A inconstitucionalidade da vedação à formação de sociedade marital pelo Código Civil brasileiro” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 12. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2009, p. 169 e segs; LOUREIRO, Luiz Guilherme. “A atividade empresarial do cônjuge no novo Código Civil” em *Questões Controvertidas no novo Código Civil*. vol. II/coord. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. São Paulo: Método, 2004, p. 245.

⁵¹ MALHEIROS, Haroldo; VERÇOSA, Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em espécie do Código Civil. vol. II. 2.ª ed. rev. e atual. São Paulo, 2010, p. 451.

Argumentava-se que a sociedade entre os cônjuges possibilitava a realização da fraude no regime de bens, isto é, na comunhão universal bens, por exemplo, devido às características do próprio regime, a sociedade entre os consortes seria infrutuosa. E, além disso, o marido, diante dos credores, poderia ocultar a sua responsabilidade, fraudulentamente, por meio de uma sociedade ilusória com objetivo único de desfrutar de uma responsabilidade que não existia⁵²⁻⁵³.

A doutrina e jurisprudência avançaram, e com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62) agregado à consolidação da Constituição Federal de 1988, igualou-se a condição da mulher à do homem e assim, até a entrada em vigor do atual Código Civil de 2002, a sociedade entre cônjuges era admitida no direito pátrio.

5.2. A aplicação do artigo 977 do Código Civil às sociedades simples nas hipóteses de comunhão universal de bens

É lícita a sociedade entre marido e mulher, desde que não sejam casados sob o regime de comunhão universal de bens ou sob o da separação obrigatória, objetivando o exercício de uma atividade econômica⁵⁴.

A legislação civil permite aos cônjuges casados no regime da comunhão parcial, na separação total convencional, e na participação final nos aquestos, em que marido e mulher participam individualmente na formação do patrimônio social, constituir sociedade, cujos efeitos restritivos, no entanto, quando tratam

⁵² MALHEIROS, Haroldo; VERÇOSA, Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em espécie do Código Civil. vol. II. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo, 2010, p. 451.

⁵³ “No tocante ao regime de comunhão universal de bens, a sociedade entre esposos seria pleonástica, porque, pelo casamento, marido e mulher já constituíram uma sociedade muito mais ampla, indissolúvel e irrevogável. Parece, destarte, absurdo falar-se em sociedade comercial entre marido e mulher, já vinculados, de modo muito mais acentuado e mais genérico, pela *comunhão universal*”. FARIA, Anacleto de Oliveira. “Sociedade comercial entre cônjuges em *Revista de Direito Privado*”. n.º 8. out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 231.

⁵⁴ Segundo Claudio Calo “..., ao invés de o legislador ter vetado a sociedade entre cônjuges quando o regime for o da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória, poderia, seguindo outros ordenamento jurídicos, acolher a figura do empresário individual com responsabilidade limitada, que afetaria parte do seu patrimônio para o exercício da empresa, acabando com a situação hipócrita que ocorre em várias sociedades denominadas fictícias, em que formalmente são formadas por, no mínimo, dois sócios, porém, substancialmente são unipessoais, levando-se em consideração que um dos sócios acaba possuindo uma participação irrisória”. SOUSA, Claudio Calo. “As sociedades limitadas entre cônjuges e novo Código Civil” em *Revista da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. vol. 7. n.º 27. Rio de Janeiro: [s. n.], 2004, p. 138.

de vedar direitos não podem ser simplesmente estendidos por analogia aos convi-ventes de uma união estável⁵⁵.

Questão controversa é a que trata da separação dos patrimônios, ou seja, o patrimônio familiar em contraponto ao patrimônio da sociedade e conforme já exposto, o regime de comunhão universal de bens caracteriza-se pela sua unidade, por representar uma única massa, e neste sentido, evidente que esse tipo de regime, onde, via de regra, todos os bens se comunicam, é fácil causar confusão entre os patrimônios do casal e da sociedade⁵⁶. Nesse emaranhado patrimonial, quando, entre marido e mulher, “tudo é de todos”, torna-se custoso distinguir e separar o patrimônio conjugal do societário.

Da mesma forma, nas hipóteses de constituição de sociedade simples entre os consortes, casados pelo regime da comunhão universal de bens, as quotas sociais pertencentes a cada um dos cônjuges, não estão separadas no campo da sociedade conjugal, assim como os demais bens, salvo como disposto no artigo 1668, quando pertencentes a ambos⁵⁷. Misturam-se em meio a uma imensa confusão quotas sociais e bens matrimoniais como se pertencessem a um só bloco.

Demonstrado o emaranhado de bens, “sociais e conjugais”, entre os consortes, regidos pela comunhão universal, a vedação do artigo 977 do CC justifica-se, ainda, quando, pretende a preservação do patrimônio do casal. Assim, não havendo prosperidade do empreendimento, os cônjuges, não serão levados, repentinamente, a bancarota pelas dívidas sociais. Isso porque, regra geral, nas hipóteses de sociedade simples a responsabilidade dos sócios é subsidiária e ilimitada, não sendo desconhecida a via fácil da fraude em concreto quando adotado regime de comunhão entre os consortes⁵⁸.

Para Claudio Calo, em contrapartida, olhando sob outro prisma, afirma ser comum: “... um cônjuge, ao invés de exercer a empresa individualmente, procurando sair da responsabilidade ilimitada, que é característica do empresário

⁵⁵ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro II – Do Direito de Empresa. vol. XIV/coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66. No mesmo sentido: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7.^a ed. rev., ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 846; GONÇALVES, Oksandro; FLEURY, Bráulio Cesco. “A sociedade entre cônjuges e o novo Código Civil” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 2. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2004, p. 159.

⁵⁶ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7.^a ed. rev., ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 846.

⁵⁷ DE LUCCA, Newton. “Arts. 996 a 1.195” em *Código Civil Comentado*. 7.^a ed. rev. e atual./coord. até a 5.^a ed. FIUZA, Ricardo/coord. a partir da 6.^a ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 875.

⁵⁸ FILHO, João Glicério de Oliveira; NETO, Abelardo Sampaio Lopes. “A inconstitucionalidade da vedação à formação de sociedade marital pelo Código Civil brasileiro” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 12. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2009, p. 166.

individual, procurar o outro cônjuge, conferindo-lhe uma pequena participação societária, a fim de constituir uma sociedade, mas não necessariamente para burlar o regime matrimonial de bens, mas sim para viabilizar o exercício da empresa pela pessoa jurídica a assegurar a proteção ao seu patrimônio particular”⁵⁹.

Anota a legislação vigente diferentes meios de proteção ao patrimônio do cônjuge empresário individual, que limitam a sua responsabilidade na atividade comercial e conseqüentemente, asseguram o seu patrimônio particular. Para tanto, melhor solução sempre se apresenta pela adoção de tipo societário no qual a lei já prevê a responsabilidade limitada, como no caso das sociedades limitadas.

5.3. A aplicação do artigo 977 do Código Civil e a responsabilidade dos sócios nas sociedades simples

Ultrapassadas as questões quanto à confusão patrimonial, na constituição de sociedade simples, nos casos de comunhão universal de bens, cumpre proceder à análise da aplicabilidade do artigo 977 do Código Civil, fundada na responsabilidade dos sócios perante as sociedades simples, pois nestas, consoante o exposto, a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária e ilimitada, salvo se no contrato social, os sócios estipularem cláusula de solidariedade.

Neste sentido, quanto à aplicação do artigo 977 do Código Civil, coerente o legislador ao determinar que, tanto nas sociedades empresárias, quanto nas sociedades simples, esta última, regida pela subsidiariedade e pela falta de limitação da responsabilidade de seus sócios, restou assegurada a proteção patrimonial do casal.

Sustentam doutos que, nas sociedades limitadas a responsabilidade é determinada no instante da integralização do capital social e assim, quando alguém contrata com a sociedade já conhece o seu credor a exata extensão da responsabilidade de seus sócios⁶⁰⁻⁶¹.

Quer isto dizer que nas sociedades de responsabilidade limitada, o credor terá a perfeita noção da extensão da responsabilidade dos seus sócios, porém, não no

⁵⁹ SOUSA, Claudio Calo. “As sociedades limitadas entre cônjuges e novo Código Civil” em *Revista da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. vol. 7. n.º 27. Rio de Janeiro: [s. n.], 2004, p. 138.

⁶⁰ GONÇALVES, Oksandro; FLEURY, Bráulio Cesco. “A sociedade entre cônjuges e o novo Código Civil” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 2. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2004, p. 61. No mesmo sentido: PERES, Fábio Henrique. “Sociedade entre cônjuges e o regime do Código Civil” em *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 33. jan/mar. Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 91.

⁶¹ “Na prática, dificilmente se fará opção pela sociedade simples, normalmente será utilizada a forma de uma sociedade limitada, dada a sua simplicidade de constituição e funcionamento, aliada à limitação da responsabilidade dos sócios”. TOMAZETTE, Marlon. “As sociedades simples do novo Código Civil” em *Revista do Tribunais*. vol. 800. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36.

caso das sociedades simples, e é por esta razão que acertou o legislador em prever a vedação disposta no artigo 977 do Código Civil de 2002.

Consoante a responsabilidade subsidiária e a falta de limitação, características da sociedade simples, inviável determinar balizas à responsabilidade dos sócios, visto que esse tipo societário não limita exatamente a responsabilidade dos sócios envolvidos.

Deste modo, uma vez que à sociedade simples é facultada a possibilidade de adoção de outras formas societárias, inclusive a empresária (art.983 c/c o art. 1150), pelo qual a responsabilidade dos sócios poderá ser limitada à participação no capital social⁶², a solução seria que, os interessados na limitação da sua responsabilidade, escolhessem a roupagem de um dos tipos possíveis, permitidos às sociedades simples, sem que com isto percam sua natureza de sociedade simples⁶³.

5.4. *A aplicação do artigo 977 do Código Civil e a sua localização no texto legal*

Não há como deixar de comentar, ainda, acerca do argumento levantado quando da crítica à aplicação da regra prevista no artigo 977 do Código Civil à sociedade simples, em virtude de sua localização no texto legal.

O dispositivo legal em tela encontra-se inserido no Livro II (Do Direito de Empresa), do Título I (Do Empresário), Capítulo II (Da Capacidade) do Código Civil de 2002.

A questão a ser levantada é a de que, as limitações previstas no referido artigo, não se aplicam às sociedades simples, mas apenas, às sociedades empresárias, devido à localização do mencionado dispositivo no Código Civil. E sobre o tema existem duas correntes doutrinárias tratando do assunto.

A primeira defende a não aplicação da regra prevista no artigo 977 do Código Civil às sociedades simples, pelo fato de o dispositivo mencionado estar inserido na disciplina da sociedade empresária – Livro II, Título I (Do empresário), Capítulo II (Da capacidade) – não alcançando, portanto, a sociedade simples que não tenha forma de empresarial⁶⁴.

⁶² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. I. 29.^a ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 472.

⁶³ MOURÃO, Gustavo César de Souza. “Algumas reflexões sobre a sociedade simples e a limitação da responsabilidade de seus sócios” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 4. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2005, p. 123.

⁶⁴ WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro II – Do Direito de Empresa. vol. XIV/coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66.

Contudo, o entendimento majoritário é o da aplicação do dispositivo mencionado às sociedades simples uma vez que, se trata de disposição genérica, referente às sociedades em geral⁶⁵.

Assim, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça em Recurso Especial n.º 1.058.165-RS, através do entendimento da eminente relatora Ministra Nancy Andrighi, que não existem nas características conceituais das sociedades simples e das sociedades empresárias particularidade alguma que fundamente a não aplicação da vedação prevista no artigo 977 do CC às primeiras. Fundamenta que, o que difere as sociedades simples das sociedades empresárias é o fato de que as últimas possuem como objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, conforme dispõe o artigo 982 do Código Civil de 2002.

Complementa, no que concerne à forma de participação dos sócios nas sociedades, com o disposto no artigo 983 do Código Civil. Neste sentido, a sociedade empresária deve constituir-se conforme um dos tipos regulados nos artigos 1039 a 1092 (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade em comandita por ações), sendo facultado às sociedades simples que não desejarem subordinar-se às normas que lhe são próprias, constituírem-se de conformidade com qualquer um daqueles tipos, exceto os previstos para as sociedades por ações.

Por fim, conclui que, a expressão “sociedade” utilizada pelo legislador no artigo 977 do Código Civil impossibilita o entendimento de tratar-se apenas de sociedade empresária, devido à ausência de especificação.

Do exposto, para a aplicação ou não do artigo 977 do Código Civil, deve ser levado em consideração à efetiva intenção do legislador.

Ao que parece, pretendeu o legislador civilista proteger o patrimônio conjugal, dos consortes casados no regime de comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens, nos casos de constituição de sociedade entre si ou com terceiros. Neste sentido, consoante as características das sociedades simples, em especial, as regras referentes à responsabilidade de seus sócios, combinadas as peculiaridades

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10. 406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 620. No mesmo sentido: DE LUCCA, Newton. “Arts. 996 a 1.195” em *Código Civil Comentado*. 7.ª ed. rev. e atual./coord. até a 5.ª ed. FIUZA, Ricardo/coord. a partir da 6.ª ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 875; PERES, Fábio Henrique. “Sociedade entre cônjuges e o regime do Código Civil” em *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 33. jan/mar. Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 100; GALIZZI, Gustavo Oliva. “Sociedade limitada entre cônjuges” em *IOB – Repertório de Jurisprudência: Civil Processual, Penal e Comercial*. n.º 10. São Paulo: [s.n.], 2004, p. 309; FILHO, João Glicério de Oliveira; NETO, Abelardo Sampaio Lopes. “A inconstitucionalidade da vedação à formação de sociedade marital pelo Código Civil brasileiro” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 12. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2009, p. 159.

dos regimes de bens mencionados, se mostra imprescindível a aplicação da vedação trazida pelo referido artigo para que seja atingido o fim almejado pelo legislador.

6. Conclusão

A aplicação da proibição disposta no artigo 977 do Código Civil incitou polêmicas de cunho patrimonial, societário e até mesmo quanto a sua localização no Código Civil de 2002.

Diante da inquietação a respeito do referido dispositivo pode ser dimensionado após uma análise das principais abordagens quanto ao tema, ser necessária a aplicação da regra insculpida no artigo 977 do Código Civil, em todas as hipóteses nas quais os cônjuges são casados pelo regime da separação obrigatória de bens, ou no da comunhão universal e decidem constituir sociedade simples.

Justifica-se o artigo com base nas características deste tipo societário, em especial à responsabilidade dos sócios, combinadas às peculiaridades oriundas dos regimes mencionados.

Assim, necessário respeitar a vontade do legislador que pretendeu assegurar o patrimônio do casal, em uma sociedade (conjugal), onde os bens correspondem a uma mesma massa (comunhão universal de bens), na constituição de sociedade simples, sendo esta de responsabilidade subsidiária e não limitada, tendo os credores como garantia não apenas o capital social, mas, por vezes, os bens pessoais dos consortes.

Bibliografia

- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “A sociedade simples no Código Civil” em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica*. n.º 41. Bauru: Edite Editora, 2004.
- CASTRO, Moema Augusta Soares de. “A teoria da empresa no Código Civil de 2002” em *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n.º 42. Belo Horizonte: Nova Fase, 2003.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. *Casamento e Divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na Legislação Actual*. Coimbra: FDUC, 2001.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 27/09.
- DE LUCCA, Newton. “Arts. 996 a 1.195” em *Código Civil Comentado*. 7.ª ed. rev. e atual./coord. até a 5.ª ed. FIUZA, Ricardo/coord. a partir da 6.ª ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. vol. IV. 10.ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- *Código Civil Anotado*. 9 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. “Sociedade comercial entre cônjuges em *Revista de Direito Privado*. n.º 8. out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FILHO, João Glicério de Oliveira; NETO, Abelardo Sampaio Lopes. “A inconstitucionalidade da vedação à formação de sociedade marital pelo Código Civil brasileiro” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 12. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2009.
- FRANCO, Vera Helena de Melo. “As sociedades de pessoas na atualidade. Uma visão comparativa crítica” em *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n.º 157. jan/mar. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GALIZZI, Gustavo Oliva. “Sociedade limitada entre cônjuges” em *IOB – Repertório de Jurisprudência: Civil Processual, Penal e Comercial*. n.º 10. São Paulo: [s.n.], 2004.
- gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Oksandro; FLEURY, Bráulio Cesco. “A sociedade entre cônjuges e o novo Código Civil” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 2. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2004.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7.ª ed. rev., ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. “A atividade empresarial do cônjuge no novo Código Civil” em *Questões Controvertidas no novo Código Civil*. vol. II/coord. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. São Paulo: Método, 2004.
- MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- “Efeitos patrimoniais do casamento. Regime de bens” em *Direito de Família: Direito Civil*. vol. VII/orient. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; coord. BARBOSA, Âguida Arruda, VIEIRA, Cláudia Stein. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- “A *disregard* no direito de família” em *Estudos Jurídicos*. vol. 25. n.º 65. set/dez. São Leopoldo: [s.n.], 1992.
- *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro:Forense, 2009.
- MALHEIROS, Haroldo; VERÇOSA, Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em espécie do Código Civil. vol. II. 2.ª ed. rev. e atual. São Paulo, 2010.
- MARTINELLI, Ingrid Santos. “Sociedades simples do novo Código Civil – Aspectos polêmicos” em *IOB – Repertório de Jurisprudência: Civil Processual, Penal e Comercial*. n.º 21. São Paulo: [s.n.], 2002.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 33.ª ed. rev. atual. e ampl. conforme a Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, e a Lei n.º 11.101/05 (falência) por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MICHEL, Jacques; NORDMANN, Philippe; TISSOT, Catherine; CRETZAZ, Joël; THONNEY, Thierry; RIVA, Erica. *Le Nouveau Droit du Divorce*. Lausanne: Editions Pépinet, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 38.ª ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOURÃO, Gustavo César de Souza. “Algumas reflexões sobre a sociedade simples e a limitação da responsabilidade de seus sócios” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 4. jul/dez. Curitiba: Juruá, 2005.

- NETO, José Virgílio Vita. “A sociedade limitada no novo Código Civil” em *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n.º 130. abr/jun. São Paulo: Malheiros, 2003.
- OLIVEIRA, Thiago Martins de. “Do elemento de empresa e sua aplicação na distinção das sociedades simples e empresárias” em *IOB – Repertório de Jurisprudência: Civil Processual, Penal e Comercial*. n.º 9. São Paulo: [s.n.], 2005.
- PERES, Fábio Henrique. “Sociedade entre cônjuges e o regime do Código Civil” em *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 33. jan/mar. Rio de Janeiro: Padma, 2008.
- REALE, Miguel. *A sociedade Simples e a Empresária no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/socse.htm>. Acesso em 25/09.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. I. 29.ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Maria Carla Pereira. “O que podemos esperar das sociedades simples” em *Revista de Direito Empresarial*. n.º 1. jan/jun. Curitiba: Juruá, 2004.
- RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. “Abuso da personalidade jurídica e fraude no Direito de Família” em *Revista Dialética de Direito Processual*. n.º 99. São Paulo: [s.n.], 2011.
- SOUSA, Claudio Calo. “As sociedades limitadas entre cônjuges e novo Código Civil” em *Revista da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. vol. 7. n.º 27. Rio de Janeiro: [s. n.], 2004.
- TOMAZETTE, Marlon. “As sociedades simples do novo Código Civil” em *Revista do Tribunais*. vol. 800. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. vol. VI. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro II – Do Direito de Empresa. vol. XIV/coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A reforma do Código de Processo Penal de 2013 e o processo sumaríssimo – Entre a Law and Economics Posneriana (MDR) e a Maximização da Justiça Consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?

DR. HUGO LUZ DOS SANTOS

“Longo e penoso é o caminho que vai das trevas à luz.”

ERNEST HEMINGWAY

Para a Ana Bela, a luz da minha vida

SUMÁRIO: 1) *Introdução.* 2) *O enquadramento dogmático da Law and Economics Posneriana e a sua (pretendida) influência na administração da justiça: 2.1.) A recensão crítica de Dworkin. A “norma de reconhecimento” de H. L. Hart; a “overlapping consensus” de John Rawls e a “Grundnorm” Kelseniana, enquanto linhas de força de um quadro de aceitação comum (porque comunitariamente suportado.) da necessidade de um sistema de justiça célere e eficaz; 2.2.) A ligação funcional entre o direito do arguido a uma decisão em prazo razoável (artigo 20.º, n.º 4, da CRP), que se desprende e autonomiza do princípio reitor de celeridade processual, e o direito do arguido a não ser submetido a julgamento, na esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.* 3) *A justaposição, rectius, aproveitamento, do regime jurídico do processo especial sumário e do regime jurídico do processo sumaríssimo, tendo em vista o escopo de celeridade processual no tratamento da pequena e média criminalidade, no seguimento da Reforma do Código de Processo Penal de 2013.* 4) *Conclusões.*

I

A imperiosidade de um sistema de justiça célere e eficaz, no concerne ao combate da criminalidade complexa, e, principalmente, no respeito ao tratamento da pequena e média criminalidade, é uma reivindicação ancestral da sociedade tomada no seu todo.

Essa reivindicação, pensa-se, radica na convicção, comunitariamente suportada, de que o tratamento da criminalidade complexa, não raro, com ramificações plurilocalizadas, dentro e fora do espaço comunitário, peticiona o chamamento à colação de *ferramentas de investigação criminal* que possam (desejavelmente) garantir a *perseguição criminal* dessa mesma criminalidade, consubstanciado na efectivação da *pretensão punitiva* do Estado, encabeçada pelo titular da acção penal (o Ministério Público).

Ora, é consabido, que a curial e proficiente perseguição criminal da denominada “*criminalidade complexa*” exige, a dois tempos, mas a velocidades simétricas, por um lado, uma maior *alocação* de meios logísticos e humanos para a perfectibilização desse escopo de *perseguição criminal*; por outro lado, sem prescindir, a uma maior *alocação* de meios logísticos e humanos corresponderá, natural e necessariamente, uma maior *eficácia* no tratamento da criminalidade da pequena e média criminalidade. Essa *eficácia* consubstancia-se, a montante, na escolha de *mecanismos de consenso* (diversão) que visem, por um lado, promover a *pacificação social* abalada com a prática do crime; e, por outro lado, a prossecução, pela *racionalização, maximização e optimização* dos referidos mecanismos de consenso, dos meios logísticos e humanos necessariamente escassos e contingentes, e que, pela sua escassez e contingência, deverão ser canalizados para a perseguição criminal da *grande criminalidade*.

Assim, é possível *descortinar* uma *lei tendencial* que, no que respeita à utilização (maximizada e optimizada) dos mecanismos de consenso e diversão, *perpassa e ilumina* todo o edifício jurídico – penal: *quanto maior* a utilização, casuística e dogmaticamente fundamentada, dos mecanismos de consenso, *maior* será a *libertação* dos meios logísticos e humanos para o tratamento da criminalidade complexa *et pour cause, maiores*, porque teleológico – funcionalmente fundadas, serão as possibilidades de êxito na prossecução das finalidades de *perseguição penal* dos crimes que, pela sua natureza supra-individual, concitam em si, por um lado, os *clamores* da comunidade sócio – jurídica, e, por outro lado, por via disso, uma *maior* necessidade da atenção, do foco analítico, dos operadores judiciais que constituem o sistema de justiça.

A esta luz se compreende que, sendo consabida a escassez dos meios logísticos e humanos, se possa, de modo que se julga dogmaticamente fundado, *mobilizar e adaptar* alguns ensinamentos da doutrina alemã (“*Fernrecht*”) e da doutrina norte – americana, da corrente de pensamento da “*law and economics scholarship*”, tendo em vista a ênfatização da necessidade de *racionalização e optimização, não do uso do sistema de justiça*, enquanto baluarte de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, *mas da necessidade de maximização funcionalmente orientada desse uso por parte dos operadores judiciais*, tendo como *escopo primacial* a referida defesa intransigente dos direitos fundamentais dos arguidos, com base na utilização *exaustiva e intensiva* de

mecanismos processuais que concorram para a realização efectiva, célere e, até e onde seja possível, de uma *justiça material de base eminentemente consensual*.

O que significa que, ao contrário do que afirma Posner, não se preconizará a *wealth maximization* (MDR) que, segundo o mesmo, deve *presidir* a toda e qualquer decisão judicial, mas, ao invés, a *racionalização* do sistema de administração da justiça, tendo como pano de fundo a *optimização* dos mecanismos processuais inscritos na lei processual penal portuguesa, que promovam, pela *base consensual* a que lhe subjaz, a *maximização da justiça consensual* (MJC).

II

É consabido que a *constelação temática* que nos interpela – a *law and economics scholarship* – tem como sucedâneo idóneo a ideia reitora que os problemas da *organização e da administração da justiça* – consubstanciados numa institucionalização pragmática contingente da *decisão – julgamento*¹ sejam reconstituídos e *tratados* (mas também *solucionados*) na perspectiva das suas consequências². Ou mais rigorosamente, na perspectiva (“*sob o desafio*”) de um certo equilíbrio – *balancing* dessas consequências. Que é aquele que objectiva (e delimita) como *custos e benefícios socialmente relevantes*³.

¹ Neste sentido, LEWIS KORNHAUSER, «*Judicial Organization & Administration*» e «*Appeal & Supreme Courts*», in BOUCKAERT/BOUDEWIJN/DE GEEST/GERRIT (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V (The Economics of Crime and Litigation), parte VII (Civil and Criminal Procedure), Cheltenham, 2000, pp. 27 e ss e 45 e ss.

² Neste sentido, AROSO LINHARES, «*A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade De Coimbra, vol. LXXVIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 66-178, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

³ O *cost – benefits analysis* que constitui a base da célebre “*pragmatic turn*” de RICHARD POSNER, que serviria de motejo a RONALD DWORKIN que, quando confrontado com o referido “*pragmatic turn*” ironizou referindo que ao “*Posner imperialista*” sucedeu o “*Posner pragmático*” e encontra-se explicitamente associado à “trilogia”, *The Problems of Jurisprudence (1990)/Overcoming Law (1995)/The Problematics of Moral and Legal Theory (1999)*.

A obra *The Problematics of Moral and Legal Theory (1999)* constitui uma das mais empenhadas tentativas de resgate da solvabilidade da *acreditação estrutural* (para muitos irremediavelmente perdida.) da denominada *Chicago Trend*; uma vez que empreende a uma revisão profunda das pretensões de cientificidade e de objectividade que perpassaram a primeira fase do movimento. Uma reavaliação que *renuncia* à possibilidade de uma estrutura sistemática pré – concebida (corporizada em *conceitos e princípios económicos básicos*) – e com ela à exigência de conceber a prática e o pensamento jurídicos como uma *desimplicação* lograda dessa estrutura sistemática (*as the possibility of deducing the basic formal characteristics of law itself from economy theory*) – na mesma medida em que se desvincula da *law as social science claim* – que a primeira geração dos *Chicago Scholars* tinha herdado

Tendo esta *ideia motriz* como pano de fundo, e fixado o território semântico em que se move a *Law and Economics Scholarship*, é possível surpreender nesta escola de pensamento uma ambição (desmedida?) de *fusão* das duas componentes que a integram (*a jurisdictio enquanto organização ou estrutura* e a *análise custo/benefício*).

Deste modo, pugnando pela *interdisciplinaridade* entre os dois campos do saber, Richard Posner advoga que – mais do que perfeitamente estanques, ambas as disciplinas do saber devem ser verdadeiros *vasos comunicantes* – é possível a mobilização de premissas de cariz eminentemente economicista para garantir a resolução de problemas intrinsecamente jurídicos.

Como protagonista desta *fusão de horizontes epistemológicos*, surge o *homem* como maximizador racional das suas satisfações, tendo como pólo irradiador a *racionalidade económica assente no custo – benefício e no princípio da utilidade – eficiência*.

Em *Economic Analysis of Law* (1973), Posner propugna a *maximização da riqueza* (MDR) – *wealth maximization* – como critério orientador, a montante e a jusante, da decisão judicial.

Assim, Posner avança a *maximização da riqueza* (MDR) – *wealth maximization* – como proposta ético – fundacional, rejeitando, de permeio, o *fantasma utilitarista* de feição Benthamiana.

Por conseguinte, a melhor forma de o fazer seria cunhar à MDR como critério alternativo, resgatando-o do *solo economicista* em que a mesma foi colhida, enquanto ciência da *escolha racional* num mundo caracterizado pela escassez dos seus recursos em face das necessidades humanas⁴, em que o homem (*reasonable man*)⁵ é entendido como *maximizador racional dos seus próprios interesses*. A MDR, enquanto eficiência económica, surge como critério fundacional do direito e da escolha judicial, devendo o legislador e o julgador agir, nas suas diferentes tarefas – opções, como *rational maximizers*⁶, realizando as suas escolhas de modo a obter os maiores benefícios possíveis aos menores custos. Esta eficiência é apresentada

tanto da *Sociological Jurisprudence* quanto dos *Progressive Realists* (Para uma reconstituição exemplar deste percurso e das suas implicações epistemológicas, ver, na doutrina alemã, ERICH SCHANZE, «*Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., Verbindungslinien zur realistischen Tradition*», in ASSMAN/KIRCHNER/SCHANZE (Hrsg), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Regensburg, 1978, pp. 7/10), e, muito especialmente, na doutrina norte – americana, GARY MINDA «*Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*»; New York, 1995, pp. 29/33, pp. 101 e ss.

⁴ Neste sentido, RICHARD POSNER, «*El Análisis Económico del Derecho*», México, Fondo de Cultura Económico, 1998, p. 11;

⁵ Sobre este conceito, RONALD DWORKIN, «*Law's Empire*», Oxford, Hart Publishing, 1988, p. 280.

⁶ Neste sentido, mais recentemente, acentuando a aproximação ao pragmatismo, encetada no início dos anos 90, que preconiza uma atenuação da *wealth maximization* como alternativa à filosofia utilitarista, assumindo-se tal critério já não com base num fundamento ético mas pragmático; RICHARD POSNER, «*The Problems of Jurisprudence*», Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 391 e «*How Judges Think*», 2008.

como fundamento normativo do direito a constituir, ao mesmo tempo que fornece a explicação – descrição do conjunto de decisões judiciais e das opções subjacentes às normas jurídicas. O direito oferece-se como meio – instrumento para um ideal de justiça distributiva que almeja uma alocação eficiente de bens naturalmente escassos⁷.

Richard Posner entende que a analogia custo – sacrifício/preço e benefício/vantagem económica perpassa qualquer fenómeno social que se torna assim apto a constituir objecto da análise económica⁸.

Deste modo, a tese posneriana radica na asserção de que na eficiência (enquanto MDR) reside o critério adequado para a jurisprudência de *common law*, invocando, por um lado, a existência de um *consentimento* ou *contrato social tácito*, e, por outro lado, o papel privilegiado dos tribunais para a assunção de tarefas distributivas⁹.

II-1)

A recensão crítica, acerba, não tardaria a chegar, pela pena certa do Prof. Ronald Dworkin.

Com efeito, Dworkin começa por advogar a falta de consistência dogmática a MDR como teoria normativa e descritiva do direito. Até porque, na sua óptica conceptual, existem premissas dogmáticas que carecem de explicação e de arrumação científica.

No que concerne ao *consentimento* ou *contrato social tácito*, Dworkin acusa Posner de confundir consentimento com equidade, defendendo a inadequação de contratos hipotéticos para a demonstração de equidade (*fairness*) que os mesmos teriam a virtualidade de cumprir¹⁰.

Mas a *inconsistência dogmática* das premissas em que assentam a tese propugnada por Richard Posner não se esgota aqui.

Desde logo, a somar à aporia utilitarista¹¹, que Posner pugnou por afastar do seu circuito reflexivo, avulta, de forma mais ou menos meridiana, a seguinte questão: a riqueza? de quem? Dworkin aponta também a desconsideração da

⁷ Neste sentido, RICHARD POSNER, «*The ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*», in Hofstra Law Review 8, Spring (1980), pp. 487-507.

⁸ Neste preciso sentido, TERESA VIOLANTE, «*O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura*», in Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano X, n.º 19, 2010, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 196-201, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

⁹ Neste sentido, RICHARD POSNER, «*The Economics of Justice*», Cambridge, Harvard University, Harvard University Press, 1983, capítulos 3 e 4.

¹⁰ Neste sentido, RONALD DWORKIN, «*Taking Rights Seriously*», Duckworth, 2005, pp. 150 e ss.

¹¹ O “*utilitarian duty*” de que fala RONALD DWORKIN, «*Law’s Empire*», Hart Publishing, 1996, p. 288.

volatilidade do *elemento psicológico* presente em qualquer lógica de racionalidade maximizadora – *the grass is greener on the other side*¹² –.

E esta crítica, em si e por si, mesmo à luz da mais moderna doutrina norte-americana que advoga a *Behavioral Law and Economics*¹³⁻¹⁴, é procedente.

Desde logo, conforme afirma a Prof. Anuj C. Desai, referindo-se à corrente de pensamento do *Libertarian Paternalism*, a *arquitectura da escolha* será mais um meio do que um fim em si mesmo¹⁵.

O que significa que os agentes económicos/sujeitos jurídicos reagem a sistemas de incentivos porquanto estes alteram objectiva e subjectivamente (percepção) a relação *custo – benefício entre as diversas escolhas possíveis, e não propriamente a que maximize a riqueza, ao contrário do que afirma Posner*.

Assim, indo para lá das explicações mais ou menos racionais e maximizadoras dos interesses próprios expostos pela teoria da Escolha Pública em relação às más decisões político – legislativas tomadas pelas autoridades, acrescenta-se uma *dimensão cognitiva e psicológica em que as opções tomadas revelam mais do que culpabilidade falibilidade*¹⁶.

Nesta linha argumentativa, atendendo à interacção entre a dimensão comportamental e a normativa, a haver algum *funcionalismo do direito penal*¹⁷⁻¹⁸, ele deve ser mobilizado como instrumento de rectificação (*debiassing through law*), *designadamente*

¹² Neste sentido, RONALD DWORKIN, «*A Matter of Principle*», Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 238.

¹³ Neste sentido, TODD HENDERSON, «*Project Behavior: What the Battle is really about*», disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010.

¹⁴ Neste sentido, DOUGLAS GINSBURG/JOSHUA WRIGHT, «*A Taxonomy of Behavioral Law and Economics Skepticism*», disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010.

¹⁵ Neste sentido, ANUJ C. DESAI, «*Libertarian Paternalism, Externalities, and the “Spirit of Liberty”: How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an “Overlapping Consensus”*», in University of Winsconsin Legal Studies Research Paper n.º 1121, 2010, pp. 14 e ss.

¹⁶ Neste sentido, JEFFREY J. RACHLINSKI/CYNTHIA R. FARINA, «*Cognitive Psychology and Optimal Government Design*», in Cornell Law Review, n.º 87, 554, 2002, p. 554, também disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010.

¹⁷ Sobre o *funcionalismo jurídico – penal*, na doutrina alemã, HANS ACHENBACH, «*Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*». In: Gründfragen, 2007, 135-152; HEIKO HARMUT LESCH, «*Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*». Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, *passim*; GÜNTHER JAKOBS/MICHAEL PAWLIK, «*Strafrechtswissenschaftstheorie*». In: *Idem*; RAINER ZACZYK (Hrsg.) in Festschrift für Carl Heymanns, 2007, pp. 480-494; GÜNTHER JAKOBS, «*Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien – denken*». Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? In: ZStW 107 (1995), p. 845.

¹⁸ Neste sentido, na doutrina espanhola, MANUEL CANCIO MELIÁ/BERNARDO FEIJOO SANCHEZ, «*Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs*». In: Günther Jakobs, La Pena Estatal: significado y finalidad. Madrid: Thomson – Civitas, 2006, pp. 27 e ss.

através da expressão de valores que alterem de modo positivo as preferências com reflexos nas normas sociais¹⁹.

Por outras palavras, o Direito apresenta potencialidades significativas na *arquitetura da escolha*²⁰⁻²¹, em particular na fixação da escolha por defeito (*default rule*)²².

A correcção através do Direito (*debiasing through law*), visa, deste modo, reduzir a distorção comportamental dos sujeitos jurídicos, sobretudo no que respeita a erros de juízo. A sua elaboração pode tanto ser feita por uma via adjectiva, através de regras procedimentais e processuais, como por via substantiva, procurando, mais do que a definição de *restrições paternalistas*, estimular escolhas no sentido correcto, numa lógica de paternalismo libertário (*libertarian paternalism*)²³.

Deste modo, é através da *arquitetura da escolha, fundada no direito e no acesso à informação que se faculta a escolha dos sujeitos jurídicos, no que respeita à utilização intensiva de mecanismos de consenso e diversão, maximizando, por essa via, o seu leque de direitos fundamentais, dentre os quais o de acesso ao direito e aos tribunais* (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), e, principalmente, o *direito a uma decisão em prazo razoável* (artigo 20.º, n.º 4, da CRP), que é a expressão prática do *desígnio de celeridade processual* (artigo 32.º, n.º 1, da CRP), e não através da MDR, como regra de conduta individual, como propugna Posner.

Deste modo, não se antolha espinhoso concluir que a MDR de Posner encobre, sob o manto (a)diáfano da neutralidade, uma muito específica *engenharia social*²⁴⁻²⁵⁻²⁶, que importa rejeitar.

¹⁹ Neste sentido, ROBERT COOTER, «*Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization*», in Oregon Law Review, Vol. 79, n.º 1, 2000.

²⁰ Neste sentido, GREGORY N. MANDEL/JAMES THUO GATHLI, «*Cost – Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein’s Laws of Fear*», in University of Illinois Law Review, 2006, pp. 1054-1055.

²¹ Neste sentido, CASS R. SUNSTEIN, «*Irreversible or Catastrophic*», in The Law School, The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 88, AEI – Brookings Joint Center Working Paper, n.º 05- 04.

²² Neste sentido, R. H. THALER/CHRISTINE JOLLS/CASS SUNSTEIN, «*Behavioral Law and Economics*», Cambridge University Press, vol. 26, 2009, pp.121 e ss.

²³ Neste sentido, RUTE SARAIVA, «*A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução*», in Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 1100-1105, que vimos acompanhando de muito perto, mesmo textualmente.

²⁴ Neste sentido, AROSO LINHARES, cit., p. 131.

²⁵ Neste preciso sentido, TERESA VIOLANTE, cit., p. 228.

²⁶ Neste sentido, JAMES BOYLE, «*The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*», in Boyle (ed.) Critical Legal Studies, Aldershot, 1992, pp. 517-518.

Na verdade, recorrendo aos ensinamentos da doutrina mais abalizada, existe em cada *ordenamento jurídico* um bordão que parifica e unifica todos os cidadãos: o *ideal de justiça célere e eficaz*, que deixa sem resto qualquer veleidade de se pensar que o cidadão quando recorre à justiça, fá-lo com a convicção mais ou menos fundada de que quem a administra mobiliza premissas de natureza económica, e, muito menos, que o faz com o escopo específico da *wealth maximization* (MDR), como advoga Posner.

A arrumação dogmática em que repousa esse *ideal de justiça célere e eficaz* é perfectibilizada pela doutrina através das mais variadas configurações epistemológicas.

No fundo, como veremos, mais do que a *concreta imposição sistemática* das ideias que as estribam, as teses doutrinárias que a seguir se avançarão, polarizam-se, invariavelmente, no mesmo azimute: o de cada ordenamento jurídico contém, em si mesmo, o *cerne da sua validade intrínseca* e, essencialmente, os cidadãos que a constituem sabem de que húmus é feita essa *validade intrínseca*.

O Prof. Hans Kelsen concebe o *ordenamento jurídico* como um *sistema hierárquico de normas* em que a validade de uma norma pode ser verificada em função da sua conformidade com uma *norma hierarquicamente superior*. O *sistema positivista* não comporta o reconhecimento de uma *lei moral objectiva* ou de uma lei natural como *critério de validade da norma positiva*²⁷, nem indaga da justiça ou injustiça das leis. Se a norma está de acordo com a *norma superior hierárquica* numa cadeia sucessória ou piramidal, ela é válida. Qualquer referencial externo ao sistema jurídico é rejeitado. A última norma desta *estrutura hierárquica*, no entanto, não pode ter a sua validade verificada em função de uma norma superior. Kelsen chama a esta *norma superior máxima* de “*norma fundamental*”, a “*Grundnorm*”, a qual constitui o *fundamento de validade de todo o sistema jurídico*²⁸:

A Ordem é um *sistema de normas* cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo *fundamento de validade*. E o *fundamento de validade* de uma norma é – como veremos – uma *norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem*²⁹. *Uma norma singular é uma norma jurídica*

²⁷ Neste sentido, HANS KELSEN, «*Allgemeine Theorie der Normen*», 5. Auflage, 1979, Verlag, Köln, pp. 119 e ss;

²⁸ Neste sentido, AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, «*Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas*», disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-puradodireito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

²⁹ Neste sentido, HANS KELSEN, «*Zur Theorie der juristischen Fiktionem. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob*», in: *Annalen der Philosophie* 1 (1919), pp. 630-658.

enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica³⁰, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na *norma fundamental* dessa ordem³¹.

Esta norma deve ser pressuposta, e não extrai a sua validade ou legitimidade senão exclusivamente da força e do poder de império do Estado. *No âmbito de uma teoria pura, a justiça e a legitimidade desta norma mais alta não é discutida pelo autor, basta que ela exista e se imponha para que exista um sistema jurídico.*

A *norma fundamental* (*Grundnorm*) estabelece como as leis³² devem ser feitas e por quem.

O Estado constitui-se assim em um sistema de normas estruturadas logicamente a partir de uma *norma superior*, simplesmente imposta e garantida por um sistema eficaz de sanções.

Uma vez definido o Estado como fonte última e única do direito, nada pode dizer-lhe o que deve proibir ou permitir, salvo a sua própria definição normativa³³.

Se um movimento revolucionário derroga a forma de Estado vigente e impõe uma nova, na medida em que esta consegue consolidar-se e reger no tempo, essa seria a definição normativa vigente, o novo direito.

Num outro ângulo analítico, o sistema jurídico é explicado pelo Prof. H. L. Hart³⁴⁻³⁵ como uma união de regras básicas primárias de obrigação e *regras secundárias*. As *regras primárias* são as que prescrevem a conduta³⁶, por ação ou omissão que deverão ter as pessoas cujas regras, do ponto de vista interno, se destinam – impõem deveres, portanto. As *secundárias* dependem, em certo sentido, das

³⁰ Sobre o contributo de Hans Kelsen para o modelo austríaco (concentrado) de controle de constitucionalidade, JORGE REIS NOVAIS, «Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático», Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 196 e ss.

³¹ Na doutrina portuguesa, JOSÉ LAMEGO, «Argumentação Transcendental em Kelsen», Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão, Vol. I, Almedina, 2008, pp. 347 e ss;

³² Referindo-se ao juiz constitucional como *legislador negativo*, neste sentido, MARIA BENEBITA URBANO, «Sentenças Intermédias: para além de Kelsen mas ainda alguém de uma nova teoria da separação de poderes», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Ad Honorem, Studia Iuridica* 103, vol. II: Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 691-692.

³³ Neste sentido, HANS KELSEN, «Hauptprobleme der Staatslehre entwickelte aus der Lehre vom Rechtssatz», Tübingen, 1911, pp. 93-103.

³⁴ Neste sentido, H. L. HART, «O Conceito de Direito», Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, pp. 137 e ss, que seguiremos de muito perto.

³⁵ Seguiremos de muito perto, mesmo textualmente a súmula do pensamento de Herbert Hart, disponível em <http://validadenodireito.blogspot.pt/2009/11/hart-e-validade-no-direito.html>.

³⁶ Para uma análise da tese da separação entre a lei e a moral, afirmando que “se uma lei for injusta haverá obrigação moral de a incumprir”, H. L. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», in *Harvard Law Review*, 71, 4, 1958, pp. 593 e ss.

primárias, daí por que são secundárias em relação a estas. Estabelecem as *regras secundárias* como aplicar, introduzir, modificar ou extinguir as regras primárias e os seus efeitos, bem como o “*modus*” de controle destas³⁷, além de, paralelamente, a tais comandos, instituírem a sanção³⁸.

Este tipo de regra confere, como se depreende, competências e poderes públicos e privados. Como subdivisão das secundárias, admite Hart *regras de câmbio*, *regras de adjudicação* e *regras de reconhecimento*. Pelas *regras de câmbio* é facultado aos indivíduos ou corpo de indivíduos assegurarem o dinamismo do sistema jurídico: introdução, modificação, *derrogação das regras primárias por via legislativa*, especificam as pessoas ou órgãos competentes para a prática de actos jurídicos, ditam o procedimento da actividade legislativa. Por sua vez, as *regras de adjudicação* asseguram que em caso de violação das primárias, são aplicadas, adjudicadas as sanções do sistema³⁹.

Essa é a ideia central das *regras de adjudicação* que, também, indicam as pessoas competentes para o julgamento do crime, bem como o procedimento judicial, além de, a exemplo das demais regras secundárias, fixarem certos conceitos jurídicos, tais como, juízes, tribunal, jurisdição, sentença, acórdão. As *regras de reconhecimento*, por estarem intimamente relacionadas com o conceito hartiano de *validade*, serão tratadas autonomamente, a benefício da clareza da exposição⁴⁰.

As regras de reconhecimento e de validade⁴¹

As *regras de reconhecimento* são aquelas que fixam os pressupostos ou requisitos para existência válida das *regras primárias*. É esta a finalidade das regras de reconhecimento, conforme expõe Hart, *para quem o conceito de validade de uma regra é extraído a partir das regras de reconhecimento*⁴².

Poder-se-á dizer que a sua correcta denominação é regra secundária de *reconhecimento de validade da regra primária*⁴³, como também é correcta, a traço grosso, chamá-la, apenas, por comodidade de exposição, *regra de reconhecimento*.

³⁷ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., pp. 104-107.

³⁸ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., pp. 35-57.

³⁹ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., pp. 35-57.

⁴⁰ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., pp. 102-106.

⁴¹ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., p. 118.

⁴² H. L. HART não pretende afirmar que para cada ordenamento jurídico existe uma e só uma “*Rule of Recognition*” – à semelhança do que afirma Kelsen a propósito da *Grundnorm*”. Neste sentido, H. L. HART, «Lon L. Fuller: The Morality of Law», in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p. 360.

⁴³ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., pp. 102-110.

A utilização de *regras de reconhecimento*, para o escopo primacial de identificação das *normas válidas do sistema*⁴⁴, na linha do pensamento hartiano, é própria de quem alude às regras sob o ponto de vista interno, *de uma vez que quem as usa expressa a sua própria aceitação como pauta de conduta*. Tanto é assim que ao valer-se das regras de reconhecimento o faz através de linguagem diferente das expressões daqueles que a elas se referem no aspecto externo. Estes dizem “na França reconhecem como direito que...”, aqueles afirmam “o direito dispõe que...”.

Assim, a *regra de reconhecimento*⁴⁵ é, pois, utilizada por pessoas que no aspecto interno das regras, *referem-se às regras para enunciar as normas que constituem o ordenamento jurídico do ponto de vista interno*⁴⁶. *Essas pessoas são os juízes, os magistrados do Ministério Público, e os demais sujeitos e participantes processuais, e, ainda, os particulares*, ante a eventual necessidade de precisar a *validade de uma regra*, que, ao assim procederem, caracterizam um processo recognitivo típico do ponto de vista interno, *pois implicará a aceitação das regras de reconhecimento como fundamento de validade das normas*⁴⁷. Daí a conclusão de que a regra é válida expressar-se-á através de enunciados internos e *será usada por quem a aplica ao reconhecê-la como válida*⁴⁸.

Na grande maioria dos sistemas jurídicos a *regra de reconhecimento* não figura expressamente, a sua existência – como questão de facto, admite Hart – evidencia-se no “modus” como as regras, em cada caso concreto, *são declaradas válidas pelos órgãos jurisdicionais, demais órgãos estatais e particulares*⁴⁹. Nos sistemas jurídicos em que a regra de reconhecimento não é formulada expressamente, saber quais são as *regras de reconhecimento de validade*⁵⁰ importa investigar a maneira

⁴⁴ Enfatizando que grande parte das *normas constitucionais* – portanto, normas com *pedigree* – têm uma *estrutura principiológica*, na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, «*Theorie der Grundrechte*», Frankfurt – am – Main, 1985, pp. 71 e ss.

⁴⁵ Neste sentido, sobre a *natureza constitutiva da regra de reconhecimento*, SOUSA E BRITO, «*O Positivismo jurídico e a Lei de Hume*», in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 895 e ss;

⁴⁶ Neste sentido, *ainda sobre a natureza constitutiva da regra de reconhecimento*, SOUSA E BRITO, A constituição do direito e o positivismo jurídico, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Galvão Telles: 90 anos, Almedina, 2007, pp. 712 e ss,

⁴⁷ Neste sentido, SCOTT SHAPIRO, «*What is the Rule of Recognition (and Does it Really Exist)?*», in The Rule Of Recognition and the U. S. Constitution (org. Adler/Himma), Oxford, 2009, *passim*.

⁴⁸ Neste sentido, PEDRO MÚRIAS, «*Weber e Hart sobre as perspectivas interna e externa: uma releitura*» in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – vol. I, Filosofia do Direito e do Estado e Teoria do Direito, Organizador (Jorge Miranda), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 106 e ss.

⁴⁹ H. L. HART, «*O Conceito de Direito*», cit., pp. 61-70.

⁵⁰ Sobre o conteúdo dogmático da *regra de reconhecimento*, MIGUEL BRITO BASTOS, «*Positivismo Jurídico Inclusivo: Sobre a possibilidade da relevância de critérios morais no reconhecimento do direito*», in Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 904-906, que vimos seguindo de perto neste apartado.

como, na prática, as normas são identificadas pelos tribunais, no que toca, exclusivamente, aos critérios que, de forma funcionalmente orientada, foram levados em consideração para tanto. Os utilizados pelos órgãos jurisdicionais gozam, quanto ao mérito, do “*status*” especial de *autoridade*, em relação aos demais.

Em função dos critérios consagrados, expressamente ou não, para identificação das normas válidas de um sistema jurídico, *podem existir várias regras de reconhecimento*⁵¹. Esses critérios, dependendo da complexidade do sistema jurídico, exemplificativamente, podem referir-se a⁵²:

- a) uma constituição escrita;
- b) sanção legislativa;
- c) vigência consuetudinária;
- d) relação com decisões judiciais já transitadas em julgado (precedentes judiciais);
- e) declaração de determinadas pessoas competentes;
- f) *eficácia*;
- g) emanação por certos órgãos, etc.

Tendo em vista evitar conflitos, as *regras de reconhecimento* são hierarquizadas em uma ordem de subordinação e relativa primazia, colimando-se à *descoberta* de uma que fixará o critério supremo, uma vez que é o hierarquicamente superior e que os outros lhe estão subordinados. *Por fixar os critérios de validade de regras, Hart chama as regras de reconhecimento de regras últimas do sistema. Como última regra do sistema, face à sua existência fáctica, a regra de reconhecimento dá-se por admitida porque é efectivamente aceita e aplicada pelos juízes, magistrados do Ministério Público e tribunais para o funcionamento geral do sistema*⁵³. Daí a sua existência ser uma questão de facto⁵⁴. Como a *validade das normas decorre da regra de reconhecimento*⁵⁵ “*dizer que uma determinada regra é válida é reconhecer que ela satisfaz todos os requisitos estabelecidos na regra de reconhecimento e, portanto, que é uma regra de sistema*”.

⁵¹ SCOTT SHAPIRO, cit., pp. 29 e ss, que seguiremos de muito perto.

⁵² H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., pp. 53-56.

⁵³ MARGARIDA LAMY PIMENTA, «Positivismo jurídico inclusivo»: *afinamento ou afastamento do positivismo jurídico?*, in Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo – Um Conjunto de Perspectivas, Coordenação (António Manuel Hespanha/Teresa Pizarro Beleza), Coimbra, Almedina, 2011, p. 273.

⁵⁴ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., p. 121.

⁵⁵ H. L. HART, «O Conceito de Direito», cit., pp. 69-70.

O consenso por sobreposição (*Overlapping consensus*)⁵⁶

Um *consenso por sobreposição* estável, gizado pelo Prof. John Rawls, tem de ser um *consenso de cidadãos* e não de teorias. Ora tal consenso adopta uma *concepção política de justiça*⁵⁷, que é configurada como *independente de qualquer doutrina moral abrangente*. Para Scheffler, este requisito de independência indicia duas questões, a primeira delas não desenvolveremos, que suscitam perplexidade:

- por quem deve ser configurada a concepção como independente para que possa autenticar-se como concepção política?
- a atitude esperada dos participantes no *consenso de sobreposição* é a *de encararem certos princípios de justiça bem como certas ideias fundamentais, vistas como implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática*⁵⁸, das quais «considerem» que aqueles princípios se podem derivar, independentemente de qualquer doutrina abrangente, «*própria ou alheia (à referida cultura política pública)*»

Aqui chegados, e percorridas as ideias motrizes de cada um dos doutrinadores acima referidos, temos que de todos e de cada um deles sobressai a ideia de a *administração da justiça* tem muito mais que ver com a *identidade colectiva e com o sentimento de pertença dos cidadãos a uma dada comunidade jurídica*, do que com as elocubrações imperscrutáveis do *homo economicus* que, na sua radicalidade subjectiva, pugna por captar o sentido profundo do (hipotético) *economicismo tutelar* em que repousa a actuação dos operadores judiciários.

É que, como afirma o Prof. John Rawls, a ideia de um “*Overlapping consensus*”⁵⁹ (*consenso por sobreposição*)⁶⁰ consiste em demonstrar como, malgrado uma pluralidade de doutrinas, a *convergência numa concepção política de justiça* pode ser obtida e a *unidade social mantida num equilíbrio de longo prazo, isto é, de uma geração para a outra*⁶¹.

A esta luz se compreende, pois, que o *ideal de justiça célere e eficaz*, polarizada, por um lado, no combate estrénuo à criminalidade complexa e com ramificações

⁵⁶ Seguiremos de muito perto, mesmo textualmente a súpula do pensamento de John Rawls, disponível em <http://blogexperimental.blogs.sapo.pt/76075.html>

⁵⁷ Neste sentido, JOHN RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa, 2003, pp. 67- 84.

⁵⁸ Neste sentido, JOHN RAWLS, «*Justiça e Democracia*», Lisboa, 2005, p. 251.

⁵⁹ Sobre o *overlapping consensus*, CASTANHEIRA NEVES, «*O jurisprudencialismo*» – proposta de uma *reconstituição crítica do sentido do direito*», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 138, 3957, Julho – Agosto de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 333.

⁶⁰ Sobre o *consenso por sobreposição*, LUCIANA RODRIGUES KEMPEL, «*A Autonomia do Direito e o Liberalismo Político de John Rawls*», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 747-752

⁶¹ Neste sentido, JOHN RAWLS, «*Justiça e Democracia*», Lisboa, 2005, p. 253.

plurilocalizadas, e, por outro lado, na *maximização* da utilização dos *mecanismos de consenso e diversão*, seja um *esperanto universal*⁶² que (potencialmente) *une* os cidadãos, destinatários últimos do quadro de significação conceptual de um sistema de justiça pensado para *solver* os seus legítimos anseios de *justiça material*.

Ora se assim é, é de considerar a hipótese de mobilização de um “*Fernrecht*” (direito da distância) ou do “*Das Prinzip Verantwortung*”⁶³ (*Princípio da Responsabilidade para com as gerações vindouras*), de que nos fala também o Prof. Jürgen Habermas⁶⁴.

Professa essa doutrina que a adopção de uma verdadeira *ética da razão cordial*⁶⁵, de uma *teoria do direito da distância (Fernrecht)* – que se projecte para o futuro – que tome a sério os *desafios do futuro*⁶⁶ e que pretenda manter-se no registo da resposta em termos de validade, deve considerar entre os seus princípios, não apenas a dignidade – princípio fundante – mas também a *sustentabilidade*⁶⁷⁻⁶⁸ e a *justiça intergeracional*, fundada em uma *ética da responsabilidade*⁶⁹.

⁶² Sobre a taxionomia do “*esperanto universal*”, FARIA COSTA, «*O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (Babel ou esperanto universal?)*», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Ano 138, n.º 3955, Coimbra, Coimbra Editora (Março-Abril 2009), p. 218 e ss.

⁶³ Neste sentido, na doutrina alemã, HANS JONAS, «*Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*», Frankfurt a. M., 1979, pp. 47-49.

⁶⁴ Neste sentido, na doutrina alemã, JÜRGEN HABERMAS, «*Die Zukunft der menschlichen Natur: auf dem Weg liberalen Eugenik?*», Frankfurt am Main, 2002, *passim*.

⁶⁵ Neste sentido, ADELA CORTINA, «*Ética de la razón cordial: educar en la ciudadanía en el siglo XXI*», Oviedo, 2007, *passim*.

⁶⁶ Sobre os desafios do futuro que se colocam ao direito, CASTANHEIRA NEVES, «*“O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 139, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 202 -226.

⁶⁷ Neste sentido, o iluminado estudo de JOÃO LOUREIRO, «*A Autonomia do Direito, Futuro e Responsabilidade Intergeracional: Para uma teoria do Fernrecht e da FernVerfassung em diálogo com Castanheira Neves*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXVI, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 2012, p. 37.

⁶⁸ Neste sentido, ainda que no âmbito problemático do Direito Tributário, o notável estudo JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, «*Sustentabilidade e Finanças Públicas Responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro Equigeracional*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Ad Honorem, Studia Iuridica* 103, vol. I: Responsabilidade: entre Passado e Futuro, Organizadores Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 620 e ss.

⁶⁹ Neste sentido, SUSANA AIRES DE SOUSA, «*Risco, precaução e responsabilidade penal no horizonte da incerteza*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Ad Honorem, Studia Iuridica* 103, vol. I: Responsabilidade: entre Passado e Futuro, Organizadores Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 690 e ss.

Assim, transpondo esses ensinamentos para a nossa temática, a *sustentabilidade do sistema de justiça*, do ponto de vista da resposta adequada, *célere* e em *tempo razoável*, às solicitações dos cidadãos que a interpelam quotidianamente só será lograda, repisa-se, com uma exaustiva *dos mecanismos de consenso e desjudiciariização entre os sujeitos processuais*.

Porquanto, só desse jeito se eliminará o sentimento de desconfiança e frustração das *legítimas expectativas comunitárias no exercício da justiça penal*⁷⁰⁻⁷¹.

Como afirma o nosso Mestre, o Professor Figueiredo Dias, “*com isto é o próprio Estado de Direito que se encontra abalado mesmo nos seus fundamentos*”; deste modo, ancorado numa ideia de *eficácia processual*, continua o Professor Figueiredo Dias, o processo penal “*deve dar passos decisivos na substituição, em toda a medida possível, de estruturas de conflito por estruturas de consenso entre os sujeitos processuais*⁷²⁻⁷³; *como forma de oferecer futuro a um processo penal dotado da “eficiência funcionalmente orientada” indispensável à ultrapassagem da actual sobrecarga da justiça penal, sem menoscabo dos princípios constitucionais adequados do Estado de Direito*”⁷⁴.

⁷⁰ Aduzindo, ainda que no âmbito do funcionalismo jurídico – penal, à “*erosão da capacidade cognitiva da norma pelos cidadãos descrentes na (falta) de aplicação da justiça em certo tipo de criminalidade*”, na doutrina alemã, GÜNTHER JAKOBS, «*Terroristen als Personen im Recht?*» *ZStW* 117 (2005), pp. 837 e ss.

⁷¹ Igualmente neste sentido, GÜNTHER JAKOBS/MIGUEL POLAINO-ORTS, «*Derecho Penal del enemigo: algunas tesis fundamentales*», in *JUS. Doctrina & Prática*, número 5, mayo de 2007, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, pp. 33 e ss.

⁷² Neste sentido, advogando “*um tratamento diferenciado no que respeita à pequena e média criminalidade*”, e preconizando, no que tange à utilização dos mecanismos de consenso previstos na lei processual penal portuguesa, “*um paradigma de eficácia*”, JOSÉ MOURAZ LOPES, «*Celeridade e Diferenciação: a sentença nos processos especiais, sumário e abreviado*», in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld* (Organizadores: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1269.

⁷³ Neste sentido, preconizando a ideia motriz de que “*no tratamento processual da pequena criminalidade deve dar-se prioridade às soluções consensuais e nos casos de criminalidade grave deve dar-se prioridade a uma solução de conflito*”; FERNANDO ANDRADE FERNANDES, «*A pequena criminalidade e o Direito Penal*», in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld* (Organizadores: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 367.

⁷⁴ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, «*Acordos sobre a sentença em Processo Penal: Um caso exemplar das relações entre o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional*», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Ad Honorem, Studia Iuridica* 103, vol. II: Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 260.

II-2)

Em sede da jurisprudência interpretativa do artigo 6.º, da CEDH, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não se opõe à concretização de técnicas que se impõem por imperativo de *economia processual e judiciária*⁷⁵ e de cujo cumprimento resulta uma melhor satisfação da procura da justiça, *na concretização do direito ao prazo razoável*⁷⁶⁻⁷⁷⁻⁷⁸⁻⁷⁹.

Não se opõe, nomeadamente, à política de “*desjudicialização*” e à possibilidade de organizar um *pré – tratamento não jurisdicional* de assuntos de matéria penal, nem à limitação de vias de recurso jurisdicional, nem à validade de *processos simplificados* em função da natureza, urgência e importância do objecto do processo e nem à fundamentação sumária em certas circunstâncias e atendendo à importância do litígio⁸⁰.

Por seu turno, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (US Supreme Court)⁸¹, estabelece um *laço de pertinência* entre o direito ao *processo equitativo* e o direito a uma *assistência jurídica efectiva*⁸².

⁷⁵ Neste sentido, na doutrina italiana, R. MEDDA/C. OCTAVIA/A.R. ASCOLI/I. BOANO, «*La Ragionevole durata dei processi*», in *Giustizia – documenti (L’Italia e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo)*, n.º 1-2, 2000, p. 141.

⁷⁶ *Sobre as exigências de um processo equitativo “amigo” dos direitos do arguido, neste sentido, operando um cruzamento reflexivo entre o direito ao recurso, o direito de acesso aos tribunais e o direito a um processo equitativo*, na doutrina espanhola, JUAN MONTERO AROCA, «*Proceso y Garantía – El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*», Tirant lo Blanch, Valência, 2006, p. 613 e ss., «*Principios del Proceso Penal*», 1997, p. 166 e «*Proceso Penal y Libertad*», 2008, p. 471; TERESA ARMENTA DEU, «*Lecciones de Derecho Penal*», 2007, pp. 280, 281.

⁷⁷ Neste sentido, ISABEL CELESTE FONSECA, «*O Direito a um processo à prova de tempo: um apelo a Kairos*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, vol. III: *Direito Público, Direito Penal e História do Direito*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Ad Honorem, Studia Iuridica* 92, Organizadores Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 217 e ss.

⁷⁸ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) Gouveia da Silva Torrada c. Portugal/2003; Paulino Tomás c. Portugal/2003; Kudla c. Polónia/2000; Pires Neno c. Portugal/1998; Alecarpeças, Lda, c. Portugal/2001.

⁷⁹ Neste sentido, ISABEL CELESTE FONSECA, «*Processo temporalmente justo e urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça Administrativa*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, Almedina, pp. 109 e ss.

⁸⁰ Neste sentido, na doutrina francesa, G. CANVET, «*Économie de la Justice et procès équitable*», in *La Semaine Juridique (JCP)*, I – 361, 2001, pp. 2085 e ss.

⁸¹ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal dos EUA (US Supreme Court) *United States v. Davila*, de 13 de Junho de 2013, disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinions.aspx>.

⁸² Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal dos EUA (US Supreme Court) *Burt v. Titlow*, de 05 de Novembro de 2013, disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinions.aspx>.

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América afirmou recentemente que a justiça criminal americana “é na maior parte um sistema de *pleas* e não um sistema de *trials*”⁸³. Ao descrever tal realidade, o Supremo Tribunal sustentou que “o *plea bargaining* não é uma parte acessória do sistema de justiça americano; é o sistema de justiça criminal”⁸⁴.

É de salientar que o recurso ao *plea bargaining* nos Estados Unidos da América evoluiu com o tempo⁸⁵. O recurso primacial ao *plea bargaining* cresceu, todavia, devido a razões predominantemente práticas (economicistas?) relacionadas com o aumento do número de processos de natureza criminal perante os tribunais⁸⁶. Tal como enfatizou o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América “se todas as acusações criminais fossem submetidas a julgamento em toda a sua plenitude, os Estados e o Governo Federal precisariam de multiplicar várias vezes o número de juízes e tribunais”⁸⁷.

O crescimento do *plea bargaining*⁸⁸, encontra-se, pois, dada a escassez de meios humanos e logísticos que constituem o sistema da administração da justiça, umbilicalmente ligado ao “desejo de resolver processos de natureza criminal de forma célere e eficiente”⁸⁹.

Se bem que este instituto processual penal americano do “*plea bargaining*”⁹⁰⁻⁹¹ não possa sem mais ser transposto para o processo penal de figurino europeu continental – precisamente por força das implicações que a ideia germânica do *Rechtsstaat* assume nas Constituições europeias continentais⁹² – parece inegável

⁸³ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal dos EUA (US Supreme Court), *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376, 1388, (2012), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinions.aspx>.

⁸⁴ Neste sentido, Acórdão Supremo Tribunal dos EUA *Missouri v. Frye* (US Supreme Court), de 21 de Março de 2013, disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinions.aspx>.

⁸⁵ Neste sentido, STEPHANOS BIBAS, «*Plea Bargaining Outside the shadow of trial*», in 117, *Harvard Law Review*, 2464 (2004), onde se alude, a dado passo, ao denominado “*prosecutors incentive to obtain pleas*”, mais concretamente pp. 2471-2476.

⁸⁶ Neste sentido, GEORGE FISHER, «*Plea Bargaining's Triumph: A history of Plea Bargaining in América*», Stanford CA: Stanford University Press, 2009, pp. 21 e ss.

⁸⁷ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal dos USA (US Supreme Court), *Santobello v. New York*, 404 U. S., 257, 260 (1971).

⁸⁸ Sobre o *plea bargaining*, muito recentemente, JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, «*Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!*», in *Revista do Ministério Público*, n.º 135, Ano 34, Julho-Setembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 40-41.

⁸⁹ Neste sentido, HON PHILLIP RAPOZA, «*A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra*», in: *Revista Julgar* n.º 19, Janeiro – Abril 2013, Coimbra Editora/Wolter Kluwer, Coimbra, 2013, p. 210.

⁹⁰ V., com muito interesse, STEPHANOS BIBAS, «*Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms*», in 126, *Harvard Law Review*, 150, pp. 163-173 (2012).

⁹¹ Sobre o *plea bargaining* e sobre a candente questão da *legal vindictiveness*, muito recentemente, no direito norte-americano, DOUG LIEB, «*Vindicating vindictiveness: Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining, Past and Future*», in 123 *Yale Law Journal* 1014 (2014), pp. 1016-1047.

⁹² Sobre estas implicações, praticamente desconhecidas do pensamento juspublicista americano, N. MACCORWICK, “*Der Rechtsstaat un die rule of law*”, *JZ*, 1984, pp. 65 e ss.

que a *ideia motriz* que lhe subjaz constitui alicerce fundamental para conferir ao processo penal *sustentabilidade actual e futura*.

Caminhando, por essa via, ao encontro ao *designio de política criminal de maximização da justiça de base eminentemente consensual* (MJC), tendo como escopo primacial a *resolução rápida e efectiva* dos processos atinentes à *pequena e média criminalidade*; é a *Prozesswirtschaftlichkeit* (eficiência do processo) do ponto de vista da *tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos*⁹³, de que insistentemente fala o Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.).

E negar isso é olvidar o essencial: a inexpugnável menção de que o *princípio da celeridade processual*⁹⁴⁻⁹⁵ consiste em que o arguido *deve ser julgado no mais curto espaço de tempo compatível com as suas garantias de defesa*⁹⁶⁻⁹⁷⁻⁹⁸, e, fundamentalmente com o *princípio da presunção de inocência* que “*unta*” o *estatuto processual do arguido*⁹⁹.

O que significa que o *princípio do acusatório* e o *princípio do contraditório* valem em todas as fases do processo enquanto medida cooperativa do *princípio da verdade material em processo penal*¹⁰⁰.

⁹³ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.), de 13/12/2011, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=58766&pos=2&anz=648>; no mesmo sentido, Urteile vom 29. Juni 1955 – IV ZR 55/55, BGHZ 18, 59, 60 und vom 18. März 2003 – XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920; Beschlüsse vom 13. Januar 2000 – IX ZB 3/99, juris R.n. 29, vom 7. Mai 2007 – VI ZR 233/05, NJW 2007, 3429 R.n. 13, vom 27. April 2010 – XI ZR 154/09, juris und vom 6. Oktober 2011 – IX ZB 148/11, WM 2011, 2158 R.n. 7).

⁹⁴ Neste sentido, ISABEL CELESTE FONSECA, «A Responsabilidade do Estado pela violação do prazo razoável: *quo vadis?*», in Revista do Ministério Público, ano 29, Julho-Setembro 2008, Número 115, pp. 32-33.

⁹⁵ Sobre a *celeridade processual*, do ponto de vista dos prazos máximos de duração do inquérito, JOÃO CONDE CORREIA, «Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça: Uma oportunidade perdida?», in As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coordenação Rui do Carmo e Helena Leitão, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 154-155.

⁹⁶ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «Comentário ao Código de Processo Penal à luz da CRP e da CEDH», 1.ª edição, 2007, Universidade Católica Editora, p. 49.

⁹⁷ Neste sentido, ANA LUÍSA PINTO, «A Celeridade no Processo Penal: o Direito à Decisão em Prazo Razoável», Tese de Mestrado, 2008, Coimbra Editora, pp. 43-189.

⁹⁸ Neste sentido, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «Eficácia e Garantia no Modelo dos Recursos Penais», in A Reforma do Sistema Penal: Garantias e Eficácia, Justiça XXI, Coimbra Editora, 2009, p. 69.

⁹⁹ Aproximadamente neste sentido, JOSÉ LOBO MOUTINHO, «Arguido e Imputado no Processo Penal Português», Universidade Católica Editora, 2000, p. 9; ANA MARIA BRITO, «Recursos em Processo Penal: a interposição do recurso/o recurso em matéria de facto», in Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2008, Número 9 (Especial), Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, pp. 390-396.

¹⁰⁰ Neste sentido, FERNANDA PALMA, «Acusação e Pronúncia num Direito Processual Penal de Conflito entre a Presunção da Inocência e a Realização da Justiça Punitiva», in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa, vol. II, 2005, Coimbra Editora, p. 272.

Com efeito, o *princípio da celeridade processual* não é um bem jurídico ou interesse legalmente protegido em si mesmo tomado, *mas um nexo de concatenação lógico-temporal entre o universo de garantias de defesa do arguido e o modo processualmente adequado de as fazer cumprir, num prazo razoável, sem ofender o núcleo essencial* daquele universo de garantias processuais, ora pelo encurtamento significativo da *extensão* das garantias de defesa, ora pelo *protelamento excessivo* e intolerável no seu exercício atempado.

Assim, de um lado, o *princípio da celeridade processual* é a marca de água da *matuidade civilizacional* da constelação processual penal, e de outro lado, é o horizonte teleológico – normativo, *funcional, estrutural, e instrumentalmente* ligado à tutela do núcleo essencial da *armadura de defesa processual do arguido*.

Dito isto, fácil é compreender que, havendo uma *ligação inextricável* entre o *princípio da celeridade processual* e as *garantias de acesso ao direito* por parte do cidadão (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), o exercício da acção penal só pode ser levado a cabo à luz do farol da legalidade, e daí pelo respeito escrupuloso, por um lado, pelo direito do arguido a uma decisão em prazo razoável (artigo 20.º, n.º 4, da CRP), e, por outro lado, se e quando seja político – criminalmente justificado, pelo *direito do arguido a não ser submetido a um julgamento, garantindo, também, por essa via, a tutela jurisdiccional efectiva dos cidadãos que interpelam o sistema de justiça*.

III

A Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro procedeu à alteração do Código de Processo Penal (doravante CPP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, e que entrou em vigor no dia 23 de Março de 2013¹⁰¹.

*No concernente ao processo sumário, artigo 381.º e ss., houve grandes alterações. No fundo o processo sumário passou a ser aplicável a todas as detenções em flagrante delito, excepto relativamente à criminalidade altamente organizada, aos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, aos crimes contra a segurança do Estado, e aos crimes previstos na Lei Penal Relativa as Violações do Direito Internacional Humanitário – artigo 381.º do C.P.P.*¹⁰².

¹⁰¹ Seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, no que se refere somente à indicação das alterações legislativas introduzidas pela reforma do Código de Processo Penal de 2013, o interessante estudo «*Prós e Contras as Reformas ao Código de Processo Penal de 2013*», disponível em <http://aegbl.blogspot.pt>.

¹⁰² O acórdão n.º 174/2014 do Tribunal Constitucional (que decretou “a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável

As audiências dos processos sumários terão lugar, no máximo, no prazo de 20 dias após a detenção (em vez do anterior limite de 15 dias), sempre que o Arguido tiver requerido prazo para preparação da defesa ou o Ministério Público julgar necessária a prática de diligências probatórias com vista à descoberta da verdade – artigos 382.º, n.º 4 e 387.º, n.º 2, al. c) do C.P.P.

Actualmente, a audiência pode, ainda, ser adiada, pelo prazo máximo de 20 dias, para obter a comparência de testemunhas devidamente notificadas ou para a junção de exames, relatórios periciais ou documentos, cujo depoimento ou junção o Juiz considere imprescindíveis para a boa decisão da causa – artigos 387.º, n.º 7 do C.P.P. Introdução de um limite temporal para a produção de prova, em função do tipo de crimes em causa:

- i) Em caso de crime punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a 5 anos, ou em caso de concurso de infracções cujo limite máximo não seja superior a 5 anos de prisão: toda a prova deve ser produzida no prazo máximo de 60 dias a contar da data da detenção. No entanto, a prova pode, excepcionalmente, e por razões devidamente fundamentadas, designadamente por falta de algum exame ou relatório pericial, ser produzida no prazo máximo de 90 dias a contar da data da detenção – artigo 387.º, n.º 9 do C.P.P.
- ii) Em caso de crime punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos, ou em caso de concurso de infracções cujo limite máximo seja superior a 5 anos de prisão, os prazos a que alude o número anterior elevam-se para 90 e 120 dias, respectivamente – artigo 387.º, n.º 10 do C.P.P.

Quanto ao processo sumaríssimo, artigos 392.º e ss., muito pouco se oferece a dizer – o despacho proferido pelo Juiz quanto à aplicação da sanção, no seguimento do requerimento apresentado pelo Ministério Público a que o Arguido não se opôs, vale como sentença condenatória e não admite recurso ordinário – artigo 397.º, n.º 2 do C.P.P.

Na sede própria da *inscrição das medidas de consenso e desjudicialização* (artigo 384.º, n.º 1, do CPP), o legislador *previu* a possibilidade de se aplicar a suspensão provisória do processo (artigo 281.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* do artigo 384.º, n.º 1, do CPP)

é superior a cinco anos de prisão, por violação do artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição”) não obsta a que, verificados os demais pressupostos, continuem a ser julgados em processo sumário os crimes puníveis com pena de prisão de limite máximo superior a 5 anos, quando o Ministério Público, na acusação, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos (Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02/06/2014 (Ana Teixeira e Silva).

e o arquivamento com dispensa de pena (artigo 280.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* do artigo 381.º, n.º 1, do CPP), bem como o processo abreviado (artigo 391-A.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* do artigo 384.º, n.º 4, do CPP), e *omitiu* toda e qualquer menção ao processo sumaríssimo (artigo 392.º, e ss do CPP).

Não se compreende, a qualquer luz, essa omissão.

Desde logo, porque a suspensão provisória do processo mostra-se político – criminalmente contra – indicada para fazer face a *certo* tipo de criminalidade, e, por outro lado, a sua aplicação – a da suspensão provisória do processo – está *condicionada* ao preenchimento de requisitos legais: 1) a não aplicação anterior do referido mecanismo; 2) a inexistência de condenação anterior pela prática de crime da mesma natureza (artigo 281.º, n.º 1.º, alíneas b) e c), do CPP, o que pode *inviabilizar* à partida a sua aplicação.

Mas segmentemos, como é mister, o raciocínio analítico.

Quanto à contra – indicação político – criminal, é conhecida a denominada “*escada gradativa*” que funda os mecanismos de diversão e desjudicialização do processo penal.

Destarte, só o rigoroso escrutínio das potencialidades de cada um dos mecanismos de diversão promove (e legitima), por um lado, o *preenchimento das exigências de prevenção geral positiva e prevenção especial positiva* que, em concreto, se fazem sentir, e por outro lado, densifica o suporte axiológico-constitucional (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) que *ilumina* o princípio da necessidade da pena e da carência de tutela penal (artigo 29.º, n.º 1, da CRP).

De tal facto se infere que, no encerramento do inquérito, o Magistrado do Ministério Público tem de reflectir sobre os possíveis desfechos do processo, de uma forma “*metodologicamente vinculada às soluções político-criminais da lei processual*”¹⁰³, mas sempre em consonância com o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* e correspondente *princípio da intervenção mínima*, o que, no puro rigor dos conceitos, significa que a presença dos pressupostos de aplicação de qualquer uma das modalidades de consenso afasta a aplicação da seguinte¹⁰⁴.

¹⁰³ Neste sentido, PAULO DÁ MESQUITA, «*Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*», Tese de Mestrado, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 88.

¹⁰⁴ Neste sentido, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, «*Os Processos Especiais na Revisão de 2007 do Código Processo Penal*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ano 18, n.º 4., Outubro/Dezembro de 2008, pp. 472 e ss; ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «*Do Processo Sumaríssimo: uma idílica solução de consenso ou uma verdade reproduzida?*», in Revista O Direito, Ano 137 (2005), n.º 1, pp 187; CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, «*“Indícios Suficientes”*: Parâmetro de Racionalidade e “Instância” de Legitimação Concreta do Poder-Dever de Acusar», in Revista do CEJ, n.º 1, 2004, pp. 188 e ss.

O que, em princípio, significaria que verificados os pressupostos legais da suspensão provisória do processo cessaria o dever de acusar em processo sumário e emergiria o dever de suspender processo¹⁰⁵.

Todavia, convocando as *exigências de prevenção geral positiva*, afigura-se-nos que, por mor do bem jurídico que enforma, por exemplo, o tipo legal de crime de artigo 360.º, n.º 1 e 3, do CP, estas (as exigências de prevenção geral positiva) não se mostram satisfeitas, e, conseqüentemente, não se deverá lançar mão do instituto da suspensão provisória do processo (artigo 281.º, n.º 1 do CPP).

Com efeito, o bem jurídico tutelado, pelo artigo 360.º, n.º 1 e 3, do CP, é a *realização da justiça*, ou seja, no âmbito da falsidade de testemunho, protege-se, com a atinente incriminação, o interesse que tem a *administração da justiça* em assegurar a veracidade dos depoimentos¹⁰⁶, tomado como *interesse-meio* dirigido ao *interesse-fim* duma *boa administração da justiça*¹⁰⁷.

Ou seja, *a realização ou administração da justiça é uma função do Estado*, donde o *interesse público* na obtenção de *declarações conformes à verdade* no âmbito de processos judiciais ou análogos, na medida em que constituem um suporte para a decisão¹⁰⁸.

Ora se assim é, o Ministério Público, enquanto titular da acção penal, (artigo 219.º, do CRP, e artigo 53.º, n.º 1, do CPP), por um lado, e enquanto portador de um concreto e circunstanciado *juízo de pretensão punitiva*¹⁰⁹ e *penhor seguro dos interesses da colectividade*, por outro lado, *avoca legitimidade para, em nome da mesma, sindicá-lo ao caso concreto uma reacção penal mais consentânea com o ilícito-típico cometido pelo arguido, fora do circuito reflexivo da mera aplicação de injunções, em sede de suspensão provisória do processo (artigo 281.º, n.º 1, do CPP)*.

¹⁰⁵ Neste sentido, JOÃO CONDE CORREIA, «*Concordância Judicial à suspensão provisória do processo: equívocos que persistem*», in Revista do Ministério Público, n.º 117, Ano 30, Jan-Mar 2009, pp 81; no mesmo sentido, PEDRO CAEIRO, «*Legalidade e Oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça "absoluta" e o fetiche da gestão eficiente do sistema*», in Revista do Ministério Público, n.º 84 (2000), p. 42.

¹⁰⁶ Neste sentido, BELEZA DOS SANTOS, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 70, pp. 17; no mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cit., p. 845.

¹⁰⁷ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência n.º 9/2007, *Diário da República* n.º 129, Série I de 6 de Julho de 2007.

¹⁰⁸ Neste sentido, MEDINA DE SEIÇA, «*Comentário Conimbricense ao Código Penal*», Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 1a edição, Tomo III, p. 461.

¹⁰⁹ Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, «*O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*», Porto, Universidade Católica, Tese de Doutoramento, 2002, pp. 408 e 414; SÓNIA FIDALGO, «*Consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumário*», *A Reforma do Direito Processual Penal Português, em perspectiva teórico-prática*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.º 2 e 3, pp. 299 ss.

Por conseguinte, a suspensão provisória do processo enquanto mero arquivamento condicionado¹¹⁰ ao prévio cumprimento de injunções de conduta por parte do arguido, não se mostra político-criminalmente indicada para responder às exigências de prevenção geral positiva que promanam, entre outros, do âmbito de protecção normativo do artigo 360.º, n.º 1 e 3, do CP.

E neste caso o que faria o Magistrado do Ministério Público? Aplicaria a suspensão provisória do processo, mesmo não sendo esse mecanismo de consenso mais adequado (artigo 18.º, n.º 2, da CRP)?

Se sim, ou seja, se *sujeitar o arguido a um julgamento*, nos casos em que não seja possível aplicar a suspensão provisória do processo, não infringirá a jurisprudência do Tribunal Constitucional? Cremos bem que sim.

Na verdade, se não há uma *escada gradativa* em termos de *plenitude de garantias de defesa do arguido e da sua presunção de inocência*¹¹¹, consoante se esteja na fase de inquérito, na fase de instrução, ou na fase de julgamento, imperioso é concluir que o *princípio da celeridade em processo penal* quando cruzado com o *princípio da plenitude das garantias de defesa do arguido*, corre na mesma direcção que o *direito à paz jurídica* daquele (o arguido) sobre o qual impendiam *ab initio* suspeitas da prática de um facto ilícito – típico, e, sobretudo, densifica os contornos do *direito do arguido a não ser submetido a julgamento*¹¹².

Ora se assim é, não se compreende por que razão, não sendo, num caso concreto, a suspensão provisória do processo o *mecanismo de consenso* mais adequado, não possa o Magistrado do Ministério Público *mobilizar* a aplicação do processo

¹¹⁰ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade – Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo», in Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal, p. 319.

¹¹¹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 439/2002, DR, II Série, de 29/11/2002; Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 49/03, DR, II Série, de 16/04/2003; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 87/2003, DR, II Série, de 28/05/2003; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 208/2003, DR, II Série, de 09/06/2003; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 312/05, DR, II Série, de 08/08/2005; Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 339/05, DR, II Série, de 11/10/2005; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 356/05, DR, II Série, de 20/10/2005, disponíveis em www.dgsi-pt.

¹¹² Neste sentido, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 460/2008 (BORGES SOEIRO), n.º 439/2002 (FERNANDA PALMA), n.º 610/96 (FERNANDA PALMA), n.º 226/97 (MONTEIRO DINIZ), disponíveis em www.dgsi.pt.

sumaríssimo¹¹³⁻¹¹⁴, por *analogia legis*¹¹⁵⁻¹¹⁶⁻¹¹⁷⁻¹¹⁸, do artigo 384.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* do artigo 1.º, n.º 3, *a contrario sensu*, do CP, *evitando a realização de um julgamento*, ora por motivos de *inadequação processual* do mecanismo de desjudicialização¹¹⁹, do ponto de vista das exigências de política criminal; ora por motivos de inaplicabilidade *ope legis* da suspensão provisória do processo, por falta de preenchimento dos requisitos legais constantes do artigo 281.º, n.º 1, alíneas *b)* e *c)*, do CPP.

O que bem se compreende.

Com efeito, a *ação comunicativa ideal* entre a *solução de conflito* e uma *solução de consenso* deve ser resolvida no sentido da concretização das reivindicações de um *concreto ambiente social* que, a montante, radica e transporta, no seu âmbito teleológico-funcional¹²⁰, igualmente uma *concreta política-criminal*¹²¹.

Assim, o *arguido*, em relação a determinados tipos legais de crimes, em que se condensam *referentes de sentido social* com *índole supra-individual*, é, outrossim, o *autor* de um *evento sumativo futuro*, juntamente com um número indeterminado de destinatários das normas jurídico-penais¹²², na medida em que o cometimento

¹¹³ Para uma proposta de *justiça negociada*, através do figurino legal do processo sumaríssimo, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA/PEDRO MENDES LIMA/JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, «Uma proposta de *justiça negociada*», in Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2011, n.º 15, Coimbra, Almedina, 2013, p. 113.

¹¹⁴ Para uma apologia da utilização do processo sumaríssimo, JÚLIO BARBOSA E SILVA, «Dores de Crescimento – algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática», in Revista do Ministério Público, n.º 133, ano 34, Janeiro-Março de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 159-163.

¹¹⁵ Neste sentido, sobre a *analogia legis*, PINTO BRONZE, «A analogia como link noético e bypass noemático entre a igualdade e metodonologia», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 142, n.º 3979, Março-Abril de 2013, p. 231.

¹¹⁶ Neste sentido, na doutrina alemã, JAN SCHRÖDER, «Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der früherer Neuzeit», In: Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte, 114. B. (Germ. Abt.), 1997, pp. 1-55.

¹¹⁷ Neste sentido, sobre a *analogia legis*, PINTO BRONZE, «O problema da analogia juris, algumas notas», In: Analogias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 276-279.

¹¹⁸ Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, «O actual problema metodológico da interpretação jurídica», I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 266.

¹¹⁹ Sobre o fenómeno inverso, da *judicialização*, VICTOR CORREIA, «Judicialização e suas repercussões», in Revista “O Direito”, Ano 144, vol. IV, 2012, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 840-849.

¹²⁰ Neste sentido, defendendo que se deve “*submeter o processo penal a uma racionalidade teleológico-funcional ou pensamento valorativo de orientação teleológica*”, FERNANDO ANDRADE FERNANDES, «A pequena criminalidade e o Direito Penal», cit., p. 363.

¹²¹ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Lei-Quadro de Política Criminal (Leitura Crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 135, n.º 3938, Maio-Junho de 2006, pp. 263-265).

¹²² Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”, Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal», Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 801.

pelo arguido desses tipos legais de crimes, pode ter, face à ausência de uma *concreta pretensão punitiva de sinal forte*, a virtualidade de enviar uma *mensagem* à comunidade jurídica, no sentido de que é *político-criminalmente justificado*, por mor de certos *expedientes* ou *chicanas jurídicas*, inutilizar o efeito prático das decisões emanadas por autoridades judiciais dotadas de *ius imperii*¹²³.

É que não olvidemos que, as normas do Direito Penal dirigem-se ao *homem normal*, sendo que este conceito normativo-jurídico, mostra-se densificado na ideia de que *homem normal*, é aquele que se retira da média, ou se constrói sobre aquilo que é normal¹²⁴, no que se consubstancia, na acepção de que, atenta a necessidade de administrar a justiça no caso concreto, em sede de *escolha de mecanismos de consenso ou desjudicialização* dever-se-á privilegiar, por um lado, aquele *concreto mecanismo* que responda mais *adequadamente* às emanações da *concreta política criminal* que estriba o edifício jurídico-penal, e, por outro lado, aquele *concreto mecanismo* que tenha o condão de enviar um *sinal claro e inequívoco* à comunidade jurídica, no sentido de que as normas penais violadas reafirmaram a sua *validade jurídico-penal*, pela intervenção de um *concreto mecanismo punitivo* que salvaguardou o conteúdo essencial da sua *concreta juridicidade penal*.

IV

Tendo como objectivo primacial a *aplicação prática* da *ideia* acima referida, apresentaremos, de modo despretensioso e singelo, uma *proposta* que, além de *evitar a realização de um julgamento*, terá ainda o condão de *garantir* que a sentença que aplica a pena proposta em processo sumaríssimo *transite de imediato em julgado*, conferindo *expressão prática* ao direito do arguido a *uma decisão em prazo razoável* (artigo 20.º, n.º 4, da CRP, artigo 6.º, da CEDH).

Com efeito, operando, *após a detenção do arguido em flagrante delito*, ao *casamento* do regime jurídico do processo sumaríssimo com o processo sumário, este último, como acima se verá, só será aplicado (sempre) de forma *eventual* e *subsidiária*, de modo a *evitar a sujeição do arguido a um julgamento*, caso o arguido não aceite a pena

¹²³ Aproximadamente neste sentido, discorrendo longamente sobre a *autoritas política e judicial*, e, mormente, sobre a figura do *direito sobre direitos*, CASTANHEIRA NEVES, «O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 139.º, n.º 3961, lançamento em Fevereiro 2011, pp. 201-214.

¹²⁴ Neste sentido, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «Sobre a individualização da medida de cuidado no Tipo de Ilícito Negligente», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves, *Ars Iudicandi, Studia Juridica, Ad Honorem*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 722, nota 38.

proposta em sede de processo sumaríssimo, *ou* não prescindir do prazo de defesa referente ao processo sumário (artigo 382.º, n.º 2, do CPP).

Em primeiro lugar, ao arguido deverá, de imediato, ser nomeado defensor oficioso (artigo 382.º, n.º 1, do CPP), sendo, de seguida, notificado para exercer (ou não) o direito ao prazo para preparação da sua defesa (artigo 382.º, n.º 2, do CPP).

Se o arguido prescindir do prazo de exercício do direito ao prazo para preparação da sua defesa (artigo 382.º, n.º 2, do CPP), proceder-se-á, de imediato, ao interrogatório do mesmo (artigo 272.º, n.º 1, do CPP), devendo, nessa circunstância, questionar-se o arguido no sentido de se saber se o mesmo se opõe à aplicação do processo sumaríssimo (artigo 392.º, do CPP).

Na negativa, deverá o arguido informar aos autos as suas condições económico – sociais, bem como se aceita, caso seja aplicado, o processo sumaríssimo, subordinado à aplicação de uma determinada pena de multa e uma pena acessória nos casos em que a sua aplicação seja legalmente exigida.

Caso o arguido prescindir de exercer o direito ao prazo para preparação da sua defesa (artigo 382.º, n.º 2, do CPP), e não aceite a aplicação do processo sumaríssimo, remeter, de imediato, os autos ao Juiz de Direito, a fim de o arguido ser submetido a julgamento em processo especial sumário (artigo 382.º, n.º 2, 2.ª parte, do CPP).

Caso o arguido não prescindir de exercer o direito ao prazo para preparação da sua defesa (artigo 382.º, n.º 2, do CPP), deve notificar-se o arguido e as testemunhas para comparecerem, decorrido o prazo solicitado pelo arguido para a preparação da sua defesa, ou o prazo necessário às diligências de prova essenciais à descoberta da verdade, em data compreendida até ao limite máximo de 20 dias após a detenção, para apresentação a julgamento em processo sumário (artigo 382.º, n.º 5, do CPP).

Por fim, se o arguido *prescindir* do direito ao prazo para preparar a sua defesa e *aceitar* a pena a ser aplicada em sede de processo sumaríssimo, deve ser lavrada pelo técnico de justiça uma *cota no processo*¹²⁵, devidamente assinada pelo arguido e pelo seu defensor, em sede da qual será consignada que o arguido validamente *prescinde do prazo de oposição* (artigo 396.º, n.º 1, do CPP) ao requerimento em processo sumaríssimo proposto pelo Magistrado do Ministério Público – o que pressupõe da parte do Magistrado do Ministério Público a realização prévia do requerimento em processo sumaríssimo –; e que, *prescinde do prazo de arguição de nulidades* do requerimento em processo sumaríssimo, operando, *em caso de concor-*

¹²⁵ Muito agradecemos esta sugestão ao Meritíssimo Juiz de Direito, Dr. Sérgio Paiva de Sousa, grande magistrado e um bom amigo, com quem tivemos o privilégio de trabalhar no Tribunal Judicial da Comarca de Vila Franca do Campo e que foi um dos principais entusiastas da aplicação prática desta ideia.

dância do Juiz de Instrução, ao imediato trânsito em julgado da sentença que aplica a pena proposta em sede de processo sumaríssimo.

Deste modo, *entre a prática dos factos ilícitos – típicos e o trânsito em julgado da sentença* que aplica a pena constante no requerimento em processo sumaríssimo mediado, em média, 5 (cinco) dias.

Ao invés, se se seguir pelo *caminho convencional, rectius*, sem aproveitamento do regime processual do processo sumário, consubstanciado na autuação pelo juiz dos autos *como* processo especial sumaríssimo e subsequente ordem de notificação pessoal do arguido, através da entidade policial competente, do requerimento em processo em sumaríssimo realizado pelo Ministério Público; *entre a prática dos factos ilícitos – típicos e o trânsito em julgado da sentença* que aplica a pena constante no requerimento em processo sumaríssimo mediado, em média, 3 (três) meses.

V

A aplicação por *analogia legis* do artigo 384.º, n.º 1, do CPP ao processo sumaríssimo, em justaposição com o regime jurídico do processo especial sumário, além de *evitar a realização de um julgamento*, corre ainda no sentido da *celeridade processual*¹²⁶ e da *maximização e optimização* dos meios humanos e logísticos disponíveis¹²⁷, ainda que fora da *lógica economicista* que subjaz à doutrina de Richard Posner, pugnando por *guardar* as situações mais gravosas do ponto de jurídico – penal para as audiências de discussão e julgamento em processo comum singular, e, mais restritivamente ainda, e (só) quando a *singularidade e gravidade* do caso a convoque, para as audiências de discussão e julgamento em processo comum colectivo, almejando-se, assim, a *maximização da justiça consensual* (MJC).

O que vai de encontro ao *desígnio de política criminal* que tem como escopo primacial a *resolução rápida e eficaz*¹²⁸ dos processos atinentes à pequena e média

¹²⁶ Neste sentido, aduzindo aos problemas de *celeridade e produtividade* do processo penal português, MAIA COSTA, «*Justiça negociada: Do logro da eficiência à degradação do processo equitativo*», in Revista Julgar, n.º 19, Janeiro-Abril 2013, Coimbra, Coimbra Editora, p. 88-97.

¹²⁷ Neste sentido, advogando “*a imposição de uma política criminal tendente a reduzir ao essencial a intervenção de natureza penal, visando não só assegurar as garantias de natureza formal e substancial, mas também a eficiência*”, FERNANDO ANDRADE FERNANDES, «*A pequena criminalidade e o Direito Penal*», cit., p. 357.

¹²⁸ Referindo-se, ainda que noutra contexto temático, a um paradigma de “*justiça eficaz*”, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «*O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal – reflexões a partir das escutas telefónicas*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 142, 3981, Julho-Setembro de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 363.

criminalidade¹²⁹, ou seja, a *Prozesswirtschaftlichkeit* (eficiência do processo) do ponto de vista da *tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos*¹³⁰, de que insistentemente fala o Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.).

Praia da Vitória (Terceira, Açores), 28 de Setembro de 2013 (actualizado em Janeiro de 2014).

¹²⁹ Neste sentido, na doutrina italiana, advogando “*uma política criminal orientada para a racionalização do sistema*”, SERGIO MOCCIA, «*Politica Criminale e Riforma del Sistema Penale*», Napoli: Jovene, 1984, p. 288.

¹³⁰ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.), de 13/12/2011, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=58766&pos=2&anz=648>; no mesmo sentido, Urteile vom 29. Juni 1955 – IV ZR 55/55, BGHZ 18, 59, 60 und vom 18. März 2003 – XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920; Beschlüsse vom 13. Januar 2000 – IX ZB 3/99, juris Rn. 29, vom 7. Mai 2007 – VI ZR 233/05, NJW 2007, 3429 Rn. 13, vom 27. April 2010 – XI ZR 154/09, juris und vom 6. Oktober 2011 – IX ZB 148/11, WM 2011, 2158 Rn. 7.

O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública

DR. JOÃO ILHÃO MOREIRA

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. 3. *O conceito e função finalística da cláusula ordem pública*: 3.1. *A distinção entre ordem pública internacional e ordem pública interna*. 4. *A ordem pública como limite à execução de sentenças que violem concepções de justiça e moralidade*. 5. *A ordem pública como limite a violações de princípios essenciais de Direito processual*. 6. *A cláusula de ordem pública como limite a violações de princípios essenciais de organização económica e social*.

1. Introdução

A presente ordem económica mundial mostra-se como um sistema complexo, onde a crescente diminuição e eliminação de barreiras ao comércio internacional proporciona um modelo económico de produção deslocalizada e permanentes transacções transnacionais. É neste encontro permanente entre agentes económicos que a arbitragem internacional emerge enquanto fórum neutral de resolução de litígios.

No contexto emergente, a arbitragem internacional permite que actores económicos, por norma altamente sofisticados, desloquem os pleitos jurídicos da tradicional solução jurisdicional proporcionada pelos tribunais judiciais para um campo afastado de um sistema jurídico nacional, os tribunais arbitrais. Permite-se, pois, que as partes escolham as pessoas concretas responsáveis pela decisão última do conflito, assim como as regras processuais essenciais àquela solução.

Certo é, porém, que os tribunais arbitrais não se estabelecem e funcionam em vazio de regulação jurídica. Efectivamente, a regulação do funcionamento do tribunal arbitral encontra-se, desde logo, e sobretudo, sujeita à lei do país

sede do tribunal arbitral, a *lex arbitrii*¹. A essencialidade da *lex arbitrii* para o desenrolar da arbitragem determina necessariamente que a escolha da sede de arbitragem se encontra, frequentemente, desligada do ordenamento ou ordenamentos mais próximos do litígio, sendo, antes, escolha instrumental ao sucesso do processo arbitral.

Ora, permite, assim, a arbitragem internacional um triplo espaço decisório às partes, que procurarão com a escolha específica dos árbitros, a definição das regras processuais e a selecção de sede arbitral, encontrar um consenso satisfatório para a eleição das regras concretas que irão presidir à solução do seu conflito. A solução arbitral, no contexto das relações comerciais internacionais, é, então, solução pragmática. Permite, para além da neutralidade do fórum, desenlace mais rápido, flexibilidade processual e a escolha de decisores adaptados ao específico litígio em análise².

Descobrimo-se as vantagens da arbitragem comercial, compreende-se, igualmente, a sucessiva simpatia que diferentes ordenamentos jurídicos têm por este método alternativo de resolução de litígios³. A possibilidade de desenhar um procedimento *ad-hoc*, capaz de responder às específicas necessidades processuais de litígios transnacionais complexos, em tempo útil, é ferramenta essencial para o desenvolvimento, em larga escala, do comércio e contratualização internacionais.

Dito isto, e ainda que se leia crescente simpatia em sucessivos ordenamentos jurídicos pelo recurso a métodos alternativos de resolução de conflitos corporizados no recurso a tribunais arbitrais, a realidade é que tais decisões não serão concretizados quando se mostrarem em absoluta antinomia com o quadro

¹ Assim, será por referência às normas previstas na sede de arbitragem que, em grande medida, se definirá como solucionar a falta de determinação das regras processuais pelas partes. Será igualmente através do recurso aos Tribunais judiciais da sede de arbitragem que, em primeiro lugar, os tribunais arbitrais poderão encontrar o necessário auxílio para a imposição de medidas coercitivas necessárias ao processo, cabendo também aos tribunais judiciais da sede em arbitragem, em primeira linha, avaliar a sentença arbitral. Sobre a reavaliação de sentença arbitral pelo foro sede arbitral e a sua consonância com a ordem pública, *vide* ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, «Anulação da sentença arbitral contrária à ordem pública», in *Revista do Ministério Público*, 126, Abril/Junho, 2011, pp. 155-198. Veja-se, igualmente, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, «Da ordem pública no processo arbitral», em curso de publicação nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*.

² Sobre as vantagens da arbitragem transnacional como método de solução de conflitos, veja-se, por todos, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 24-26.

³ Também o facto de, por regra, os Estados encontrarem menor incentivo em assumir os custos de resolução de litígios sem conexão efectiva com o seu território contribui para esta tendência. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almeida, 2010, p. 555.

jurídico do foro de execução da sentença. Dificilmente se poderia esperar que o Estado onde a sentença vai efectivamente ser concretizada, emprestasse a força do seu braço coercitivo a decisões arbitrais sem reservar, de algum modo, a verificação da conformação daquelas decisões com os princípios elementares da sua ordem jurídica⁴.

Efectivamente, ainda que se apresente como instrumento autónomo ao poder estatal, a arbitragem comercial internacional depara-se numa relação de sujeição fáctica ao poder do Estado⁵. Sem o apoio deste, detentor do monopólio de coerção necessário ao cumprimento das sentenças, a decisão arbitral redundaria num “vazio” de consequências, incapaz de conformar a realidade ao Direito. A relação entre tribunais arbitrais e o poder estatal exprime, então, um irrevogável poder daquele último, através do escrutínio dos tribunais judiciais das decisões arbitrais internacionais, de impor princípios essenciais do foro de execução, designadamente através do recurso ao conceito residual de “*ordem pública*”.

Mas se através da possibilidade de não execução de sentenças de arbitrais que firmam a “*ordem pública*” do foro de execução, salvaguardam os Estados margem de avaliação e reserva a um sistema automático de execução de sentenças arbitrais, tal margem de segurança não se obtém sem custos. Como bem se imagina, a possibilidade de um Estado reavaliar, através do seu sistema judicial, a bondade de uma sentença arbitral estrangeira obriga a que se desenrole, em maior ou menor medida, o procedimento que as partes pretenderam evitar, a avaliação do litígio por parte de um tribunal estadual.

Determina-se, então, o espaço atribuído à reavaliação da sentença arbitral em necessário ponto de equilíbrio entre interesses tendencialmente contraditórios. De um lado as vantagens da arbitragem apenas se concretizam, na sua plenitude, com um nível mínimo de reavaliação estatal no momento de execução da sentença arbitral estrangeira⁶. Do outro, o desejo latente de controlo das consequências

⁴ Veja-se, LOUIS CHRISTOPHE DELANOY, «Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois proposition», in *Revue de l'arbitrage*, n.º 2, 2007, pp. 184-185.

⁵ Efectivamente, a não disposição de *imperium* por parte do Tribunal Arbitral, ao lado dos seus custos, geralmente superiores aos da justiça estatal, são por norma apresentados como as duas maiores desvantagens do recurso ao processo arbitral. Vide, neste ponto, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER e ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2.ª ed., Berna, Editions Weblaw, 2010, pp. 19-20.

⁶ Nas palavras de Paula Costa Silva, «de pouco servirá afirmar a autonomização do tribunal arbitral relativamente ao tribunal judicial se essa autonomia se restringe apenas ao decurso da instância arbitral. Com efeito, nenhuma relevância terá o reforço da vertente consensual da arbitragem voluntária, se dela não se extraírem, em fase pós-arbitral, as consequências necessárias.». PAULA COSTA SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 52, n.º 3, Dezembro, 1992, pp. 893-894.

produzidas pela execução de uma sentença arbitral estrangeira impele a que o Estado reserva uma esfera de revisão da matéria em litígio ou das consequências daquela execução na sua ordem jurídica.

Procuraremos, assim, no presente texto, abordar o espaço definido de revisão de uma sentença arbitral estrangeira, no contexto da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a partir do conceito de “ordem pública”, procurando, assim, compreender o espaço reservado ao controlo do sistema judicial do foro de execução e as suas consequências para a construção de um modelo de arbitragem internacional eficiente, rápido e capaz de responder de forma definitiva aos litígios entre as partes que recorram a este modelo alternativo de resolução de litígios.

2. A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Nas considerações *supra* aduzidas, brevemente se referiu as vantagens normalmente associadas ao procedimento arbitral, assim, como a necessidade que este encontra de suporte estatal para a sua execução. Ora, no contexto da arbitragem internacional, a frequente falta de coincidência entre o local onde a arbitragem se encontra sediada e o local onde aquela será executada determinam a necessidade de uma co-ordenação entre Estados quanto aos motivos que determinam a possibilidade de um Estado não efectuar a execução de uma sentença arbitral estrangeira.

Efectivamente, caso ficasse na livre disponibilidade estatal, de forma não coordenada, a definição dos motivos determinantes da não executoriedade da sentença arbitral, rapidamente se concluiria pela não eficiência de um sistema internacional de arbitragem. O reconhecimento e execução da sentença são, como facilmente se intui, momento essencial da conclusão eficiente da resolução efectiva do litígio. Na falta de uma identidade, ainda que tendencial, das causas de não reconhecimento e execução de uma sentença arbitral, com dificuldade poderiam as partes prever a eficácia da mesma.

Mais se diga que as vantagens da arbitragem não se reconduzem apenas à rapidez ou à maior especialidade dos árbitros na resolução do litígio. De facto, a neutralidade do fórum de resolução do litígio pode ser razão essencial para as partes recorrerem à solução arbitral. Quanto maior a dissemelhança entre regimes jurídicos nacionais, maior será a possibilidade de uma parte, aproveitando uma assimetria de conhecimento e envolvimento com o seu próprio sistema jurídico, encontre, nas idiossincrasias das suas normas, uma vantagem susceptível de diluir a neutralidade processual obtida com o processo arbitral.

Assinada em 1958⁷, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras é o tratado central que governa o reconhecimento mútuo de sentenças arbitrais nos países signatários da Convenção⁸. Definindo um conjunto de regras pré-determinadas para o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral assente por um Tribunal Arbitral estabelecido fora da jurisdição onde a execução da sentença irá ocorrer, a Convenção de Nova Iorque limita seriamente a possibilidade de um Estado recusar a operacionalidade de uma decisão arbitral estrangeira.

Porém, a Convenção não deixa de atribuir aos Estados e, conseqüentemente, à ordem jurídica nacional controlo último sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Efectivamente, os termos da Convenção permitem que a parte a quem não interesse a efectivação da sentença arbitral procure, por recurso aos Tribunais do ordenamento onde a execução da sentença vai ser efectuada, obstar ao seu reconhecimento e execução.

Assim, a análise dos termos da Convenção permite ler dupla construção nos motivos susceptíveis de determinar o não reconhecimento e execução de sentença arbitral. Assim, o artigo V da Convenção oferece no seu número 1.º e na primeira das alíneas do seu número 2.º, uma lista descritiva de motivos susceptíveis de determinar o não reconhecimento e execução da sentença arbitral. Abre, porém, a segunda alínea do n.º 2 do mencionado artigo, ao afirmar serem igualmente susceptíveis de determinar o não reconhecimento do laudo arbitral quando tal reconhecimento ou execução se apresentem «*contrários à ordem pública*», cláusula, de aparência pelo menos, ampla para a não execução de sentenças arbitrais⁹.

⁷ Não se pense, porém, ter nascido a convenção de Nova Iorque em vazio histórico, apresentando-se, aliás, a não execução de sentenças em violação da ordem pública como uma excepção tradicional presente nos tratados internacionais relativos a esta matéria anteriores à Convenção de 1958. ALBERT VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, Kluwer Law, 1981, pp. 360-361.

Efectivamente, já o conceito de ordem pública se encontrava presente na Convenção de Genebra de 1927 relativa à Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras onde no seu Artigo 1.º al. e) se estabelecia que o reconhecimento da sentença arbitral dependeria que «*la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle est invoquée.*»

⁸ A centralidade da Convenção de Nova Iorque no quadro da arbitragem internacional é incontestada, apresentando hoje 146 países signatários.

⁹ O recurso ao conceito de ordem pública enquanto limite à execução da sentença arbitral mostra-se longe de ser exclusivo da Convenção de Nova Iorque, encontrando-se presente em outros instrumentos de cooperação entre Estados de âmbito regional. Assim, repete a mesma fórmula a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional Assim, também, no contexto da OHADA, estabelece-se no artigo 25.º, a final, não serem executáveis as sentenças «*si la sentence est contraire à l'ordre public international*». Sobre o conceito de ordem pública na experiência

É, precisamente, pois, esta última cláusula, que na sua amplitude exegética permite abarcar inclusivamente as restantes condições expressamente definidas de não executoriedade da sentença arbitral, corolário da possibilidade do Estado recolher para si, a final, última palavra sobre a utilização do seu império de recurso à força para execução da sentença arbitral. Mas recorde-se, quanto maior o espaço de revisão estatal, mais diluídas as vantagens da solução arbitral. Alonga-se o processo e arrisca-se a neutralidade do fórum decisório, encontrando-se o risco de se repetir o processo que se pretendeu evitar: a solução do litígio por parte do tribunal judicial.

3. O conceito e função finalística da cláusula ordem pública

A centralidade do conceito de ordem pública como último reduto ao dever de reconhecimento e execução da sentença arbitral exige especial cuidado na definição e utilização do conceito. É que se com a co-ordenação internacional das regras de reconhecimento e execução estabelecida pela Convenção de Nova Iorque se pretende limitar as dissimelhanças entre sistemas jurídicos nacionais na determinação das situações susceptíveis de determinar a não execução da sentença arbitral, a excessiva amplitude com que, pelo menos em teoria, exegeticamente se poderia construir o conceito de ordem pública, determinar-se-ia um sistema afastado dos objectivos que a própria Convenção pretendeu atingir. É, pois, indispensável proceder à delimitação do referido conceito.

Diga-se, porém, em primeiro lugar, que dificilmente se pode conceber uma construção dogmática *a priori* do conceito de ordem pública que permita, por aplicação dedutiva, conhecer os casos de violação da ordem pública e, consequentemente, justificar a não executoriedade de uma determinada decisão¹⁰. Essencial à percepção do referido conceito é a compreensão da sua natureza funcional. É ao descobrir-se a função da cláusula de ordem pública que se pode apreender o pleno significado e função do referido conceito. É essencial, pois, compreender as razões que fundam a possibilidade reconhecida ao Estado de recusar a aplicação de sentença arbitral estrangeira.

comunitária da OHADA, ver EUGÈNE ASSEPO ASSI, «L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage», in *Revue de l'arbitrage*, 4, 2007, pp. 753-768.

Ora, também no ordenamento jurídico português encontra expressamente respaldo a definição do conceito de ordem pública como limite ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. *Vide*, artigo 55.º n.º 1, al. b), ii) da Lei 63/2011.

¹⁰ Neste sentido, entre outros, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, p. 462.

Conformando-se como valores essenciais do Estado liberal moderno, a autonomia das partes, a liberdade contratual e a livre composição de interesses privados encontra, necessariamente, como contraponto, o necessário *ius imperii* estatal como catalisador das aspirações e valores prevaletentes em determinada comunidade. Valores esses que ainda que sujeitos a uma natural evolução temporal¹¹, assumem um carácter suficientemente transversal e permanente para se imporem como reflexo de uma vontade comunitária sobre a decisão de um tribunal arbitral.

A cláusula de ordem pública apresenta, então, como primeira função a defesa contra aplicação de sentenças arbitrais estrangeiras que apliquem ou estabeleçam interpretações de normas substantivas contrárias aos princípios essenciais de justiça material do foro de execução da sentença.

Esta cláusula de ordem pública como limite ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais foi, neste sentido, apresentada tradicionalmente como um *proxy* a concepções básicas de moral e de justiça prevaletentes no Estado de foro¹². Na prática, cessa o dever de colaboração do Tribunal de execução com a sentença arbitral estrangeira quando tal cooperação resulte em ofensa aos princípios estruturantes que preservam a ordem social e comunitária.

Resulta então que a cláusula de ordem pública impõe-se necessariamente como salvaguarda de concepções materiais de justiça. Apresentando-se impossível dissociar o Direito como manifestação e reflexo de concepções societárias de justiça, a solução oferecida a litígios por tribunais arbitrais apenas poderá encontrar suporte coercitivo estatal quando esta operação não ofenda os próprios princípios jurídicos informantes da ordem jurídica da jurisdição onde se realiza a execução.

Não se limitam, porém, as prevaletentes concepções de justiça a determinar o afastamento de sentenças arbitrais que se apresentem em clara violação de princípios essenciais de direito substantivo, mas, igualmente das decisões arbitrais que se formem em contradição de valores essenciais de processo. Limita-se a possibilidade de as partes determinarem as regras processuais que nortearão a resolução do seu litígio, impondo-se, assim, necessariamente o respeito por princípios de neutralidade e justiça processual na decisão arbitral.

¹¹ Destacando o conceito de ordem pública como função do tempo e espaço, ver JAVIER GARCÍA ENTERRÍA, «The role of public policy in international commercial arbitration» in *Law & Policy in International Business*, 21, 1990, pp. 401-402.

¹² JEAN ROBERT, *Arbitrage Civil et Commercial*, 4.ª ed., Paris, Librairie Dalloz, 1967, pp. 564-566. Vide, ainda, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 256. Assim, também, se encontra o mesmo racional na jurisprudência norte-americana. Em fórmula bem conhecida, definiu o Second Circuit Court of Appeals não deverem ser reconhecidas as sentenças arbitrais «only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice». United States Court of Appeals, Second Circuit, *Parsons & Whittemore c. RAKTA*, 508 F.2d 969.

Compreende-se que o Estado exija, ao lado de um resultado insusceptível de esbarrar com os valores dominantes, que o caminho percorrido para chegar àquele resultado se faça sem ultrapassar as regras fundamentais que devem presidir ao desenrolar do processo. São ambas as exigências, em último argumento, resultado do Direito se apresentar, não só, mas também, como instrumento de Justiça.

Diga-se, porém, que a sedutora construção dos limites da execução da sentença como imanente do respeito pelos básicos princípios de justiça material e processual, não parece, porém, suficiente para abarcar a totalidade finalística subjacente à cláusula de ordem pública. É que ao lado dos limites impostos pelo valor da justiça e, em caso último, da moral, não podem deixar de relevar, igualmente, normas essenciais de conformação social e económica que, não se assumindo como primariamente violadoras de profundos valores societários e morais, exigem, para uma lógica de coerente aplicação, que sentenças arbitrais que não as apliquem, ou eventualmente as apliquem erradamente, sejam consideradas como contrárias à ordem pública.

Efectivamente, o Direito apresenta-se não só como reflexo de concepções de justiça e moralidade mas desempenha ainda funções mais amplas de intervenção social e económica que se estendem aos campos da regulação dos mecanismos de mercado. A transversal intervenção estatal, apresentando-se sobretudo como tarefa técnica e, desejavelmente, neutra, descobre-se, como já dissemos, muitas vezes com conexões distantes com ideias de moralidade e de justiça. Certo é, porém, que os tribunais judiciais não se encontram demitidos do escrutínio das consequências da execução de uma sentença arbitral na consecução daqueles objectivos estatais.

A expansão das concepções de arbitrabilidade desenham campo amplo para novas interacções entre o limitado poder discricionário judicial de não execução de sentenças arbitrais estrangeiras e outros ramos do direito. Ora, assume, também aqui, papel essencial a cláusula de ordem pública: indispensável se apresenta o controlo dos efeitos da sentença arbitral, pelo foro de execução, nos quadros fundamentais do sistema de regulação económico e social.

3.1. *A distinção entre ordem pública internacional e ordem pública interna*

Bem se compreende das considerações anteriores que a mera imperatividade de uma norma não permite, portanto, determinar a sua compreensão, automática, como parte do conceito de ordem pública. Neste ponto, refere-se, assim, comumente, a distinção entre o conceito de ordem pública internacional e a ordem pública interna.

Consistiria, assim, a ordem pública interna no conjunto de normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do ordenamento jurídico, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social,

como tais inderrogáveis pela vontade dos indivíduos¹³. Consistiria a ordem pública internacional na parte do mesmo conjunto de normas e princípios jurídicos cuja preterição em virtude da aplicação de uma lei estrangeira, atropelasse grosseiramente as concepções ético-jurídicas da comunidade¹⁴.

Ora seria, portanto, por referência ao conceito de ordem pública internacional que se exerceria assim a acção de controlo dos tribunais estaduais às sentenças arbitrais internacionais. Resultará, porém, já evidente das considerações anteriormente expedidas que o conceito de ordem pública não encontrará mera refracção em concepções meramente éticas mas, antes, se deverá compreender, a nosso ver, por referência a um escopo mais amplo de juricidade.

As reflexões anteriores não permitindo, pois, oferecer um conceito definitivo de ordem pública possibilitam uma tripla leitura finalística desta cláusula. A ordem pública representa, então, desde logo, método de fiscalização, operado pelos tribunais judiciais, da não violação de princípios elementares de Direito numa dupla vertente material e processual. Mas igualmente, representa forma daqueles mesmos tribunais controlarem as reflexões de sentenças arbitrais nas áreas de intervenção estatal na vida económica e social.

Partindo-se, então, desta construção, apresente-se, para este efeito, o conceito de ordem pública como cláusula de salvaguarda do conjunto de princípios básicos de justiça material e processual arrolados como basilares, assim como daquele conjunto de normas imperativas, inderrogáveis pela autonomia das partes, que se apresentam indispensáveis à consecução de objectivos económicos e sociais reputados de fundamentais.

4. A ordem pública como limite à execução de sentenças que violem concepções de justiça e moralidade

A primeira das funções da cláusula de ordem pública advém da inevitável necessidade de equilibrar o expectável desejo das partes, sobretudo no contexto de litígios transnacionais, de se libertarem dos constrangimentos da lei nacional processual, e por vezes substantiva, com os legítimos desejos dos Estados de protegerem e preservarem noções básicas de justiça e moralidade prevalecentes na sua comunidade¹⁵.

¹³ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 254.

¹⁴ Ver, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 256.

¹⁵ MARK BUCHANAN, «Public policy and international commercial arbitration», in *American Business Law Review*, 26(3), 1988, p. 531.

É certo que a globalização, mesmo mecanismo que tem gerado inúmeras disputas no campo comercial, tem garantido uma progressiva aproximação de paradigmas axiológicos. Dito isto, bem se reconhece, igualmente, estar de momento, e no espaço de tempo previsível, bem distante qualquer uniformidade de concepções valorativas no quadro global. Bem se compreende, pois, a necessidade de estabelecer limites a uma execução automática de sentenças estrangeiras, incluindo-se, com naturalidade, nesta categoria, as sentenças arbitrais internacionais.

Nesta categoria apenas se devem incluir concepções axiológicas adquiridas e dominantes no espaço civilizacional em que o fórum de execução se integra. Valores que, no nosso espaço civilizacional, prescrevem, entre outros princípios essenciais, o respeito pela defesa dos direitos fundamentais¹⁶, a dignidade da pessoa humana e a proibição de contratos com um objecto imediato ou mediato ilícito. O carácter antitético das consequências da execução de sentença que violem aqueles e outros valores semelhantes com a axiologia dominante permitem facilmente a um juiz determinar os casos que devem determinar a exclusão da execução de sentença.

Como bem se imagina, serão, porém, raros os casos em que as sentenças arbitrais se irão apresentar contrários aos princípios básicos de moralidade¹⁷. É que os árbitros que constituem os tribunais arbitrais não se apresentam seres amorais, antes comungando dos mesmos valores axiológicos que a comunidade em que estão inseridos. A sensibilidade a valores de justiça moralidade apresenta-se, certamente, característica partilhada de árbitros e juízes.

Ainda, assim, não parece ser de excluir como inútil a cláusula de ordem pública como limite à execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Pelo contrário, a importância da sua mera existência resulta inegável. Desde logo nas situações em que por razões civilizacionais se apresente um desfasamento axiológico entre o tribunal arbitral e o sistema jurídico de execução, o mero risco de não execução da sentença arbitral incentiva o tribunal arbitral a tomar em consideração, com

¹⁶ Como afirma Luís de Lima Pinheiro, «Na medida que a ordem pública constitui também um veículo para a actuação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, o controlo de conformidade da decisão com a ordem pública internacional é imposto pela própria Constituição.» LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «Recurso e anulação da decisão arbitral», in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 188.

¹⁷ Serão contrários, inegavelmente, aos princípios básicos de moralidade contratos concluídos na sequência, ou tendo por objecto, o tráfico de influência e a corrupção. Veja-se neste sentido, na jurisprudência francesa, Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C), *Société European Gás Turbines SA c. Société Westman Internatonal Ltd*, 30 septembre 1993.

vista a manter o efeito útil da sua sentença arbitral, as concepções de moralidade e justiça do foro de execução¹⁸.

Mas mesmo quando inexista uma disparidade axiológica entre os valores prevaletentes no Estado de execução e aqueles vivenciados pelos membros do tribunal arbitral, a cláusula de ordem pública desempenha um papel importante. Desde logo, permite corrigir situações, certamente improváveis, em que os árbitros prestando excessiva homenagem à vontade originária das partes expressa contratualmente ignorem as consequências da execução contratual. Mas sobretudo, encontra-se a imprescindibilidade da cláusula de ordem pública decorrente da necessidade para precaver aquelas situações em que as partes instrumentalizam o recurso à arbitragem como meio de execução de contratos que de outra forma jamais encontrariam amparo no recurso aos tribunais estaduais.

Conclua-se, então, as notas precedentes com uma última ideia essencial. Para o funcionamento da arbitragem internacional, e tendo em vista esta primeira função que reconhecemos à cláusula de ordem pública, apenas os desvios verdadeiramente sérios aos mais básicos princípios de justiça e moralidade devem determinar a não execução da sentença arbitral¹⁹.

Não bastará, assim, que na análise da sentença arbitral, o tribunal do foro de reconhecimento conclua por uma diferente compreensão da aplicação dos princípios jurídicos dominantes ao caso concreto, mas antes que, manifestamente, a sentença em análise se mostre assumidamente²⁰ oposta àqueles princípios, pondo em causa, de forma aberta, a prevalência do núcleo essencial das concepções tais

¹⁸ Para além do desfasamento geográfico entre o tribunal arbitral e o foro de execução poderá, também, falar-se de um desfasamento temporal entre a sentença arbitral e a sua execução como motivo de divergência entre a sentença arbitral e os princípios fundamentais de ordem moral prevaletentes no foro de execução. Efectivamente, o conceito de ordem pública ainda que tendencialmente estável não se apresenta temporalmente imutável. Assim, será possível, ainda que num raro número de situações, ponderar a possibilidade de um tribunal arbitral ter recusado a aplicação de um contrato por este violar normas de ordem pública entretanto desaparecidas ou não aplicar princípios de ordem pública entretanto surgidos na ordem jurídica no espaço temporal que medeia a sentença arbitral e a sua execução. *Vide* sobre estas situações PIERRE MAYER, «La sentence contraire a l'ordre public au fond», in *Revue de l'arbitrage*, n.º 4, 1994, pp. 635-636.

¹⁹ Como princípios básicos de justiça contratual podem-se destacar, com reconhecimento transversal à generalidade dos sistemas jurídicos, a título ilustrativo, o princípio de *pactum sunt servanda*, o princípio de boa-fé, a proibição do abuso de direito, a protecção dos civilmente incapazes ou o princípio *fraus omnia corrumpit*.

²⁰ Violação que deverá, portanto, pôr em causa não só qualitativamente os princípios dominantes de ordem moral, mas, também, quantitativamente, apresentando-se intolerável a gravidade concreta da violação em análise. PIERRE MAYER, «La sentence contraire a l'ordre public au fond», in *Revue de l'arbitrage*, n.º 4, 1994, p. 633.

como estas são compreendidas pelo tribunal responsável pelo reconhecimento, assumindo este função de intérprete das pretensões de justiça prevalentes.

5. A ordem pública como limite a violações de princípios essenciais de Direito processual

Paralelo à defesa de os valores éticos substantivos essenciais do foro de execução, encontra-se a necessidade de garantir o respeito de certos princípios fundamentais em matéria de processo. Efectivamente, as noções de justiça prevalentes em determinada comunidade não se limitam a exigir que as consequências da sentença práticas de uma sentença arbitral não contendam com os valores ético-comunitários prevalentes. Como se intui, de igual importância se apresenta o processo decisório fonte da sentença arbitral.

Efectivamente, as exigências comunitárias não se prendem, somente, com as consequências materiais da sentença arbitral. Igualmente as concepções predominantes exigem um processo decisório que reflecta valores mínimos de justiça processual do foro de execução. Ainda que o eficaz funcionamento da arbitragem dependa da atribuição de uma vasta autonomia arbitral às partes, cumpre identificar um conjunto de valores processuais essenciais na ordem jurídica do foro de execução.

Aponta, neste ponto, a própria Convenção de Nova Iorque, no seu art. 5.º n.º 1, um quadro descritivo de cinco falhas processuais susceptíveis de determinar o não reconhecimento e execução da sentença arbitral. Por sua vez estabelece o n.º 2 a) do mesmo artigo já não verdadeira falha processual, mas antes garantia de que limites à arbitrabilidade prevalentes no fórum de execução não se verão contrariados por sentença arbitral estrangeira.

Assim, de modo necessariamente sumário, a Convenção de Nova Iorque no seu artigo 5.º n.º 1 permite o não reconhecimento de sentenças arbitrais quando: i) as partes do acordo arbitral estavam incapacitadas ou que tal acordo não é válido nos termos da lei; ii) foi impossível à parte apresentar seus argumentos; iii) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista na cláusula arbitral; iv) a composição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado; v) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que foi proferida.

Ainda que determinando um conjunto de garantias processuais, as situações descritas no n.º 1 do artigo 5.º não parecem porém abarcar todas as infracções de regras básicas processuais que devam determinar a não execução da sentença arbitral. Surge assim, igualmente, aqui um espaço, necessariamente residual,

para o conceito de ordem pública corrigir a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Também aqui não se poderão, porém, identificar previamente as situações em que a ordem pública deverá ser utilizada para recusar a execução da sentença arbitral. Necessariamente, a diversidade de situações que, ao menos em teoria, poderão pôr em causa regras essenciais de procedimento não permite uma lista fechada de regras susceptíveis de pôr em causa a execução da sentença arbitral.

Necessariamente devem-se encontrar as situações processuais susceptíveis de determinar a não execução da sentença arbitral por referência a princípios gerais de processo. Sendo verdade que, em grande medida, esses princípios essenciais processuais se encontram reflectidos nas citadas causas de exclusão da obrigatoriedade de execução da sentença previstas no artigo 5.º n.º 1 da Convenção, a formulação tendencialmente taxativa da Convenção, torna conveniente a instrumentalização do conceito de ordem pública também para este fim.

Que princípios são então esses de que falamos? Desde logo, indiscutível, se apresenta o direito de ser ouvido no processo como uma das mais básicas garantias processuais transversais a todos os procedimentos judicativos, direito que estende, inclusive, ao processo arbitral²¹. A atribuição a uma parte da possibilidade de apresentar devidamente, e em tempo útil, aquela que subjectivamente afere como a realidade subjacente ao litígio é princípio fundamental subjacente a qualquer processo arbitral por referência às mais básicas concepções de justiça material. Encontra-se, aliás este princípio reflectido, ainda que de forma, a nosso ver, insuficientemente ampla, no artigo 5.º n.º 1 al. c) da Convenção.

Mas não é apenas o respeito por este direito, que mais amplamente se poderá designar como direito ao contraditório, que corresponde a um princípio de ordem pública na generalidade dos sistemas jurídicos. Ainda que uma parte tenha a possibilidade de manifestar as suas posições, exige-se, ainda, que estas sejam expressas perante um órgão decisório independente das partes²². Apenas a atribuição da possibilidade de apresentar a disputa a um ente decisório neutral, desinvestido de ligações pessoais ou patrimoniais com o litígio, se apresenta capaz de garantir uma

²¹ Nas palavras de Paula Costa Silva, «cairia em descrédito um processo que transformasse uma realidade arbitrária, que decorresse sem que às partes assistisse a possibilidade de fazerem valer os seus direitos, invocando e provando os factos, que entendem relevantes para a resolução do litígio.» PAULA COSTA SILVA, "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 52, n.º 3, Dezembro, 1992, pp. 893-894. Vide, ainda, CATHERINE KESSEDJIAN, «Principe de la contradiction et arbitrage», in *Revue de l'arbitrage*, n.º 3, 1995, pp. 381-382.

²² Nas taxativas palavras de van den Berg «*the impartiality of the arbitrator is a fundamental requirement of every arbitration*». ALBERT VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, Kluwer Law, 1981, p. 377.

arbitragem que, em si, não choque com os valores de justiça processual dominantes na generalidade dos sistemas jurídicos.

A garantia, através do recurso à cláusula de ordem pública no foro de execução de sentença, de que a sentença arbitral não será executada quando o processo arbitral não tiver sido entregue a um ente decisório imparcial, não deverá ser lida como um limite à autonomia das partes de definirem o processo arbitral²³. Pelo contrário, a imparcialidade do decisor é pressuposto necessário de qualquer resolução arbitral de um conflito.

O objectivo de neutralidade processual encontra-se então como expressão de uma igualdade contratada entre as partes, garantindo um processo de resolução de litígio afastado de um enquadramento local²⁴, potencialmente favorável a uma dos lados da contenda²⁵, de corrupção de um painel arbitral ou de favorecimentos ilegítimos a uma das partes da contenda. Apenas garantindo que uma das partes não subverte ilegitimamente a necessária imparcialidade do tribunal arbitral, pode o sistema jurídico manter confiança na arbitragem e se pode conceber um sistema de reconhecimento e execução da sentença arbitral, aceitável perante os valores axiológicos básicos do fórum de execução²⁶.

Descritos a possibilidade de exercer o contraditório e a neutralidade do corpo arbitral decisório como os dois vectores essenciais à definição de um processo conforme com os valores prevalentes na generalidade dos sistemas jurídicos e, consequentemente, não contrários à ordem pública, deve, porém procurar-se, igualmente, os limites do controlo do processo no momento do seu reconhecimento e execução.

Certamente que se compreende que não pode qualquer falha no desenvolvimento processual do processo arbitral, mesmo a que contenda com um dos princípios centrais de processo assinalados determinar o não reconhecimento da sentença arbitral. Como bem se conhece a arbitragem encontra, em grande

²³ Efectivamente não sobram dúvidas que a possibilidade de um processo justo e equitativo dos árbitros é, também, e por si só regra pertencente à ordem pública internacional na sua vertente processual. XAVIER BOUCOZBA e YVES-MARIE SERINET, «Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international», in *Journal du Droit International*, n.º 1, 2012, p. 47.

²⁴ Objectivo de central importância quando se recorda que, das mais diversas formas, o Estado é, ele próprio, por vezes, parte directa ou indirecta da contenda, investindo no desfecho do litígio interesses estratégicos próprios.

²⁵ GARY BORN, «The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings», in *The University of Pennsylvania Journal of International Law*, 30, 2009, p. 1001.

²⁶ A compreensão da dimensão de ordem pública do princípio de imparcialidade do tribunal responsável por dirimir um litígio entre as partes resulta, aliás, por demais evidente do artigo 6.º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem onde justamente se destaca o carácter de direito universal a um tribunal independente e imparcial.

medida, vantagens na rapidez de resolução definitiva de litígios entre duas partes, permitindo transaccionar as garantias oferecidas por um sistema processual pré-definido, pela rapidez e objectividade de uma sentença arbitral²⁷.

Como corolário lógico da arbitragem internacional enquanto modo de resolução breve e especializado de litígios entre partes, delinea-se, já se sabe, a autonomia processual das partes no procedimento arbitral como princípio orientador essencial. É a possibilidade de as partes, no exercício da sua liberdade contratual, definirem as regras processuais que irão presidir à composição da resolução litigiosa que, em grande medida, apresenta a arbitragem como um meio de competitivo em relação às tradicionais disputas em tribunais estaduais.

Novamente se deverá, assim, invocar aqui, o carácter correctivo e funcional da cláusula de ordem pública. No respeito pela coerência e efectividade do sistema de resolução arbitral apenas as violações dos princípios essenciais de carácter evidente, decisivo e não corrigidas no próprio processo arbitral deverão ser susceptíveis daquela classificação, até porque, em grande medida, caberá a responsabilidade maior da garantia do respeito das normas processuais aos tribunais judiciais do local onde ocorreu a arbitragem.

Sem esta construção restrita, uma reavaliação detalhada do procedimento arbitral susceptível de determinar com frequência o não reconhecimento da sentença arbitral, poria em causa a capacidade da arbitragem cumprir os seus desígnios de realizar um sistema eficiente de resolução de litígios.

6. A cláusula de ordem pública como limite a violações de princípios essenciais de organização económica e social

Lidas as notas essenciais referentes à cláusula de ordem pública como limite ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais que violem valores essenciais de justiça material e processual, resta, por fim, ensaiar breve análise da cláusula de ordem pública como limite e controlo de violações de princípios essenciais de organização económica e social. Efectivamente, aparece na análise desta última função a tarefa mais difícil de determinação do espaço de revisão do juiz de execução da sentença arbitral. Mas, ao mesmo tempo, a definição deste espaço apresenta-se central à eficiência dos mecanismos arbitrais.

Se em grande medida se pode estabelecer, hoje, uma crescente similitude dos valores essenciais que regulam a comunidade internacional, encontra-se, porém, bem distante o mesmo nível de conformação no consoante ao conteúdo e modo

²⁷ GARY BORN, «The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings», in *The University of Pennsylvania Journal of International Law*, 30, 2009, p. 1002.

de aplicação de normas regulatórias imperativas em diferentes ordenamentos jurídicos. Existe, por isso, o risco de um tribunal arbitral internacional, possivelmente menos familiarizado com as regras imperativas do foro de execução, desapplicar ou não aplicar normas imperativas apresenta-se, à primeira vista, exacerbado.

Ora ligada à crescente essencialidade da cláusula de ordem pública como garante da coerência da aplicação de normas de direito económico e social encontra-se a ampliação dos conflitos hoje considerados arbitráveis. Encorajado por uma crescente confiança das autoridades estatais nos mecanismos arbitrais e por um vasto apoio doutrinal, são, hoje, frequentemente, considerados arbitráveis conflitos referentes a áreas tão diversas como o direito da concorrência²⁸, o direito dos valores mobiliários ou o direito da propriedade intelectual²⁹.

Mas ao mesmo tempo que se conhece a crescente arbitrabilidade de litígios económicos, também se demonstra a crescente presença de um sistema regulatório complexo, estabelecendo um conjunto de normas técnicas de carácter imperativo de mais diversa natureza, assim como, em muitos casos, atribuindo a entes administrativos de natureza diversa poderes regulatórios específicos. É pois imperioso compreender-se em que medida a solução atribuída por um tribunal arbitral a um litígio pode ou não ferir a coerência regulatória do sistema e, assim, frustrar a capacidade de se garantir os objectivos económicos e sociais que aquelas normas visam acautelar.

Se, como afirmámos, por referência a categorias éticas e princípios transversais de moralidade e justiça se podem conhecer os casos, naturalmente excepcionais, em que as consequências do reconhecimento e execução da sentença se apresentam em antinomia com os valores prevalecentes em determinada comunidade, não se poderá concluir do mesmo modo em relação às normas que regulam a actividade económica e social. O carácter técnico de muitas destas normas, não permitindo que, por remissão a concepções ético-valorativas, se estabeleça uma violação de ordem pública, exige um diferente espaço de intervenção e prisma de análise do juiz de execução.

²⁸ Veja-se, sobre a arbitrabilidade do Direito da Concorrência, MÁRIO MARQUES MENDES, «Arbitrabilidade de litígios em sede de Direito da Concorrência», in IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 45-55; CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, «A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: *The meeting of two black arts*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 443-496;

²⁹ PHILLIPE FOUCHARD, «L'Arbitrage, «Les règles de procedure face aux problèmes économiques», in *Revue Internationale de Droit Economique*, 3, 1997, pp. 243-244. Sobre a arbitrabilidade dos litígios relativos a propriedade intelectual, *vide*, em particular, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 425-434.

Ora este tema que assume especial acuidade quando se recorda a possibilidade de as partes escolherem uma *lex contractus* estranha ao fórum de execução de sentença e aos diferentes sistemas jurídicos conectados com os efeitos da decisão arbitral e a respectiva execução. Efectivamente, a diversidade de tratamento jurídico oferecida às questões de direito económico e social por diferentes ordenamentos jurídicos determina que um contrato considerado válido à luz de um sistema jurídico pode ser considerado inválido noutra sistema jurídico por aplicação de normas imperativas.

Do mesmo modo facilmente se intui que as partes podem procurar obstar à aplicação das normas imperativas ao decidirem regular e sujeitar a sua relação contratual por referência a um sistema jurídico marcadamente diferente do sistema jurídico onde os efeitos de um eventual contrato comercial contrário às normas de regulação económica se faria sentir. Não se desconhece, certamente, o risco das partes utilizarem estrategicamente o recurso à arbitragem com intuítos de defraudarem a aplicação daquelas normas.

Face ao crescente número de questões que se reconhecem susceptíveis de serem resolvidas por um tribunal arbitral e, assumidos os riscos das partes procurarem subverter a aplicação de normas obrigatórias, a resposta tem sido equiparar o papel do árbitro internacional àquele do juiz nacional, investindo-o, igualmente, da missão de garantir que não serão violadas normas, de direito social e económico, obrigatórias do Estado onde será executada a decisão arbitral³⁰.

De facto, não se vê necessária vantagem na revisão de fundo das decisões arbitrais que apliquem normas que constituam princípios regulatórios sociais e económicos por parte de um tribunal judicial. Duas razões militam em tal sentido. Em primeiro lugar, reconhece-se a muitas das áreas mais complexas de regulação suficiente transversalidade internacional com vista a factualmente ser demonstrável a capacidade de árbitros internacionais aplicarem, em termos não desvantajosos em relação a um tribunal judicial, os princípios essenciais de regulação económica e social de determinada jurisdição.

Em segundo lugar, o maior distanciamento do Tribunal judicial encarregue do reconhecimento e execução da decisão arbitral dos factos subjacente ao caso, desaconselha uma revisão de fundo da decisão arbitral. De facto uma reavaliação do juízo judicativo apenas se poderia realizar com segurança através de uma reconstrução dos factos e argumentos subjacentes à decisão arbitral. Tal nível de intervenção implica, na prática, uma recomposição judicial dificilmente compatível com as vantagens decorrentes da utilização da arbitragem.

³⁰ HOMAYOON ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bruxelas, Bruylant, 2006, p. 124.

Mas tal não significa que não cabe qualquer papel ao juiz nacional de controlar decisões arbitrais que apliquem (ou deixem de aplicar) normas de regulação económica e social.

Novamente será no equilíbrio entre o reconhecimento das vantagens de um espaço arbitral, como espaço eficiente de resolução de disputas entre particulares e o necessário espaço de intervenção estatal para garantia do seu normativo, que se encontrará a resposta à questão do papel de aplicação pelo juiz nacional da cláusula de ordem pública como limite à execução da sentença arbitral.

Caberá, assim, a nosso ver, uma tríplice obrigação sobre o juiz no momento de verificar a compatibilidade da sentença arbitral com a ordem pública do fórum de execução. Desde logo, deverá este verificar se o recurso à arbitragem se realizou com objectivo fraudulento, conseguindo, assim, furtar-se à aplicação de normas imperativas estatais. Nessa situação, por frontalmente contrária aos princípios que presidem ao exercício da actividade decisória arbitral, caberá ao tribunal judicial determinar a não execução da sentença arbitral.

O segundo passo da análise do juiz do fórum de execução caberá em verificar se da sentença do tribunal arbitral resulta violação grave e tendencialmente irreparável do objectivo protegido por uma norma essencial do quadro legislativo do fórum de execução. No quadro desta análise não poderá o juiz deixar de avaliar o quadro legal vigente, procurando conhecer se as restantes respostas do sistema jurídico são, ou não, suficientes para assegurar o cumprimento do objectivo em causa.

O terceiro passo da análise deverá passar pela comparação entre o dano imposto ao interesse público em causa e o dano decorrente da não aplicação da sentença arbitral. De facto, não se poderá esquecer que a execução da sentença arbitral corresponde a um relevante interesse público que cumpre acautelar e que deverá, necessariamente, ser comparado com o interesse protegido pela norma regulatória. Apenas quando resulte ser maior o interesse lesado pela execução do que interesse lesado decorrente da sua não execução se deve concluir pela não execução da sentença.

Conclui-se, necessariamente, existir um longo caminho lógico a percorrer para a não execução de sentença arbitral. A exigência de comparação entre o dano ao interesse público decorrente da não execução da sentença arbitral e do efeito da aplicação da sentença para o objectivo regulação em causa é, porém, essencial para garantir a segurança jurídica decorrente de um sistema de aplicação internacional de sentenças arbitrais e maximizar o interesse societário perante a antinomia de interesses presentes.

NOTA BREVE



A circulabilidade enquanto característica e função dos títulos de crédito

PROF. DOUTOR A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, LLM

I. A inclusão da circulabilidade no leque de características identificadoras dos títulos de crédito remete-nos para a própria conceitualização destes instrumentos.

Classicamente, duas construções se confrontam: (i) a teoria latina da circulabilidade; e (ii) a teoria germânica da legitimação.

A primeira, que encontra em Ascarelli – e não em Vivante¹ – o seu grande dogmatizador², apresenta os títulos de crédito como “documentos socialmente

¹ O próprio Ascarelli criticou a definição deste Autor, por considerar que assentava, em demasia, nos regimes jurídicos e não na função para a qual os títulos de crédito haviam sido concebidos – circulação. Para Vivante, os títulos de crédito são documentos necessários para exercitar os direitos literais e autônomos neles mencionados (CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III, Dott. Fr. Vallardi, Milão, 1924, 123), definição que se aproxima da sustentada por Brunner. Esta conceção foi seguida, ente nós, por JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Dos títulos ao portador*, França Amado, Coimbra, 1899, 196-197): enfatizando, todavia, a circulabilidade dos títulos de crédito, MÁRIO FIGUEIREDO (*Caracteres gerais dos títulos de crédito e o seu fundamento jurídico*, França Amado, Coimbra, 1919, 214) e ANTÓNIO FERRER CORREIA (*Lições de Direito comercial*, Lex, Lisboa, reimpressão, 1996, 413). Mais recentemente, a definição foi assumida, como ponto de partida, por ALEXANDRE SOVERAL MARTINS (*Título de crédito de valores mobiliários*, Parte I: *Títulos de crédito*, vol. I: I. *Dos títulos de crédito em geral*; II. *A letra*, Almedina, Coimbra, 2012 (= 2008), 12) ou PAULO OLAVO CUNHA (*Cheque e convenção de cheque: acerca da preponderância da subscrição cambiária sobre a relação contratual existente entre o banqueiro e o seu cliente*, Almedina, Coimbra, 2009, 188).

² O Autor dedica uma especial atenção ao tema, a partir da década de 1930. Os trabalhos deste período foram compilados e traduzidos para língua portuguesa: *Teoria geral dos títulos de crédito*, tradução de Nicolau Nazo, Livraria Académica, São Paulo, 1943. Destacamos, todavia, dois trabalhos da década de 50, que espelham, de forma mais sistematizada e consolidada, o pensamento do jurista italiano: *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, RDCComm, 1956, 301-315 e *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, 28 BBTC, 1957, 357-391. Veja-se, ainda, LUCA BUTTARO, *Tullio Ascarelli e il titoli di credito*, 44 BBTC, 1981, 414-432: apanhado geral da construção de Ascarelli e do seu impacto no pensamento cartular transalpino.

considerados como destinados à circulação”. Esta interpretação, assumida pela maioria da doutrina nacional³, foi criticada por Oliveira Ascensão, por não vislumbrar qualquer fundamento jurídico que apontasse nesse sentido⁴.

A teoria germânica⁵, fundada por Brunner⁶, relegando a circulabilidade para um segundo plano, define os títulos de crédito como documentos que incorporam direitos privados, de tal forma que, para o seu exercício, é necessária a posse do próprio documento⁷.

II. A opção por uma das construções foge à lógica jurídica, num sentido racionalista ou científico. A circulabilidade, ao contrário da literalidade ou da abstração, não é um elemento intrínseco dos títulos de crédito; não representa uma decorrência dogmática, nem, muito menos, resulta de um qualquer processo jurídico-evolutivo. Sustenta-se, curiosamente, em dados empíricos e numa interpretação histórica que atribui aos títulos de crédito uma função de circulação de moeda. No fundo, trata-se de uma premissa que pode ou não ser acolhida.

A divergência entre as duas visões tem, aliás, um impacto reduzido, se não mesmo nulo – são perfeitamente conciliáveis. Basta, para o efeito, considerar que coexistem duas aceções: (i) uma estrita, que apenas abrange os títulos passíveis de circularem; e (ii) uma ampla, abraçando igualmente os de legitimação⁸.

³ ALBERTO DOS REIS, cit., 196-197; FIGUEIREDO, cit., 214; ADRIANO VAZ SERRA, *Títulos de crédito*, Separata do BMJ, Lisboa, 1956, 10; JORGE PINTO FURTADO, *Títulos de crédito*, Almedina, Coimbra, 2000, 47; SOVERAL MARTINS, cit., 18; OLAVO CUNHA, cit., 202; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial*, Almedina, Coimbra, 2011, 301-302.

⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, III: *Títulos de crédito*, AAFDL, Lisboa, 1992, 38-40: o Autor reconhece, contudo, que a implementação doutrinária da construção inviabiliza uma mudança tão radical do preenchimento do conceito.

⁵ A construção tradicional de Brunner mereceu a discordância de Ulmer, que propõe uma abordagem alternativa, muito próxima da teoria latina. O Autor apresenta os títulos de crédito como “documentos relativos a direitos patrimoniais, em relação aos quais a disposição do direito incorporada é alcançada através da entrega do próprio documento”: EUGEN ULMER, *Das Recht der Wertpapiere*, Kohlhammer, Estugarda, 1938, 41. Uma conceção próxima já havia sido defendida por LUDWIG RAISER, *Das Rektapapier*, 101 ZHR, 1935, 13-64, 61 ss, em especial 64.

⁶ HEINRICH BRUNNER, *Die Wertpapiere em Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, coordenação de Wilhelm Endemann, II, Fues, Leipzig, 1882, 147.

⁷ ALFRED HUECK e CLAUS-WILHELM CANARIS, *Recht der Wertpapiere*, 12.^a ed., Vahlen, Munique, 1986, 1; WOLFGANG ZÖLLNER, *Wertpapierrecht: ein Studienbuch*, 14.^a ed., Beck, Munique, 1987, 18; REINHARD RICHARDI, *Wertpapierrecht: ein Lehrbuch*, Müller, Heidelberg, 1987, 13 ss.

⁸ MATHIAS HABERSACK, *Introdução aos §§ 793-808 em Münchener Kommentar BGB*, V, 6.^a ed., Beck, Munique, 2013, R.n. 1-2; PETER MARBURGER, *Introdução aos §§ 793-808 em Staudinger §§ 799-811*, Sellier – de Gruyter, Berlim, 2009, 207-245, R.n. 2; MATTHIAS LEHMANN, *Finanzinstrumente: Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2009, 12-13.

III. Se a circulabilidade, enquanto característica dos títulos de crédito, é discutível, já o mesmo não se pode dizer quanto à atribuição, a estes documentos, de uma função exclusiva ou sequer primordialmente circulatória.

A funcionalização dos componentes base do Direito, quer sejam bens, situações ou factos, esbate, invariavelmente, na versatilidade do comércio jurídico e, porque não dizê-lo, no próprio engenho do Homem. Mesmo numa perspectiva histórica, não é correto afirmar-se que os títulos de crédito eram apenas usados com propósitos de circulação, sendo igualmente empregues para contornar, por exemplo, as proibições de cobrança de juros – o câmbio de diferentes divisas permitia amealhar prémios percentuais de forma encoberta⁹.

A maleabilidade funcional dos títulos de crédito é uma decorrência do quotidiano moderno¹⁰. Vejamos um caso particularmente esclarecedor:

No universo bancário, é hoje muito comum exigir-se, no âmbito de empréstimos concedidos a pequenas e médias empresas, a subscrição de livranças devidamente avalizadas pelos respetivos gerentes. A subscrição destes títulos não é motivada por pretensões circulatórias, mas por puros propósitos de garantia: a titularidade da livrança protege, de forma particularmente eficaz, a posição do banco, no caso de a sociedade devedora incumprir os prazos acordados¹¹.

IV. Assim, se a circulabilidade, por meras razões históricas, pode ser apresentada como uma característica (não intrínseca) dos títulos de crédito, já o mesmo não poderá ser afirmado quanto à sua função: o papel desempenhado por estes documentos extravasa largamente a simples circulação de moeda, surgindo como mais um mecanismo flexível que o comércio jurídico encontra à sua disposição.

⁹ LEHMANN, *Finanzinstrumente*, cit., 18.

¹⁰ Lehman (*Finanzinstrumente*, cit., 17 ss) mostra-se muito crítico da funcionalização dos títulos de crédito. Veja-se, ainda, no mesmo sentido, DOROTHEE EINSELE, *Wertpapierrecht als Schuldrecht: Funktionsverlust von Effektenurkunden in internationalen Rechtsverkehr*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1995. A leitura destas obras exige algumas cautelas; o leitor deve ter sempre em consideração que o termo *Wertpapier* engloba, também, os nossos valores mobiliários.

¹¹ Com idênticas considerações: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, com colaboração nossa, Almedina, Coimbra, 2015, 599 e CAROLINA CUNHA, *Letras e livranças: paradigmas actuais e recompreensão de um regime*, Almedina, Coimbra, 2012, 47. Alguns autores clássicos haviam já identificado a multiplicidade funcional dos títulos de crédito: FERRER CORREIA, cit., 426 ss.



JURISPRUDÊNCIA ANOTADA



De volta às reclamações para a conferência: (um)a decisão constitucionalmente adequada

DR. MARCO CALDEIRA
MESTRE TIAGO SERRÃO

1. Incide o presente comentário sobre o recente Acórdão n.º 124/2015 da 3.ª Secção do Tribunal Constitucional, de 12 de Fevereiro de 2015, proferido no processo n.º 629/2014¹, no qual, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, aquele órgão jurisdicional de cúpula julgou “*inconstitucional, por violação do princípio do processo equitativo em conjugação com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, consagrados nos artigos 2.º e 20.º, n.º 4, da Constituição*”, a norma do artigo 27.º, n.º 1, alínea i) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”), “*interpretada no sentido de que a sentença proferida por tribunal administrativo e fiscal, em juiz singular, com base na mera invocação dos poderes conferidos por essa disposição, não é suscetível de recurso jurisdicional, mas apenas de reclamação para a conferência nos termos do n.º 2 desse artigo*”.

Não é fácil exagerar a importância deste aresto no actual contexto da justiça administrativa: a nosso ver, estamos, sem qualquer hesitação, perante uma decisão que, pela forma como *rompe* com o entendimento já tão profundamente enraizado na nossa jurisprudência, vem (ou pode vir a) *revolucionar* autenticamente a aplicação do regime legal do processo administrativo em matéria de reacção contra as decisões jurisdicionais proferidas em primeira instância. Trata-se, por outras palavras, do último reduto do princípio da tutela jurisdicional efectiva, que, nos últimos anos, vinha sendo reiteradamente postergado na prática dos Tribunais Administrativos.

Como o leitor já adivinha por este intróito e pelo que já anteriormente tivemos oportunidade de escrever sobre o assunto², a anotação que se segue será

¹ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

² Cf. o nosso “As reclamações para a conferência na jurisprudência administrativa: análise crítica”, in *O Direito*, Ano 145.º, III, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 641 a 661.

em tom integralmente concordante com o decisório do Tribunal Constitucional. Mas vejamos, então, o contexto e os fundamentos do Acórdão sob comentário.

2. Urge começar pelo contexto, pois só com a sua descrição é possível compreender plenamente como se chegou até aqui e a enorme importância deste Acórdão que nesta sede comentamos. Não obstante, tratando-se de uma questão largamente tratada no dia-a-dia do foro, dispensar-nos-emos, nesta sede, de um desenvolvimento exaustivo do quadro legal aplicável e de uma análise detalhada da extensa jurisprudência administrativa entretanto proferida, para nos centramos apenas nos dados mais relevantes do problema.

Apesar de o artigo 40.º, n.º 3 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais impor que, nas acções administrativas especiais de valor superior ao da alçada (actualmente fixado em € 5.000), o Tribunal funcione em formação de três juízes, a verdade é que, durante larguíssimos anos, esta norma foi praticamente ignorada, tendo mesmo, pode dizer-se, caído inteiramente em *desuso*³. Na verdade, desde a reforma de 2002/2004, a esmagadora maioria das acções administrativas especiais era julgada em primeira instância, *independentemente do valor da causa*, por *juiz singular*, sendo das suas decisões finais interposto *recurso jurisdicional* para o Tribunal Central Administrativo (“TCA”) territorialmente competente. Tais recursos eram preliminarmente admitidos pelo juiz singular que havia proferido a decisão recorrida, seguindo-se a admissão definitiva e consequente apreciação e decisão, pelo Tribunal *ad quem*, desses mesmos meios processuais, sem qualquer imposição de mobilização, em momento prévio, da reclamação para a conferência, estabelecida no artigo 27.º, n.º 2 do CPTA⁴.

Em acréscimo, diga-se que, não só o juiz singular, grande parte das vezes, não invocava qualquer alínea do n.º 1 do artigo 27.º do CPTA para fundamentar o porquê da preterição da formação colectiva como, mesmo quando essa invocação era feita na decisão, daí não se retiravam quaisquer consequências práticas, pois o próprio Tribunal *a quo* pacificamente qualificava as suas decisões como *sentenças* e, em conformidade, admitia, nos termos expostos, os recursos delas interpostos. No fundo, a referência ao artigo 27.º do CPTA, nos casos em que ocorria, representava uma mera tentativa, não conseguida juridicamente, de justificação da

³ Ou, se se preferir, a prática gerou um *costume* no sentido da admissibilidade e obrigatoriedade de recurso jurisdicional de decisões de mérito proferidas em primeira instância, independentemente de a sua autoria ser singular ou colectiva.

⁴ Neste exacto sentido, cf. SOFIA DAVID, “Começado e não acabado, vale por estragado: o que se tentou mudar como o novo ETAF e CPTA”, in *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 513.

intervenção decisória final, isolada, do juiz de primeira instância. Nada mais do que isso. Esta era, repete-se, a *praxis* generalizada no foro, sem que se ouvissem vozes dissonantes e sem que – à excepção de uma ou outra decisão isolada⁵ – os Tribunais Administrativos pusessem em causa esta prática. Bem pelo contrário, aceitavam-na (muito) pacificamente.

Por este motivo, foi com enorme surpresa que a comunidade jurídica em geral foi confrontada com o Acórdão n.º 3/2012 do STA, de 5 de Junho de 2012, através do qual se uniformizou a jurisprudência no sentido de que “*Das decisões do juiz relator sobre o mérito da causa, proferidas sob a invocação dos poderes conferidos do art. 27.º n.º 1 alínea i) do CPTA, cabe reclamação para a conferência, nos termos do n.º 2, não recurso*”⁶. E essa surpresa revelou-se ainda maior quando aquele Supremo Tribunal decidiu que este entendimento seria aplicável, não apenas aos meios de reacção a mobilizar contra sentenças/decisões proferidas por juiz singular *depois* da publicação daquele Acórdão de uniformização, mas também, e desde logo, aos inúmeros recursos jurisdicionais que então se encontravam pendentes e que, portanto, tinham sido interpostos *antes* daquele Acórdão e, sobretudo, num momento em que a fixação de um tal entendimento jurisprudencial não era minimamente expectável.

A consequência, óbvia, do referido Acórdão de uniformização de jurisprudência não se fez esperar: largas dezenas, ou melhor, *centenas* de recursos jurisdicionais que aguardavam decisão em Setembro de 2012 (data da publicação do Acórdão do STA n.º 3/2012) foram sumária e sucessivamente rejeitados, por suposto incumprimento de um ónus processual (a prévia reclamação para a conferência) cuja obrigatoriedade, além de muitíssimo discutível, apenas foi claramente estabelecida pela jurisprudência em momento temporal posterior – nalguns casos, em fase muito ulterior – à interposição do recurso⁷. Para isto muito contribuíram ainda as

⁵ Veja-se, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) de 19 de Outubro de 2010, processo n.º 0542/10, que, com fundamento na inobservância do disposto no artigo 27.º, n.º 2 do CPTA, rejeitou um recurso interposto de uma decisão proferida em primeira instância, por juiz singular. Tratava-se de um caso em que o artigo 27.º, n.º 1 do CPTA tinha sido expressamente invocado pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Castelo Branco, constatando-se, de idêntico modo, na decisão desse órgão jurisdicional, uma menção (expressa) à simplicidade da questão a decidir.

⁶ Proferido no processo n.º 0420/12, disponível em www.dgsi.pt (tal como as demais decisões citadas no texto) e também publicado no *Diário da República*, I Série, n.º 182, em 19 de Setembro de 2012.

⁷ De facto, cumpre assinalar que, entre os recursos que “caíram” sem glória por força do Acórdão n.º 3/2012 do STA, encontravam-se bastantes que haviam sido interpostos de decisões de primeira instância já em 2009 e em 2010, ou seja, tratava-se de recursos que, em condições normais, em Setembro de 2012, já poderiam perfeitamente (e deveriam) ter sido objecto de decisão por parte do TCA competente. A acrescer à violação do direito fundamental à obtenção de uma decisão

surpreendentes *ramificações* deste entendimento que os Tribunais Administrativos não tardaram a desenvolver, exigindo a reclamação para a conferência mesmo em processos para os quais este mecanismo não estava directamente previsto⁸, *ficcionando* a invocação do artigo 27.º do CPTA mesmo quando o juiz singular não fazia apelo a essa norma na sua decisão, nem nada nesta indicasse que a causa era “simples” ou a pretensão “manifestamente infundada”⁹ e, sobretudo, rejeitando a convalidação dos recursos jurisdicionais em reclamações para a conferência quando aqueles tinham sido interpostos no seu prazo próprio, de 30 dias, e não no de 10 dias¹⁰.

Cabe ainda referir que, de modo incoerente com a prática maioritária, alguns processos (muito poucos, é certo) passaram incólumes ao problema em apreço¹¹, tendo, desse modo, surgido situações de desigualdade entre os que se viram

em prazo razoável, com assento no artigo 20.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) e no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os recorrentes foram surpreendidos com uma corrente jurisprudencial que lhes negou totalmente a possibilidade de reapreciação das decisões proferidas, por juiz singular, em primeira instância.

⁸ Como o contencioso pré-contratual, ao qual a tramitação das acções administrativas especiais apenas se aplica com as necessárias adaptações, como resulta da parte final do n.º 1 do artigo 100.º do CPTA, e aqui com a agravante de, por se tratar de um processo urgente, a jurisprudência administrativa ter considerado, sem efectiva base legal, que a reclamação deveria ser apresentada, não no prazo normal de 10 dias, mas antes no prazo de 5 cinco dias, previsto no artigo 102.º, n.º 3, alínea c) do CPTA, para a tramitação, em primeira instância, dos processos de contencioso pré-contratual. Este entendimento foi fixado pelo STA no seu Acórdão n.º 1/2014, de 5 de Dezembro de 2013, proferido no processo n.º 01360/13, publicado no *Diário da República*, I Série, n.º 21, em 30 de Janeiro de 2014.

⁹ Cf., neste sentido, o Acórdão do TCA Sul de 23 de Maio de 2013, proferido no processo n.º 09500/12.

¹⁰ Muito recentemente, foi admitido, pelo STA, um recurso excepcional de revista de acórdão que, conforme se pode ler no sumário da decisão de “*apreciação preliminar sumária*”, “*não admitiu recurso de despacho saneador de juiz em 1.ª instância – em acção administrativa de valor superior à alçada, que julgou excepção e absolveu o réu da instância – por entender que havia lugar, sim, a reclamação*”: cf. o acórdão de 12 de Março de 2015, proferido no processo n.º 059/15. Isto apesar de, em 29 de Janeiro de 2015, em Acórdão proferido no processo n.º 099/14, o STA ter decidido, com um voto de vencido do Conselheiro JOSÉ FRANCISCO FONSECA DA PAZ, que “*da decisão que em sede de despacho saneador, conhece de uma excepção, julgando-a procedente, por se tratar de um despacho do relator, cabe reclamação para a conferência do próprio tribunal de 1.ª instância, no prazo de 10 dias, por aplicação do art. 29.º, n.º 1 do CPTA e não directamente recurso jurisdicional*”. Sustentando que dos “saneadores-sentença” cabe reclamação para a conferência e não recurso jurisdicional, cf. RUI BELFO PEREIRA, “O art. 27.º, n.º 1, alínea i), do CPTA: meio de agilização processual ou foco autónomo de aumento de litígios?” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, Setembro/Outubro de 2013, p. 81.

¹¹ Trata-se de situações em que, depois da publicação do Acórdão do STA n.º 3/2012, o órgão jurisdicional de recurso e o recorrido não suscitaram a questão da suposta preterição de um prévio ónus processual por parte do recorrente, tendo os respectivos recursos, oportunamente admitidos, conhecido decisão de mérito.

privados da possibilidade de reapreciação de uma decisão judicial de primeira instância de que foram destinatários e os que – felizmente – nada sofreram com o caminho trilhado com o Acórdão do STA n.º 3/2012. Igualmente digna de nota crítica é a posição assumida pelo Ministério Público, nos processos em que, não sendo parte, foi chamado a emitir parecer sobre a questão em apreço: nesses casos, bem como nos processos em que surgiu como recorrido, o Ministério Público não hesitou em defender acerrimamente o decisório insito ao aludido Acórdão do STA, bem como os desenvolvimentos jurisprudenciais ulteriores¹².

Ainda que, em nossa opinião, o entendimento em alusão corresponda a uma errada, ilegal e inconstitucional aplicação do artigo 27.º, n.º 2 do CPTA¹³, e não obstante a clamorosa iniquidade dos resultados a que esta tese conduzia (na prática, traduzindo-se numa denegação de justiça para as partes processuais envolvidas e num enorme descrédito para os Tribunais Administrativos perante a comunidade jurídica), a mesma trilhou tranquilamente o seu caminho, praticamente sem sobressaltos¹⁴ – com o aval do Ministério Público, como se viu –, até porque o STA ia entretanto indeferindo os sucessivos recursos de revista através dos quais muitos

¹² A título meramente exemplificativo, atente-se nos pareceres proferidos, em 5 de Dezembro de 2012, no processo n.º 09451/12, e em 31 de Janeiro de 2013, no processo n.º 09658/13, tendo ambos corrido termos no TCA Sul, encontrando-se igualmente disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³ Como melhor desenvolvemos no nosso texto “As reclamações...”, cit., pp. 643 a 652, para onde nos permitimos remeter inteiramente.

¹⁴ Registem-se, além de alguns arestos do TCA Norte (*maxime* o de 3 de Maio de 2013, processo n.º 315/09.2BEMDL), o corajoso voto de vencida da Conselheira MARIA FERNANDA MAÇÃS ao referido Acórdão n.º 1/2014 do STA, infelizmente logo depois abandonado, por razões pragmáticas, nos subsequentes Acórdãos de 18 de Dezembro de 2013, processo n.º 01363/13, de 27 de Março de 2014, processo n.º 062/14, e de 22 de Maio de 2014, processo n.º 01627/13, de que aquela Ilustre Conselheira seria relatora. Note-se que, em voto lavrado no Acórdão proferido em 26 de Junho de 2014, no processo n.º 01831/13, aquela Conselheira viria, no entanto, a rever novamente a sua posição, no sentido que nos parece de aplaudir. Na jurisprudência, merecem ainda uma referência particular os votos de vencida da Desembargadora ANA CELESTE CARVALHO, expressos nos Acórdãos do TCA Sul de 6 de Junho de 2013, processos n.ºs 8998/12 e 9650/13.

Na doutrina, além do nosso texto acima citado, é justo referir as reacções de ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Uma reclamação indesejada, verdadeira armadilha *contra actionem*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97, Janeiro/Fevereiro de 2013, pp. 33 a 36, de CECÍLIA ANACORETA CORREIA, “Efeitos da uniformização de jurisprudência administrativa relativa a condições de validade de actos processuais”, in AA.VV., *AB Instantia – Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano I, n.º 1, Lisboa, Abril de 2013, pp. 281 a 289, de VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 441 e, por fim, de ANA FERNANDA NEVES, “Âmbito de jurisdição e outras alterações ao ETAF”, in *Epública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 2, Junho de 2014, pp. 23 a 29 (www.e-publica.pt), IDEM, “Tribunais administrativos de círculo somente com juiz singular”, in *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos...*, cit., pp. 475 a 498 (aludindo a Autora à adulteração do quadro normativo por uma jurisprudência contrária à boa administração).

interessados tentavam, em desespero de causa, sair da “armadilha”¹⁵ que lhes havia sido inesperadamente colocada, sendo que também o Tribunal Constitucional, das duas vezes em que teve de se debruçar *ex professo* sobre a matéria, decidiu pela não inconstitucionalidade da norma constante do artigo 27.º do CPTA¹⁶.

Por mais chocante que fosse a situação entretanto gerada, a verdade é que, atenta a força do movimento jurisprudencial em referência, parecia quase impossível inverter o panorama descrito¹⁷, senão através de uma alteração da própria lei – e, de resto, na exposição de motivos do projecto de revisão do CPTA sujeita a discussão pública refere-se, sintomaticamente, pretender-se resolver a questão das reclamações para a conferência, que em nada estava a dignificar a justiça administrativa... mas, como a revisão do CPTA, (se e) quando vier a ser aprovada, previsivelmente apenas se aplicará aos processos iniciados após a sua entrada em vigor, nem mesmo a intervenção do legislador poderá já ser decisiva¹⁸. Pelo que, no entender de muitos, esta *causa*, embora inegavelmente justa, parecia, em 11 de Fevereiro deste ano, irremediavelmente perdida.

3. É neste contexto, pois, que surge o Acórdão n.º 124/2015, de 12 de Fevereiro – e a exposição antecedente afigura-se praticamente auto-explicativa da enorme relevância deste aresto: trata-se, como acima dissemos, de uma decisão que, nos seus fundamentos e no seu potencial, pode revelar-se verdadeiramente revolucionária.

Antes de mais, esclareça-se que estava em causa, na situação *sub judice*, a rejeição de um recurso jurisdicional interposto de uma sentença proferida em 5 de Março de 2009 (muito antes, portanto, do Acórdão n.º 3/2012 do STA e antes, até, do Acórdão do STA de 19 de Outubro de 2010, referido na nota 5 *supra*) – sentença esta, claro, proferida por juiz singular e, no caso, com menção expressa ao artigo 27.º, n.º 1, alínea i) do CPTA, embora sem qualquer fundamentação quanto ao *porquê* da adopção dessa faculdade. Ou seja, o Tribunal de primeira instância limitou-se a afirmar que “[*cumpr[ia]*] decidir, ao que nada obsta – *cf.* alínea i) do n.º 1 do artigo 27.º e alínea c) do n.º 1 do artigo 87.º”, sem jamais invocar – e, muito menos,

¹⁵ O feliz adjectivo é de ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Uma reclamação indesejada...”, cit., p. 36.

¹⁶ Cf. Acórdãos n.º 846/13, processo n.º 576/13, de 10 de Dezembro de 2013, e n.º 749/14, processo n.º 388/14, de 11 de Novembro de 2014. Sobre este último aresto, atente-se na entrada n.º 3635 da “informação de jurisprudência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, Janeiro/Fevereiro de 2015, pp. 69 e 70.

¹⁷ Pela nossa parte, sempre acreditámos que o Tribunal Constitucional teria um papel decisivo na resolução deste problema: cf. o nosso “As reclamações...”, cit., p. 661, nota 49 (especificamente quanto à convalidação dos recursos jurisdicionais interpostos em reclamações para a conferência).

¹⁸ Questionando, por referência ao anteprojecto de CPTA oportunamente tornado público, a (im)pertinência da manutenção da solução normativa constante do artigo 27.º, n.º 2 do CPTA, cf. ANTERO PIRES SALVADOR, “Reflexos do CPC na tramitação da nova acção administrativa”, in *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos...*, cit., p. 94.

fundamentar – que “a questão a decidir [era] simples”, nomeadamente “por já ter sido judicialmente apreciada de modo uniforme e reiterado”, ou que “a pretensão [era] manifestamente infundada”. Em suma, a alusão ao artigo 27.º do CPTA no caso concreto surgia, ali como em tantos outros casos, como um mero *pró-forma*, sem qualquer correspondência com a substância da decisão proferida. Na verdade, como bem nota o Tribunal Constitucional, por um lado, no processo em apreço, houve inclusivamente lugar a julgamento e alegações escritas das partes, tendo a sentença desenvolvido uma “fundamentação autónoma que apenas se torna[va] aplicável àquele caso concreto” – o que significava que a questão a decidir não era simples; por outro lado, e além do mais, a acção foi julgada procedente – desse modo comprovando que a pretensão do autor não era “manifestamente infundada”.

Estando impedido, por razões estritamente processuais, de indagar da (in)constitucionalidade da “norma ou interpretação normativa que impõe o prazo de 10 dias para a convalidação do recurso em reclamação para a conferência” e da “interpretação segundo a qual a reclamação para a conferência é exigível mesmo que não tenham sido invocados fundamentadamente na sentença os pressupostos e fundamentos concretos da aplicação do artigo 27.º, n.º 1, alínea i), do CPTA”, o Tribunal Constitucional centrou, pois, a sua atenção unicamente na questão de saber se é ou não conforme à Constituição a interpretação segundo a qual a mera invocação, numa decisão proferida em primeira instância, do artigo 27.º, n.º 1, alínea i) do CPTA impede o recurso jurisdicional directo dessa decisão para o TCA territorialmente competente.

E, sobre isto, o que decidiu, então, o Tribunal Constitucional, neste marcante Acórdão?

4. Em termos sucintos, o Tribunal Constitucional veio afirmar, com força decisória, algo muito simples, mas extraordinariamente importante: que, (i) num momento (2009) em que não era minimamente antecipável o entendimento que, à revelia do posicionamento expressamente manifestado, na prática quotidiana, pelos operadores judiciais, viria a ser fixado pelo STA em 2012 e (ii) perante uma sentença que apenas efectuou uma “mera invocação nominal” do artigo 27.º do CPTA, sem que essa invocação tivesse sido “suficientemente fundamentada” e sem que tivesse qualquer correspondência com o teor da decisão em concreto (que não poderia qualificar-se como “sumária”), (iii) confrontar o recorrente, quatro anos e meio depois da interposição do recurso (i.e., “num momento em que, em condições de normalidade, o recurso já deveria ter sido apreciado e julgado quanto ao mérito”), com uma decisão de rejeição do recurso com fundamento na preterição da reclamação para a conferência violaria os princípios do processo equitativo, da segurança jurídica e da protecção da confiança.

Dito de outro modo, a simples invocação do artigo 27.º do CPTA não pode ter por efeito automático a sujeição da decisão a reclamação obrigatória quando

tal norma é invocada “independentemente da verificação dos pressupostos de prolação de decisão sumária e de suficiente fundamentação”. Com efeito, só verificados estes pressupostos se justifica impor à parte vencida um prazo bem mais curto de reacção, sob pena de contrariedade “ao princípio da funcionalidade e proporcionalidade dos ónus processuais”, cumprindo, a este propósito, ter presente que “os regimes adjetivos deverão mostrar-se funcionalmente adequados aos fins do processo, de modo a não traduzirem imposições sem sentido útil ou razoável”.

Por outro lado, por força da falta de fundamentação da decisão recorrida (no que se refere ao preenchimento dos pressupostos habilitantes para a decisão por juiz singular) e também da “prática jurisprudencial então uniformemente aplicável” – elemento particularmente importante quando “a determinação do meio idóneo de reacção não era inteiramente líquida do ponto de vista jurídico” –, o erro do recorrente (a existir) sempre seria “objectivamente desculpável”. Quer isto dizer que o indeferimento do recurso, baseado na alegada preterição da reclamação, poria em causa o princípio da “previsibilidade do ónus processual”.

Por fim, atendendo ao resultado lógico do indeferimento do recurso e da impossibilidade da sua convalidação em reclamação – que se traduziria, na prática, na perda (definitiva) da possibilidade de o interessado obter uma reapreciação judicial da sua pretensão –, estaríamos perante uma “consequência irremediável e desproporcionada”; ora, como muito bem acentuou o Tribunal Constitucional, “um regime legal ou a interpretação que os tribunais fazem desse regime não pode dificultar de modo excessivamente oneroso a atividade das partes, nem implicar consequências processuais que sejam desproporcionadas à gravidade e relevância da falta ou deficiência que lhes seja imputada”.

Ou seja, e em suma, a conclusão a que chegou o Tribunal Constitucional decorre da conjugação de três factores distintos:

- (i) Em primeiro lugar, a *prevalência da substância sobre a forma*, assinalando-se, de modo muito expressivo, a falta de correspondência da “*invocação nominal*” do artigo 27.º do CPTA com a *essência substantiva* da decisão, que não era sumária nem apresentava qualquer fundamentação (simplicidade da causa, manifesta falta de fundamento da pretensão do autor) para se configurar como um mero “despacho” do relator – e, portanto, também sem justificação material para *reduzir*, precisamente para um terço, o prazo de reacção da parte vencida;
- (ii) Em segundo lugar, a *desculpabilidade objetiva* do erro do recorrente, atendendo à “aparência” de sentença da decisão em causa e àquela que era a *praxis* reiterada e (até então) pacífica no foro;
- (iii) Em terceiro lugar, um juízo de *proporcionalidade*, tendo o Tribunal (e bem) decidido que seria excessivamente gravoso impor ao recorrente uma consequência tão drástica perante uma falha menor e, como se disse, absolutamente desculpável.

5. Pela nossa parte, de um prisma material, não poderíamos estar mais de acordo com o Acórdão sob comentário e congratulamo-nos com a argumentação do Tribunal Constitucional.

Neste sentido, chamaríamos apenas a atenção para um aspecto importante, que é o de o Tribunal Constitucional ter tomado a decisão que tomou mesmo considerando – como já o mesmo Tribunal tinha decidido no seu Acórdão n.º 846/13 – que a exigência de prévia reclamação não era, *de per se*, violadora do direito ao recurso, enquanto expressão do princípio da tutela jurisdicional efectiva (já que “[a] reclamação para a conferência, em si, não prejudica nem preclude a possibilidade de interposição de recurso, que sempre poderá ser dirigido ao tribunal hierarquicamente superior contra a decisão tomada em conferência que tenha confirmado o julgado pelo relator”). Parece-nos, de facto, que as duas afirmações não são incompatíveis.

É que, na verdade, o “problema” nunca foi propriamente o de as partes serem ou não obrigadas a reclamar para a conferência; o verdadeiro e sério *problema* foi a obrigatoriedade da reclamação ter surgido por imposição jurisprudencial, de forma completamente inesperada, com (muito) duvidoso apoio na lei e num momento em que as partes – na impossibilidade, natural, de alterar o passado – já nada poderiam fazer para conformar o seu comportamento face a tal exigência. Era isto que tínhamos em mente quando, já noutro texto, comparávamos a argumentação de que “a reclamação não preclude, antes *acresce* ao recurso” às (implausíveis) justificações que, antes do CPTA¹⁹, se apresentavam para legitimar a “bondade” – inclusive, sob um prisma constitucional – dos recursos hierárquicos necessários. É certo que, quer num caso (recurso hierárquico necessário) quer noutro (reclamação para a conferência), estamos *formalmente* perante um meio adicional de reacção ao dispor do interessado, esgotado o qual pode ele, respectivamente, impugnar o acto em Tribunal ou interpor recurso do acórdão da conferência. Mas, *na prática*, tratava-se (todos os sabiam) de um mero *pró-forma*, destinado apenas a propiciar decisões de rejeição liminar com fundamentos puramente processuais e não de mérito²⁰. E, de resto, sem qualquer surpresa, a experiência do dia-a-dia veio justamente ilustrar a perversidade oculta por detrás da suposta índole garantística subjacente a estes institutos: é que, se os recursos hierárquicos nunca ou quase nunca serviam para aquilo a que se destinavam (permitir à Administração uma reponderação da decisão tomada, antes de o litígio ser sujeito aos Tribunais), uma vez que tais recursos quase nunca eram decididos de forma expressa (obrigando o particular a impugnar um suposto “acto tácito”) ou, quando o eram, tal decisão era invariavelmente negativa, de simples confirmação do acto recorrido,

¹⁹ Hoje menos, apesar da anacrónica previsão do artigo 185.º, n.º 2, *in fine*, do novo Código do Procedimento Administrativo, particularmente infeliz quando conjugada com a desconexa redacção do artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, que aprovou este Código.

²⁰ Cf. o nosso “As reclamações...”, cit., pp. 652 a 654.

também as reclamações para a conferência se têm revelado, no quotidiano, apenas um obstáculo que impede ou adia o recurso, já que, na maior parte das vezes, o colectivo não se debruça efectivamente sobre o mérito da causa, limitando-se a confirmar, sem mais, a decisão proferida pelo juiz singular, dito “relator”. Nos acórdãos proferidos em conferência, constata-se, aliás, muito amiúde, uma simples cópia do decisório constante do despacho/sentença da lavra do juiz “relator”, seguindo-se a aludida aprovação, tudo provando que inexistente, nessa sede, uma efectiva reapreciação judicial. Ou seja, são os próprios Tribunais que, em coerência, acabam por desmentir o proclamado intuito garantístico das reclamações e revelar que a sua exigência *nada* tem que ver com a vantagem, para a paz jurídica, de os litígios serem apreciados por um Tribunal colectivo.

6. A este propósito, é, aliás, sintomático constatar o modo como, não podendo ignorar esta decisão do Tribunal Constitucional, a nossa jurisprudência administrativa já iniciou um caminho em que o resultado poderá traduzir-se num autêntico esvaziamento do seu sentido útil.

Assim, o TCA Sul, em Acórdão de 26 de Fevereiro de 2015, já veio esclarecer que “*não é de chamar à colação o recente acórdão n.º 124/2015 do Tribunal Constitucional [num caso em que] todo o processado relevante (sentença, sua notificação, req. de interposição de recurso e despacho de admissão) é posterior ao acórdão uniformizador de jurisprudência do Pleno do STA – publicado na I Série do Diário da República de 19.09.2012 e, portanto, a opção jurisprudencial já se encontrava suficientemente firmada*”²¹.

Sem querer entrar aqui a comentar também este Acórdão – de resto, tirado num circunstancialismo cujos contornos não são do nosso inteiro conhecimento –, não podemos, no entanto, deixar de notar que, neste caso, estava em causa um recurso interposto *menos de dois meses* após a publicação do Acórdão n.º 3/2012 do STA em *Diário da República*; ora, considerando que, verdadeiramente, só em 2013 – quando começou a assistir-se a uma rejeição massiva de recursos com base naquela jurisprudência uniformizada – é que a comunidade jurídica foi *alertada* para a existência daquela decisão, e considerando ainda que o teor da mesma constituiu uma completa surpresa para os operadores do foro²², afigura-se, no

²¹ Cf. Acórdão proferido no processo n.º 10026/13.

²² Arriscamo-nos a dizer que, até se terem deparado com aquela decisão, a maior parte desses operadores nem sequer tinha conhecimento de qualquer divergência quanto aos meios de reacção aplicáveis contra decisões proferidas em primeira instância, tão *enraizada* que estava a prática, absolutamente reiterada, de interposição de recurso jurisdicional, por um lado, e tão *ignorado* estava o artigo 27.º do CPTA (e, acrescente-se, tão *forçada* era a interpretação do Acórdão de uniformização de jurisprudência), por outro lado. Tudo isto num quadro em que, como se sabe, em Portugal, a generalidade dos mandatários não exerce advocacia especializada, circunstância que, a nosso ver, deve merecer reponderação legislativa, mas que, no panorama actual, não pode deixar de ser tida em conta, no contexto do problema em apreço.

mínimo, exagerado considerar que, em Novembro de 2012, “a opção jurisprudencial já se encontrava suficientemente firmada”.

Acresce que, embora, como refere o TCA Sul, a decisão do Tribunal Constitucional, de julgar violado o princípio da protecção da confiança, tenha efectivamente particular aplicação a todo “um núcleo de casos marcados pela imprevisibilidade da decisão perante a prática jurisprudencial vigente”, não se esgota aí o sentido e alcance do Acórdão n.º 124/2015. Com efeito, muitas das considerações que ali são expendidas podem perfeitamente ser aplicáveis mesmo aos recursos interpostos depois do Acórdão de uniformização de jurisprudência do STA, em especial no que se refere à necessidade de (i) indagar se o erro do recorrente era ou não *objetivamente desculpável* (v.g., por a sentença de primeira instância efectuar uma “*mera invocação nominal*” do artigo 27.º do CPTA mas não ser uma decisão sumária e a “*intervenção do juiz singular como relator não [ter sido] suficientemente fundamentada*”, o que nesta sede, concretamente, não temos forma de saber), e de (ii) efectuar uma interpretação conforme aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da tutela jurisdiccional efectiva.

Por outro lado, já nos deparámos também com decisões de recusa de convalidação dos recursos em reclamações para a conferência, nas quais o Acórdão n.º 124/2015 do Tribunal Constitucional foi expressamente afastado, com o fundamento de que este Acórdão apenas se debruçaria sobre a aplicabilidade (ou não) do artigo 27.º do CPTA, mas não sobre a possibilidade de convalidação quando o recurso foi apresentado para lá do prazo estabelecido para a reclamação. Salvo o devido respeito, também esta argumentação não nos parece procedente. É verdade que da jurisprudência do STA resulta que “[s]ó é possível a convalidação do requerimento de interposição de um recurso em reclamação para a conferência se o requerimento tiver dado entrada dentro do prazo da reclamação”²³. No entanto, e desde logo, não se compreende porque é que a convalidação no processo (contencioso) administrativo há-de obedecer a requisitos mais exigentes do que os fixados para a convalidação no âmbito do processo civil, que se basta com “a compatibilidade do acto realizado pela parte com a sua correcta qualificação, a identidade dos fins do acto original e do acto convalidado e, por fim, o respeito da vontade da parte que praticou o acto”²⁴. Por outro lado, apesar da formulação normativa absolutamente cristalina do artigo 193.º, n.º 3 do Código de Processo Civil (“CPC”), mesmo assentando no pressuposto de que, para efeitos de convalidação, é necessário atender ao requisito “prazo de

²³ Conforme o entendimento fixado pelo STA no seu Acórdão de 26 de Junho de 2014, processo n.º 01831/13.

²⁴ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Convalidação de acto nulo: substituição de interposição de recurso por reclamação para a conferência – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2010, de 20.1.2010, Proc. 103-H/2000.C1.S1”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Janeiro/Março de 2011, p. 38.

interposição”, parece-nos que a observância desta exigência não pode ser apreciada rígida, formal e acriticamente, apenas com uma análise dicotómica sobre se o recurso foi interposto “durante” ou “após” o prazo da reclamação. É que, na apreciação da tempestividade na utilização de um meio processual, deve ter-se em conta, não só o prazo em que esse meio foi efectivamente utilizado, mas também a eventual existência de um erro desculpável por parte do interessado. Como já escrevemos noutra local, o erro sobre a forma de processo ou o meio processual aplicável envolve sempre, necessariamente, um erro quanto ao respectivo prazo de mobilização²⁵. Isto porque, como é evidente, se, num determinado caso, se entende que não era exigível ao interessado saber que o meio a utilizar era a reclamação e não o recurso, não se pode relevar esse erro e, ao mesmo tempo, apenas aproveitar o recurso (o meio incorrectamente utilizado) se o mesmo tiver sido apresentado no prazo, mais curto, da reclamação (o meio alegadamente correcto mas que a parte, desculpavelmente, não configurou como hipótese)²⁶. A não ser assim, o instituto da convoção fica praticamente esvaziado de conteúdo e a sua aplicação é remetida para um número absolutamente residual de casos, desse modo “tirando” com uma mão o que (só aparente e, também aqui, formalmente) se pretendia “dar” com a outra²⁷.

Por conseguinte, crê-se que a jurisprudência administrativa muitas lições terá a extrair, não só da decisão do Tribunal Constitucional, mas também dos respectivos fundamentos, que não devem ser pura e simplesmente ignorados apenas por se estar perante recursos jurisdicionais interpostos após 19 de Setembro de 2012²⁸.

7. O (merecidíssimo) aplauso que temos vindo a dirigir ao Acórdão sob comentário não pode, no entanto, deixar de ver o seu entusiasmo esfriar-se perante a constatação de duas circunstâncias.

²⁵ Cf. o nosso “As reclamações ...”, cit., p. 656, nota 42.

²⁶ Dito de outro modo, ou o erro da parte é desculpável ou não é. Se não é, não há lugar à convoção; mas, se é, então a convoção tem de operar, caso contrário nenhum efeito se retira da “desculpabilidade”, já que, na maior parte dos casos, o erro será tratado de idêntica forma, seja ou não desculpável. Se se aceita que a parte não tinha a obrigação de antever, num determinado caso, que o meio processual próprio seria a reclamação, não faz sentido dizer que se “desculpa” o erro e depois penalizar a parte por ter apresentado o recurso no prazo estabelecido para esse efeito e não no prazo fixado para a utilização de um meio processual que, em concreto, aquela não equacionou como aplicável.

²⁷ Neste sentido, aqui discordamos do que foi decidido pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 749/14.

²⁸ Isto apesar de se reconhecer que existem diferenças, relevantes em matéria de tratamento do problema em apreço, entre os processos cujos meios de reacção foram mobilizados em período anterior à publicação do Acórdão do STA n.º 3/2012 e os que foram accionados posteriormente: cf. o nosso “As reclamações...”, cit., p. 655.

O primeiro motivo de desânimo é o de que estamos apenas perante *uma* decisão, objecto de recurso obrigatório para o plenário, a interpor pelo Ministério Público²⁹, tirada em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, sendo necessário que se verifiquem pelo menos três casos (faltam, portanto, dois) para que o Tribunal Constitucional possa, como se espera, declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da interpretação do artigo 27.º, n.º 1, alínea *i*) e n.º 2 do CPTA que tem vindo a ser feita pelos Tribunais Administrativos³⁰.

O segundo lamento é o de ter sido necessário esperar tanto tempo – e sacrificar, pelo caminho, as expectativas de tantos interessados na obtenção de uma decisão de mérito (favorável ou desfavorável) quanto aos seus recursos – para que viesse (só) agora confirmar-se aquilo que, mesmo intuitivamente, já era sentido pela comunidade jurídica como óbvio: a de que algo de muito injusto e errado se estaria a passar se, num Estado de Direito como o nosso, e num modelo de justiça administrativa tão garantístico como o que se encontra consagrado no CPTA, fosse constitucionalmente admissível uma interpretação que, de uma penada, conduzisse à rejeição liminar de centenas de recursos, com fundamento numa questão formal e, para mais, longe de inequívoca (para dizer o mínimo).

Tudo isto sem esquecer que, não obstante os seus indiscutíveis e importantes méritos, a decisão do Tribunal Constitucional representa, na prática, um mero *paliativo*, impedindo que mais partes sejam prejudicadas pela leitura que a jurisprudência tem feito do artigo 27.º do CPTA; mas isso não deveria levar-nos a esquecer que o principal problema, a raiz de tudo, está justamente aí, a montante, tendo toda esta controvérsia tido origem numa interpretação da lei que, como melhor tivemos oportunidade de desenvolver noutro sítio³¹, está fundamentalmente errada e não tem qualquer correspondência com a letra e (muito menos) com o espírito da norma em causa.

8. Mas, admitindo que – como queremos acreditar que sucederá –, o Tribunal Constitucional acabará por declarar a inconstitucionalidade do artigo 27.º, n.º 1, alínea *i*) e n.º 2 do CPTA (ou a interpretação que dessa disposição tem sido feita) com força obrigatória geral, que consequências resultarão de semelhante decisão?

²⁹ Cf. artigo 79.º-D, n.º 1 da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. Efectivamente, a nosso ver, o Acórdão do Tribunal Constitucional em exame consubstancia uma decisão objecto de recurso obrigatório para o plenário, porquanto entendemos que os pressupostos estabelecidos na aludida disposição da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional se encontram cabalmente preenchidos. Admitimos, contudo, que não se trata de um entendimento consensual.

³⁰ Cf. artigo 281.º, n.º 3 da CRP.

³¹ Cf. o nosso “As reclamações...”, cit., *maxime* pp. 643 a 652.

Numa primeira análise, dir-se-á que não serão muitas, nem particularmente significativas: é que, mesmo que o Tribunal Constitucional não decida, por motivos de “*segurança jurídica, razões de equidade ou [de] interesse público de excepcional relevo*”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade³², a verdade é que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não afecta os casos julgados³³, pelo que, entre as centenas de recursos que já foram definitivamente rejeitados e as (pelo menos) dezenas que ainda conhecerão o mesmo desfecho até à (eventual) decisão do Tribunal Constitucional, afigura-se bastante provável que, quando essa decisão for proferida, já não terá um grande campo de aplicação na realidade concreta. Neste sentido, o Acórdão pelo qual o Tribunal Constitucional venha a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral mais não será, para largas centenas de interessados, do que um mero *consolo moral*, sem qualquer reflexo prático na sua situação jurídica. Constata-se, assim, no presente caso, um exemplo bem ilustrativo da validade da asserção segundo a qual *a justiça tardia não é justiça*.

Mas, se é certo que uma tal decisão – se e quando vier a ser proferida, repete-se – não parece criar o risco de se abrir “uma caixa de Pandora”, com a necessidade de reapreciação de múltiplos processos, deixa todavia a porta aberta para a instauração de acções de responsabilidade *civil* extracontratual contra o Estado Português, para ressarcimento dos danos sofridos em decorrência “*de decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais*”, nos termos do artigo 13.º, n.º 1 do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas³⁴ – já agora, diga-se, com a curiosidade de terem os interessados, para este efeito, de suscitar também e discutir paralelamente a (in)constitucionalidade do requisito estabelecido no n.º 2 da mesma norma legal, que exige que o pedido indemnizatório seja “*fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente*”, o que aqui, por definição, seria impossível³⁵.

³² Como pode fazer ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4 da CRP.

³³ Como resulta do disposto no n.º 3 do mesmo artigo 282.º da CRP, assinalando-se que o artigo 27.º do CPTA não respeita “*a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social*”.

³⁴ Aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

³⁵ No sentido, com o qual concordamos, da inconstitucionalidade material deste requisito, cf. a anotação de LUÍS FÁBRICA, in AA.VV., *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 357 a 362. Esta é apenas uma das múltiplas inconstitucionalidades constatáveis no regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, como seja a que, a nossa ver, se vislumbra no artigo 7.º, n.º 2, quando interpretado no sentido de que pelos danos resultantes da violação de normas no âmbito de procedimentos de formação dos contratos mencionados no artigo 100.º do CPTA, responde exclusivamente a Administração, ainda que os seus servidores tenham actuado com dolo ou negligência grave: cf. TIAGO SERRÃO, *O direito de regresso na responsabilidade administrativa*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 206 e seguintes. Outro exemplo bem elucidativo encontra-se na norma do artigo 15.º, n.º 5

De resto, esta situação (que nos parece ser) de erro judiciário, aliada a outras sobre as quais já noutras ocasiões nos debruçámos, leva-nos aliás a perguntar se não deveria existir no ordenamento jurídico português um mecanismo que permitisse proteger ou compensar as partes em casos de repentino e pontual afastamento da jurisprudência habitual. Note-se: a evolução jurisprudencial é salutar (e, nesse sentido, por exemplo, o artigo 152.º, n.º 3 do CPTA, levado ao extremo, acaba por ser um tributo ao imobilismo); mas, perante discrepâncias – por vezes, radicais e difíceis de explicar – na aplicação do Direito por parte dos Tribunais, questiona-se se não deveria o legislador prever uma solução³⁶ que impedisse que uma dada flutuação jurisprudencial se possa repercutir gravosamente sobre uma determinada parte, objecto de um tratamento isolado e mais desfavorável do que o concedido a outros interessados em circunstâncias semelhantes ou equiparáveis³⁷.

do mesmo regime, onde se determina, enquanto requisito constitutivo da responsabilidade “*fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais*”, a “*prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão do Tribunal Constitucional*”: cf. MIGUEL BETTENCOURT DA CAMARA, *A Acção de Responsabilidade Civil por omissão legislativa e a norma do n.º 5 do art. 15.º da Lei n.º 67/2007*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

³⁶ Já que o recurso de revisão previsto nos artigos 154.º do CPTA e no artigo 696.º do CPC não foram, manifestamente, concebidos para este fim. Todavia, à luz da alínea f) do preceito legal derradeiramente referido, a solução poderá ser diferente, em caso de eventual pronúncia do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em sentido divergente da linha jurisprudencial encetada pelo Acórdão n.º 3/2012 do STA.

³⁷ Temos em mente, particularmente, situações como a que abordámos no estudo (do primeiro dos Autores deste texto) intitulado “O fim da impugnação unitária no contencioso pré-contratual? A propósito do Acórdão do STA de 27.01.2011”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 32, n.º 126, Abril-Junho de 2011, *maxime* pp. 271 e 272: estava aí em causa uma acção de contencioso pré-contratual intentada em 2009 para a impugnação de uma decisão de adjudicação, com base em ilegalidades das peças procedimentais. Durante o período de tempo em que a acção esteve pendente em juízo, o STA por duas vezes (em Acórdãos proferidos em 7 de Abril de 2010 e em 4 de Novembro de 2010, no âmbito de outros processos) confirmou a admissibilidade de impugnação da adjudicação apenas com fundamento em ilegalidades derivadas; porém, ao apreciar o recurso interposto pelo interessado, em 27 de Janeiro de 2011, o STA decidiu, pela primeira vez, que as ilegalidades das peças procedimentais tinham de ter sido suscitadas no prazo de um mês após a respectiva publicitação, não podendo ser invocadas apenas em sede de impugnação da decisão final do procedimento pré-contratual.

A nosso ver, este entendimento encontrava-se seriamente equivocado e, felizmente, viria posteriormente a ser invertido (*vide* a descrição da evolução jurisprudencial subsequente em MARCO CALDEIRA, “Da legitimidade activa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 34, n.º 134, Abril/Junho de 2013, p. 276, nota 4). No entanto, a questão permanece: como fica a posição do interessado que, tendo actuado correctamente à luz da jurisprudência vigente à data da propositura da acção e tendo visto esse entendimento confirmado ao longo do respectivo decurso (por decisões proferidas ao mais alto nível noutros processos), vê a sua pretensão (apenas ela) ser

Esse, porém, seria já assunto para um outro texto, quando o que realmente aqui importa é, reitera-se, enaltecer o Acórdão em anotação, atenta a sua enorme relevância na afirmação de um elemento absolutamente central em qualquer sistema de justiça digno desse nome: a prevalência da substância sobre a forma, o mesmo é dizer, a preponderância da justiça sobre a aparência de justiça, senão mesmo sobre a injustiça.

29 de Março de 2015

objecto de um entendimento inesperado e que se afastava da corrente jurisprudencial largamente dominante... para, pouco tempo depois (mas já após o trânsito em julgado da decisão que indeferiu a sua pretensão), assistir ao STA, a propósito de outros processos factualmente idênticos, a “voltar atrás” e confirmar que, afinal, o seu entendimento era perfeitamente admissível?

RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA



O Tribunal Constitucional em 2014

PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA

SUMÁRIO: I – *Tipos e volume de decisões.* II – *Principais decisões.* III – *Igualdade no acesso à justiça.* IV – *Garantias de processo penal, processo sumário.* V – *Liberdade de aprender e de ensinar e ensino de religião e moral nas escolas públicas.* VI – *Garantias de liberdade religiosa, trabalho por turnos.* VII – *A proposta de referendo sobre adoção relativamente a casais do mesmo sexo.* VIII – *Responsabilidade solidária por contra-ordenação de trabalho.* IX – *Serviços militares e direito de propriedade.* X – *Insolvência e direitos dos credores a um duplo grau de jurisdição.* XI – *Mais uma vez o orçamento.* XII – *“Contribuição de sustentabilidade”.* XIII – *O orçamento dos Açores para 2014.* XIV – *Reduções remuneratórias no setor público.* XV – *Um recurso de um tribunal arbitral.* XVI – *Dois casos de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral.* XVII – *Substituição de uma juíza.*

I

Tipos e volume de decisões

1. Em 2014, o Tribunal Constitucional proferiu os seguintes acórdãos, classificados em razão das diversas competências que a Constituição e a lei lhe conferem:

Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

| | |
|---|-----|
| – Decisões sobre reclamações | 130 |
| – Decisões sobre questões de processo | 496 |
| – Decisões de mérito | 187 |

Fiscalização abstrata

| | |
|---|----|
| – Decisões em fiscalização preventiva | 5 |
| – Decisões em fiscalização sucessiva | 23 |
| – Decisões em fiscalização da inconstitucionalidade por omissão | 0 |

Eleições, referendos e partidos

| | |
|--|----|
| – Decisões em contencioso eleitoral | 11 |
| – Decisões sobre referendos locais | 0 |
| – Decisões sobre partidos e coligações | 7 |
| – Decisões sobre financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais | 9 |
| – Decisões sobre recursos de deliberações de órgãos partidários | 17 |

Outras competências

| | |
|--|---|
| – Decisões sobre declarações de rendimentos e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos | 5 |
|--|---|

2. O Tribunal proferiu, pois, 890 acórdãos, em que avultam os 496 sobre reclamações em fiscalização concreta.

No total, são 19.389 os acórdãos desde a entrada em funcionamento em 1983, dos quais 11.907 em fiscalização concreta.

De notar também a continuada ausência de decisões em fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, por falta de iniciativa dos órgãos com competência para a desencadear (artigo 283.º da Constituição) e por não haver aí fiscalização concreta.

II

Principais decisões

1. Sobre acesso à justiça:
 - Acórdão n.º 69/2014, de 21 de janeiro (insolvência, duplo grau de jurisdição)
 - Acórdão n.º 538/2014, de 9 de junho (igualdade no acesso à justiça, pagamento prévio de taxas em caso de impugnação judicial de decisões sobre apoio judiciário)
2. Sobre garantia de processo penal:
 - Acórdão n.º 174/2014, de 18 de fevereiro (processo sumário em crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável é superior a cinco anos de prisão)
 - Acórdão n.º 482/2014, de 25 de julho (instrução em processo penal)
3. Sobre execução das penas:
 - Acórdão n.º 560/2014, de 15 de julho (execução de penas, saída jurisdicional de recluso, recurso)

4. Sobre liberdade religiosa:
 - Acórdãos n.ºs 544 e 545, de 15 de julho (dia semanal de descanso por razões religiosas, trabalho por turnos)
 - Acórdão n.º 578/2014, de 20 de agosto (ensino de religião e moral nas escolas públicas)

5. Sobre Direito da Família:
 - Acórdão n.º 176/2014, de 19 de fevereiro (referendo sobre coadoção por cônjuges ou unidos de facto do mesmo sexo e sobre a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, casados ou unidos de facto)

6. Sobre direitos dos trabalhadores:
 - Acórdão n.º 173/2014, de 18 de fevereiro (acidentes de trabalho, atualização de pensões)
 - Acórdão n.º 360/2014, de 6 de maio (impugnação de despedimentos)
 - Acórdão n.º 574/2014, de 14 de agosto (reduções remuneratórias no setor público)

7. Sobre direito de propriedade:
 - Acórdão n.º 480/2014, de 25 de junho (servidões militares, indemnização, aplicação da lei no tempo)
 - Acórdão n.º 786/2014, de 12 de novembro (direito de propriedade, enfiteuse)

8. Sobre insolvência:
 - Acórdãos n.ºs 40 e 69/2014, de 9 e 21 de janeiro (insolvência, direitos dos credores)

9. Sobre responsabilidade civil:
 - Acórdão n.º 201/2014, de 3 de março (responsabilidade solidária, por contra-ordenação de trabalho, dos administradores, gerentes ou diretores com a respetiva pessoa coletiva)

10. Sobre partidos políticos:
 - Acórdão n.º 353/2014, de 2 de julho (financiamento dos partidos, grupos parlamentares, competência do Tribunal Constitucional)
 - Acórdão n.º 684/2014, de 15 de outubro (invalidade da deliberação de órgão de partido político)

11. Sobre cargos públicos:
 - Acórdão n.º 483/2014, de 25 de julho (declaração de rendimentos de titulares de cargos públicos, inibição para o seu exercício, competência dos tribunais administrativos)
12. Sobre contribuições financeiras para entidades públicas:
 - Acórdão n.º 42/2014, de 9 de janeiro (orientações administrativas em matéria tributária, benefícios fiscais, recurso de decisão de tribunal arbitral)
 - Acórdão n.º 80/2014, de 22 de janeiro (proteção do ambiente, regime das contribuições financeiras para as entidades públicas)
 - Acórdão n.º 316/2014, de 21 de abril (taxa municipal sobre urbanização)
 - Acórdão n.º 575/2014, de 14 de agosto (contribuição de sustentabilidade)
 - Acórdão n.º 745/2014, de 28 de outubro (descontos para subsistemas de saúde no setor público)
13. Sobre orçamento:
 - Acórdão n.º 55/2014, de 20 de janeiro (orçamento da Região Autónoma dos Açores)
 - Acórdãos n.ºs 413/2014, de 30 de maio e 572/2014, de 30 de julho (orçamento do Estado para 2015)
14. Sobre autonomia das regiões autónomas:
 - Acórdão n.º 55/2014, de 20 de janeiro (orçamento da região autónoma dos Açores)
 - Acórdão n.º 96/2014, de 6 de fevereiro (taxas moderadoras no acesso ao Serviço Nacional de Saúde na Madeira)
 - Acórdão n.º 315/2014, de 1 de abril (poderes sobre os recursos marinhos situados nas zonas marítimas portuguesas adjacentes aos Açores)
 - Acórdão n.º 465/2014, de 17 de junho (deslocações desportivas, poderes da Região Autónoma)
 - Acórdão n.º 467/2014, de 17 de junho (relações financeiras entre o Estado e as Regiões Autónomas)
 - Acórdão n.º 534/2014, de 1 de julho (lei-quadro das fundações, estatuto dos Açores)
15. Sobre fiscalização da constitucionalidade:
 - Acórdão n.º 202/2014, de 3 de março (recurso das decisões de tribunal arbitral)
 - Acórdão n.º 399/2014, de 7 de maio (recurso de decisão de tribunal que aplica norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional)

16. Sobre fiscalização da legalidade:
- Acórdão n.º 315/2014, de 1 de abril
 - Acórdão n.º 534/2014, de 1 de julho

III

Igualdade no acesso à justiça

1. A Constituição não estabelece a gratuidade da justiça, mas prescreve que o acesso a ela não pode ser denegado por insuficiência de meios económicos (artigo 20.º, n.º 1, 2.ª parte). Daí o instituto do apoio judiciário, que já tem tido até agora diferentes configurações, e que reveste diversas modalidades.

Para aliviar os tribunais dos procedimentos mais ou menos complexos de avaliação da situação económica dos impetrantes, compete a decisão, impugnável judicialmente, sobre a sua atribuição a uma entidade administrativa. Mas o Regulamento das Custas Judiciais [artigos 12.º, n.º 1, alínea *a*), e 6.º, n.º 1, 1.ª parte] faz depender a admissibilidade da impugnação do pagamento de uma taxa.

Na sequência de acórdãos anteriores, o Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 538/2014, de 9 de julho¹, declarou inconstitucionais as normas pertinentes desse Regulamento, por violação justamente do artigo 20.º, n.º 1 da Constituição.

2. Como se lê no acórdão, reproduzindo o acórdão n.º 420/2006:

«Apesar de esta taxa ter um baixo valor, não nos podemos esquecer que o regime de apoio judiciário se destina precisamente a pessoas com uma débil situação económica que não lhes permite fazer face aos custos de utilização do sistema de justiça, não sendo possível excluir a hipótese de existirem requerentes que se encontrem numa situação de não poderem dispor daquela quantia para poderem ter acesso a um regime que lhes permita exercer os seus direitos sem constrangimentos económicos. Tenha-se presente que, por exemplo, o valor de referência individual do Rendimento Social de Inserção é de apenas € 189,52.

«Ora, o direito de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, pressupõe, desde logo, que tal acesso não seja dificultado em função da condição económica das pessoas, o que necessariamente sucede quando a lei constringe o particular a acatar a decisão administrativa proferida a propósito dessa mesma condição económica, unicamente porque não tem meios económicos para obter a sua reapreciação judicial.

¹ *Diário da República*, 1.ª série, de 22 de setembro de 2014.

«Na verdade, não é possível condicionar ao pagamento prévio de uma taxa pelo requerente de apoio judiciário, mesmo que de baixo valor, a verificação judicial da sua situação de insuficiência económica para suportar os custos do exercício dos seus direitos, uma vez que essa exigência pode precisamente impedir a finalidade constitucional visada com a criação do sistema de apoio judiciário, ou seja o acesso a esse exercício daqueles que se encontrem numa situação de carência económica.»

IV

Garantias de processo penal, processo sumário

1. No acórdão n.º 174/2014, de 18 de fevereiro², o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 381.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual o processo sumário é aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável é superior a cinco anos de prisão.

Fê-lo, por considerar assim infringir-se o artigo 31.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição, na medida em que neste processo, cuja decisão cabe a um juiz singular, se atingem garantias fundamentais de defesa dos arguidos.

2. Lê-se no acórdão (n.º 9):

«Como o Tribunal Constitucional tem reconhecido, o julgamento através do tribunal singular oferece ao arguido menores garantias do que um julgamento em tribunal coletivo, porque aumenta a margem de erro na apreciação dos factos e a possibilidade de uma decisão menos justa (...). É, desde logo, a maior abertura que a intervenção de órgão colegial naturalmente propicia à ponderação e discussão de aspetos jurídicos e de análise da prova que permite potenciar uma maior qualidade de decisão por confronto com aquelas outras situações em que haja lugar ao julgamento por juiz singular.

«Daí que a opção legislativa pelo julgamento sumário deva ficar sempre limitada pelo poder condenatório do juiz definido em função de um critério quantitativo da pena aplicar, só assim se aceitando – como a jurisprudência constitucional tem também sublinhado – que não possa falar-se, nesse caso, numa restrição intolerável às garantias de defesa do arguido.

«Acresce que a prova direta do crime em consequência da ocorrência de flagrante delito, ainda que facilite a demonstração dos factos juridicamente rele-

² *Diário da República*, 1.ª série, de 13 de março de 2014.

vantes para a existência do crime e a punibilidade do arguido, poderá não afastar a complexidade factual relativamente a aspetos que relevam para a determinação e medida da pena ou a sua atenuação especial, mormente quando respeitem à personalidade do agente, à motivação do crime e a circunstâncias anteriores ou posteriores ao facto que possam diminuir de forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente.

«E estando em causa uma forma de criminalidade grave a que possa corresponder a mais elevada moldura penal, nada justifica que a situação de flagrante delito possa implicar, por si, um agravamento do estatuto processual do arguido com a conseqüente limitação dos direitos de defesa e a sujeição a uma forma de processo que envolva menores garantias de uma decisão justa.

«Como se deixou entrever, o princípio da celeridade processual não é um valor absoluto e carece de ser compatibilizado com as garantias de defesa do arguido. À luz do princípio consignado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, não tem qualquer cabimento afirmar que o processo sumário, menos solene e garantístico, possa ser aplicado a todos os arguidos detidos em flagrante delito independentemente da medida da pena aplicável.

«Não subsiste motivo para que, em caso de flagrante delito, o recurso ao processo sumário se não mantenha dentro do limite abstrato máximo de competência do juiz singular quando intervenha em processo comum. Ainda que não haja obstáculo a que o âmbito de aplicação do processo sumário se estenda aos casos em que a pena a aplicar em concreto não deva ultrapassar os cinco anos por via do funcionamento de um mecanismo equivalente ao previsto no artigo 16.º, n.º 3, do CPP, que o Tribunal considerou já não ser inconstitucional (acórdão n.º 296/90).

«O legislador estabeleceu a repartição de competência entre o tribunal singular e o tribunal coletivo em processo comum em função da gravidade do crime imputado, não apenas por referência à tipologia do crime, mas também ao desvalor do resultado e à gravidade da moldura penal prevista – artigos 14.º e 16.º do Código de Processo Penal (...).»

V

Liberdade de aprender e de ensinar e ensino de religião e moral nas escolas públicas

1. A Constituição garante a liberdade de aprender e de ensinar e a não confessionalidade do ensino público (artigo 43.º, n.ºs 1 e 2).

A primeira compreende, designadamente:

- O direito dos pais de educação dos filhos [artigos 36.º, n.º 5 e 67.º, n.º 2, alínea d)], com a correlativa prioridade do direito de escolherem o género de educação a dar-lhes (artigo 26.º, n.º 3 da Declaração Universal);
- A liberdade de ensino de qualquer religião praticada no âmbito da respectiva confissão (artigo 41.º, n.º 5, 1.ª parte) – a qual não se reduz a liberdade de ensino nos templos e locais de culto, antes significa ensino no interior da comunidade de crentes, abrangendo, por conseguinte, quer o ensino em escolas criadas para formação de ministros de culto, quer o ensino em quaisquer outras escolas.

Por seu lado, a não confessionalidade do ensino público significa que o ensino público se não identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia. Não significa que as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público; ela é positiva, não negativa e excludente. Tal a jurisprudência firmada desde o acórdão n.º 423/87, de 27 de outubro³.

O que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado. Não é – sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura – evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, também por esta via o pluralismo não entrasse nas escolas; que numa Constituição que o promove no sector público da comunicação social o não viabilizasse nas escolas públicas; ou que o direito dos pais de educação dos filhos não compreendesse o de escolherem para eles aulas de religião e moral.

Há, contudo, requisitos que devem ser observados relativamente ao ensino de religião nas escolas públicas, entre as quais:

- 1) Necessidade de declaração dos pais (ou dos alunos a partir de 16 anos), de que o querem ter, e não qualquer tipo de abstenção ou passividade.
- 2) Igualdade de todas as confissões, assegurando-se o acesso de todos às escolas públicas, segundo as modalidades que com elas sejam ajustadas.
- 3) Assunção do ensino pelas confissões (artigo 41.º, n.º 5), com docentes por elas indicados, sob a sua responsabilidade e com programas por elas definidos⁴.

³ *Diário da República*, 1.ª série, de 26 de novembro de 1986.

⁴ Seguimos aqui a nossa anotação em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 936.

2. Ora, na Madeira, a Assembleia Legislativa Regional aprovou um decreto, cuja artigo 9.º, n.º 1 determinava que os encarregados de educação que pretendessem que os seus educandos não frequentassem atividades educativas de natureza moral e religiosa *tinham que manifestar essa vontade negativa*; e o Representante da República requereu a apreciação do Tribunal Constitucional, por o preceito estar afetado de inconstitucionalidade material e orgânica.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 578/2014, de 28 de agosto⁵, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral – e (repare-se, ao contrário do que tem feito noutras ocasiões, considerou os dois tipos de vícios alegados.

Nem podia ser outra a conclusão.

3. Como o Tribunal Constitucional havia assentado no já referido acórdão n.º 423/87, de 27 de outubro (IX, n.º 3):

«Ora, toda a liberdade de não fazer – no caso em presença, a liberdade negativa de religião – é violada quando se exige e impõe um acto, um *facere* (a manifestação de uma declaração de vontade) como condição indispensável e necessária à sua usufruição. O exercício dos direitos (direito à religião) poderá eventualmente estar dependente da prática de qualquer acto (requerimento, declaração, etc.), mas não já o exercício das liberdades, de uma liberdade de não fazer, que consiste justamente em não agir, sendo assim, quanto a estas, de todo inaceitável qualquer exigência material que condicione a sua prática e exercício.

«Na maioria das situações, os que produzem tal declaração agirão, por certo, contrafeitos, mas a tal moralmente coagidos pela ameaça da concretização de um evento – o ensino da religião e moral católicas – que envolveria ou poderia envolver violentação das suas convicções ou opções religiosas.

«Tudo isto traduz colisão com o já afirmado princípio da liberdade religiosa, em cujas vertentes específicas se inscreve o direito de escolher livremente a confissão que se pretende professar ou em recusar qualquer confissão e o direito de guardar reserva pessoal sobre tal escolha, mantendo-a indevassável no foro íntimo.»

E como reiterou agora:

«De facto, enquanto liberdade negativa, a liberdade religiosa consiste fundamentalmente numa liberdade de “não-fazer”: ninguém é obrigado a ter ou a professar uma religião, e, conseqüentemente, ninguém é obrigado a usufruir de ensino religioso. O gozo destas liberdades faz-se, precisamente, “não agindo”, o que significa que, nesta dimensão, a liberdade religiosa é tendencialmente avessa a qualquer tipo de intervenção normativa. Ao modelar o acesso ao ensino religioso na escola pública através da exigência de uma declaração negativa, o legislador

⁵ *Diário da República*, 1.ª série, de 15 de setembro de 2014.

regional introduz no ordenamento jurídico o *direito de recusar o ensino religioso*, porquanto, ao nada ser dito, tal ensino converte-se numa disciplina de frequência *obrigatória*. Ou seja, passa a reclamar-se do indivíduo um comportamento positivo para que possa continuar a fruir de uma liberdade negativa, algo que constitui, *per se*, uma violação do preceito constitucional que proscreve qualquer atuação estadual de orientação ou interferência naquele reduto individual de “não-exercício” em que se traduz a liberdade religiosa.»

VI

Garantias de liberdade religiosa, trabalho por turnos

1. O artigo 14.º, n.º 1, alíneas *a*) e *c*) da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho (lei de liberdade religiosa) atribui aos trabalhadores em regime de contrato de trabalho o direito de, a seu pedido, suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que sejam prescritos pela confissão quando trabalhem em regime de flexibilidade de horários e quando haja compensação integral do respetivo período de trabalho.

Uma trabalhadora em regime de turnos recusou-se, invocando a sua confissão religiosa, a trabalhar a partir do pôr do sol de sexta-feira, quando o seu turno se iniciava, e a prestar trabalho suplementar ao sábado, pelo que foi despedida. Tendo recorrido judicialmente, nem a 1.ª instância, nem o Tribunal da Relação lhe deram razão, por não considerarem verificados os requisitos daquele artigo 14.º da Lei n.º 16/2001.

Por isso, acabaria por interpor recurso para o Tribunal Constitucional por ser essa norma contrária aos princípios da proporcionalidade e da igualdade.

O Tribunal, pelo acórdão n.º 544/2014, de 15 de julho⁶, interpretou as normas em causa no sentido de incluírem também o trabalho prestado em regime de turnos e, por conseguinte, concedeu provimento ao recurso.

2. Trata-se de um longo acórdão, em que a relatora mostra um minucioso conhecimento quer da jurisprudência nacional e europeia, quer das implicações de liberdade religiosa na doutrina da relação de trabalho (sem, no entanto, invocar a vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias).

Vale a pena transcrever os passos conclusivos (n.º 8):

«A partir do momento em que se entende que o direito à liberdade religiosa do trabalhador não se mostra confinado à sua dimensão interna e que a proteção

⁶ *Diário da República*, 2.ª série, de 23 de setembro de 2014.

constitucional é mais ampla do que a mera garantia contra tratamentos discriminatórios, a ponderação *in casu* da estrita configuração do exercício daquela faculdade contida no direito de liberdade religiosa do trabalhador em face dos outros direitos e interesses constitucionalmente relevantes revela-se desconforme com o programa constitucional de proteção da liberdade de religião.

«Desde logo, o juízo de ponderação feito pelo Tribunal recorrido entre os direitos e interesses em presença – previstos, respetivamente, nos artigos 41.º e 61.º (e 80.º, alínea c)) da Constituição – aponta para a prevalência do direito de livre iniciativa económica (e da liberdade de organização empresarial) sobre o direito de liberdade religiosa, com o claro sacrifício desta, sem que se vislumbre de que modo possa ser afetada a organização empresarial do tempo de trabalho e a liberdade do empregador sempre e em qualquer caso em que essa organização não tenha contemplado a possibilidade de os trabalhadores terem um horário variável na entrada e saída. Depois, sendo esta a interpretação conferida ao requisito da flexibilidade de horário, conclui-se que só nestas circunstâncias possa ser exercida a liberdade religiosa do trabalhador nos termos do artigo 14.º da Lei da Liberdade Religiosa, o que reduz o universo dos trabalhadores abrangidos a uma ínfima parte do universo dos trabalhadores subordinados a um horário de trabalho (sendo este um elemento determinante da própria relação laboral subordinada). (...)

«Assim interpretados os requisitos previstos nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 14.º da Lei da Liberdade Religiosa revelam-se de limitadíssima aplicação, abrangendo apenas as situações em que o trabalhador exerce a sua atividade numa organização em que haja sido estabelecido um regime flexível para o horário de trabalho (isto é, com variação na hora de entrada e de saída) por razões estritamente gestionárias, de acordo com os direitos e interesses (desta forma entendidos como prevaletentes) da entidade empregadora.

(...)

«Ora, a proteção constitucional do direito à liberdade religiosa procura realizar-se na possibilidade real – e não apenas virtual – de o exercício desse direito ter lugar também perante entidades empregadoras (aqui se incluindo o Estado, na posição de Estado empregador e as entidades privadas), não podendo ignorar-se que desse exercício possa resultar a colisão com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos – como é o caso. A ponderação do legislador na criação das condições para a realização do direito de liberdade religiosa em face desses outros direitos não poderá contudo consubstanciar a prevalência destes nas situações de possível conflito que daquela resultem. Isto, sem que observe o princípio da proporcionalidade nas restrições que se entendam necessárias e justificadas ao direito de liberdade religiosa dos trabalhadores para a realização desses outros direitos, aqui traduzidos na liberdade de iniciativa económica privada.

(...)

«É que uma interpretação da lei consentânea com a Constituição – que protege, nos termos expostos, a liberdade religiosa dos indivíduos – não pode deixar de considerar incluídas no conceito de flexibilidade de horário (salvaguardada a possibilidade de compensação do trabalho não prestado em certo período) todas as situações em que seja possível compatibilizar a duração do trabalho com a dispensa do trabalhador para fins religiosos, operando-se, assim, a acomodação dos direitos fundamentais do trabalhador.

«Nesta abertura da leitura da norma legal em causa, em linha com a ampla proteção conferida pelo legislador constitucional ao direito de liberdade religiosa, não pode deixar de se compreender a organização do trabalho em turnos, que, pela sua configuração rotativa e variável designadamente quanto à afetação de trabalhadores a cada turno, possibilitaria, *in casu*, a acomodação das práticas religiosas dos trabalhadores para efeitos da dispensa do trabalho em certos períodos ou dias ditados pelas crenças professadas, sem prejuízo da compensação devida (por via da prestação efetiva do trabalho). (...)

«Outros regimes poder-se-iam considerar abrangidos por aquela previsão legal, designadamente, os regimes de horários desfasados, de tempo parcial, de jornada contínua ou de isenção de horário, previstos no Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de agosto, para a Administração Pública, ou, no âmbito das relações jurídico-laborais privadas, o trabalho a tempo parcial para os trabalhadores com responsabilidades familiares (artigo 55.º, do Código do Trabalho) ou o regime de isenção de horário previsto no artigo 218.º (também do Código do Trabalho), não se esgotando nestes exemplos.

(...)

«Assim, porque não seria constitucionalmente admissível a interpretação normativa conferida às alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 14.º da Lei da Liberdade Religiosa, ao consubstanciar uma compressão desproporcionada da liberdade de religião consagrada no artigo 41.º da Constituição da República Portuguesa, justifica-se proferir uma decisão interpretativa, ao abrigo do disposto no artigo 80.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, devendo o Tribunal recorrido adotar a interpretação que se julgou conforme à Constituição e, assim, reformular em conformidade a solução encontrada para o caso concreto ali em julgamento nos termos da legislação aplicável.»

3. Foi, no fundo, não tanto uma decisão interpretativa quanto de uma decisão aditiva que o Tribunal adotou.

VII

A proposta de referendo sobre adoção relativamente a casais do mesmo sexo

1. A Assembleia da República pela Resolução n.º 6-A/2014, de 20 de janeiro, propôs ao Presidente da República a realização de um referendo em que os cidadãos eleitores recenseados no território nacional fossem chamados a pronunciar-se sobre a possibilidade de adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e sobre a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo ou unidos de facto.

Nos termos dos artigos 115.º e 223.º, n.º 2 da Constituição e da Lei Orgânica do Regime do Referendo, o Presidente da República submeteu ao Tribunal Constitucional a proposta para efeito de fiscalização preventiva (obrigatória, por, no sistema português, se pretender uma apreciação de constitucionalidade e de legalidade antes da realização de qualquer referendo, de modo a evitar factos consumados políticos decorrentes da votação popular).

Pelo acórdão n.º 176/2014, de 19 de fevereiro, o Tribunal, considerando não verificados os requisitos exigidos pelos artigos 115.º, n.ºs 6 e 12, e 223.º, n.º 1, alínea f) e pelos artigos 7.º, n.º 2 e 37.º, n.º 3 da Lei Orgânica do Regime do Referendo, pronunciou-se pela inconstitucionalidade e pela ilegalidade da proposta.

2. O acórdão começa por traçar uma breve síntese histórica do instituto da adoção no Direito português, das uniões de facto e dos casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, para, de seguida, se ocupar, mais largamente, dos requisitos formais e materiais do referendo.

No respeitante à primeira pergunta, estava em causa um procedimento legislativo parlamentar e seria de colocar a questão de saber se poderia referendar-se matéria dele objeto. No tocante à segunda pergunta, o problema consistia em saber se tal seria possível quanto a matéria constante de iniciativas legislativas já rejeitadas pelo Parlamento. O Tribunal aceitou uma e outra pergunta.

No concernente à primeira pergunta, seguindo o acórdão n.º 288/98, o Tribunal considerou que não constitui óbice à sujeição a referendo a circunstância da questão a referendar ter sido suscitada por ato legislativo em processo de apreciação, mesmo quando o projeto de lei tivesse sido aprovado na generalidade. O aparente conflito entre a legitimidade representativa e a democracia participativa resultante de uma resposta negativa à pergunta referendária já aprovada na generalidade, com a consequente desautorização do parlamento, não existia porque como dizem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, «*um juízo definitivo sobre o texto legislativo só se verifica com a votação final global*».

Quanto à segunda pergunta, acesso ao referendo por parte dos deputados e grupos parlamentares, do Governo ou dos cidadãos incide sobre “questões de relevante interesse nacional”, independentemente de as mesmas estarem pendentes de apreciação na Assembleia da República ou no Governo. Não tendo por finalidade aprovar ou rejeitar normas jurídicas, «*o referendo opera normalmente à margem do processo de criação, modificação e derrogação das leis – por outras palavras, à margem do processo legislativo –, atuando num momento anterior à decisão legislativa*» (citando agora Maria Benedita Urbano). Nem a inexistência de procedimento legislativo era obstáculo à concretização dos efeitos jurídicos inerentes ao referendo.

3. Mais graves implicações levantava a regra constitucional e legal segundo a qual o modelo referendário consagrado na Constituição impõe que «*cada referendo recairá sobre uma só matéria*» (cfr. n.º 6 do artigo 115.º da Constituição, reproduzido no artigo 6.º da Lei Orgânica).

«Nesta norma consagra-se – afirma o Tribunal (n.º 13) – o *princípio da homogeneidade e unidade* da matéria a referendar, uma condição indispensável para assegurar a genuinidade democrática do referendo. O objeto da decisão referendária, especificado através da formulação de perguntas, tem que possibilitar aos cidadãos uma escolha livre e esclarecida, sem quaisquer constrangimentos que afetem a sua capacidade de decisão. A melhor forma de impedir manobras persuasivas indutoras de votações em determinado sentido e de assegurar que os cidadãos fiquem em condição de perceber as perguntas e de se decidir conscientemente pelo sim ou pelo não consiste em não misturar no mesmo referendo matérias sem qualquer relação entre si.

Por outro lado (n.º 14), «do *princípio da bipolaridade ou dilematicidade* da pergunta referendária, imposto no n.º 6 do artigo 115.º da Constituição, resulta que os quesitos referendários, quando convertidos em perguntas, para serem corretamente formulados, só podem ter como respostas *sim* ou *não*.

«As perguntas referendárias assentam numa lógica «*que é necessariamente dilemática, bipolar, ou binária, ou seja: que pressupõe uma definição maioritariamente unívoca da vontade popular, num ou noutro dos sentidos possíveis de resposta à questão cuja resolução é devolvida diretamente aos cidadãos*» (Acórdãos n.º 360/91, n.º 288/98, n.º 704/2004 e n.º 617/2006). (...)

«Ora, no caso *sub judice*, está demonstrada a verificação deste requisito, nas duas dimensões que ele comporta: (i) cada um dos quesitos referendários está formulado em termos que permitem aos cidadãos terem a consciência de que estão a fazer uma *escolha* com base numa clara alternativa (*dilematicidade*); (ii) e também cada um deles está formulado em termos binários, de forma a possibilitar uma resposta positiva ou negativa (*bipolaridade*).»

Tão pouco seria pela construção sintática e lexical de cada uma das perguntas referendárias que o referendo estava em desconformidade com o *princípio da inteligibilidade ou compreensibilidade e clareza*. As expressões, que compõem as respetivas orações, não estão desfasadas do significado que lhes é dado pelo uso corrente e, por isso, não há o perigo de que a vontade dos cidadãos possa ser falseada pela errónea representação dos enunciados das perguntas (n.º 15.1).

Todavia (15.2), atendendo a que o referendo tinha duas perguntas simultâneas, a aferição da conformidade com o disposto no artigo 115.º, n.º 6, implicava também que se ajuizasse se essas normas eram respeitadas *pela articulação entre si* das duas questões em causa e pela *conjugação das respostas* que lhe poderiam ser dadas.

«(...) o tema genérico do referendo consiste no acesso à parentalidade, através da adoção, por casais do mesmo sexo, matéria sobre a qual, por razões culturais, civilizacionais, sociológicas, éticas e científicas, não existe consenso, estando apenas admitida na lei a adoção por casais de sexo diferente. A consulta referendária visa obter dos cidadãos uma opinião sobre a admissão ou negação da adoção de menores por parte dessas comunidades familiares. Se qualquer das respostas às perguntas formuladas for afirmativa, com efeito vinculativo, pela primeira vez na ordem jurídica portuguesa passa a ser reconhecida a existência de duas paternidades e de duas maternidades, alterando-se o atual paradigma da “parentalidade”.

(...)

«As perguntas referendárias estão pensadas e formuladas verbalmente tendo em vista o «direito à adoção» por casais do mesmo sexo. Mas o valor pressuposto em cada um dos quesitos distingue-se em função da situação parental e familiar em que o adotando se pode encontrar no momento da adoção: enquanto na situação a que se refere a primeira pergunta a criança já vive numa família homoparental, na segunda não. (...)

«Enquanto, no caso da primeira pergunta (n.º 15.4), por variadas razões, a criança já terá entretecido relações familiares com o cônjuge ou unido de facto do seu pai ou mãe, caso em que se poderá discutir se a adoção salvaguarda o interesse superior da criança, na questão colocada na segunda, a criança não é filha de nenhum dos membros do casal, nem pré-existe uma situação de *convivência de facto* que possa vir a ser reconhecida como juridicamente relevante. Trata-se apenas de uma adoção conjunta, simultânea, *ex nihilo* de uma criança que não é filha de nenhum dos membros do casal.

«Perante tal diferença, pode aceitar-se que os interesses do adotando assumam relevância jurídica diferente. A existência de um caso real já consumado, com a integração da criança numa união familiar de pessoas do mesmo sexo, conjugal ou de facto, pode ter diferente valoração relativamente às situações em que nunca existiu uma tal vivência. Desde logo, o «direito a constituir família» reveste

contornos diferentes, uma vez que nem a Constituição nem a Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhecem «um direito a adotar» como decorrência do direito a constituir família (Acórdãos n.ºs 320/00 e 551/03). Depois, a proteção do superior interesse da criança não reveste aqui a mesma configuração que na primeira questão. Na primeira questão, pode valorar-se primacialmente o *interesse da criança* em estabelecer relações jurídicas com um dos seus cuidadores, enquanto que na segunda estão em causa primacialmente os *interesses de casais do mesmo sexo* em poder aceder à possibilidade de adotar crianças. Nesta, sendo também convocável, em abstrato, o interesse superior da criança, esse interesse não reveste aqui os mesmos contornos que na primeira. Com efeito, na segunda questão, ele traduzir-se-á, em geral, no interesse em ser adotado por quem lhe proporcione as condições adequadas para o seu desenvolvimento são e integração familiar, não relevando de uma ligação a um núcleo familiar prévio.

(..)

«Ora são estas diferentes valorações, inerentes a uma e outra questão, que podem gerar ambiguidade (15.5). Pelo facto de estarem feitas em conjunto, pode o eleitorado julgar que se trata, nas duas, apenas e tão só de reconhecer as pretensões dos casais de pessoas do mesmo sexo em adotar, esquecendo que, no primeiro caso, para além dessa pretensão estão ainda outros interesses, como o interesse da criança e uma relação familiar pré-existente. De facto, a resposta dada à segunda pergunta pode “contaminar” a resposta dada à primeira, ou vice-versa, de tal forma que, se feitas separadamente, as questões poderiam obter respostas diferentes, porque o eleitorado teria presente que as valorações inerentes a ambas seriam também diferentes.

A conjugação destes quesitos num só referendo, pela diversidade de valorações que devem concorrer para uma resposta a dar a um e a outro é de molde a pôr em causa o respeito pela necessidade de precisão das questões. (...) E assim é porque a conjugação das duas perguntas pode levar à possibilidade de que a resposta a uma “arraste” a resposta a outra, podendo fazer com que o eleitor não proceda a ponderações autónomas no que respeita às diferentes valorações em jogo no que toca a cada uma delas, e, assim, induzir a respostas viciadas à partida.»

4. Ocupa-se, por último, o acórdão (n.º 16) do universo referendário:

«A proposta de referendo prevê apenas a participação dos «*cidadãos eleitores recenseados no território nacional*», colocando-se, portanto, a pergunta sobre se um referendo com este objeto poderá restringir desta forma o universo eleitoral.»

Mas, «o dilema colocado pelas perguntas referendárias, que interpela os eleitores quanto a uma solução inexistente na ordem jurídica portuguesa, é um assunto que também interessa aos portugueses e comunidades portuguesas residentes no estrangeiro, a vários títulos, designadamente, porque podem estar interessados em

adotar menores no seu país, porque pode haver menores residentes em Portugal com pai(s) adotivos residentes no estrangeiro ou menores residentes no estrangeiro com pai(s) residentes em Portugal, cujas relações estão sujeitas à *lei pessoal* do adotante (n.º 3 do artigo 60.º).»

VIII

Responsabilidade solidária por contra-ordenação de trabalho

1. O Ministério Público recorreu para o Tribunal Constitucional do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, que havia recusado aplicar, com fundamento em violação do artigo 30.º, n.º 3 da Constituição, a norma do artigo 559.º, n.º 3 do Código do Trabalho (de 2009).

Esta norma consigna a possibilidade de transmissão de responsabilidade contra-ordenacional de sociedades aos seus gerentes, o que, equiparando a responsabilidade contra-ordenacional à responsabilidade penal, equivaleria à punição dos administradores, gerentes ou diretores em termos de responsabilidade objetiva, ou seja, sem necessidade de verificação da imputação supletiva a título de culpa.

Mas o Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 201/2014, de 3 de março⁷, não julgou a norma inconstitucional.

2. O grande interesse do acórdão está, sobretudo, na resenha a que procede da relevância dos princípios constitucionais do Direito penal no domínio das contra-ordenações e do ilícito de mera ordenação social, apesar de nele se dizer (n.º 8) não existir até agora uma reflexão na jurisprudência do Tribunal sobre a matéria, em larga medida por as pertinentes questões terem surgido em fiscalização concreta.

Assim, quanto aos princípios da legalidade e da tipicidade (n.º 9), retira-se que «embora tais princípios não valham “com o mesmo rigor” ou “com o mesmo grau de exigência” para o ilícito de mera ordenação social, eles valem “na sua ideia essencial”; (ii) aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito; (iii) assim, a Constituição impõe “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito.»

⁷ *Diário da República*, 2.ª série, de 7 de abril de 2014.

Quanto ao princípio da culpa, que ele «se impõe também como limite à liberdade de conformação do legislador do ilícito contraordenacional, ainda que a margem dessa liberdade seja maior relativamente àquela de que este dispõe na configuração do ilícito penal, designadamente no que se refere à definição do que o legislador pode assumir e o que deve ser deixado ao juiz na determinação concreta da sanção.

«No que se refere ao princípio de *non bis in idem*, o Tribunal, no acórdão n.º 263/94, considerou “[ser] evidente que a problemática do princípio de *non bis in idem* se põe relativamente a cada direito sancionatório, sendo certo que só no plano do direito criminal o princípio tem expressa consagração constitucional. Poder-se-á sustentar, é claro, que o princípio é aplicável também por analogia nos outros direitos sancionatórios públicos, no âmbito interno respetivo”.

«De acordo com esse *dictum*, em virtude da referida evidência, haveria uma lacuna no texto da Constituição cuja integração se operaria por recurso à analogia.»

Quanto ao princípio da aplicação retroativa da lei penal de conteúdo mais favorável embora ele «não valha “com o mesmo rigor” ou “com o mesmo grau de exigência” para o ilícito de mera ordenação social, ele vale “na sua ideia essencial”, ainda que se não tenha ainda desenvolvido um critério que permita densificar o conteúdo do conceito de “ideia essencial” desse princípio.»

Quanto ao princípio da proibição dos efeitos automáticos das penas «nem mesmo a violação de bens jurídicos dignos de tutela penal consente que à sanção penal possam ser associados efeitos automáticos que se traduzam na perda de direitos, então, por maioria de razão, tal proibição há de valer relativamente à violação de bens jurídicos menos relevantes.»

Por último, no respeitante ao princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal, «o Tribunal Constitucional não tomou ainda uma posição definitiva sobre a sua valência no domínio contraordenacional.»

E é para esta questão que se volta, de seguida, o texto.

3. Para lhe responder, o acórdão considerou ser determinante saber se o artigo 30.º, n.º 3 da Constituição corresponderia a uma regra ou a um princípio (n.º 10).

«Se se partisse antes do entendimento segundo o qual o preceito constitucional contém uma regra, a resposta à questão de saber se a sua previsão normativa abrange ainda o domínio contraordenacional ou este dela está excluída seria decididamente neste último sentido. Desde logo, nos termos do texto do preceito constitucional apenas é expressamente proibida a transmissão da «responsabilidade penal». A isso acresce que nenhum cânone interpretativo permite que se chegue a um resultado interpretativo que estenda a proibição nela contida a uma responsabilidade de outra natureza (...), sendo de difícil superação o argumento segundo o qual, se a Constituição quisesse estabelecer uma proibição de transmissão da

sanção além do domínio penal, então não teria confinado a proibição à responsabilidade penal.

«Simplesmente, o artigo 30.º, n.º 3 da Constituição não contém uma regra, mas antes um princípio.

«Qualquer outro entendimento – que, partindo da sua qualificação como regra, se determinasse pela exclusão do domínio contraordenacional do seu âmbito de aplicação – estaria em contradição com o sistema normativo da Constituição no que se refere à extensão ao domínio contraordenacional dos princípios constitucionais com relevo em matéria penal, tal como desenvolvida, ainda que de forma fragmentária, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

«Do princípio da unidade da Constituição decorre que a resolução da questão de constitucionalidade com a qual o Tribunal Constitucional é confrontado não fique dependente de uma leitura *isolada* de um determinado preceito constitucional – *in casu*, o artigo 30.º, n.º 3 –, antes se impondo uma interpretação integrada da Constituição enquanto sistema normativo unitário.

«Uma das características dos princípios é a sua capacidade de acomodação ou de adaptação face a outros que com eles conflituam (n.º 11).

«No domínio do direito penal, a acomodação dos princípios constitucionais a outros valores que com eles conflituam deve fazer-se (desde logo, por via legislativa), tendo em conta o particular *peso* dos bens jurídicos individuais que as normas que consagram os primeiros tutelam. Por isso mesmo, tem-se entendido que o dever, que impende sobre o Estado, de emitir *normas de protecção de bens jusfundamentais* não pode sacrificar os princípios da culpa ou da necessidade e subsidiariedade das penas, atento o peso próprio que estes últimos encontram num sistema constitucional fundado na dignidade da pessoa (...).

«Diversamente se passarão as coisas no domínio contra-ordenacional, precisamente por aí velarem com “menos rigor” ou com “menos intensidade” os princípios que integram as normas da Constituição com relevo penal.

«Tal significa (n.º 12) que, *prima facie*, também no domínio contraordenacional valerá o princípio da proibição de transmissão da responsabilidade, devendo tal princípio ser tido em conta na ponderação efetuada, desde logo, pelo legislador na configuração do ilícito contraordenacional.

«Por sua vez, deve o Tribunal Constitucional, ao apreciar a conformidade constitucional de uma norma em matéria contraordenacional, verificar se, na ponderação efetuada em sede legislativa, o princípio da proibição de transmissão da responsabilidade foi devidamente integrado.

«No que respeita ao critério de densidade de controlo, retira-se da jurisprudência (...) já referida, que, no domínio contraordenacional, é de reconhecer um maior poder de conformação do legislador, o que vale por dizer que deve o Tribunal limitar-se a um controlo de evidência.

«Ora, a norma *sub judicio*, ao comprimir, é certo, o princípio da proibição de transmissão da responsabilidade, fã-lo em observância de deveres estaduais de *proteção* ou de *prestação de normas*, impendentes sobre o legislador ordinário, destinados a proteger bens jusfundamentais face a potenciais agressões providas de terceiros, que se extraem do artigo 59.º, n.º 1, alínea *c*) da Constituição.

«Com efeito, através da responsabilização dos respetivos administradores, dirigentes ou diretores pelo pagamento de coima aplicada à pessoa coletiva responsável pela contraordenação laboral, o legislador terá pretendido tornar mais eficaz a efetivação do sistema sancionatório num domínio em que a Constituição lhe comete expressamente deveres de proteção, ainda que sacrificando o princípio da proibição de transmissão da responsabilidade.

«Qualquer juízo sobre a *razoabilidade* da ponderação, efetuada pelo legislador ordinário, passa por pesar a intensidade do sacrifício imposto pela norma *sub judicio* ao princípio da proibição de transmissão da responsabilidade e a vantagem que através dela se obtém para efeitos da proteção dos deveres estaduais que se extraem do artigo 59.º, n.º 1, alínea *c*).

«No que respeita ao primeiro aspeto, verifica-se que a norma *sub judicio* não sacrifica totalmente o princípio da proibição de transmissão da responsabilidade. Com efeito, os sujeitos ficam apenas responsáveis pelo pagamento da coima, não lhes sendo transmitida a autoria do ilícito contraordenacional em si mesma considerada (*v. supra*, ponto 6).

«A isso acresce que a transmissão da responsabilidade não opera entre indivíduos mas sim entre uma pessoa coletiva, entidade responsável pela contraordenação laboral, e titulares de órgãos executivos dessa mesma pessoa coletiva. Dada a conexão objetivamente existente entre o sujeito passivo responsável pela contraordenação e os sujeitos que, nos termos da norma *sub judicio*, ficam responsáveis pelo pagamento da coima, não se afigura que a compressão do princípio da proibição de transmissão da responsabilidade se aproxime sequer do seu núcleo.

«Por sua vez, no que se refere à vantagem que através dela se obtém para efeitos da proteção dos deveres estaduais que se extraem do artigo 59.º, n.º 1, alínea *c*), é admissível o entendimento segundo o qual o envolvimento, através da assunção coerciva da responsabilidade pelo pagamento da coima, dos administradores, gerentes ou diretores da pessoa coletiva responsável pela contraordenação-laboral, garante, *diretamente*, uma maior eficácia na cobrança efetiva da coima, e, através disso, *indiretamente*, uma mais elevada probabilidade de que a infração não chegará sequer a ser cometida, assim se protegendo melhor bens jusfundamentais.

«Assim, porque não é possível, segundo um critério de evidência, asseverar que é desnecessário para efeitos de cumprimento dos referidos deveres de proteção o mecanismo de corresponsabilização pelo pagamento estabelecido no n.º 3 do artigo 551.º do Código do Trabalho (2009), o Tribunal Constitucional não pode

senão deferir perante o juízo formulado pelo legislador sobre a adequação e necessidade do regime legal.»

Por outro lado, «a assunção coerciva, porque fundada na lei, da responsabilidade pelo pagamento de uma sanção estritamente pecuniária, a que se não encontra associado qualquer efeito jurídico estigmatizante, não comprime o princípio da culpa em termos constitucionalmente desconformes, sobretudo atendendo às razões legislativas que servem de justificação para essa compressão, assentes em deveres estaduais de *proteção* de bens jusfundamentais (n.º 13).

«Assim, face às obrigações independentes sobre o legislador de observância dos princípios constitucionais com relevo em matéria penal também no domínio das contraordenações, por um lado, e aquelas que se extraem do artigo 59.º, n.º 1, alínea *c*), por outro, a norma *sub judicio* realiza um equilíbrio constitucionalmente admissível.»

4. Em declaração de voto de vencido, o Juiz J. Cunha Barbosa, considerando que o princípio da pessoalidade das penas radica em boa medida no facto de qualquer sanção punitiva implicar um *juízo de censura* (social ou ético-jurídica), haveria que retirar que a exigência de *pessoalidade* deve estender-se a *todos* os domínios sancionatórios, inclusivamente, portanto, à responsabilidade contraordenacional. Porém, a responsabilidade (solidária) gizada no n.º 3 do artigo 551.º, do Código do Trabalho (2009) não cumpre este imperativo de pessoalidade, pois permite que a *coima* recaia sobre pessoa diferente daquela a que é assacado o cometimento da infração.

Por sua vez, o Juiz Joaquim de Sousa Ribeiro declarou que o acórdão hipervalorizava o alcance da distinção entre regras e princípios, no âmbito do sistema dos direitos fundamentais. O que seria decisivo seria saber se, do ponto de vista material-valorativo, as exigências decorrentes do princípio da pessoalidade que, no âmbito penal, conduzem à regra estrita do n.º 3 do artigo 30.º, valem, no domínio contraordenacional, com uma intensidade tal que se oponham a que elas cedam na medida necessária para dar efetividade adequada ao direito dos trabalhadores reconhecido no artigo 59.º, n.º 1, alínea *c*). E seria por isso que subscreveria a conclusão do acórdão.

IX

Servidões militares e direito de propriedade

1. No seguimento de uma ação administrativa comum intentada contra o Estado, pedindo que ele fosse condenado a pagar danos decorrentes de uma servidão militar, foi o Tribunal Constitucional chamado a ocupar-se de uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo, segundo a qual o regime vigente

à data da constituição da servidão militar onerando os prédios referidos nos autos, por excluir o direito a indemnização, violava os artigos 62.º, 13.º e 290.º da Lei Fundamental.

Pelo acórdão n.º 480/2014, de 25 de julho⁸, o Tribunal Constitucional não julgou, porém, inconstitucional, a norma do artigo 5.º da Lei n.º 2078, de 11 de julho de 1955, que estabelece que as servidões militares e outras restrições de interesse militar ao direito de propriedade não dão direito a indemnização.

2. O Tribunal Constitucional explica (n.º 6), e muito bem, por que razão, durante o tempo da Constituição de 1933, a exclusão, por lei, de indemnização em caso de servidão administrativa pela própria lei instituída não conformava em si mesmo um problema jurídico-constitucional.

«Numa ordem assente, praticamente, sobre o primado da lei e não sobre o primado da Constituição, cabia naturalmente ao legislador ordinário a última palavra quanto à questão de saber em que circunstâncias deveriam ser indemnizados os sacrifícios patrimoniais impostos a privados em nome da prossecução do interesse público.

«Já não assim, porém, numa ordem assente no primado da Constituição (desde logo, artigo 3.º, n.º 3, da CRP).

«Uma vez que desse primado decorre a vinculação do legislador ao princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos (artigos 13.º, n.º 1, e 62.º, n.º 2, da CRP), o juízo que a própria lei fizer quanto à justeza da exclusão de indemnização – nos casos de servidões administrativas que, como a dos presentes autos, impõem limitações ao direito de edificar em solos de que se é proprietário – só não merecerá censura se se concluir que tal exclusão não ofende qualquer princípio constitucional. A simples afirmação legal de que a servidão instituída não dá lugar a qualquer indemnização não é portanto, à luz do ordenamento constitucional vigente, nem “insindicável” nem “soberana”. Por isso mesmo, bem se compreende que a questão central que os presentes autos colocam esteja longe de ser nova para a jurisprudência do Tribunal”.

Mas, dito isto, «a indemnizabilidade da servidão diretamente imposta por lei depende da qualificação que se fizer do ato legislativo que impõe a servidão, atendendo aos seus efeitos. Se se entender que, por força desse ato, ao particular afetado é imposto um sacrifício grave e especial que merece reparação, de acordo com as exigências decorrentes do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, a aplicação ao caso do disposto no n.º 2 do artigo 62.º da Constituição encontra-se valorativamente justificada. Contudo, e uma vez que a afetação legal do direito de propriedade pode traduzir-se em *outra coisa* que não

⁸ *Diário da República*, 2.ª série, de 17 de setembro de 2014.

a imposição ao particular de um sacrifício grave e especial – pode traduzir-se antes na mera conformação legal da propriedade, através da delimitação genérica do seu conteúdo e limites – importa antes do mais qualificar a *lei* que impõe a servidão, de modo a que se saiba se dos seus efeitos decorre a ablação indemnizável do direito ou apenas a estrita conformação legal do mesmo.

«Se se concluir por esta última hipótese, ao caso será aplicável o n.º 1 do artigo 62.º da Constituição, e não o disposto no seu n.º 2.»

Ora, o pedido endereçado ao Tribunal cifra-se «na questão estrita da indemnizabilidade da servidão (e não em *questão diversa*, que é a de saber se as leis que impuseram a servidão militar conformaram inconstitucionalmente o limite e o conteúdo do direito de propriedade: recorde-se que está em juízo apenas a norma legal de 1955 que expressamente exclui a concessão de indemnização em caso de constituição de servidão militar, e não as normas legais nos termos das quais a servidão foi constituída) para a sua resolução importa, antes do mais, determinar o tipo de efeitos que a constituição da servidão provocou».

E tal exige atentar «em *todo o regime jurídico* que disciplina a servidão militar a que se refere o caso dos autos, e não apenas naquela parte desse regime que vem agora impugnada – e que consta da norma que expressamente exclui a concessão da indemnização. (...)

«(...) Considerando, de modo integrado, todo este quadro normativo verifica-se que, ao disciplinar a constituição da servidão militar a que se refere o caso dos autos, *o legislador está ainda a dar cumprimento à imposição que para ele da Constituição decorre de determinação do conteúdo e limites da propriedade*.

«Com efeito, a limitação que desse regime decorre para a utilização privada do imóvel é feita em termos gerais e abstratos dos direitos e deveres dos proprietários. Atendendo às obrigações que são constitucionalmente impostas ao Estado em matéria de defesa nacional (artigo 273.º da CRP), o legislador vem delimitar, através de uma medida dirigida por igual a todos os proprietários nas mesmas condições, o conteúdo da propriedade, dele excluindo certas faculdades de utilização privada do imóvel pela necessidade de prosseguir os valores protegidos no Título X da Parte III da Constituição.

«Além do mais, a servidão em questão não implica, verdadeiramente, perda da aptidão para construir, mas apenas a sujeição de trabalhos e atividades, entre os quais se inclui «fazer construções de qualquer natureza», a licença da autoridade militar competente, sendo que tal ato administrativo está vinculado a critérios estabelecidos por lei, constantes do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 45 986, de 22 de outubro de 1964, ficando a capacidade edificativa dos prédios onerados com uma servidão militar dependentes da avaliação, em concreto, da compatibilidade dos projetos que forem apresentados às autoridades militares com os fins que presidiram à constituição da servidão.

(...)

«Estar-se-á antes perante normas jurídico-públicas que, por razões constitucionais bem identificadas (tal como acontece, por exemplo, com as normas de direito do urbanismo e de ordenamento do território: cfr. *supra*, ponto 6 e os acórdãos n.ºs 329/99, 544/01 e 347/03, aí citados) impõem limitações gerais ao *jus aedificandi*, limitações essas cuja definição ainda se enquadra na «ordem de regulação» que a Constituição endereça ao legislador ordinário, nos termos do n.º 1 do artigo 62.º, para que «conforme a propriedade» de acordo com os seus próprios valores. Neste caso, os valores – que, tal como aqueles que presidem ao direito do urbanismo e ao ordenamento do território, decorrem de outros lugares do sistema constitucional que não o relativo à garantia da propriedade – justificam *em abstrato* que se comprima a faculdade, que detém o particular, de construir no terreno de que é proprietário. (...)»

3. A Juíza Maria de Fátima Mata Mouros votou vencida:

«O acórdão parece alhear-se da eventualidade de uma imposição de uma servidão militar poder originar, em certos casos, um nível de sacrifício que justificaria o direito a indemnização, aceitando a conformidade constitucional de uma norma segundo a qual a servidão militar *nunca* dá origem a indemnização.

«Ora, uma tal norma, só por si, demonstra ser desproporcionada por excessiva, e, em consequência, violadora do direito de propriedade – porque exclui sempre, independentemente do caso, o dever de indemnização.

«É também verdade que o regime em análise se apresenta como geral e abstrato, aplicando-se, tendencialmente, a todos os proprietários nas mesmas condições, com o objetivo de assegurar a prossecução de fins de interesse público. Tal como é correto afirmar que não existe uma ablação total da propriedade – ela não muda de mãos. (...)»

«De acordo com o acórdão, não se está aqui perante uma restrição do direito de propriedade, mas apenas a sua conformação ou limitação. No entanto, tendo em conta o espaço de livre decisão administrativa concedido às autoridades militares, a verdade é que o proprietário se encontra numa posição de sujeição que pode ter efeitos próximos dos expropriativos. (...) Assim, apesar de formalmente ser correto afirmar que a servidão em questão não implica, verdadeiramente, perda da aptidão para construir, a verdade é que coloca o seu proprietário numa posição em que essa aptidão se encontra inteiramente nas mãos de uma autoridade administrativa, que sobre ela decidirá casuisticamente.»

4. Não seguiríamos a decisão do Tribunal.

O artigo 62.º contempla a propriedade, “nos termos da Constituição”. Isto implica não tanto que ela só seja garantida dentro dos limites e dos termos previstos e definidos noutros lugares da Constituição quanto que ela não é reconhecida

aprioristicamente, como princípio independente e auto-suficiente; ela é reconhecida e salvaguardada no âmbito da Constituição e em sintonia com os princípios, valores e critérios que a enformam.

O direito de propriedade é um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º da Constituição) e, por isso (sem as sombras de dúvida que têm sido suscitadas a respeito dos direitos sociais ou de alguns dos direitos sociais) beneficia do regime firme do artigo 18.º – desde logo, dos princípios de carácter restritivo das restrições e da proporcionalidade.

A servidão militar consubstancia uma restrição a esse direito imposto pelos deveres dos cidadãos perante a defesa nacional [artigos 164.º, alínea *d*) e 276.º), mas deveres que não podem envolver sacrifícios descabidos de um em proveito de todos. Logo, justifica-se, também em nome do princípio da igualdade (a que, de resto, alude, de passagem, o texto do acórdão) o direito a indemnização. O regime da Lei n.º 2078 está ferido de inconstitucionalidade superveniente (artigos 290.º e 282.º, n.º 2).

O artigo 62.º, n.º 2 só contempla a requisição e a expropriação pública. Mas não são estas as várias hipóteses de atos restritivos ou ablativos da propriedade ou de quaisquer direitos patrimoniais. A todos, por coerência, deve corresponder indemnizabilidade.

No âmbito da sua liberdade de conformação, o legislador goza aqui de uma relativa latitude. Tanto poderá ater-se a uma orientação, idêntica à que preside à indemnização nas hipóteses de expropriação por utilidade pública como adotar outro critério, desde que se mova dentro da razoabilidade inerente ao Estado de Direito e sem frustrar o próprio princípio da indemnização⁹.

X

Insolvência, direitos dos credores a duplo grau de jurisdição

1. O artigo 258.º, n.º 4 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dispõe que não cabe recurso da decisão que indefira o pedido de suprimimento da aprovação de qualquer credor.

O tribunal *a quo* julgou inconstitucional este preceito e não o aplicou, por violar os artigos 2.º, 13.º e 20.º da Constituição. Não deixando de salientar a relevância da tramitação urgente no processo de insolvência, para garantir a sua eficácia, havia, porém, de conciliar esse interesse com os «direitos fundamentais

⁹ Retomamos, nesta parte, o que escrevemos na 3.ª ed. do vol. IV do *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2000, pp. 529 e segs.

das partes, de modo a que, em nome daqueles princípios, não se posterguem, de forma irrazoável e desproporcionada estes direitos». Ora, «da admissibilidade do recurso em causa não decorria prejuízo considerável para os credores, pois, não obstante o recebimento do incidente do plano de pagamentos aos credores implicar a suspensão do processo de insolvência até à decisão do incidente (cf. n.º 1 do artigo 255.º do CIRE), sempre poderiam ser adotadas as medidas cautelares previstas no artigo 31.º do mesmo código, se tal se revelasse necessário (...)». Não se encontra fundamento material bastante que justifique a discriminação no tratamento das partes no que respeita à impugnação da decisão que se pronuncie sobre o suprimento da aprovação do plano de pagamentos pelos credores. (...)»

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 69/2014, de 21 de janeiro¹⁰, indeferiu o recurso

2. O entendimento do acórdão – segundo a jurisprudência já produzida e que subscrevemos – desenvolveu-se em três linhas de força: 1.º) reconhecimento da liberdade de conformação do legislador no tocante a recurso de decisões judiciais; 2.º) recorribilidade necessária das decisões que afetem direitos fundamentais, pelo menos direitos, liberdades e garantias, em processo penal; 3.º) ausência de tratamento discriminatório quanto ao direito de recurso.

Como se lê no texto (n.º 16) «sendo para satisfação dos direitos dos credores que a lei prevê a apresentação de plano de pagamentos por parte do devedor (artigo 251.º do CIRE), compreende-se que a admissibilidade deste plano de pagamentos dependa da aprovação daqueles. A oposição de alguns credores pode ser suprida por decisão do juiz. Mas, este suprimento está também limitado pela verificação de determinados requisitos previstos na lei, designadamente no artigo 258.º, n.º 1, do CIRE. Desde logo, se o plano não for aceite pela maioria qualificada de dois terços do valor total dos créditos, o juiz não pode suprir a aprovação dos credores oponentes.

«Pelo contrário, se nenhum credor recusar o plano de pagamentos ou a oposição de alguns (não podendo representar mais de um terço do valor total dos créditos), for objeto do necessário suprimento judicial, o plano é tido por aprovado. Neste caso, a modalidade de satisfação dos respetivos créditos é imposta aos credores oponentes, o que justifica o direito destes ao recurso, expressamente acautelado no artigo 259.º, n.º 3 do CIRE.

«Ao negar o recurso da decisão que indefira o pedido de suprimento da vontade de qualquer credor, a norma em análise não institui diferença de tratamento entre os devedores e os demais credores que deram a sua aprovação ao plano de pagamentos. O recurso é vedado tanto ao devedor como aos credores

¹⁰ *Diário da República*, 2.ª série, de 7 de abril de 2014.

que aprovaram o plano. A diferença surge apenas na permissão de recurso aos credores oponentes do plano cuja vontade é suprida pela decisão judicial.

«Ora, do regime legal descrito decorre que a decisão judicial de suprimento da aprovação do plano de pagamentos, e sua consequente homologação, coloca os credores oponentes numa posição processual particular que não encontra paralelo nem na posição dos demais credores, que deram o seu assentimento ao plano, nem na posição do devedor que o propôs.

«Tão-pouco existe paralelo com a posição jurídico-processual que para o devedor deriva do indeferimento do pedido, por si apresentado, de suprimento da aprovação de alguns credores. É que neste caso, o processo de insolvência segue os seus termos normais, gozando os devedores de todos os direitos previstos no CIRE, entre os quais se conta, designadamente, o direito de recorrer da decisão que vier a declarar a insolvência.

«Diferentemente dos credores, cuja oposição ao plano de pagamentos é suprida por decisão do juiz (e, nessa medida, veem o seu direito de crédito modelado ou restringido contra a sua vontade), o devedor, que não veja deferido o pedido de suprimento da vontade dos credores oponentes do plano, não sofre qualquer alteração na sua esfera de direitos com a decisão de indeferimento.

«Esta diferença afasta a verificação de arbítrio no reconhecimento de direito ao recurso apenas aos primeiros, não se apresentando como discriminatória a diferença de tratamento assinalada. O legislador limitou-se a instituir vias de solução diferentes para situações também elas diferentes, abrindo o acesso ao recurso apenas àqueles a quem a decisão judicial (neste caso de suprimento de vontade) impõe uma restrição na sua esfera de direitos.»

XI

Mais uma vez o orçamento

Dois grupos de Deputados requereram, com base no artigo 281.º da Constituição, a fiscalização sucessiva de várias normas da lei orçamental para 2014 (Lei n.º 83-C/2014, de 31 de dezembro).

Num longo, longuíssimo acórdão, excessivamente longo – como têm sido muitos outros – o n.º 413/2014, de 30 de maio¹¹, o Tribunal Constitucional:

- Declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas dos artigos 33.º (respeitante a remunerações no setor público) e 117, n.ºs 1 a 7, 10 e 15 (respeitante a pensões de sobrevivência), por violação do

¹¹ *Diário da República*, 1.ª série, de 26 de junho de 2014.

princípio da igualdade, mas com restrições de efeitos, quanto às normas do artigo 33.º, a partir da data de decisão (ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4 da Constituição);

- Declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas do artigo 115.º, n.ºs 1 e 2 (relativo a contribuições em caso de doença e de desemprego), por violação do princípio da proporcionalidade;
- Não declarou a inconstitucionalidade das normas do artigo 75.º (sobre complementos de reforma nas empresas do setor público com resultados líquidos negativos).

2. Foi o seguinte o fundamento da declaração de inconstitucionalidade das normas do artigo 33.º:

«Do ponto de vista da quantificação do esforço adicional exigido aos trabalhadores do setor público no âmbito da consolidação orçamental, a extensão da desigualdade de tratamento implicada na solução consagrada no artigo 33.º da Lei n.º 83-C/2013 corresponde a uma acentuação significativa do grau de diferenciação originado pelos termos em que a redução das respetivas remunerações base mensais se encontrava prevista nos artigos 19.º, n.º 1, 20.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, das Leis n.ºs 55-A/2010, 64-B/2011, e 66-B/2012, respetivamente.

(..)

«Não se verificando, no plano normativo, a concorrência de quaisquer fatores de desagramento da situação remuneratória dos trabalhadores do setor público relativamente aos verificados no contexto da Lei n.º 66-B/2012, aquela alteração apenas poderia relacionar-se com as acrescidas exigências da consolidação orçamental resultantes do mais baixo limite fixado para o défice.

«Ainda que a tais exigências fosse reconhecida consistência valorativa suficiente para, no quarto ano de execução orçamental, restabelecer a relação de equitativa adequação da medida da diferenciação ao interesse público visado, não se regista a superveniência de quaisquer dados suscetíveis de justificar a solução no sentido oposto ao que ali foi encontrado para a questão da igualdade externa, isto é, daquela que apesar de tudo subsiste entre os sujeitos afetados e os sujeitos não afetados pela opção legislativa e à qual o módulo da diferenciação não poderá ser por isso insensível.

«Sendo de manter os critérios definidos pelo acórdão n.º 187/2013, a medida da diferenciação que diretamente resulta dos novos valores das taxas de redução e da alteração da sua base de incidência, ainda que desacompanhada de qualquer afetação dos subsídios, não poderá deixar de se considerar excessiva, e por isso constitucionalmente ilícita, perante o princípio da justa repartição dos encargos públicos.

«Tal conclusão será particularmente evidente em relação aos trabalhadores do setor público com remunerações mensais base de valor compreendido entre € 675 e € 1.500, pelas razões já anteriormente expostas.»

3. No tocante às normas do artigo 115.º, n.ºs 1 e 2, justificou-se assim o Tribunal:

«Não podendo deixar de se considerar, além do mais, que a atribuição dos subsídios de desemprego e de doença não tem um cunho assistencialista, mas representa antes a efetivação de um direito integrado no sistema de segurança social constitucionalmente consagrado, no quadro de um sistema de gestão coletiva de riscos. E, tal como se afirmou no acórdão n.º 187/13, o que se tem em vista com essas prestações “não é assegurar os mínimos vitais de cidadãos em situação de carência económica e contribuir para a satisfação das suas necessidades essenciais, mas antes garantir, no âmbito do sistema previdencial, assente num princípio de solidariedade de base profissional, o pagamento de prestações pecuniárias destinadas a compensar a perda da remuneração por incapacidade temporária para o trabalho ou impossibilidade de obtenção de emprego”.

«Revestindo estas prestações uma função sucedânea da remuneração salarial de que o trabalhador se viu privado, por ter caído nas situações de desemprego ou de doença, impor-se-ia que se não atingissem, sem uma justificação reforçada, aqueles que auferem prestações de menor valor e cuja redução só poderia constituir uma iniciativa extrema, de *ultima ratio*, fundada na sua absoluta indispensabilidade e insubstituibilidade.

«Uma diferente opção legislativa é desrazoável na medida em que afeta especialmente cidadãos que se encontram em situação de particular vulnerabilidade.»

4. No atinente às pensões de sobrevivência, o essencial da fundamentação encontra-se neste passo:

«Pensionistas abrangidos pelo regime do artigo 117.º, com o mesmo valor global mensal a título de pensão e a mesma taxa de formação da pensão de sobrevivência, poderão ver a sua pensão de sobrevivência reduzida em montantes diferentes em função do peso que esta pensão tem no valor acumulado de prestações, com reflexo no cômputo global que o titular acaba por auferir.

«Tendo em conta que a medida é qualificada como uma condição de recursos ou, numa outra perspetiva, como medida restritiva de acumulação de pensões, não se descortina o fundamento material para o tratamento diferenciado de posições jurídico-subjetivas que são de idêntica natureza. Tanto que se trata de uma diferenciação não justificável à luz da *ratio* que o próprio regime jurídico prossegue, dado que este tem em vista limitar os montantes a pagar a título de pensão de sobrevivência em razão do cúmulo com outras prestações sociais que sejam atribuídas ao mesmo titular por invalidez ou velhice.

«Neste sentido, a medida introduz diferenças de regime injustificáveis, face aos fins que a norma legal pretende prosseguir, e é constitucionalmente censurável do ponto de vista do princípio da igualdade. (...)

«(...) O legislador concebe uma medida que se destina especificamente a reduzir pensões de sobrevivência, com base no primordial interesse público de sustentabilidade do sistema de pensões, e estabelece um limiar mínimo, em termos pecuniários, a partir do qual ela se torna aplicável. Mas depois penaliza apenas os pensionistas de sobrevivência que cumulem outra pensão e isenta aqueles que possuam apenas uma pensão de sobrevivência ainda que esta seja igual ou superior ao valor de referência que determinaria, em caso de cumulação, a incidência das novas taxas de formação.

«Dentro da lógica de política legislativa que presidiu à implementação da medida, a não inclusão dos titulares de uma única pensão de sobrevivência é incongruente e não se encontra minimamente justificada. Ainda que possa admitir-se que o legislador tenha pretendido atingir apenas os titulares de pensões, excluindo do âmbito de aplicação do conjunto de normas as situações em que ocorra a cumulação de prestações sociais com rendimentos de outra fonte, mesmo que na sua globalidade excedam o limiar de € 2000, já não é aceitável que se introduza uma desigualdade de tratamento entre grupos de destinatários a quem normalmente a medida, pela sua própria natureza e finalidade, deveria ser dirigida, sem que exista um motivo justificativo do tratamento desigual.

«Esta é uma situação diversa da analisada precedentemente a propósito da exclusão do âmbito aplicativo do artigo 117.º dos pensionistas de sobrevivência que obtenham um rendimento mensal global, em conjunto com rendimentos de outra fonte, igual superior a € 2000. O que está agora em causa é a desigualdade entre pensionistas com idêntica condição de recursos em função do tipo e da natureza dos rendimentos e, portanto, a desigualdade de tratamento entre pessoas que preenchem a condição de recursos através apenas do montante auferido a título de pensão.»

5. Pelo contrário, já acerca dos complementos de pensões de reforma em empresas do setor público, o Tribunal entendeu não se registar inconstitucionalidade, desde logo por não poder imputar-se a situação de confiança ao Estado, mormente ao Estado-legislador; o compromisso era da empresa e não do Estado diretamente. Nem haveria infração dos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

De resto, esses complementos não tinham natureza retributiva, nem direitos nos termos da legislação da segurança social. Eram meros benefícios, cuja racionalidade empresarial era a de partilhar com o fator trabalho os resultados positivos. (...)

«(...) Na medida em que os complementos de pensão se processam no âmbito interno da empresa e a garantia do seu pagamento depende das receitas correntes, existe um efetivo risco – que os beneficiários e as organizações representativas dos

trabalhadores não podem desconhecer – de a empresa poder ficar sem condições financeiras para assegurar, de forma permanente e definitiva, o cumprimento dessas responsabilidades. Cessando o pressuposto de solvabilidade de que depende o pagamento dos complementos, deixa igualmente de ser legítima a expectativa referente à continuidade da sua atribuição. (...)

«(...) O princípio da concorrência não exclui as empresas públicas e a ordenação constitucional da economia garante a existência de um setor público mais ou menos extenso. Todavia, a ordem constitucional económica impede que as empresas que fazem parte do setor público empresarial sejam favorecidas pelo Estado relativamente às suas concorrentes de outros setores (*idem*, pág. 970). Portanto, o Estado-legislador não pode deixar de cumprir os imperativos da Constituição económica mesmo em relação às empresas do setor público empresarial. De resto, no estrito plano das regras de concorrência, torna-se tão relevante o desvalor das medidas legislativas que atribuam exclusivos ou privilégios às empresas públicas que atuem em economia de mercado, como, inversamente, o daquelas que imponham encargos ou sujeições às empresas públicas que se tornem suscetíveis de distorcer o funcionamento do mercado.

«Acresce que o legislador optou por não sacrificar em definitivo o complemento de pensão concedido em cada empresa; limita-se a suspender o respetivo pagamento apenas na medida em que a empresa devedora não seja financeiramente autossustentável. Deste modo, a lei salvaguarda não apenas os interesses dos beneficiários como a própria autonomia de gestão da empresa devedora.»

6. Às mais de sessenta páginas do *Diário da República* (a duas colunas e em letra pequena) do acórdão, seguiram-se declarações de voto de todos os Juizes-Conselheiros – uns reiterando ou reforçando as inconstitucionalidades, outros em sentido contrário. Só é possível referir os pontos mais significativos.

a) Na declaração de voto da Juíza Maria de Fátima Mata-Mouros avulta o trecho em que versa sobre a aplicação do princípio da igualdade:

«A exigência de uma análise mais densa e rigorosa impõe-se com maior grau de premência quando, como no caso em presença, são afetados direitos fundamentais. Com efeito, através da norma em análise, é afetado o direito fundamental à retribuição do trabalho consagrado no artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição. De facto, o valor ou o montante das remunerações dos trabalhadores não pode deixar de estar abrangido pela esfera de proteção do direito fundamental referido pois representa um elemento essencial desse direito. Se assim não fosse, a esfera de proteção ficaria comprimida a um conteúdo mínimo, de forma incompreensível e injustificável. É importante referir que defender que o *quantum* das remunerações está abrangido pela esfera de proteção do direito fundamental em causa

não equivale a defender a irredutibilidade dos montantes em causa. A redução das remunerações representa uma restrição àqueles direitos que é possível (como, regra geral, é possível restringir um direito fundamental) desde que obedeça aos parâmetros constitucionais aplicáveis, designadamente o da igualdade.

«Sem se questionar a liberdade de conformação do legislador na definição de medidas que visem prosseguir um fim público, como a aqui sob escrutínio, importa, todavia, apelar a um critério mais exigente de apreciação da sua conformidade constitucional ao nível do princípio da igualdade (uma “versão forte”) que, nessa medida, acaba por se revelar, legitimamente, como mais constrangedor daquela liberdade.

«E em que se traduz esse critério de maior exigência no controlo do princípio da igualdade nestes casos? Para se dar resposta, pode-se recorrer à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e, ultrapassando o *teste do arbítrio* (*proibição de arbítrio*), incidente sobre a razão do tratamento diferenciado, lançar-se mão a um teste mais exigente de controlo do princípio da igualdade (designado por aquele Tribunal como *nova fórmula*) que, prosseguindo uma *igualdade ponderada*, se preocupa com as diferenças existentes entre os grupos e a sua correspondência com as diferenças dos regimes aplicáveis (*Entsprechungsprüfung* – o *teste da correspondência*, na designação de alguma doutrina).

«Trata-se, pois, desde logo, de uma diferença de perspectiva de análise. No caso da *proibição do arbítrio* inquire-se pela justificação constitucional de um tratamento diferenciado partindo de *fora*, na medida em que se pergunta por razões externas que o justifiquem, sem entrar em consideração com as características específicas de cada grupo; diferentemente, a *nova fórmula* procura determinar se nos atributos de cada grupo visado existe justificação para o tratamento diferenciado. Em primeiro lugar, identificando as diferenças entre os grupos e, estabelecidas estas, indagando da correspondência entre elas e a diferença de tratamento adotada pelo legislador.

«Indispensável é que exista uma relação interna entre as diferenças identificáveis entre os grupos e a diferença de tratamento. Ou seja, cada diferença de tratamento deve ter uma razão justificativa assente em diferenças objetivas entre os grupos, sendo que as diferenças devem ser tanto de maior natureza e de maior relevância quanto mais relevante for a diferença de tratamento.

«A maior densidade de controlo exigida pelo teste mais denso do princípio da igualdade, convocada pela diferenciação de grupos de pessoas e afetação de um direito fundamental, apelando embora a um momento de ponderação dentro da estrutura do princípio (*igualdade ponderada*), não deve ser confundida com o teste clássico da proporcionalidade dos direitos de liberdade. A igualdade presuppõe uma comparação, enquanto a proporcionalidade uma colisão de direitos, valores ou bens. Enquanto esta última assenta num juízo relativo a um fim que

deve ser prosseguido por um determinado meio, verificando-se, de seguida, a relação meio-fim, o teste da igualdade configura uma comparação entre grupos de destinatários de normas e regimes respetivamente aplicáveis.

(...)

«A questão está, pois, em saber como determinar a verificação dessa justificação. Enquanto na “versão fraca” do princípio da igualdade esta avaliação é feita pela procura da existência de uma razão válida para a diferença de tratamento, na sua “versão forte”, o momento ponderativo do princípio não dispensa o escrutínio da própria avaliação realizada pelo legislador quando atribuiu peso determinante às razões que justificam a diferença de tratamento legislativo.»

b) Por outro lado, pronunciando-se, embora, pela inconstitucionalidade do artigo 33.º da lei orçamental, a fundamentação, para esta Juíza, deveria ser outra:

«A diferença anotada – da perceção por um grupo de remuneração através de *verbas públicas* – não revela natureza e relevância suficientes para justificar o grau de tratamento mais oneroso a que os trabalhadores do setor público estão sujeitos por via do artigo 33.º da LOE. Ela não constitui diferença objetiva que justifique a diferença de tratamento adotada.

«Na verdade, a diferença da perceção por verbas públicas, tendo embora inegável reflexo nas contas do Estado, não apresenta nenhuma relevância na delimitação do direito fundamental à retribuição de qualquer trabalhador. A garantia deste direito fundamental tem igual expressão para todos os trabalhadores. A Constituição não distingue o grau de garantia que merece a remuneração dos trabalhadores do setor público, privado ou do terceiro setor (artigo 59.º, n.º 3, da Constituição). Não existe, pois, fundamento para a discriminação na redução dos vencimentos dos trabalhadores pela circunstância de a sua entidade empregadora ser um ente público ou privado. A solução legal proposta assenta numa ideia de poder dispositivo unilateral do Estado sobre as remunerações de todos os trabalhadores do setor público (poder que nenhum empregador tem sobre os respetivos trabalhadores), confundindo Estado-empregador e Estado-legislador, e pressupõe que a garantia do direito fundamental à retribuição não tem igual expressão para todos os trabalhadores, o que não pode ser aceite. (...)»

c) Quanto ao complemento de pensões de reforma nas empresas do setor público, escreveu o Juiz João Cura Mariano:

«Se, por um lado, é verdade que não estamos perante uma matéria que integre a reserva da convenção coletiva, por outro lado, atenta a sua conexão imediata com os direitos dos trabalhadores à segurança económica na velhice, ela é naturalmente vocacionada para ser objeto de negociação coletiva, não existindo qualquer disposição legal que proíba a sua contratualização.

«As normas suspensivas do pagamento dos suplementos livremente acordados constituem, pois, numa intromissão na eficácia do conteúdo do que foi livremente contratualizado.

«Essa intromissão constitui uma restrição à eficácia do exercício do direito à contratação coletiva a que preside um interesse público (diminuição das despesas das empresas que integram o setor empresarial do Estado, com a consequente diminuição do montante das transferências de verbas do Orçamento Geral do Estado para estas empresas) que não é capaz de justificar tal restrição, num juízo estrito de proporcionalidade, atento o nível particularmente intenso da confiança depositada na eficácia do contratado e o grau elevado das consequências lesivas da frustração do investimento nessa confiança.

«Na verdade, os atingidos pela medida em análise tomaram decisões irreversíveis que definiram os dias do resto das suas vidas, em função do contratualizado, pelo que o objetivo de obter uma poupança orçamental não pode justificar a frustração de tais expectativas.

«Tal desproporção resulta, simultaneamente, numa restrição inadmissível ao direito à contratação coletiva e numa violação do princípio da confiança inerente a um Estado de direito democrático.»

Também os Juízes Carlos Fernandes Cadilha, Catarina Sarmiento e Castro, Fernando Vaz Ventura e Joaquim de Sousa Ribeiro apontaram infrações da garantia institucional da contratação coletiva.

Por seu lado, o Juiz João Caupers declarou excessivamente formalista a autonomização das empresas do setor público empresarial que sustenta a deliberação de não inconstitucionalidade.

d) Da declaração de voto do Juiz Pedro Machete, no referente às contribuições sobre prestações de doença e desemprego:

«Num plano mais substancial, não pode deixar de relevar a aparente inconsistência entre a jurisprudência constante deste Tribunal que, em matéria de direitos sociais, tem reservado – e bem – para o legislador “as ponderações que garantam a sustentabilidade do sistema e a justiça na afetação de recursos”(v., por exemplo, o Acórdão n.º 3/2010) e a exigência formulada na presente decisão de *standards mínimos* de proteção *superiores ao direito a uma existência condigna* e, mesmo, *superiores ao mínimo de proteção normativamente já assegurado no âmbito dos dois regimes de proteção social* em apreciação. A fixação normativa de tais mínimos de proteção já implica valorações próprias da função legislativa, pelo que, fora do quadro de aplicação do princípio da igualdade – que aqui não está em causa – não se vislumbra qual a base jurídico-constitucional para o Tribunal aferir da insuficiência dos mesmos e impor *standards mínimos* mais exigentes do que os estabelecidos pelo próprio legislador.

«Coisa diferente – e, apesar de contraditória com a ideia de não proibição do retrocesso social sempre afirmada pelo Tribunal, em si mesma consistente em termos lógicos e do ponto de vista da sua fundamentação jurídico-constitucional – seria mobilizar o princípio da proporcionalidade para considerar que, dada a natureza específica dos subsídios de doença e desemprego e a situação de vulnerabilidade dos seus beneficiários, em caso algum seria admissível operar a diminuição do seu montante, designadamente em ordem a contribuir para a consolidação das contas públicas.

«Contudo, não foi isso que o Tribunal decidiu. O que o Tribunal decide no presente Acórdão é que o valor mínimo das prestações de doença e desemprego, salvaguardado pelo artigo 115.º, n.º 2, da LOE para 2014 não chega; é insuficiente. E o problema inerente a esta decisão é que não existe qualquer critério jurídico que permita ao legislador saber quando é que afinal, para o Tribunal, o valor mínimo salvaguardado será suficiente. É uma simples questão de «tentativa/erro», a decidir casuisticamente. É o que acontece quando o Tribunal deixa de *rever* as decisões do legislador à luz de parâmetros normativos de controlo, e passa a *reexaminar* o seu mérito, eliminando-as sempre que discorde das escolhas que nelas são plasmadas.

«Em suma, as considerações expendidas no presente Acórdão para declarar inconstitucionais as normas do artigo 115.º da LOE para 2014 não chegam para mostrar que o órgão autor das mesmas, ao aprová-las, violou de modo *claro* – ou mesmo *evidente* – os deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da proibição do excesso.»

E mais à frente:

«Na solução legal, *existe* igualdade no tratamento das pensões de sobrevivência percebidas em acumulação com pensões de outra natureza; *não existe* – nem tal é exigível por força do princípio da igualdade – igualdade no tratamento dos rendimentos percebidos a título de pensão independentemente da respetiva natureza nem igualdade no tratamento dos rendimentos percebidos em razão de uma única pensão de sobrevivência, cumulada ou não, com outras fontes de rendimento que não revistam a natureza de pensão. No “círculo dos destinatários da normas tal como se encontra legalmente delimitado” ocorrem diferenças de tratamento fundadas nas *diferentes situações desses destinatários* quanto à perceção de pensões de sobrevivência.»

e) A Juíza Maria Lúcia Amaral votou vencida quanto à declaração de inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 33.º, 115.º, n.ºs 1 e 2 e 117.º da Lei do Orçamento de Estado para 2014, por entender que com esta decisão o Tribunal restringia indevidamente a liberdade de conformação política do

legislador ordinário, e que o fazia de forma tal que da sua argumentação se não podia extrair qualquer critério material perceptível que conferisse para o futuro «uma *bússola* orientadora acerca dos limites (e do conteúdo) da sua própria jurisprudência». E entendeu que tal tinha acontecido «por não terem sido seguidas na fundamentação exigências básicas *do método jurídico quando aplicado a assuntos constitucionais*, de cujo cumprimento depende o traçar rigoroso da fronteira entre o que significa julgar em direito constitucional e o que significa atuar por qualquer outra forma.»

«Não se invalida uma norma editada pelo legislador democraticamente legitimado invocando para tal *apenas* a violação de um *princípio* (seja ele o da igualdade ou da proporcionalidade) se se não apresentarem como fundamento para o juízo razões que sustentem a *evidência* da violação. Além disso, o Tribunal, quando escrutina uma medida legislativa tendo como parâmetro apenas um *princípio*, não pode partir da assunção segundo a qual o legislador penetrou num domínio material que lhe não pertencia. Essa assunção só será legítima – e mesmo assim, necessitada, evidentemente, de posterior reexame crítico – quando a norma da lei ordinária que se tem que julgar “afetar”, ou aparentar “afetar”, no sentido lato do termo, um direito das pessoas que seja determinado e determinável a nível constitucional. Aí, pode partir-se do ponto de vista segundo o qual, *prima facie*, o legislador terá penetrado numa área de competência que lhe não pertencia, uma vez que lesado terá sido um direito das pessoas que se não encontrava à sua disposição. Mas para além destas hipóteses, em que se não considera portanto que o problema jurídico-constitucional que tem que resolver-se se consubstancia na afetação, por parte do legislador ordinário, de um direito fundamental, o Tribunal não pode nunca partir do princípio segundo o qual o legislador terá atuado para além da sua competência. Quer isto dizer que, nestas situações, o controlo do Tribunal, além de ser um controlo de *evidência*, deverá ter sempre uma intensidade *mínima*. A conclusão não pode senão reforçar-se quando estão em causa interações complexas, com repercussões sistémicas imprevisíveis, nas quais não pode deixar de reconhecer-se ao legislador uma amplíssima margem de liberdade para efetuar juízos de prognose. (...)

«(...) As normas constitucionais que têm a estrutura de um princípio são, por causa da indeterminação do seu conteúdo, normas de difícilíssima interpretação. A “descoberta” do sentido destas normas *enquanto parâmetros autónomos de vinculação do legislador* tem sido portanto feita, gradual e *prudencialmente*, tanto na Europa quanto na tradição mais antiga norte-americana, em trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência. A razão por que tal sucede é a de evitar *saltos imprevisíveis* na compreensão do conteúdo destes princípios.»

Em especial, sobre o princípio da igualdade:

«A igualdade de que fala o artigo 13.º não é uma “igualdade” qualquer. Não é um programa geral de filosofia política ou de tarefas do Estado, pois que essas são matérias não sindicáveis pela função jurisdicional. A igualdade a que se refere o artigo 13.º da CRP é a igualdade *jurídica*, elemento do Estado de direito, que se traduz na *igualdade de todos quanto à aplicação da lei* – ou seja, em vínculos que impendem sobre a função administrativa (legalidade e imparcialidade da administração) e sobre a função jurisdicional (neutralidade dos tribunais) – e na *igualdade de todos através da lei* – que se traduz, por seu turno, em vínculos que impendem sobre o próprio legislador.

«No entanto, e como legislar significa, por essência, definir regimes diferenciados para as situações da vida que o requeiram, desde cedo se identificou o vínculo que impende especificamente sobre o legislador à luz do princípio da igualdade como *proibição do arbítrio*, ou como proibição de introdução, pelo mesmo legislador, de diferenças entre as pessoas insuscetíveis de serem compreendidas através de quaisquer critérios de racionalidade intersubjetivamente aceitáveis. Esta “fórmula”, adotada pela jurisprudência do Tribunal na sequência da doutrina fixada pela Comissão Constitucional, correspondia ao património comum da ciência do direito público europeia sobre a matéria (construído a partir da obra seminal de Leibhoz, de 1925), e pretendia dar prioritariamente resposta ao problema da distribuição de competências entre a justiça constitucional e o legislador, num domínio em que o poder de escrutínio da primeira se deveria limitar – como já vimos – a um grau mínimo de *evidência*.

«Não tem naturalmente cabimento proceder, numa declaração de voto, a uma análise da evolução da jurisprudência do Tribunal sobre esta matéria. Mas importa dizer que só a partir do acórdão n.º 330/93, o qual recebeu a “neue Formel” do Tribunal Constitucional Federal alemão, é que o Tribunal Constitucional português, considerando insuficiente a fórmula da proibição do arbítrio, passou a admitir que pudesse haver violação do princípio da igualdade para além das situações de arbítrio legislativo. No plano dogmático, aquilo a que a “nova fórmula” conduz é a um acréscimo da intensidade de escrutínio por parte da justiça constitucional e, portanto, a uma redução da margem de livre conformação do legislador. Esta última será tanto mais reduzida – diz a “nova fórmula” – quanto mais forte for a projeção da desigualdade de tratamento *no exercício de direitos de liberdade*, ou quanto mais as características pessoais com base nas quais é feita a diferenciação entre os grupos de cidadãos se aproximarem das chamadas «categorias suspeitas», enunciadas, na CRP, no n.º2 do artigo 13.º.

«Porém, tal não significou o abandono da fórmula da proibição do arbítrio por parte da jurisprudência posterior. Por isso, caberia sempre ao Tribunal a elaboração de critérios suficientemente estáveis para determinar quais as situações em que se

deveria recorrer a cada uma das fórmulas, dado resultar, da aplicação de uma ou de outra, diferentes consequências quanto ao grau de intensidade do escrutínio adotado e, logo, quanto ao grau de constrangimento da liberdade conformadora do legislador.

«Dizendo de outro modo: haveria *sempre que justificar com cuidado por que motivos se aplicariam a certos domínios da vida o “teste mínimo” da proibição do arbítrio e a outros um teste mais “largo”, com consequências mais restritivas da liberdade de conformação do legislador.* Não sendo constitucionalmente proibida, em certas circunstâncias, a adoção de um escrutínio mais intenso a propósito da aplicação do princípio geral da igualdade, deveria sempre o Tribunal precisar com cuidado quais os critérios gerais (e estáveis) que presidiriam à opção por um ou outro “modelo” de controlo.

«Não foi porém (...) isso que se fez no presente acórdão, a propósito do juízo de inconstitucionalidade da norma sobre reduções remuneratórias. Na sequência de decisões suas anteriores (Acórdão n.º 396/2001; 353/2012 e 187/2013), o Tribunal dá *um passo de gigante* na interpretação que faz do princípio da igualdade, abandonando a fórmula da proibição do arbítrio e abandonando também os caminhos próprios da “nova fórmula”, inaugurada em 1993. Daqui decorre uma constrição da liberdade de conformação do legislador que toda a jurisprudência anterior [sedimentada até há pouco tempo] não deixava antever; que não surge, em minha opinião, minimamente justificada; e que, por isso mesmo, torna absolutamente imprevisível a atuação futura do Tribunal.

7. A leitura atenta do acórdão e das declarações de voto leva-nos a estas reflexões:

- Há uma relativa aproximação no modo como, com bastante interesse, veem o princípio da igualdade, hoje, os Juízes Maria de Fátima Mata-Mouros e Maria Lúcia Amaral;
- A Juíza Maria Lúcia Amaral tece considerações de peso acerca do modo nem sempre feliz como o Tribunal procura descobrir o alcance deste e de outros princípios e acerca das consequências que daí retira;
- Todavia, afigura-se excessivamente restritiva a conceção do juízo de inconstitucionalidade em face de princípios constitucionais que ela adota; no limite, conduziria a apenas descobrir-se inconstitucionalidade em caso de violação de regras, e não de princípios;
- A *evidência* exigida não pode recair em subjetivismo? E não é a Constituição que, na senda do artigo 63.º da Constituição de 1911 e do artigo 122.º, depois 123.º da Constituição de 1933, define a inconstitucionalidade também por infração de princípios nos artigos 204.º, 277.º e 290.º, n.º 2?

- Tenderíamos a concordar com o acórdão na conclusão sobre as reduções remuneratórias no setor público (artigo 33.º) não tanto em nome do princípio da igualdade quanto em virtude de violação do princípio da proporcionalidade, dado o peso acrescido dos sacrifícios aí previstos;
- Também concordaríamos com o que conclui acerca das contribuições sobre prestação de doença e desemprego (artigo 115.º da lei); mesmo a cláusula de salvaguarda ou de “garantia de um valor mínimo das pensões” não afasta os imperativos do princípio da proporcionalidade e, sobretudo, do princípio da solidariedade [artigos 1.º, *in fine*, 59.º, n.º 1, alíneas e) e f) da Constituição] – este, princípio que o acórdão omite;
- Discordaríamos da não inconstitucionalidade da regra sobre complementos de reforma (artigo 75.º), por serem mais convincentes as razões dos juízes que invocaram a proteção da confiança e a garantia institucional da contratação coletiva;
- Teríamos sérias dúvidas sobre as pensões de sobrevivência (artigo 117.º), por o raciocínio constante do acórdão nos parecer algo rebuscado, e, por isso, na dúvida não nos inclinariamos para a inconstitucionalidade.

XII

“Contribuição de sustentabilidade”

1. Numa iniciativa algo original, o Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional que apreciasse, em fiscalização preventiva, certas normas do decreto do Parlamento relativo à chamada “contribuição de sustentabilidade”, a fim de garantir que da sua aplicação não resultasse «incerteza jurídica numa matéria de tão grande importância para a economia nacional».

O Tribunal, pelo acórdão n.º 575/2014, de 14 de agosto¹², pronunciou-se pela inconstitucionalidade.

2. O problema estava para o Tribunal (n.º 24) em saber se, perante os desequilíbrios tão manifestos de um sistema de segurança social que, a manter-se tal como estava, poderia obrigar a República a incumprir as obrigações de disciplina orçamental que assumiu face aos seus parceiros na União Europeia – o que, por seu turno, poderia implicar que os interesses e os direitos constitucionalmente protegidos das gerações futuras fossem sacrificados à satisfação dos direitos e interesses (também constitucionalmente protegidos) das gerações presentes –,

¹² *Diário da República*, 1.ª série, de 3 de setembro de 2014.

o legislador ordinário tinha o poder de modificar o sistema, adequando-o às presentes exigências históricas.

A medida não era, pois, arbitrária e mostrava-se antes como uma medida inteligível. Restava, porém, saber se não seria ela excessivamente onerosa para as pessoas afetadas, ao ponto de, por isso, se não poder concluir que fossem, no caso, prevalentes os direitos e interesses constitucionalmente protegidos que justificavam a afetação.

Segundo o Tribunal (n.º 29), «a contribuição de sustentabilidade agora instituída como uma medida estrutural de reforma do sistema de segurança social – e, por isso mesmo, caracterizada como uma redução definitiva do montante de pensões já atribuídas – é uma medida similar à antiga contribuição extraordinária de solidariedade (CES) prevista no artigo 78.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013 (Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro), e reproduzida no artigo 76.º da Lei do Orçamento de Estado para 2014 (Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro), entretanto reformulada pela primeira alteração a essa lei (Lei n.º 13/2014, de 14 de março), e que provinha já, ainda que com diferente base de incidência quanto à taxa aplicável e ao universo dos destinatários, das leis que aprovaram os orçamentos do Estado para 2011 e 2012 (artigos 162.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, e 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro).

«O Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da contribuição extraordinária de solidariedade, tal como se encontrava configurada na Lei do Orçamento de Estado para 2013 e no Orçamento Retificativo para 2014 (Lei n.º 13/2014), considerou que, em qualquer dos casos, essa era uma medida de natureza orçamental destinada a vigorar durante um ano e revestia uma natureza excecional e transitória diretamente relacionada com os objetivos imediatos de equilíbrio orçamental e sustentabilidade das finanças públicas, e apenas nesse pressuposto é que legitimou a sua conformidade constitucional à luz dos parâmetros decorrentes do princípio da proteção da confiança e do princípio da proporcionalidade (Acórdãos n.ºs 187/13 e 572/14).

«A diferença específica que pode detetar-se entre a contribuição de sustentabilidade e a contribuição extraordinária de solidariedade, para além do (...) atinente ao seu âmbito material e temporal, reside no desagravamento das taxas de redução da pensão, o que levou o proponente da norma a declarar, na exposição de motivos que acompanhou a correspondente proposta de lei, que «os pensionistas terão um rendimento superior àquele que resultava da aplicação da CES, recuperando, assim, substancialmente, poder de compra».

«De facto, como já foi assinalado, na contribuição de sustentabilidade, a taxa efetiva é de 2% para pensões até € 2000, de 2% a 3,5% para pensões entre € 2000 e € 3500, e de 3,5% para pensões acima de € 3500, ao passo que na CES, na parte que agora interessa considerar (isto é, nas pensões de montante inferior a 11 vezes

o IAS), a taxa era de 3,5% sobre as pensões de valor mensal entre €1350 e €1800 (que passou a incidir posteriormente sobre pensões a partir de € 1000), de 3,5% a 10% sobre pensões de valor mensal entre € 1800,01 e € 3750, e de 10% sobre as pensões de valor mensal superior a € 3750.

«Simplesmente, não é o mero desagravamento das taxas aplicáveis que transforma uma medida típica de disciplina orçamental destinada a obter no imediato uma poupança na despesa pública (como era o caso da CES) numa medida estrutural que vise assegurar a sustentabilidade do sistema público de pensões a médio e longo prazo. Além de que nada garante que o legislador – como sucedeu no passado recente relativamente à CES – venha a alterar a base de incidência da contribuição de sustentabilidade, mediante a alteração da taxa aplicável ou do limiar mínimo a partir do qual há lugar à redução da pensão.»

3. «Acresce – continuava o acórdão (n.º 30) – que não é pela articulação de uma medida de redução de despesa com outras medidas paralelas de aumento de receita – como é o caso do adicional à quotização dos trabalhadores para os sistemas de previdência social e do adicional à taxa normal do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), previstas nos artigos 7.º, 8.º e 10.º do Decreto – que é possível conferir à contribuição de sustentabilidade o sentido de uma medida diretamente vocacionada para a sustentabilidade do sistema de pensões.»

Nem faz sentido (n.º 31) «relativamente ao pagamento de pensões, em que releva o princípio da contributividade e do benefício certo, definir os índices de progressividade para a taxa de redução de pensões em função do resultado financeiro que possa ser obtido (e, portanto, com base num efeito meramente orçamental) e, desse modo, permitir a aplicação de um regime de progressividade diferenciada para os diversos escalões de pensões que necessariamente põe em causa a própria equidade interna do sistema. (...)

«(...) A progressividade da taxa (e sobretudo a progressividade variável em função do escalonamento das pensões) determina que a carreira contributiva dos pensionistas afetados passe a ter um reflexo diferenciado, comparativamente com outros pensionistas sujeitos a uma taxa fixa, no montante total da pensão que vier a ser atribuída por efeito da aplicação da contribuição de sustentabilidade. Com a consequência de ocorrer também uma diferente valoração, em termos contributivos, dos tempos de trabalho que devem ser contabilizados para o cálculo da pensão» (n.º 32).

«Ora, a contribuição de sustentabilidade, pretendendo afetar direitos adquiridos e, portanto, pensões já atribuídas, e produzindo uma redução definitiva das pensões em pagamento, a pretexto de uma alegada sustentabilidade do sistema, é inteiramente indiferente às situações diferenciadas dos pensionistas que, apenas porque abandonaram a vida ativa em momentos temporalmente diversos, se

encontram já numa situação mais gravosa por efeito da evolução legislativa em matéria de pensões. (...)

«(...) Se o legislador cria um novo regime legal que se destina a afetar qualquer situação jurídica que se encontre abrangida pela lei anterior (através da redução definitiva de pensões já atribuídas), não pode deixar de ter em consideração as situações de desigualdade que possam ocorrer no universo dos destinatários da medida (n.º 34). Não pode dizer-se, nessa circunstância, que as diferenças de regimes são decorrentes da normal sucessão de leis. O ponto é que é a nova lei põe em causa o princípio da não retroatividade e passa a aplicar-se a realidades já anteriormente reguladas, que por via do novo regime legal passam a ser marcadas por um tratamento desigual.

«A medida também não resolve qualquer problema no plano da justiça intergeracional, no ponto em que se não apresenta como um modelo de reforma consistente e coerente em que os cidadãos possam confiar. (...)

«(...) E nesse sentido a contribuição de sustentabilidade é completamente indiferente quer ao esforço contributivo dos futuros pensionistas quer à redução que a pensão irá sofrer *ab initio* em consequência dessa evolução legislativa» (n.º 35).

«Nestas circunstâncias (n.º 36), o interesse da sustentabilidade do sistema público de pensões, realizado através de uma mera medida de redução do valor da pensão, sem qualquer ponderação de outros fatores que seriam relevantes para mitigar a lesão das posições jurídicas subjetivas dos pensionistas – mormente no plano da igualdade e equidade interna e da justiça intrageracional e intergeracional –, e desacompanhado também de uma suficiente justificação que possa esbater as dúvidas quanto à adequação e necessidade da medida, não pode ser tido como um interesse público prevalecente face à intensidade do sacrifício que é imposto aos particulares.

«Em suma, a contribuição de sustentabilidade, tal como se encontra gizada nos artigos 2.º e 4.º do Decreto n.º 262/XII, é uma medida que afeta desproporcionadamente o princípio constitucional da proteção da confiança ínsito no princípio do Estado de Direito democrático plasmado no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa.»

4. Votaram vencidas as Juízas Maria de Fátima Mata-Mouros e Maria Lúcia Amaral e o Juiz José da Cunha Barbosa.

Conforme observou a primeira:

«A confiança não pode ser avaliada apenas numa ótica individual, devendo ser considerados também o interesse da comunidade e o princípio da justiça intergeracional. De facto, não é só o valor da pensão atribuída que merece a proteção da confiança. Os cidadãos que agora contribuem também têm uma expectativa

tutelável de que um dia receberão uma pensão suficiente (referente sistémico da proteção da confiança). A superveniência de profundas alterações demográficas e económicas pode conduzir à injustiça de tratamento geracional. Assim, apesar de o sistema de Segurança Social assentar na ideia base de que cada geração de contribuintes (população ativa) financia as pensões da geração de contribuintes precedente (reformados), certo é que a sua lógica é a de que, em princípio, ele só pode proporcionar as prestações que as contribuições podem pagar. Perante uma situação deficitária estrutural, e mesmo assegurando mecanismos de garantia como o Fundo de Estabilização Financeira, inevitável será encontrar uma solução, que pode passar por aumentar as contribuições, reduzir as pensões, ou mesmo recorrer a ambas as soluções em simultâneo.

«O Decreto n.º 262/XII, contemplando a par da contribuição de sustentabilidade, que atinge apenas uma minoria de pensionistas e salvaguarda um valor mínimo de pensão (de € 1.000 – o que representa cerca do dobro do salário mínimo nacional), a consignação da receita resultante do aumento do IVA ao sistema de pensões e a imputação ao custo técnico da eventualidade de velhice do aumento da taxa contributiva é justificado pelo poder político como um passo no sentido da sustentabilidade do sistema. Alterados significativamente os pressupostos em que assentou a determinação do valor das pensões atualmente em pagamento, chamar os aposentados e reformados a contribuir, em nome da solidariedade e justiça intergeracional, para a sustentabilidade do sistema público de pensões não se afigura como sendo uma solução injusta, desproporcionada ou sequer inesperada. Tanto mais porque nenhuma pensão assenta efetivamente numa contribuição prévia correspondente.»

Quanto à caracterização das medidas como transitórias (conjunturais) ou como sistémicas (estruturais), «preocupa-me que o nível de exigência no escrutínio constitucional da norma perante os parâmetros constitucionais possa depender, em larga medida, ou por si só, dessa distinção. Por um lado, independentemente desse caráter estrutural ou conjuntural, os efeitos imediatos para os cidadãos de medidas incidentes sobre prestações periódicas que integram a sua fonte de rendimento serão necessariamente os mesmos. Por exemplo, afirmar que a CES não afetou o direito às pensões por ser temporária é dificilmente compreensível pelo cidadão comum. Por outro lado, a diferenciação baseada no juízo de valor sobre o caráter “sistémico” ou “(a)sistémico” da medida – por vezes desligado da fundamentação do poder político – cria uma incerteza quanto ao grau de escrutínio que será aplicado.

«Caberá ao Tribunal Constitucional qualificar uma medida como uma “reforma consistente e coerente em que os cidadãos possam confiar” (n.º 35 do acórdão) para daí retirar consequências ao nível da sua validade constitucional? Creio ser necessária uma reflexão sobre esta questão.

«No imediato, um efeito indesejado desta jurisprudência poderá ser levar o legislador a optar por medidas transitórias, por estarem sujeitas a um grau de escrutínio menor, que até podem ser mais gravosas para os cidadãos. Até porque a repetição do “transitório” pode constituir uma via para a permanência.»

Ou como escreveu a Juíza Maria Lúcia Amaral:

«O Tribunal não pode marcar a agenda da reforma do nosso sistema previdencial. Não lhe cabe decidir se essa reforma se fará de uma só vez ou se se fará de modo faseado. Dizendo o legislador que a medida que tomou se integra numa primeira fase dessa reforma, não deve nem pode a jurisdição constitucional decidir que assim não tem que ser. Como não pode o Tribunal determinar o teor dessa reforma, identificando as medidas que devem primeiro ser tomadas e as outras, que a elas se seguirão. Por razões de praticabilidade, não pode o Tribunal exigir do legislador que o encetar de uma qualquer mudança sistémica se faça tendo *antes do mais* em conta as carreiras contributivas de cada contribuinte-beneficiário, ou tendo em conta as posições recíprocas de todos os grupos de pessoas que foram sendo abrangidos pelos diferentes regimes, que se sucederam no tempo, relativos ao modo de cálculo das pensões. Em suma, não pode o Tribunal, pela sua natureza de *jurisdição*, impor ao legislador a sua própria visão do que seja uma *reforma justa* do sistema.»

5. O acórdão revela algum desconforto na sua argumentação e alguma dificuldade em se afastar do que o Tribunal havia expandido no acórdão n.º 187/2013 (cfr. n.ºs 62 e segs.). E parece ir longe demais na análise a que procede do regime previsto no Decreto da Assembleia da República – aqui julgamos pertinentes as críticas aduzidas nas declarações de voto acabadas de citar.

O problema essencial não reside, de todo o modo, aí. Está, sim, na própria existência da contribuição de sustentabilidade tal como já estava na “contribuição extraordinária de solidariedade”.

Admitindo, sem conceder, que a contribuição não se reconduz a um imposto – porque, se se reconduzisse, seria inconstitucional, por violação da regra da unicidade do imposto sobre o rendimento pessoal (artigo 104.º, n.º 1 da Constituição) – não pode esquecer-se que os idosos têm direito à segurança económica (artigo 72.º, n.º 1, 1.ª parte), assim como a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social (art. 72.º, n.º 1, 2.ª parte).

Já na sua declaração de voto de vencida ao acórdão n.º 187/2013, a Juíza Maria José Rangel de Mesquita salientava «o nexó fixo entre o sistema de segurança social e o direito à proteção na velhice. À obrigação do Estado de organizar esse sistema acrescia a particular relevância constitucional conferida pelo art. 72.º aos idosos (que, na eventualidade de velhice, adquiriam o direito prestacional à pensão, nos

termos fixados por lei), e ao seu direito à segurança económica – relevância hoje igualmente expressa no art. 25.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na parte em que prevê o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente.

«Uma contribuição extraordinária abrangendo, de modo universal, o conjunto das pessoas que já adquiriram a qualidade de beneficiários de um direito social a uma prestação a título de pensão de aposentação ou reforma ou equiparada, independentemente dos regimes a que estivessem sujeitos e da natureza, pública ou privada, das verbas devidas e da consideração da duração das carreiras contributivas, não caía na zona de previsibilidade de comportamento dos poderes públicos.»

E o Juiz Fernando Vaz Ventura sublinhava «a violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, por a “contribuição extraordinária de solidariedade” operar sacrifício acrescido sobre pensionistas e reformados, também onerados, como os demais contribuintes, com o aumento generalizado de impostos. E não se via como essa condição, em si mesma, justificasse uma obrigação especial na satisfação dos encargos públicos e participação suplementar na correção de desequilíbrios orçamentais, tanto mais quando incidente sobre quem se encontrava numa fase de vida que não permitia procurar outras fontes de rendimento.»

Tal como, relativamente ao acórdão n.º 575/2014, a Juíza Catarina Sarmento e Castro acrescentava que os destinatários desta medida constituiriam um segmento da população que, na sua maioria, se encontrava em especial situação de vulnerabilidade e dependência (por velhice, invalidez, *etc.*). Por razões atinentes à idade e à saúde, encontrando-se fora do mercado de trabalho, estes grupos mostravam-se incapazes de reorientar a sua vida em caso de alteração das circunstâncias¹³.

6. Do mesmo modo, vale a pena reler a anotação de Rui Medeiros ao artigo 72.^{o14}:

«Uma Constituição fortemente comprometida no plano social não pode ignorar um dos grupos sociais mais vulneráveis do nosso tempo: a população idosa. O legislador constitucional revela assim estar consciente de que as ameaças que as populações mais velhas – um grupo cada vez mais relevante na estrutura etária da população – enfrentam (de isolamento, de negligência, de abandono, de maus tratos, de dependência, de medicação, *etc.*) constituem novos desafios num

¹³ Cfr. ainda o parecer n.º 80, de 21 de julho de 2014, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, in *Documentação/14 – anos 2013/2014*, deste Conselho, Lisboa, 2014, págs. 235 e segs.

¹⁴ In JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 1404 e 1405.

Estado de Direitos Fundamentais (Joana Sousa Ribeiro, *Processos de envelhecimento*, págs. 203 e segs.). E, uma vez que a dignidade da pessoa humana concreta e historicamente situada não cessa na velhice, incumbe ao Estado promover uma política de terceira idade que respeite a autonomia pessoal do idoso – o qual, cidadão, estrangeiro ou apátrida (artigo 15.º, n.º 1), conserva a titularidade de direitos fundamentais – e que, evitando o seu isolamento ou a sua marginalização social – ou qualquer situação análoga desconforme com o princípio da dignidade da pessoa humana – o proteja efectivamente enquanto sujeito de direitos.

«A vulnerabilidade manifesta-se, antes de mais, no plano económico e, por isso, o artigo 72.º estabelece que as pessoas idosas têm direito à segurança económica. É sabido que da Constituição não resulta qualquer direito das pessoas idosas à manutenção de uma relação de trabalho subordinado, não podendo as entidades empregadoras ser obrigadas a manter ao seu serviço, por tempo indeterminado, trabalhadores idosos. Mas, justamente por isso, é fundamental garantir ao trabalhador, uma vez chegado à idade da reforma, “a alternativa de repouso com garantia de um «sucedâneo» da retribuição antes percebida pela prestação de trabalho” (Acórdão n.º 581/95 (...)). Com efeito, e embora velhice e reforma não sejam sinónimos, não se pode olvidar que a passagem à situação de reforma e a dependência do sistema de pensões constituem, frequentemente, um importante factor de vulnerabilização e de precarização da vida das pessoas idosas (...). O direito à segurança económica que a Constituição assim autonomiza tem plena justificação, embora deva ser conjugado com o direito fundamental à segurança social das pessoas idosas (consultar anotação ao artigo 63.º) e constitua, nessa medida, uma incumbência do Estado. O núcleo essencial do dever de proporcionar segurança económica aos idosos, que se extrai do artigo 72.º, n.º 1, tem assim em vista as pensões pagas pelo sistema de segurança social que ao Estado cumpre organizar e manter, não compreendendo – sem prejuízo dos limites advenientes do princípio da protecção da confiança – a segurança económica que para os pensionistas decorre de pensões complementares suportadas pela antiga entidade empregadora (cfr., neste sentido, mas aplicando este entendimento aos casos de extinção de uma empresa pública, Acórdão n.º 576/96).»

7. É, no entanto, corrente falar-se em solidariedade ou em justiça intergeracional para justificar providências legislativas como a contribuição extraordinária de solidariedade ou a contribuição de sustentabilidade.

Por exemplo, Suzana Tavares da Silva¹⁵, partindo da verificação que o sistema de segurança social não é apenas um regime financeiro de garantia de condições

¹⁵ *O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013*, in *Cadernos de Justiça Tributária*, abril-junho de 2013, págs. 6 e segs., maxime 11 e segs.

económicas dos trabalhadores após o termo da sua vida activa mas é também, e cada vez mais, uma política económica e social com efeitos significativos sobre a economia mundial; e de que a *justiça intergeracional* repousa sobre uma especial fórmula de *justiça distributiva*, na qual não se atenta apenas na diferença do bem-estar e dos recursos entre diferentes grupos de cidadãos mas também naquela diferença entre os diversos grupos etários, tendo como pressuposto os diversos estágios da vida, ou seja, os diferentes níveis de capacidade de acesso a rendimentos que os indivíduos têm ao longo de uma vida, afirma:

«Assim, se estivermos perante um grupo – os pensionistas – que apresenta condições económicas melhores que outro grupo pertencente a diferente estágio de vida – os jovens desempregados – e se dispusermos de elementos para concluir que o primeiro grupo, quando estava no estágio de vida em que estão agora os segundos, dispunha de condições económicas semelhantes ou melhores, e que os segundos não têm perspectivas de vir a beneficiar no futuro das condições económicas de que neste momento dispõem os primeiros, concluiremos que o *princípio da justiça intergeracional* impõe urna transferência de recursos dos primeiros – dos pensionistas – para os segundos – os jovens desempregados.

«A preocupação de base da *equidade* não pode ser, portanto, a de combater iniquidades existentes entre diferentes grupos etários num determinado momento histórico – elas são normais –, mas sim entre diferentes gerações, no sentido de impedir iniquidades entre diferentes condições de vida considerados os mesmos estágios desta (*lifetimes*). Vale a pena destacar que os actuais pensionistas beneficiaram de um quadro normativo para o cálculo das suas pensões no qual não se encontra reflectido, por exemplo, o desemprego que possam ter sofrido na juventude ou os salários mais baixos que possam ter recebido durante a “crise da década de 80”, isto sem contar já com as situações em que auferem reformas sem correspondência com um esforço contributivo real, seja porque se trata de pensões não contributivas, seja porque manipularam as carreiras contributivas.»

Todavia, observa esta Autora, pode ocorrer «alguma desproporção entre as contribuições e as prestações, desde que fundada, em última instância, numa dimensão concretizadora do *princípio da dignidade da pessoa humana*, ou seja, a *necessidade* de garantir aos mais idosos o mínimo para uma existência condigna, seja porque não dispunham de condições económicas para poder contribuir mais na fase da vida activa, seja porque não acautelaram devidamente a possibilidade de uma sobrevida tão longa, o que acontece, em regra, com os muito idosos (categoria na qual hoje se integram aqueles que têm mais de oitenta anos). A *desproporção* pode igualmente fundamentar-se no *princípio da cooperação entre contemporâneos* (justiça intrageracional), o que significa que em cada momento histórico podemos ter de chamar um grupo etário mais beneficiado a contribuir para sustentar outros que tiveram menos sorte – uma colaboração que pode ser

de empregados para pensionistas, mas pode também bem ser de pensionistas para jovens desempregados, sobretudo se estes pensionistas beneficiaram de condições extraordinárias, quer na determinação da idade da reforma quer na determinação do montante da pensão, ou ainda de pensionistas para pensionistas, como também pode entender-se a CES.»

8. Não se contesta esse princípio de solidariedade ou de justiça intergeracional. Mas importa não esquecer que os mais velhos de hoje já foram jovens e contribuíram então já com a sua força de trabalho e de rendimento para apoiar os que os precederam. Como observa Peter Häberle, a solidariedade entre gerações implica a consideração de uma cadeia de gerações¹⁶, presentes, passadas e futuras; e implica um verdadeiro contrato, avalizado pelo Estado e pelas instituições da sociedade civil.

Nem pode esquecer-se, no respeitante em particular a Portugal, que grande parte dos que, neste momento, se acham aposentados começaram a trabalhar antes de 1974 e de 1976, com escassa proteção social, que muitos foram enviados para as guerras e outros tiveram de emigrar; são pessoas que somente depois disso acederam a patamares de libertação da carência económica, ambiental e cultural em que eles e os seus ascendentes nasceram. Seria, por conseguinte, muito conveniente comparar essas situações com as situações de desemprego e de queda da proteção social que, nos últimos anos, têm atingido os portugueses dos vinte e trinta anos.

Tão pouco negamos haver muitos pensionistas aposentados cedo – a par, note-se dos que se aposentaram no limite de idade, aos 70 anos. Nem, como lembra João Carlos Loureiro, que o montante das pensões revela uma importantíssima dimensão não contributiva, quer no caso da Segurança Social, quer no caso da Caixa Geral de Aposentações¹⁷.

A despeito disto tudo, indiscutível é que foram criadas expectativas aos aposentados, ao longo dos anos e não infirmadas pela lei de que iriam manter as pensões que haviam obtido. Certo é que, se alguns terão podido grangear poupanças suscetíveis de lhes permitir encarar os cortes com menos intranquilidade, a grande maioria só contava com as pensões para subsistir (e, como tem ainda ocorrido no contexto atual, para dar apoio a filhos desempregados). Certo é que pôr em

¹⁶ *L'État Constitutionnel*, trad., Paris, 2004, pág. 143.

¹⁷ *Cortes, pensões e jurisprudência em tempos de crise: entre transitórios e permanentes*, in *O Tribunal Constitucional e a Crise*, obra coletiva (org. por Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho), Coimbra, 2014, pág. 198. E o Autor acrescenta (pág. 199): «no caso das pensões, quer em nome da justiça intergeracional, quer da sustentabilidade, era e é defensável o corte permanente do seu valor, mesmo fora de um quadro económico-financeiro de crise como o que vivemos».

causa esses montantes de pensões atinge o “investimento de confiança” (para empregar uma expressão bem conhecida) em que assenta a convivência pacífica na comunidade¹⁸.

9. Significa isto que menosprezemos as gravíssimas problemáticas da sustentabilidade da segurança social, de quebra da natalidade e das interferências da integração europeia?

Não, naturalmente, mas com outras alternativas, dentro do respeito dos princípios fundamentais da Constituição e da própria Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Esse o desafio ao legislador e à comunidade política no seu conjunto.

XIII

O orçamento dos Açores para 2014

1. O Representante da República para a Região Autónoma dos Açores requereu a apreciação preventiva da constitucionalidade das disposições normativas conjugadas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 43.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional de aprovação do Orçamento dessa região autónoma para 2014.

O Tribunal, pelo acórdão n.º 55/2014, de 20 de janeiro de 2014¹⁹, não se pronunciou pela inconstitucionalidade.

2. Estavam em causa as remunerações complementares atribuídas aos trabalhadores da administração regional e o diploma viria violar, segundo o Representante da República, quer a reserva de competência legislativa da Assembleia da República (indissociável do princípio da solidariedade nacional), quer o princípio da igualdade.

Ao estabelecer um regime legal que visava anular – imediata ou mediatamente – uma parte significativa dos efeitos da redução remuneratória, decorrentes do artigo 33.º do Orçamento do Estado para 2014, no universo dos trabalhadores da administração pública regional, do setor empresarial regional e da administração local insular – apesar de todos estes trabalhadores se encontrarem claramente abrangidos pelo elenco do n.º 9 daquele artigo –, a Assembleia

¹⁸ Sobre o princípio da proteção da confiança, recentemente, PAULO MOTA PINTO, *A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”*, in *O Tribunal Constitucional e a Crise*, cit., págs. 133 e segs.; VITALINO CANAS, *Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicadas ao “corte” de pensões)*, in *Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 1, 2004, págs. 3 e segs.

¹⁹ *Diário da República*, 2.ª série, de 13 de fevereiro de 2014.

Legislativa Regional dos Açores contrariaria uma opção legislativa soberana tomada pela Assembleia da República e cuja índole imperativa estava expressamente plasmada.

A alteração, determinada pelo referido artigo 43.º, visaria subtrair uma categoria delimitada de servidores públicos aos sacrifícios impostos de forma abrangente aos trabalhadores que recebiam a sua remuneração de verbas públicas, contrariando o esforço de reequilíbrio das contas públicas, que os órgãos de soberania tinham vindo a efetuar, desde o Orçamento do Estado para 2011, e acarretando o aumento das despesas com pessoal.

A violação do princípio da igualdade resultava da ausência de um critério material que justificassem o tratamento diferenciado de trabalhadores que, exercendo funções públicas e tendo a mesma remuneração base, pertenciam a aparelhos administrativos diferentes: de um lado, a administração regional autónoma (direta e indireta) e, em certa medida, a administração local açoriana; do outro, a administração estadual, a administração local continental e a administração pública da Região Autónoma da Madeira.

E a circunstância de a Assembleia Legislativa açoriana não ter a possibilidade de emanar uma solução legislativa compatível com o princípio da igualdade, no próprio plano regional (pois não podia dispor sobre os trabalhadores do Estado na região), apenas vinha demonstrar que a competência para legislar, na matéria em questão, tinha necessariamente de ser reservada aos órgãos de soberania e, em particular, à Assembleia da República.

Notificada nos termos da Lei do Tribunal Constitucional, a Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores contestou o primeiro argumento, dizendo, por um lado, que a configuração da tabela introduzida ilustrava o objetivo de não favorecer as remunerações mais elevadas, começando o índice de atribuição a descer a partir dos 2000 € e cessando a sua aplicação no valor de 3050 € de remuneração; por outro lado, que a alteração do regime não impedia a diminuição efetiva do rendimento dos trabalhadores relativamente ao ano anterior, por força dos cortes orçamentais decorrentes da Lei do Orçamento do Estado para 2014.

Acrescia que o legislador regional reconfigurava a medida com recurso a verbas que se encontravam na sua disponibilidade, sem provocar um aumento de transferências financeiras do Orçamento do Estado para o das Regiões; e que a atenuação de sacrifícios era conseguida em detrimento da distribuição de outras vantagens, já que as verbas a utilizar eram desafetadas de outros fins públicos.

3. O Tribunal Constitucional começou por frisar que, se até 2004 o exercício da atividade legislativa do Estado, sob a forma de lei geral da República, condicionava a intervenção legislativa das Regiões Autónomas, no quadro atual a

Constituição dava prevalência – por força do artigo 228.º, n.º 2 – ao ato legislativo regional relativamente à lei nacional, sempre que aquele fosse emitido em matéria de Estatuto, se cingisse ao âmbito regional e respeitasse os limites da reserva dos órgãos de soberania. Nem havia hoje, com o desaparecimento da obrigação de não dispor contra os princípios fundamentais das leis gerais da República, uma relação de hierarquia que submetesse o decreto legislativo regional aos parâmetros fixados em lei nacional (n.º 18).

Por certo, «o Tribunal (n.º 21) tem vindo a sufragar, na linha do Acórdão n.º 258/2007, uma interpretação extensiva do conceito de matérias reservadas, admitindo-se que existem matérias que, mesmo não estando incluídas nas reservas legislativas dos órgãos de soberania reclamariam a intervenção do legislador nacional, já que extravasam o âmbito regional (outros exemplos são o Acórdão n.º 402/2008 ou o Acórdão n.º 613/2011). Mas esta interpretação extensiva da reserva dos órgãos de soberania – tantas vezes operada pela invocação do caráter unitário do Estado e dos laços de soberania nacional – não pode ser vulgarizada de tal modo que faça renascer a necessidade de fazer intervir a noção de «interesse específico da região» abandonada pelo texto constitucional na revisão de 2004. (...)

«Ora, as normas em questão versam matéria enunciada no Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/87, de 26 de março, pela Lei n.º 61/98, de 27 de agosto, e pela Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro). O Estatuto, pelo disposto no artigo 67.º, *alínea f)* – norma que possui valor reforçado, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.º 3, 280.º, n.º 2, *alíneas b) e c)*, e 281.º, n.º 1, *alíneas c) e d)* da Constituição – atribui à Assembleia Legislativa poder para legislar em matéria de “instituição de remuneração complementar aos funcionários, agentes e demais trabalhadores da administração regional autónoma” (...). (n.º 22).

«(...) A norma estatutária credencia a Região para instituir e modelar uma prestação como a que as normas em análise modelam: uma prestação meramente complementar à remuneração, mas com ela não confundível, que assume um cariz ainda predominantemente económico-social. O que não se estranha: as normas estatutárias, na delimitação que realizam, traduzem a preocupação da correção das desigualdades derivadas da insularidade (artigo 229.º, n.º 1, da Constituição) (n.º 23)

«(...) E, ainda que com o complemento remuneratório haja sido minorado o impacto das medidas de redução salarial e do agravamento fiscal resultante da diminuição do diferencial fiscal concedido à Região pela nova Lei das Finanças Regionais, tal prestação não pôs em causa o contributo da Região para o esforço comum da consolidação das contas públicas» (n.º 31).

O acórdão reconhece, não obstante, «que a instituição de uma remuneração complementar regional introduz um regime que diferencia, positivamente, os trabalhadores que recebem por verbas da Região, aumentando o seu rendimento disponível. (...) porém, que não tem fundamento constitucional pretender-se que a igualdade inscrita no artigo 13.º da Constituição obriga a que se omita qualquer diferenciação positiva» (n.º 36).

4. Bem pelo contrário, em declaração de voto de vencido a Juíza Maria Lúcia Amaral lembrou que entre «os domínios da vida fixados nas normas dos Estatutos político-administrativos e aqueles que decorrem do elenco dos artigos 164.º e 165.º da CRP seguramente que haverá muitos outros a requererem regulação, e que nenhuma das duas listas pode prever. E certamente que em alguns desses domínios a competência matricial que, num Estado unitário, o legislador estadual detém – e que é a competência para legislar para todo o território nacional – se converterá em competência *reservada*, e portanto furtada à possibilidade de regulação regional, justamente pelas exigências decorrentes dos princípios da unidade do Estado e da solidariedade entre todos os portugueses».

Na mesma linha, o Juiz Carlos Cadilha votou vencido «por considerar que a alteração introduzida pelo diploma em apreciação no Decreto Legislativo Regional n.º 8/2002/A, de 10 de abril, descaracteriza a remuneração complementar regional que aí se encontrava prevista, em termos de não poder considerar-se já inserida no âmbito da competência legislativa regional a que se reporta o artigo 67.º, alínea f), do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores, visando antes neutralizar em relação aos trabalhadores da administração pública regional a imperatividade das reduções remuneratórias instituídas pelo artigo 33.º, n.º 1, da Lei do Orçamento de Estado para 2014, que deverá entender-se como medida legislativa de âmbito nacional integrada na reserva de competência da Assembleia da República».

Mais desenvolvidamente, a Juíza Maria de Fátima Mata Mouros procurou mostrar «uma incongruência patenteada na tabela que concretiza os coeficientes de atribuição do complemento (tabela anexa ao Decreto Legislativo Regional n.º 8/2002/A, de 10 de abril, aditada pelas normas sob escrutínio no presente processo) que desvirtua a *ratio* do complemento remuneratório de insularidade. Com efeito, entre o escalão de remuneração de 621,35€ e o escalão de 2000€ há um progressivo aumento do complemento à medida que aumenta também a retribuição. Se o objetivo da medida se mantivesse como sendo a correção das desigualdades derivadas da insularidade, este aumento só se poderia justificar se o custo da insularidade fosse mais elevado à medida que aumenta o rendimento do respetivo beneficiário. Será que os custos de insularidade são mais elevados para quem auferir maiores vencimentos? Parece evidente que não. Se legislador

quisesse corrigir o aumento do custo associado à insularidade, a solução lógica seria a atribuição de progressivamente maiores complementos a quem auferir menores remunerações, com eventuais correções pontuais, mas mantendo um critério uniforme – como fez, de resto, para o complemento regional de pensão – v. artigo 38.º do Orçamento Regional.

«Acresce a circunstância de o complemento passar a ser atribuído a escalões de remunerações nunca antes abrangidos por tal benefício (o complemento introduzido pelas normas em análise incide sobre remunerações até aos 3.050 €), o que mais uma vez excede os objetivos definidos na instituição do respetivo regime acima já enunciados – ou seja de “diminuir as desigualdades resultantes do baixo valor das remunerações ou pensões auferidas por uma faixa da população residente nos Açores, traduzindo-se numa medida de justiça social”.

(...)

«Ora, não encontrando o propósito de correção das desigualdades derivadas da insularidade do complemento remuneratório confirmação na sua estrutura normativa, inevitável será concluir que ela não institui um mero complemento social derivado da insularidade. Uma explicação possível para a medida será então a tentativa de neutralização das reduções remuneratórias impostas aos trabalhadores em funções públicas e restantes trabalhadores do setor público pelo Orçamento de Estado de 2013. Mas esse é um objetivo que redundaria na descaracterização da medida e no afastamento do seu objetivo estatutariamente e constitucionalmente estabelecido. (...).»

5. O acórdão não se mostra muito consistente no seu teor argumentativo. Mais consistentes vêm a ser as três declarações de voto dos juízes vencidos acabados de referir.

Não basta simplesmente invocar o carácter periférico das ilhas [artigo 9.º, alínea *h*] da Constituição] ou os custos da insularidade para não invalidar benefícios adicionais que firmam o princípio da igualdade dentro da própria região autónoma.

Poderia até questionar-se a constitucionalidade do atual estatuto dos Açores, ao atribuir à sua Assembleia Legislativa competência para instituir remunerações complementares aos trabalhadores do setor público [artigo 67.º, alínea *f*] e em face da reserva da Assembleia da República quanto ao regime da função pública [artigo 164.º, n.º 1, alínea *t*], reserva que é absoluta frente às Assembleias Legislativas Regionais [artigo 227.º, n.º 1, alínea *b*]). Mas, seja como for, mesmo depois da revisão constitucional de 2004, continua a haver a subordinação de leis regionais a leis nacionais quando a natureza de umas e outras assim o imponha²⁰.

²⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, 4.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 430 e 435 e segs.

O exercício da autonomia regional, por dilatado que seja, não pode contender com os princípios da unidade do Estado e da solidariedade entre todos os portugueses (artigo 225.º, n.º 2).

XIV

Reduções remuneratórias no setor público

1. A Assembleia da República aprovou uma lei a estabelecer uma redução, pelo prazo máximo de quatro anos, das remunerações no setor público, abrangendo desde os titulares dos órgãos do poder político aos funcionários e agentes, a todos os trabalhadores e ao pessoal fora da efetividade de serviço que beneficiassem de prestações pecuniárias indexadas aos vencimentos do pessoal no ativo.

O Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva de constitucionalidade, considerando que as normas do diploma eram suscetíveis de violar os princípios da igualdade e da proteção da confiança. O Tribunal, pelo acórdão n.º 574/2014, de 14 de agosto²¹, pronunciou-se, quanto a algumas dessas normas, pela inconstitucionalidade – as normas conjugadas dos artigos 2.º e 4.º, n.º 1 – e, quanto a outras, pela não inconstitucionalidade – as dos artigos 2.º e 4.º, n.ºs 2 e 3.

2. Depois de caracterizar o Tratado Orçamental de 2012 como um tratado idêntico a qualquer outro (n.º 12), o acórdão reconhece que Portugal se encontra sujeito a um procedimento de défice excessivo, ao abrigo do qual lhe foi estabelecida uma meta precisa de redução do défice para 2,5% do PIB em 2015.

Mas (n.º 12), «independentemente de dúvidas quanto à vinculatividade das recomendações do Conselho (da União Europeia) – adotadas no âmbito do procedimento por défice excessivo –, a verdade é que elas não impõem a Portugal medidas concretas e determinadas para controlo da despesa pública e para redução do défice, antes se limitando a enunciar os objetivos (...), que, esses sim, devem ser obrigatoriamente cumpridos, por força das normas indubitavelmente vinculativas da União Europeia (...). Dito por outras palavras, a vinculatividade do Direito da União Europeia neste domínio não abrange os meios que os Estados-membros utilizam para atingir os objetivos ou metas que lhes são impostos.

«Assim sendo, o facto de se admitir que as normas adotadas e a adotar pelo legislador nacional com vista a prosseguir os objetivos acima referidos se devem conformar com as prescrições da União Europeia não tem consequências do ponto

21 *Diário da República*, 1.ª série, de 3 de setembro de 2014.

de vista da aplicação das normas constitucionais. Pelo contrário, num sistema constitucional multinível, no qual interagem várias ordens jurídicas, as normas legislativas internas devem necessariamente conformar-se com a Constituição (...). Aliás, o próprio direito da União Europeia estabelece que a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-membros, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (cfr. artigo 4.º, n.º 2, do TUE).

«Sublinhe-se, por último, que neste domínio não há sequer divergência entre o Direito da União Europeia e o Direito Constitucional Português. Efetivamente, os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança, que têm servido de parâmetro ao Tribunal Constitucional para aferir da constitucionalidade das normas nacionais relativas a matérias conexas com as que se apreciam nos presentes autos, fazem parte do núcleo duro do Estado de direito, integrando o património jurídico comum europeu, a que a União também está vinculada.»

3. Dito isto, o Tribunal iria distinguir dois períodos (n.º 14 e segs.): o de 2015 e o período subsequente, com juízos contrastantes.

«O ano de 2015 (n.º 16), comporta valorações de sinal contrário. Se, por um lado, culmina uma trajetória de regresso à normalidade ou, pelo menos, de regresso a um patamar liberto do mesmo nível de constrangimentos das escolhas orçamentais que marcaram os anos de 2011 a 2014, não é menos certo que a pendência de um procedimento por défice excessivo, que se segue a um período de assistência económica e financeira, ainda configura quadro especialmente exigente, de excecionalidade, capaz de subtrair a imposição de reduções remuneratórias nesse ano à censura do princípio da igualdade. Releva, nesse juízo, os termos mais mitigados do sacrifício imposto, por efeito da estatuição de reduções remuneratórias inferiores em 20% às que são previstas para o ano de 2014.

«Já o triénio seguinte – 2016/2018 – determina outra apreciação (n.º 17).

«Desde logo, ao contrário do que ainda se poderá entender relativamente aos anos de 2014 e 2015, não estamos já perante intervenção legislativa de índole conjuntural e de resposta a situação de emergência. Como decorre do DEO, o ano de 2017 é aquele em que se prevê que seja atingido o objetivo de médio prazo, o que remete as razões em que se alicerça o programa normativo em apreço, nessa dimensão, para a condição de opção estratégica, que encontra inscrição num quadro *regular* de atuação do Estado, ainda que dominado por exigências de disciplina orçamental e de racionalidade económica.

«A própria conformação do mecanismo de reversão das reduções remuneratórias suporta essa conclusão. Quanto ao ano de 2014, o legislador sinaliza, através da aplicação de reduções remuneratórias no seu nível sacrificial mais elevado, a ausência de margem orçamental que permita evitar ou mesmo reduzir o sacrifício

imposto a um grupo de pessoas. Já no que respeita ao ano de 2015, a medida do sacrifício é reduzida, o que significa que há segurança quanto à verificação de “espaço orçamental”, independentemente da exigente meta do défice e da pendência de procedimento de défice excessivo.

«Mas, daí em diante, nenhuma percentagem de reversão é fixada no n.º 2 do artigo 4.º do Decreto n.º 264/XII, funcionalizando inteiramente as reduções remuneratórias à verificação de “disponibilidade orçamental” por mais três anos. A que acresce, nos termos do DEO, o propósito de condicionar a reversão da medida de redução remuneratória “à redução da massa salarial por efeito quantidade”, obtida a partir da diminuição do número de funcionários públicos.

«Ora, tais razões não justificam, à luz do princípio da igualdade, que as remunerações dos trabalhadores pagos por verbas públicas, e só destes, continuem a ser atingidas por reduções durante esses três anos. Perante a exigência de igualdade na repartição dos encargos públicos, não é constitucionalmente admissível que a estratégia de reequilíbrio das finanças públicas assente na redução da despesa por via da continuação do sacrifício daqueles mesmos trabalhadores.

«Nas circunstâncias atuais (n.º 18), a medida da diferenciação subjacente à fórmula adotada nos n.º 2 e 3 do artigo 4.º, possibilitando (...) a subsistência, por mais três anos, de uma redução remuneratória que pode ser igual a 80% daquela que vem vigorando desde 2011, ultrapassa os limites do sacrifício adicional exigível aos trabalhadores pagos por verbas públicas, nada havendo de comparável que afete outros tipos de rendimentos. Nesta medida, não é possível deixar de considerar que ofende o princípio da igualdade.»

4. Trata-se de um acórdão que procurou fazer um equilíbrio difícil, embora sem conseguir alcançar o consenso, pois houve diversas declarações de voto de vencido cruzadas.

Por nós, tenderíamos, com dúvidas, a aceitar as conclusões a que a maioria chegou.

XV

Um recurso de um tribunal arbitral

1. Nos autos de processo arbitral n.º 24/2010/AHC/AVS, em que era demandante “APL – Administração do Porto de Lisboa, S.A.” e demandada “LISCONT – Operadores de Contentores, S.A.”, foi proferido acórdão, em 14 de outubro de 2011, pelo qual se decidiu «recusar a aplicação, com fundamento na sua inconstitucionalidade, das normas da Lei n.º 14/2010, de 23 de julho,

por violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança legítima, decorrentes do princípio do Estado de direito democrático; e, em consequência, «julgar improcedente o pedido, formulado pela Demandante, de anulação do «Aditamento» ao Contrato de Concessão do Direito de Exploração em Regime de Serviço Público do Terminal de Contentores de Alcântara, celebrado em 21 de outubro de 2008, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 188/2008, de 23 de setembro, entre a Demandante A., S. A., e a Demandada B., S.A., partes do mesmo Contrato».

Tendo havido recurso para o Tribunal Constitucional, este, pelo acórdão n.º 202/2014, de 3 de março²², negaria provimento ao recurso e confirmaria o acórdão.

2. Não foi sequer discutida a competência de fiscalização da constitucionalidade dos tribunais arbitrais, hoje unanimemente reconhecida, embora com fundamentos diversos²³. Foram, porém, versados alguns aspetos do regime do recurso e da aplicação dos princípios e regras constitucionais ao litígio.

Como se lê no texto do acórdão (n.º 1), também no caso de decisões arbitrais, «quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar», o recurso é obrigatório para o Ministério Público.

«A sua aplicação aos recursos das decisões arbitrais que recusem a aplicação de uma norma está portanto fora de dúvida: as razões de ordem pública que justificam a sujeição dos tribunais arbitrais à Constituição conjugam-se especialmente com as razões pelas quais a CRP previu o recurso obrigatório quanto ao Ministério Público.

«Já o mesmo não se diga (n.º 1) quanto ao *modo de tramitação deste tipo de recursos*. Desde logo, há dúvidas quanto ao *modo de comunicação* da decisão arbitral (que recusa a aplicação de normas) ao Ministério Público, para que este possa exercer a função que o n.º 3 do artigo 280.º da CRP lhe atribui. Como não há representação do Ministério Público junto dos tribunais arbitrais, a incerteza – que a lei não resolve – é inelutável. Do mesmo modo, há dúvidas quanto à questão de saber em que tribunal deve ser apresentado o requerimento de interposição do recurso: se no tribunal *a quo*, segundo a regra geral do processo civil, se no tribunal *ad quem*, atentas as especificidades de que se revestem os tribunais arbitrais. A propósito de certas matérias e de certos recursos, a lei resolve este último problema no segundo sentido – dizendo expressamente que o recurso da decisão

²² *Diário da República*, 2.ª série, de 7 de abril de 2014.

²³ V. *Manual de Direito Constitucional*, VI, 4.ª ed., Coimbra, 2013, págs. 225 e Autores e acórdãos citados.

arbitral deve, diferentemente do que resulta da regra geral de processo, ser apresentado no tribunal *ad quem*. É o que sucede, por exemplo, com o Código das Expropriações em relação a todos os recursos (artigo 58.º) ou com a lei sobre arbitragem em matéria tributária em relação aos recursos interpostos para o Tribunal Constitucional (art.º 25.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro). Na ausência de uma regra geral, a dúvida persiste.

«Todas estas dúvidas devem ser respondidas tendo em conta a natureza e razão de ser do recurso que o Ministério Público interpõe, *obrigatoriamente*, quando os tribunais recusam a aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade. É neste contexto *valorativo* que deverá ser resolvida a questão prévia relativa à admissibilidade do presente recurso.

«A recorrida LISCONT – Operadores de Contentores, S.A. (n.º 2), impugna o despacho de admissão do recurso proferido pelo presidente do tribunal arbitral, invocando duas razões essenciais. Por um lado, entende que, sendo o requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade dirigido ao Tribunal Constitucional, não competiria ao presidente do tribunal arbitral decidir sobre a admissibilidade do mesmo; por outro, sustenta que sempre seria de concluir pela extemporaneidade do recurso interposto, atento o prazo previsto no n.º 1 do artigo 75.º da LTC. (...)

«(...) O facto de o requerimento não ter sido dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida não é motivo suficiente para determinar o seu não recebimento. Justamente o que está em causa é a *incerteza* quanto à questão de saber se, atentas as especificidades dos tribunais arbitrais, também aqui vale a regra processual geral, segundo a qual *os recursos se interpõem mediante requerimento dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida*. (...)

«(...) Dúvidas que surjam quanto ao modo de tramitação dos processos em que se manifeste o exercício desta função devem ser resolvidas tendo em conta a *natureza funcional da posição processual do recorrente*, que não corresponde à posição processual típica da “parte” no processo comum.

«Do mesmo modo, ou de acordo com o mesmo método interpretativo, se há de resolver a questão de saber a partir de que momento é que se deve começar a contar o prazo de interposição do recurso, que o n.º 1 do artigo 75.º da LTC fixa em 10 dias.

«(...) uma interpretação do sistema legal que tenha em linha de conta a *natureza e objeto* deste tipo de recursos, o *dies a quo*, a partir do qual se deve começar a contar o prazo fixado no n.º 1 do artigo 75.º da LTC, é, no caso presente, aquele em que, de acordo com os autos, a decisão de recusa de aplicação da norma por parte do Tribunal Arbitral deu entrada nos serviços do Ministério Público junto do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa. Isto é: o presente recurso foi interposto tempestivamente.

«O tribunal arbitral entendeu (n.º 3) que as normas da Lei n.º 14/2010 violavam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, decorrentes do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa e, por isso, julgou inconstitucionais quer o artigo 1.º quer o artigo 2.º do diploma da Assembleia da República. Contudo, a conclusão a que chegou tinha sido precedida da análise de um outro fundamento possível de inconstitucionalidade que acabou por ser afastado. Esse outro fundamento era o da violação do princípio da separação dos poderes. No quadro geral deste princípio, o tribunal demorou-se particularmente na análise da questão de saber se a “decisão” tomada pela Assembleia da República sob a forma de lei se incluiria ainda no âmbito dos *poderes* que àquela Assembleia são pela Constituição atribuídos, ou se, pelo contrário, o legislador parlamentar não teria aqui “invadido” a esfera de atuação que, nos termos da Constituição, apenas compete ao Governo. Este último argumento de inconstitucionalidade foi afastado, pelo que o juízo feito fundou-se apenas em violação dos princípios da “segurança jurídica” e da “proteção da confiança”.»

Por seu lado (n.º 4), o Tribunal Constitucional lembrou os requisitos ou “testes” que, de harmonia com a sua jurisprudência, determinam a tutela jurídico-constitucional da «confiança»: é necessário que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, que tais expectativas sejam legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, que os privados devam ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

Percorrendo, um a um, esses requisitos ou “testes” e procedendo a uma *ponderação* segundo o princípio da *proporcionalidade*, o acórdão concluiu que esta *reavaliação* do interesse público, com um menor peso valorativo se comparada com uma ponderação do interesse público motivada por razões supervenientes, não justificava, todavia, a não continuidade do comportamento que tinha gerado a situação de expectativa da B. A Lei n.º 14/2010 saldou-se numa afetação *demasiado onerosa e arbitrária* das expectativas criadas pelo comportamento estadual.

«Uma afetação *demasiado onerosa* face ao *alcance retroativo* da normação, por via da sua repercussão sobre o «Aditamento ao Contrato», celebrado quase *dois anos* antes. (...) Ponderando o interesse público, reportado ao tempo da emissão do Decreto-Lei n.º 188/2008, o legislador eliminou, *para o passado*, *direitos* que o particular havia *adquirido* contratualmente.

«(...) O contraente público dispõe, entre outros, do poder de *resolver unilateralmente o contrato por razões de interesse público* (artigo 180.º do Código do Procedimento Administrativo; hoje, artigos 302.º e 334.º do Código dos Contratos

Públicos). Mas sendo esta a causa da *resolução* e sendo esta *unilateral* apenas o poderá fazer para o *futuro*. Por outro lado, não dispõe a parte pública de poderes de autoridade em matéria de *invalidade do contrato*, sendo matéria da competência exclusiva dos tribunais quer a anulação quer a declaração de nulidade do contrato.

«A circunstância de as normas da Lei n.º 14/2010 (n.º 5) contrariarem princípios jurídicos que regem os contratos administrativos não pode deixar de relevar também do ponto de vista do *princípio da segurança jurídica*, na sua vertente objetiva. Pese embora a revisibilidade da lei, a crédito do legislador, não é constitucionalmente tolerável que este a *reveja* pontualmente com efeitos que se esgotam num caso concreto (alterando o regime da resolução unilateral do contrato administrativo por razões de interesse público), com quebra da unidade e da identidade da ordem jurídica.»

3. Concordamos com o acórdão.

Somente, teríamos apreciado que ele se tivesse também debruçado sobre o problema, posto pelo tribunal arbitral e resolvido em sentido negativo, da intervenção da Assembleia da República, sob a forma de lei, no domínio de um contrato administrativo.

XVI

Dois casos de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral

1. O Tribunal Constitucional tem competência para apreciar e declarar a inconstitucionalidade e também a ilegalidade de normas jurídicas (artigos 281.º e 282.º). Estas segundas hipóteses correspondem à violação de leis de valor reforçado (artigo 112.º, n.º 3 da Constituição), leis paramétricas de outras leis.

Entre elas contam-se as leis de autorização legislativa relativamente aos decretos-leis e aos decretos legislativos regionais autorizados, as leis de bases em relação aos decretos-leis e aos decretos legislativos regionais de desenvolvimento, as leis de enquadramento orçamental e outras leis de enquadramento, as leis orçamentárias e os estatutos das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

2. No acórdão n.º 315/2014, de 1 de abril²⁴, o Tribunal Constitucional declarou a ilegalidade, com força obrigatória geral, das normas do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, de 9 de maio, na parte aplicável aos recursos

²⁴ *Diário da República*, 1.ª série, de 15 de maio de 2014.

minerais marinhos situados nas zonas marítimas portuguesas, por violação do disposto no artigo 8.º, n.º 3 do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores.

No acórdão n.º 534/2014, de 1 de julho²⁵, declarou também a ilegalidade, com força obrigatória geral, de algumas normas da chamada lei-quadro das fundações (Lei n.º 24/2012, de 9 de julho de 2012), por infringirem normas do mesmo estatuto.

Foram dois dos poucos casos de declaração de ilegalidade de normas legislativas até agora verificados, no primeiro de normas originárias de uma Assembleia Legislativa Regional, no segundo de normas dimanadas da própria Assembleia da República.

XVII

Substituição de uma juíza

Por ter terminado o seu mandato a Juíza Maria João Antunes, professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, foi cooptado para a substituir João Caupers, professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

²⁵ *Diário da República*, 1.ª série, de 28 de julho de 2014.



CUPÃO DE ASSINATURA

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL

 -

 LOCALIDADE

TELEFONE

 N° CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

NÚMEROS AVULSO **€80,00**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€70,00** (DESCONTO DE 12,5%)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUIDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA **O DIREITO** (4 NÚMEROS) DO ANO

_____ DATA

 -

 -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA O DIREITO – JOAQUIM MACHADO, S.A., Rua Fernandes Tomás,
n.º 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net



