

O DIREITO

Ano 147.º (2015), III

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 147.º (2015), III

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

Inocêncio 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

ARTIGOS DOUTRINAIS

JULIO PINHEIRO FARO HOMEM DE SIQUEIRA <i>As quatro fases do constitucionalismo ocidental.....</i>	563
HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS <i>Ação Civil Pública: um dilema referente ao patrimônio histórico e ambiental à luz de um paradigma em juízo</i>	603
MAFALDA MIRANDA BARBOSA <i>Acerca da possibilidade de aplicação do artigo 800.º CC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento</i>	649
DANIELA MIRANTE <i>Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas</i>	685
HUGO LUZ DOS SANTOS <i>Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?</i>	715
MARIA MARGARIDA CANDEIAS <i>A Filosofia de Locke e os Direitos Individuais do Homem</i>	745
RUI TAVARES LANCEIRO <i>O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz</i>	795

ARTIGOS DOUTRINAIS

As quatro fases do constitucionalismo ocidental

DR. JULIO PINHEIRO FARO HOMEM DE SIQUEIRA*

julio.pfhs@gmail.com

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Constitucionalismo antigo*. 3. *Constitucionalismo medieval*. 4. *Constitucionalismo moderno*. 5. *Constitucionalismo contemporâneo*. 6. *Considerações finais*.

RESUMO: Este artigo analisa o surgimento da ideia de constitucionalismo a partir do termo “constituição” e considera que a construção do constitucionalismo ocidental passou por quatro fases: uma fase antiga, que durou até 565, com a decadência total do império romano; uma fase medieval, que terminou em na década de 1650; uma fase moderna, findada em meados do século XIX; e uma fase contemporânea ainda vigente e em processo de consolidação e expansão.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Constituição; Organização do Estado; Organização do poder.

ABSTRACT: This article analyses the advent of the idea on constitutionalism since the term “constitution”, considering four phases for the construction of western constitutionalism: *antique*, which lasts in 565, with the total decay of the Roman Empire; *medieval*, finished in the decade of 1650; *modern*, ended in the middle of the 19th century; and *contemporaneous*, still in force, being in a process of consolidation, and expansion.

KEYWORDS: Constitutionalism; Constitution; State’s organization; Power’s distribution.

* Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Pesquisador Convidado em Direito, Sociedade e Cultura na FDV e em Direito Público na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Professor de Direito Constitucional, Teoria Política e Democracia; Servidor Público Federal.

O Direito 147.º (2015), III, 563-602

1. Introdução

Vários, para não dizer a maioria dos ou quase todos os entendimentos teóricos decorrem de consensos, e consensos não são absolutos, existem apenas para estabelecer um ponto de partida. Quando se fala em constitucionalismo, a mesma estória costuma ser repetida dentre os constitucionalistas: há um consenso de que o constitucionalismo inicia com a revolução americana e a francesa, ambas de fins do século XVIII. O que normalmente se esquece de avisar é que o termo *constitucionalismo* é que começou a ser utilizado àquela época, mas suas ideias centrais surgiram pelo menos na Antiguidade Clássica greco-romana¹. Assim, é preciso que seja rompida – como alguns constitucionalistas já têm feito – a barreira do consensualismo acrítico, “para colher na história os verdadeiros fundamentos do constitucionalismo²”. A isto que se chama aqui de constitucionalismo crítico; não uma simples crítica, mas uma forma crítica de pensá-lo, de entendê-lo e de aplicá-lo.

A palavra *constitucionalismo* não sugere que exista uma Constituição, não pelo menos nos moldes do que se entende atualmente como Constituição, ou seja, um documento codificado que estabelece as regras de organização do Estado e de organização e exercício do poder estatal, além de reconhecer e declarar direitos que abrangem a sociedade à qual se aplica. O que se entende por *Constituição* deve ser recuperado não do que ficou estabelecido nas revoluções americana e francesa do século XVIII, mas antes. Até mesmo porque o constitucionalismo moderno não surgiu nos Estados Unidos ou na França, mas na Inglaterra, no século XVII, como um movimento de oposição ao Antigo Regime, de maneira que se pode dizer que a matriz do constitucionalismo moderno é liberal. Assim, o ponto de partida do presente estudo não é uma revolução específica, nem também um contrato assinado pelos barões com o rei na Inglaterra do século XIII; o que se elege aqui como ponto de partida é o significado do termo *constituição*.

A palavra *constituição* tem origem etimológica no latim *constitutio*, que significa algo diverso do que atualmente se entende por constituição, isto é, o termo latino significava uma promulgação, de maneira que no século II, o seu plural, *constitutiones*, “passou a significar uma coleção de leis editadas pelo Soberano,

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4-5.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12.

tendo também a Igreja adotado o termo para o direito canônico³”. Contudo, nenhum dos dois termos era utilizado frequentemente pelos glosadores medievais ingleses, embora o contrário fosse verdade entre os italianos – e provavelmente entre os demais europeus do continente –, que os utilizavam como sinônimas para lei e édito⁴. Há que se convir, desta forma, que as constituições sempre foram escritas, mas só passaram a ser codificadas em documentos únicos no final do século XVIII.

É claro que não se pode atribuir, porém, tão somente às Constituições, que – assumam-se – são sempre documentos escritos, o funcionamento do Estado, sua organização e o exercício de seu poder, nem a concretização de direitos nelas declarados. Há que se lembrar que o termo *constituição* e sua raiz latina *constitutio* indicam a forma verbal *constituir*, ou seja, trata-se tão-somente do reconhecimento da existência de algo: declara-se e afirma-se que existe, nada mais. Diante disso, não se podem desprezar do constitucionalismo, nem do moderno nem do antigo, as práticas, vale dizer, os costumes – se assim se pode dizer – constitucionais que permitiram, muito mais que tinta sobre o papel ou de talhos em tábuas de pedra ou de metal, que o Estado funcionasse, se organizasse e permitisse o exercício do poder e a concretização de direitos. Nestes termos, equivocam-se os constitucionalistas ao argumentarem que há constituições consuetudinárias, o que há são costumes que permitem que a constituição seja muito mais que um conjunto organizado de letras sobre um substrato qualquer – trata-se daquilo a que muitos autores têm chamado de *constituição viva*.

Mas além do termo latino para *constituição*, há também o termo grego, que lhe é anterior e que servirá, junto com aquele, para direcionar a análise crítica feita neste estudo: o termo é *politéia*, que pode ser traduzida como a maneira pela qual uma sociedade é modelada⁵, o que na Antiguidade clássica se referia à *constituição*. Este fato permite destacar as transformações pelas quais o *constitucionalismo* passou; o que é feito neste estudo, dividindo-as em quatro fases: antiga, medieval, moderna e contemporânea. Sendo que, em cada uma destas fases serão analisados dois dos três elementos da ideia vigente de constitucionalismo: a organização do Estado e a organização/exercício do poder estatal (excluindo-se a análise sobre os direitos e das garantias fundamentais). Inicia-se com o *constitucionalismo antigo*⁶.

³ SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: a preliminary discussion. *The American Political Science Review*, vol. 56, n. 4, Dec. 1962, p. 853.

⁴ SARTORI, Giovanni. Obra citada, p. 853.

⁵ SARTORI, Giovanni. Obra citada, p. 860.

⁶ Há autores que chamam de *constitucionalismo antigo* aquele surgido entre o fim da Idade Média e o início do século XVIII. Ver, por exemplo: LAMAS, Claudia Maria las Casas Brito. O constitu-

2. Constitucionalismo antigo

Embora o termo *constitucionalismo* seja de uso recente, sem ter sido, portanto e muito provavelmente, utilizado na Antiguidade clássica greco-romana, seu uso aqui não se constitui equívoco algum. Já àquela época havia a preocupação de se criar limitações ao poder dos que administravam a *polis*. O constitucionalismo nasceu, ao menos de uma perspectiva ocidental, em Atenas, uma cidade (ou Estado, nos moldes modernos⁷) que é “historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político – *governo de leis, e não de homens* – e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos⁸”. Assim, já na Antiguidade clássica ocidental entendia-se que o poder político (ou poder estatal) deveria ser limitado pela supremacia das leis, não pela prevalência da vontade dos homens.

Em sua *Política*, Aristóteles afirmava que um Estado surgia para atender as necessidades mínimas da vida e continuava sua existência para perseguir a meta do bem viver. Assim, “quando vários povoados se uniam em uma única comunidade, perfeita e ampla o bastante para ou estar próxima de ser ou ser autossuficiente, o Estado surgia⁹”. Para ele, o Estado era natural e anterior ao indivíduo, pois o todo é necessariamente anterior às partes¹⁰, já que as partes dele dependem para existir, ou seja, os indivíduos enquanto parte do Estado não são autossuficientes – se fossem seriam bestas ou deuses, prescindindo da existência do Estado¹¹. Neste sentido, pode-se dizer que os indivíduos passam a compor o Estado, não que eles se reúnem para formar o Estado.

A existência de um Estado ou comunidade política determina a existência de formas de governo, é dizer: de como tal comunidade se organiza e organiza o exercício do poder. Àquela época, falar-se em formas de governo era o mesmo que falar em constituição. Aristóteles, que era também um filósofo político (e de certa forma um constitucionalista), analisou na *Política* algumas constituições, dentre elas a que foi proposta por Platão, em *Leis*, e as constitui-

nalismo moderno, a democracia e os elementos determinantes da opinião pública na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2010, p. 8.

⁷ O termo *polis* geralmente é traduzido como *cidade*. Aqui será traduzido como *Estado*, pois transmite a mesma ideia. A expressão *cidade-estado* significa uma *polis*, como eram consideradas as cidades de Atenas e Esparta, por exemplo, que tinham a estrutura de um Estado, possuindo, inclusive, cada uma sua própria constituição.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, 2009, p. 6.

⁹ ARISTOTLE. *Politics*. Trans. Benjamin Jowett. Oxford: Clarendon Press, 1885, p. 3.

¹⁰ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 4.

¹¹ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 4-5.

ções efetivamente existentes da Lacedemônia, de Creta e de Cartago. Destas três últimas, a que o estagirita entendia a melhor era a de Cartago pelo fato de que, embora contivesse elementos democráticos, foi duradoura; o que se deve à inexistência de rebeliões sobre as quais valha a pena falar e ao fato de nunca ter sido governada por um tirano¹². Assim, uma constituição bem-feita ou uma boa forma de governo era aquela que permitisse uma organização interna estável. Daí a definição de Aristóteles: uma constituição é a organização dos cargos em um Estado, determinando como o corpo de governo de ser composto e qual a finalidade de cada comunidade que compõe o Estado¹³.

Se o Estado é composto por indivíduos, o mesmo não é verdade para o governo. Para Aristóteles, o governo é formado por cidadãos¹⁴. Mas não quaisquer cidadãos. O filósofo grego aponta pelo menos duas limitações. A primeira é de que devem ser considerados comocidadãos aptos a participar do governo apenas aqueles em relação a quem não haja qualquer exceção para o exercício da cidadania. Neste sentido, é preciso distinguir, como faz o estagirita, entre cidadãos em sentido amplo e cidadãos em sentido estrito. A cidadania em sentido amplo é exercida por cidadãos em um sentido restrito, como acontece com as crianças, que são muito jovens para ser registradas, ou com os idosos, que estão dispensados de seus deveres¹⁵. Tratava-se de cidadãos que ainda não se encontravam ou que não se encontravam mais na idade de exercer os seus direitos de cidadania; ou seja, indivíduos que faziam parte do Estado, mas que não poderiam fazer parte do governo.

Além disso, Aristóteles entendia que existiam tantos tipos de cidadãos quantas eram as formas de governo, ou seja, que a cidadania era uma decorrência direta da constituição¹⁶. Isto quer dizer o óbvio: cada Estado tinha um entendimento diferente do que era cidadania e de como ela era ou poderia ser adquirida.

A segunda limitação posta por Aristóteles é de que um Estado é mais bem governado se o governo for composto por cidadãos nem muito ricos nem muito pobres, e sim por cidadãos da classe média, de maneira que quanto mais numerosa for esta classe média melhor, já que a comunidade política será mantida afastada da democracia extrema ou da oligarquia pura, em virtude de estarem diluídas as facções e as dissensões¹⁷.

¹² ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 60.

¹³ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 108.

¹⁴ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 69.

¹⁵ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 67-68.

¹⁶ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 76.

¹⁷ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 128.

É a partir daí que o filósofo grego destaca as formas de governo, destacando que estas são aquelas nas quais um, ou poucos, ou vários governam tendo como objetivo o interesse comum, e que tais formas são subvertidas quando o objetivo é atender ao interesse privado, seja o governo exercido por um, por poucos ou por vários¹⁸. Assim, conforme a classificação do estagirita, as formas de governo seriam as seguintes¹⁹: monarquia, quando um só governa, para atender ao interesse comum, e sua perversão seria a tirania, quando um só governa para atender aos seus próprios interesses; aristocracia (governo dos melhores), quando mais de um (mas não muitos) governa em busca do atendimento do interesse comum, e sua perversão seria a oligarquia, quando alguns governam no interesse de suas riquezas; governo constitucional, quando os cidadãos em geral administram o Estado em busca do interesse comum, sendo sua perversão a democracia²⁰, quando todo o povo governa no interesse da maioria (no interesse dos necessitados).

Note-se que as verdadeiras formas de governo, ao contrário das subvertidas, denotam o governo de leis, não o governo de homens, e buscam o atendimento do interesse comum (ou público) e não do interesse de um, de poucos ou da maioria. Em sua obra, Aristóteles deixa claro que na prática o que se encontra é um sincretismo entre as formas de governo, tanto as verdadeiras quanto as corrompidas, possibilitando várias combinações²¹, a partir dos modos como a comunidade política é organizada e como as funções estatais são tanto organizadas quanto desempenhadas.

Retomando-se a análise feita por Aristóteles das constituições (formas de governo) de Esparta, Creta e Cartago, evidencia-se que o estagirita, ao criticar as formas de participação que as respectivas constituições permitiam no governo, entendia que uma boa constituição seria aquela que estabelecesse instituições que buscassem atender ao interesse comum. Além disso, ao tecer tais críticas, Aristóteles deixou claro o que entendia ser o papel da constituição, que, aliás, ele entendia que deveria ser permanente²²: regulamentar a organização da comunidade política, isto é, do Estado. E isso é de suma importância para que se possam estabelecer as bases do *constitucionalismo antigo*.

¹⁸ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 79.

¹⁹ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 79-83.

²⁰ Para uma análise sobre as origens do termo *democracia*, ver: OBER, Josiah. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule. *Constellations*, vol. 15, n. 1, 2008. Ver, também, para uma análise sobre o significado de *demos* enquanto assembleia: HANSEN, Mogens Herman. The concepts of *Demos*, *Ekklesia*, and *Dikasterion* in Classical Athens. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, n. 50, 2010, p. 508.

²¹ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 124.

²² ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 54.

A escolha de uma ou outra forma de governo depende das características do conjunto de indivíduos que formam a comunidade política²³; assim também a organização do Estado e a distribuição de seu poder. É neste sentido que Aristóteles escreve que²⁴: povos naturalmente virtuosos e capazes de manifestar habilidades políticas organizam melhor o seu Estado sob uma monarquia; de outro modo, aos povos livres governados por homens cuja virtude lhes permite habilidades políticas, a melhor organização do Estado é sob um governo cuja forma seja aristocrática; por fim, povos aos quais convém a liberdade constitucional são aqueles dentre os quais existe naturalmente uma multidão guerreira capaz de, simultaneamente, governar sob e de obedecer a uma lei, que organiza o Estado e distribui o poder, esta última forma de governo, Aristóteles chama governo constitucional. Mas como o poder estatal é distribuído?

A resposta do filósofo estagirita pode ser apreendida a partir das críticas por ele feitas às constituições lacedemônica, cretense e cartaginense e também às constituições propostas por Platão e Hipódamo de Mileto. Como a constituição organiza o Estado e as várias autoridades que exercem o poder, um princípio de resposta à pergunta apresentada é de que o poder estatal só seria exercido com eficiência se a distribuição dos cargos públicos fosse feita entre cidadãos diferentes²⁵, ou seja, se um mesmo cidadão não tivesse mais do que uma função dentro da administração do Estado. A maneira de distribuir os cargos públicos era variável, dependendo das regras estabelecidas nas constituições de cada Estado – o método de escolha (dentre todos os indivíduos que compunham a comunidade política, dentre todos os cidadãos ou dentre os membros da elite), as características consideradas (mérito, idade ou riqueza), o número de membros por função estatal e o tempo de permanência nos respectivos cargos.

Na análise das cinco constituições eleitas por Aristóteles no livro dois da *Política*, a resposta se completa com o destaque das três funções que auxiliam no governo do Estado²⁶, tratados como elementos: deliberativo, executivo e judicial. De acordo com o filósofo grego, “o elemento deliberativo tem competência em questões relativa sobre guerra e paz, em fazer e desfazer alianças, aprovar leis, infligir morte, exílio, confisco, fiscalizar e exigir prestações de contas dos magistrados²⁷”. Em alguns Estados, os conselhos de magistrados ou as assembleias de cidadãos é que funcionavam como elemento deliberativo.

²³ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 104.

²⁴ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 104-105.

²⁵ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 62.

²⁶ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 27-66 e 133.

²⁷ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 133.

As deliberações devem sempre observar a supremacia das leis²⁸, já que, como o próprio Aristóteles afirmava, “onde as leis não têm autoridade, não há constituição; a lei há de ser suprema em relação a todos²⁹”. Portanto, o elemento deliberativo deve sempre obedecer às leis boas, a fim de que haja um bom governo³⁰. O elemento executivo era formado por magistrados – os altos funcionários do governo –, cujo papel principal era governar, podendo também deter as funções de julgar e de deliberar sobre medidas específicas³¹ – o que, aliás, era muito comum. Por fim, o terceiro elemento era o judicial, formado por tribunais, que, em geral, eram competentes para julgar casos sobre: auditorias e escrutínios; cognição das ofensas ordinárias contra o Estado; traição contra o governo; disputas sobre sanções; casos cíveis importantes; homicídios; estrangeiros; e somas de dracmas. Entretanto, se as competências de cada um dos elementos são estas referidas, quem criaria as leis e elaboraria as constituições?

Os chamados legisladores não fazem parte da estrutura de governo que mantém o Estado. Aristóteles descreveu as funções dos legisladores e citou alguns exemplos, mas não esclareceu qual a posição deles na comunidade política, ou seja, se pertencentes a algum dos elementos de governo ou não. Sólon, Faléas e Fédon estão entre os legisladores citados pelo filósofo grego. Todos os três foram estadistas. Fédon de Argos foi uma das figuras centrais da Grécia antiga, tendo sido conhecido como um poderoso e ambicioso legislador, sendo-lhe também creditada a criação de um sistema de pesos e medidas e o primeiro a cunha moedas de prata³². Faléas de Calcedônia foi responsável por uma legislação por meio da qual da propriedade sobre a terra deveria ser distribuída em proporções iguais para todos os cidadãos³³. Por fim, Sólon foi quem criou a constituição de Atenas³⁴, conhecida como constituição soloniana, o que lhe rendeu o reconhecimento como um dos fundadores da democracia ateniense³⁵. Os legisladores eram, assim, indivíduos diferenciados que normalmente partici-

²⁸ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 134-135.

²⁹ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 117.

³⁰ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 122.

³¹ ARISTOTLE. Obra citada, 1885, p. 137.

³² Ver: KÕIV, Mait. The dating of Pheidon in Antiquity. *Studia Humaniora Tartuensia*, vol. 1, n. 1, 2000, p. 1.

³³ Ver: BENFIELD, Michael. Ethics and modern propriety development, 1998, p. 13, nota 50. Disponível em: <http://www.prrs.net/proceedings/proceedings1998/Papers/Ben3Aiii.PDF>. Acesso em 20 jan. 2012.

³⁴ Ver: ARISTOTLE. *The constitution of Athens*. Trans. Thomas J. Dymes. London: Seeley and Co., Limited, 1891.

³⁵ Ver, por exemplo: MIRHADY, David C. Aristotle and the law courts. *Polis*, vol. 23, n. 2, 2006, p. 4.

pavam nos altos postos da administração estatal, ou seja, eram magistrados que tinham a habilidade de criar leis.

Diante dessas considerações, embora se tenha utilizado apenas a *Política* de Aristóteles, que é provavelmente o maior cientista político e constitucionalista grego antigo, fica patente que na Antiguidade clássica grega foram concebidas e praticadas ideias e institutos que são tão atuais como o eram àquela época. A análise feita ao redor do que se entendia como uma *constituição* – isto é: lei que organiza o Estado e que organiza a distribuição e o exercício do poder estatal, determinando a forma de governo – permite destacar que os gregos antigos tinham uma concepção muito clara do que seria o *constitucionalismo*, embora não lhe dessem esse nome. As constituições eram entendidas como leis que deveriam ser respeitadas pelos indivíduos que faziam parte da comunidade política, independente de serem cidadãos; tais leis deveriam organizar o Estado e determinar quais seriam os poderes e como se daria a sua distribuição e exercício. Todavia, não se pode limitar o ideal *constitucionalista* que contribuiu para o *constitucionalismo antigo* à análise da contribuição grega, também há que se analisar a contribuição romana antiga.

Aquilo que Aristóteles chamou de governo constitucional ou *politeia* como uma forma de governo que se degenerava em democracia (*demos, kratos*), os romanos denominaram de democracia ou constituição popular, transmitindo a mesma ideia, ou seja, a de um governo que busca realizar o interesse comum, não o interesse de um (tirania), de poucos (oligarquia) ou da maioria (democracia). O termo *república* (*res, publica*) foi utilizado por Cícero com outro sentido. Comece-se, porém, com um pouco sobre a história de Roma, para que se possa entender a dinâmica da vida política e da organização do Estado e do poder àquela época.

De acordo com Tito Lívio, um historiador romano, o nome Roma foi dado por Rômulo à cidadela que ele havia fundado com seu irmão, Remo, após a morte deste³⁶. Assim, o primeiro magistrado romano, isto é, quem pri-

³⁶ TITO LÍVIO. *História de Roma*. Trad. Paulo Matos Peixoto. São Paulo: Paumape, 1989, vol. 1, p. 28. Escreve o historiador: “Dizem ter sido Remo quem viu aparecer o primeiro augúrio: seis abutres. Já o havia assinalado quando o dobro se apresentou a Rômulo, e ambos foram proclamados reis por seus partidários. Para arrebatar a realeza, uns faziam valer a prioridade, outros o número de aves. A cólera transformou a discussão em sangrento combate e, em meio ao tumulto, Remo caiu ferido mortalmente. Segundo uma tradição mais difundida, Remo, para zombar de Rômulo, teria franqueado de um salto as novas muralhas e Rômulo, enfurecido, o teria assassinado pronunciando estas palavras: ‘Assim acontecerá no futuro a quem saltar sobre minhas muralhas’. Rômulo ficou então senhor absoluto do poder, e a cidadela fundada tomou o nome do fundador”. Sobre esta questão do assassinato de Remo, ver: MEIRA, Sílvio. *Curso de direito romano: história e fontes*. São Paulo: LTr, 1996, p. 28. Escreve o jurista que, depois de avistarem os abutres, “sobre as terras do monte Palatino,

meiro governou Roma foi Rômulo, que teria reunido o povo em assembleia e lhe dado leis, as quais deveriam obedecer³⁷. Com o crescimento da cidade e com o aumento da população, Rômulo criou um conselho de cem senadores, escolhidos dentre cidadãos que pudessem adquirir essa qualidade, honra que lhes valeu o nome de *patres*, sendo que os seus descendentes seriam chamados *patrícios*³⁸. Com a morte de Rômulo, a vacância do trono gerou uma disputa entre a plebe (o povo) e os senadores, resolvida da seguinte maneira: os senadores concederam ao povo o poder supremo, para que este, em assembleia, escolhesse o rei, que só seria reconhecido depois de confirmado pelos senadores³⁹; na prática os senadores é que escolhiam o rei. Durante a realeza⁴⁰, três eram as instituições políticas: o rei (monarca ou déspota), o Senado e as assembleias populares⁴¹.

O quinto rei de Roma foi Tarquínio Prisco, amigo do rei romano Anco Márcio, que lhe precedeu, e tutor dos filhos deste. Com a morte de Tarquínio, ascendeu ao trono, sem o apoio popular, embora com o apoio do Senado, Sêrvio Túlio, cuja mãe era escrava⁴². Sêrvio foi responsável, segundo conta Tito Lívio, pela divisão da sociedade romana em classes e centúrias e pela instituição do censo, uma espécie de contribuição que era paga de acordo com as rendas dos cidadãos e destinada a financiar os gastos do Estado na paz e na guerra, o que permitiu uma extraordinária organização tanto civil quanto militar de Roma⁴³.

A cidade de Roma expandiu-se territorialmente, e Sêrvio Túlio, que não havia sido eleito pelo voto popular, estrategicamente distribuiu, contra a vontade do Senado, as terras que haviam sido conquistadas do inimigo à plebe, que, por fim, lhe deu o seu apoio⁴⁴. Este fato e a ambição por ocupar o trono antes pertencente ao pai levaram Lúcio Tarquínio a tramocar o assassinato de Sêrvio e

Rômulo, utilizando uma charrua conduzida por um boi e uma vaca brancos, escava os alicerces da cidade (*pomerium*). Assim surge a *Roma quadrata*. Zombando do irmão, Remo transpõe o fosso e é morto *incontinenti* por Rômulo”.

³⁷ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 30.

³⁸ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 31.

³⁹ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 42-43.

⁴⁰ A realeza poderia ser uma monarquia (monarca) ou uma tirania (déspota), o que se pode verificar a partir do comportamento do governante.

⁴¹ MEIRA, Sílvio. Obra citada, 1996, p. 30. Segundo informa o jurista, o rei detinha poderes absolutos e era escolhido ou por seu antecessor ou por um inter-rei, indicado pelo Senado, de maneira que não havia a relação de hereditariedade.

⁴² TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 77-78.

⁴³ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 78.

⁴⁴ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 82-83.

a tomar o trono de Roma⁴⁵, tornando-se tirano. O reinado de Lúcio Tarquínio Soberbo findou com uma ordem de exílio determinada por seu sobrinho Lúcio Júnio Bruto, que foi o responsável pela libertação de Roma. Era o final da realeza romana.

A partir de então, Roma não seria mais governada por reis, e sim por dois cônsules, que eram os magistrados supremos da república aristocrática, eleitos anualmente pelo povo, e com poderes administrativos, judiciários e militares. O Senado, quase extinto por Lúcio Tarquínio, foi reavivado, aumentando o número de senadores de cem para trezentos⁴⁶. Além da magistratura, exercida pelos dois cônsules (que tinham como substitutos legais os pretores e eram acompanhados por agentes da polícia chamados *lictors*), havia também o Senado e as assembleias populares.

A *magistratura*, normalmente exercida por cônsules, poderia, em situações emergenciais ou de grande perigo, ser exercida por um ditador, cuja função era debelar a crise, interna ou externa, valendo-se de plenos poderes. Além dos cônsules e dos ditadores, também exerciam o cargo de magistrados, porém especializados, como, por exemplo, os pretores, os censores e os questores⁴⁷. Durante muito tempo, o consulado foi uma magistratura exclusivamente patricia, assim como o tribunato, quando criado, foi uma magistratura formada apenas por plebeus. O *Senado*, também inicialmente privativo dos patrícios, era um órgão consultivo em matérias de interesse público e que não exercia qualquer função legislativa, era “uma espécie de Conselho do povo, ao ratificar as suas decisões por meio da *auctoritas patrum* e também um Conselho para os magistrados, que sempre o consultavam antes de tomar uma decisão de interesse coletivo⁴⁸”. E, por fim, as *assembleias populares*, cujos poderes eram legislativos, eleitorais e judiciário-eleitorais.

Com a ordem de exílio expedida contra todos os membros da família Tarquínia, inclusive do então cônsul Tarquínio Colatino, Bruto convocou os comícios por centúrias, proclamando Públio Valério cônsul⁴⁹. Os comícios por centúrias e os comícios por cúrias eram assembleias populares, isto é, órgãos legislativos, compostos por patrícios, desde Sêrvio Túlio, também por plebeus⁵⁰. Com a morte de Bruto, restou como cônsul Públio Valério, que pro-

⁴⁵ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 86-87.

⁴⁶ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 106.

⁴⁷ MEIRA, Sílvio. Obra citada, 1996, p. 42.

⁴⁸ MEIRA, Sílvio. Obra citada, 1996, p. 48.

⁴⁹ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 108.

⁵⁰ MEIRA, Sílvio. Obra citada, 1996, p. 33-34. De acordo com o jurista, os comícios por cúrias (*comitia curiata*) existiam desde a fundação de Roma, quando Rômulo dividiu a cidade em três tribos, sendo

mulgou leis populares que fizeram com que o povo o aclamasse, rendendo-lhe o cognome de Publícola, isto é, amigo do povo: “entre outros projetos, foram particularmente bem-recebidas pelo povo o que concedia o direito de apelação contra um magistrado e o que consagrava aos deuses infernais a cabeça e os bens de qualquer cidadão que aspirasse ao trono⁵¹”. Após a aprovação de seus projetos, Públio Valério convocou os comícios, que elegeram cônsul Espúrio Lucrecio que, tendo morrido poucos dias depois, foi substituído por Horácio Pulvilo⁵². Públio Valério seria reeleito cônsul várias vezes e, segundo Cícero, teria criado a Casa dos Comuns, formada por pessoas do povo⁵³.

Passados alguns anos da morte de Públio Valério, Roma continuava a ser uma república, mas as divergências internas entre a plebe e os patrícios passaram a ser cada muito comuns. A solução, sempre que havia uma crise, era eleger um ditador. Mânlio Valério, irmão de Públio Valério, foi escolhido e ganhou a confiança da plebe; no entanto, se obteve a paz externa, no que diz respeito à concórdia interna sua proposta foi rejeitada pelos patrícios, que além de cônsules também compunham o Senado, o que o levou a abdicar do cargo de ditador⁵⁴. Para reconciliar plebe e Senado, decidiu-se pela criação do cargo de tribunos da plebe, magistrados que, invioláveis, protegeriam a plebe das ações dos cônsules⁵⁵. A coexistência do Senado e do Tribunato nem sempre foi pacífica, devendo-se recordar que os cônsules, ligados ao Senado, comandavam o exército, formado majoritariamente pela plebe. Aliás, os tribunos, em número de dez (dois para cada classe) possuíam um projeto de lei – a chamada Lei Terentília, que propunha a criação de uma comissão de cinco membros para regulamentar o poder dos cônsules, acabando, assim, com as arbitrariedades cometidas por estes em relação à plebe⁵⁶. A lei, anualmente proposta pelos tribunos não era sequer apreciada pelo Senado.

Como se as disputas entre patrícios e plebeus estivessem à beira de uma guerra civil, os tribunos abriram mão da Lei Terentília e fizeram aos patrícios

que cada uma possuía dez cúrias, as quais se constituíam como unidades políticas e religiosas. Já os comícios por centúrias (*comitia centuriata*) foram instituídas pelo sexto rei romano, Sêrvio Túlio, que dividiu a cidade em tribos por territórios, classificando a população, inicialmente, em quatro tribos urbanas conforme sua localização, às quais os indivíduos pertenciam de acordo com seu patrimônio individual.

⁵¹ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 116.

⁵² TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 116.

⁵³ CICERO, Marcus Tullius. *The treatise on the republic*. Trans. Francis Barham. London: Edmund Spettigue, 1841, p. 235-237.

⁵⁴ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 146-149.

⁵⁵ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 151.

⁵⁶ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 213-214.

uma proposta mais moderada para acabar com as disputas internas: a criação de uma comissão mista formada por plebeus e patrícios para a redação de leis úteis às duas ordens e capazes de assegurar tanto a liberdade quanto a igualdade⁵⁷. Os patrícios concordaram com o projeto, mas o emendaram, de maneira que somente eles poderiam ser legisladores; assim, foram enviados três legados a Atenas para copiar as leis de Sólon e estudar as instituições, os costumes e as leis dos Estados gregos⁵⁸.

Os legados retornaram com as leis áticas e os tribunos insistiam para que fosse iniciada a redação das leis romanas⁵⁹. No 302º aniversário da fundação de Roma, a forma de governo foi mudada, passando-se o poder dos cônsules para os decênviros, magistrados cujas decisões eram inapeláveis⁶⁰; e cuja função era redigir um código de leis. Os decênviros funcionavam como juízes – “exercendo uma justiça rápida e imparcial como a de um oráculo, tanto para os grandes como para os pequenos⁶¹” – e como legisladores – tendo organizado o primeiro código de leis romano.

Tal código foi apresentado ao povo, reunido em assembleia, tratava-se da lei das dez tábuas, que deveria ser analisada e discutida pelos cidadãos romanos; o povo propôs emendas à lei das dez tábuas, que foi, então, submetida aos comícios centuriatos, para aprovação⁶². No entanto, houve um rumor que duas tábuas faltavam e, como o dia dos comícios estava próximo, foi nomeado outro colégio de dez magistrados⁶³ (decênviros). O segundo decenvirato foi marcado pela tirania. Apesar de a lei das doze tábuas já estar completa, os magistrados permaneciam em seus cargos e não se falava na eleição de cônsules e tribunos⁶⁴. Os decênviros subjugavam a plebe, de maneira que retornaram os rumores de uma guerra civil, diante do que os inimigos vizinhos começaram a arregar seus exércitos; o colégio dos dez, sem saber o que fazer, resolveu consultar o Senado, retomando um costume há muito abolido⁶⁵. Em um primeiro momento, os senadores se recusaram a comparecer, tendo comparecido à cúria quando reconvidados. Os decênviros foram mantidos no poder e contra eles

⁵⁷ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 242-243.

⁵⁸ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 243.

⁵⁹ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 243.

⁶⁰ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 243-244.

⁶¹ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 245.

⁶² TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 245.

⁶³ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 245-246.

⁶⁴ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 249.

⁶⁵ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 250.

os soldados e plebeus romanos investiram suas forças, fazendo com que renunciassem⁶⁶. Foram eleitos os tribunos e os cônsules.

A popularidade dos dois cônsules eleitos era tão grande que no primeiro alistamento de seu mandato houve a incorporação de veteranos, tornando o exército mais forte tanto em quantidade quanto em qualidade; e, antes de saírem da cidade, os cônsules apresentaram ao povo a lei das doze tábuas, gravadas em bronze⁶⁷. Esta lei era o principal código de leis da constituição da *república* romana, de maneira que, depois de sua promulgação, raras foram as leis editadas durante a república que entravam em conflito com a lei das doze tábuas; além disso, até o término da república, ocorreram apenas algumas mudanças no que diz respeito ao direito privado, e a legislação sobre reformas constitucionais e administrativas era pouco mais frequentes⁶⁸.

Pois bem, Cícero, um dos principais filósofos e juristas romanos, em *Da República*, fez uma exposição sobre a forma de governo então vigente em Roma, revelando uma crítica ao legado grego sobre a manutenção e a correta administração do governo⁶⁹. Para o filósofo romano, uma república era uma constituição do povo todo, isto é, uma associação de homens reunidos por um acordo comum de justiça e em busca de interesses em comum⁷⁰. Tratava-se de uma associação que era formada, não pela fraqueza dos homens, mas por um espírito de associação naturalmente pertencente a cada um⁷¹, pela natureza gregária dos homens.

De acordo com Cícero, a república, para ser mantida, deveria ser governada por uma autoridade, cujo poder deveria ou ser depositado nas mãos de um monarca (monarquia), ou ser confiado à administração de determinados governantes escolhidos (aristocracia), ou ser assumido pelo povo (democracia ou constituição popular); formas de governo que deveriam ter como objetivo a consecução do interesse público⁷². Para cada uma destas formas, Cícero entendia haver uma forma corrompida, gerada por um tipo de tirania; assim, a monarquia se deturparia em despotismo, a aristocracia em uma facção, e a democracia em uma algazarra⁷³.

⁶⁶ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 257-268.

⁶⁷ TITO LÍVIO. Obra citada, 1989, vol. 1, p. 276-277.

⁶⁸ DU PLESSIS, Paul. *Borkowski's Textbook on Roman Law*. 4. ed. Cambridge: Oxford University Press, 2010, p. 32.

⁶⁹ CICERO, Marcus Tullius. Obra citada, 1841, p. 169-170. ??????????????????????

⁷⁰ CICERO, Marcus Tullius. Obra citada, 1841, p. 172.

⁷¹ CICERO, Marcus Tullius. Obra citada, 1841, p. 172.

⁷² CICERO, Marcus Tullius. Obra citada, 1841, p. 173-174.

⁷³ CICERO, Marcus Tullius. Obra citada, 1841, p. 197.

Assim, para o jurista romano, havia três formas de governo que poderiam ser adotadas sob uma república: monarquia, aristocracia e democracia. Todavia, Cícero entendia que nenhuma dessas três formas de governo seria adequada se adotada exclusivamente, pois acreditava que a tendência delas era corromperem-se em algum tipo de tirania, de maneira que entendia ser muito melhor uma quarta forma de governo que seria um tipo híbrido, misturado e moderado das três formas por ele indicadas⁷⁴. É de se notar que o termo *república* utilizado por Cícero refere-se a *Estado*, que na Grécia antiga, era denominado *polis*. Há que se destacar também que as três formas de governo eram chamadas tanto por ele quanto por Aristóteles de tipos de constituição, isto é, formas de constituição política, de modo que, embora se pudessem utilizar nomenclaturas distintas, as características de cada uma eram muito similares. Outro aspecto interessante é que o constitucionalista romano, bem como o constitucionalista grego, entendia que as formas puras de governo, se praticáveis, não eram duráveis, sendo mais interessante adotar uma forma híbrida. Cícero criticou também a elaboração das constituições gregas, as quais resultaram da genialidade de um único homem, como, por exemplo, a constituição de Atenas, feita por Sólon, para durar durante seu governo; ao contrário, a constituição romana foi fruto do esforço de vários indivíduos e feita para durar gerações, séculos⁷⁵.

A república foi substituída pelo império no final do século I a.C. O governo no alto império foi chamado de principado, enquanto que no baixo império denominou-se *dominato*. Em um e outro o imperador era o governante e detinha as atribuições antes pertencentes aos cônsules e aos tribunos, tendo as magistraturas perdido paulatinamente suas funções e substituídas por outras, que, em geral, representavam o imperador nas províncias⁷⁶. O Senado foi mantido, com um número de 600 senadores (a partir de Augusto), possuindo atribuições eleitorais (a partir de Tibério), legislativas (a partir de Nerva) e administrativas, em relação a finanças e a províncias⁷⁷. Com a cisão do império em 395 foi necessário criar outro Senado, sendo que um funcionava em Roma (império ocidental, que ruiu em 476 com as invasões bárbaras) e outro em Constantinopla (império oriental, que ruiu em 565 com a morte de Justiniano, sendo substituído pelo império bizantino, que duraria até 1453). É importante salientar que neste período o poder de legislar encontrava-se nas mãos do imperador, sendo as principais contribuições as *constituições* – em latim *constituciones* – imperiais, entre elas as que compunham o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano,

⁷⁴ CICERO, Marcus Tullius. Obra citada, 1841, p. 175-176.

⁷⁵ CICERO, Marcus Tullius. Obra citada, 1841, p. 204.

⁷⁶ MEIRA, Sílvio. Obra citada, 1996, p. 105-107.

⁷⁷ MEIRA, Sílvio. Obra citada, 1996, p. 109.

formado pelo Código, pelo Digesto e pelas Institutas, além das Novelas, que eram novas constituições agregadas ao *Corpus*.

Diante desse quadro brevemente descrito – e tendo por base as obras de Aristóteles, de Tito Lívio e de Cícero como representantes da época, embora muitos outros filósofos, juristas, estadistas ou historiadores gregos e romanos pudessem ser utilizados, além de outras obras dos três importantes pensadores, o que não se fez devido ao caráter introdutório deste estudo – nas linhas acima é possível dizer que os gregos muito influenciaram os romanos, apesar das críticas absolutamente normais. Além disso, é possível perceber como nos dois centros da Antiguidade clássica ocidental eram vivas as questões sobre a organização do Estado (em ambos os casos o nome corriqueiro era cidade), chamado de *polis* na Grécia e de *res publica* em Roma, e sobre a organização/exercício do poder, dois aspectos do *constitucionalismo*, inclusive do *antigo*. As formas de governo, chamadas *constitutio* ou *politeia*, dependendo do Estado analisado, eram basicamente iguais: monarquia, aristocracia e governo constitucional (no caso grego) ou democracia (no caso romano). É muito interessante observar, também, que os constitucionalistas de ambos os povos entendiam que a forma de governo mais adequada para a estabilidade do Estado era a forma híbrida. O conceito de *constituição* nesta fase do *constitucionalismo* é, portanto, o de conjunto de leis que organizam a comunidade política.

O fim desta primeira fase pode ser considerado simultaneamente com a queda do império romano do oriente em 565, portanto, no século VI d.C., o que não corresponde à delimitação histórica, pela qual o início da Idade Média se dá já no século V d.C., que coincide com a queda do império romano ocidental em 476, uma vez que a maioria dos historiadores destaca o fim do império romano oriental em 1453, quando ruiu o império bizantino que o substituiu. De qualquer forma, é bastante difícil estabelecer uma data exata para o fim da primeira fase do processo de desenvolvimento do *constitucionalismo*.

3. Constitucionalismo medieval

Todavia, se existe tal dificuldade em relação a datas históricas, o mesmo não se pode dizer quanto aos acontecimentos político-jurídicos. A *fase antiga* do *constitucionalismo* extinguiu-se em 565, mas já tinha terminado muito antes, quando a república fora substituída pelo império, já que, salvo as constituições imperiais, não havia mais espaço para discussões sobre a organização, a distribuição e o exercício do poder estatal, uma vez que o imperador havia concentrado em suas mãos todo o poder do Estado. Entretanto, não se pode equivococar em afirmar que o fim da república romana, a queda do império ocidental em

476 ou a queda do império oriental em 565 fizeram com que os ideais ou as preocupações *constitucionalistas* caíram nas trevas por quase um milênio para ressurgirem na Idade Moderna em 1453, com a queda do império bizantino. Entre 565 e 1453 houve uma preocupação *constitucionalista* distinta daquela manifestada na *primeira fase do constitucionalismo ocidental*. Como é analisado e exposto nesta seção, o corte para o *constitucionalismo medieval* é a Europa da Idade Média, já que a inclusão das considerações a partir de fontes bizantinas ou árabes conduziria a uma abertura que não ocorreu quando da análise efetuada sobre a primeira fase, em que se deixou de lado uma análise do pensamento político-constitucional seja oriental seja africano.

Os impérios romanos sucumbiram senão diante de sua extensão, por conta da distância. O fato é que se um foi tomado pelos bizantinos, o outro, que se desenvolveu no entorno do Mar Mediterrâneo, foi invadido por todos os flancos: os povos árabes invadiram pelo sul, os húngaros pelo leste, os escandinavos pelo norte, os francos no baixo Reno, os alamanos na Germânia central, os vândalos na Hungria e os godos no sul da Rússia, além de outras tribos como os saxões, os burgúndios e os lombardos⁷⁸. É interessante observar que com a queda do império romano do ocidente em 476, com a deposição do imperador, Rômulo Augústulo, o governo romano, “tanto civil como militar, não sofreu mudanças significativas, com os mesmos romanos ocupando os cargos tradicionais⁷⁹”, especialmente sob o governo de um imperador ostrogodo, Teodorico.

A alta Idade Média é marcada pelas invasões aos territórios greco-romanos, com o conseqüente isolamento dos povos que faziam parte dos Estados gregos e do império romano. As cidades foram pilhadas e arruinadas, sendo reduzidas a meras povoações⁸⁰. A instabilidade trazida pelas sucessivas invasões dos povos chamados *bárbaros* provocou, no alto Medievo, da vida intelectual e das preocupações com a organização do Estado e a distribuição do poder⁸¹; foi como se o Estado, baseando-se no que o *constitucionalismo antigo* havia deixado como herança, tivesse desaparecido. Em seu lugar surgiram povoações que tentavam

⁷⁸ BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. 2. ed. Trad. Liz Silva. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 19; WOODHEAD, Henry (ed.). *História em revista: impérios sitiados (200-600)*. Trad. Pedro Maia Soares. Rio de Janeiro: Editora Cidade Cultural, 1990, p. 12: Para se ter uma ideia sobre a extensão territorial do Império Romano, no século III o seu perímetro “estendia-se por 16 mil quilômetros, a partir da muralha defensiva construída na Britânia pelo imperador Adriano. As fronteiras romanas iniciavam-se no mar do Norte, subiam o Reno, acompanhavam o Danúbio até o mar Negro e atravessavam o Cáucaso para alcançar o mar Cáspio. Dali desciam para o Oriente Médio, a Ásia Menor e o Egito, prolongando-se pela costa do norte da África até o Atlântico”.

⁷⁹ WOODHEAD, Henry (ed.). Obra citada, 1990, p. 43.

⁸⁰ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 56.

⁸¹ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 57.

reproduzir a estrutura social dos antigos Estados; tratavam-se dos *feudos*, cidades (ou Estados) de tamanhos variados encasteladas e muradas. O movimento deslocou a preocupação com as expansões territoriais contínuas e sucessivas até então praticadas para a preocupação com a proteção mais sólida da cidade, mantendo-a em uma extensão territorial mais reduzida, se comparada à extensão do império romano, mais fácil de proteger e manter, notadamente, das invasões perpetradas pelos povos bárbaros. Isto não impediu que houvesse circulação de bens, por meio de trocas ou pelo pagamento de foros em virtude do reconhecimento do poder de um chefe ou da proteção por ele garantida⁸². O pagamento de foros decorria de contratos não escritos, entre o senhor feudal e os servos e entre o senhor feudal e os vassallos⁸³; esse tipo de contrato foi mantido inclusive na baixa Idade Média.

No início da alta Idade Média (século V), antes mesmo da derrocada do Império Romano, surgiu um pensamento político caracteristicamente teocrático, “dominado pela presença reitora, em sentido universalista, da Igreja Católica Romana, que, sendo a instituição mais complexa da época, logrou êxito em formar uma verdadeira filosofia do Direito Divino⁸⁴”. É notável que a Igreja Católica Romana tenha ganhado força durante a decadência do Império Romano entre os séculos III e V, por uma questão simples: enquanto o Estado, que era então monárquico e regido por um imperador tendia a desconsiderar as reivindicações populares (é só lembrar que o imperador tomara para si também os poderes dos tribunos, extinguindo o tribunato), a Igreja atuava como um catalisador moral.

Os imperadores romanos contribuíram também para esse quadro quando Constantino, em 313, lançou o Edito de Milão, concedendo liberdade de culto aos cristãos em território romano; e quando Teodósio transformou, em 380, com o Edito de Tessalônica, o Cristianismo a religião oficial do Estado romano⁸⁵. O povo passou a se submeter, assim, a duas autoridades distintas: o papa, que representava Deus, e o imperador, que governava o Estado. Com as invasões bárbaras já no século V, o Império Romano deu lugar a diversos Estados, de vários tamanhos, que se isolaram em cidades muradas para se proteger dos invasores. Então, a única autoridade organizada que sobrara era a da Igreja, que começou a ganhar mais força. A Igreja organizou-se, assim, nos moldes

⁸² BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 83.

⁸³ ALLAN, Tony (ed.). *História em revista: campanhas sagradas (1100 a 1200)*. Trad. Pedro Maia Soares. Rio de Janeiro: Editora Cidade Cultural, 1990, p. 11.

⁸⁴ PAULO, Alexandre Ribas de. A formação do pensamento político na Europa ocidental nos primeiros séculos da era cristã. *Revista Sequência*, n. 49. Florianópolis: Boiteux, dez. 2004, p. 34.

⁸⁵ PAULO, Alexandre Ribas de. Obra citada, 2004, p. 36.

de um Estado, porém com uma hierarquia mais rígida e ainda mais centralizadora⁸⁶. É dessa época a Patrística, doutrina baseada na produção intelectual dos padres da Igreja⁸⁷ e fortemente influenciada pelo neplatonismo.

Mas as principais contribuições ao *constitucionalismo* vieram com a baixa Idade Média, que iniciou um período de desenvolvimento denominado de “renascimento” do século XII⁸⁸. Foi nesta época que as constituições (*constitutiones*), isto é, o conjunto de leis escritas gregas e romanas foi retomado, especialmente por meio do estudo do direito romano, especialmente para a construção do direito canônico. Houve, então, um movimento direcionado para a fixação de regras escritas sobre questões relativas à organização da comunidade política, que era controlada pela Igreja, “que influenciava as relações sociais, os valores culturais e as formas de exercício dos poderes políticos⁸⁹”. A descentralização do poder político secular foi aproveitada estrategicamente pela Igreja para se fortalecer e para determinar os rumos da sociedade durante a Idade Média. A partir do século XI, quando iniciou a baixa Idade Média, o reagrupamento dos elementos sociais em Estados ou principados favoreceu, dentre outras coisas, o renascimento da legislação⁹⁰, a primeira grande reforma da Igreja com a separação provocada pela Igreja oriental em relação à Igreja ocidental, e o início da crise do feudalismo.

A Escolástica, “a mais típica manifestação do pensamento medieval⁹¹”, surgiria no século XII, tendo como seu principal representante Tomás de Aquino que, baseando-se na razão aristotélica, afirmou que o governante – que enfeixaria em suas mãos poderes de governante, de legislador e de juiz – do Estado deveria ser um monarca, cujo papel enquanto autoridade política era direcionar a sociedade humana à prática do bem⁹². Assim, Aquino entendia que a melhor forma de governo seria uma monarquia.

E, ao menos de fato, a monarquia era a forma de governo mais praticada durante a Idade Média, seja o indivíduo chamado de senhor feudal, de rei, de imperador ou de papa – sendo que a sucessão (salvo no caso dos papas), ao

⁸⁶ PAULO, Alexandre Ribas de. Obra citada, 2004, p. 37.

⁸⁷ MACIEL, Marcelo da Costa. A contribuição do pensamento antigo e medieval para o desenvolvimento da Ciência Política. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (org.). *Curso de Ciência Política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 16.

⁸⁸ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 121.

⁸⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. *Crítica Jurídica*, n. 19, jul.-dez. 2001, p. 15.

⁹⁰ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 136.

⁹¹ MACIEL, Marcelo da Costa. Obra citada, 2009, p. 16.

⁹² MACIEL, Marcelo da Costa. Obra citada, 2009, p. 18.

contrário do que ocorria na Roma antiga (especialmente na república), era normalmente hereditária, o que denota uma influência dos bárbaros. Embora se praticasse a forma monárquica, os textos da época, muitos escritos em latim (embora os idiomas nacionais não tivessem sido esquecidos e fossem utilizados para escritos jurídicos, poemas e prosas), mencionam algumas vezes a expressão *res publica*⁹³, o que não significa, em absoluto, que fosse adotada uma forma de governa parecida com a república romana antiga ou mesmo com a *politeía* grega.

A preocupação com a organização do Estado e do poder não chegava nem perto do que havia à época da Antiguidade clássica greco-romana. As funções do governante, um rei ou alto barão, dos Estados feudais eram assegurar a salvação espiritual do seu povo, defendê-lo contra os inimigos externos e manter a paz e a justiça internas⁹⁴. Ao contrário do que ocorria, por exemplo, na república romana antiga, o cargo, que conferia poder ao seu ocupante, era, durante o medievo, confundido com a figura do próprio ocupante, o monarca. No entanto, o monarca não governava sozinho, ou seja, não se poderia equipará-lo a um tirano ou déspota, uma vez que nas decisões sobre assuntos graves era normal que pedissem conselho, não ao povo, que durante a Idade Média foi sempre deixado de lado, mas à sua corte⁹⁵.

O apogeu da baixa Idade Média ocorreu mesmo no século XIII, “período que corresponde ao enfraquecimento da nobreza feudal, ao crescimento da população, à expansão do comércio, ao desenvolvimento das cidades livres e das associações mercantis⁹⁶”. Nesta época já tinham começado a se formar os primeiros Estados monárquicos nacionais (o primeiro foi Portugal, em 1139). O ambiente propício para isso tinha sido formado já na alta Idade Média, quando as povoações criaram feudos circundados por muros, havendo certa coesão entre a população, para combater os ataques bárbaros que lhe trazia insegurança e perturbação à paz.

Esse isolamento permitiu que aos poucos os povos bárbaros instalassem seus próprios Estados e não mais perturbassem os vizinhos. Com o fim das invasões, estes Estados, com tamanhos variados, iniciaram um movimento de expansão de suas terras e de densificação de sua população⁹⁷. Teve início o “renascimento” do século XII. A paz relativa permitiu que se retomasse o comércio, que experimentou nova expansão, especialmente a partir das cidades italianas

⁹³ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 424.

⁹⁴ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 425.

⁹⁵ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 426.

⁹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Obra citada, 2001, p. 22.

⁹⁷ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 438.

de Florença, Milão e Veneza, uma vez que esta região foi a que menos sofreu com as invasões bárbaras⁹⁸. Nesta época, iniciou-se, então, um movimento de afastamento em relação à sociedade feudal⁹⁹, que só terminaria, de uma forma geral, entre no século XVII, na Inglaterra, e no XVIII, na França. O momento culminante do Medievo ocorreu no século XIV, quando as instituições até então hegemônicas entraram em crise, mormente a partir do aumento do poder real e com o aparecimento das monarquias nacionais, que secularizaram a política, e com os movimentos de reforma filosóficos e religiosos¹⁰⁰.

A Idade Média não foi tão profícua quanto a Antiguidade clássica greco-romana em termos de contribuições aos temas caros ao *constitucionalismo*, o que não quer dizer que não teve alguma importância. Aliás, teve muita. Embora alguns autores afirmem que o surgimento do constitucionalismo ocorreu “durante as disputas medievais pelo predomínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região¹⁰¹”, o fato é que não foi bem esta a contribuição medieval. A inauguração do *constitucionalismo* deu-se em fase anterior, o que ocorreu no Medievo foi um intercâmbio de culturas que permitiu a formação de um sistema de direito: a família romano-germânica, o que ocorreu no século XIII a partir dos estudos sobre direito romano nas universidades¹⁰². Como tivesse sido comum aos romanos a criação de leis escritas (máxime a lei das doze tábuas e o *Corpus Iuris Civilis*), a contribuição dos chamados povos bárbaros foi o direito consuetudinário, isto é, o direito não escrito, baseado em costumes (uma exceção foi a *Magna Charta Libertatum*, uma espécie de foral ou contrato solene entre o rei João da Inglaterra e o alto clero e barões do reino). Além disso, a Idade Média, especialmente a partir da formação dos Estados nacionais, monarquias em que o rei ou imperador detinha todo o poder político (governar, administrar, legislar, julgar e comandar militarmente), deixou outro legado, que recebeu o nome de Estado absoluto.

O término da segunda fase do constitucionalismo ocorre entre o século XVII e o XVIII, com a queda das monarquias absolutas, isto é, o fim do Antigo Regime. É que a formação das dessas monarquias não trouxe qualquer contribuição para o *ideário constitucionalista*, já que não era possível falar em organização e distribuição do poder estatal se os reis absolutistas ou os déspotas, esclarecidos ou não, detinha em suas mãos todo o poder, de maneira que pela

⁹⁸ ALLAN, Tony (ed.). Obra citada, 1990, p. 35.

⁹⁹ BLOCH, Marc. Obra citada, 1987, p. 463.

¹⁰⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Obra citada, 2001, p. 22.

¹⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 2010, p. 45.

¹⁰² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 27.

forma de governo já se vislumbra como o Estado se organizava, especialmente em virtude da organização da sociedade em basicamente três classes – nobreza, clero e povo –, onde as duas primeiras gozavam de privilégios em detrimento da terceira. Há que se passar, então, para a próxima fase do constitucionalismo, a etapa *moderna*¹⁰³.

4. Constitucionalismo moderno

O *constitucionalismo moderno* é de matriz liberal, fundamentando-se, assim, sobretudo no liberalismo político moderno, formado pelas transformações que o modelo clássico sofreu até cerca de meados do século XIX. Assim, uma análise das questões sobre a organização do Estado e sobre a organização/exercício do poder político fica mais interessante quando feita a partir do arcabouço teórico e prático que lhe subjaz, que é o liberalismo político moderno¹⁰⁴.

É preciso, porém, destacar, desde logo, que o liberalismo político, em sua origem, foi mais uma oposição contra o Antigo Regime que propriamente uma solução¹⁰⁵, tendo surgido na Inglaterra do século XVIII, quando duas revoluções inglesas (a Puritana e a Gloriosa) culminaram na vitória da burguesia e na deposição do rei, instaurando-se uma monarquia constitucional, limitada pelo Parlamento¹⁰⁶.

John Locke é apontado como o seu pai teórico, podendo-se dizer que o liberalismo político moderno é basicamente contratualista. E a teoria do contrato social, em Locke, preconiza que, antes da instalação de um estado civil, havia um estado natural, em que todos os indivíduos têm o direito natural de punir quem viole a lei de natureza, de modo que, apesar de ser um estado de perfeita liberdade e igualdade¹⁰⁷, pode degenerar em estado de guerra, quando os indivíduos trocam a razão pela violência e pela força. A lei de natureza, que visa preservar o individualismo, é, assim, violada, já que não há uma autoridade

¹⁰³ Há autores que afirmam que o *constitucionalismo moderno* teria surgido em meados do século XVIII e que a fase ainda estaria atuante, com o que aqui não se concorda. Ver: LAMAS, Claudia Maria las Casas Brito. Obr a citada, 2010, p. 8.

¹⁰⁴ Para uma análise sobre as transformações do liberalismo desde Locke até o neoliberalismo, ver, dentre outros: PINHEIRO FARO, Julio. Liberalismos políticos. *Revista dos Tribunais*, vol. 914. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2011.

¹⁰⁵ HOBHOUSE, Leonard T. *Liberalism*. London: Williams & Norgate, 1919, pp. 18-19.

¹⁰⁶ Ver: MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco Carlos (org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, vol. 1, p. 81-82.

¹⁰⁷ RAWLS, John. *Lectures on the history of political philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 11.

superior que obrigue aos indivíduos a se comportarem em conformidade com ela. Logo, para preservar o individualismo, os seres humanos resolvem criar o Estado civil, uma sociedade política que substitui o estado de natureza, como uma etapa superada.

O individualismo é, no entanto, parte de um bem maior que, na concepção lockeana, é o objeto a ser protegido pela criação da sociedade política e do governo: a propriedade¹⁰⁸. Isso porque, em Locke, há dois sentidos para o termo *propriedade*: um amplo, que se refere a tudo o que o ser humano pode produzir a partir de seu trabalho¹⁰⁹; e um restrito, que se refere aos bens móveis e imóveis possuídos pelo indivíduo¹¹⁰. Para o liberalismo político moderno, a propriedade era, portanto, aquilo que decorre do trabalho empregado para adquirir um bem, e não aquilo que advém de uma série de privilégios arbitrariamente concedidos.

Também se verifica uma preocupação com a limitação do poder estatal, representada na divisão do poder político. Como no Estado absoluto o poder político se concentrava em um único exercente, a tendência liberal foi estabelecer a sua divisão. John Locke estabeleceu a existência de três poderes, separando o legislativo e o executivo, e conectando o executivo e o federativo, ao argumento de que a força do Estado não pode ser posta em mãos diferentes¹¹¹.

Além da propriedade, do individualismo e da limitação ao poder estatal, há que considerar também o direito de resistência, pelo qual o povo tem um poder perpétuo e superior ao poder do Estado, podendo afastá-lo ou alterá-lo se não houver correspondência entre as ações estatais e o encargo que o povo confiou ao Estado¹¹².

Em suma, o liberalismo político moderno, em seu modelo clássico, se caracterizava pelo individualismo, vindo a reboque tudo o que permite preservá-lo (a propriedade, as liberdades individuais, a limitação do poder estatal e o direito de resistência).

As ideias lockeanas muito influenciaram as gerações que no século XVIII promoveram a revolução americana e a francesa. E o motivo sempre foi o mesmo, a luta do oprimido pelo oprimido, independentemente da extensão das ambições do oprimido. Os revolucionários do século XVIII buscaram em

¹⁰⁸ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 88.

¹⁰⁹ LOCKE, John. Obra citada, 1973, p. 51 e 57.

¹¹⁰ JORGE, Vladimyr Lombardo. John Locke: lei e propriedade. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (org.). Obra citada, 2009, p. 97.

¹¹¹ LOCKE, John. Obra citada, 1973, p. 97-100.

¹¹² LOCKE, John. Obra citada, 1973, p. 99.

Locke as quatro características fundamentais do movimento liberal moderno. Foi uma época particularmente frutífera para o liberalismo moderno, já que houve uma profusão de ideias que permitiram o surgimento de duas das principais matrizes do pensamento constitucional: de um lado, o constitucionalismo republicano, nos Estados Unidos da América; de outro lado, o constitucionalismo democrático, na França.

Pois bem, retornando-se à matriz liberal do constitucionalismo moderno, tem-se que o modelo clássico pode ser resumido à ideia de limites ao Estado¹¹³: limites aos poderes estatais e às intervenções do Estado no mercado, na economia, e, principalmente, na vida privada, já que também a proteção ao individualismo e a preservação da propriedade são os condutores do pensamento liberal do século XVII, erigindo a liberdade de não interferência do Estado nas relações intersubjetivas como o principal direito do ser humano. A definição do liberalismo político moderno surgiu, pois, como a limitação de todos os poderes estatais.

Essa concepção, que aparenta defender uma ideia de liberdades absolutas, transformou-se, sobretudo no século XVIII e na primeira metade do século XIX. Embora tenha persistido a ideia de direitos naturais que lhe era subjacente, o movimento republicano e o democrático foram determinantes para a construção do *constitucionalismo moderno*. Assim, é necessário que se dê destaque ao conjunto de contribuições trazidas pelo republicoliberalismo e pelo demoliberalismo ao constitucionalismo precedente à atual fase (contemporânea).

Uma fundamental contribuição trazida pelo movimento republicano foi a crítica sensível ao individualismo trazida pelo reconhecimento de liberdades cívicas e políticas – que se constituem como liberdades perante o Estado – em coexistência com as liberdades públicas negativas – que se constituem como liberdades contra o Estado. Esse reconhecimento trouxe a exigência de participação dos cidadãos para a gestão da coisa pública (*res publica*) e também a redução na extensão da concepção de liberdade: enquanto os liberais clássicos entendiam a liberdade como não interferência estatal de qualquer tipo; os republicanos entendiam que a liberdade significava não dominação, ou seja, a não interferência de tipo arbitrário estatal¹¹⁴.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência política & teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56.

¹¹⁴ BERTEN, André. A epistemologia holista-individualista e o republicanismo liberal de Philip Pettit. *Kriterion*, n. 115. Belo Horizonte: UFMG, jun. 2007, p. 9; SAENZ, Carla. Republicanism: an unattractive version of liberalism. *Ethic@*, vol. 7, n. 2. Florianópolis: UFSC, dez. 2008, p. 267; PETTIT, Philip. Freedom as antipower. In: FARRELLY, Colin (ed.). *Introduction to contemporary political theory: a reader*. London: Sage, 2004, p. 154.

O reconhecimento e a redução não foram influentes o suficiente para permitir uma crítica aberta ao individualismo, o que só ocorrerá na fase contemporânea do constitucionalismo, mas foram fundamentais para uma transformação importante no liberalismo político moderno.

A liberdade política e seu anexo dever cívico surgiram no seio de um movimento que tinha por propósito justificar a possibilidade de uma união mais forte entre as 13 Colônias, já transformadas em Estados independentes, reunidos em Confederação. A solução encontrada foi instaurar uma federação, que permitisse uma organização mais coesa desses Estados em prol de sua segurança. Passou-se, assim, a preconizar a necessidade de uma república, que, como bem lembrava James Madison, não pode ser confundida com a democracia, pois, do contrário, o governo republicano estaria limitado a um território reduzido, já que enquanto “na democracia, o povo, pessoalmente, encontra-se no e exerce o governo; numa república, ele se reúne e o administra por meio de seus representantes e agentes”, daí que uma democracia só possa existir em um território pequeno, enquanto que uma república pode se estender por uma vasta região¹¹⁵. Com a escolha da república (ou do governo constitucional, nas palavras de Aristóteles), em detrimento da democracia, os federalistas conseguiram implantar um sistema representativo, em que os cidadãos autorizariam representantes por eles escolhidos a gerir e administrar a coisa pública¹¹⁶; abria-se a porta para o regime representativo.

Portanto, no século XVIII, entendia-se que a expressão *democracia direta* consistia em uma redundância, porque toda democracia era direta, sem exceção, caso contrário, não seria democracia. Então, democrático era o regime em que os cidadãos participavam, teoricamente, do trato da coisa pública eles mesmos, sem intermediários; enquanto que representativo era o regime oposto¹¹⁷, em que os cidadãos autorizariam um grupo menor de cidadãos por eles escolhidos para representar seus interesses e para manejar a coisa pública. A etimologia das duas palavras comprova que há uma enorme diferença. Democracia vem da junção de dois termos gregos: *demos* (povo) e *kratos* (governo), o que, literalmente, quer dizer governo do ou pelo povo. República, por sua vez, vem da junção de dois termos latinos: *res* (coisa, interesse) e *publica* (público, de todos), o que, literalmente, quer dizer interesse ou coisa de todos. Mas a grande dife-

¹¹⁵ MADISON, James. Federalist n. 14. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 63.

¹¹⁶ BOHMAN, James. Cosmopolitan republicanism. In: FARRELLY, Colin (ed.). *Obra citada*, 2004, p. 170.

¹¹⁷ KALYVAS, Andreas; KATZNELSON, Ira. The republic of moderns: Paine’s and Madison’s novel liberalism. *Polity*, vol. 38, n. 4. Hants: Palgrave Macmillan, Oct. 2006, p. 456.

rença não está nas origens etimológicas, mas em como cada uma destas ideias se comporta na prática: enquanto a democracia é regulada pela regra da maioria, isto é, pela supremacia dos homens; a república regula-se pela supremacia da lei (natural), ou, melhor, do interesse público¹¹⁸. Quer dizer, como nem sempre o interesse da maioria representa o interesse público, então, os dois termos não são nem sinónimas nem intercambiáveis.

A representatividade política como forma de manter um governo sobre um vasto território certamente foi colhida da obra de Rousseau¹¹⁹, que entendia que a única democracia possível a direta, mas que esta, a rigor, jamais existiu na prática, pois as circunstâncias acabam por transformá-la em um regime misto¹²⁰. Isto não quer dizer que o autor genebrino aceitasse a representatividade, por ele próprio classificada como uma ideia moderna¹²¹. Na república rousseauiana, os cidadãos não precisam ser representados, basta a sua participação nas coisas públicas¹²². Rousseau pode, neste sentido, ser classificado como um autor idealisticamente democrata e realisticamente republicano.

À representação política os teóricos do republicoliberalismo combinaram soberania popular¹²³; outro tema rousseauiano. O filósofo de Genebra afirma que o Estado se confunde com o soberano e que o governo só existe por causa dele; o soberano é o povo, de onde emana a vontade geral, para que o representante do governo dê ordens ao povo, a fim de manter o equilíbrio do Estado¹²⁴. Daí a ideia de que todo poder emana do povo, o qual, para Rousseau, se encontraria representado apenas no poder executivo (aquele que aplica a lei), já que o povo não poderia ser representado no poder legislativo, em virtude de a lei não ser nada mais que a declaração da vontade geral, que não se representa, porque inalienável¹²⁵. Tanto para Rousseau quanto para Madison e outros liberais, a soberania era imanente, um direito natural, pertencente ao

¹¹⁸ Ver, no mesmo sentido: LA ROSA, Benedict D. Democracy or republic, which is it? Disponível em: <http://www.primum-mobile.net/009/his1.html>. Acesso em 18 jan. 2012.

¹¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

¹²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Obra citada, 1997, p. 150 e 163-164.

¹²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Obra citada, 1997, p. 187; NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFORT, Francisco Carlos (org.). Obra citada, 2006, p. 197.

¹²² ORTIZ LEROUX, Sergio. República y republicanismo: una aproximación a sus itinerarios de vuelo. *Argumentos*, vol. 20, n. 53. México, DF: UAM, 2007, p. 24.

¹²³ KALYVAS, Andreas; KATZNELSON, Ira. Obra citada, 2006, p. 459.

¹²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Obra citada, 1997, p. 137 e 141.

¹²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Obra citada, 1997, p. 188.

próprio povo¹²⁶. A diferença é que na matriz republicana não houve resistência quanto à possibilidade de juntar soberania popular e representatividade.

Deve-se acrescentar à soberania popular e à representatividade a separação dos poderes, uma atualização daquilo que Locke denominou limitação dos poderes políticos. Uma vez que os cidadãos passaram a ser representados, não mais exercendo diretamente sua soberania, foi necessário não só limitar os poderes políticos, mas também os separar, para evitar quaisquer tipos de usurpação do poder, ou, como diria Madison, uma preocupação necessária em favor da liberdade¹²⁷ e dos direitos naturais, de maneira que tais direitos, que já faziam parte do ideário liberal, foram apenas ampliados para reunir liberdades negativas (liberdades contra o Estado) e liberdades positivas (liberdades em favor do Estado).

A separação dos poderes adotada nos Estados Unidos não foi, contudo, exatamente a conhecida proposta de Montesquieu, que considerava que apenas o executivo e o legislativo tinham alguma função e que o judiciário era um poder nulo, já que só lhe cabia servir como boca da lei. Os constitucionalistas estadunidenses criaram o sistema de freios e contrapesos, permitindo que o judiciário fosse controlado e controlasse os demais poderes.

A transformação do liberalismo político moderno também recebeu contribuição francesa. Historicamente, aponta-se a revolução francesa como o marco para o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea, o que não pode ser estendido para o constitucionalismo, cujo momento de transição para à quarta etapa do *constitucionalismo* ocorreu em meados do século XIX. Entretanto, da perspectiva das ideias políticas e constitucionalistas, não houve nada de muito diferente do que se passava nos Estados Unidos desde pelo menos a independência. As características do liberalismo adotado de um e de outro lado do Atlântico diferiram fundamentalmente em virtude de no oeste ter sido adotado o republicoliberalismo e no leste o demoliberalismo; de resto, as características foram basicamente iguais.

Ambas as revoluções se apoiaram no Iluminismo: o uso universalizado da razão ajudou a secularizar “a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis”, consagrados com as declarações de 1776 e de 1789¹²⁸. A ideologia revolucionária iluminista fundava-se, ainda, na crença no progresso visto sob

¹²⁶ SINGER, André. Rousseau e “O federalista”: pontos de aproximação. *Lua Nova*, n. 51. São Paulo: Cedec, 2000, p. 43.

¹²⁷ MADISON, James. Federalist n. 47. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Obra citada, 2001, p. 249.

¹²⁸ BITTAR, Eduardo C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 80. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 643.

os mais variados aspectos e no individualismo, representado especialmente pela defesa das liberdades públicas individuais. Assim, como afirmam muitos autores¹²⁹, a democracia moderna reinventou a clássica nos dois lados do Atlântico quase que simultaneamente – de fato, ainda não era um consenso que os termos república e democracia eram sinonímias ou intercambiáveis, mesmo que as ideias subjacentes a uma e a outra fossem incompatíveis. Há que se frisar, especialmente por um constitucionalismo crítico, que não se confundem repúblicoliberalismo e demoliberalismo.

Embora os teóricos liberal-republicanos tenham buscado algumas de suas ideias em Rousseau, também de matriz republicana, dele divergiram quanto à forma ideal de exercício do regime democrático. Na obra do genebrino é clara a refutação ao sistema representativo¹³⁰, já que haveria uma restrição ao povo em manifestar sua vontade, de modo que a melhor alternativa seria a participação popular, ou, ainda, entender que, para Rousseau, o sistema participativo complementa o representativo¹³¹. Se o pensamento de Rousseau foi adotado nos Estados Unidos, o mesmo não aconteceu na França – apesar de suas inegáveis contribuições para a questão da vontade geral –, onde se preferiu o entendimento de Joseph Sièyes, que, ao contrário do genebrino, defendia a soberania nacional, o que era mais adequado à democracia, para se fazer justiça à escolha. Se a escolha foi correta ou não, esse jogo de probabilidade a história não permite, mas possibilita a comparação: os Estados Unidos experimentaram uma relativa estabilidade, tendo sua constituição, fruto do esforço de muitos homens, perenizado; enquanto que a França experimentou grande instabilidade, já que após a revolução de 1789 e até 1870 experimentou três repúblicas intercaladas por ditaduras, monarquias e impérios, além de várias constituições.

Por conta da retomada da proposta liberal, tanto republicana quanto democrática, é que Tocqueville tem elevada importância enquanto representante do demoliberalismo. Em 1831, quando esteve nos Estados Unidos para realizar um estudo sobre o sistema penitenciário deste país, Tocqueville acabou por empreender um amplo estudo sobre a democracia americana¹³², que resultou em seu livro *Democracia na América* (1835/1840). É a partir dessa obra que se pode dizer que o demoliberalismo despontará. Enquanto os modelos anteriores

¹²⁹ Ver, por exemplo: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

¹³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Obra citada, 1997, p. 186-187.

¹³¹ CABRAL NETO, Antonio. Democracia: velhas e novas controvérsias. *Estudos de Psicologia*, vol. 2, n. 2, 1997, p. 299-300.

¹³² FERREIRA, Lier Pires. Alexis de Tocqueville: o argumento liberal da defesa da liberdade. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (org.). Obra citada, 2009, p. 256.

do liberalismo político moderno se caracterizaram pela defesa do individualismo e das liberdades enquanto direitos naturais e pelo reconhecimento da igualdade formal ou jurídica, baseada em uma igualdade de oportunidades, “a qual prevê a equidade dos pontos de partida e não dos pontos de chegada”, o liberalismo político democrático teve o mérito de atualizar a doutrina liberal, de modo a adequá-la “às reivindicações sociais, políticas e jurídicas dos movimentos democráticos¹³³”. Isto é, não apenas reconhecer a liberdade e a igualdade, mas também relacioná-las e a tratar a igualdade como um fato social, uma igualdade de condições¹³⁴, embora não se lhe desse ainda sentido material, e sim apenas um tratamento enquanto princípio integrante da ordem social democrática, oposto ao mundo aristocrático¹³⁵.

Tocqueville em sua obra lida com o problema da conjugação entre liberdade e igualdade, tema bastante discutido na sociedade francesa desde o século XVIII, buscando, portanto, na *democracia* (na verdade, *república*) recente dos Estados Unidos uma possível resposta. Sua expectativa, segundo ele próprio foi extrair do exemplo norteamericano lições que pudessem servir ao processo de democratização francês, que mais cedo ou mais tarde ocorreria¹³⁶. Ele deixa, assim, claro que cada Estado conta com o seu próprio processo democrático, de maneira que o melhor alcance de uma igualdade de condições sociais e políticas entre os indivíduos, que o processo democrático mais completo e pacífico, depende das características sociais e das ações de seus cidadãos, fatores que determinarão se o Estado será democrático liberal ou tirânico¹³⁷.

A preocupação do autor tem a ver com a questão de “como evitar que o avanço irreversível da igualdade entre os homens não sacrifique a liberdade”, a fim de que se evite que a democracia tirânica prevaleça sobre a democracia liberal¹³⁸. Ou seja, Tocqueville teme a instauração da tirania das massas em lugar da democracia liberal, cuja essência é a soberania absoluta da maioria, já que, “nas democracias, nada há que ofereça resistência à maioria¹³⁹”. Dito de outro modo, para o autor, os males que a igualdade pode produzir devem ser combatidos, e, para ele, o único remédio eficiente para isso é a liberdade polí-

¹³³ CABRAL NETO, Antonio. Obra citada, 1997, p. 294.

¹³⁴ ARON, Raymond. Idées politiques et vision historique de Tocqueville. *Revue Française de Science Politique*, vol. 10, n. 3, 1960, p. 511 e 513.

¹³⁵ RODRÍGUEZ, Gabriela; ILIVITZKY, Matías Esteban. La ‘Democracia’ de Tocqueville: las potencialidades y los problemas de una palabra antigua para dar cuenta de una forma de vida ‘radicalmente nueva’. *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, n. 3, 2006, p. 82.

¹³⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Indianapolis: Liberty Fund, vol. 1, 2010, p. 27.

¹³⁷ FERREIRA, Lier Pires. Obra citada, 2009, p. 258-260.

¹³⁸ FERREIRA, Lier Pires. Obra citada, 2009, p. 260.

¹³⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. Obra citada, 2010, p. 403.

tica¹⁴⁰. Ao defender a soberania da maioria, o liberalismo democrático afasta-se de uma característica marcante do liberalismo político clássico: o individualismo. Para Alexis de Tocqueville, o individualismo “dispõe cada cidadão a se isolar dos seus semelhantes e a se afastar com sua família e amigos, de modo que, depois de ter criado uma pequena comunidade, ele, de bom grado, abandona a sociedade à sua própria sorte¹⁴¹”. E é nesse isolamento que tanto a tirania das massas – entendida como aquela em que a maioria governa de acordo com suas paixões (onipotência da maioria), e não conforme a vontade geral – quanto o despotismo encontram o seu sustentáculo¹⁴².

Verifica-se, portanto, que o demoliberalismo abriu as portas para a transformação do liberalismo político clássico, tanto ao afastar o individualismo e instaurar a necessidade da conjugação entre a liberdade e a igualdade quanto ao admitir a complementaridade entre representação e participação no regime democrático, ou seja, não mais se entenderia dali por diante haver incompatibilidade entre a democracia e o sistema representativo. É nesse estágio de evolução do pensamento político-liberal que surge, ainda que muito abstratamente, a necessidade de tratar a igualdade não apenas formalmente, enquanto igualdade jurídica, mas também materialmente, enquanto igualdade de condições. É a transformação do ideário político-liberal permitida pela tendência republicana e pela democrática que permitirá construir os alicerces do *constitucionalismo contemporâneo*. Além disso, a palavra democracia, marca da primeira metade do século XIX, contracenou ainda naquele século com duas outras também marcantes, socialismo e nacionalismo¹⁴³, que modificariam profundamente o pensamento liberal e o constitucionalismo.

O *constitucionalismo moderno*, terceira etapa da evolução do pensamento constitucional, foi mais profícuo que o *constitucionalismo antigo*, embora neste tenha buscado muito de sua inspiração. É preciso recordar que a ideia de *constituição* é antiga, tendo Aristóteles utilizado o termo *politeia* para significar tanto um conjunto de leis para regulamentar ou para organizar o Estado¹⁴⁴ quanto o governo constitucional que ele entendia ser uma forma ideal de governo em oposição à sua forma corrompida, que seria a democracia. O governo constitucional ou *politeia* proposto por Aristóteles é muito semelhante ao termo

¹⁴⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. Obra citada, 2010, p. 894.

¹⁴¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. Obra citada, 2010, p. 882.

¹⁴² TOCQUEVILLE, Alexis de. Obra citada, 2010, p. 887 e 415.

¹⁴³ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986, p. 244.

¹⁴⁴ PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, tomo I, 1951, p. 102.

república, utilizado pelos romanos, embora não com o significado de forma de governo, mas de Estado, uma vez que os romanos entendiam ser possível uma república democrática – daí a confusão atualmente existente.

Apesar de a ideia ter surgido na Grécia Antiga, etimologicamente a palavra constituição deriva do latim *constitutio*, cujo significado original é o de documento promulgado, lei, édito, adquirindo o seu plural, *constitutiones*, no século II, ou seja, quando o Império Romano já estava em decadência, o significado de um conjunto de leis promulgadas pelo soberano¹⁴⁵. Antes mesmo da conhecida *Magna Charta Libertatum*, por volta dos séculos X e XI surgiu a ideia de constituição que mais se aproxima do sentido que lhe foi dado no século XVIII, “como conjunto sistemático de normas de organização, convivência e instituição de um governo com poderes limitados, tudo isso não apenas como declaração de intenções ou manifesto político, mas com a conotação de Direito vigente¹⁴⁶”. A Magna Carta, datada de 1215, nem mesmo tinha formato de constituição. Redigida em forma de lei, era um foral que atestava a falta de crédito e a decadência do reinado de João Sem Terra: o rei foi obrigado pelos barões e prelados britânicos a assiná-la, “aceitando uma série de limitações ao exercício do poder real” e assumindo “o compromisso de observar certos costumes feudais, respeitando direitos e interesses baroniais que neles se apoiavam, e de não tomar decisões em relação a determinados assuntos, sobretudo em matéria de tributação, sem antes consultar a nobreza” – ou seja: assinou-se um documento que se não era uma constituição, passou a ser considerada, formalmente, como a precursora das constituições modernas¹⁴⁷.

Na Inglaterra do século XVII, a palavra constituição ainda significava conjunto de leis, pois não havia no sistema inglês, misto de direito escrito e consuetudinário, um documento único sobre a limitação do poder e a supremacia da lei e do direito. Havia, sim, um punhado de leis e de costumes que, embora não formassem uma constituição – no sentido de código –, fazia o seu papel. A esse conjunto constitucional britânico foi que Montesquieu se reportou em seu *O espírito das leis*. De fato, embora materialmente a Inglaterra não possuísse um documento codificado a que se pudesse chamar de constituição, o espírito das leis inglesas e dos costumes ingleses era o de formar um conjunto a que se pudesse atribuir o nome que se quisesse – inclusive o de constituição.

Mas o século XVII não foi importante apenas para o constitucionalismo inglês. Também o constitucionalismo estadunidense tem suas origens nesta

¹⁴⁵ SARTORI, Giovanni. Obra citada, 1962, p. 853.

¹⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 2010, p. 63.

¹⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 2010, p. 77-78; COMPARATO, Fabio Konder. Obra citada, 2007, p. 79-80; PINTO FERREIRA, Luiz. Obra citada, 1951, p. 103-104.

época. Contudo, apesar do desenvolvimento da acepção moderna de constitucionalismo – e mesmo da acepção moderna de constituição – ter começado na Inglaterra do século XVII, o seu marco foi fundado nos Estados Unidos, em 1776/1788. Durante o processo de independência e de federalização das treze colônias é que se constituíram as primeiras assembleias ou convenções constituintes para a elaboração das constituições escritas codificadas da era comum – primeiro as estatais, depois a federal. E foi a constituição federal dos Estados Unidos a que inaugurou o sentido *atual* de *constituição*. Madison, considerado pai desta constituição, entendia, muito mais que Jefferson e Marshall, que uma constituição escrita seria a segurança peculiar que garantiria a implantação das instituições políticas dos Estados Unidos, já que uma constituição escrita prescreve quais os limites do poder delegado¹⁴⁸. Mas ser escrita não garantiria, contudo, que o respeito à constituição fosse obrigatório¹⁴⁹. Madison sabia disso e entendia que a eficácia do texto constitucional deveria ser mantida de alguma forma.

Assim, para ele o Judiciário era fundamental, mas não era o porta-voz do espírito da constituição nem era o único legitimado a resolver as questões constitucionais, de maneira que os outros ramos do governo também devem ter o direito de voz na interpretação constitucional¹⁵⁰, o que é uma decorrência do princípio federal, do princípio da separação dos poderes e do sistema de pesos e contrapesos, que seriam relegados como uma boa herança ao *constitucionalismo contemporâneo*.

É interessante observar, ainda, que o constitucionalismo estadunidense reconheceu – muito mais que o britânico, que deu força do Parlamento em relação ao Executivo, e que os teóricos anteriores – não apenas funções ao Executivo e ao Legislativo, mas também ao Judiciário, até então visto como um poder nulo. Neste sentido, é interessante observar que o *constitucionalismo moderno* recuperou a força do *constitucionalismo antigo* adequando-lhe os bons elementos agregados pelo *constitucionalismo medieval*, deixando uma boa base para que a próxima fase pudesse aprimorar.

5. Constitucionalismo contemporâneo

O *constitucionalismo contemporâneo* também possui, a exemplo da fase anterior, matriz liberal, porém esta matriz foi recebida com uma série de modifi-

¹⁴⁸ THOMAS, George. Recovering the political constitution: the madisonian vision. *The Review of Politics*, vol. 66, n. 2, 2004, p. 236.

¹⁴⁹ THOMAS, George. Obra citada, 2004, p. 237.

¹⁵⁰ THOMAS, George. Obra citada, 2004, p. 239.

cações que permitem dizer que o liberalismo político moderno transformou-se, com o tempo, em um liberalismo político contemporâneo¹⁵¹. Seu início pode ser firmado por volta de 1848/1849, quando se afirmava haver um elo entre liberalismo e socialismo, enquanto nos séculos XVII e XVIII ser liberal significava ser partidário, dentre outras coisas, do individualismo, no século XIX, primeiro com Tocqueville, depois com Stuart Mill e Marx, o liberalismo político abandonou sua característica individualista para assumir uma característica socialista. Daí se poder falar em liberalismo contemporâneo, cujo primeiro modelo foi o socioliberalismo. Em sua gênese o socialismo se contrapunha ao individualismo, uma característica do liberalismo político¹⁵². De fato, social opõe-se a individual, enquanto o primeiro se envolvem com o coletivismo, com a cooperação social, o segundo se internaliza, fechando-se em si próprio e em seus próprios interesses. Tocqueville e Stuart Mill já haviam criticado duramente o individualismo nestes termos, tendo se manifestado, inclusive, o chefe do Partido Liberal inglês, Sir William Harcourt, de que os liberais do fim do século XIX são socialistas modernos¹⁵³, ou, em outros termos, sócio-liberais.

É com o socioliberalismo que passam a fazer parte do pensamento liberal noções como solidariedade e seguridade social. A época era de todo propícia, pois no século XIX houve a consolidação da revolução industrial na Europa, tornando-se muito claro o que a exacerbação do individualismo subjacente ao capitalismo poderia legitimar: o capitalista, dono dos meios de produção, preocupava-se com o seu lucro e com o crescimento de sua empresa, alijando os trabalhadores, donos da força de trabalho, de seus sucessos, da participação do crescimento econômico então experimentado. O trabalho mercantilizado e o trabalhador coisificado, sendo sua força de trabalho transformada em mera mercadoria gerou sérias consequências sociais: jornadas de trabalho excessivamente longas, salários igualmente reduzidos, exploração da mão de obra infantil e feminina, condições insalubres, perigosas e penosas de trabalho. Viu-se a economia crescer e a sociedade definhar.

Dois foram os resultados. No campo do liberalismo político viu-se a adoção por vários liberais do socialismo em detrimento do individualismo. Em 1848, Mill se considerava, por exemplo, liberal e socialista, a ponto de ter escrito que o problema social deveria ser visto como a associação da liberdade individual de ação com a propriedade comum da natureza¹⁵⁴. Retomava-se, pois, o esque-

¹⁵¹ Ver, para uma crítica construtiva sobre as transformações no pensamento liberal, dentre outros: PINHEIRO FARO, Julio. Liberalismos políticos. *Revista Portuguesa de Ciência Política*, vol. 1, 2011.

¹⁵² HOBBSBAWM, Eric J. Libéralisme et socialisme: le cas anglais. *Genèses*, n. 9, 1992, p. 48.

¹⁵³ HOBBSBAWM, Eric J. Obra citada, 1992, p. 48-49.

¹⁵⁴ ANDERSON, Perry. As afinidades de Norberto Bobbio. *Novos Estudos*, n. 24, 1989, p. 13.

cido problema lockeano de que a natureza passa a pertencer ao ser humano apenas quando este emprega sobre ela a sua força de trabalho, ou seja, de que só havia propriedade em virtude do trabalho. Problema este que, suplantado pelo individualismo, foi esquecido, e, em certa medida, invertido. Verifica-se, portanto, que o problema social está presente desde o modelo clássico do liberalismo moderno. Não apenas o contratualismo como também Aristóteles entendiam que o ser humano é gregário, seja na convivência com sua família seja na convivência em sociedade. Todavia, com o renascimento do comércio, com as navegações e a revolução industrial, o que houve foi uma exacerbação do individualismo: o que se procurava era o enriquecimento próprio, não da sociedade. Assim, embora a época fosse propícia, o azar do socialismo foi que com o liberalismo e a queda do absolutismo, a burguesia começou a acumular riqueza, a fim de satisfazer seus próprios interesses e conceder a si mesma os privilégios que ambicionava, ao egoísmo de querer apenas para si filiou-se o individualismo, em detrimento da alteridade.

Isso explica o giro no uso do termo *socialista*. Se o liberalismo foi identificado com a revolução industrial, o socialismo passou a ser visto como uma característica do comunismo, que se ligava aos movimentos revolucionários sociais contrários à exploração liberal-capitalista. As revoluções socialistas eclodidas entre 1830 e 1848 na Europa trouxeram o descontentamento de trabalhadores, de pequenos comerciantes, da pequena burguesia, de fazendeiros¹⁵⁵. Assim como uma tempestade que se forma no mar e precipita sobre a terra, o sistema capitalista, com a questão social, vinha se armando em uma crise desde pelo menos 1830, mas, ao invés de estourar na Europa, a crise explodiu nos EUA, quase um século depois, em 1929.

Apesar do rápido alastramento dos ideais comunistas por toda a Europa, a partir da publicação anônima do *Manifesto do Partido Comunista* de Marx e Engels (1848), a revolução de 1848 não foi bem-sucedida. A Europa não mudaria de forma revolucionária¹⁵⁶. Os anseios dos movimentos sociais seriam contemporizados. E o reconhecimento de direitos dos trabalhadores ocorreria na Europa apenas após a Primeira Grande Guerra de 1914-1918. E, curiosamente, a primeira constituição na Europa que reconheceu direitos de conteúdo social foi a de Weimar de 1919, na Alemanha, após a derrota na guerra. Tal constituição, bem como a república por ela estabelecida, teve vida breve (1919-1933), mas foi fundamental para o surgimento da sociodemocracia, outra

¹⁵⁵ HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789-1848*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997a, p. 55.

¹⁵⁶ HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Trad. Luciano Costa Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997b, p. 29.

denominação que se dá ao socioliberalismo¹⁵⁷, e que é marca do Estado liberal social, ou Estado social do bem-estar.

De fato, o Estado liberal social, cuja nidação se deu com o utilitarismo, nasceu no final do século XIX na Alemanha, sob os auspícios de Bismarck, com o nome de Estado providência, entrou na fase adulta na década de 1930, na época da Grande Depressão, após a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, sob o nome de *Welfare State*, com aquilo a que se chama de socioliberalismo em alguns lugares e de sociodemocracia em outros, e atingiu a maturidade após a Segunda Grande Guerra (1939-1945). Se houve um crescimento da intervenção estatal na economia e na sociedade, isso não gerou senão uma confluência entre liberalismo e socialismo, já que nem este prevaleceu nem aquele decaiu. A ideia do Estado mínimo, usada e abusada pelo capitalismo industrial, tornou-se um excesso, privilegiando uns poucos em detrimento da sociedade – havia, pois, algo como uma oligarquia, em vez de uma democracia ou até mesmo uma república.

Em 1930, o momento oportuno para a adoção de um socioliberalismo vinha com o atraso de uma centúria, perdeu-se, na Europa, a oportunidade não perdida pelos estadunidenses de adotar uma nova ideia: um Estado que permitia o desenvolvimento da economia, assegurando um completo rol de liberdades aos indivíduos, e que também se preocupava em oferecer oportunidades, para que eles pudessem escolher o que melhor lhes aprouvesse. Essa é a essência do socioliberalismo: um Estado organizado para oferecer oportunidades para que os indivíduos possam escolher (autonomia) como viver suas vidas.

A Primeira Guerra Mundial terminara e trouxera como espólio uma série de questões mal-resolvidas. A Rússia, que acabara de adotar um regime socialista antiliberal e claramente voltado para o comunismo, representava a extrema esquerda, comunista e totalitária (tirânica). Os Estados Unidos e muitos dos países que a ele se ligavam, europeus, em sua maioria, sofreram muito com a Grande Depressão. E a Alemanha, derrotada na guerra e sujeita ao Tratado de Versalhes, além de também atingida pela crise capitalista, acabou adotando um nacionalismo socialista, antiliberal e, se isso é possível, de extrema direita e de viés totalitário. Assim, entre 1919 e 1939, o baque parecia ter matado o liberalismo.

Mas, felizmente, ele só estava desmaiado. Durante os vinte anos de enfraquecimento¹⁵⁸, cresceram duas forças que se opuseram ao liberalismo: o comu-

¹⁵⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193.

¹⁵⁸ HOBBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 116.

nismo e o nacional-socialismo. O primeiro só entraria em confronto direto, embora frio, com o liberalismo depois da Segunda Guerra Mundial. Já o nacional-socialismo experimentou rápida ascensão e acelerada queda. Enquanto esses regimes totalitários se desenvolviam sobre a base socialista antiliberal, o liberalismo viria a adotar um viés sociodemocrático, incorporando, em definitivo, o aspecto social que já lhe haviam atribuído, embora sem êxito, no século XVIII, e que, em 1936, com a obra de Keynes, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, passou a ser visto com melhores olhos, amadurecendo após a Segunda Grande Guerra, depois da barbárie totalitária.

Essa época da história demonstra como as ideias, dependendo de suas abordagens, podem ser utilizadas para os mais variados propósitos, ou seja, possuem propriedade anfótera, já que, dependendo do meio em que se encontrem, podem se comportar de um ou de outro jeito. Foi assim com o socialismo, que serviu tanto aos regimes totalitários quanto aos liberais. E é igualmente interessante como se opunham os totalitários e os liberais.

Encontra-se na crítica dos cultores do totalitarismo, de maneira geral, o apontamento de que o liberalismo era excessivamente individualista, inviabilizando que os indivíduos se enxergassem como membros de uma sociedade¹⁵⁹. Essa é a mesma crítica que se encontra, por exemplo, em Tocqueville e em Stuart Mill, que não eram totalitários e cuja crítica foi mais bem aproveitada, antes com atraso que nunca, pelo liberalismo contemporâneo, em seu modelo sociodemocrático. E isso porque, se a cisma dos antiliberais, especialmente, os de extrema direita era com o individualismo, eles acabaram adotando, muito paradoxalmente, o nacionalismo, uma ideologia burguesa, embora com conotação popular. Havia nacionalistas para os dois lados, uns na contramão da história e outros de mãos dadas com ela. E a história bem conta: prevaleceram os liberais sociodemocratas.

O novo modelo liberal contemporâneo permitiu o desenvolvimento do *constitucionalismo contemporâneo*, que nasceu já baseado em uma organização do Estado e distribuição do poder político determinados em documentos escritos, codificados ou não, chamados genericamente de *constituições*. No final da primeira metade do século XX, a retomada da impossibilidade de conciliação entre um sistema de participação direta e um de representatividade, foi uma das pedras-de-toque do totalitarismo de direita, devendo-se dar especial destaque a Carl Schmitt, que se fiando na teoria idealista de Rousseau – e, portanto, democrática –, destacava que o sistema representativo (*republicano*), em que

¹⁵⁹ ARAÚJO, Gisele Silva; SANTOS, Rogerio Dultra dos. O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção *versus* liberalismo kelseniano. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (org.). Obra citada, 2009, p. 379.

os cidadãos são representados pelo Parlamento eleito por eles, era uma ideia pertencente ao liberalismo, mas não à democracia¹⁶⁰ – o que se pode dizer parcialmente procedente – e que deveria, assim, ser abandonada. Propugnava-se a adoção da democracia direta, nos termos rousseauianos da vontade geral, com a reunião dos indivíduos em um único corpo que, “ao emanar a sua vontade própria – a vontade geral – ao mesmo tempo de submete a ela¹⁶¹”, e essa vontade única “se liga à conservação comum e ao bem-estar geral¹⁶²”. Neste sentido, a vontade geral só teria lugar em uma democracia direta, pois suprimiria a desigualdade política, por não haver distinção entre governantes e governados¹⁶³.

Não se pode esquecer, contudo, que Rousseau era, na prática, isto é, realisticamente, um republicano, o que fica muito claro em seu entendimento de que a representatividade é um mal necessário¹⁶⁴. Daí se pode dizer que o discurso totalitário era apreciável, mas que, na prática, não havia nem o modelo idealista de democracia, nem o modelo realista de república, o que existia era uma tirania.

E o exemplo que essa tirania deu para o liberalismo e para o constitucionalismo foi de que era preciso adotar o socialismo, ou seja, a cooperação entre os membros da sociedade para o progresso desta, em detrimento do individualismo, ou seja, da prevalência dos interesses próprios. Isto porque os totalitaristas, nazifascistas e comunistas, basearam-se exatamente no apoio das massas, vale dizer, na “maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto¹⁶⁵”. Abocanhou-se, portanto, aquele setor da sociedade até então apolítico e que representava a maioria. A vitória (de Pirro) do totalitarismo rompeu com duas fortes crenças dos países democráticos: primeiro, “a ilusão de que o povo, em sua maioria, participava ativamente do governo e todo indivíduo simpatizava com um partido ou outro¹⁶⁶”, ao contrário, o totalitarismo demonstrou que

¹⁶⁰ ARAÚJO, Gisele Silva; SANTOS, Rogerio Dultra dos. Obra citada, 2009, p. 389.

¹⁶¹ ROMÊO, Christiane Itabaiana Martins. Jean Jacques Rousseau: da inocência natural à sociedade política. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (org.). Obra citada, 2009, p. 175.

¹⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Obra citada, 1997, p. 199.

¹⁶³ ROMÊO, Christiane Itabaiana Martins. Obra citada, 2009, p. 175.

¹⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Obra citada, 1997, p. 150.

¹⁶⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 361.

¹⁶⁶ ARENDT, Hannah. Obra citada, 2009, p. 362.

quem efetivamente governava era uma minoria¹⁶⁷, e que a maior parte do povo era politicamente desinteressada; e, segundo, a ilusão “de que essas massas politicamente indiferentes não importavam”, isto é, que deveriam ficar à margem do processo político¹⁶⁸. Essas crenças foram violentadas pelo totalitarismo, que arregimentou e abraçou as massas, manipulando-as e obtendo, assim, a sua legítima ascensão ao poder.

Essa apatia geral, da perspectiva da construção do *constitucionalismo ocidental*, decorreu de uma característica do liberalismo, que permitiu o surgimento da massa de indiferentes: o individualismo, que, bastante criticado já no século XIX, gerou a introspecção dos indivíduos, e a sua potencialização pelo capitalismo permitiu que a apatia se alastrasse. Tanto as camadas sociais exploradas como as exploradoras se ensimesmaram e permitiram o surgimento de “uma filosofia para a qual o sucesso ou o fracasso do indivíduo em acirrada competição era o supremo objetivo, de tal modo que o exercício dos deveres e responsabilidades do cidadão era tido como perda desnecessária do seu tempo e energia¹⁶⁹”.

A grande diferença foi de que nos idos do século XIX, quando se propôs a substituição do individualismo pelo socialismo, e, depois, quando se fez uma crítica ao capitalismo, não havia o apoio das massas, tratava-se de movimentos setorizados e, por assim dizer, fracos, tanto é que não lograram sucesso. Já no caso dos regimes totalitários, soube-se aproveitar o potencial das massas em favor de um objetivo claro: chegar ao poder e controlá-lo.

Assim, o totalitarismo, uma forma tirânica de governo, demonstrou, mais uma vez, na história do *constitucionalismo ocidental*, que se tratava da pior forma de governo, sobretudo porque enfeixava nas mãos de um único soberano todo o poder político, sem distribuí-lo “democraticamente” (o mais apropriado seria dizer republicanamente), para que se pudessem realizar os interesses públicos, isto é, de todos. No entanto, mesmo com todo o arcabouço político formado a partir das etapas anteriores do *constitucionalismo ocidental*, resolveu-se dar destaque a um Estado Democrático de Direito, isto é, baseado nos interesses da maioria, em detrimento de um Estado Republicano, baseado nos interesses de todos, da maioria e das minorias. Embora, atualmente, tenha se optado por misturar os dois: de um lado, a democracia como um regime de governo em que os representantes da maioria tomam as decisões, ou seja, as decisões per-

¹⁶⁷ Em termos aristotélicos, se o governo buscasse o interesse da sociedade, haveria uma aristocracia, mas se buscasse o interesse dos que estão no poder, o que se teria era uma oligarquia.

¹⁶⁸ ARENDT, Hannah. Obra citada, 2009, p. 362.

¹⁶⁹ ARENDT, Hannah. Obra citada, 2009, p. 363.

tencem à maioria; de outro lado, a república como uma forma de governo ou sistema político, determinando a forma como as instituições políticas estatais se organizam.

6. Considerações finais

Procurou-se, assim, ainda que muito brevemente, expor as transformações operadas no *constitucionalismo ocidental* a partir de suas quatro fases, analisando-se dois de seus três fatores: a organização do Estado e a distribuição (organização/exercício) do poder político estatal – deixando-se de lado, embora isso não queira dizer que são desimportantes, as discussões em torno dos direitos/garantias fundamentais, que, aliás, podem ser vistos como formas de limitação do poder político. Ficou demonstrado que a ideia de *constituição* não é recente, mas que já existia desde a Antiguidade clássica, sob o termo *politeia*, durante a fase *antiga* do constitucionalismo, e tendo como função não apenas organizar o Estado – *polis* (para os gregos), *res publica* (para os romanos) –, mas também limitar a distribuição do poder político.

Todas as ideias, por mais primárias e restritivas que tenham sido no início, sobre o exercício do poder político por órgãos distintos, sobre o controle recíproco destes órgãos, sobre eleição de representantes políticos, sobre a organização do Estado para proteção e para desenvolvimento da sociedade, estavam presentes desde a primeira fase do *constitucionalismo ocidental*. Desta maneira, há que se considerar que o surgimento do constitucionalismo não pode ser atribuído, como geralmente se faz, aos acontecimentos antiabsolutistas dos séculos XVII e XVIII. Tanto na Grécia antiga (com a constituição de Atenas, feita por Sólon e que foi comentada por Aristóteles) quando na Roma antiga (com a lei das doze tábuas, da época da república, e o *Corpus Iuris Civilis*, da época do império) já havia uma *constituição* escrita e codificada, que foi apenas aprimorada com as codificações da Idade Moderna e, depois, da Idade Contemporânea.

Com a segunda fase do *constitucionalismo ocidental*, incorporaram-se novas culturas e, com elas, o entendimento de que as constituições poderiam ser consuetudinárias, ou seja, de que não era preciso uma constituição escrita, codificada ou não, para que a comunidade política se organizasse. Isso, portanto, não foi uma decorrência do direito inglês, o qual possuía, na verdade, uma constituição não codificada, isto é, pulverizada em diversas leis e documentos que representavam o significado de uma constituição. O que a terceira fase do *constitucionalismo ocidental* fez foi recuperar os desenvolvimentos do *constitucionalismo antigo* e adequar alguns desenvolvimentos do *constitucionalismo medieval*, para lançar as bases até hoje seguidas do *constitucionalismo*. Assim, o *constitucio-*

nalismo contemporâneo nada mais é que uma versão do *constitucionalismo moderno* adequada aos séculos XX e XXI; dando-se primazia, é claro, à maior limitação dos poderes políticos e à maior realização, ainda que tímida, dos interesses públicos, tanto da maioria quanto das minorias.

Ação Civil Pública: um dilema referente ao patrimônio histórico e ambiental à luz de um paradigma em juízo

Public Civil Action: a dilemma concerning the historic and environmental public property at sight of a paradigm in court

PROF. DOUTOR HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS

SUMÁRIO: 1. Do caso apresentado em juízo. 2. Da análise judicial: 2.1. Da legitimidade ativa do Ministério Público Federal; 2.2. Do Agravo Retido interposto pela empresa-ré e do pedido de realização de nova perícia topográfica; 2.3. Da propriedade do terreno onde estão sendo construídas as duas torres. 3. Dos Pareceres do Município e do IPHAN: 3.1. Dos Pareceres da Prefeitura: 3.1.1. Contrário às Torres; 3.2. Pareceres do IPHAN. 4. Da Perícia Arqueológica. 5. Resumo da audiência de esclarecimento de Perícia Arqueológica. 6. Da Perícia Topográfica. 7. Das questões veiculadas nesta ação civil pública sob investigação do Ministério Público do Estado de Pernambuco em decorrência da Perícia Topográfica. 8. Dos dispositivos legais afrontados com a construção do empreendimento. 9. Das restrições dos imóveis. 10. Da litigância de má-fé e da empresa-ré. 11. Conclusão. 12. Bibliografia.

RESUMO: a partir do estudo de casos, parece ser mais viável falar-se em efetividade nos processos que envolvam o meio ambiente, o patrimônio histórico e outros interesses difusos e coletivos. No curso do processo, sobretudo quando a questão envolvida remonta a elevados valores, são muitos os incidentes processuais que precisarão ser superados, acaso se pretenda algum resultado.

PALAVRAS-CHAVE: interesses difusos e coletivos, efetividade processual, ministério público.

ABSTRACT: From the case study seems to be more feasible to speak of effectiveness in cases involving the environment, heritage and other diffuse and collective interests. In the course of the process, especially when the issue involved goes back to high

O Direito 147.º (2015), III, 603-648

values, there are many procedural incidents that must be overcome, if you want any chance result.

KEYWORDS: diffuse and collective interests, procedural effectiveness, public ministry.

1. Do caso apresentado em juízo

A seguir, farei registrar um caso que teve como autor o Ministério Público Federal, e cujos nomes dos réus serão naturalmente evitados, havendo litis-consórcio passivo entre uma empresa de construção civil e entidades públicas estaduais e municipais. Foram várias as questões incidentais suscitadas pelas partes, estando, entre os elementos centrais de mérito, a questão ambiental e a do patrimônio histórico; ao que me parece, ainda muito incipientes no direito e na mentalidade do brasileiro médio.

Contudo, inclusive a julgar pelo interesse e pela iniciativa desta Coleção com o tema direito ambiental, alguns passos estão sendo dados no sentido da mudança do nosso estágio de prioridades culturais.

Evidentemente, tratando-se de uma sentença, recursos estão sendo interpostos, e não é possível afirmar nada sobre o real destino de demandas desta natureza, salvo que merecem a atenção de todos aqueles que se interessam pelo assunto, naturalmente polêmico. No entanto, desde já, registre-se: a tese do fato consumado, acaso se verifique, ao final, a efetiva lesão, deve ser, de todo modo, rechaçada.

Destaque-se, contudo, desde já, que, também por envolver questão de elevado valor, temas processuais os mais variados serão cotejados no feito. Mantenho a citação a todos eles, de modo a preservar a força do paradigma, e a permitir que os estudiosos sobre o assunto o avistem em seus meandros e dificuldades bem concretas. Uma espécie de *direito ambiental segundo a prática forense*, onde o estudo do meio ambiente vem integrado a questões afins fundamentais para a efetividade deste ramo jurídico que começa a receber a sua devida importância.

Tratava-se de uma Ação Civil Pública proposta nos idos de 2005, pelo *Ministério Público Federal*, objetivando-se, em suma: a) o impedimento da construção de dois enormes edifícios, situados em um Cais importante da Cidade, zona próxima do Porto; b) tornar sem efeito a aprovação concedida pelo Município para a edificação da obra; c) tendo sido a obra iniciada ou edificada no curso do Feito, tal como ocorreu, que a Empresa responsável fosse condenada à obrigação de *demoli-la*.

Em primeira instância, foi proferida decisão concedendo a liminar para determinar a paralisação da construção dos edifícios.

Em face da decisão proferida: a) inicialmente, a empresa ré interpôs Agravo de Instrumento, distribuído a um Desembargador de uma das Turmas do Tribunal competente, sendo acolhido o pedido de desistência da Empresa do referido recurso; b) impetrou-se Suspensão de Segurança, sendo proferido despacho monocrático, suspendendo o cumprimento da decisão *a quo*.

Inconformado com a citada decisão monocrática, o MPF interpôs Agravo Regimental, todavia, o Pleno do Eg. Tribunal competente, *por maioria de um voto*, negou provimento ao dito Agravo.

Houve réplica do MPF, e o Ilmo. Procurador Regional da República interpôs Recurso Especial para o Col. STJ.

Foi proferido despacho no juízo inicial: a) deferindo o pedido de realização de Perícia Arqueológica; b) nomeando Perito do Juízo. O Laudo de Perícia Arqueológica foi anexo aos autos.

O Superior Tribunal de Justiça, em *decisão unânime*, ao apreciar o Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público Federal, deu provimento ao recurso.

Neste momento, tratava-se de um Feito que já contava com aproximadamente duas mil páginas. Foi proferido despacho saneador: a) objetivando resumir todo o Processo até aquele momento; b) designando data para a realização de audiência de esclarecimento de perícia, escuta de testemunhas e o que mais houvesse ao saneamento do Feito.

No primeiro grau, dando cumprimento ao Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, foi proferido despacho determinando a paralisação das obras.

A Empresa-Ré apresentou as listas de adquirentes das unidades residenciais dos edifícios.

Foi proferido despacho deferindo o pedido de perícia topográfica, requerido e ratificado pelo Ministério Público Federal às fls., considerando a relevância de sua realização para o deslinde do caso, tendo por finalidade esclarecer “divergências entre o mapa apresentado pela empresa e o mapa do Município”, juntado pelo Ministério Público Federal, no que diz respeito à área da poligonal de proteção, especificamente, se o imóvel estaria ou não dentro da poligonal de entorno dos monumentos históricos.

Ocorreu Audiência de esclarecimento de Perícia Arqueológica.

Foi proferido um despacho resumo da referida Audiência, determinando a intimação do Ministério Público Federal para se manifestar acerca do depoimento dos Sócios-diretores da empresa, especificamente, sobre a afirmação relativa à antecipação do horário do leilão trabalhista de compra do imóvel em que se está construindo os edifícios, pois o mesmo estava previsto para o turno da tarde e ocorreu pela manhã, considerando tratar-se de matéria de ordem pública e textualmente referenciada na audiência de esclarecimento de perícia.

O Ministério Público Federal apresentou Promoção requerendo, em suma, que o Ministério Público do Trabalho e uma Vara da Justiça do Trabalho, onde tramitava uma ação anulatória, fossem cientificados dos seguintes documentos: a) da Ata de Audiência de Esclarecimento de Perícia; b) do despacho-resumo proferido; c) da manifestação ministerial, por meio da qual solicita as citadas diligências.

Foram expedidos Ofícios de encaminhamento ao Ministério Público do Trabalho e à Vara trabalhista de algumas peças integrantes dos Autos, quais sejam: a) o inteiro teor da Ata de Audiência de Esclarecimento de Perícia Arqueológica; b) o despacho-resumo, conforme requereu o Ministério Público Federal por meio de Promoção Ministerial, e deferida em Juízo.

O Ministério Público Federal apresentou a Promoção Ministerial, aduzindo, em síntese, que as obras em questão se tratavam de “Empreendimentos de Impacto”, nos termos do artigo 62 da Lei de Uso e Ocupação do Solo municipal, necessitando, portanto, de prévia aprovação de Memorial Justificativo que deveria considerar o sistema de transportes, meio ambiente, infra-estrutura básica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança, sob pena de nulidade da licença de construção.

Todavia, tendo em vista que a nulidade de licença, sob estes aspectos, não constituía a causa de pedir da Ação, requereu o MPF que fossem encaminhadas, ao Ministério Público do Estado de Pernambuco, as cópias de algumas peças processuais: a) documentos acostados; b) Ata de Audiência de Instrução; c) a referida Promoção Ministerial, ora analisada.

Foi deferida: a) a assistência dos condôminos, nos termos do artigo 42, § 2.º c/c artigo 50, Parágrafo único, ambos do CPC; b) a expedição de Ofício ao Ministério Público do Estado, conforme requerido pelo MPF, para fins de fiscalização dos requisitos da Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município, no que tange aos Empreendimentos de Impacto.

O referido Ofício foi recebido, no Ministério Público do Estado.

Foi nomeado Perito Topógrafo do Juízo, em face do deferimento do pedido de desconstituição de uma perita anteriormente designada.

Petição do Ministério Público Federal, noticiando, em suma, que a empresa ré havia retomado irregularmente as obras de construção, tendo em vista que a Decisão proferida no julgamento dos Embargos de Declaração, interpostos pela Empresa-ré, no Recurso Especial, determinou a anulação do julgamento proferido pelo Tribunal de passagem competente no âmbito da Suspensão de Segurança.

Foi determinada a intimação dos réus para se manifestarem acerca da petição do MPF.

Solicitou-se que fosse expedido Ofício, ao Exmo Senhor Ministro, pleiteando cópia do voto por ele proferido no caso, tal como havia requerido o MPF.

A parte ré aduzia, em suma, que a decisão monocrática da Presidência do Tribunal de passagem, retornaria a estar em vigor.

Diante deste impasse, ao apreciar o pedido de paralisação das obras, formulado pelo MPF, o Juiz de primeiro grau proferiu despacho deferindo o requerimento ministerial.

Em face da referida decisão, a Empresa ré interpôs Agravo de Instrumento.

Constou o recebimento, no juízo de primeiro grau, da Carta Precatória expedida havia cerca de seis meses, com a finalidade de colher o depoimento de um Ministro do Egrégio Tribunal de Contas da União, elencado como testemunha da Empresa-ré.

Constou Ofício da Turma competente do Tribunal de passagem, firmado pelo Exmo. Desembargador Convocado, comunicando que havia sido deferida liminar, monocrática, em Agravo de Instrumento, suspendendo a validade e o cumprimento da decisão agravada. A decisão monocrática de segundo grau foi ratificada pela Eg. Turma, razão pela qual foram retomadas as obras de construção.

Petição da Assistente, pleiteando a assistência no Feito. Petição do MPF, anuindo com o pedido de assistência formulado pela Assistente. Petição notificando a interposição de Agravo de Instrumento. Despacho deferindo o pedido de assistência simples. Perícia Topográfica juntada aos autos.

Foi proferido Ato Ordinatório determinando a intimação das partes para se manifestarem acerca da Perícia Topográfica. Petição do Ministério Público Federal, aduzindo, em suma, que concordava com o Laudo Pericial. Juntou Parecer Técnico.

A empresa ré requereu esclarecimentos ao Perito Topógrafo do Juízo, que os prestou. Juntou documentos de fls. e Parecer Técnico de fls. Foram formuladas petições pelos litisconsortes aduzindo, em síntese, que se discordava do Laudo Pericial, embora não solicitando qualquer esclarecimento.

Foram prestados Esclarecimentos pelo Perito.

Petição do Perito às fls., requerendo, em resumo, o reajuste dos honorários periciais.

Foi proferido Despacho determinando a intimação das partes para apresentarem as suas razões finais.

Razões finais do MPF, aduzindo, em síntese, que: a) o art. 18 do Decreto-Lei n.º 25, de 1937, deveria ser aplicado ao caso, atentando-se aos conceitos amplos de vizinhança e de visibilidade, contidos no citado dispositivo; b) a conclusão da Perícia Topográfica deve ser acolhida *in totum*, considerando-se os

imóveis em questão, um deles totalmente e o outro parcialmente, incluídos na poligonal de entorno, fato este que acarretaria evidente ofensa ao Patrimônio Histórico Nacional; c) inexistência de ingerência no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Municipal, havendo, no caso dos Autos, controle da legalidade de ato administrativo (Licença de Construção); d) não se pode aplicar a “Teoria do Fato Consumado” no presente Feito, tendo em vista que a empresa, por sua exclusiva conta e risco, ciente das possíveis conseqüências jurídicas decorrentes da demanda judicial, decidiu iniciar a obra e imprimir velocidade incomum à construção; e) a empresa deve ser condenada por litigância de má-fé, em face da interposição de 3 (três) Exceções de Suspeição, julgadas manifestamente improcedentes, devido ao caráter meramente protelatório dos incidentes; f) ao final, requereu a procedência da Ação.

Razões finais foram aduzidas, pela empresa, afirmando-se que: a) deveria ser realizada nova Perícia Topográfica para esclarecer supostas obscuridades e contradições existentes no Laudo Pericial, tendo em vista que não houve Audiência de Esclarecimento de Perícia Topográfica e o Perito do Juízo, não teria respondido, de maneira fundamentada, a alguns questionamentos formulados pela empresa-ré; b) o imóvel onde estão sendo construídos os edifícios está fora da Poligonal de Entorno, demarcada pelo IPHAN, sendo, inapta, no seu entendimento, a Perícia Topográfica; c) o Ministério Público Federal não possui legitimidade ativa, devido à ausência de interesse federal, o que acarretaria a incompetência absoluta deste Juízo; d) o art. 18 do Decreto-Lei n.º 25/37 não pode ser aplicado a construções fora da Poligonal de Entorno, demarcada pelo IPHAN, tendo em vista que o conceito de vizinhança já estaria inserido na área abrangida pela dita poligonal; e) o Laudo de Perícia Arqueológica e o depoimento da testemunha da Empresa-ré seriam favoráveis à construção do Empreendimento; f) ressalte-se que a Empresa-ré não se manifestou acerca do pedido de sua condenação por litigância de má-fé, requerido pelo Ministério Público Federal; g) pleiteou, ao fim, a extinção do processo, sem resolução do mérito, ou, a improcedência dos pedidos em todos os seus termos.

Os demais litisconsortes passivos apresentaram razões finais pugnando, em suma, pela improcedência da Ação, e, preliminarmente, requerendo a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal.

2. Da análise judicial

Em suma, discute-se, basicamente, acerca da possibilidade da construção de dois Edifícios, ambos com mais de 40 andares ou pavimentos, situados na zona do Cais, próximos ao Porto.

O Direito 147.º (2015), III, 603-648

Com o objetivo de melhor elucidar os fatos relevantes para o deslinde do Feito, considerando que os autos já remontavam cerca de 3.000 páginas; desde que foi proferido o despacho saneador, a Ação veio sendo resumida, razão pela qual considerou-se mais eficiente analisar o caso em Capítulos, e com a agilidade que é possível diante do gênero de Ação.

2.1. Da legitimidade ativa do Ministério Público Federal

No tocante à ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público Federal para propor a presente demanda e à incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o Feito, suscitadas nas razões finais da Empresa-ré e do litisconsorte passivo, já foram rechaçadas na decisão de fls., devendo-se levar em consideração que: a) esta Ação visava à defesa do Patrimônio Histórico Nacional, consubstanciado em inúmeros bens tombados, a exemplo do Forte das Cinco Pontas, do Mercado de São José e de diversas igrejas, buscando resguardar a vizinhança e a visibilidade destes imóveis; b) a legitimidade ativa do MPF, cuja atuação, na defesa do Patrimônio Histórico Nacional, tem respaldo no artigo 129, III, da Constituição Federal de 1988; artigo 1.º, IV, c/c o art. 5.º da Lei n.º 7.347/1985; artigo 6.º, VII, b, da Lei Complementar n.º 75/93, uma vez que o fato de a área, administrativamente demarcada como de entorno dos bens tombados no local, supostamente, não abranger o imóvel em comento (em sentido contrário, vide Perícia Topográfica às fls.), não afasta o interesse federal que existe na defesa do Patrimônio Histórico Nacional, tendo em vista a importância do conceito jurídico de vizinhança, previsto no art. 18, Decreto-Lei n.º 25/37; c) o MPF, como parte legítima para figurar no pólo ativo desta demanda, implica no reconhecimento da competência da Justiça Federal para processar e julgar o Feito; d) esta Ação foi proposta, também, contra uma autarquia federal, a fim de que seja condenada na obrigação de fazer, consistente em analisar qualquer projeto que seja a ela submetido, para edificação no imóvel em questão, justamente porque a demarcação administrativa para a área de entorno dos bens por ela tombados mostrou-se insuficiente para resguardar a visibilidade daqueles monumentos, em afronta ao Decreto-lei n.º 25 de 1937; e) a própria autarquia federal, aduz, em seu Parecer Terminativo de fls., que não se pode negar o impacto causado pela construção dos empreendimentos em questão, na ambiência e visibilidade do entorno dos referidos bens imóveis tombados situados nos bairros de Santo Antônio e São José; f) ressalte-se, também, que a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente Feito constitui matéria de ordem pública, e, portanto, cognoscível de ofício. Verifica-se que, além deste Juiz, outros Magistrados, inclusive, Ministros e Desembargadores, já se pronunciaram sobre o caso

dos Autos, não argüindo, em nenhum momento, a incompetência absoluta da Justiça Federal, senão vejamos: g) O Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal Substituto desta Vara, que destacou, inclusive, o artigo 216, V e § 1.º da Constituição Federal de 1988, que trata do Patrimônio Histórico Nacional; h) a composição Plena do Egrégio Tribunal Regional Federal, ao deliberar acerca da suspensão de liminar; i) a Segunda Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, composta pelos Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira (Relator), ao apreciar um Recurso Especial.

Acerca da legitimidade ativa do Ministério Público Federal e da competência para o julgamento da causa, transcrevo os seguintes precedentes do Col. STJ e do Eg. TRF da 4.ª Região:

I – RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. (...)

17. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.

18. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1.º da lei 8.884/94.

19. É cediço no Eg. STJ que em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão (CC 40.534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/04). (grifei)¹

II – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. APRECIÇÃO DAS QUESTÕES DENTRO DOS PARÂMETROS DA LEGALIDADE E DO BOM SENSO.

(...)

4. Hodiernamente, está assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que: (..) “O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público

¹ Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 677585 Processo: 200401268898 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 06/12/2005 DJ DATA: 13/02/2006 PÁGINA: 679 Rel. LUIZ FUX, decisão unânime.

social não se limitando à ação de reparação de danos. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).” (REsp n.º 493270/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24/11/2003)²

III – PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FONTE MISSIONEIRA. ENTORNO DAS RUÍNAS DE SÃO MIGUEL/RS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE.

(...)

2. A CF/1988 dispõe que o Ministério Público Federal é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo que no inciso III do artigo 129 da Carta, há expressa disposição acerca da sua legitimidade para promover a ação civil pública em proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

(...)

5. O Ministério Público Federal é órgão da União, com o que incide na hipótese obrigatoriamente o inciso I do art. 109 da Constituição Federal/1988, sendo este só fundamento suficiente para sustar a remessa dos autos para a Justiça Estadual.³

Em face de todo o exposto, concluo, novamente, pela legitimidade ativa do Ministério Público Federal e pela competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente Ação Civil Pública.

2.2. Do Agravo Retido interposto pela empresa-ré e do pedido de realização de nova perícia topográfica

A empresa-ré interpôs Agravo Retido em desfavor da decisão que rejeitou Exceção de Suspeição oposta contra o Perito Topógrafo do Juízo.

² Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça. Classe: AGA – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 614205 Processo: 200400698876 UF: MT Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 03/03/2005 DJ DATA: 28/03/2005 página: 196 Relator JOSÉ DELGADO decisão unânime.

³ Origem: Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Classe: AG – AGRAVO DE INSTRUMENTO Processo: 200404010199244 UF: RS Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 14/03/2007 Documento: TRF400143060 D. E. DATA: 26/03/2007. Releitora MARGA INGE BARTH TESSLER, decisão unânime.

Respeitosa venia, entendo que os argumentos da agravante não mereceriam prosperar, levando-se em consideração, especialmente, que: a) a empresa-ré distribuiu a Exceção de Suspeição, genérica e sem amparo legal, logo após a apresentação do Laudo de Perícia Topográfica, que foi desfavorável aos seus interesses; b) a empresa-ré vem adotando mecanismos, concessa venia, deslocados de suas bases processuais, supostamente tentando desconstituir argumentos aparentemente contrários aos seus interesses, e permitir a delonga de um Feito que já deveria estar concluído nesta 1.ª instância; c) vale ressaltar os seguintes aspectos do Parecer do Ministério Público Federal às fls. da citada Exceção de Suspeição, subscritos pelo Exmo. Procurador da República, no que tange ao incidente em questão: c.1) a fragilidade da exceção oposta impressiona, sendo de se presumir que o único intuito da excipiente é o de procrastinar o feito; c.2) não há, com efeito, absolutamente, qualquer elemento do qual se possa inferir a suspeição do Senhor Perito, pois não se pode aceitar, nem ao menos em tese, que a conduta a ele imputada possa configurar parcialidade ou suspeição; c.3) a afirmação de que teria negado ele comentar o resultado da perícia com o assistente técnico de uma das partes é um nada jurídico; eventual comentário sobre esse resultado com qualquer das partes, quando já concluída a perícia e estabelecido o resultado, também não possui qualquer significação jurídica; c.4) tem-se, portanto, que a presente exceção de suspeição é inepta, por não estar fundada, nem mesmo em tese, em qualquer das hipóteses previstas no art. 135 do Código de Processo Civil. De fato, a excipiente nem em tese tentou subsumir a conduta do perito a uma das hipóteses supra, certamente porque seria tarefa impossível.

O rol das hipóteses de suspeição do Perito, previsto no art. 135 c/c o art. 138, III, ambos do CPC, é taxativo, não se admitindo ilações genéricas, desprovidas do respectivo fundamento legal, tal como fez a agravante. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes do Colendo STJ:

I – PROCESSUAL CIVIL. SUSPEIÇÃO. PERITO. ART. 135 DO CPC. ROL TAXATIVO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Revela-se desprovida de fundamento a suspeição quando a situação não se subsume a qualquer das hipóteses do art. 135 do CPC. Precedentes.

(...)

3. Recurso especial não conhecido.⁴

⁴ Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça. RESP – RECURSO ESPECIAL – 551841 Processo: 200301126677 UF: RS Órgão Julgador: Quarta Turma Data da decisão: 16/08/2005 DJ: 05/09/2005 Página: 415. Ministro Relator Fernando Gonçalves. Decisão unânime.

II – PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. FATOS NÃO-COMPROBATÓRIOS DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO.

1. Revela-se desprovida de fundamento a suspeição quando a situação não se subsume em qualquer das hipóteses do art. 135 do CPC e o excipiente não indica qualquer fato ou indício apto a colocar em dúvida a isenção do magistrado.

2. Agravo regimental desprovido.⁵

A testemunha apresentada pela Empresa-ré afirmou ter recebido ligação telefônica, não podendo depor como testemunha em face do nítido interesse na Ação Civil Pública, por ser condômino de um dos edifícios sob construção, sendo assim, *respeitosa venia*, juridicamente suspeito, nos termos do art. 405, §3.º, IV, do CPC⁶;

A testemunha da empresa-Ré, devidamente intimada para comprovar o teor de sua declaração de fls., apresentou petição de fls., aduzindo, em suma, que não tem provas materiais a apresentar, indicando outra testemunha, que, também, não poderia depor como testemunha em face do nítido interesse na Ação Civil Pública, por ser a sua empresa proprietária de unidade imobiliária de um dos edifícios em construção, sendo assim, *respeitosa venia*, também juridicamente suspeito, nos termos do citado art. 405, §3.º, IV, do CPC;

O assistente técnico da empresa-ré, apresentado como testemunha da excipiente, também não poderia depor (fls.), sendo assim, *respeitosa venia*, juridicamente impedido, nos termos do art. 405, § 2.º, III, do CPC;

O Perito Topógrafo do Juízo, afirmou expressamente às fls. 40, que: a) em momento algum, manteve contato com o advogado da assistente. Ressalte-se ainda que o Perito não conhece o referido advogado; b) o Perito é Professor de Topografia, Fotogrametria, Interpretação de Imagens e Geoprocessamento da Universidade Federal Rural de Pernambuco – UFRPE, devidamente titulado às fls., da Ação Civil Pública em questão, sem nenhum precedente ou mácula que desabone a sua conduta. Vale destacar as seguintes palavras do Ministério Público Federal, no que tange ao trabalho realizado pelo Perito do Juízo: b.1) a constatação do Perito é de natureza objetiva e está lastreada em sólido e inquestionável conhecimento científico e prático da ciência por ele abraçada, além da utilização de modernos recursos tecnológicos. A leitura do laudo bem demonstra o grau de zelo e cuidado com que se pautou para chegar às conclusões acima;

⁵ Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Exceção de Suspeição. Processo: 200400273458 UF: PR Órgão Julgador: Primeira Seção. Data da decisão: 09/06/2004. Ministro Relator Teori Albino Zavascki. Decisão unânime.

⁶ CPC. Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. (...) § 3º São suspeitos: (...) IV – o que tiver interesse no litígio. (grifei)

b.2) a capacidade do perito, aliada ao grau de zelo com que buscou subsídios para formular seu trabalho e os modernos recursos tecnológicos utilizados, conferem altíssimo grau de credibilidade ao laudo pericial em tela, em gritante contraste com as respectivas tentativas de impugnação apresentadas pela e o IPHAN; b.3) estando caracterizado que sequer existiu alguma conduta suspeita proveniente do Perito do Juízo, nada há que justifique a Exceção de Suspeição oposta, razão pela qual foi rejeitada liminarmente, pois, visivelmente desnecessária e incabível a produção de provas, em audiência, requerida pela agravante.

A empresa-ré, também, argüiu, em suas razões finais, mais uma vez, com suposto caráter procrastinatório, a necessidade de realização de uma nova Perícia Topográfica, pleito este que não merece prosperar, levando-se em consideração, inclusive, que: a) apenas a Empresa-ré formulou esclarecimentos ao Perito do Juízo (em número de dois), os quais foram devidamente respondidos, sendo desnecessária, portanto, a realização de mais uma Audiência de Esclarecimento de Perícia ou de uma nova Perícia Topográfica; b) acerca dos questionamentos formulados pela Empresa-ré ao Perito do Juízo, vale observar as seguintes palavras do Ministério Público Federal, segundo o qual o assistente técnico da ré chega ao ponto de desespero, no vã intuito de desqualificar o excelente trabalho, de alegar confusão conceitual do nobre perito por ter se referido ao mapa, enquanto que o termo técnico seria, segundo o seu entendimento, planta.

O pedido de realização de nova Perícia Topográfica, respeitosamente, objetiva adiar e tumultuar o julgamento do Feito, com o fito de aplicar a Teoria do Fato Consumado ao caso dos autos, finalidade esta que já foi registrada e combatida pelos Desembargadores Federais do Tribunal de Passagem no julgamento da Exceção de Suspeição acima mencionada.

A conclusão da Perícia Topográfica é clara, e cientificamente fundamentada, não se admitindo a realização de uma outra Perícia, do mesmo gênero, apenas porque o Laudo de Perícia Topográfica é contrário aos interesses de uma das partes.

Assim, foi mantida a decisão agravada em todos os seus termos, e indeferido o pedido de realização de nova Perícia Topográfica.

2.3. *Da propriedade do terreno onde estão sendo construídas as duas torres*

Inicialmente, vale registrar, acerca do direito de propriedade, as palavras do Exmo. Ministro do TCU, testemunha apresentada pela empresa ré, que, indagado, aduziu que a titulação da propriedade é requisito essencial para qualquer construção, relatando, ainda, que os atuais e futuros adquirentes das unidades imobiliárias têm interesse de ser informados acerca de todos os processos e procedimentos referentes ao imóvel em questão.

Assim, em face do que foi declarado, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da propriedade do terreno, onde estão sendo construídos os dois edifícios, por ser a propriedade requisito geral para a construção do Empreendimento: a) há uma verdadeira batalha judicial pelo direito de propriedade entre a assistente do Ministério Público Federal e a Empresa-ré; b) há um Feito Trabalhista, em trâmite, noticiado pela Assistente, envolvendo o imóvel onde se desenvolve a construção dos dois edifícios; c) Ação Ordinária de Anulação de Ato Judicial, buscando-se anular a arrematação do bem imóvel, defendendo que o mesmo era da propriedade da Assistente, e não de outra empresa do mesmo grupo, conforme estava registrado, no Cartório de Imóveis, bem antes de procedida a arrematação pela empresa-ré no Processo Trabalhista.

Argumenta, ainda, a Assistente: a) que não foi notificada da praça, embora constasse como a proprietária do bem; b) que, sendo o imóvel foreiro, deveria ser citada a União, mas não o foi; c) por tudo isto, defende a nulidade de todo o Processo trabalhista que culminou na arrematação do bem onde ora se procede a construção dos edifícios;

Foi proferida sentença, noutra Vara Federal, que julgou parcialmente procedente o pedido vertido na causa tão somente para declarar que a empresa, nos termos da pretensão, nunca foi foreira do imóvel situado no Cais de Santa Rita, nesta Capital.

Esta Sentença foi objeto de recursos.

A ação que deu origem a esta sentença foi de retificação de dados no cadastro de imóveis aforados pela União.

Registrou-se que, em agosto de 1954, foi feita a averbação da transferência do domínio útil do imóvel de que ora se cogita para a Assistente, sendo, a partir daí, esta Empresa legalmente foreira da União Federal.

Logo, foreira do imóvel era a Assistente; e não uma outra empresa do grupo, contra quem se procedeu o leilão trabalhista.

A empresa-ré, em sua contestação, destaca que o imóvel foi registrado em seu nome, no Patrimônio da União, tendo atuado de boa-fé em todo o processo de aquisição.

Mediante a análise da cópia integral do Processo Administrativo, envolvendo também a Assistente e a União Federal, o Ministério Público Federal concluiu pela eventual nulidade da aquisição do imóvel pela empresa-ré, que não pode ser combatida na Justiça Federal comum, pois só a própria Justiça Especializada do Trabalho pode desconstituir ou modificar decisão proferida por um juízo seu.

Vale registrar que foi instaurada, pela Procuradora Regional do Trabalho da 6.^a Região uma Representação, com o objetivo de apurar a antecipação do horário do leilão, ocorrido na Justiça do Trabalho, quando o imóvel onde

estão sendo construídos os dois edifícios foi arrematado pela Ré. Opinou pela procedência do pedido da Assistente tão-somente quanto à declaração de que a litisconsorte nunca foi foreira do imóvel situado no Cais.

O Juiz Federal de outra Vara Federal, após analisar detidamente o Decreto Lei 9760/46, artigos 64 e 116; o Código Civil, artigos 1227 e 1245 e a Lei n.º 6015/73 (Lei de Registros Públicos), art. 252, concluiu que: a) a transferência da enfiteuse, em favor da empresa-ré, *foi irregular*, embora não se possa sanar a irregularidade senão após um novo e devido processo legal, para não se incorrer novamente no mesmo caráter precário; b) dessa conjuntura se conclui, de pronto, acerca da necessidade de retificação do registro próprio junto ao SPU, já que não é permitido, pela legislação de regência, já mencionada, que a Secretaria do Patrimônio da União tenha as obrigações enfiteúticas registradas em nome de quem não possui o título de aquisição de domínio útil devidamente transcrito no Cartório de Imóveis; c) entender-se diferentemente seria aceitar que um órgão administrativo modificasse um registro em relação a um imóvel que divirja do que consta em outro banco de dados, o qual deveria, justamente, servir de suporte para a validade do primeiro; o que consubstanciaria, inegavelmente, em procedimento ilegal, dada à virtual falta de razoabilidade do expediente; d) contudo, pelo mesmo motivo com que a modificação que se sucedeu não deveria ter ocorrido, não se pode ‘consertar’ o banco de dados do RGPU/PE sem que haja, subjacentemente, no registro cartorário competente, o apoio tido como necessário à legislação.

Respeitosa venia, portanto, há, ao menos, de se admitir de que são sugeridos indícios de que o bem arrematado na esfera trabalhista, e sobre o qual ainda se desenvolve eloqüentes contendas processuais, não o era da propriedade da Empresa Executada, mas da Empresa Assistente.

Assim, ainda se discute supostos vícios: a) o bem imóvel haveria sido adquirido, pela empresa-ré, de quem não era o seu regular e verdadeiro proprietário; b) há procedimento, junto ao MPF, para esclarecer a suposta irregularidade da transferência assinalada na sentença ultra referida; c) o Ministério Público Federal apresentou Ofício PRPE, aduzindo, em suma, que se encontra, em curso, na Procuradoria da República, o Procedimento Administrativo n.º, que apura notícias de irregularidades na tramitação do Processo Administrativo da GRPU (Gerência Regional de Patrimônio da União), referente ao aforamento do imóvel situado no Cais, adquirido pela Assistente, em 1954, consistente em, dentre outras irregularidades, a de que, a partir de determinado momento, passou a constar, no Processo e no sistema de dados da GRPU, a informação de que a foreira do imóvel seria outra empresa, mesmo inexistindo quaisquer documentos que comprovem a transferência da propriedade; d) foi proposta a Ação Ordinária n.º, movida pela Assistente em face da União Federal, da

Empresa Ré e da Sra. Tabela, cujo objeto consiste na indisponibilidade/bloqueio da matrícula, referente à construção dos dois edifícios.

A referida ação foi distribuída, por dependência, a esta Ação Civil Pública. Todavia, este Juízo acolheu preliminar de descabimento da distribuição por dependência, argüida pela Empresa Ré, razão pela qual foi determinada a imediata redistribuição livre do presente Feito.

Efetivada a redistribuição, a Ação Ordinária foi encaminhada a uma outra Vara Federal, cuja Juíza Titular declarou-se suspeita, por motivo de foro íntimo;

Foi proferido despacho resumo da Audiência de Esclarecimento de Perícia Arqueológica, determinando a intimação do Ministério Público Federal para se manifestar acerca do depoimento dos Sócios-diretores da empresa Ré, especificamente, sobre a afirmação que se segue, no que tange à antecipação do horário do leilão trabalhista de compra do imóvel em que se está construindo as duas Torres (estava previsto para o turno da tarde e ocorreu pela manhã), por se tratar de matéria de ordem pública, e textualmente referenciada na audiência de esclarecimento de perícia: a antecipação do leilão público ocorreu, porquanto o horário previsto em Edital costuma ser apenas uma previsão. Acostumados com isto, mantiveram um preposto de forma a que viesse a arrematar o terreno por volta das 10h, em face de toda a pauta de leilões haver sido antecipada.

Às fls., o Ministério Público Federal, em 28/03/2007, apresentou Promoção, requerendo, em suma, que o Ministério Público do Trabalho e a Vara Trabalhista, onde tramita a ação anulatória, fossem cientificados dos seguintes documentos: a) da Ata de Audiência de Esclarecimento de Perícia; b) do despacho-resumo proferido às fls.; c) da manifestação ministerial, por meio da qual solicita as citadas diligências, para fins de apuração *de eventual nulidade do leilão*; ocasionando, no âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho, a instauração da Representação, pela Exma. Procuradora Regional do Trabalho.

Em suma: ao permitir-se a construção dos edifícios, sem a certeza do legítimo proprietário do terreno em questão (requisito geral para construção), incorreria este Juízo, respeitosa venia, em grave ofensa ao art. 1247, parágrafo único do Código Civil, tendo em vista que, se cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

3. Dos Pareceres do Município e do IPHAN

É interessante observar que há uma seqüência de Pareceres contraditórios a respeito da viabilidade histórica e ambiental do Empreendimento, registrando-se que a transformação de desfavorável a favorável, salvo melhor juízo, deveu-

-se a uma específica alteração no projeto inicial: ao invés de três (3) Torres, cada uma delas de 99,15 metros de altura, passou-se a propor a construção de duas (2) torres, cada uma delas com 134,72 metros de altura.

3.1. *Dos Pareceres da Prefeitura*

3.1.1. *Contrário às Torres*

Parecer Contrário emitido pela, à época, Diretora da DIRBAM (Diretoria Geral de Urbanismo), pertencente à Secretaria de Planejamento, Urbanismo e Meio Ambiente do Recife, emitido em 29.10.2003: a) os prédios a serem construídos formarão uma verdadeira barreira (paredão) ao longo do Cais de Santa Rita, significando uma apropriação, pelos seus futuros moradores, da frente d'água, excluindo o resto da população da sua convivência. Nesse sentido, é importante ressaltar que as frentes d'água são patrimônios da Cidade, e como tal devem ser ao máximo preservadas. A política a ser seguida pelos poderes públicos deve ser a de quebrar as barreiras existentes (Porto, Vila da Marinha) e não consolidar tais barreiras; b) os prédios projetados com 99,15 metros de altura, interferem negativamente nas visadas do conjunto urbano de Santo Antônio, São José e Bairro do Recife, que abrigam um importante acervo patrimonial (Igrejas, Casa da Cultura, Forte das Cinco Pontas, Palácio das Princesas, Estação da Rede Ferroviária, Palácio da Justiça, entre outros). Em relação ao entorno imediato, chama-se a atenção que o Cais de Santa Rita deveria ter sido considerado como área de ambiência da Zona Especial de Preservação do Sítio Histórico dos Bairros de Santo Antônio e São José (ZEPH 10), particularmente pela presença do Forte das Cinco Pontas, Mercado de São José e das Igrejas do Terço, São Pedro dos Clérigos e São José do Ribamar, todos tombados pelo IPHAN. Como se pode depreender, mediante montagem anexa, os prédios rompem os padrões urbanísticos da vizinhança, um dos aspectos definidores do impacto, conforme o art. 62, da Lei n.º 16.176/96; c) a Prefeitura está elaborando uma proposta a ser encaminhada à UNESCO solicitando a inclusão dos bairros do Recife, São José e Santo Antônio no Patrimônio da Humanidade. Nesse sentido, convém ressaltar que um dos condicionantes para o tombamento é a preservação das visadas dos sítios tombados.

A diretriz central para modificação desses parâmetros é a de propor novos índices que assegurem privilegiar a leitura da paisagem e controlar o gabarito das edificações, considerando a área urbana do entorno, permitindo maior verticalização nas parcelas mais próximas ao Cabanga e viaduto Joana Bezerra e mais limitado nas vizinhanças do sítio histórico de São José e área portuária.

Portanto, parecia não haver dúvidas no Parecer de 29.10.03, de modo que os prédios rompiam com os padrões urbanísticos da vizinhança.

Contudo, a redução de uma das Torres, de três (03) para duas (02), compensada com o crescimento destas duas outras em cerca de 35 metros de altura, haveria mudado toda a questão no ponto de vista municipal.

Parecer favorável emitido pelo Procurador Judicial do Recife, é datado de 12.09.03, portanto, anterior ao prolatado em 29.10.03.

Assim, é anterior ao Parecer contrário da DIRBAM, de 29.10.2003, e opina juridicamente favorável à aprovação do Projeto.

Afirma que inexistente vedação a impedir a aprovação do Projeto, tomando como base o Código de Águas, o Código Florestal, a Lei municipal que trata do uso e ocupação do solo urbano e a Lei municipal que trata das construções próximas aos cursos d'água.

A interferência negativa na vista histórica (Igrejas, Forte das Cinco Pontas, etc.) e a ruptura com os padrões urbanísticos da vizinhança não foram enfocados.

Observa-se, ainda, que o Procurador do Recife, foi questionado em Audiência, ocorrida em 05.03.2007, acerca dos argumentos contrários à construção do Empreendimento (fls.), lançados pela DIRBAM, respondendo que preferia não se pronunciar sobre os fundamentos lançados pela DIRBAM, pois considera que novos fundamentos devem ter de algum modo afastado estes anteriores.

Enfim, entre todos os aspectos que vêm sendo analisados, salvo melhor juízo, três Edifícios de 100 metros de altura *rompiam* com os padrões urbanísticos da vizinhança; mas a construção de dois Edifícios de cerca de 135 metros de altura, conforme conclusão final deste mesmo Município, *não*.

Acerca da postura, no presente Feito, vale registrar as seguintes palavras do Ministério Público Federal:

É lamentável a postura do Município de buscar defender com tanto empenho uma obra que beneficiará poucos particulares, em detrimento de toda a coletividade. Aliás, é absolutamente incomum que o Município tenha se prestado até mesmo a lutar em diversas instâncias judiciais pela suspensão da tutela antecipada, quando esta pouco lhe afetava. Sabe-se que ele mesmo embarga diariamente dezenas de obras particulares pelos mais diversos motivos.

3.2. *Pareceres do IPHAN*

Pronunciou-se o IPHAN, em 09.03.2005, por intermédio do Exmo. Procurador Federal:

I. “o conjunto urbanístico e paisagístico do bairro do Recife, tombado em nível federal em 1998, consiste em parte da ilha do Recife, com poligonal de tombamento devidamente definida, conforme Processo de tombamento n.º Porém, não há ainda determinada a sua área de proteção ou de vizinhança”;

II. Concordamos com o Ministério Público Federal que os prédios projetados interferem negativamente nas visadas dos conjuntos urbanos dos bairros de Santo Antônio, de São José (...).

A autarquia federal também registra:

Entretanto, adiantamos que a construção das três torres só viria a contribuir negativamente ao entendimento desses bairros como núcleos históricos a serem protegidos.

Também, ao menos a princípio, pareceu-lhe não haver dúvidas sobre a contribuição negativa das Torres de mais de 100 metros de altura para a composição do núcleo histórico.

A construção das torres de mais de 100 metros de altura, estaria, de acordo com este Parecer da Autarquia, em confronto com o incremento do turismo, repercutindo na atividade econômica local que o reconhecimento mundial poderia propiciar.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN apresentou, também, *Parecer Terminativo*, em 15/01/2007, firmado pelo Exmo. Procurador Federal aduzindo, inicialmente, que a poligonal de proteção ao entorno não incidiria sobre o imóvel onde se localizam os citados Empreendimentos.

Todavia, em sentido aparentemente contrário à sua conclusão, relata que:

I. À época da realização dos estudos para delimitação da área do entorno dos Bairros de Santo Antonio e São José, nos meados dos anos 80, não eram construídos, na cidade do Recife, edifícios com o gabarito de 132,72m, nem, tampouco, havia tecnologia disponível e acessível para a construção de prédios desse porte, o que só veio a ocorrer há aproximadamente 6 anos. Verificando-se, ainda, a legislação municipal, vigente em 1985, constata-se que também não poderiam ser aprovados projetos com esse gabarito;”(grifei)

II. Diante de tal situação, a 5.ª SR/IPHAN, em seu Plano de Ação para o ano de 2007, previu recursos para o projeto de ‘REVISÃO DO POLÍGONO DE ENTORNO DOS MONUMENTOS TOMBADOS PELO NOS BAIROS DE SANTO ANTONIO E SÃO JOSÉ’, que tem como objetivo rever as referidas poligonais, visando resguardar os bens culturais tombados naquela área, em face

da proliferação de edificações de grande porte”;(grifei). *Esta sentença foi datada de 10.12.2007.*

III. Empreendimentos da natureza das Torres, em construção pela Empresa, por seu porte, constituem, de per si, evidente e significativa alteração na ambiência e visibilidade dos bens imóveis tombados, isoladamente ou em conjunto, uma vez que promovem indelével ruptura da escala urbana até então existente. *Há inquestionável unanimidade quanto à drástica mudança da referida escala”;* (grifei)

IV. Ressalta, que, “com a CF/88, houve um avanço significativo na proteção dos bens de valor cultural, nos termos dos arts. 215 e 216 da Carta Magna⁷, devendo a proteção dos referidos bens ocorrer pelo valor intrínseco inerente a eles, em contrapartida aos aspectos formais relativos à sua proteção. Esta posição é adotada por Juízes, Procuradores e Promotores pátrios”; (grifei)

Nesse sentido, são vários os precedentes dos Tribunais brasileiros acerca da matéria dos presentes Autos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ONUS DA PROVA. MONTES GUARARAPES. DECRETO-LEI 25/37.

– Nos termos do art. 18 do Decreto-lei 25/37, é vedada a construção que impeça ou reduza a visibilidade do bem tombado, *sob pena de demolição*, ainda que localizado fora dos limites da propriedade pública.

– Apelação provida⁸.

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. BEM TOMBADO. CONSTRUÇÃO IRREGULAR NO ENTORNO. CF. ARTIGO-05, INCISO-22 E INCISO-23. DECRETO-LEI-25/37, ARTIGO-18 E LEI-3924/61, ARTIGO-01 E ARTIGO-02.

A construção irregular, em área próxima de bem tombado em razão de suas características históricas e arquitetônicas, justifica a *decisão judicial de destruição*, pois

⁷ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Art. 216. *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial*, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

V – *os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.*

⁸ Origem: TRF – 5.^a Região, 1.^a Turma, AC n.º 7730 /PE, Rel. CASTRO MEIRA, j. 22.11.90, DJ 28.12.90, p. 31509.

o interesse individual do proprietário deve ceder diante do interesse social do Poder Público na preservação do bem cultural⁹.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL VIZINHO A BEM TOMBADO. DIREITO DE CONSTRUIR DEVE OBSERVAR O ARTIGO 18 DO DECRETO-LEI 25/37. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL.

– Tendo sido devidamente verificada, através de laudo pericial, a violação do artigo 18, do Decreto-lei 25/37, que torna obrigatória a autorização prévia do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional relativa à construções na vizinhança de coisa tombada que impeçam ou reduzam a *visibilidade* da mesma, não merece reparos a sentença que *condenou o réu a demolir* parte da obra caracterizada como acréscimo ou modificação, com retorno da edificação ao seu volume original.

– Remessa necessária a que se nega provimento¹⁰.

Repete que “deve ser levado em consideração que a 5.^a SR/IPHAN solicitou, em sua proposta orçamentária para 2007, os recursos necessários para a realização da revisão das poligonais de entorno dos bens tombados em nível federal, situados nos bairros de Santo Antônio e São José, na cidade de Recife-PE.

Conclui que não se pode negar o impacto causado pela construção dos empreendimentos em questão, na ambiência e visibilidade do entorno dos referidos bens imóveis tombados situados nos bairros de Santo Antônio e São José.

4. Da Perícia Arqueológica

Em Laudo de Perícia Arqueológica juntado aos autos às fls., o Perito, em resumo, concluiu que: a) do ponto de vista da legislação atual, e da interpretação que ele faz dela, pareceu-lhe, naquele momento, forçoso concluir pela aprovação dos Edifícios; b) do ponto de vista histórico/cultural (objeto da Perícia), e *por isto recomendaria a mudança da atual legislação*, defende que seriam inapropriadas as edificações das Torres; por isso, desde já, recomenda que o tema da preservação da escala e da harmonia deveria ser objeto de análise e

⁹ Origem: TRF – 4.^a Região, 1.^a Turma, AC n.º 9104018710/RS, Rel. VLADIMIR FREITAS, j. 12.11.92, DJ 02.12.92, p. 40557.

¹⁰ Origem: TRF – 2.^a Região, 4.^a Turma, REO n.º 160832/RJ, Rel. Valeria Albuquerque, j. 09.04.03, DJ 03.07.03, p. 340.

ajustamentos quer com referência ao Plano Diretor da Cidade do Recife, quer quanto ao Projeto do Complexo Turístico Cultural Recife/Olinda.

Considero assim que, do ponto de vista da Perícia Arqueológica, a interpretação literal que o Perito faz da legislação atual, segundo ele próprio, colidiria com os verdadeiros interesses históricos e culturais, não atingindo a citada legislação os fins sociais que lhe pareciam deveres ser resguardados.

Logo, no Laudo Arqueológico, o Perito concluiu juridicamente pela possibilidade da construção; mas, do ponto de vista estritamente arqueológico (objeto da Perícia), defende que as edificações são inapropriadas.

Friso, enfim, que se solicitou, na Perícia em questão, apenas conhecimentos estritamente arqueológicos.

5. Resumo da audiência de esclarecimento de Perícia Arqueológica

Objetivando esclarecer as omissões existentes na Perícia arqueológica, assim como os referidos pareceres, salvo melhor juízo, contraditórios, foi realizada Audiência, em 05/03/2007, sendo importante para o deslinde do presente Feito, destacar que no tocante ao laudo pericial e aos esclarecimentos da Perícia Arqueológica, prestados pelo Perito do Juízo, em Audiência de Esclarecimento de Perícia Arqueológica, realizada em 05.03.2007, destacam-se os seguintes aspectos:

(...) apesar da degradação, de fato, do núcleo do bairro de São José, *não significa que o mesmo esteja destruído, e não possa ser restaurado*, preservando-se a arquitetura e o traçado urbano característico desse núcleo de monumentos históricos seqüenciais.

a) em termos de graduação, o Perito do Juízo é bacharel em Direito, desde 1971, sendo, ainda, pós-graduado em História da Arte e História, ambos na UFPE;

b) aduziu que pediu desistência da função de perito, e esta lhe foi negada (Decisão proferida pelo MM Juiz que então respondia pela titularidade da Vara;

c) de acordo com a interpretação que o Perito do Juízo faz da legislação em vigor, do ponto de vista arqueológico, verifica a necessidade de alteração dos parâmetros legais;

d) o Perito do Juízo entende ser necessária uma revisão da escala e da harmonia contidos no Plano Diretor da Cidade do Recife;

e) no tema relativo à altura média da maior parte das edificações, no Bairro de São José, o Perito do Juízo registrou em seu laudo: se tomarmos por referência a Praça do Carmo e vizinhança, temos, para as edificações mais antigas,

um pavimento, e, para as mais recentes, de dois a quatro. Nesta perspectiva, foi indagado se haveria alterações na relação de harmonia (considerando as relações entre espaço, volume edificado, cor, luz, sombra, simetria, assimetria, ritmo) com a construção de duas Torres de aproximadamente 135 metros de altura, ou mais de quarenta pavimentos. Em resposta, considera que as alterações são mais de escala, sendo possível ter a escala como um dos elementos na relação de harmonia; ou seja, segundo a resposta do Perito do Juízo, há alteração na harmonia;

f) o Perito do Juízo esclarece (fls.) que as suas incursões pelo universo jurídico deve-se ao fato de ser graduado em direito, embora jamais tenha exercido a profissão jurídica, salientando que deixou de desenvolver o conceito jurídico de vizinhança tão somente por ter feito referência ao trabalho intelectual da autora (advogada). Este Juízo faz registrar trecho do trabalho referenciado pelo Perito Oficial: “*a vizinhança do bem tombado é limitação necessária decorrente do tombamento de bem imóvel*”. O Perito do Juízo acrescenta que a área de construção das duas Torres não deveria ser havida como de vizinhança, sob a justificativa de que se trata de uma área agregada por aterro, e, que, na época em que era criança, era chamada de “chupa”. Todavia, respeitosa venia, não merece prosperar este argumento do perito, tendo em vista que a cidade do Recife/PE, em sua grande parte, é agregada por aterro;

g) o Perito do Juízo afirma, em seu laudo (fls.), que o fato de a delimitação atual da ZEPH (Sítio histórico de Santo Antônio e São José) não incluir a faixa da margem de bacia, *deixa uma lacuna delicada em termos legais*, em que se permite a inclusão de padrões *de alta densidade e verticalização*, comprometendo uma relação importante na apreensão daquela paisagem dentro da escala e contexto conjunto que integram aquele setor, de modo que, em audiência, registra ser a lei existente insuficiente para a proteção arqueológica no que atine à alta densidade e à verticalização (fls.);

h) ainda referente à legislação que protege o patrimônio histórico, da Cidade do Recife, o Ilmo. Perito do Juízo considera que: se fosse legislador, haveria um “dever de alteração”, no que atine às construções. Tais alterações seriam no sentido de se aparelhar uma proteção paisagística contra empreendimentos imobiliários desse gênero no bairro de São José. Continua o seu raciocínio dizendo que este gênero de construção poderia ser evitado, se o legislador assim o fizesse, sendo esta a sugestão do Perito;

i) o Perito do Juízo acredita que a lei deixou fora da área de proteção o terreno onde ocorre a edificação das duas Torres em debate, por se tratar de uma “aba”, ou seja, área exclusivamente portuária, o que hoje vem mudando; por isso, insiste na necessidade de uma atualização da legislação, destacando, ainda,

que a legislação atual colide com os verdadeiros interesses históricos e culturais, o que, no seu ponto de vista, deveriam ser resguardados;

j) outro tema relevante é a possibilidade de resgate dos espaços degradados no Bairro de São José, uma vez que a empresa-ré sugere uma suposta impossibilidade de recuperação.

k) o Perito do Juízo, no entanto, assume postura diversa daquela apresentada pela empresa-ré, quando diz: apesar da degradação, de fato, do núcleo do bairro de São José, não significa que o mesmo esteja destruído, e não possa ser restaurado, preservando-se a arquitetura e o traçado urbano característico desse núcleo de monumentos históricos seqüenciais. Acrescente-se que, após indagado se a construção das duas Torres contribuiria, de algum modo, para a restauração do núcleo de monumentos históricos seqüenciais do Bairro de São José, respondeu que não;

l) o Perito do Juízo, ao se referir à *Carta de Atenas*, confirmou, em audiência, que a mesma encontra-se *revogada pelo desuso*, sendo tão somente um documento histórico sem força legislativa interna.

A referida informação é *afastada*: 1) pelo depoimento da Assistente Técnica do Ministério Público Federal defende que a Carta de Atenas *não foi revogada* pelo desuso, sendo comum aplicar as Cartas Patrimoniais em situações análogas à da presente Ação Civil Pública (fls.); 2) pelo depoimento prestado pela Auxiliar da Assistente Técnica do Ministério Público Federal que aduz que as Cartas de Atenas e de Veneza foram ratificadas no Encontro de Viena, sem nenhuma reserva (fls.); 3) observa-se, às fls., que a Empresa-ré solicitou, em audiência, logo após a oitiva do Perito do Juízo, a liberação de sua Assistente Técnica, o que foi deferido por este Juízo, em face da ausência de oposição das partes; 4) no tocante ao depoimento prestado pela Dra. Técnica do Ministério Público Federal, destacam-se os seguintes aspectos: a) manifesta-se, inicialmente, afirmando que a poligonal de entorno dos bairros do Recife, Santo Antônio e São José é insuficiente para a proteção da visibilidade dos bens tombados; tendo em vista existir uma evidente assimetria de critérios entre colocar um terreno contíguo àquele em que se procede as construções das Torres como dentro da poligonal de entorno e o terreno onde se procede a construção, fora da dita poligonal (vide, *em contrário*, o Laudo de Perícia Topográfica; ressaltando que, do ponto de vista da visibilidade, nenhuma diferença há entre os terrenos que se localizam entre o Forte das Cinco Pontas e aquele objeto da construção (fls.); b) no seu ponto de vista, a existência de uma dita “aba” na região onde se procede as construções haveria ficado excluída da poligonal de entorno por se tratar de área de galpão. Ocorre que o terreno onde já aconteceu o indeferimento de uma nova construção também é de galpão, não sendo, portanto, critério discriminatório eficiente; c) indagada sobre o laudo do Perito do Juízo, fez registrar

que foram reiteradas as vezes em que ele fez alusão à necessidade de revisões de duas ordens: 1) revisões do polígono do entorno; 2) revisão da legislação de uso e ocupação do solo; concluindo dos esclarecimentos prestados pelo Perito do Juízo, que haveria, do ponto de vista do mesmo, a necessidade de atualização das leis existentes: Portarias, no que concerne à demarcação da poligonal e a Lei Municipal que trata do patrimônio histórico.

No tocante ao depoimento prestado pela Auxiliar da Assistente Técnica do Ministério Público Federal, destacam-se os seguintes aspectos:

(...) a construção dos Edifícios Píer Maurício de Nassau e Píer Duarte Coelho quebraria a visibilidade da paisagem histórico-cultural do Bairro de São José.

a) é Especialista apontada pelo MPF e possui a seguinte qualificação: Professora e Pesquisadora dos Centros Avançados em Conservação Integrada – CECI e do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Urbano da UFPE (fls.);

b) participou da Cátedra da UNESCO para elaboração e ensino do Curso sobre Conservação Integrada (fls.);

c) ressalta, em seu depoimento, que a atual área da poligonal de entorno dos bairros históricos do Recife, Santo Antonio e São José é insuficiente para a proteção da visibilidade dos monumentos históricos; acrescentando que a moderna doutrina postula a permanente atualização das áreas de entorno, o que foi concluído neste sentido, mais uma vez em Viena, no ano de 2005, onde se reunia a UNESCO (fls.);

d) esclarece que, neste mencionado Encontro em Viena, foram **ratificadas as Cartas de Atenas e de Veneza, sem nenhuma reserva** (fls.);

e) explica que, no início da década de 80, nada indicava que uma construção deste tipo fosse ser realizada, daí provavelmente a aparente ausência legislativa ou sua insuficiência no que diz respeito a gabarito, afastamento e possibilidades de transformação da Cidade;

f) afirma, com toda certeza, e propõe até mesmo estudo histórico para confirmar que, no início da década de 80, não havia tecnologia para construções de gabaritos tão elevados e que a legislação de então, no âmbito municipal, não permitia este tipo de construção (fls.);

g) considerando o entendimento do Perito do Juízo acima exposto, fez registrar que o bairro de São José, especialmente na vizinhança do Forte das Cinco Pontas, Igrejas do Terço e São José do Ribamar, guarda as características tipo-morfológicas do século XVIII e XIX, que são essenciais para a UNESCO conferir qualquer certificado de autenticidade e integridade patrimonial, quando se pleiteia que o patrimônio se torne da humanidade (fls.);

h) aduz que a construção dos Edifícios Píer e Píer quebraria a visibilidade da paisagem histórico-cultural do Bairro de São José, demonstrando, inclusive, a quebra da visibilidade através da Gravura de Vilhena, feita no século XVIII, que ilustra a marcação das Torres das Igrejas, apontando que a construção dos dois edifícios quebraria a marcação; logo, também, quebraria a visibilidade;

No tocante aos esclarecimentos de uma outra Auxiliar da Assistente Técnica do MPF, destacam-se os seguintes aspectos:

a) é graduada em Arquitetura pela UFPE, pós-graduada em Desenvolvimento Urbano pela UFPE e Especialista em Conservação Integrada em Roma;

b) aduz que, há longo tempo, os urbanistas e a sociedade organizada estão mobilizados em torno da preservação (instituições de moradores, ONGs, Associações de interesse histórico), e vêm demandando um resgate e uma retomada do Recife como Cidade das Águas, ou seja possibilitando que o usuário da Cidade usufrua das paisagens dos rios;

c) destaca a necessidade de se adequar o Plano Diretor, que começou a ser elaborado sob a coordenação da Testemunha do MPF, na gestão do Prefeito, ao Estatuto das Cidades, tal como foi realizado em Olinda, desde 2005, havendo, portanto, uma suposta omissão da Edilidade, quanto ao referido assunto;

d) ressalta que, com a introdução das duas Torres, os monumentos tombados do bairro de São José perderão a sua significância do ponto de vista da visibilidade urbana, explicando melhor: que estas Torres têm cerca de 135 metros e os edifícios que estão na vizinhança giram em torno de 15 metros de altura, o que estabelece uma completa ruptura do padrão formal e da visibilidade;

e) relata que as Torres passarão a ser o monumento principal da região, como que já nascessem “tombadas”, considerando a altíssima escala;

f) entende que, acaso a Edilidade tenha, na administração atual, algum interesse de tornar-se Cidade monumento de patrimônio histórico mundial, deveria observar os seguintes requisitos, presentes em Cartas da UNESCO, em numero de oito critérios, entre eles, *destaca-se o da autenticidade do sítio e a permanência dos valores ao longo dos séculos*, que são identificados pelos materiais de construção, técnicas de construção, desenho urbano, contexto e função urbana;

g) argumentou que, no Brasil, já existem cidades consideradas patrimônios mundiais, entre elas: Olinda, Ouro Preto, Diamantina, São Luiz no Maranhão etc. No exterior, cita: na Inglaterra, Bath; Paris; Roma; Bolonha; Lisboa;

h) relatou que não concorda com o posicionamento de que ser considerada, ou não, patrimônio mundial é uma questão eminentemente subjetiva, pois defende que se trata de uma questão técnica;

i) aduziu que, em havendo as construções, ficaria mais difícil obter o título de patrimônio mundial;

j) considera que o estágio em que se encontra os bairros históricos do Recife ainda não é irreversível, sobretudo o bairro de São José (onde está a construção das Torres), pois as intervenções atualmente feitas nos entornos dos bens tombados, *podem ser objeto de ações de restauração*, diferentemente do que defende a empresa-ré (fls.), que aparentemente considera o estágio de degradação irreversível.

No tocante ao depoimento do representante legal de um dos Réus, na pessoa do Procurador da União, entre outros temas, merece destaque o interesse jurídico da entidade, confirmando-se a decisão deste juízo pela legitimidade processual. Também, devem ser ressaltados os seguintes aspectos:

(...) a CF/88 avançou na proteção de bens culturais, buscando preservar o valor intrínseco do bem, e não aspectos meramente formais, sendo, neste sentido, que vão caminhando os pronunciamentos dos juízes, procuradores e promotores.

a) confirmou que não se delimitou a área do empreendimento, pois, na década de 80, não havia tecnologia para construções de tão alto gabarito, sendo esta uma das razões de que não haveria sido incluída a aba onde se realiza as construções no polígono de proteção histórica;

b) ratificou, também, que o não realizou a configuração de um polígono mais amplo, pois, em 1985, o Município tratava de proteger áreas que atualmente não mais protege;

c) considera que a revisão indicada pelo para 2007, que ainda não ocorreu por falta de recursos, deve-se proceder para ampliar os polígonos de proteção, dado que, segundo afirma, o IPHAN, respeitosamente, não desempenhou a sua competência neste sentido;

d) aduziu que o forte impacto na ambiência e na visibilidade diz respeito à Cidade do, e não, tão somente, a nenhum monumento isolado, salvo por repercussão;

e) confirma que há alteração muito forte de escala e que traria como resultado a mudança drástica na ambiência e na visibilidade;

f) a CF/88 avançou na proteção de bens culturais, buscando preservar o valor intrínseco do bem, e não aspectos meramente formais, sendo, neste sentido, que vão caminhando os pronunciamentos dos juízes, procuradores e promotores;

g) disse o IPHAN que o Decreto Lei n.º 25/37, e toda a legislação protetiva do patrimônio histórico, merecem uma releitura sob a ótica do novo Texto Constitucional, que é mais claro na busca da preservação dos valores históricos;

h) noticiou o encaminhamento de Ofício, solicitando que os processos de autorizações para construção de imóveis, na ilha do, fossem submetidos à apreciação do órgão técnico responsável.

Observa-se, ademais, conforme noticiou o Ministério Público Federal, às fls. , que:

(...) recentemente, o IPHAN analisou novo projeto de construção na área em questão de edifício residencial com 132,66 metros de altura e 42 pavimentos no Cais de Santa Rita, em imóvel praticamente vizinho ao que é objeto dessa demanda, concluindo que a sua verticalidade contrasta com o perfil horizontal do Bairro de São José, composto em sua maioria por edifícios de 02, 03 e 04 andares, significando a redução da visibilidade destes monumentos, ao interferir na percepção visual de seus elementos.

No tocante ao depoimento da testemunha do MPF (fls.), que esteve na direção da DIRBAN entre Janeiro/2001 até novembro/2003, ofertando, em 09.10.2003, parecer contrário à construção de 03 (três) blocos de apartamentos de 32 pavimentos cada, pela empresa-ré, na área em questão, destacam-se os seguintes aspectos:

Paris modernizou-se sem destruir, sem esconder o velho; bem ao contrário, é o velho que embeleza Paris.

a) é Arquiteta graduada em 1973, com mestrado em Desenvolvimento Urbano, pela UFPE, 1985; com Doutorado em Planejamento Urbano, pela Sorbonne, 1993; e Professora da UFPE na Graduação, em Planejamento Urbano, e, na Pós-Graduação, na disciplina de Teoria da Formação do Espaço Urbano;

b) possui algumas publicações nacionais/internacionais na área de urbanismo, e, recentemente, apresentou-se como Palestrante em Seminário internacional sobre globalização e território, realizado em Baia Blanca, Argentina, cujo título é a “revitalização do bairro do Recife: do lugar do encontro ao espaço de trânsito e fluxo”, onde inclusive abordou este empreendimento;

c) afirmou que, com certeza, a construção das duas Torres prejudica a visibilidade dos monumentos históricos, dizendo que a mudança de 3 Torres de 99,15m para duas Torres de aproximadamente 135 m em nada altera a justificativa pelo impedimento da construção das mesmas;

d) considera que a construção das Torres viola o conceito de visibilidade, e que, pelo fato de as Torres serem tão elevadas, chamam para si a condição de

protagonista das atenções, relegando a um papel secundário os monumentos históricos;

e) a lei municipal de 1996, art. 62¹¹, sobre Empreendimento de Impacto, registra que a instalação de Empreendimentos de Impacto é condicionada à aprovação, pelo Poder Executivo, de memorial justificativo que deverá considerar o sistema de transportes, meio ambiente, infra-estrutura básica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança;

f) relata, que, com certeza, a área em que se procede as construções é de vizinhança a do patrimônio histórico, destacando que o fato de existirem patrimônios históricos nestes bairros, apenas agrava a incompatibilidade da construção com o meio;

g) argumenta que esta ACP deve desenvolver mais aprofundadamente o conceito de EMPREENDIMENTO DE IMPACTO, tal como registrado no art. 62 ultra mencionado, tendo em vista que, no caso das Torres, não há sutileza, mas há um evidente impacto, sobretudo quando o pano de fundo tem monumentos tombados nacionalmente;

h) considera difícil responder com exatidão se as linhas de entorno consignadas nos mapas guardam uma relação de fidelidade com o que efetivamente deveria estar traçado, o que faz ressaltar, no seu ponto de vista, a relevância da Perícia Topográfica;

i) aduziu, que, no ambiente em que vive em Recife, a reação foi negativa, no que se refere à construção dos Edifícios Píer e Píer, discutindo-se a legitimidade social da construção das Torres;

j) firmou, por fim, que pessoas de formação intelectual aprofundada, acaso concordem com este Empreendimento de Impacto no local onde se constrói, provavelmente deva-se ao fato de possuir um conceito diverso de modernização, que, no seu entendimento, não pode implicar em destruição ou em esconder o bairro de São José, colocando-o como pano de fundo.

Em suma, tal como se observa de todo o exposto: da análise da Perícia arqueológica e de seus esclarecimentos realizados em Audiência, conclui-se que a construção das duas Torres interfere negativamente na visibilidade, na harmonia e na ambiência dos conjuntos urbanos dos bairros de Santo Antônio e de São José, protegidos pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

¹¹ Lei n.º 16.176/96. Art. 62 – A instalação de Empreendimentos de Impacto no Município é condicionada à aprovação, pelo Poder Executivo, de Memorial Justificativo que deverá considerar o sistema de transportes, meio ambiente, infra-estrutura básica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança.

Ressalte-se, ademais, que, à época da realização da referida audiência (05/03/2007), o terreno onde estão sendo construídas as duas torres, era considerado como de vizinhança do polígono de proteção do IPHAN, e, ainda assim, as testemunhas e os assistentes técnicos defenderam a sua proteção e a inviabilidade da construção, tendo em vista os amplos conceitos de vizinhança e de visibilidade, contidos no art. 18 do Decreto-Lei n.º 25, de 1937¹², tal como já havia se manifestado o então Juiz Federal Substituto desta Vara Federal, ao deferir (21/03/2005) o pedido de liminar para determinar a paralisação das obras.

Complementando a prova produzida em Audiência, observa-se, às fls., que o Ministro do Eg. Tribunal de Contas da União, foi ouvido como testemunha apresentada pela empresa-ré, em 22/05/2007, no interior de seu gabinete, em Brasília-DF, merecendo destaque que:

a) representou o Ministério Público Federal, na referida audiência, a Exma. Procuradora da República que firmou a petição inicial da presente ACP, sendo a empresa-ré, representada pelo seu Ilustríssimo advogado;

b) ao ser indagado, às fls., acerca do conhecimento sobre os conteúdos dos vários Pareceres Técnicos referentes ao empreendimento em questão, a testemunha afirmou “*que não tem conhecimento desses pareceres*”, aduzindo, por iniciativa própria, que “*não é parte no processo*”;

c) ao ser indagado, às fls., se a construção das 02 Torres, cada uma delas com cerca de 135 metros de altura, romperia, ou não, com os padrões urbanísticos da vizinhança, a testemunha, afirmou, também, por iniciativa própria, “*que quer responder na condição de membro do Conselho do IPHAN(...)*”, aduzindo que “*tem convicção de que os prédios, objeto do processo, estão fora do polígono de preservação histórica*”. (Vide, em contrário, o Laudo de Perícia Topográfica de fls.). Todavia, a testemunha não explicitou as razões de suas alegações, relatando às fls. que “*especificamente não se recorda das razões pelas quais os edifícios ficaram fora do polígono*”;

d) ao ser indagado às fls., se a alteração, no Projeto Inicial da empresa-ré, da construção de 03 Torres, cada uma delas com 99 metros de altura, para duas Torres, cada uma delas com cerca de 135 metros de altura, justificaria a mudança do entendimento, inicialmente desfavorável à construção, a testemunha afirmou que “*não*”. Todavia, respeitosa venia, em sentido aparentemente contrário à sua conclusão, aduziu a testemunha que “*a mudança de 3 para 2*

¹² Decreto-Lei n.º 25/37: “Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional **não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade**, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do objeto.

prédios facilitou a visão do mar, apresentou maior espaçamento, que facilitou a preservação do acesso da vista do mar;”

e) indagado pelo MPF, a testemunha aduziu que “*infelizmente não tem formação em arquitetura.*” Talvez por isso, salvo melhor juízo, a testemunha tenha sido genérica, conforme consta em suas palavras, às fls.: e.1) “*supõe que a área nunca foi de porto*”; e.2) “*não se recorda quais eram as construções ali existentes e nem a altura dos prédios*”; e.3) “*não sabe informar se os critérios municipais que observavam os gabaritos na década de 80 são os mesmos de atualmente*”; e.4) “*acredita que na década de 80 não havia prédios de 40 andares e não sabe se hoje existe*”.

A título de considerações, ressalto que o fato da área, onde se situa o imóvel, encontrar-se degradada não significa dizer que não pode ser recuperada.

Ressalta-se, também, que os exemplos citados pela testemunha, tais como, o Edifício do Grupo e o antigo frigorífico não possuem o gabarito sequer próximo do empreendimento em questão.

Merece destacar, por fim, que o interesse público, consistente na preservação do Patrimônio Histórico Nacional, deve prevalecer em relação aos interesses dos poucos particulares, com a construção dos Edifícios em questão.

Nesse sentido, reproduzo as palavras do Ministério Público Federal.

No caso em foco, a construção e a comercialização dos dois espigões atende a interesses de particulares (construtora e seus clientes), em detrimento da coletividade, o que vai de encontro à noção de desenvolvimento sustentável, que impõe a necessidade de preservação do meio ambiente cultural para as presentes e futuras gerações, consoante estabelece o art. 225 da Carta Magna.

6. Da Perícia Topográfica

Vale ressaltar, entre outros, os seguintes aspectos da Perícia Topográfica, conforme registrado pelo Perito do Juízo:

a) a referida Perícia tem por objetivo, segundo consta às fls., definir a localização do imóvel, situado no Cais de Santa Rita, bairro de São José, em relação ao traçado correto da Poligonal de Entorno, da ÁREA 01 de bens tombados pela Edilidade, estabelecido por lei aprovada na 110.^a Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN, em 30 (trinta) de agosto de 1984;

b) a Poligonal de Entorno da Área 1 (Bairros de Santo Antônio e São José) traçada em planta topo-temático às fls. dos Autos pelo IPHAN, não corresponde à descrição da lei aprovada na 110.^a Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN, em 30 de agosto de 1984;

c) a Poligonal de Entorno da Área 1 do IPHAN, traçada em planta topográfico-temático da Zona Especial de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural (ZEPH – 10) às fls. e dos Autos, pela Prefeitura da Cidade do, não corresponde à descrição da lei aprovada na 110.^a Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN, em 30 de agosto de 1984;

d) o erro cometido nos traçados da Poligonal de Entorno, pelo IPHAN e pela Prefeitura decorreu de interpretação equivocada no seguinte trecho da descrição da Poligonal de Entorno: “(...) prossegue pelo eixo da Avenida Martins de Barros, e igualmente pelo EIXO do Cais de Santa Rita até o cruzamento com a Avenida Sul. Deste ponto, segue o prolongamento do eixo do Cais de Santa Rita em direção ao rio;

e) a Prefeitura e o IPHAN não interpretaram corretamente o trecho supracitado, traçando a linha limítrofe pelo alinhamento do Cais de Santa Rita;

f) o traçado correto se dá através do eixo do Cais de Santa Rita (linha imaginária central do logradouro e não pelo alinhamento do Cais junto ao paramento dos imóveis;

g) o Cais de Santa Rita é um logradouro registrado na DIRCON da Prefeitura do Recife, não havendo outra denominação para este logradouro, o que resta demonstrado pela exigência feita pela DIRCON para que a empresa utilizasse a expressão Cais de Santa Rita. Portanto, as designações “Avenida Cais de Santa Rita” e “Rua Cais de Santa Rita” nas fls. 244 e 249, entre outras, dos Autos, estão incorretas;

h) segundo a descrição da própria Prefeitura da Cidade do e a planta topográfica da UNIBASE, a área do Cais de Santa Rita vai do paramento dos imóveis até o local das embarcações;

i) ainda na descrição da Poligonal de Entorno, a linha limítrofe segue pelo eixo do Cais de Santa Rita até o cruzamento com a Avenida Sul. Após o cruzamento com a Avenida Sul, o prolongamento deste eixo continua até chegar ao rio. Ou seja, não é descrita nenhuma deflexão da linha da Poligonal. Em seguida, prossegue pela margem do rio, acompanhando a Avenida Engenheiro José Estelita;

j) desta forma, a linha que define a Poligonal de Entorno da Área 1 (Bairros de Santo Antônio e São José), descrita na Lei aprovada na 110.^a Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN, em 30 de agosto de 1984, tem o seu traçado correto cruzando a área do imóvel n.º, discutido nesta Ação Civil Pública.

Em síntese, concluiu o Perito que:

a) tanto o mapa apresentado pelo IPHAN que exclui a área dos empreendimentos da Poligonal de Entorno, como o mapa apresentado pela PCR, que inclui apenas parte da área do empreendimento na Poligonal de Entorno, estão errados;

b) de acordo com os elementos topográficos levantados e a correta interpretação do descritivo da Poligonal de Entorno aprovada pela 110.^a Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN, em 30 de agosto de 1984, verifica-se que a área do empreendimento denominado Píer está em grande parte inserida na Poligonal de Entorno; enquanto que a área do empreendimento denominado Píer está em pequena parte inserida na Poligonal de Entorno e o restante da área na vizinhança;

c) de acordo com os elementos topográficos levantados e a correta interpretação do descritivo da Poligonal de Entorno aprovada pela 110.^a Reunião do Conselho Consultivo do IPHAN, em 30 de agosto de 1984, verifica-se que a área parcialmente construída do empreendimento denominado Píer está inteiramente inserida na Poligonal de Entorno; enquanto que parte da área parcialmente construída do empreendimento denominado Píer está inteiramente inserida na dita Poligonal e a outra parte está na área de vizinhança a uma distância igual a 16,87 metros da Poligonal de Entorno.

Ressalte-se que o perito nomeado pelo juízo, por se encontrar equidistante das partes e deter os conhecimentos técnicos necessários para o exercício de seu múnus público, merece credibilidade em suas informações, cuja veracidade somente pode ser questionada mediante a apresentação de argumentos fundados; o que não se verifica na hipótese dos Autos.

Portanto, há de se reconhecer ao perito a condição de agente habilitado a fornecer ao Juiz os conhecimentos de ordem técnica, que são necessários à adequada solução das demandas. Assim, reproduzo o que venho dizendo em matérias desta ordem. É o que faço em seguida:

A informação do técnico especializado assenta-se na necessidade de se fornecer ao juiz a clareza e a segurança requeridas para que se forme a sua convicção. O laudo técnico leva ao juiz elementos instrutórios sobre fatos que dependam de conhecimentos de ordem específica.

E, como as demais provas, a técnica, também se sujeita à sua livre apreciação, de acordo com o disposto no art. 436, do CPC. Logo, tem o trabalho do perito importância decisiva para que a atividade jurisdicional não se torne arbitrária e tecnicamente inconsistente.

Acerca da Perícia Topográfica, vale ressaltar as seguintes palavras do Ministério Público Federal:

(...) a assistente técnica do IPHAN, cuja qualificação técnica aparentemente foge à área de conhecimento do objeto da perícia, questiona o laudo sob argumentos prosaicos, tais como pretender fixar a linha do contorno de acordo com a

“*intenção pretendida pelos membros do Conselho Consultivo*”, como se fosse possível em topografia, ciência exata, abandonar-se dados objetivamente fixados.(...)

A conclusão da perícia de fls., portanto, deve ser acolhida *in totum*, considerando-se os imóveis em questão, um deles totalmente e o outro parcialmente, incluídos na poligonal de entorno, fato que acarreta enorme ofensa ao Patrimônio Histórico Nacional, sendo nulas de pleno direito qualquer licença ilegalmente concedida. As obras, por conseqüência, ofendem a lei e a Constituição.” (grifei)

Assim, considerando os argumentos do Perito Topógrafo, os quais adoto como razão de convencimento do Juízo, declaro a ilegalidade da Construção do Empreendimento, tendo em vista que a área parcialmente construída do Edifício denominado Píer está inteiramente inserida na Poligonal de Entorno, enquanto que a área parcialmente construída do Edifício denominado Píer está na área de vizinhança a uma distância igual a 16,87 metros da Poligonal de Entorno, devendo sobre elas incidir rígida proteção por parte do Poder Público.

7. Das questões veiculadas nesta ação civil pública sob investigação do Ministério Público do Estado de Pernambuco em decorrência da Perícia Topográfica

Conforme consta em Ofício datado de 04.10.2007 (ref. ao Inquérito Civil Público n.º 001/2007), subscrito pelos Excelentíssimos Promotores de Justiça da Promotoria de Justiça de Defesa do Meio-Ambiente e Patrimônio Histórico – Cultura e da Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital, Habitação e Urbanismo, estão sob investigação, no Ministério Público do Estado, os seguintes fatos, noticiados nesta Ação Civil Pública:

a) não foram encontrados nos Autos quaisquer documentos que registrassem a realização de um EIA-RIMA (Estudo de Impactos Ambientais – Relatório de Impactos Ambientais), previsto nos casos de instalação de obras ou atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental, nos termos do art. 225, § 1.º, IV, da CF/1988¹³, c/c Resoluções do CONAMA;

¹³ CF/88. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1.º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade (grifei);

b) não foi encontrado, nos presentes Autos, um Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, conforme exige a Lei n.º 10.257 de 2001, Seção XII (Estatuto das Cidades);

c) as obras em questão (2 Torres) são empreendimentos de impacto, nos termos do artigo 62, da Lei de Uso e Ocupação do Solo da Edilidade¹⁴, necessitando, portanto, de prévia aprovação de Memorial Justificativo que deverá considerar o sistema de transportes, meio ambiente, infra-estrutura básica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança, sob pena de nulidade da licença de construção;

d) é de suma importância um estudo sobre a influência do aumento do nível do mar devido ao aquecimento global, visto que os empreendimentos são localizados às margens da foz da baía do Pina (ffs.);

e) observou-se que apareceram rachaduras nas paredes do Forte das Cinco Pontas após o início das obras de construção dos Edifícios Píer e Píer (ffs.).

Ressalte-se que os fatos ora narrados são de extrema importância para o Ministério Público do Estado, tendo em vista que o art. 10 da Lei n.º 16.243/1996 (Código do Meio Ambiente e do Equilíbrio Ecológico do Município) dispõe expressamente que:

Art. 10 – As alterações do meio ambiente que acarretem impactos ambientais serão prevenidas ou reprimidas pelo Poder Executivo, através de medidas que visem à preservação ou manutenção das condições de qualidade ambiental sadia em benefício da comunidade recifense.

§1.º – São indispensáveis para o exercício das atribuições previstas no “caput” deste Artigo o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), os quais obedecerão às disposições da Resolução n.º 01, de 23 de janeiro de 1986, do CONAMA e demais normas legais e regulamentares pertinentes.

8. Dos dispositivos legais afrontados com a construção do empreendimento

Observa-se que a construção do Empreendimento em tela, em área de proteção histórica definida pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico

¹⁴ Lei n.º 16.176/96. Art. 62 – A instalação de Empreendimentos de Impacto no Município é condicionada à aprovação, pelo Poder Executivo, de Memorial Justificativo que deverá considerar o sistema de transportes, meio ambiente, infra-estrutura básica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança.

Nacional (vide Perícia Topográfica de fls.), atinge frontalmente os seguintes dispositivos constitucionais e infraconstitucionais:

a) *art. 23, III e IV, da Constituição da República/88*: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

b) *art. 24, VII e VIII, da Constituição da República/88*: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) *art. 30, IX, da Constituição da República/88*: Art. 30. Compete aos Municípios: (...) IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;

d) *art. 170, III, V e Parágrafo único da Constituição da República/88*: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; (...) V – defesa do consumidor; (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei;

e) *art. 216, da Constituição da República/88*: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, *tomados individualmente ou em conjunto*, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) V – *os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.* (...) § 1.º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (...) § 4.º *Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei;*”

f) *art. 18, Decreto-Lei n.º 25/37*: “Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do objeto;”(grifei)

Nesse sentido, disse o Procurador do IPHAN, em Audiência (fls.), que:

(...) o Decreto Lei 25/37, e toda a legislação protetiva do patrimônio histórico, merecem uma releitura sob a ótica do novo Texto Constitucional que é mais claro na busca da preservação dos valores históricos.

Acerca do art. 18, do Decreto-Lei n.º 25/1937, vale ressaltar, também, as seguintes palavras do Ministério Público Federal (fls.):

Frise-se, por oportuno, que a restrição imposta pelo art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 1937, encontra-se em perfeita consonância com os dispositivos constitucionais que regem a matéria, em especial os arts. 23, III e IV, 24, VII e VIII, 30, IX, 170, III, V e parágrafo único, 216, e seus desdobramentos, os quais revelam a preocupação da sociedade, representada pelo poder constituinte, com a proteção do patrimônio histórico, valor que ganhou relevo com a Carta Magna de 1988;

9. Das restrições dos imóveis

Sobre a importância das restrições à construção do Empreendimento, onde se verificam as duas Torres objeto desta Ação Civil Pública, é válido lembrar, portanto, que a Perícia Topográfica expressamente as confirmou.

Resta exposto, na Perícia Topográfica, que ambos os mapas (Prefeitura da Cidade do às fls. e Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional às fls.) não procedem, e deles não se poderá extrair conseqüências jurídicas.

Também parece evidente que a aquisição do imóvel em leilão, por um preço ao entorno do mínimo previsto no Edital, considerou como existentes tais restrições de construção.

A posterior supressão destas restrições, que não ocorreu pelo fato de uma nova lei vir a ser editada, mas por uma nova interpretação que o Município entende que deva prevalecer, não apenas repercute na construção em si das duas Torres, mas, também, na valorização daí superveniente.

É mesmo de se cogitar de que se uma nova lei, que não existe para o caso, já interferiria na situação em si, com muito maior razão, salvo melhor juízo, uma nova interpretação de uma lei antiga, sobre a qual o Município já havia fixado restrições.

Isto naturalmente teve repercussões na esfera jurídica e econômica da Empresa Assistente cujo bem foi arrematado e na de seus credores trabalhistas, que viam no bem uma garantia no pagamento dos seus créditos.

10. Da litigância de má-fé e da empresa-ré

No que se refere ao pedido de condenação da Empresa-ré em litigância de má-fé, entendo que merecem prosperar os argumentos formulados pelo Ministério Público Federal de fls., especialmente, levando-se em consideração que:

a) opôs, na presente Ação Civil Pública, 02 (duas) Exceções de Suspeição (EXSUSPTR794¹⁵ e EXSUSPTR n.º 803/PE) e uma Representação (n.º 000.88.0003-2007-03¹⁶) contra este Juiz, julgadas manifestamente improcedentes, por unanimidade, pelo Eg. TRF, merecendo destaque os seguintes excertos do Acórdão proferido pela Col. ... Turma, na última Exceção de Suspeição, julgada em 02.10.2007:

a.1) voto do Exmo. Des.:

(...) os argumentos trazidos pela excipiente *estão longe de demonstrar qualquer atitude suspeita do excepto na condução do feito principal, e denotam, mais precisamente, uma certa vagueza*, pois deixam de elencar, de maneira contundente e convincente, qualquer acontecimento eivado de uma das causas de suspeição descrita no art. 135 do CPC (...) Outrossim, as razões expendidas às fls. 74/77 também não trazem elementos suficientes a ensejar o afastamento do excepto da presidência da lide, configurando-se como meio a PROVOCAR UM TUMULTO PROCESSUAL E RETARDAR A SOLUÇÃO DO LITÍGIO, mormente se considerando que a exceção de suspeição suspende o curso do processo, nos termos do art. 306 do CPC.

a.2) voto do Exmo. Des.:

(...) acho que é um caso de exceção manifestamente improcedente. Realmente, não se suscitou aqui nenhuma fundamentação para essa exceção. Seria até oportuno que as partes procurassem agir com mais responsabilidade ao argüir a exceção de suspeição de um magistrado. (...) ENTÃO É UM COMPORTAMENTO LASTIMÁVEL e que como julgador concito as partes a terem serenidade e a se utilizarem adequadamente dos remédios processuais.

¹⁵ Incidente rejeitado, por unanimidade, em 28.11.2006, pela Eg. 2.ª Turma do TRF da 5.ª Região (Rel. Des. JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO – atual Presidente do Eg. TRF da 5.ª Região; votantes: Des. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – Atual Ministro do Eg. STJ e Des. PETRUCIO FERREIRA), que acompanhou o Douto MPF, em Parecer da lavra da Eminente Procuradora Regional da República, DRA. ELIANE DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA RECENA.

¹⁶ Representação julgada manifestamente improcedente pelo Exmo. Corregedor do Eg. TRF da 5.ª Região, em Exercício, Dr. LÁZARO GUIMARÃES, em outubro de 2007.

b) o art. 17, VI, do CPC¹⁷ aduz expressamente que se reputa litigante de má-fé aquele que provocar incidentes manifestamente infundados, tal como ocorreu no caso dos autos, onde a opôs, pela segunda vez, Exceção de Suspeição (EXSUSPTR n.º 803/PE) em desfavor deste Juiz, *rejeitada liminarmente* pela Eg. Turma do TRF, em 02.10.2007;

c) conforme se verifica nos trechos dos votos prolatados pelos Excelentíssimos Desembargadores acima referidos, as Exceções de Suspeição interpostas tiveram nítido caráter de *provocar tumulto processual e retardar a solução do litígio* (Vide voto proferido pelo Exmo. Des., em 02.10.2007, no julgamento da Exceção de Suspeição n.º);

d) tanto a mencionada Representação, como a última Exceção de Suspeição, foram interpostas em face de um ato legítimo e comum¹⁸, amparado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, e, também, acordado em audiência, realizada em 05.03.2007, qual seja a intimação pessoal do MPF, com carga dos autos;

e) as mencionadas Exceções de Suspeição, genéricas e sem amparo legal, apenas tiveram o intuito de procrastinar o julgamento do Feito, objetivando a aplicação da Teoria do Fato Consumado, tendo em vista que, com a oposição dos citados incidentes, o Processo ficou suspenso, enquanto as obras de construção dos Edifícios Pier e Pier seguiam aceleradamente.

Todavia, um suposto Fato Consumado, lastreado, salvo melhor juízo, na *conveniência política*, e provocado por litigância de má-fé (vide MPF às fls.), não deve prevalecer em relação aos Princípios Constitucionais, que são claros na missão de proteção do Meio-ambiente e do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Acerca da impossibilidade da aplicação da Teoria do Fato Consumado no caso dos autos, vale ressaltar os seguintes argumentos do Ministério Público Federal:

A presente Ação Civil Pública foi ajuizada antes mesmo de ter sido constituído os condomínios das duas torres e, principalmente, antes de se iniciar a escavação do alicerce.

¹⁷ CPC. Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – *provocar incidentes manifestamente infundados*. VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (grifei)

¹⁸ LC 75/1993. São prerrogativas dos Membros do Ministério Público da União: (...) II – processuais: (...) h) receber *intimação pessoalmente nos autos* em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que oficiar (GRIFEI)

A medida que concedeu a antecipação da tutela, igualmente, foi anterior ao início das obras. Como é sabido, a referida medida não foi até hoje reformada, encontrando-se hígida, já que a ré desistiu do Agravo de Instrumento contra ela interposto, temeroso de ver a decisão mantida pelo órgão Colegiado do Tribunal. Aproveitou-se a construtora do fato de o Município ter sido beneficiado (ou terá sido ela mesma?) por decisão monocrática da presidência da Eg. Corte Regional.

Acontece, porém, que a decisão da presidência apenas suspende a executividade, mas não reforma a decisão de primeiro grau. (...)

A decisão da Presidência, portanto, reveste-se de patente precariedade, já que sequer revoga a da primeira instância. Isso significa que todos os fundamentos desta permanecem íntegros, inabalados. Aliás, a suspensão da tutela foi considerada ilegal pelo STJ, por ter fugido aos pressupostos autorizadores de sua concessão.

Diante desse quadro de instabilidade, embora inexistindo impedimento formal, ninguém com o mínimo de bom senso se lançaria na aventura de iniciar uma obra da magnitude das duas Torres, pois ciente de que, acaso perca a demanda, teria que desfazê-la.

A ré e os adquirentes das unidades preferiram, por sua exclusiva conta e risco, cientes das possíveis conseqüências jurídicas decorrentes da demanda judicial, iniciar a obra e imprimir velocidade incomum à construção, certamente na esperança de ganhar a causa “na marra”, acreditando que o Poder Judiciário se intimidaria em determinar a demolição, ante o prejuízo de terceiros adquirentes, mesmo que viesse a reconhecer a ofensa ao patrimônio cultural do país.

Ora, evidentemente que essa tese não será acolhida pelo Poder Judiciário, comprometido com a realização da justiça e de fazer efetivos os valores albergados pela Constituição Federal, cabendo àqueles que decidiram investir sob alto risco suportar o ônus da perda da aposta. (...)

De todo modo, o prejuízo voluntário e consciente de uns poucos particulares não pode se sobrepor ao prejuízo de toda a sociedade, como bem demonstrado nesta peça, considerando-se que está em jogo um patrimônio construído ao longo dos séculos, que nossa geração tem o dever de preservar para as futuras, assim como nossos antepassados o fizeram.

f) observa-se, também, que a empresa Ré ofereceu Exceção de Suspeição em desfavor do Perito do Juízo, também, julgada manifestamente improcedente, em 23.10.2007, logo após a apresentação do Laudo de Perícia Topográfica, desfavorável aos seus interesses;

g) a empresa Ré vem adotando mecanismos, respeitosa venia, desvirtuados de suas bases processuais, apenas para tentar desconstituir argumentos aparentemente contrários aos seus interesses e permitir a delonga de um Feito que já deveria estar concluído nesta 1.^a instância;

h) finalmente, acerca do instituto da litigância de má-fé, transcrevo alguns Acórdãos dos Tribunais pátrios:

I – RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DESPROVIDO DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE PROVA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. POSSIBILIDADE DO MAGISTRADO OU O TRIBUNAL VIR A IMPÔ-LA DE OFÍCIO E À PARTE VENCEDORA DA CAUSA. LEIS N.º 8.952/94 E 9.668/98. NÃO CONHECIMENTO.(...)

8. Se, já antes da Lei n.º 8.952/94, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça se inclinava para a possibilidade do magistrado aplicar, de ofício, multa por litigância de má-fé, momento seguinte, a lei, ela mesma, tratou de sedimentar a orientação, corroborando-a.

9. A multa por litigância de má-fé pode ser imposta à parte, ainda que vencedora na causa.(...)

11. “O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.” (artigo 18 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n.º 9.668/98).

12. Recurso não conhecido¹⁹.

II – EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DECORRENTE DE APRECIÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. VIOLAÇÃO À LOM. INOCORRÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.(...)

(...)

Configura litigância de má-fé a oposição, de forma temerária e infundada, do incidente de suspeição com o fim implícito de obstar o andamento de execução fiscal²⁰.

¹⁹ Origem: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 316200 Processo: 200100390889 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data da decisão: 13/11/2001 Documento: STJ000420064 DJ DATA:25/02/2002 PÁGINA:462 Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO decisão unânime Os Srs. MINISTROS PAULO GALLOTTI, FONTES DE ALENCAR E FERNANDO GONÇALVES votaram com o Senhor Ministro-Relator.

²⁰ Origem: TRIBUNAL – QUARTA REGIÃO Classe: EXSUSP – EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Processo: 200370030148069 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 13/04/2004 Documento: TRF400095158 DJU DATA:19/05/2004 PÁGINA: 911 Rel. DIRCEU DE ALMEIDA SOARES

PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PARTE QUE DISCORDA DO MÉRITO DOS ATOS JURISDICIONAIS.

1. Decidir de forma diversa daquela que a parte considera correta não é causa de suspeição.

2. Alegação de que as decisões seriam infundadas e abusivas desacompanhada de prova, pois não foi trazida sequer uma cópia das decisões ou despachos que teriam sido proferidos, aliás, o Excipiente não produziu prova alguma, em desrespeito ao art. 312 do CPC (ônus da prova).

3. Incidente manifestamente infundado e temerário que causou prejuízo de anos ao regular andamento da marcha processual, pelo que deve ser punido com 1% de multa por litigância de má-fé, nos termos do art. 17, V e VI, c/c o art. 18 do CPC²¹.

i) o Ministério Público Federal aduziu, às fls., expressamente que:

A seguida argüição de suspeições manifestamente improcedentes, e sem fundamento, caracteriza litigância de má-fé, requerendo o MPF seja esta reconhecida, aplicando-se à ré as penalidades da lei.

A absoluta fragilidade dos argumentos invocados, em todas elas, nos permite concluir que se tratou de manobras protelatórias, visando a ganhar a ação “no grito”, possivelmente na vã tentativa de criar embaraços à eventual ordem de demolição resultante da procedência da ação.

Assim, restou comprovada a prática de litigância de má-fé por parte da empresa-ré, razão pela qual, nos termos do art. 18, “*caput*” e § 2.º do CPC²²:

I. condeno a empresa Ré ao pagamento de multa de 1% (um por cento) sobre o valor envolvido na causa, qual seja o valor de mercado do empreendimento em questão (Edifícios Píer e Píer);

²¹ Origem: TRF – PRIMEIRA REGIÃO Classe: EXSUSP – EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – 200438000168908 Processo: 200438000168908 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 9/5/2007 Documento: TRF100248441 DJ DATA: 31/5/2007 PAGINA: 102 Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS decisão unânime.

²² CPC. Art. 18. O juiz ou tribunal, *de ofício ou a requerimento*, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (grife)

II. condeno a empresa Ré ao pagamento de indenização ao Ministério Público Federal, na quantia de 20% (vinte por cento) sobre o valor envolvido na causa, qual seja o valor de mercado do empreendimento em questão (Edifícios Píer e Píer);

III. os valores em comento deverão ser destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto n.º 1.306/1994²³.

11. Conclusão

Observa-se que o art. 1.º, IV, da Lei n.º 7.347/1985²⁴ (Lei de Ação Civil Pública) dispõe expressamente que o diploma legal em epígrafe trata das ações de responsabilidade *por danos patrimoniais causados* aos bens e direitos de valor histórico.

No presente caso, há danos patrimoniais causados a bens de valor histórico, tendo em vista que, conforme já foi exposto:

a) o Procurador do IPHAN noticiou às fls. , que a autarquia encaminhou um Ofício solicitando que os processos de autorizações para construção de imóveis, na ilha do, fossem submetidos à apreciação do IPHAN. Todavia, o ... *não submeteu* ao (que se manteve inerte), qualquer projeto que tramitou perante aquele órgão para edificação no imóvel situado no n.º , Cais de Santa Rita, Bairro de São José,, razão pela qual, dentre as outras razões expostas nesta sentença, fica sem efeito a aprovação concedida para a edificação do Empreendimento.

Merece ser destacado que a citada licença de construção concedida está, sim, como os demais atos jurídicos em geral, sujeita ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, inexistindo, no caso, interferência do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade).

Nesse sentido, vale ressaltar as palavras do Ministério Público Federal:

Se a resposta dada por ente municipal a uma consulta prévia formulada por um particular, afirmando a viabilidade jurídico-institucional de um projeto de

²³ Art. 1.º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela *Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985*, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

²⁴ Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e *patrimoniais causados*: IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

construção, não pudesse mais vir a ser questionada em juízo, sob o argumento de ofensa ao princípio da segurança jurídica, como se a administração pública jamais cometesse equívocos, isso significaria o total esvaziamento do Poder Judiciário, bem como flagrante ofensa ao dispositivo constitucional que estabelece o princípio da Inafastabilidade da jurisdição, inserto no art. 5.º, XXXV da Carta Magna²⁵.

Observa-se que a segurança jurídica é, acima de tudo, cumprir a Constituição. A democracia não se encerra no voto, quer para o cargo de prefeito, governador ou presidente; mas exige o firme cumprimento dos princípios e dos ditames constitucionais. É nisto que se resume o Princípio da Segurança Jurídica dentro de um Estado Democrático de Direito;

b) da análise da Perícia arqueológica, e de seus esclarecimentos realizados em Audiência, conclui-se que a construção das duas Torres interfere negativamente na harmonia e na ambiência dos conjuntos urbanos dos bairros de Santo Antônio e de São José, protegidos pelo IPHAN, ofuscando a visibilidade dos inúmeros bens tombados que se encontram na região; (fls.)

c) à época da realização da referida audiência (05/03/2007), o terreno onde estão sendo construídas as duas torres, era considerado como de vizinhança do polígono de proteção do IPHAN, e, ainda assim, as testemunhas e os assistentes técnicos defenderam a sua proteção e a inviabilidade da construção, tendo em vista os amplos conceitos de vizinhança e de visibilidade, contidos no art. 18 do Decreto-Lei n.º 25, de 1937²⁶, tal como já havia se manifestado o então Juiz Federal Substituto desta Vara Federal, ao deferir (21/03/2005) o pedido de liminar para determinar a paralisação das obras;

d) a Perícia Topográfica concluiu que a área parcialmente construída do empreendimento denominado Píer está inteiramente inserida na Poligonal de Entorno; enquanto que parte da área parcialmente construída do empreendimento denominado Píer está inteiramente inserida na dita Poligonal e a outra parte está na área de vizinhança a uma distância igual a 16,87 metros da Poligonal de Entorno, devendo sobre elas incidir rígida proteção por parte do Poder Público; (fls.)

²⁵ Art. 5.ºCF/88 XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁶ *Decreto-Lei n.º 25/37*: “Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional **não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade**, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do objeto.

e) o interesse público, consistente na preservação do Patrimônio Histórico Nacional, deve prevalecer em relação aos interesses dos poucos particulares, com a construção dos Edifícios em questão.

Em face de todo o exposto, decidiu-se:

I. julgar procedente o pedido (fls.) para: a) tornar sem efeito a aprovação concedida para a edificação dos Edifícios Píer e Píer (ambos com 41 pavimentos), situados no Cais de Santa Rita, n.º 645, Bairro de São José,; b) condenar a Empresa-ré na obrigação de fazer, consistente na demolição, às suas expensas, dos Edifícios Píer e Píer (ambos com 41 pavimentos), situados no Cais de Santa Rita, n.º, Bairro de São José,; c) condenar o Réu a submeter ao qualquer projeto que tramite perante aquele órgão para edificação no imóvel situado no n.º, Cais de Santa Rita, Bairro de São José,; d) condenar o Réu, na obrigação de fazer consistente em analisar qualquer projeto que seja submetido a esse órgão para edificação no imóvel situado no n.º 645, Cais de Santa Rita, Bairro de São José,

II. condeno a Empresa-ré, a título de litigância de má-fé²⁷: a) ao pagamento de multa de 1% (um por cento) sobre o valor envolvido na causa, qual seja o *valor de mercado* do empreendimento em questão (Edifícios Píer e Píer); b) ao pagamento de indenização ao Ministério Público Federal, na quantia de 20% (vinte por cento) sobre o valor envolvido na causa, qual seja o *valor de mercado* do empreendimento em questão (Edifícios Píer e Píer); c) os valores em comento deverão ser apurados em liquidação de sentença, e destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto n.º 1.306/1994²⁸;

III. condeno a Empresa-ré e os Réus ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor envolvido na causa, qual seja o *valor de mercado* do empreendimento em questão (Edifícios Píer e Píer), assim discriminados: a) 6% (seis por cento) para a Empresa ré; b) 2% (dois por cento) para o Réu; c) 2% (dois por cento) para o Réu.....;

Esclareço, desde já, que a condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no Processo, cabendo ao Juiz condenar, de ofício, a

²⁷ CPC. Art. 18. O juiz ou tribunal, *de ofício ou a requerimento*, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em *quantia não superior a 20% (vinte por cento)* sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (grife)

²⁸ Art. 1.º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela *Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985*, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

parte vencida, independentemente de provocação, tendo em vista que o pedido de tal condenação encontra-se compreendido na petição inicial como se fosse um pedido implícito, pois seu exame decorre da lei, prescindindo de alegação expressa do autor²⁹;

IV. as custas e as demais despesas processuais arcadas pelo Ministério Público Federal deverão ser ressarcidas pela empresa-ré, pelo e pelo tendo em vista que a isenção de custas, previstas no art. 4.º, I, da Lei 9.289/96³⁰, não exime as pessoas jurídicas, referidas no inciso I, da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora, nos seguintes moldes: a) 60% (sessenta por cento) para a Empresa Ré; b) 20% (vinte por cento) para o Réu; c) 20% (vinte por cento) para o Réu

V. fixo o valor total da Perícia Topográfica em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos da petição do Ministério Público Federal de fls. 2.935/2.936;

VI. expeça-se, em favor do Perito Topógrafo do Juízo, Alvará de Levantamentos dos honorários periciais, assim que os referidos valores sejam depositados pelo Ministério Público Federal;

VII. defiro o pedido do Ministério Público Federal de fls. 2.862/2.863 para que cópia do laudo da perícia topográfica seja encaminhada para o Superintendente do IPHAN em, a fim de que, diante das conclusões daquele trabalho pericial, possa adotar as providências que entender necessárias à revisão do traçado da poligonal de entorno dos bens tombados na região.

VIII. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório³¹.

²⁹ **I)** Origem: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGRESP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 886559 Processo: 20060211865 UF: PE Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 24/04/2007 DJ DATA: 24/05/2007 PÁGINA:329 Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO decisão unânime Os Srs. Ministros LUIZ FUX e DENISE ARRUDA votaram com o Sr. Ministro Relator; **II)** Origem: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGRESP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 667439 Processo: 200400926425 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 05/04/2005 Min. JOSÉ DELGADO decisão unânime Os Srs. Ministros FRANCISCO FALCÃO, LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI E DENISE ARRUDA votaram com o Sr. Ministro Relator.

³⁰ Lei n.º 9.289/96. Art. 4º São isentos de pagamento de custas: I – a *União*, os Estados, os *Municípios*, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas *autarquias* e fundações; (...) Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.

³¹ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a *União*, o Estado, o Distrito Federal, o *Município*, e as respectivas *autarquias* e fundações de direito público (grifei).

12. Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 10.^a ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7.^a ed. São Paulo, Malheiros, 1997.
- BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 3.^a ed., Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1991.
- BORGES, Arnaldo. O Sujeito Passivo da Obrigação Tributária. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el Proceso Civil. vol. III – Proceso Civil y Constitucional. Buenos Aires, EJEA, 1973.
- CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Direito Constitucional. vol. II. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1956.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo, Editora Saraiva, 1965.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo, Saraiva, 1969.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. vol. II. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1962.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. vol. I e II. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- _____. Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi. Rivista di diritto processuale – gennaio/marzo, Padova, 1990.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. vol. III 7.^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1 – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 16.^a ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

Acerca da possibilidade de aplicação do artigo 800.º CC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento

PROF.ª DOUTORA MAFALDA MIRANDA BARBOSA*

SUMÁRIO: I – Formulação do problema. II – Responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual. III – A responsabilidade do comitente e a responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares – breve confronto. IV – Os pressupostos da responsabilização do devedor pelo ato dos auxiliares, nos termos do artigo 800.º CC. Ordem de sequência. V – O problema da aplicabilidade do artigo 800.º à violação de deveres de segurança no tráfego.

I – Formulação do problema

Dispõe o artigo 800.º/1 CC que “o devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor”.

Trata-se de um preceito com uma inegável importância prático-normativa e dogmática. Na verdade, a especialização de trabalho caracterizadora das sociedades atuais leva a que, muitas vezes, o devedor se socorra, no cumprimento da prestação a que se obrigou, do trabalho de terceiros, seus auxiliares, dependentes ou independentes. Ora, com a solução dispensada pelo preceito não só conseguimos alargar o leque de devedores de uma possível pretensão indemnizatória, como, sempre que estejam em causa danos puramente patrimoniais – os quais, em regra, não são passíveis de ser reparados no âmbito delitual –, ela pode

* Doutorada em Ciências Jurídico-civilísticas pela Faculdade de Direito de Coimbra; Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra; Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ser a única via de o credor obter o ressarcimento, atenta a falta de uma relação especial entre o credor e aquele terceiro.

Por outro lado, não raras vezes a norma contida no citado artigo 800.º CC é mobilizada, no confronto com a disciplina normativa do artigo 500.º CC, como argumento para a diferenciação de modalidades de responsabilidade civil, a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Curiosamente, há autores, entre os quais se destaca Pedro Múrias¹, que invocam o disposto no preceito (bem como no citado artigo 500.º CC) para argumentar no sentido da unidade do instituto responsabilizatório. Subjacente a esta posição está a crítica do autor às posições dualistas nesta matéria. Nessa medida, afastamo-nos do seu pensamento, continuando fiéis àquela que é a lição tradicional na matéria. O nosso propósito, nestas páginas que se seguem, não é, portanto, o de pôr em causa a dicotomia clássica. Pelo contrário, é o de, partindo dela e respeitando-a, tentar perceber em que medida o artigo 800.º CC pode ou não ser mobilizado para fazer face a situações das quais está ausente uma obrigação em sentido técnico.

O problema não é meramente teórico, sendo antes inspirado por casos que concretamente têm lugar na realidade. Pensemos no seguinte exemplo: *A* tem em seu poder uma coisa móvel, tendo o dever de a vigiar, de modo a não causar danos a terceiros. Nos termos do artigo 493.º/1 CC, presume-se a culpa de *A*, em caso de verificação do referido dano, tendo de provar que “nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua”. Imagine-se, então, que *A*, pela especial complexidade técnica da coisa móvel em questão, celebrou um contrato com *B*, especialista naquele tipo de equipamentos, para que este exercesse o dever de vigilância sobre a coisa, no qual se integra a monitorização, reparação, controle, etc. Ocorrendo um dano, poder-se-á *A* eximir da responsabilidade, ilidindo a presunção de culpa contida no artigo 493.º/1 CC, ao invocar que o dever de vigilância onerava, afinal, *B*? É neste quadro que os autores questionam acerca da possibilidade de mobilizar o artigo 800.º CC: considerando-se *B* um auxiliar de *A*, este continuaria a ser, para todos os efeitos, responsável pelo dano sobrevindo.

¹ Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, n.º 1, 1996, 171-217. De notar, porém, que o autor não trata o problema de forma absolutamente conclusiva. Pelo contrário, adere a um monismo radical no que toca a esta questão concreta (da responsabilidade pelos atos dos auxiliares), mas prescinde de um tratamento global da problemática das modalidades de responsabilidade civil.

A resposta a este problema implica que se compreenda, por um lado, a estrutura imputacional contida no artigo 493.º/1 CC e, por outro lado, a estrutura imputacional presente no artigo 800.º CC. Acresce que o logrado esclarecimento da questão levar-nos-á a ter de lidar, igualmente, com a interpretação do artigo 492.º CC, que, depois de afirmar que “o proprietário ou possuidor de edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos”, remete, no seu n.º 2, a responsabilidade pelos danos para a pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra, em lugar do proprietário ou possuidor, quando tais danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação.

Antes, porém, importa tornar claros os contornos do modelo ressarcitório em que nos movemos. O mesmo é dizer que, ainda que de forma necessariamente sincopada e não exaustiva, teremos de enfrentar o problema da cisão entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Só depois, na verdade, estaremos aptos a discernir acerca do problema central do nosso estudo.

II – Responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual

Os autores, na sua grande maioria, mantêm-se fiéis a uma visão dicotómica da responsabilidade civil².

² Depõem nesse sentido Pereira COELHO, “O nexó de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 98 s.; Id., *Obrigações – sumários das lições ao curso de 1966-67*, Coimbra, 1967, 145; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 123; Inocêncio Galvão TELLES, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimpressão), 321; J. M. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 518 s.; António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 389; J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989 (onde, ao longo de toda a obra, perpassa a distinção apontada); Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 206 s.; A. Vaz SERRA, “Responsabilidade contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959, 107-242.; Vasco Lobo XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, 320 e 359; M. Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 49, nota 91 (Note-se que o autor, embora leve pressuposta a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entende ser legítimo e pertinente uma teoria unitária que as englobe, “a um nível de abstracção superior, e que

Contudo, vezes há que negam a cisão³⁻⁴⁻⁵.

Não procuremos ser exaustivos no tratamento da problemática. Diremos, apenas, que a distinção é enunciada com base em dois critérios e edificada em três níveis, que se projetam, posteriormente, em termos dogmáticos.

Entre os dois critérios de enunciação, podemos salientar aquele que cinde as duas modalidades de responsabilidade civil com base na diferença entre direitos absolutos e direitos relativos, correspondendo a violação dos primeiros ao ilícito aquiliano (na sua primeira modalidade) e a violação de direitos relativos à responsabilidade contratual⁶; ao lado daquele outro que considera estarmos

faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no CC se lhe referem”) e A. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 470, nota 316.

³ Cf. Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), 40 s.; Pedro Romano MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, 260 s.; Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 175 s. No mesmo sentido, veja-se, ainda, Luís Menezes LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, 773 s., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 95 s.

⁴ Cf., igualmente, Pedro ALBUQUERQUE, “A aplicação do prazo prescricional do artigo 498.º/1 à responsabilidade contratual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 49, 793 s.; Giovanna VISINTINI, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, 2 s.; Francesca GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale, Significato Attuale di una Distinzione Tradizionale*, Milão, Giuffrè Editores, 1993; Ugo MAJELLO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Rassegna diritto civile*, 1988, 109 s.; Eduard PICKER, „Vertragliche und deliktische Schadenshaftung/Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme“, *Justizzeitung*, 1987, 1041-1058; Id., “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 183, 1983, 465 s.

⁵ A este propósito, acompanhe-se a sistematização de Pedro MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, 175 s. O autor distingue diversas formas de monismo e de dualismo. Dentro do monismo, refere-se ao que designa por monismo moderado (“que afirma que o fundamento das duas ordens de responsabilidade é idêntico, que são idênticos os valores chave que lhes subjazem, mas reconhece que, por razões técnicas, e por razões particulares, haja diferenças justificadas entre as figuras, ainda que secundárias, permitindo sempre um estudo tendencialmente unitário da responsabilidade civil”) e ao que designa por monismo radical (que defende, para lá da identidade axiológica, a unificação dos regimes da responsabilidade civil). Dentro das construções dualistas, o autor distingue as seguintes: “uma que, simplesmente, distingue os fundamentos e/ou as funções das duas responsabilidades, justificando em globo as diferenças de regime que se costumam apontar (...), sem recusar uma unificação a um nível de abstracção superior”; e outra que “induz uma diferença de natureza das duas responsabilidades a partir do direito positivo, chamando a atenção para a extrema importância das diferenças de regime consagradas”.

⁶ Este critério implica duas precisões. Em primeiro lugar, pode existir responsabilidade extracontratual mesmo não existindo violação de direitos absolutos. Basta pensar na violação de disposições legais

diante de responsabilidade contratual sempre que o dano resulta do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico⁷.

Para lá da enunciação formulada nestes termos, há níveis de segmentação que não podem ser esquecidos. O que releva, desde logo, é uma diferença

de proteção de interesses alheios e no abuso do direito como outras vias de desvelação da ilicitude delitual. Ele seria, nesta medida, meramente tendencial. Em segundo lugar, ele pressupõe a rejeição (por nós assumida) da chamada eficácia externa das obrigações. Sobre o ponto, para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2006.

Veja-se, também, para uma panorâmica sobre a questão, BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; Id., “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista critica del diritto privato*, 1987, 283 s.; Pietro TRIMARCHI, “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio del credito”, *Rivista diritto civile*, 1983, I, 299 s.; Giovanna VISINTINI, “La tutela aquiliana delle posizione contrattuali”, *Contrato e impresa*, 1985, 651 s.; Francesco GALGANO, “Le mobile frontiere del danno ingiusto”, *Contrato e impresa*, 1985, 1-27; Karl NATSCHERADETZ, “A responsabilidade civil do terceiro cúmplice”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Lisboa*, n.º 5, 1986, 36-39; SAVATIER, “Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934, 541 s.; Ferrer CORREIRA, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98.º, 356 s.; Diogo Leite CAMPOS, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, 51 s.; Alberto Luís, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, 1999, 895-914; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*; Pessoa JORGE, *Ensaio*, 79; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, p.141, Pessoa VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 77 s., em especial 84-85; Pereira COELHO, *Obrigações*, 70; Álvaro DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, 291; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 490 s.; Vaz SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959, 345-360; Id., “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103.º ano, 1970-1971, 458-463; Carneiro da FRADA, *Contrato*, 162; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 1966, 51-53; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 175 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*. 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 71 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 185-188, 194, 523; Rita Amaral CABRAL, “A tutela delitual do direito de crédito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, 1025-1053; Vasco Lobo XAVIER e Ferrer CORREIA, “Efeito externo das obrigações; abuso de direito; concorrência desleal”, *Revista de Direito e Economia*, 1979, 12 s.

⁷ Nesta medida, os autores salientam que não seria absolutamente correto o termo responsabilidade contratual, na medida em que a obrigação que estaria na base da mesma não teria de surgir necessariamente de um contrato, podendo resultar de um qualquer negócio jurídico ou de outra fonte não negocial.

Sobre o ponto, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 172 s. Note-se que, para o autor, contrariamente ao que é verbo corrente na doutrina, o problema não é meramente terminológico.

estrutural, denotada pela análise do problema acerca da dualidade ou unidade entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Estruturalmente, responsabilidade contratual e extracontratual não se confundem. Quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável. É a própria obrigação previamente assumida que o faz. Diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual, é necessário encontrar, dogmáticamente, critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória. Este constitui o problema preliminar em sede delitual⁸. O pressuposto da distinção é a existência de um negócio prévio. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano resultar no âmbito desse acordo negocial que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. No fundo, a distinção resulta, estruturalmente, das fontes⁹.

Repare-se, aliás, que este índice de diferenciação não é meramente genético. Na verdade, a referência ao âmbito negocial refrate-se em inúmeros aspectos da determinação da indemnização, como, por exemplo, a circunscrição dos danos que podem ser ressarcidos¹⁰. Concordamos, por isso, com os autores que veem no direito de indemnizar uma modificação objetiva do primevo direito de prestar. De facto, ao nível contratual, a prestação não cumprida sofre uma mutação, transformando-se num dever de indemnizar¹¹. Neste sentido depõem autores como Guilherme Moreira, Manuel de Andrade, Antunes Varela, Mota Pinto, Almeida Costa, Rui Alarcão, Sinde Monteiro, Pinto Monteiro e Calvão

⁸ Ver, a este propósito, PUGLIATI, “Alterum non laedere (Il diritto positivo e le dottrine moderne)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, 106-107; Id., “Autoresponsabilità”, *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, 452.

⁹ Cf. SCOGNANIGLIO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1986, 670 s.; Id., “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072. V., ainda, Ugo MAJELLO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, 109; Id., “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, 7 s.

¹⁰ Cf., sobre o ponto, com amplo desenvolvimento Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Veja-se, ainda, toda a questão que envolve o problema da imputação objetiva (tradicionalmente entendida como nexos de causalidade). Cf., designadamente, a posição de RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, De Gruyter, Berlin, 1936, 495

¹¹ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 372, onde o autor apresenta como exemplo de modificação objetiva de direitos a mutação do dever de prestar em dever de indemnizar, em caso de incumprimento contratual; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano do curso jurídico de 1980/1981*, Centelha, Coimbra, 1981, 76; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1992, 20 s., em especial pág. 21, onde o autor refere como exemplo de modificação objetiva a situação de impossibilidade de cumprimento de uma obrigação por culpa do devedor, transformando-se o dever de prestar num dever de indemnizar.

da Silva¹². Em sentido oposto, manifestam-se Gomes da Silva, Pessoa Jorge e Carneiro da Frada, entre outros¹³.

Afirma Gomes da Silva que os dois deveres – *dever de prestar e dever de indemnizar* – são completa e radicalmente distintos. Já Pessoa Jorge, reconhecendo embora que não se pode estabelecer uma “distinção radical e completa”, entende ser mais correto afirmar a autonomia do dever de prestar e do dever de indemnizar, pela diversidade de objetos, pela consideração dos casos em que a indemnização é devida simplesmente por mora do devedor. O autor chama, ainda, a nossa atenção para o facto de “mesmo quando o direito de crédito tem carácter estritamente pessoal e por isso caduca a morte do credor, se, em vida deste, o devedor não cumpriu e incorreu em responsabilidade civil, o crédito à indemnização perde esse carácter pessoal e transmite-se aos herdeiros”¹⁴.

¹² Guilherme MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, 2.ª edição, Coimbra, 1925; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral*, 21 (refira-se que MANUEL DE ANDRADE, embora rebata a teoria dualista, considera que a ação creditória deve ser vista como um elemento exterior e acessório da obrigação); C.A. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, 428, nota 2; RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s.; J. Sinde MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 48; Antunes VARELA, *Das Obrigações*, I, 157; A. Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, 193, nota 420.

¹³ M. Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 226 s. e 351 (diferenciando as duas realidades em cinco parâmetros: o objeto, o fim, a função, a fonte e a justificação); Pessoa JORGE, *Ensaio*, 44 s.; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 94 e 226. Para Carneiro da Frada, o *búsilis* da questão encontra-se na diferente causa de atribuição patrimonial. O dever de indemnizar “representa uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato”.

Também Galvão Telles começou por defender uma tese dualista, embora hoje a recuse – cf. Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 48 e 248.

Nesta perspetiva incluem-se, ainda, Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDL, Lisboa, 1994; Id., *Da boa fé em direito civil*, Almedina, 2001; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade civil do gestor*, 197; Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 178.

¹⁴ Na doutrina italiana, cf. Carlo CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1997, 103. O autor entende que o dever de prestar e o dever de indemnizar não se confundem, porque entre eles interpõe-se o dano, fator que justifica a especificidade do segundo em relação ao primeiro. Não obstante, Castronovo defende a distinção entre as duas modalidades básicas de responsabilidade civil. Mas, essa diferença entre os dois deveres permite ao autor admitir a responsabilidade do terceiro cúmplice no incumprimento no âmbito da responsabilidade contratual. No espectro do pensamento jurídico alemão, PICKER – “Positive Forderundsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, 393 s. – defende igualmente a tese da dualidade, com base no diferente fundamento entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Enquanto este tem como fonte a lei, aquele terá como fonte o negócio jurídico. Segundo o autor, não é viável pensarmos que, ao celebrar-se um contrato, se está a prometer, em

Reconhecemos o peso dos argumentos. Não cremos, porém, que a conclusão tenha de ser necessariamente a que foi extraída. Com efeito, e como Pessoa Jorge reconhece, ambos os deveres visam o mesmo fim – a satisfação do interesse do credor. Por outro lado, podemos ainda reconduzir o dever de indemnizar à realidade contratual¹⁵. Além disso, muitos dos argumentos avançados têm um peso relativo diminuto, padecendo de algum formalismo. As modificações assinaladas pelos autores são consentâneas com a manutenção do objeto.

De certo modo, é ainda no quadro traçado pela autonomia da vontade que se pode explicar a sanção imposta pelo ordenamento jurídico para a hipótese de não cumprimento voluntário da prestação. Ademais, a própria indemnização pode ser fixada no âmbito da economia contratual, num puro exercício da autonomia privada das partes. Pensemos no caso de fixação antecipada da indemnização, através de uma cláusula penal puramente indemnizatória¹⁶. Trata-se inequivocamente de uma situação em, pelo facto de as partes avocarem o poder de fixar invariavelmente o *quantum* indemnizatório, nos apercebemos que a indemnização surge como idêntica ao dever de prestar na sua natureza e na sua finalidade. É apenas um sucedâneo daquele, que, em face do incumprimento contratual, visa satisfazer o interesse do credor. Tanto mais assim é que, numa outra modalidade de cláusula penal – a cláusula penal *stricto sensu* –, a indemnização fica excluída, sendo substituída pela pena, sem que, contudo, esta seja ela própria a indemnização, antes satisfazendo por outra via o referido interesse do credor. Picker tenta contornar esta evidência dizendo que, porque a responsabilidade civil terá necessariamente uma natureza heterónoma, a cláusula penal não pode ser vista como um instituto da responsabilidade contratual em sentido próprio, mas como um dever de prestar subsidiário e condicionado, de origem negocial¹⁷. Não cremos, contudo, que seja plausível a teoria do autor. Na verdade, sufragar tal entendimento levar-nos-ia a confundir as diversas modalidades de cláusula penal. A pena será um dever acessório e

simultâneo com a promessa de uma prestação, o valor económico da mesma, isto é, a indemnização dos prejuízos causados pelo não cumprimento contratual. (cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 84, nota 161, num sentido concordante com o jurista germânico).

¹⁵ “No que respeita à origem ou fonte, se bem que qualquer responsabilidade tenha a sua fonte na violação ilícita de um dever, na responsabilidade obrigacional, o dever de indemnizar participa de algum modo da fonte do dever de prestar; e isso tem reflexos no próprio regime” – Pessoa JORGE, *Ensaio*, 47.

¹⁶ Trata-se da modalidade de cláusula penal prevista no Código Civil. Para maiores desenvolvimentos acerca das diferentes modalidades de cláusula penal e dos regimes a elas associados, cf., por todos, A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999

¹⁷ Cf. PICKER, “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, 395 e 402.

complementar no caso de a cláusula penal ser estritamente compulsória. É neste caso que a pena acresce a uma eventual indemnização, não se confundindo com a responsabilidade contratual¹⁸.

Ou seja, enquanto ao nível da responsabilidade extracontratual somos confrontados com uma obrigação que surge *ex novo*, na congénere contratual, a obrigação de ressarcir os danos resulta de uma obrigação pré-existente.

Constatamos fenomenologicamente que a rutura de um contrato assume uma fisionomia precisa, individualizando automaticamente os sujeitos ligados pela obrigação ressarcitória, já que estes são os mesmos que estavam unidos preteritamente pelo vínculo contratual. O mesmo não ocorrerá ao nível das situações desencadeadoras de responsabilidade aquiliana. A fisionomia da obrigação que eventualmente poderá surgir não é clara, pelo que necessitamos de recorrer a outros parâmetros limitadores, que se ancoram na própria noção de responsabilidade extracontratual e que determinam diferenças mais ou menos notórias de regime, por referência à primeira.

Há, porém, duas realidades dogmáticas que não podem ser escamoteadas se quisermos ser concludentes no nosso percurso dialógico.

Falamos, em primeiro lugar, de todas aquelas situações em que, não obstante inexistir um contrato, existe uma obrigação em sentido técnico que, independentemente da sua fonte, faz emergir, em caso de violação da mesma, uma situação de responsabilidade contratual/obligacional. Ora, estamos em crer que os dados do problema não se alteram substancialmente. Desde logo, situações haverá que – ainda que não possam ser reconduzidas a um contrato – coenvolvem ainda o exercício da autonomia privada e convocam os princípios norteadores da atuação daqueles que, no tráfego, devem ser honestos, leais e corretos. Por outro lado, mesmo quando assim não é¹⁹, nada se altera do ponto de vista estrutural.

¹⁸ No que respeita a uma terceira modalidade de cláusula penal, a cláusula penal em sentido estrito, reitera-se o que ficou dito em texto. Entende-se que, nesse caso, a pena não acresce à indemnização, antes a substituindo, não porque seja a própria indemnização, mas porque satisfaz por outra via o interesse do credor, chegando-se assim à consagração de uma obrigação com faculdade alternativa. Também aqui, permitindo-se que o credor reivindique, em vez da indemnização, a pena contratualmente fixada, porque ela satisfaz o interesse primariamente subjacente à contratação, chegamos à conclusão que, afinal, a indemnização visa dar resposta ao interesse do credor, quando o cumprimento contratual já não é possível, é defeituoso ou tardio. Para mais desenvolvimentos, por todos, A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e indemnização*.

¹⁹ Pense-se, por exemplo, nas situações de gestão de negócios. Refira-se a este propósito que alguns autores procuram reconduzir as situações de responsabilidade no quadro da gestão de negócios a uma terceira via de responsabilidade civil.

Pense-se, ainda, nas situações desencadeadoras de responsabilidade pré-contratual.

Falamos, em segundo lugar, de todas as outras situações em que a facticidade desencadeadora de uma pretensão indemnizatória ultrapassa a não satisfação do dever de prestação principal. De facto, importa não esquecer que as relações obrigacionais, surgidas ou não por via de um contrato, se caracterizam pela sua complexidade²⁰. Ora, não cremos que também este dado altere substancialmente as conclusões a que já tínhamos chegado. Desde logo, em termos estruturais, continua a demarcar-se previamente uma relação entre sujeitos certos e determinados (ou determináveis). Por outro lado, se dogmaticamente o problema pode ser contornado por via da recondução dos chamados deveres de proteção ao núcleo do acordo²¹, do ponto de vista da finalidade do direito à indemnização não se descortina mutação bastante que altere a ponderação.

Mota Pinto define a relação obrigacional complexa como “uma entidade dogmática diversa de uma simples soma ou conglomerado de créditos e débitos, consistindo numa unitária relação da vida que sucessivamente se pode desentranhar em vários vínculos e faculdades²². Antunes Varela, por seu turno, defende que a obrigação não deve ser vista como uma relação una e simples, mas como uma relação complexa, “como um verdadeiro processo que se desenrola no tempo”²³. Assim, considera o autor que entre o dever de prestar e o dever de indemnizar é discernível uma continuidade. “Não é a diversidade de objeto entre o direito inicial à prestação e a ação creditória, mesmo quando esta tenha por fim a indemnização por equivalente, que constitui obstáculo lógico intransponível à integração dos dois poderes na mesma relação obrigacional”²⁴. Recusa, portanto, este autor a teoria que decompõe a obrigação em dois elementos distintos – o débito e a responsabilidade – que não seriam mais do que duas relações distintas com existência autónoma e diversa natureza jurídica,

²⁰ Sobre a noção de relação obrigacional complexa, cf., *inter alia*, RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 61 s.; MOTA PINTO, *Cessão*, 224; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, 156; MENEZES CORDEIRO, “Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980”, *Estudos de Direito Civil*, volume I, Almedina, Coimbra, 1991, 123 s.

²¹ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões”, *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

A outras conclusões chegou M. Carneiro da Frada, que, por isso mesmo, na linha proposta por Canaris, abre as portas a uma terceira via de responsabilidade civil – cf. M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 187 s. Opondo-se, também, a esta solução de recondução, v. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 202.

²² Mota PINTO, *Cessão*, 224.

²³ Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 156

²⁴ Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 157

variando a natureza do segundo elemento consoante o autor²⁵. Entende Antunes Varela que os argumentos avançados pelos juristas que sustentam tal posição não são aceitáveis. O facto de existirem obrigações naturais, onde a relação de responsabilidade está ausente, não depõe a favor da tese da dualidade uma vez que “não são verdadeiras obrigações jurídicas, nem sequer deveres jurídicos: trata-se de meros deveres morais ou sociais juridicamente relevantes, que se não caracterizam apenas pela falta de ação creditória”²⁶. Da mesma forma, considera o autor incorreto que se entenda que em certos casos a dívida esteja num lado e a responsabilidade em outro. De facto, mesmo nas hipóteses de fiança, de penhor ou hipoteca constituídos por um terceiro, o devedor continua responsável com todos os seus bens suscetíveis de penhora. Pelo contrário, não podemos conceber a responsabilidade sem a prévia assunção de uma dívida. Aliás, logo que esta se extinga por qualquer forma, desaparece a responsabilidade²⁷.

Como refere Mengoni, “o conceito de obrigação não se esgota na relação de débito no chamado dever de cumprimento, pois implica, como elemento coesencial, um vínculo de responsabilidade, que tem por objeto a prestação, sempre que possível, do equivalente pecuniário do interesse no cumprimento”²⁸.

Assim sendo, podemos assentar na ideia da obrigação como uma relação obrigacional complexa, que se desdobra em múltiplos vínculos e que abarca inúmeros deveres e direitos que vão além do dever de prestação e do correspondente direito à prestação. Encontramos nela, ao lado dos deveres principais ou típicos, os chamados deveres secundários, dentro dos quais se integram os deveres acessórios da prestação principal (todos os deveres cujo cumprimento se exige em nome da perfeita execução da prestação principal), os deveres relati-

²⁵ A tese mais corrente é a que considera a relação de responsabilidade como um direito real de garantia, mais precisamente um direito de penhor, que recai sobre o património do devedor entendido como uma universalidade. Sobre este ponto, com maiores desenvolvimentos, veja-se por todos Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 145.

²⁶ Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 147. Note-se, aliás, que nas obrigações naturais conseguimos descortinar o elemento garantia da relação jurídica, que se traduz, em concreto, na faculdade que o credor tem de não repetir o indevido, desde que tenha sido prestado espontaneamente e desde que o devedor tenha capacidade para efetuar a prestação, nos termos do artigo 403.º CC.

V., contudo, sobre as obrigações naturais, para um mais desenvolvido contacto com a nossa perspetiva de entendimento da categoria, Mafalda Miranda BARBOSA, “Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Processo 06A4210)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 89, tomo II, 2013, 903-924; Id, “Concursos televisivos e obrigações naturais – breves notas a partir da ponderação judicativa do Supremo Tribunal de Justiça”, *Scientia Iuridica*, n.º 336, 2014.

²⁷ Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 151.

²⁸ MENGONI, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, *Rivista di Diritto Commercial*, 1954, I, 283, nota 13.

vos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal (dever de indemnização, decorrente dos prejuízos sofridos pelo não cumprimento, a mora ou o cumprimento defeituoso do dever de prestação principal). A par destes, existem ainda, no complexo em que se traduz a relação obrigacional, certos direitos potestativos, ónus e expectativas jurídicas. Do mesmo modo, integram-na certos deveres de conduta, a que Stoll deu o nome de deveres de protecção ou de tutela, porque eles se destinavam a proteger o credor dos perigos que lhe podiam advir da incorreta realização da prestação²⁹, Larenz designou por outros deveres de conduta e Esser por deveres laterais³⁰⁻³¹. Não se devem, portanto, confundir os diversos tipos de deveres que integram a relação obrigacional complexa. Deveres acessórios e deveres de conduta distinguem-se, desde logo porque os deveres de conduta podem emergir antes do surgimento do dever de prestação, principal ou acessório, falando-se hoje nas chamadas

²⁹ Antunes VARELA considera incorreta a expressão do autor alemão, por abranger apenas uma das finalidades que os deveres de conduta podem cumprir – *Das obrigações*, I, 123, nota 1.

³⁰ Cf. Rocha ALVES, *Deveres de protecção*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000 (policopiado)

³¹ A designação dos autores não é coincidente, embora todos eles se refiram à mesma realidade. De facto, parece não haver unanimidade na doutrina, mesmo portuguesa, quanto à sistematização dos diversos deveres que integram a relação obrigacional. Assim, Mota Pinto analisa o conteúdo da relação obrigacional em deveres principais de prestação e deveres secundários de prestação, que podem ser deveres secundários com prestação autónoma (prestações sucedâneas do dever primário de prestação, como é o caso do dever de indemnizar a que nos temos vindo a referir), ou deveres secundários, acessórios da prestação principal, que não tendo autonomia em relação a esta, estão funcionalmente ligados ao interesse no cumprimento, dirigindo-se à realização do interesse no crédito. Para além destes deveres, o autor identifica outros: os chamados deveres de conduta decorrentes da boa fé (Mota PINTO, *Cessão*, 338 s., nota 3). Não se destinam a garantir o cumprimento da obrigação, mas caracterizam-se “por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes. Servem (...) o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato, independentemente do interesse no cumprimento” (pág. 339).

Rui de Alarcão, por seu turno, fala em deveres principais ou de prestação, “que constituem o elemento fundamental da obrigação em ordem à realização do seu fim”, a par dos quais encontraríamos deveres secundários ou acidentais de prestação, que podem por sua vez ser meramente acessórios da prestação principal, ou ser um sucedâneo do dever primário de prestação, como é o caso por nós já referido do direito à indemnização, o que não obsta a que ele coexista com este (pense-se no mesmo caso de dever de indemnização por incumprimento contratual, quando o incumprimento se traduza em mora do devedor). Além destes, Rui de Alarcão fala-nos igualmente dos deveres laterais, expressão que considera, em termos explícitos, mais pertinente para designar a realidade em causa do que outras expressões correlativas, como sejam “deveres de conduta, deveres acessórios de conduta”, “deveres de protecção” ou “deveres de tutela”, que são aqueles que “tendo como fonte uma cláusula contratual, uma norma legal ou o princípio da boa fé, auxiliam, não o cumprimento dos deveres principais, mas a cabal satisfação dos interesses globais visados pela relação obrigacional complexiva” (Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s. e 67).

relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, bem como podem subsistir depois de finda a relação contratual.

Ora, como se referiu, não só estes deveres podem ser reconduzidos dogmaticamente, v.g. através das regras próprias da integração e da interpretação negociais, para o núcleo do acordo das partes, como do ponto de vista funcional se percebe que eles não estão arredados do fim contratualmente visado. Com o que, afinal, nos deparamos com o segundo nível distintivo da responsabilidade contratual por referência à responsabilidade extracontratual.

Na verdade, também *funcionalmente* as duas modalidades de responsabilidade civil se distanciam. Enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da responsabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico³². Percebe-se, por isso, também por esta via, que contratualmente se define *a priori* o obrigado à indemnização – aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor.

A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor. Pensemos no seguinte exemplo. A celebra um contrato de fornecimento de energia elétrica com B, que deixa de cumprir, ficando suspensa a laboração de uma empresa, pelo que aquele A sofre prejuízos. Com o contrato celebrado, o primeiro contraente procurava satisfazer o seu interesse, ou seja, pretendia que as suas instalações fossem abastecidas por energia elétrica de molde a poder produzir e concomitantemente obter lucros. Ora, a indemnização deverá cobrir os danos que A sofreu em virtude do não cumprimento contratual, incluindo os lucros que ele deixou de auferir. Donde se conclui que a indemnização é ainda uma forma, embora subsequente, de satisfação do interesse do credor, pelo que material-

³² A finalidade primária da responsabilidade extracontratual há-de ser, na verdade, encontrada no ressarcimento dos danos que resultem da violação de bens jurídicos protegidos por via da atribuição de direitos subjetivos absolutos (em regra). Quer isso dizer que existe ao nível da responsabilidade civil delitual uma finalidade reipercussória, que foi sendo dogmaticamente identificada desde os alvares da edificação dos grandes modelos de ressarcimento. Isto não quer, contudo, dizer que a teleologia aquiliana se esgote neste segmento. Como tivemos já oportunidade de referir noutros estudos, a sua finalidade mais densa passa pela reafirmação da dignidade da pessoa, ao ser chamada à responsabilidade correspondente à sua esfera de atuação. Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, 511-600; Id., *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipeia, 2014

mente o dever de indemnizar não pode deixar de ser visto como um sucedâneo do dever de prestar.

O interesse do credor não se limita à obtenção da prestação acordada a título principal pelas partes. Na verdade, ao credor não é indiferente que a energia elétrica seja fornecida de forma normal ou que ela seja fornecida com violação de deveres de proteção que acarretem a lesão da sua propriedade. Por isso mesmo, e porque conseguimos reconduzi-los ao conteúdo contratualmente acordado pelas partes, considerámos tratar-se também aí de um caso de responsabilidade contratual³³.

Se ficarmos, porém, presos a estas dois patamares de distinção corremos o risco não só de cair no puro conceptualismo, reduzindo a diversidade de regimes à dicotomia entre direitos relativos e absolutos, como de enfrentar problemas acrescidos em situações emergentes da realidade social com um maior grau de complexidade³⁴.

Importa, por isso, ter em conta um último patamar de distinção. Na verdade, responsabilidade contratual e extracontratual também se distinguem a *nível axiológico e teleológico*. Assim, enquanto ao nível da responsabilidade contratual, pese embora se exercite a autonomia, avulta uma ideia de confiança normativizada; ao nível da responsabilidade extracontratual deparamo-nos com o ser pessoa, dotado de uma ineliminável dignidade ética, que radica numa dada compreensão da liberdade, positivamente entendida e, portanto, indissociável da responsabilidade, na sua atuação quotidiana. Esta não surge já, como à boa maneira iluminista, como um limite daquela liberdade que se invoca, mas como uma forma de atualização dela, o que nos permitirá iluminar os diversos critérios de imputação com que haveremos de lidar³⁵⁻³⁶.

³³ Poder-se-ia verificar concomitantemente um caso de responsabilidade extracontratual pelo risco, nos termos do artigo 509.º CC, havendo ainda a possibilidade de se desvelar em concreto a culpa. Aderimos, assim, a uma ideia de concurso de fundamentos de uma pretensão indemnizatória.

³⁴ Como resolver, afinal, os problemas de autovinculação sem contrato ou os problemas emergentes de uma gestão de negócios, a que já fizemos referência. Sobre estes problemas, cf., por todos, com amplo desenvolvimento, M. Carneiro da FRADA, *Contrato*; Id., *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*.

³⁵ Para mais desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*; Id., “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, 511-600

³⁶ Note-se que estas diferenças entre as duas modalidades de responsabilidade civil se sustentam, também, em termos históricos. Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil*, 470 s. Por outro lado, ela projeta-se em termos dogmáticos, consagrando-se soluções diversas consoante o regime concretamente mobilizado. V. Francesca GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale*.

III – A responsabilidade do comitente e a responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares – breve confronto

As diferenças estruturais, funcionais e axiológicas entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual projetam-se em aspetos de regime. Um dos índices da dicotomia é, então, comunicado pela diversa disciplina normativa da responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares, quando confrontada com a responsabilidade do comitente³⁷.

O artigo 500.º/1 CC prevê que “aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”, restringindo o n.º 2 do citado preceito a responsabilidade para as situações em que “o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada”.

Muitas são as dúvidas patenteadas pelo regime. Desde logo, sendo certo que o artigo 500.º CC consagra uma hipótese de responsabilidade objetiva, os autores questionam se estaremos diante de uma verdadeira responsabilidade pelo risco ou perante uma forma de responsabilidade *garantia*, que visa acautelar o lesado contra o risco de insolvência do comissário. Fundamental, para que o comitente responda, é que a responsabilidade recaia em primeira linha sobre o comissário e que os danos tenham sido causados no exercício das funções que lhe foram confiadas. Segundo Menezes Cordeiro, “a ideia do legislador é a de delimitar o âmbito do risco que vai repercutir no comitente”. Ora, nem sempre se mostram coincidentes as respostas dos autores quanto à delimitação anunciada. Antunes Varela considera que há atuação no exercício das funções quando a comissão seja causa adequada ou idónea do facto ilícito perpetrado pelo comissário. Importante é que o ato seja praticado no quadro geral de

³⁷ A diferença é, como referido anteriormente, ignorada por Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”. Trata-se, contudo, de uma consequência do entendimento monista (radical) defendido pelo autor. Na verdade, algumas das conclusões a que chega e que mostram a falta de fronteiras entre o artigo 500.º e o artigo 800.º CC são condicionadas pelo facto de o autor não operar a cisão tradicional entre as modalidades rescisórias. Dir-se-ia, portanto, que no *topos* argumentativo já é levada ínsita a própria conclusão. Sobre o ponto, também numa perspetiva crítica, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 232 s.

Veja-se, ainda, M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 297 s. e, no quadro do ordenamento jurídico alemão, Klaus SCHREIBER, “Die Haftung für Hilfspersonen”, *Jura*, 1987, 647 s., tendo em conta os §§278 e 831 BGB. De notar, porém, que o §831 exige a culpa do comitente, não consagrando, portanto, uma hipótese de responsabilidade objetiva.

competência deste último, uma vez que, fora dele, a lesão ocorrida deixa de ser previsível, não devendo o comitente responder por ela³⁸⁻³⁹⁻⁴⁰⁻⁴¹.

Por seu turno, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão acabam por aderir a um posicionamento mais amplo, sustentando que basta que os danos sejam causados no exercício da função e não por causa dela⁴². Ora, tudo visto, cremos ser preferível sustentar, na esteira do entendimento mais restritivo, que a lesão deve ser vista como concretização do risco funcional, exigindo-se, por isso, a atuação no quadro geral de competência ou dos poderes conferidos ao comissário, com o que ficam excluídos os atos que não se inscrevem no esquema do

³⁸ Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações*, I, 536 s.

³⁹ No mesmo sentido, cf. Pedro Nunes de CARVALHO, “A responsabilidade do comitente”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, 85 s. Porque “o comitente só será chamado à responsabilidade nos casos em que o ato praticado pelo comissário tenha determinado nexos causal com a comissão”, coloca-se o problema de saber como é que ele há-de ser estabelecido. Em resposta ao quesito, o autor aduz que “não basta que haja uma mera conexão temporal ou local com a função”, sendo necessário que o ato seja praticado no exercício dela. Tal conexão há-de ser suficiente e não ocasional, devendo interpretar-se a noção de acordo com o fundamento da responsabilidade do comitente, qual seja, a de se basear também no benefício que o comitente retira da atividade do comissário, não estando em debate uma mera responsabilidade pela garantia. Nessa medida, o autor sustenta que, quando o artigo 500.º/2 CC aponta para “a responsabilidade do comitente por atos praticados pelo comissário ainda que intencionalmente, deve entender-se que a referência aos atos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no exercício da sua função se reporta apenas àqueles que sejam previsíveis (...) no quadro geral da função (teoria da causalidade adequada)”.

⁴⁰ Cf., ainda, Mota PINTO, *Teoria Geral*, 321; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 17-18, sustentando o que o nexos do facto ilícito com as funções do comissário deve ser interno, direto e causal; Antunes VARELA/Pires de LIMA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª edição, 1987, p. 509, falando de factos ilícitos praticados por ocasião do exercício das funções mas em que o exercício não constitui uma causa adequada.

⁴¹ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 407. A autora mostra-se cética da possibilidade de densificar a noção de “exercício de funções” com recurso a um critério causal. Para ela, “a principal dificuldade radica em que o uso de expressões habitualmente conotadas com um dos pressupostos da responsabilidade civil pode levar a equívocos terminológicos e conceituais”, confundindo-se o pressuposto comum da causalidade com um dos pressupostos específicos da responsabilidade do comitente. Apresentando o seu próprio critério (distinto, pois, da cisão entre *exercício das funções* e *por ocasião das funções*, a fazer apelo à ideia de que, neste último caso, o facto podia ter tido lugar independentemente daquelas), esclarece que a conexão causal adequada entre as funções do comissário e o facto danoso traduz-se fundamentalmente na verificação de um certo nível de probabilidade de que no decurso daquelas funções possa ocorrer um ato lesivo de terceiros, não andando por isso muito longe das soluções a que se chegam pelo denominado *Salmond Test* (o qual vem indagar se o ato se insere no âmbito dos atos autorizados pelo comitente, quer a autorização seja expressa, tácita ou mesmo aparente) – cf. pág. 342 s.

⁴² Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 614; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações* I, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 369

exercício da função (que foi para o surgimento deles mera ocasião), embora se incluam os que se ligam àquela por um nexo meramente instrumental (designadamente nas hipóteses de abuso de funções)⁴³.

Fica vincado por esta via um sentido imputacional evidente. Mas, não obstante, não é possível falar-se aqui de um risco específico pelo qual o comitente há-de responder. Como explica Maria da Graça Trigo, quando se afirma que ao comitente cabe suportar os riscos da comissão, está-se, no fundo, a sustentar que lhe cabe suportar as contingências resultantes de ter outras pessoas a atuar para si (teoria do alargamento das esferas de risco) e os perigos que a comissão acarreta. No entanto, “o facto de se utilizar o trabalho de um comissário pode aumentar, diminuir ou simplesmente manter inalterada a probabilidade do dano”. Basta pensar que frequentemente o dependente é escolhido pelo principal em função das suas competências profissionais, donde o risco até poderia diminuir. Acresce que, e continuando a acompanhar o seu estudo, a referência que se faz, em sede de responsabilidade do comitente, ao risco normal inerente ao negócio acaba por contrariar o simultâneo apelo ao aumento do risco⁴⁴. Ou, como adverte Antunes Varela, o simples apelo ao risco e benefício dele resultante não é bastante para justificar o regime legal, até porque “o comitente (...) não suporta definitivamente o peso da indemnização”, gozando, em princípio, de direito de regresso contra o comissário⁴⁵. Em causa estará, portanto, uma ideia de garantia⁴⁶ ou, e retomando a nossa taxonomia⁴⁷, uma ideia de

⁴³ A lição é de Antunes VARELA, *Das obrigações*, 642, que aqui acompanhamos de perto. Note-se, porém, que não aderimos a uma conceção de causalidade entendida em termos de causalidade adequada. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*.

⁴⁴ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 406 s.

A autora considera a possibilidade de se analisar o fundamento da hipótese ressarcitória na ótica do risco da empresa. Não se identificando aqui o risco com o perigo para a integridade de coisas e pessoas, ele corresponde às consequências danosas que podem advir da atividade empresarial (cf. pág. 410).

⁴⁵ Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 645

⁴⁶ Segundo Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 646, “é mais justo que os efeitos da frequente insuficiência económica do património do comissário recaiam sobre o comitente, que o escolheu e o orientou na sua atuação, do que sobre o lesado, que apenas sofreu as consequências desta”. No mesmo sentido, cf. Menezes LEITÃO, *Das obrigações*, 366.

Em sentido diverso, considerando que não é possível falar aqui de uma ideia de garantia, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 617 s., porque a obrigação do comitente é principal e não secundária, porque, quando o comitente paga, há direito de regresso e não sub-rogação. No fundo, a ideia de garantia teria aqui sentido político-legislativo e não técnico. Para o autor, o que está em causa é uma forma de ilicitude imperfeita.

⁴⁷ Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Princípios, 2014, 129 s.

responsabilidade pelo risco genérico, que surge paredes-meias com essa ideia de garantia⁴⁸.

O que se torna evidente, para lá de todas as dificuldades interpretativas, é que o artigo 500.º CC exige uma dupla imputação⁴⁹. Nas palavras de Carneiro da Frada, “a sua responsabilidade [do comitente] só se verifica se e na medida em que sobre o comissário recaia também a obrigação de indemnizar. Tal significa que para a responsabilidade do comitente surgir torna-se necessária uma imputação primária do dano ao comissário, comprovada a qual é depois viável uma imputação secundária ou de segundo grau ao comitente”⁵⁰.

Entende-se que assim seja. Estamos, na verdade, no domínio extracontratual. Cada um é responsável pelas consequências da sua própria atuação e, quando imputável, pelas consequências da atuação de um terceiro que possa ser visto, com recurso a critérios específicos, como uma *longa manus* do sujeito (que assim se poderia qualificar como autor mediato ou instigador). Se alguém é chamado a responder independentemente de culpa pelo dano causado por um terceiro, o mínimo que se pode exigir é que esse terceiro – o comissário – seja, em primeira linha, responsável, atuando o comitente como um garante da solvabilidade e/ou respondendo pelo risco genérico de introduzir alguém na sua esfera de atuação, através da relação de comissão estabelecida.

O desenho estrutural do artigo 800.º CC é, então, absolutamente dispar. Desaparece, a este nível, a dupla imputação para se fazer responder o devedor pelos atos dos auxiliares que utilize no cumprimento da obrigação como se fossem os seus próprios atos. Como sublinha Carneiro da Frada, “a técnica da lei é distinta. O que ela faz é projetar logo a conduta do auxiliar na pessoa do devedor para verificar se desse modo o devedor incorreria ou não em responsabilidade”⁵¹. Trata-se do que o autor cunha por *teoria da ficção*, na medida em que “se ficciona o comportamento causador do dano na pessoa do devedor”⁵²,

⁴⁸ Para a consideração de outros autores que evidenciam as dificuldades de entender a responsabilidade do comitente como uma pura responsabilidade pelo risco, cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 514; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 291-292.

⁴⁹ Cf. M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, 301.

⁵⁰ M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 301.

⁵¹ M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 301.

⁵² M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 302; Id. *Contrato*, 210. Em sentido próximo, cf., ainda, Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores*, 487

consubstanciando, de acordo com a lição de outros civilistas, uma verdadeira responsabilidade objetiva por ato alheio⁵³.

Duas são as situações com que podemos ser confrontados: a) o devedor atua com culpa *in elegendo*, *in instruendo* ou *in vigilando*, devendo ser responsabilizado com base em culpa, para o que não seria necessário mobilizar o artigo 800.º CC⁵⁴⁻⁵⁵; b) o devedor não atua negligentemente, mas ocorre um dano por virtude da atuação do terceiro auxiliar, e ele continua a ser responsabilizado, *ex via* artigo 800.º CC⁵⁶. O que divide a doutrina, a este ensejo, é saber se esta é uma

⁵³ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, 103. De acordo com Carneiro da Frada, não estaria em causa uma verdadeira responsabilidade objetiva. Segundo se pode ler no estudo citado do autor, “outro poderia ter sido o caminho do legislador. Em vez da descrita ficção, uma similar amplitude de responsabilidade teria sido obtida se se tivesse abertamente consignado uma responsabilidade objetiva pela utilização de terceiros no cumprimento do programa obrigacional. Se bem se reparar, sem ter então que «representar» uma responsabilidade por facto ilícito-culposo do devedor” – M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303. Cf., também, M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 209 s.

Aderindo à chamada teoria da ficção, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 249 s.

⁵⁴ De facto, nestas situações, o devedor não conseguiria ilidir a presunção de culpa contida no artigo 799.º CC, respondendo nos termos gerais da responsabilidade contratual. É que, como referimos anteriormente, os deveres que vinculam o devedor não são só os deveres de prestação principal, mas todos aqueles que estão ao serviço da integral satisfação do interesse do credor e todos aqueles que estão ao serviço da incolumidade do património e da pessoa do credor. A culpa na escolha, na instrução e na vigilância do terceiro que é usado para o cumprimento da obrigação configura, portanto, um incumprimento culposo ou um cumprimento defeituoso culposo da prestação. Isto é, sendo imputável ao devedor, desencadear-se-ia a correspondente responsabilidade.

A este propósito convém vincar uma divergência na doutrina nacional. Enquanto alguns autores olham para o artigo 800.º no sentido de o preceito consagrar uma pura responsabilidade objetiva; outros entendem que as situações em que há culpa *in vigilando*, *in instruendo* ou *in elegendo* da parte do devedor também são assimiladas pela sua intencionalidade prático-normativa.

Daqui resulta, em termos de construção dos pressupostos de relevância do preceito, uma consequência importante. Assim, a maioria dos autores sustenta que a falta de culpa do auxiliar afasta a responsabilidade do devedor (cf. Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 72, 1958, 280 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio*, 143 s.). Em sentido contrário parece depor Carneiro da Frada, M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303.

Para um aprofundado debate sobre a questão, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 247 s.

⁵⁵ Para a consideração de ordenamentos jurídicos onde se chega à solução da responsabilidade contratual por facto de outrem sem que haja um preceito análogo ao artigo 800.º CC, cf. René RODIÈRE, “Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui?”, *Recueil Dalloz*, Chr., 1952, 18 s.

⁵⁶ Veja-se, num sentido próximo, Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, *Festschrift für Fritz Hauß*, Karlsruhe, 1978, 38 s. Para o autor, o devedor poderá ser responsável por

responsabilidade objetiva por ato de terceiro ou uma direta responsabilidade do devedor.

Se a estrutura imputacional parece apontar no sentido da segunda alternativa, importa ponderá-la em função da intencionalidade normativa do preceito⁵⁷.

Em face de uma obrigação, em regra, o devedor não tem o poder de recusar uma prestação efetuada por um terceiro⁵⁸. Por outro lado, aquele que está por ela vinculado até ao momento do cumprimento integral da prestação é sempre o devedor. O risco do não cumprimento da obrigação corre, por isso, por conta dele⁵⁹. De acordo com o ensinamento de Vaz Serra, “o devedor responde por todos aqueles que deixou penetrar no seu domínio de atividade ou que admitiu a colaborar consigo de maneira mais ou menos permanente ou mais ou menos completa na execução das suas obrigações”⁶⁰. Entende-se que assim seja. Na verdade, se o devedor não fosse chamado a responder inde-

culpa *in eligendo*, naquelas situações em que escolhe incorretamente o seu auxiliar (v.g., escolhe uma pessoa que não tem as competências devidas ou é inimputável); caso o seu comportamento não seja culposo, então poderá continuar a ser responsabilizado, por via do §278 BGB, desde que o terceiro auxiliar atue com culpa. A falta de culpa do auxiliar determina a exoneração da responsabilidade do devedor, já que a missão do §278 não é ampliar a responsabilidade do devedor, mas torna-lo responsável como se tivesse sido ele próprio a atuar.

⁵⁷ Para além da chamada teoria da ficção, Carneiro da Frada indica outros tópicos para a fundamentação da responsabilidade do devedor pelos atos dos auxiliares: “se a utilização de auxiliares pelo devedor aumenta o seu raio de ação, potenciando os seus lucros, é também de elementar justiça que sobre ele recaiam os riscos correspondentes à sua atividade. É o devedor, aliás, quem os pode controlar melhor e, em qualquer caso, absorve-os com maior facilidade. Por isso também, como correspondente desse risco da sua atividade, se compreende que ao credor esteja vedado interferir no programa de realização da prestação elaborado pelo devedor” – M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303.

⁵⁸ Cf. artigos 767.º e 768.º CC, para fundamentar a afirmação, bem como para evidenciar as situações em que o credor pode opor-se à realização da prestação por um terceiro.

⁵⁹ Veja-se, porém, *supra* a questão de saber se se deve ou não exigir a culpa do devedor, que se presumiria nos termos do artigo 799.º CC. Sobre o ponto, cf. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeine Teil*, München, 1979, 292 s. No ordenamento jurídico alemão, cf., ainda, Berthold KUPISCH, “Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§278)”, *JuS*, 1983, 817 s.

V., ainda e novamente, Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 251 s., dando conta da posição de Oertmann, que preconizaria a *ficção de existência de uma obrigação própria do auxiliar*, pelo que a ilicitude e a culpa teriam de se referir a essa pessoa, donde o auxiliar teria de ser imputável e não poderia ocorrer, em relação a ele, qualquer causa de exclusão da culpa; e da ideia de *ficção de que não teria sido o auxiliar a atuar, mas sim o devedor*, pelo que a questão da culpa se apuraria determinando se uma atuação correspondente do próprio devedor seria ou não culposa. Assim, se o devedor, em caso de comportamento equivalente, fosse imputável e não se verificassem causas de exclusão da culpa, haveria responsabilidade.

⁶⁰ A. Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 273 s.

pendentemente de culpa própria, ele encontraria um expediente simples para excluir a sua responsabilidade. Bastaria, para tanto, que chamasse um terceiro para efetuar a prestação, o que, inclusivamente, poderia abrir a porta a abusos evidentes⁶¹.

No fundo, intervindo aqui uma ideia de confiança, o devedor responde independentemente de culpa sua pelos danos que ocorram. Simplesmente, não se verifica a dupla imputação a que somos conduzidos por via do artigo 500.º CC. E não se verifica porque o contrato que alicerça a responsabilidade define, *a priori*, o obrigado e, portanto, o responsável em caso de incumprimento (em sentido amplo). O que o artigo 800.º vem esclarecer é que a imputação dos danos ao devedor não se perde pelo simples facto de ele ter utilizado um terceiro, seu auxiliar⁶², no cumprimento da obrigação⁶³. Nessa medida, ainda que objetivada, a responsabilidade há-de configurar-se como uma responsabilidade

V., igualmente, Pessoa JORGE, *Ensaio*, 149, considerando que o artigo 800.º vem impedir que o devedor invoque a inexecução da obrigação imputável ao auxiliar e determinar que ele continua sujeito à sua obrigação inicial e à correlativa responsabilidade.

⁶¹ Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 284 s.

⁶² Os autores têm sublinhado que estes auxiliares podem ser, indiferentemente e para efeitos da mobilização do regime do artigo 800.º CC, auxiliares dependentes ou independentes. Nesse sentido, cf. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 287 s.; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 487, n.61; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 242 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 82 s. A este propósito, *v.*, igualmente, o problema enunciado por Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 92: até que ponto se integra a atividade de um terceiro na previsão do artigo 800.º/1 CC? Em causa está, por exemplo, a determinação da eventual responsabilidade do devedor pela atividade dos correios ou dos caminhos-de-ferro, que utiliza para enviar a coisa objeto da prestação ao credor. De acordo com o ensinamento da doutrina alemão, referida por Maria Victória Rocha, haveria exclusão da responsabilidade quando a atuação da empresa fosse monopolista. Mais esclarece que o §287 BGB não é fonte de imputação de novos deveres. Cremos que o caráter monopolista ou não da atuação do terceiro não é significativo para a resolução da questão concretamente considerada. Na verdade, a solução para o problema há-de passar aos nossos olhos pela determinação do âmbito da obrigação a que se vinculou o devedor. Só a análise desse âmbito será de molde, em harmonia com a ideia de que o §287 BGB não é fonte de novos deveres (e, portanto, com a ideia de que o artigo 800.º CC não é, também, fonte de novos deveres), a esclarecer o decidente no caso concreto.

⁶³ A este propósito, cf. Hugo NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio (appunti delle lesioni)*, tomo II, 2.ª ed., Milano, 1967, 96-99, *apud* Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 80 s. O autor considera que não se deve falar, em rigor, de uma responsabilidade objetiva, por se exigir a culpa do auxiliar. Apenas sucede que o facto do terceiro é imputável ao devedor como *causa causae*, o que afeta não a culpa, mas o nexa causal.

Refira-se, porém, que o nosso entendimento olha para o problema do ponto de vista da imputação e não do ponto de vista da causalidade.

direta do devedor⁶⁴⁻⁶⁵. Em rigor, aliás, a ideia de controlo da atuação do auxiliar pelo devedor como justificativa da disciplina normativa contida no artigo 800.º CC, aproximando a solução da plasmada no artigo 500.º CC, perde-se por completo se tivermos em conta os representantes legais, por cujos atos também responde o património do devedor⁶⁶. Aproximamo-nos, assim, dos autores que sublinham que a intencionalidade do preceito não é alargar o âmbito da responsabilidade do devedor, fazendo-o assumir o risco de utilização de

⁶⁴ Para um elenco das possíveis justificações que vão sendo avançadas para a solução contida no artigo 800.º CC, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 81: necessidades práticas económico-sociais que se manifestam na necessidade de responderem pelos riscos da atividade aqueles que dela tiram proveitos; garantia contra a eventual insolvência dos auxiliares; extraneidade do credor relativamente à escolha dos auxiliares; presunção de culpa *in viligando* ou *in elegendo*; poder de prevenção do perigo; exigência de uma garantia tacitamente prestada pelo devedor ao credor.

Para um elenco de outros possíveis fundamentos, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 208 s.: ideia de confiança; ideia de responsabilidade pelo próprio círculo de vida; benefício que o devedor terá ao alargar as suas possibilidades de ação (e, assim, de lucro); necessidade funcional do tráfico negocial. O autor mostra-se crítico de todas estas justificações.

V., igualmente, Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, 39 s.; Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 297 s.

⁶⁵ Cf., num sentido próximo, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 211. O autor considera que a lei estabelece inúmeras limitações ao devedor que pretenda exonerar-se dos seus deveres ou fazer perigar os fins de alguns deles através da intervenção de terceiros e considera que nesse grupo de normas se integra o artigo 800.º CC. No fundo, o fundamento do artigo 800.º passa nela tutela do credor, que não se vê assim privado de garantias por ato livre do titular do dever. Para o autor, não será, portanto, necessário recorrer a outra ordem de razões. O artigo “colhe a sua plena fundamentação na existência de um qualquer dever e na necessidade sentida pelo ordenamento de assegurar a obtenção das finalidades prosseguidas pela atribuição desse dever perante a introdução de um terceiro no âmbito do seu cumprimento”. Como veremos o autor extrai, a partir deste fundamento, conclusões que não subcrevemos. Por outro lado, em vez de se cingir aos deveres de tipo obrigacional, aloja no âmbito de relevância do preceito qualquer dever. Estes os dois pontos de dissenso em relação a Pedro Múrias, que a seu tempo densificaremos.

⁶⁶ Repare-se que Maria Victória Rocha explicita que, no tocante à responsabilidade do devedor pelos atos dos representantes legais, se os efeitos da atuação destes se projetam na esfera do incapaz, é justo que seja o património dele a suportar as consequências dessa atuação. V. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 79, n. 131.

Sobre a questão dos representantes legais, cf. Kurt BALLERSTEDT, “Zur Haftung für Culpa in contrahendo bei Geschäftsab-schluß durch Stellvertreter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 151, 1950/1, 501 s.

auxiliares. Na verdade, do que se trata é de fazer o devedor responder como se fosse ele próprio a atuar⁶⁷.

IV – Os pressupostos da responsabilização do devedor pelo ato dos auxiliares, nos termos do artigo 800.º CC. Ordem de sequência

A intencionalidade normativa que foi encontrada para o artigo 800.º CC – responsabilização direta do devedor, por ser ele o obrigado perante o credor, tratando-se o ato do auxiliar como um ato dele próprio – tem consequências ao nível da definição dos pressupostos de mobilização do regime.

Os autores costumam, a este propósito, apontar quatro requisitos para a procedência de uma pretensão indemnizatória fundada no artigo 800.º CC: a existência de uma obrigação; a relação entre o devedor e o terceiro utilizado no cumprimento; a atuação do terceiro no cumprimento⁶⁸; e a atuação do auxiliar⁶⁹.

Ora, qualquer um destes pressupostos tem de ser densificado à luz do recorte intencional anteriormente desenhado. Por isso, embora a lei não indique expressamente que a atuação do auxiliar tem de ocorrer no cumprimento da obrigação, a doutrina tem reforçado tal entendimento, afirmando que o devedor apenas é responsável pelos atos praticados no cumprimento das obrigações e não pelos atos praticados por ocasião do cumprimento ou com relação

⁶⁷ Cf. ERNST VON CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, 39.

V., igualmente, Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 269 s.

⁶⁸ Segundo a maioria da doutrina, não se aplica, então, o artigo 800.º nos casos em que não está em causa o auxílio ao cumprimento, ou seja, nos casos em que os danos foram causados por terceiros a quem o devedor facultou o uso ou gozo da coisa pertencente ao credor. Neste caso, aplicar-se-ia o artigo 1044.º CC. Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103, n.2; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 217. Em sentido contrário, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 206, considerando que o artigo 1044.º é uma concretização do artigo 800.º CC.

Note-se que, nestas situações, estar-se-á, de facto, diante de uma hipótese de responsabilidade contratual. Basta pensar que entre os deveres de proteção resultantes do contrato, por via da boa fé, se inscreva o dever de salvaguarda da propriedade alheia. A aplicação ou não do artigo 1044.º para além das hipóteses de locação ficará dependente de se poder ou não reconduzir a lesão verificada ao núcleo de relevância obrigacional.

⁶⁹ Cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 83 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.

indireta com o mesmo⁷⁰. Estamos em crer, no entanto, que não podemos estabelecer, aqui, o paralelo com os problemas patenteados pelo artigo 500.º CC. Na verdade, se diante da necessidade de densificar o conceito de *exercício das funções*, o jurista se confronta com dificuldades imputacionais evidentes, ao nível do artigo 800.º CC somos desonerados da tarefa na medida em que a responsabilidade é balizada, *a priori*, pelos deveres que entretecem a relação obrigacional. Por isso, o nódulo problemático agigantar-se-á não diante da violação dos deveres de prestação, mas diante da violação dos deveres acessórios e dos deveres de conduta⁷¹⁻⁷².

⁷⁰ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 94; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 251;

⁷¹ De notar, porém, que a dificuldade ultrapassa o âmbito de relevância do artigo 800.º CC. Na verdade, este problema surge paredes-meias com aquele outro que passa por saber se, mesmo quando a atuação é própria do devedor, a violação de deveres de conduta origina responsabilidade contratual ou não.

Sobre o ponto, cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, onde o autor defende a existência de uma terceira via de responsabilidade civil. Veja-se, também, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões” e *Liberdade versus responsabilidade*.

A este propósito, *v.*, igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato*, 154 s. e 169 s., considerando que o dano produzido por ocasião do cumprimento é um risco não típico e sensivelmente agravado pela entrada numa relação contratual. No fundo, embora o autor não reconduza todos os deveres de conduta à relação contratual, importa sublinhar que é ainda a economia negocial traçada pelas partes que permite solucionar o problema que temos em mãos.

⁷² Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 93, considerando que a expressão *no cumprimento* deve ser entendida como abrangendo a relação obrigacional no sentido de relação obrigacional complexa. No tocante aos deveres acessórios de conduta, a autora esclarece que a jurisprudência alemã parte do critério da existência ou não de uma conexão íntima entre a atividade danosa e a tarefa de que o auxiliar foi encarregado pelo devedor, tornando-se, por isso, necessário que haja uma interferência do terceiro nos bens do credor em virtude da especial relação de confiança entre credor e devedor. A autora acaba por fazer apelo a uma ideia de causalidade adequada a este nível.

Duas notas se impõem a este ensejo.

Em primeiro lugar, chamamos a atenção para a im procedência do critério da causalidade adequada, em geral, e em particular. Em segundo lugar, importa esclarecer que o sentido imputacional que se procura delinear há-de ser encontrado por referência à obrigação que o devedor assumiu. No fundo, o exercício que se terá de levar a cabo passa por questionar se, atuando daquela forma, o devedor seria ou não responsabilizado, por via da responsabilidade contratual.

Sobre o ponto, cf., ainda, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 204 s. O autor considera que devemos questionar, no tocante aos casos em que existe a violação de deveres de proteção, por ocasião do cumprimento, “se tivesse o ato sido praticado pelo devedor, ele responderia obrigacionalmente? Se sim, responde também agora pelo seu auxiliar. E não se diga que assim dispara o risco de responsabilidade para o devedor (...). O critério, seguido pela doutrina maioritária, dos *interesses ligados à relação contratual*, para determinar o

Também o pressuposto da culpa deve ser compreendido a esta luz. Se a responsabilidade do terceiro auxiliar é tida como responsabilidade do próprio devedor, então deve entender-se que, uma vez excluída a culpa do primeiro, se exclui concomitantemente a responsabilidade do segundo⁷³⁻⁷⁴.

Quer isto dizer – com o carácter necessariamente sincopado que estas considerações denotam – que será o âmbito da obrigação previamente assumida pelo devedor que demarcará o âmbito da responsabilidade do devedor por via do artigo 800.º CC, pelo que se pode afirmar que imprescindível a este nível é que haja uma obrigação em sentido técnico, sem a qual, aliás, não existiria sequer um devedor.

Eis-nos, portanto, chegados ao cerne do problema que motivou estas páginas. Voltemos ao exemplo apresentado na abertura do nosso trabalho: *A* tem em seu poder uma coisa móvel, tendo o dever de a vigiar, de modo a não causar danos a terceiros. Nos termos do artigo 493.º/1 CC, presume-se a culpa

quadro dos atos do auxiliar por que o devedor responderia, iria excluir a responsabilidade do relojoeiro cujo aprendiz partisse um relógio, atirando-o, em fúria, à cabeça do seu mestre, quando é patente que sem a relação contratual nunca o aprendiz teria a possibilidade de tocar no relógio, quanto mais de parti-lo”. Concordamos com a solução patenteada pelo autor. Divergimos, contudo, nas conclusões a que chega. Na verdade, Pedro Múrias, considerando não estar aqui a violação de um dever contratualmente assumido, entende que estamos diante de uma responsabilidade que se funda num dever genérico de respeito pelos direitos absolutos, razão bastante para o autor não conseguir, em termos normativo-intencionais, distanciar o artigo 800.º, que aqui chama à colação, do artigo 500.º CC. Dá, portanto, um passo em frente no sentido da defesa de uma posição monista em matéria de modalidades ressarcitórias. Pelo contrário, consideramos que o relojoeiro do exemplo de escola, ao assumir a obrigação principal de reparação do relógio, assume também o dever de guarda da coisa, pelo que responderá ao nível obrigacional pelo dano que ocorreu.

⁷³ Neste sentido, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103 s.

Ressalvam-se, contudo, as hipóteses em que o devedor agiu com culpa, na escolha do auxiliar.

Para outros entendimentos acerca do problema, *vide*, novamente, Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 97 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 246 s. (questionando, designadamente, como poderemos aferir a culpa do auxiliar se ele não está vinculado por nenhuma obrigação).

⁷⁴ Outros problemas são também abordados pela doutrina a este nível. Assim, por exemplo, tem-se colocado a questão de saber se podem ser equiparados aos auxiliares as máquinas, quando o erro em que incorrem não se traduza num erro de programação. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 82 s.

Também se indaga em que medida a escolha do terceiro feita pelo credor pode ter consequências ao nível da exclusão da responsabilidade do devedor. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 88 s. Sublinha a autora que, se o terceiro surge como um colaborador do credor, exclui-se a responsabilidade do devedor. O mesmo não sucederá se o terceiro for escolhido entre os colaboradores do devedor. *Vide*, igualmente, Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 267 s.

de *A*, em caso de verificação do referido dano, tendo de provar que “nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua”. Imagine-se, então, que *A*, pela especial complexidade técnica da coisa móvel em questão, celebrou um contrato com *B*, especialista naquele tipo de equipamentos, para que este exercesse o dever de vigilância sobre a coisa, no qual se integra a monitorização, reparação, controle, etc. Ocorrendo um dano, poder-se-á *A* eximir da responsabilidade, ilidindo a presunção de culpa contida no artigo 493.º/1 CC, ao invocar que o dever de vigilância onerava, afinal, *B*?

V – O problema da aplicabilidade do artigo 800.º à violação de deveres de segurança no tráfego

O problema não é novo. Pelo contrário, foi colocado, de uma forma até mais ampla, por outros autores antes de nós⁷⁵. Heck, a propósito do § 287 BGB, sustentou que este se aplica não só quando em causa estejam deveres de natureza contratual, mas também deveres delituais já nascidos⁷⁶. Entre nós, Pedro Múrias, na tentativa de evidenciar a linha de continuidade entre o artigo 500.º CC e o artigo 800.º CC (e, portanto, de encontrar um argumento no sentido da defesa do monismo no tocante às modalidades de responsabilidade civil), colocou à reflexão exemplos eivados por uma intencionalidade problemática análoga⁷⁷.

Numa primeira situação, os proprietários de certos edifícios têm o dever (imposto por lei ou por uma autoridade administrativa) de limpar todas as manhãs a neve gelada e escorregadia que se forma defronte deles, de modo a evitar possíveis acidentes. *A*, dono de um desses prédios, acorda com *B*, que este tratará de limpar a referida neve, da maneira que achar mais conveniente. Simplesmente *B* não cumpriu devidamente a sua função, o que fez com que *C*, um terceiro, escorregasse e sofresse um dano. Poderá este lesado demandar *A*? Não podendo *B* ser considerado comitente, não faria sentido invocar o regime do artigo 500.º CC. De todo o modo, ainda que este fosse aplicável (por haver, de facto, uma comissão), a sua disciplina mostrar-se-ia imprestável, dado que *B*,

⁷⁵ Desconsiderando o problema, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa-fé em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2013 (5.ª reimpressão), 637 s.

⁷⁶ Cf. Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 154 e 265.

⁷⁷ Veremos, depois, se os casos podem ser efetivamente tratados de forma análoga ou não.

não sendo proprietário, não seria responsável pelo dano sofrido pelo lesado⁷⁸. Faltaria a imputação a uma esfera de responsabilidade que é erigida em torno da qualidade de proprietário. Para Pedro Múrias, a solução teria de ser procurada no quadro da responsabilidade obrigacional por atos de auxiliares, ou seja, no artigo 800.º CC⁷⁹.

Num outro caso⁸⁰, *N* é dono de uma obra perigosa que para os transeuntes, cuja segurança exige particulares cuidados. A dada altura, confia a segurança a *Q*, sociedade especializada na matéria. *N* elabora um relatório em que descreve as particularidades da obra relevantes em termos de segurança para terceiros, e um empregado seu entrega-o a *Q*. Simplesmente, uma página perdeu-se, vindo a deficiente informação que *Q* possui a dar origem a um acidente, do qual resulta lesado *R*, que não tem qualquer relação negocial com *N* ou com *Q*. Entende Pedro Múrias que *N* deve ser considerado responsável, nos termos do artigo 800.º CC, conjugado com o artigo 492.º CC⁸¹.

Num terceiro exemplo, *R* pretende pregar uma partida a uma amiga, *S*, fingindo apagar do computador desta um texto que há muito tempo ela prepara. Para tanto, subtrai a chave do seu apartamento e pede a *T*, técnico de computadores e pessoa da sua maior confiança, que o faça por si. *T* acaba por

⁷⁸ Não concordamos, por isso, com a solução crítica da posição de Pedro Múrias apresentada por Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 234 s. Para a autora, se é certo que o §831 BGB não permitiria responsabilizar o proprietário do prédio porque este poderia ilidir a presunção de culpa, demonstrando que a escolha do sujeito tinha sido adequada, havendo que enquadrar o caso no âmbito do §278 BGB que a responsabilidade objetiva pelos auxiliares de cumprimento, no caso português, a responsabilidade do artigo 500.º CC, sendo objetiva, pode ser mobilizada, não se excluindo a comissão pelo facto de o terceiro ter autonomia na forma como executa o dever que lhe foi confiado. No fundo, para a civilista, o problema resolver-se-ia com recurso exclusivo ao artigo 500.º CC.

No sentido de considerar que a aplicação do artigo 500.º não conduziria ao mesmo resultado que o artigo 800.º, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 198.

⁷⁹ Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 194 s.

⁸⁰ Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 198 s.

⁸¹ Novamente numa perspectiva crítica, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 236 s. Entende a autora que este é um caso artificioso, em que se lida com dois (e não apenas um) auxiliares: o empregado de *N*, que perde a folha, e *Q*. distinguindo os deveres de tráfico delituais e os deveres de prestar ou outros deveres específicos entre sujeitos determinados, a autora sustenta que não se pode aplicar a um caso como este o artigo 800.º CC, o que não quer dizer que não se deva considerar responsável *N*. Simplesmente, tal responsabilidade resulta diretamente do regime da responsabilidade delitual.

furtar um objeto que se encontrava em casa de S⁸². Nesta hipótese, segundo Pedro Múrias é “o artigo 800.º que diretamente funda a sua responsabilidade pelo sucedido, *maxime* se tivermos em conta que ele tivera todos os cuidados imagináveis com vista a certificar-se da honestidade de Tiago”.

No fundo, para o autor, os dois artigos (500.º e 800.º CC) são mobilizáveis quer no campo obrigacional, quer no campo extraobrigacional.

Não cremos, porém, que esta seja uma posição sufragável. Atentemos no último exemplo oferecido por Pedro Múrias. Não há entre o âmbito de relevância concreta da hipótese considerada e o âmbito de relevância hipotético do artigo 800.º CC uma relação direta de mera concretização. Pelo contrário, falta a relação prévia, de tipo obrigacional, entre o lesado (S) e R. Por outro lado, afigura-se difícil operar uma assimilação por adaptação ou, atendendo à finalidade do preceito, uma interpretação corretiva de tipo teleológico. Na verdade, considerámos que o fundamento último do artigo 800.º CC era evitar que a obrigação assumida se desconfigurasse ou, de um outro prisma, garantir que o devedor continuava por ela vinculado, ainda que fizesse intervir um terceiro no cumprimento da mesma. Simplesmente, não há nada no caso concreto que reclame a incolumidade de um vínculo obrigacional, de si inexistente. É claro que poderá haver (e cremos que as há) boas razões para responsabilizar R. No entanto, essa responsabilidade há-de fundar-se diretamente no regime da responsabilidade extracontratual, *ex via* artigo 483.º CC, e não através de uma forçada mobilização do artigo 800.º CC. De facto, R poderá ser chamado a responder pelo dano na medida em que, ao subtrair a chave de casa de S, assume uma esfera de risco, a partir da violação de determinados deveres no tráfego. Estes, ao serem preteridos, permitem não só desvelar a culpa do sujeito como dar origem a uma esfera de responsabilidade, a partir da qual, tendo em conta o cotejo com outras esferas de risco, se densificará aquela responsabilidade. Ora, apesar de existir um comportamento livre de um terceiro, os deveres de respeito que o primeiro lesante tinha em relação ao lesado (e que o impediam de subtrair e disponibilizar a outrem a chave de casa do último) integram no seu âmbito um dano do tipo daquele que se verificou. Estabelece-se, portanto, a imputação⁸³. Donde todo o problema se resolve sem necessidade de recurso ao artigo 800.º CC, que estruturalmente e teleologicamente não pode

⁸² Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 207.

⁸³ Para mais desenvolvimentos acerca desta imputação objetiva, fundamentadora da responsabilidade, v. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de imputação ao nexa de causalidade. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipe, 2013, cap. VIII.

ser mobilizado. Em rigor, aliás, a solução da solidariedade obrigacional entre os dois responsáveis a que poderíamos chegar parece afastar dúvidas relativamente à impertinência da convocação do preceito. Com isto é a posição de radical monismo no tocante à responsabilidade por atos de auxiliares defendida pelo autor que cai por terra. É que, pelo menos quanto ao exemplo aduzido para argumentar da bondade da chamada à colação do artigo 800.º CC quando não exista uma *Sonderverbindung*, ela não se mostra normativamente fundada, nem materialmente imprescindível.

O primeiro exemplo apresentado por Pedro Múrias concita outro tipo de considerações. Na verdade, aqui, existe, de facto, uma estrutura que faz apelo a um procedimento auxiliar a cargo de um terceiro, introduzido na situação para esse fim. Quer isto dizer que, estruturalmente, podemos discernir uma analogia com o âmbito de relevância do artigo 800.º CC. Será, contudo, isso suficiente para se mobilizar o preceito? A analogia estrutural far-se-á acompanhar de uma analogia judicativa? O especial dever que é imposto ao proprietário de um imóvel – remoção da neve – deve ser entendido à luz de uma liberdade (que, aliás, o direito de propriedade consubstanciava primordialmente) positiva, portanto, correlativa a um certo entendimento da responsabilidade. Tal dever especial, uma vez preterido, pode fazer desvelar a culpa e alicerçar a imputação objetiva, que é necessário traçar para ligar o resultado ilícito (a violação do direito subjetivo absoluto) ao comportamento (omissão) do agente. Ora, existindo uma norma que o positiva, o que, em termos dogmáticos, desde que a mesma possa ser qualificada como uma disposição legal de proteção de interesses alheios, pode fazer presumir a culpa e a dita imputação objetiva (tradicionalmente entendida como causalidade), questiona-se se a simples contratação de um terceiro para retirar a neve da entrada do imóvel é suficiente para dar por cumprido o dever, ilidindo a presunção a que nos referimos. No fundo, a resolução do problema passará por determinar qual o âmbito do dever que é imposto aos proprietários. A jurisprudência e doutrina alemãs, aliás, consideraram, neste quadro problemático, que apenas se transmitiria para o terceiro o dever de tomar as medidas de cuidado, mantendo-se o dever de vigiar a fonte de perigo na esfera do principal lesante⁸⁴. Entre nós, Maria da Graça Trigo

⁸⁴ Dando conta disso, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 195. *V.*, ainda, para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, Lothar VOLLMER, “Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten”, *Juristenzeitung*, ano 32, n.º 11/12, 1977, 371 s., também citado por Múrias. O autor distingue os deveres de prestação dos deveres de comportamento. Os primeiros induzem uma confiança mais forte na contraparte. Contudo, casos há que os deveres de segurança poderiam ter um conteúdo mais densificado que os próprios deveres de prestação, justificando, assim, a aplicação do §278 BGB.

sustenta que o *dever de prevenção do perigo* se afigura constituir um caso típico de *non delegable duty*. Assim sendo, o proprietário seria diretamente responsável, não sendo necessário recorrer a um expediente como o do artigo 800.º CC. No fundo, a solução que este dispensaria ao caso já seria viabilizada pelo mero funcionamento da regra geral em matéria delitual.

O busílis da questão está, portanto, em saber se sempre que esteja em causa um dever de segurança no tráfego ele é inalienável ou não delegável.

Importa, então, olhar para o artigo 492.º CC. Diz-nos o n.º 1 que “o proprietário ou possuidor do edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, não se teriam evitado os danos”. E o n.º 2 estabelece que “a pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra responde, em lugar do proprietário ou possuidor, quando os danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação”.

A este propósito, Pedro Múrias esclarece que haverá uma verdadeira transmissão do dever sempre que haja alienação do direito de propriedade (passando a responder o novo proprietário), sempre que haja constituição de um usufruto e, com maiores dúvidas, nos casos de arrendamento e comodato. Estas últimas hipóteses constituem, segundo o autor, desvios necessários ao princípio contido no artigo 800.º CC, em nome da ligação entre domínio e dever de segurança⁸⁵. Não cremos, porém, que o artigo 800.º contenha um princípio ordenador do mundo delitual. O que se extrai da interpretação do artigo 492.º CC, no seu todo, é a confirmação da lição em matéria extracontratual: a responsabilidade recai sobre aquele que titula uma esfera de risco/responsabilidade que, neste caso e fruto de uma especial técnica normativa, está identificada previamente pelo legislador⁸⁶. Não faz, por isso, sentido o autor dizer que “admitir que o

⁸⁵ Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil” 199-200

⁸⁶ O domínio da coisa é fundamental para se determinar a responsabilidade, por via do artigo 492.º CC. Não cremos, na verdade, que se possam confundir duas situações díspares: num primeiro caso, A, proprietário de um imóvel, contrata com a empresa B a vigilância da conservação do edifício que, entretanto, vem a ruir, causando danos em C. A, contudo, continua a habitar o imóvel, tendo o domínio sobre ele e podendo detetar, inclusivamente, toda e qualquer alteração na estrutura do edifício indiciadora do colapso futuro. Neste caso, o dever de conservação não se transmitiu para B, apesar do contrato celebrado entre os dois, o que quer dizer que A continua a ser responsável. Imagine-se, porém, que A contrata com B a vigilância e conservação do imóvel, porque se vai ausentar por tempo indeterminado para o estrangeiro. B fica, assim, ciente dessa particularidade, responsável pela gestão do edifício, cujo domínio controla. Neste caso, parece-nos de excluir a responsabilidade de A, tanto mais que seria possível, caso fosse demandado, afastar a presunção contida no artigo 492.º CC.

proprietário que está no pleno gozo das utilidades do seu direito pode desonerar-se da responsabilidade relativa à segurança de terceiros perante essa coisa limitando-se a contratar alguém que trate do assunto é trair o princípio afluído no artigo 800.º⁸⁷. É que a lição do artigo 800.º é inútil para a resolução do problema que o autor ilustra. Na verdade, ou se opera a transferência do dever de prevenção do perigo, considerando-se que o caso é assimilado no seu âmbito de relevância pelo n.º 2 do preceito (e o proprietário não é responsável); ou não se opera tal transferência e a solução é ditada pelo n.º 1 da mesma norma, donde será o proprietário (ou o possuidor) a responder. Em qualquer dos casos, é privado de sentido o recurso à responsabilidade por atos dos auxiliares⁸⁸.

Uma breve conclusão pode, assim, ser extraída no nosso percurso dialógico: os deveres de segurança no tráfego podem ser transmitidos. Simplesmente, esta sua transmissão só é concretizável quando se transfira (completamente) a esfera de risco/responsabilidade que os fez emergir em concreto. Onde, não será a simples contratação de um terceiro para cumprir o dever de prevenção do perigo que fará excluir a responsabilidade do principal lesante⁸⁹. Esta conclusão assume particular importância quando se haja de lidar com as presunções de culpa contidas nos artigos 491.º e seguintes do Código Civil: não basta invocar a intervenção do terceiro para ilidir a presunção e excluir a responsabilidade.

Esta conclusão sairá reforçada se tivermos em conta que os preceitos em questão não se limitam a operar uma simples inversão do ónus da prova.

Pensemos no artigo 493.º/2 CC. O artigo estabelece uma presunção de culpa, mas implica também uma presunção de ilicitude. Porquê? Porque, na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, há que se tratar de um especial perigo – um risco que ultrapasse o limiar da normalidade. Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adotar todas as medidas de cuidado para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a atuar em contravenção com um princípio da precaução ou

⁸⁷ Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 200.

⁸⁸ Considerando que o problema se resolve por aplicação do artigo 492, *v.* Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 237.

⁸⁹ A. Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé*, 834, elenca vários dos possíveis deveres no tráfego: deveres destinados a possibilitar ao ameaçado enfrentar o perigo, como sejam os deveres de aviso, de proibição de acesso ao local perigoso, e de instrução; deveres de atuação sobre o foco do perigo, tais como os deveres de controlo do perigo, deveres de escolha criteriosa de pessoas que lidem com o perigo, deveres de vigilância, deveres de organização, deveres de formação e de participação, deveres de cuidado e de assistência. Como se perceberá não é a simples contratação criteriosa de um terceiro para atuar sobre o foco de perigo que permitirá dar por cumpridos os deveres que vinculam o titular dessa mesma esfera.

prevenção – civilisticamente compreendido –, permitindo desvelar o abuso de uma liberdade (a liberdade de atuação do sujeito é exercida em contradição com o fundamento normativo da própria normatividade). Portanto, o artigo 493.º/2 CC consagra a *faute* e implica que a dita causalidade seja entendida no sentido da previsibilidade (os danos em atenção aos quais previsivelmente a pessoa deveria ter conformado a sua conduta no respeito ao seu semelhante são os danos indemnizáveis). Isto não obsta a que possa haver, desde logo, violação de um direito absoluto. É, por isso, possível convocar o preceito no sentido de presumir a culpa e, concomitantemente, presumir a imputação objetiva. Não se trata de uma dupla possibilidade interpretativa da norma, mas da faculdade reconhecida ao lesado de mobilizar simbioticamente mais do que um fundamento para alicerçar a sua pretensão indemnizatória. Se tal é permitido no quadro do concurso de modalidades de responsabilidade civil, deve também ser autorizado quando concorram modalidades de ilicitude delitual. Assim, e neste caso, a restrição da hipótese ressarcitória à verificação de uma lesão do direito absoluto autorizaria a que o preenchimento da responsabilidade fosse para além dos danos previsíveis⁹⁰.

Os preceitos em questão, apresentando uma estrutura delitual precisa, não se limitam a depor em matéria probatória atinente à culpa, antes estabelecendo regras acerca do responsável⁹¹⁻⁹². Tais regras, assentando numa estrutura impu-

⁹⁰ Sobre o ponto, cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 1288 s.; Id., *Liberdade versus responsabilidade*, 377 s. Considerando que os artigos 491.º e seguintes do Código Civil consagram o modelo da *faute*, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 469 s.

⁹¹ Estas regras, apresentando uma estrutura imputacional própria, assente na simbiose entre a culpa e a ilicitude, podem também ser mobilizadas quando esteja em causa a violação de direitos absolutos.

⁹² A problemática dos deveres do tráfego não se esgota na formulação do juízo culpabilístico. Mas importa, ainda, frisar que os deveres de segurança no tráfego não são sinónimo de deveres do tráfego, categoria mais ampla.

Além disso, se a culpa não se esgota na preterição dos deveres do tráfego, é bom não esquecer que eles podem ser chamados a depor no sentido da concretização do juízo de censura que sobre o agente se derrama. Sobre o ponto, cf. Karl LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, 402 e 407, considerando que os deveres em apreço se ligam a uma ideia de prevenção ou afastamento do perigo (*Gefahrvermeidungs- und abwendungspflichten*) e evidenciando que, ao nível das condutas ativas, servem para concretizar o cuidado exigível nos termos do § 276 BGB. Também Adelaide Menezes LEITÃO (*Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 684) mostra a relação íntima entre os deveres do tráfego e o cuidado exigível. Mas sublinham os autores citados que a violação das obrigações de segurança no tráfego não se confunde com a culpa – cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 369 e 426. Como índice da cisão encontramos o facto de a culpa, no quadro do § 823 I BGB, se ter de referir à violação dos bens jurídicos e não simplesmente à contravenção do dever. Sobre o ponto, v., entre nós, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 e LARENZ, *Lehrbuch*, 618. Veja-se,

tacional própria, caracterizada pela simbiose entre a culpa e a ilicitude, não configuram, não obstante, um desvio em relação aos princípios delituais fundamentais. Ora, se até em hipóteses que se aproximam em termos imputacionais da responsabilidade contratual o artigo 800.º se mostra imprestável, essa conclusão sairá reforçada quando a imputação se baseie no modelo iheringiano (assente na ilicitude e na culpa). Dito de outro modo, estando em causa a responsabilidade fundada na violação de um direito absoluto e na culpa, a imputação haverá de basear-se na edificação de uma esfera de risco/responsabilidade em concreto, pelo que aquele que a titula será o responsável, independentemente de nela ter ou não feito intervir algum terceiro⁹³. Simplesmente, a estas

igualmente, sobre o ponto, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 683, perguntando se a violação negligente de um dever do tráfego é um pleonismo, devido à identidade de conceitos ao nível da culpa e da ilicitude.

In fine, veja-se, sobre o ponto, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da categoria dogmática dos deveres do tráfego, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 407 s., considerando que tais deveres podem surgir no quadro da responsabilidade por uma esfera, pela assunção de uma tarefa ou em virtude de uma ação antecedente, e que a medida de cuidado devido só pode ser determinada tendo em conta fatores como o esforço para evitar o dano, os custos económicos, a perda de tempo e o emprego da força de trabalho. Assim, quanto maior for o perigo e o dano e quanto menor for o esforço para o evitar, mais acutilantemente se manifesta o dever de afastar o perigo. Veja-se, ainda, pág. 413, onde os autores, considerando que quem abre um tráfego público fica obrigado a evitar lesões para terceiros, analisam uma situação prática. Assim, o morador de uma rua não está obrigado a espalhar sal defronte do seu terreno, ainda que o pudesse fazer com facilidade, porque não é ele que abre ou tolera o tráfego no passeio; mas já terá esse dever o proprietário de um estabelecimento comercial que, ao atrair cliente e aumentar o afluxo de peões, aumenta o risco ao mesmo tempo que dali retira uma vantagem.

Sobre a distinção entre os deveres de segurança no tráfego e os deveres no tráfego, cf. Christian von Bar, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pfllichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, 169 s., considerando que a *Verkehrssicherungspflicht* é apenas uma parte do círculo de *Verkehrspflichten* existentes; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 399 s.; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 571/572, n. 1520; SINDÉ MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 311, n. 490; MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé*, 832, n. 673; LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten. Eine dogmatische-historische Legitimierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, explicitando a evolução da *Verkehrssicherungspflicht* até à *Verkehrspflicht*. Os deveres de segurança no tráfego incluir-se-iam no conceito mais vasto de deveres no tráfego. Os primeiros apontariam no sentido de salvaguarda do outro diante da criação de uma fonte de perigo, isto é, traduzir-se-iam em deveres destinados à protecção do público em geral. A categoria mais ampla dos deveres no tráfego incluiria também deveres mais genéricos, como por exemplo os deveres dos produtores para com os consumidores, os deveres dos polícias com os manifestantes, entre outros.

⁹³ Sobre o ponto, cf. Gert BRÜGGEMEIER, “Judizielle Schutzpolitik de lege lata – Zur Restrukturierung des BGB – Deliktsrechts”, *Juristenzeitung*, 1986, 971 s. Tendo em conta o incremento dos riscos inerentes à nova sociedade industrializada e as novas formas de racionalidade jurídica – comunicantes com a estrutura delitual –, o autor analisa o impacto dessas mutações no quadro de reestruturação do BGB.

conclusões chegamos pelo funcionamento das regras imputacionais gerais e não por via de uma ficcional e desnecessária (porque forçada) mobilização do artigo 800.º CC⁹⁴⁻⁹⁵.

Assim, o § 823 I surge como *Tatbestand* de obrigações de comportamento para proteção de interesses jurídicos tutelados. E se não deixa de reconhecer a problematicidade inerente à questão da inserção sistemática dos deveres do tráfego no § 823 I, II ou num não escrito § 823 III, BRÜGGEMEIER afirma, sem hesitações, que as três cláusulas delituais do BGB podem ser vistas como *Steuerungsmechanismus* (§ 823 I – *Steuerung über den Markt* – a liberdade de comportamentos dos participantes do mercado e a integridade corporal e real são postas em diálogo; § 823 II – *Steuerung durch Politik*; § 826 – *Steuerung durch Moral*). No seu escrito, o autor intenta explicar que o domínio da ideia de autodeterminação e de mercado fez com que o modelo delitual típico do século XIX se ancorasse na violação dos direitos, mas ele acaba por se tornar insuficiente num mundo cada vez mais complexo. Diríamos, em sintonia com o que aqui se colhe, que não só isso justificou o aparecimento de outras previsões delituais como, na interpretação da cláusula responsabilizatória central, não podemos deixar de ser transcendidos pela remissão para os princípios informadores da pessoalidade, em oposição ao individualismo que, com assento histórico, esteve na base da cristalização de certos modelos delituais. Por isso, cremos que a chamada à colação dos diversos deveres do tráfego não pode senão ser vista como imprescindível em termos dogmáticos.

⁹⁴ Cf., a propósito da natureza dos deveres de segurança no tráfego, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318. Em sentido diverso, v. A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 835.

Cf., ainda, Christian Von Bar, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, 169, que, considerando os diversos deveres do tráfego e buscando o fundamento para a sua emergência, fala de um âmbito de confiança (*Vertrauenserwartungen*), das obrigações profissionais (*Berufspflicht* – cf. pág. 171) e do encerramento do tráfego (*Verkehrsschließung*) como cumprimento de um dever. O autor esclarece que o conceito de dever na moderna responsabilidade por omissões não se baseia no princípio da ingerência, bastando que, na área de experiência profissional ou nas imediações do direito familiar, tenha havido uma fonte de perigo. Mas não menos certa é a ponderação do problema da violação do dever no tráfego (*Haftung für Verkehrspflichtwidrigkeit*) como responsabilidade pela intervenção ilícita indirecta (*Haftung für rechtswidrige mittelbare Eingriffe*). Há ainda que considerar prestimosos tais deveres ao nível da responsabilidade pela segurança da esfera de domínio, quando existe uma ação prévia arriscada ou quando se assume uma determinada tarefa. Cf. T. Raab, “Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht”, *Juristische Schulung*, 2002, 1041 s.

Importa, ainda, notar que os deveres do tráfego surgem, amiúde, conotados com obrigações de natureza ativa, disso se distinguindo dos deveres de conteúdo negativo, que saem da alçada destas hipóteses delitualmente relevantes. O dever de não lesar direitos alheios não teria, portanto, segundo esta visão restritiva, a mesma natureza dos deveres do tráfego. Simplesmente, porque a linha de fronteira entre a ação e a omissão nem sempre é nítida e porque a raiz de emergência de uns e de outros pode ser encontrada no mesmíssimo dever de respeito para com o semelhante, pilar de sustentação da personalidade livre, e como tal integrante de uma noção de responsabilidade pensada como indissociável daquela, cremos não ser despropositado assumir-se uma visão ampla que abarque todas as situações. O que se pode dizer é que, de facto, o problema que temos em mãos não avultará, em regra, quando o delito ocorra por ação.

Sobre o ponto, cf., igualmente, entre nós, M. Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 74; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 591.

O Direito 147.º (2015), III, 649-684

⁹⁵ Cf., a este propósito, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 126 s. Lidando com a causalidade psicológica, e procurando solucionar os casos de intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (*Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher*) – isto é, casos em que o primeiro agente detém o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta/ dever do tráfego, intervindo um segundo agente que, com a sua conduta, causa o dano, que repousa naquela fonte de perigo –, RISTOW afirma que o primeiro sujeito é responsável pela violação de uma *Verkehrssicherungspflicht*, apesar de apenas contribuir indirectamente para a lesão que, na realidade, emerge por acção do lesado. Note-se que, tal como o autor explicita, não se trata, aqui, de uma situação de causalidade psicológica no sentido próprio do termo, levando-o, inclusivamente, a adiantar, em abono da nossa chamada à colação do pensamento, que “a delimitação da causalidade psicológica relativamente aos casos normalmente discutidos sob a óptica da violação de um dever do tráfego é difícil”, sendo certo que estes emergem nas lesões indirectas. *V.* p. 135, indicando como fundamento da imputação, nestes casos, a criação não controlada de uma situação perigosa e a violação de um dever do tráfego, já que “quem abre uma fonte de risco tem de tomar as medidas de precaução necessárias e razoáveis para que ele não se concretize numa lesão dos outros”, e sublinhando que “quando o segundo agente (*Zweitverursachen*) é menor são maiores as exigências no que toca às medidas de segurança que devem ser adoptadas”; e p. 136, apresentando os limites à imputação (o dano tem de consistir na realização do perigo contra o qual o dever do tráfego protege e o segundo agente tem de estar incluído naquele âmbito de protecção pessoal). No mesmo sentido, cf., também, Christian Von BAR, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980, 54 s.; Karl LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 410 s.

Till RISTOW, a págs. 146, fala dos casos de *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* (intervenção pela omissão de cumprimento de uma disposição de segurança pelo primeiro agente), ou seja, das situações em que o primeiro agente não cumpre uma disposição de segurança relativamente a uma fonte de perigo que emerge da sua esfera e o segundo agente adota, na sequência disto, uma conduta que lesa um terceiro, sendo certo que aquela disposição de protecção visava, precisamente, evitar aquele dano. Em vez do tratamento do problema à luz da interrupção do nexos causal, Ristow abraça uma perspectiva normativa que parte da constatação da violação do dever do tráfego. Cf. pág. 169 s. Mais uma vez, fundamento da imputação encontra-se, exactamente, na preterição do dever do tráfego, que visava proteger o terceiro contra a atuação do segundo agente. Nas suas palavras, tal ocorre quando “o primeiro agente está obrigado a um dever de segurança em face de uma fonte de perigo concreta e o perigo de lesão existe através da atuação do segundo agente”. Continuando a acompanhar a exposição do autor, Ristow esclarece que se exige uma dupla segurança (*doppelte Sicherung*): a) *Sicherung der Gegenstandsgefahr* (em relação a uma fonte de perigo própria); b) *Sicherung der Personengefahr* (medida de segurança contra atuações não autorizadas), isto é, emerge um secundário dever do tráfego que está em conexão direta com o dever primitivo. Esta duplicidade avulta quando o primeiro agente cria uma concreta fonte de perigo por cuja segurança é responsável e existe o perigo também concreto de intervenção de um segundo agente que possa lesar um terceiro, ou quando existe o perigo abstrato de abuso da concreta fonte de perigo. Uma terceira situação (pág. 170) sugere que o primeiro agente é onerado com um dever de segurança por criar e assumir uma fonte de perigo de lesão de terceiros. É, por exemplo, o caso em que o sujeito organiza eventos em massa (e não ajuntamentos de massas). Próximas destas constelações

estão aquelas em que o primeiro agente viola uma disposição de segurança com que estava onerado e o segundo agente aproveita a situação para lesar um bem jurídico, atuando na maioria das vezes de forma intencional – *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* (págs. 172 s.); as situações em que há intervenção pela criação de uma fonte de perigo através do primeiro agente (*Dazwischentreten bei Schaffung einer Gefahrenlage durch den Erstverursacher* – pág. 205), ou seja, o primeiro agente cria uma fonte de perigo concreta que tem de controlar e o segundo agente gera, com a sua atuação, uma nova fonte; as situações em que o primeiro agente detém em relação ao segundo um estatuto de autoridade e fornece uma informação errada, por meio da qual o último provoca o dano, podendo-se concluir que o dano se produz na própria esfera do primeiro – *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* (págs. 211 s.); as situações em que o primeiro agente cria ou conserva uma fonte de perigo pela violação de um dever no tráfego, que representa para o bem jurídico, sem a intervenção do segundo agente, um perigo abstrato. Em suma, para Till Ristow, o problema da *psychischen Kausalität* deve ser tratado no quadro da fundamentação da responsabilidade do § 823 I BGB em todos os casos de violação do dever do tráfego pelo agente. Assim, *vide* pág. 217. Sustenta o autor que, sendo o fundamento a violação de um dever do tráfego, ela deve ter conduzido causalmente à violação dos bens jurídicos postos diretamente em causa pelo segundo agente. Mas aduz que a prova da adequação se torna desnecessária, uma vez que, nesse contexto, um reexame da probabilidade é supérfluo, intervindo critérios limitativos de ordem normativa.

O Direito 147.º (2015), III, 649-684

*Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas**

MESTRE DANIELA MIRANTE**

SUMÁRIO: I – Nota introdutória. II – Teoria Geral das Normas – a última fase de Kelsen: a) Uma tentativa de periodização; b) A última fase de Kelsen – pistas de reflexão sobre uma eventual ruptura ou continuidade na Teoria Geral das Normas. III – A Norma Fundamental de Kelsen: a) A Função da Grundnorm na segunda edição da Teoria Pura do Direito; b) A Grundnorm como pressuposição lógico-transcendental; c) A Grundnorm na Teoria Geral das Normas. IV – A Relação entre o Direito e a Lógica: a) A Lógica e a Teoria Pura do Direito; b) A Lógica na Teoria Geral das Normas. V – Conclusão.

RESUMO: O presente artigo toma como objecto a análise da última fase da obra de Kelsen, procurando aferir a existência de rupturas no edifício conceptual kelseniano que se iniciou com a publicação da segunda edição da Teoria Pura do Direito, nomeadamente no que diz respeito à Grundnorm e à relação entre o Direito e a Lógica.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen, Grundnorm, Lógica, Ruptura, Continuidade.

ABSTRACT: This article analyzes Kelsen's latest phase, in order to determine if Kelsen's conceptual building was deeply affected by its last phase opinions and, there-

* O presente texto corresponde, no essencial, ao artigo que se encontra publicado na Revista Direito & Praxis da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 8 (2014).

** Licenciada e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutoramento em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Bolsista de Doutoramento da Fundação para a Ciência e Tecnologia.

A autora agradece sinceramente ao Professor Doutor Matthias Jestaedt pela amabilidade em recebê-la no Hans-Kelsen-Forschungsstelle dando-lhe todas as condições necessárias para a realização da sua investigação, bem como ao Doutor Jörg Kammerhofer pela sua preciosa ajuda e orientação na pesquisa.

fore, if there are some logic ruptures or departs from his initial premises, namely in what concerns Grundnorm and the relation between Law and logic.

KEYWORDS: Kelsen, Grundnorm, Logic, Rupture, Continuity.

I – Nota introdutória

Hans Kelsen (1881-1973) é comumente classificado como um dos nomes mais influentes da Ciência Jurídica do último século, bem como uma das mentes mais produtivas nas mais diversas áreas jurídicas, tendo deixado, à data da sua morte, cerca de 600 publicações, traduzidas para mais de 24 línguas diferentes¹. Para além da sua produção científica directa, Kelsen teve um impacto inegável na produção de outros, existindo centenas de obras que se dedicam à análise, construção e desconstrução das teorias *kelsenianas*.

Atendendo ao facto de a actividade académica e científica de Kelsen se ter prolongado por seis décadas, surge a questão de saber em que medida é que o seu edifício conceptual foi sendo alvo de ajustes ou alterações, uma vez que as teorias, sendo um produto resultante da actividade humana, estão sujeitas ao devir e à própria evolução do pensamento do seu autor.

O exercício a que nos propomos com o presente estudo passa pela análise da evolução do pensamento de Hans Kelsen balizada entre a publicação da segunda edição da sua *Teoria Pura do Direito* e a edição da sua obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, com vista a responder a uma questão específica: em que medida é que o último escrito de Kelsen consubstancia uma ruptura com a sua doutrina clássica ou, pelo contrário, que ecos de continuidade encontramos no mesmo.

Esta análise, considerando o fim a que destina, bem como as contingências que, nessa medida, lhe estão associadas, será balizada por duas matérias específicas: a teoria da Grundnorm e as relações entre a lógica e o Direito. Deste modo, procuraremos traçar o percurso evolutivo da figura da Grundnorm – pilar fundamental da construção teórica do autor – e descortinar qual o impacto que a nova formulação que lhe é dada na *Teoria Geral das Normas* tem na mesma.

O nosso segundo tópico de reflexão assenta no domínio das relações entre a lógica e o Direito, com o qual procuraremos explicitar qual o entendimento de Kelsen na matéria, não nos sendo possível, todavia, uma análise pormenorizada

¹ Cf. JOSEPH RAZ, “Critical Study – Kelsen’s General Theory of Norms”, in *Philosophia*, vol. 6, n.ºs 3-4 (September-December), 1976, p. 495.

de todo esse campo, elegemos a problemática da aplicação dos princípios lógicos ao Direito e o tópico dos conflitos de normas como os subtemas a explorar.

II – Teoria Geral das Normas – um breve enquadramento

A obra *Teoria Geral das Normas*² consiste na publicação de um manuscrito que ficou incompleto aquando da morte de Hans Kelsen, a 19 de Abril de 1973³, tendo sido editada somente no ano de 1979, volvidos que estavam, aproximadamente, seis anos sobre o falecimento do seu autor.

Rudolf A. Métall, discípulo e amigo de longa data de Kelsen, foi o escolhido para assegurar a conservação, bem como a organização da vasta produção científica do autor, tendo sido estabelecido que após a sua morte, que teve lugar a 30 de Novembro de 1975, tal tarefa teria continuidade pela mão do Instituto Hans Kelsen⁴, situado em Viena. O curto espaço temporal em que Rudolf A. Métall teve acesso ao espólio *kelseniano* não lhe permitiu, certamente, desencaixar uma organização profunda do mesmo, pelo que, necessariamente, apenas efectuou uma análise preliminar de toda a documentação.

² Na língua original, alemão, a obra tem o nome de *Allgemeine Theorie der Normen*. Não obstante, a versão por nós consultada não foi a original, mas a tradução inglesa elaborada por MICHAEL HARTNEY e publicada pela editora Clarendon Press Oxford, 1991.

³ HANS KELSEN nasceu a 11 de Outubro de 1881, em Praga, filho de Adolf e Auguste Kelsen. Com apenas quatro anos, KELSEN muda-se com a família para Viena, cidade onde desenvolve a sua educação até ao final do ensino secundário. Após cumprir o serviço militar obrigatório, ingressa na Faculdade de Direito, muito embora o seu desejo inicial fosse dedicar-se ao estudo da Filosofia. No ano de 1911 é publicada a primeira edição do seu trabalho de habilitação, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. A aprovação nas provas de habilitação conferiu-lhe o lugar de catedrático na Faculdade de Direito da Universidade de Viena, assegurando as disciplinas de Direito Público e Filosofia do Direito. HANS KELSEN foi ainda juiz do Tribunal Constitucional austríaco (1919-1930) e Professor na Universidade de Colónia, tendo sido afastado deste último cargo pelas forças nacionais-socialistas, tendo emigrado para a Suíça, onde foi Professor Convidado do Instituto de Altos Estudos Internacionais. No ano de 1940 emigrou com a família (esposa e suas duas filhas) para os Estados Unidos da América, fixando-se em Berkeley, Califórnia, onde, somente em 1945, conseguiu o cargo de Professor Catedrática. Hans Kelsen morre a 19 de Abril de 1973. Sobre este assunto, HANS KELSEN, *Autobiografia*, Editor MATTHIAS JESTAEDT, TRADUÇÃO LUIS VILLAR BORDA, Colômbia, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2008, bem como ROBERT WALTER, “Hans Kelsen vida y obra. Una introducción”, Traducción por CARLOS E. PETTORUTI in *Anales*, n.º 41, pp. 332-337. Com particular enfoque no período que Kelsen passou em Viena, Cf. CLEMENS JABLONER, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, in *European Journal of International Law*, n.º 9 (1998), pp. 368-385.

⁴ Informação sobre o Instituto pode ser encontrada em <http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/>.

O percurso que levou à publicação do manuscrito pode ser caracterizado, deste modo, como sinuoso, repousando a decisão sobre o seu futuro, por expressa vontade da sua mente criadora, nos órgãos do Instituto. Efectivamente, foram estes últimos que assumiram como missão a tarefa de aferir do interesse, da necessidade e da mais-valia na publicação da obra, tendo concluído, após extensa, cuidada e profunda análise, no sentido de avançar com a sua edição.

De acordo com o prefácio da edição alemã do livro, o manuscrito de Kelsen contava com um elevado grau de completude, na medida em que, muito embora existissem diversas adendas, referências e reajustamentos manuscritos no texto, o mesmo já se encontrava dactilografado.

Existia, no entanto, um ponto essencial que importa frisar no que à versão manuscrita da *Teoria Geral das Normas* diz respeito, o qual tem que ver com a inexistência de uma divisão sistemática da obra. Por conseguinte, recaiu nas mãos dos editores, ainda que contando com algumas instruções deixadas por Kelsen, a tarefa de pensar e elaborar uma divisão sistemática.

Ora, Kelsen havia inicialmente fundado a organização da obra em 58 secções, vindo a adicionar-lhes mais algumas. Por outro lado, diz-nos ainda o prefácio da edição alemã, que ao longo da obra existia uma lista de tópicos, por vezes na forma de cabeçalhos, que tinham por função descrever os problemas que eram analisados e discutidos em cada ponto.

Desta feita, e com o propósito de manterem a organização da obra o mais fiel possível aos propósitos do seu autor, os editores guiaram o seu trabalho de acordo com as orientações existentes, pelo que a divisão em capítulos da obra acabou por corresponder exactamente à organização do manuscritos, tendo os títulos da mesma sido extraídos das indicações do próprio Kelsen.

O livro *A Teoria Geral das Normas* conta assim com um total de sessenta e um capítulos, de dimensão variável, aos quais acrescem cento e oitenta e cinco notas de rodapé, as quais constituem, aproximadamente, metade da obra⁵.

⁵ STANLEY L. PAULSON defende que a obra pode ser decomposta em três unidades: (i) a primeira compreenderia a parte geral e englobaria os capítulos 1-27 e 59 § ii A, (ii) a segunda respeitaria aos capítulos 28, 30-49, 59 § i B-F e 60-1, os quais se dedicam à análise de temas semelhantes, com especial ênfase na distinção entre norma jurídica e proposição jurídica, na discussão entre norma jurídica e princípio jurídico, a concepção de sanção e o princípio da retribuição, o pensar e o querer e a referência, única na obra, à *Grundnorm*, (iii) esta terceira e última parte seria composta pelos capítulos 29, 50-8, 59 § ii B e 60-1 e dedicar-se-ia à análise do papel da lógica no Direito, designadamente da aplicabilidade dos princípios lógicos às normas jurídicas. Cf. “Kelsen’s Legal Theory: the Final Round, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, n.º 2 (Summer 1992), p. 267.

O manuscrito de Kelsen regista, no entanto, uma natureza ambivalente, pois se, por um lado, tem um elevado grau de completude técnica, por outro, não é possível afirmar o mesmo do seu conteúdo. Em bom rigor, é necessário antever que a obra tenha algumas debilidades, as quais se devem a todo um conjunto variado de motivos, desde logo pelo facto do autor ter falecido antes mesmo de a ter terminado e aperfeiçoado⁶.

Por conseguinte, foi impossível proceder a um processo de revisão e maturação tão cuidado como sucedeu com a segunda edição da *Teoria Pura do Direito*. Assim, e sem negar a sua profundidade científica e o seu carácter intelectualmente estimulante, a obra apresenta-se, necessariamente, fragmentada e a escrita não surge tão fluente como noutras obras do autor, sendo, por vezes, repetitiva, pelo que requer um especial cuidado na sua leitura e interpretação.

III – Teoria Geral das Normas – a última fase de Kelsen

a) *Uma tentativa de periodização*

A obra póstuma de Hans Kelsen assume-se, segundo a crítica, como o ponto alto da sua última fase, a qual é comumente caracterizada por um cepticismo acentuado⁷. Importa, pois, ensaiar um pequeno excuro pelos contributos que visam periodizar a produção científica de Kelsen.

Na verdade, as tentativas de periodização da obra *kelseniana* têm sido levadas a cabo, essencialmente, por dois grandes vultos da teoria do Direito: Stanley L. Paulson e Carsten Heidemann⁸, os quais apresentam poucos pontos de convergência, mas, sobretudo, diferenças assinaláveis.

⁶ DERYCK BEYLEVELD, “From the ‘Middle-way’ to Normative Irrationalism: Hans Kelsen’s *General Theory of Norms*”, in *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p.104, afirma que a obra é “*very much a work in progress rather than a finished piece*”.

⁷ V. STANLEY L. PAULSON, “Introduction”, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Ed. STANLEY L. PAULSON and BONNIE LITSCHIEWSKI PAULSON, New York, Clarendon Press Oxford, 1998. Em bom rigor, CARSTEN HEIDEMANN, “The Creation of Normative Facts”, in *Law and Philosophy*, n.º 19, 2000, pp. 263-281, também considera ser esta a obra de referência na fase final de Kelsen, não obstante designa-a, não como céptica, mas como analítico-linguística. OTA WEINBERGER foi o autor que designou este último momento como a fase do irracionalismo normativo.

⁸ V. STANLEY L. PAULSON, “Introduction”, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Ed. STANLEY L. PAULSON and BONNIE LITSCHIEWSKI PAULSON, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, p.xliiii, STANLEY L. PAULSON, “Kelsen’s Legal Theory: the Final Round”, in

De acordo com Stanley L. Paulson, a caminhada jurídico-filosófica de Kelsen pode ser repartida em três fases⁹, as quais denomina como (i) Construtivismo Crítico (ii) Clássica (iii) Céptica¹⁰.

Sustenta o autor norte-americano que a primeira fase de Kelsen inclui todo o período temporal até 1912, ano após o qual tem início o período de transição, que apenas vem a terminar em 1922. Nesta fase inicial, Kelsen estaria a desenvolver e a consolidar os seus conceitos-base. Stanley L. Paulson defende que, neste período, o autor tinha objectivo fundamental o estabelecimento da ciência jurídica como disciplina normativa¹¹.

O segundo momento de Kelsen, que dá pela designação de Clássico, tem a duração mais longa de todas as suas fases, considerando que engloba todo o

Oxford Journal of Legal Studies, vol. 12, n.º 2 (Summer 1992), pp. 265-274, STANLEY L. PAULSON, “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 1 (Spring 1998), pp. 153-166, PABLO LUCAS VERDU, “El Orden Normativista Puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)”, in *Revista de Estudios Políticos*, n.º 68, (Abril-Junio 1990), pp.7-93, especialmente p. 89 e ss.. CARSTEN HEIDEMANN, “The Creation of Normative Facts”, in *Law and Philosophy*, n.º 19, 2000, pp. 263-281.

⁹ EUGENIO BULYGIN no seu artigo “An Antimony in Kelsen’s Pure Theory of Law”, in *Ratio Juris*, Vol.3, n.º 1 (March 1990), p. 31, também defende uma estruturação tripartida das fases de Kelsen, as quais se organizariam do seguinte modo: (i) o primeiro momento seria marcado por uma convivência pacífica entre os elementos kantianos e positivistas e enquadrava-se entre 1911-1940; (ii) o segundo momento desenvolver-se-ia entre 1940 e 1960, assumindo como fase de transição e ficando marcado pela saída de Kelsen do território europeu e pelo seu estabelecimento nos Estados Unidos da América; (iii) a última fase iniciar-se-ia em 1960 e duraria até ao final da vida do autor e teria um cariz marcadamente positivista.

¹⁰ Cf. STANLEY L. PAULSON, “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 1 (Spring 1998), pp. 153-166. Registe-se quanto este artigo de Paulson, que consistia numa revisão crítica da obra de CARSTEN HEIDEMANN, *Die Norm als Tatsache: Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden: Nomos, 1997, a resposta deste último, igualmente sob a forma de artigo, CARSTEN HEIDEMANN: “Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S. L. Paulson”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, n.º 2 (Summer 1999), pp. 345-350. Posteriormente, e em resposta às duras críticas feitas por CARSTEN HEIDEMANN, STANLEY L. PAULSON veio, uma vez mais, dar o seu contributo ao debate, desta feita no artigo “Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen’s Legal Theory”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, n.º 2 (Summer 1999), pp. 351-364.

¹¹ STANLEY L. PAULSON, “Introduction”, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, p. xxiv, escreve “one of Kelsen’s central aims in the early phase – but not just there – is to establish legal science as a ‘normative’ discipline, by which he understands a discipline that is addressed to normative material and whose statements are formulated in normative language. And this aim makes sense of his effort to ‘construct’ the fundamental concepts of the law (...)”.

período temporal compreendido entre 1922 e 1960. Não obstante ser concebida como uma fase una, o autor defende que devem ser assinalados dois momentos distintos no interior da mesma; por um lado, entre 1922 e 1935 assistiu-se a um período neo-kantiano, por outro lado, entre 1935 e 1960 registou-se aquilo que Stanley L. Paulson designa de período híbrido.

A fase Céptica é o último momento de Kelsen, desenvolvendo-se, por conseguinte, a partir de 1960, e no âmago da qual é elaborada a *Teoria Geral das Normas*. Esta é, na perspectiva de Stanley L. Paulson¹², a fase que marca a ruptura com as doutrinas de Kant que haviam acompanhado Kelsen ao longo do seu percurso. Por outro lado, segundo este autor, Kelsen defende, neste seu último período, uma teoria do Direito voluntarista, ou seja, baseada na vontade.

Por sua vez, Carsten Heidemann¹³ conceptualiza a estruturação da obra de Hans Kelsen em quatro momentos, os quais designa de (i) Construtivista ou fase da obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslere* (ii) Transcendental ou Neo-Kantiana (iii) Realista (iv) Analítico-Linguística ou Linguística. A primeira época desenvolveu-se, segundo sustenta o autor, entre 1911, ano da tese de habilitação de Kelsen¹⁴, e 1915. Nesta fase inicial Kelsen estaria a proceder ao desenvolvimento da sua teoria, bem como dos seus conceitos, isto é, dedicou-se ao estabelecimento, ou noutras palavras, construção, da ciência legal como uma disciplina normativa.

A fase transcendental iniciou-se, por sua vez, em 1922¹⁵ e terminou em 1934, tendo sido durante esse período que foi publicada a primeira edição da *Teoria Pura do Direito*¹⁶. Ambos os autores em análise concordam que esta é uma das fases mais ricas e produtivas de Kelsen, tendo sido nesta época que o autor austríaco procura fundar as construções centrais da sua teoria em bases kantianas ou neo-kantianas.

A terceira fase é aquela que se inicia em 1935 e termina somente em 1962. A designação de realista funda-se no facto de, segundo Heidemann, ter sido,

¹² STANLEY L. PAULSON, *Ibidem*, p. xxvii.

¹³ V. STANLEY L. PAULSON, *Ibidem*. e CARSTEN HEIDEMANN, "The Creation of Normative Facts", in *Law and Philosophy*, n.º 19, 2000, pp. 263-281.

¹⁴ Com o título *Hauptprobleme der Staatsrechtslere*. A habilitação é o procedimento seguinte à obtenção do grau de Doutor, consistindo na elaboração de uma dissertação que será discutida pelo candidato perante um júri, cuja aprovação lhe permitirá assumir a função de Professor numa Universidade. É um requisito obrigatório para aceder ao cargo de Professor na Alemanha.

¹⁵ Entre 1916 e 1922 teria decorrido um período de transição.

¹⁶ Da qual consultámos a tradução inglesa: HANS KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Translated by BONNIE LITSCHIEWSKI PAULSON and STANLEY L. PAULSON, New York, Clarendon Press Oxford, 2002.

por volta de 1940, que sucedeu a ruptura mais radical na teoria, aquando do abandono por Kelsen da concepção de norma enquanto idêntica ao juízo hipotético da ciência jurídica, substituindo-a por uma concepção realista¹⁷.

A quarta e última fase, na perspectiva de Carsten Heidemann, arranca em 1962 e prolonga-se até ao final da vida de Kelsen, tendo o seu apogeu na elaboração da obra *Teoria Geral das Normas*.

b) *A última fase de Kelsen – pistas de reflexão sobre uma eventual ruptura ou continuidade na Teoria Geral das Normas*

Após diversos anos de dedicação à preparação e aperfeiçoamento da edição da sua *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen vocacionou a sua atenção para o estudo da teoria das normas, tomando como missão o estudo desta última. O livro que resultou deste seu trabalho é considerado como o expoente máximo das profundas mudanças e rupturas na teoria de Kelsen tal como era conhecida até àquela data¹⁸.

Neste sentido, há quem afirme que parte do interesse que a obra suscita está inegavelmente relacionado com a ruptura que estabelece em relação às, até então, doutrinas clássicas preconizadas pela *Teoria Pura do Direito*, as quais encontraram a sua expressão mais perfeita na segunda edição desta última obra, publicada em 1960¹⁹.

¹⁷ É expressivo CARSTEN HEIDEMANN quando afirma que a ruptura tem lugar quando “*when Kelsen abandons his neo-Kantian conception of the legal norm as being identical with the hypothetical judgment of legal science, and replaces it by a ‘realist’ conception according to which the knowledge independent norm is not created, but just reflected, described or descriptively reproduced in the judgments of legal science.*”, Cfr. “Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S. L. Paulson”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, n.º 2 (Summer 1999), p. 345. STANLEY L. PAULSON discorda veementemente desta opinião, argumentando que a única grande ruptura na linha de raciocínio de Hans Kelsen tem lugar, somente, na década de 1960, quando este último abandona os seus fundamentos kantianos em favor da adopção de uma nova linha de cepticismo. V. STANLEY L. PAULSON, “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 1 (Spring 1998), p. 156.

¹⁸ “*The book marks truly extraordinary changes in Kelsen’s theory.*” A afirmação é de STANLEY L. PAULSON, “Kelsen’s Legal Theory: the Final Round”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, n.º 2 (Summer 1992), p. 266.

¹⁹ Esta é a posição de STANLEY L. PAULSON, “El Periodo Posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o Continuidad?”, in *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 2 (1985), pp. 153.

Não obstante os diversos pontos nos quais a comunidade científica tem vindo a assinalar e a procurar aferir, na sequência da *Teoria Geral das Normas*, rupturas no pensamento *kelseniano*, no âmbito deste trabalho somente nos dedicaremos à análise de duas problemáticas: a mudança de estatuto da norma fundamental (*Grundnorm*) e a relação entre a lógica e o Direito, designadamente a aplicação dos princípios lógicos ao Direito.

Desenvolver-se-á, desta forma, um diálogo constante entre a segunda edição da *Teoria Pura do Direito* e a *Teoria Geral das Normas*, buscando, assim, traçar os caminhos da continuidade dos conceitos e ideias de Kelsen ou, pelo contrário, identificar os pontos em que se regista uma brecha ou ruptura no edifício que estrutura o pensamento *kelseniano*.

III – A Norma Fundamental de Kelsen

a) *A função da Grundnorm na segunda edição da Teoria Pura do Direito*

Hans Kelsen refere-se à sua norma fundamental (*Grundnorm*) logo no início da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*²⁰, apresentando-a, de forma sucinta, como o pressuposto fundante da validade objectiva de uma norma válida, indicando, desde logo, a sua função enquanto fundamento de validade de uma ordem normativa.

Contudo, só num momento mais avançado da obra é que Kelsen recupera a noção de norma fundamental, tomando como objecto a resposta a duas questões que reputa como fundamentais e indissociáveis, as quais formula do seguinte modo: “O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? (...) Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?”²¹. A resposta a ambas reside na figura da *Grundnorm* e na sua função, a qual está

²⁰ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.^a ed., 7.^a ed. da tradução portuguesa, tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Almedina, 2008, p. 9. Esta obra de KELSEN assume-se, logo na p. 1, como uma teoria do Direito positivo e tem por finalidade conhecer o seu próprio objecto, isto é, saber “o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”. A qualificação enquanto “pura” mais não significa que esta teoria procura excluir do seu âmbito todos os elementos estranhos ao seu objecto, tudo o que não seja Direito ou, nas palavras de KELSEN, “pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”. Cf. *op. cit.*, p.1.

²¹ *Ibidem*, p. 215.

intimamente ligada com a distinção clássica de Kelsen entre o ser (*sein*) e o dever-ser (*sollen*)²².

Em bom rigor, a questão da validade de uma norma, isto é, de saber o porquê de um determinado indivíduo se conduzir de acordo com o disposto numa norma, não pode encontrar a sua resposta num facto da ordem do ser²³⁻²⁴.

Pelo contrário, a validade de uma norma apenas pode resultar de outra norma, a qual designamos como hierarquicamente superior em relação àquela cuja validade fundamentou e que, nessa medida, surge como hierarquicamente inferior.

Contudo, o processo de fundamentação da validade de uma norma através de outra que lhe seja superior não pode prosseguir de modo infinito, sob pena de o exercício prático não obter qualquer resultado.

Kelsen introduz, deste modo, a ideia de que o processo tem de culminar numa norma que se *pressupõe* como a última e a mais elevada, a qual tem de ser *pressuposta* e não *posta*, pois que se assim não fosse não poderia ser caracterizada de última. Admitir que a *Grundnorm* fosse resultado de um acto de vontade de uma autoridade equivaleria a conceber que a competência desta autoridade legislativa teria a sua raiz numa norma ainda mais elevada, dando início, novamente, ao ciclo tautológico de busca pela norma última²⁵.

Por conseguinte, é a *Grundnorm* a fonte comum de validade das normas pertencentes a uma ordem normativa, ou seja, a resposta à primeira questão atrás colocada pode ser formulada da seguinte forma: uma determinada norma pode ser caracterizada como integrante de um determinado ordenamento jurídico quando o seu fundamento último de validade consistir na norma fundamental desta ordem. A *Grundnorm* apresenta-se, portanto, como o aglutinador comum da unidade de um determinado conjunto de normas.

Por outro lado, a normal fundamental assume ainda a função de fundamento de validade de uma ordem jurídica. Kelsen sustenta, efectivamente, na sua *Teoria*

²² Sobre entre o ser e o dever em Kelsen, V. Stanley L. Paulson, “La Distinción entre Hecho y Valor: La Doctrina de los Mundos y el Sentido Inmanente – Hans Kelsen como neokantiano”, in *DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 26, 2003, pp. 547-582.

²³ “Do facto de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do facto de algo deve ser se não pode seguir que algo é.”, V. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 215.

²⁴ “The reason of the validity of a norm can never be a fact, even not the act of will by which the norm is created; it can be only a norm, another, a higher norm”, Hans Kelsen, “On the Basic Norm”, in *California Law Review*, Vol. 47, n.º 1 (March 1959), p. 108.

²⁵ Hans Kelsen é particularmente claro quando afirma que “A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão.”, Cf. *Teoria Pura do Direito*, p. 216.

Pura do Direito que a validade de uma norma não deriva do seu conteúdo, isto é, “(...) uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta”²⁶.

Deste modo, o autor faz radicar o fundamento de validade, não no conteúdo das normas, mas na sua forma de criação. Tal concepção formalista da validade acarreta a conclusão necessária de que todo e qualquer conteúdo pode ser Direito, uma vez que a norma fundamental não reveste a natureza de uma norma material²⁷. Na verdade, considerando que a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo, a sua resposta à pergunta sobre o fundamento de validade de uma ordem jurídica nunca se poderia colocar da mesma forma que o faz a doutrina do Direito natural.

Desta forma, não se atenderá, assim, ao conteúdo axiológico das normas. Na verdade, “a norma fundamental determina tão-só o fundamento de validade, não o conteúdo de validade do direito positivo. Este fundamento de validade é completamente independente do conteúdo de validade”²⁸.

Em suma, a norma fundamental não surge, na Teoria Pura do Direito, como distinta do Direito positivo, “(...) ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade e, como tal, não tem qualquer carácter ético-político, mas apenas um carácter teórico-gnoseológico”²⁹.

Ao vincar como elemento essencial não o conteúdo, mas a forma de criação das normas, Kelsen pretende significar que uma determinada norma jurídica será válida se houver sido produzida de acordo com a norma fundamental, a qual não é uma norma posta, mas pressuposta pelo pensamento jurídico.

²⁶ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 220.

²⁷ É neste ponto que o Direito positivo se afasta da doutrina do Direito natural, pois esta última, à pergunta de saber o porquê da validade do Direito positivo, dá uma resposta absoluta, no sentido em que defende que uma determinada ordem jurídica vale na medida em que o seu conteúdo encontre correspondência no Direito natural. Isto equivale a afirmar que não existindo uma correspondência entre o conteúdo de ambas as ordens, o Direito positivo já não será válido. Em suma, a teoria do Direito natural encontra o fundamento para a validade do Direito positivo no seu conteúdo: “O direito positivo é válido porque tem um determinado conteúdo e, por isso mesmo, é justo; não é válido porque tem o conteúdo oposto e, por isso mesmo, é injusto.”, HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, Tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Almedina, 2001, p.151.

²⁸ HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, Tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Almedina, 2001, p. 152. Acrescenta ainda o autor no mesmo local que “A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça”.

²⁹ *Idem*, p. 153.

De facto, quando se questiona o fundamento da validade de uma ordem jurídico-positiva e, nessa medida, o fundamento da sua Constituição estadual, o processo levar-nos-á até à primeira Constituição histórica, na medida em que cada uma delas fundará a sua validade na anterior, o que sucederá até encontrarmos a primeira Constituição histórica, a qual não pode fazer derivar a sua validade de uma outra anterior.

Por conseguinte, a primeira Constituição histórica não pode buscar a sua validade numa norma superior positivada, pelo que temos que considerar que a origem da mesma “(...) *tem que ser pressuposta para que seja possível interpretar os actos postos em conformidade com ela (...)*”³⁰. Ora, considerando a impossibilidade de fundar a validade de uma norma num facto da ordem do ser, esta pressuposição tem de revestir a natureza de norma: uma norma pressuposta e não positivada ou posta³¹⁻³²⁻³³⁻³⁴.

b) *A Grundnorm como pressuposição lógico-transcendental*

A *Grundnorm* é uma norma pressuposta e não uma norma posta por uma autoridade jurídica. Nas palavras de Kelsen, a norma fundamental é “(...) *uma*

³⁰ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 223.

³¹ STANLEY L. PAULSON, “La Alternativa Kantiana de Kelsen: Una Critica”, in *DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 9 (1991), p. 177 escreve o seguinte: “Desde su punto de vista, la validez de una norma jurídica se establece en referencia a la apropiada norma de nivel superior, cuya propia validez se establece, sucesivamente, hasta que se alcanza la norma de nivel más alto en el sistema jurídico, el nivel de la constitución. Más allá del nivel constitucional, no puede haber más referencias. Una referencia a un nivel todavía más alto de normas de Derecho positivo se excluye ex hypothesi. Y una referencia a algún tipo de hecho está cerrada por la fuerte y firme distinción entre “es” y “debe”, como reflejo del dualismo metodológico. Una tercera vía de referencia, la de la moral, está cerrada por la tesis de la separación. (...) A falta de ninguna otra referencia, se asume su validez. Y la asunción toma la forma de la norma fundamental.”

³² A primeira Constituição histórica apresenta-se, assim, como Constituição no sentido jurídico-positivo, a norma que a valida é a Constituição no sentido lógico-jurídico. Cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 221.

³³ Segundo LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição – Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 498-499, a norma fundamental surge em KELSEN como “(...) *sendo estruturalmente uma ‘norma autorizadora’*” e que “*verdadeiramente nada mais significa do que uma pressuposta norma em branco de competência constituinte.*”

³⁴ STANLEY L. PAULSON, “La Alternativa Kantiana de Kelsen: Una Critica”, in *DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 9 (1991), p.177, escreve o seguinte: “(...) *la referencia a la norma fundamental claramente utiliza un razonamiento circular. Ya que si el problema es porque las normas del nivel más alto son válidas, y luego simplemente se asume que son válidas, nos coloca de nuevo ante el mismo problema.*”

norma que é pressuposta sempre que o sentido subjectivo dos factos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objectivo"³⁵.

Qual a natureza desta norma fundamental da qual resultam a unidade e a validade (³⁶) de um ordenamento jurídico? Em primeiro lugar, devemos referir que a pressuposição da norma fundamental não se realiza de forma arbitrária, na medida em que aquela tem sempre por referência uma Constituição³⁷ determinada, estabelecida e eficaz. Em bom rigor, não assiste a quem pressupõe a norma fundamental a possibilidade de escolher entre diferentes normas fundamentais aquando da interpretação do sentido subjectivo do acto constituinte e das normas jurídicas objectivamente válidas como sendo o seu sentido objectivo. Por outro lado, segundo Kelsen, na pressuposição da norma fundamental não há lugar à afirmação de qualquer conteúdo axiológico e transcendente ao Direito positivo.

A apresentação da *Grundnorm* como condição lógico-transcendental³⁸ da interpretação do sentido subjectivo do facto constituinte e dos factos positivados em conformidade com a sua Constituição, como o seu sentido objectivo, resulta de uma analogia com um conceito da teoria do conhecimento de Kant³⁹⁻⁴⁰.

³⁵ *Idem*, p. 223.

³⁶ CARLOS SANTIAGO NINO, "Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity", in *ARSP – Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXIV/4 (1978), pp. 357-377, apresenta uma reflexão profunda e bastante interessante sobre o conceito de validade na teoria de Kelsen. De acordo com o autor, o conceito de validade de Kelsen tem sido objecto de equívocos ao nível da sua interpretação, nomeadamente pelo facto de "[t]he current assumption is that Kelsen's notion of validity is primarily related to issues such as those of the identity of a legal system, the membership of particular norms to it, the internal consistency of the system, and that, consequently, it has no affinity with the idea of validity prevailing in traditional legal philosophy, which was mainly connected with the justification of the law."

³⁷ O termo é aquilo utilizado em sentido jurídico-positivo.

³⁸ JOSÉ LAMEGO, "A Argumentação Transcendental em Kelsen", AAVV, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 348 contribui para o esclarecimento da ideia, afirmando que "Na doutrina da norma fundamental (*Grundnorm*) hipotética condensa-se a resposta à tarefa transcendental da Teoria Pura do Direito, tarefa que Kelsen resumia na questão "Como é possível o Direito positivo como objecto de conhecimento, como objecto de uma ciência jurídica, e, bem assim: como é esta possível?".

³⁹ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 225.

⁴⁰ Kelsen assume de forma expressa a ligação da *Teoria Pura do Direito* à interpretação neo-kantiana de Kant numa carta que escreve a Renato Treves em 3 de Agosto de 1933. Na missiva enviada pode ler-se "Il est absolument vrai que le fondement philosophique de la Théorie Pure du Droit repose sur le philosophie kantienne ou, plus précisément, sur l'interprétation cohenienne de sa philosophie", Cf. HANS KELSEN, "Renato Treves – Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne", in *Droit et*

O objectivo do autor quanto a esta analogia passava pela reposta à seguinte questão: “*como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas como Deus ou a natureza, do sentido subjectivo de certos factos como um sistema de normas jurídicas objectivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?*”⁴¹. A resposta, de acordo com Kelsen, repousa, necessariamente, na pressuposição da norma fundamental, segundo a qual devemos conduzir o nosso comportamento nos termos consagrados na Constituição⁴².

Consequentemente, a função da *Grundnorm* é fundamentar a validade objectiva de uma ordem jurídica positiva, o que equivale a afirmar que somente a sua pressuposição permite conferir um sentido objectivo à interpretação dos actos de vontade humanos que positivam as normas⁴³.

Kelsen sustenta na sua *Teoria Pura do Direito* que é através de um processo silogístico que se realiza a fundamentação da validade de uma norma positiva que tem por objecto a prescrição de uma conduta. De acordo com o autor o silogismo constrói-se do seguinte modo:

Premissa Maior: Afirmação de uma norma que é considerada como objectivamente válida por força da qual devemos obedecer aos comandos de determinada pessoa;

Premissa Menor: Afirmação do facto de que essa pessoa ordenou que agíssemos de determinado modo;

Conclusão: Afirmação da validade da norma que nos de que devemos agir de determinado modo.

Société, n.7 (hiver 1987), p. 334. O mesmo texto encontra-se disponível, desta feita na versão inglesa, em HANS KELSEN, “The Pure Theory of Law, “Labandism” and Neo-Kantianism. A letter to Renato Treves”, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Ed. STANLEY L. PAULSON AND BONNIE LITSCHESKI PAULSON, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 169–175.

⁴¹ *Idem*, p. 225.

⁴² JOSÉ LAMEGO escreve em “A Argumentação Transcendental em Kelsen”, p. 348, o seguinte: “A norma fundamental (*Grundnorm*) hipotética tem em termos epistemológicos o estatuto de uma pressuposição lógico-transcendental. A qualidade transcendental da norma fundamental (*Grundnorm*) traduz-se no seu carácter constitutivo do Direito como *dever-ser* (*Sollen*). É por via da pressuposição da norma fundamental (*Grundnorm*) hipotética que é possível determinar o sentido objectivo de um “querer” (*Wollen*) como um “dever-ser (*Sollen*)”.

⁴³ “Dado que – como se mostrou – a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica.”, Cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 247.

Por conseguinte, decorre deste silogismo que a norma apresentada na premissa maior desempenha a função de validação da norma que, por sua vez, surge na premissa menor⁴⁴.

c) *A Grundnorm na Teoria Geral das Normas*

Ao contrário do que sucede na segunda edição da sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen apenas aborda a problemática da norma fundamental quase na parte final da sua obra póstuma, *Teoria Geral das Normas*⁴⁵.

Traçando, uma vez mais e à semelhança do que fez na sua obra anterior, o trilho que leva à validação de uma norma através de outra norma que se apresenta como hierarquicamente superior, Kelsen chega à figura da última Constituição jurídico-positiva da história, afirmando a propósito da mesma o seguinte: “*If this is the historically first constitution and one asks why the subjective meaning of the constitution-granting act is also its objective meaning (i.e. is a valid norm), or in other words, what is the reason for the validity of this norm, the answer is: Because as a jurist one presupposes that one is to behave as the historically first constitution prescribes. This is a Basic Norm. This Basic Norm empowers the individual or individuals who posited the historically first constitution to posit the norms which represent the historically first constitution*”⁴⁶.

A doutrina da norma fundamental enquanto norma última e acerca da qual nada pode ser questionado sobre a sua validade, porquanto esta é uma norma

⁴⁴ STANLEY L. PAULSON dedica largas páginas à análise do recurso aos argumentos transcendentais de KANT na obra *Teoria Pura do Direito*, nas quais se foca quer na versão regressiva, quer na versão progressiva do argumento. Cf. STANLEY L. PAULSON, “La Normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d’arguments transcendants?”, in *Droit et société*, n.7(hiver1987), p. 349-370, STANLEY L. PAULSON, “La Alternativa Kantiana de Kelsen: Una Crítica”, in *DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 9 (1991), pp. 173-187, STANLEY L. PAULSON, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, n.º 3 (1992), pp. 311-332, também publicado em *Legal Positivism*, Ed. Tom D. Campbell, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1999, pp. 439-460 e, por último, STANLEY L. PAULSON, “On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen’s Basic Norm”, in *Ratio Juris*, vol. 13, n.º 3, (September 2000), pp. 279-293, especialmente pp. 285 e ss.

⁴⁵ A primeira e única referência à figura da *Grundnorm* surge somente no Capítulo 59, a propósito da norma fundamental como fundamento último da validade de uma ordem normativa.

⁴⁶ HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, Eds. KURT RINGHOFER and ROBERT WALTER, Translated by MICHAEL HARTNEY, New York, Clarendon Press Oxford, 1991, p. 255.

pressuposta e não uma norma positivada, continua a marcar presença na construção conceptual de Kelsen.

O autor volta a afirmar a função de legitimação da sua *Grundnorm* enquanto fundamento de validade e de unidade de uma ordem jurídica, sendo categórico quando escreve que aquela representa a razão última para a validade de todas as normas jurídicas que compõem a ordem jurídica⁴⁷.

O autor esclarece, em seguida, que a pressuposição da norma fundamental apenas tem de ter lugar quando se pretenda interpretar o sentido subjectivo do acto de vontade que se dirige ao comportamento de alguém como sendo o seu sentido objectivo, isto é, enquanto uma norma válida.

Este é o significado da afirmação de Kelsen quando declara que “[t]he Basic Norm can be presupposed, but it need not be”⁴⁸, o que conduz, necessariamente, à seguinte conclusão: a interpretação de uma norma como objectivamente válida está subordinada à pressuposição da norma fundamental, sendo esta última a condição *sine qua non* da validade das normas integrantes do ordenamento jurídico⁴⁹.

Kelsen mantém, desde modo, a mesma linha de raciocínio que havia expressado previamente na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, na qual afirmou, a propósito da pressuposição da *Grundnorm*⁵⁰, que “(...) [s]omente quando presuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada – é que podemos interpretar o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objectivamente válidas (...)”⁵¹⁻⁵².

⁴⁷ Cf. HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, p. 255.

⁴⁸ *Idem*, p. 256.

⁴⁹ Posteriormente, na p. 247 da *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., lê-se o seguinte: “[e]lla descreve o Direito positivo, quer dizer, toda a ordem de coerção globalmente eficaz, como ordem normativa objectivamente válida, e constata que esta interpretação somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o seu sentido subjectivo dos actos criadores de Direito é também o seu sentido objectivo. Portanto, caracteriza esta interpretação como uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objectiva do Direito positivo como uma validade apenas relativa ou condicionada: condicionada pela pressuposição da norma fundamental.”

⁵⁰ Sobre a uma outra perspectiva na pressuposição da norma fundamental, Cf. UTA BINDREITER, “Presupposing the Basic Norm”, in *Ratio Juris*, vol. 14, n.º 2 (June 2001), pp. 143-175.

⁵¹ V. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 224.

⁵² A manutenção da ideia de uma interpretação condicionada à pressuposição da norma fundamental é ainda expressamente afirmada por KELSEN na década de 1960: “[i]t is not necessary to presuppose the basic norm, that only if we presuppose it can we consider a coercive order which is by and large effective as a system of objectively valid norms. Consequently, the Foundation of the objective validity of the legal norms is

Não obstante se mantenha inteiramente fiel à sua concepção da *Grundnorm* enquanto razão última da validação de um ordenamento jurídico⁵³, Kelsen altera, na sua obra póstuma, a forma pela quando apresenta e concebe a sua norma fundamental⁵⁴. Neste momento, a *Grundnorm* já não é explicitada, tal como acontecia na *Teoria Pura do Direito*, enquanto pressuposição lógico-transcendental, no sentido da tradição neo-kantiana, mas, sim, enquanto norma ficcionada, ou seja, uma ficção jurídica no sentido de Hans Vaihinger⁵⁵.

De acordo com Kelsen, a norma fundamental de uma *ordem jurídica* não é uma norma positiva, mas uma meramente uma norma pensada (isto é, uma norma fictícia), o significado de um acto de vontade fictício e não real⁵⁶. Considera o autor que esta nova concepção da *Grundnorm* é mais consentânea com a função desta última a qual apenas pode ser preenchida com recurso à utilização de uma ficção, na medida em que “[t]he cognitive goal of the Basic Norm is to ground the

conditional, conditioned by the presupposition of the basic norm.”, Cf. HANS KELSEN, “Reply to Professor Stone”, in *Stanford Law Review*, vol. 17 (July 1965), p. 1143.

⁵³ Num artigo de Julho de 1965 (e, portanto, situado já sua última fase) KELSEN, em resposta às críticas do PROFESSOR JULIUS STONE, escreve o seguinte: “[i]t is as a norm presupposed in juristic thinking that the basic norm (if it is presupposed) is ‘at the top of the pyramid of norms of each legal order’. It is ‘meta-legal’ if by this term is understood that the basic norm is not a norm of positive law, that is, not a norm created by a real act of will of a legal organ. It is legal if by this term we understand everything which has legally relevant functions, and the basic norm presupposed in juristic thinking has the function to found the objective validity of the subjective meaning of the acts by which the constitution of a community is created.”, HANS KELSEN, “Reply to Professor Stone”, in *Stanford Law Review*, vol. 17 (July 1965), p. 1141. Ainda no mesmo artigo, mas já na p. 1143, KELSEN, dedicando-se à explicitação da função da norma fundamental, escreve o seguinte: “[t]he function of the basic norm is – as I have frequently said – to make it possible to consider the subjective meaning of the law-creating acts – which is an ‘ought’ – as their objective meaning, and thus as objective meaning, and thus as objectively valid norms”.

⁵⁴ Em bom rigor, KELSEN já havia indiciado uma mudança no que respeita à formulação da sua *Grundnorm* num artigo de 1964, intitulado “The Function of a Constitution”, quando afirma que “(...) along with the basic norm, presupposed in thought, one must also think of an imaginary authority whose (figmentary) act of will has the basic norm as its meaning”, V. HANS KELSEN, “The Function of the Constitution”, Translation by I. STEWART, in *Essays on Kelsen*, Eds. RICHARD TUR and WILLIAM TWINING, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 112. Por outro lado, o autor assume de forma expressa, também neste artigo, a adopção da figura da ficção, no sentido da filosofia de VAHINGER, como nova formulação da *Grundnorm*.

⁵⁵ HANS VAHINGER, *The Philosophy of ‘As If’ – A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, Translated by C. K. OGDEN, New York, Harcourt, Brace and Company, 1925

⁵⁶ “[T]he Basic Norm of a positive moral or legal system is not a positive norm, but a merely thought norm (i.e, a fictitious norm), the meaning of a merely fictitious, and not a real, act of will.”, HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, p. 256.

*validity of the norms forming a positive moral or legal order, that is, to interpret the subjective meaning of the norm positing acts as their objective meaning (i.e. as valid norms) and to interpret the relevant acts as norm-positing acts*⁵⁷.

Segundo Vaihinger, as ficções são estruturas mentais⁵⁸ e reúnem um conjunto muito específico de características que permite distingui-las de meras hipóteses⁵⁹. Por um lado, uma ficção contraria não só a realidade, bem como se auto-contraria, na medida em que assume algo que não existe e que não é verdadeiramente⁶⁰.

Por outro lado, a ficção é conscientemente fictícia, na medida em que é sempre entendida de forma expressa enquanto uma estrutura de pensamento sem efectiva base real, existindo “(...) *the express awareness that the fiction is just a fiction, in other words, the consciousness of its fictional nature and the absence of any claim to actuality*”⁶¹.

Um outro traço incontornável na qualificação das ficções é a sua finalidade: são meios tendentes à obtenção de um determinado fim, o que significa que são um expediente, um recurso com vista a alcançar um resultado⁶².

Ora, Kelsen assume de forma expressa que a sua *Grundnorm* é uma ficção jurídica no sentido que é dado a este termo na filosofia de Vaihinger, na medida em que a norma fundamental apresenta exactamente as características que lhe permitem ser reconduzida àquela figura.

Sustenta o autor que a pressuposição da *Grundnorm* encerra uma contradição com a realidade em si mesma, dado que não existe, efectivamente, uma qualquer norma que consubstancie o significado de um acto de vontade real. Simultaneamente, a norma fundamental entra em auto-contradição, uma vez que resulta da atribuição de uma competência a uma entidade, jurídica ou moral, ainda mais elevada do que a própria *Grundnorm*. Kelsen afirma, desta forma, que a sua norma fundamental resultaria de uma autoridade suprema fictícia, a qual estaria no topo da hierarquia normativa, sendo mais elevada que a norma fundamental, a qual não poderia ser a norma última.

⁵⁷ *Idem*, p. 256.

⁵⁸ HANS VAIHINGER, *The Philosophy of 'As If'*, p. 12.

⁵⁹ *Idem*, pp. 95 e ss. Quanto à contraposição com a figura da hipótese, Cf. pp. 85-90.

⁶⁰ “*Ideational constructs are in the strict sense of the term real fictions when they are not only in contradiction with reality but self-contradictory in themselves*”, *Ibidem*, p. 16.

⁶¹ *Ibidem*, p. 98.

⁶² Na versão inglesa da obra pode ler-se o seguinte: “[a] further essential character of fictions, i.e. of scientific fictions, is that they are means to a definite end, in other words that they are expedient. Where there is no expedient the fiction is unscientific.”, HANS VAIHINGER, *op. cit.*, p. 99.

A diferente formulação do estatuto da *Grundnorm* na obra póstuma de Kelsen desencadeou a ideia da existência de uma ruptura profunda no que à teoria da norma fundamental diz respeito, levando, igualmente, a afirmações sobre uma eventual desestabilização do edifício conceptual no qual se havia fundado a segunda edição da *Teoria Pura do Direito*⁶³.

A crítica generalizada quanto a esta última fase de Kelsen apoia-se no abandono por parte do autor das suas, até então, clássicas bases neo-kantianas, segundo as quais havia, ao longo de décadas, explicado a figura da norma fundamental com recurso à ideia de pressuposição lógico-transcendental.

Esta fundamentação de matriz neo-kantiana terá sido, assim, preterida em função da ideia de ficção de Vaihinger⁶⁴, implicando, segundo a visão de Stanley L. Paulson, que o conteúdo do Direito seja entendido como irredutivelmente normativo e que, por conseguinte, a tese da normatividade, na qual se afirmaria o carácter irredutivelmente normativo do Direito não seria passível de continuar a ser defendida⁶⁵. Esta mudança é, quase unanimemente, entendida como profunda e significativa⁶⁶.

Efectivamente, na sua obra póstuma, e seguindo um caminho que havia começado a desenvolver em artigos anteriores, Hans Kelsen vem operar um afastamento significativo quer em relação às bases filosóficas nas quais se apoiava o edifício conceptual da *Teoria Pura do Direito*, quer no que concerne à sua doutrina da *Grundnorm*.

Kelsen apresenta a *Grundnorm* enquanto norma fictícia, ou seja, uma ficção no sentido de Vaihinger, rejeitando a sua fundamentação como pressuposi-

⁶³ Cf. neste sentido e a título exemplificativo, STANLEY L. PAULSON, “Kelsen’s Legal Theory: the Final Round”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, n.º 2 (Summer 1992) e, do mesmo autor, “Hans Kelsen et Les Fictions Juridiques”, in *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.º 21 (1995), pp. 65-81, especialmente nas pp. 75 e ss.

⁶⁴ Esta é a opinião propugnada por STANLEY L. PAULSON “Hans Kelsen et Les Fictions Juridiques”, in *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.º 21 (1995), p. 79.

⁶⁵ Nas palavras de STANLEY L. PAULSON, Kelsen’s Legal Theory: the Final Round”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, n.º 2 (Summer 1992), p. 270: “[b]y means of the basic norm, now a fictitious construct of Kelsen’s, one can proceed as though the material of law were irreducibly normative. That is, the fictitious character of the basic norm amounts to a concession that the normativity thesis is not defensible, and the result is the overturning of the Pure Theory of Law as we know it from Kelsen’s classic period.”

⁶⁶ STANLEY L. PAULSON, “El Periodo Posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o Continuidad?”, in *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 2 (1985), p. 157, destaca de forma expressa o abandono por parte de Kelsen dos seus pressupostos neo-kantianos. MARTIN P. GOLDING, “Hans Kelsen General Theory of Norms – Michael Hartney Translation – Review”, in *Ethics* (July 1993), p. 827, afirma de forma peremptória que “If this is Kelsen’s final view, General Theory of Norms represents the swan song of his pure theory of law”.

ção lógico-transcendental, o que implica um afastamento dos seus pressupostos filosóficos de natureza neo-kantiana.

Ora, a concepção da norma fundamental enquanto ficção não tem quaisquer implicações no que respeita à função que o autor lhe consagra: a *Grundnorm* continua a ser a pedra de toque da teoria *kelseniana* e mantém a sua função de legitimação e validação de uma determinada ordem jurídica. Apenas com recurso à norma fundamental será possível, de acordo com a posição de Kelsen, interpretar o sentido subjectivo de um acto de vontade como o seu sentido objectivo, isto é, como uma norma objectivamente válida. Este é um ponto assente e sobre o qual não é possível afirmar que exista mudança e, menos ainda, uma ruptura.

Contudo, a *Teoria Geral das Normas* marca aquele que parece ser⁶⁷ um corte epistemológico profundo no que concerne à natureza e concepção da *Grundnorm*.

De facto, na *Teoria Pura do Direito* a norma fundamental é pensada como uma norma pressuposta e não como uma norma positiva, seria assim a norma última à luz da qual seria possível interpretar o acto subjectivo que levou à criação da primeira Constituição histórica como o seu significado objectivo, isto é, como uma norma válida.

Sucedo, porém, que, na *Teoria Geral das Normas*, durante o processo de caracterização da *Grundnorm* como ficção, Kelsen afirma que a mesma encerra uma contradição interna, na medida em que a própria *Grundnorm*, aquela cuja caracterização como norma última, resultaria da atribuição de uma competência a uma entidade jurídica ou moral, ainda mais elevada do que a própria *Grundnorm*. Nas palavras do autor “(...) is also self-contradictory, since it represents the empowering of an ultimate moral or legal authority – even higher than this one”⁶⁸.

Por conseguinte, a norma fundamental não poderia ser a norma última, pois que sobre ela existira uma entidade hierarquicamente superior que a havia produzido através de um acto de vontade, o qual apenas poderia ser objectivamente interpretado se existisse uma norma superior que o permitisse e assim sucessivamente. Isto significa que Kelsen, ao reformular a apresentação da *Grundnorm*, reabriu a verdadeira caixa de Pandora a que, anos antes, havia

⁶⁷ Atendendo ao facto de ser uma obra inacabada, uma vez que o autor faleceu antes de terminá-la, e, por outro lado, não ter sido objecto de uma análise tão cuidada quanto foi a *Teoria Pura do Direito* na sua segunda edição, afirmar de forma irredutível que o autor pretendeu operar uma ruptura pode ser arriscado, pois não pode existir uma certeza quanto a esse aspecto. Assim, as críticas que aqui forem apresentadas devem considerar-se exactamente como críticas e não pretensões de verdade.

⁶⁸ HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, p. 256.

tentado colocar um fim: a busca interminável da validade de uma norma através de uma norma superior.

Em suma, ao admitir que a norma fundamental *é uma norma ficcionada e que pressupõe um acto de vontade fictício que põe esta norma*⁶⁹, Kelsen nega a possibilidade de designar a Grundnorm como a norma última, privando-a da sua própria essência.

No entanto, esta ruptura não surge de uma forma gratuita, mas, sim, como coerente com a própria construção da obra *Teoria Geral das Normas*, a qual regista uma mudança de perspectiva por parte de Kelsen, que abandona o plano lógico-transcendental da sua teoria, para adoptar uma visão mais empirista⁷⁰.

Por outro lado, consideramos que a própria definição de norma dada por Kelsen em a *Teoria Geral das Normas* forçou, em articulação com a doutrina da *Teoria Pura do Direito* de acordo com a qual a validade de uma norma apenas pode resultar de outra norma, a modificação na apresentação da Grundnorm. Ou seja, Kelsen, ao contrário do que defendeu na sua *Teoria Pura do Direito*⁷¹, afirma agora que uma norma é o significado de um acto de vontade⁷², o que liga indissociavelmente a norma à existência de um acto de vontade.

Por conseguinte, uma norma meramente pensada e não positivada, isto é, uma norma pressuposta nos termos em que era apresentada na *Teoria Pura do*

⁶⁹ *“Meine Grundnorm ist eine fiktive Norm, die einen fiktiven Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt.”*, são as próprias palavras de HANS KELSEN, “Diskussionen”, in *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Band XIII, Heft 1- 2, p. 120.

⁷⁰ Tal como afirma JOSÉ LAMEGO, “A Teoria Pura do Direito entre o Logicismo e o Voluntarismo”, in AAVV, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2012, p. 130: “[e]sta matriz orientadora acaba por ser perturbada pela acentuação (mormente, no período subsequente a 1960) de elementos voluntaristas e empiristas na teoria kelseniana, de tal modo que a fase final da investigação de Kelsen, documentada, sobretudo, na obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, indicia uma verdadeira desarticulação da base filosófica da *Teoria Pura do Direito*.” Continua o autor, na p. 131, dizendo que: “[a] razão fundamental das tensões no edifício conceptual da *Teoria Pura do Direito* e do abandono do logicismo na fase derradeira de Kelsen reside no facto de que Kelsen vai adequando progressivamente a *Teoria Pura do Direito* à descrição do Direito como sistema normativo dinâmico, isto é, à “reconstrução” do Direito como sistema de reações entre atos de vontade condicionados.”

⁷¹ Nesta obra uma norma era apresentada do seguinte modo: “[c]om o termo norma quer-se significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.” ou então “(.) como o sentido específico de um acto intencional dirigido à conduta de alguém”, Cf. HANS KELSEN, *A Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 4.

⁷² KELSEN afirma na sua obra: “[w]hen it refers to a prescription or command, the word “norm” means that something is to be or is to happen. (...) The act of whose meaning is that something is commanded or prescribed is an act of will (...) The Ought – the norm – is the meaning of a willing or an act of will (...)”, Cf. *General Theory of Norms*, p. 2.

Direito não consubstanciava uma verdadeira norma, dado que lhe faltava esse novo elemento essencial: a existência de um acto de vontade. Com vista a ultrapassar este obstáculo, o autor vem sustentar o seguinte: “[a] merely thought norm is the meaning of a fictitious act of will, unlike a positive norm, which is the meaning of a real act of will. In general terms: No Ought without a will (even if it is only fictitious)”⁷³.

É esta necessidade de superar as dificuldades iminentes ao edifício teórico propugnado por Kelsen que justifica a nova formulação da norma fundamental, buscando, simultaneamente, o reforço conceptual das bases da teoria. Assim, admitindo que a *Grundnorm* se caracteriza como o significado de um acto de vontade fictício, Kelsen afasta essa fragilidade da sua teoria, trazendo para a equação o elemento que faltava.

Contudo, esta construção abre a porta a todo um conjunto de dificuldades, desde logo, a que já tivemos oportunidade de referir: partilhando a *Grundnorm* com uma norma positiva o facto de ser o significado subjectivo de um acto de vontade (ainda que fictício) de uma entidade hierarquicamente superior, a conclusão necessária é, no seguimento da teoria de Kelsen⁷⁴ que existe uma outra norma hierarquicamente superior de acordo com a qual podemos interpretar objectivamente o significado da *Grundnorm* enquanto norma objectivamente válida, iniciando, desta forma, uma espiral interminável de busca pelo fundamento de validade da norma.

IV – A relação entre o Direito e a Lógica

a) *A Lógica e a Teoria Pura do Direito*

O interesse de Kelsen pela relação entre a lógica e o Direito pode classificar-se como tardio, de tal modo que na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* esta temática foi abordada de forma breve⁷⁵.

Na sua obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen apresenta o seguinte raciocínio: uma vez que as normas jurídicas enquanto prescrições não podem ser objecto de um juízo de verdade ou falsidade, ou seja, não podem ser verdadeiras nem

⁷³ HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, p. 6.

⁷⁴ De acordo com a qual uma norma pressupõe sempre uma outra superior na qual possa fundar a sua validade.

⁷⁵ Neste sentido, JOSÉ LAMEGO, “A Teoria Pura do Direito entre o Logicismo e o Voluntarismo”, p. 138.

falsas, em que medida é possível aplicar-lhes princípios lógicos, nomeadamente o princípio da não-contradição e as regras da concludência?⁷⁶

A resposta dada pelo autor toma a seguinte forma “(...) os princípios lógicos podem ser – se não directa, indirectamente – aplicados às normas jurídicas na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas”, o autor continua e afirma ainda que “[d]uas normas jurídicas contradizem-se, e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas, quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições lógicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico.”⁷⁷

Deste modo, é inequívoco que, nesta sua obra, Kelsen admite que os princípios lógicos, sobretudo o que determina a não contradição, têm aplicação às normas jurídicas, ainda que de forma indirecta e pela mão das proposições jurídicas que descrevem as normas de Direito, no sentido em que estas últimas são passíveis, sem sombra de dúvida, de ser objecto de juízos de verdade ou falsidade.

Uma outra temática analisada a propósito da relação entre o Direito e a lógica tem que ver com a possibilidade da existência de conflitos de normas. Segundo defende Kelsen, “[d]izer ao mesmo tempo que A deve ser e que não deve ser é tão sem sentido como dizer ao mesmo tempo A é não é. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo sem sentido”⁷⁸.

Por conseguinte, o autor considera que qualquer conflito de normas que venha a surgir pode e será, em princípio, resolvido. Desta forma, quando o conflito tenha como intervenientes normas de escalões diferentes⁷⁹ será sanado com recurso à doutrina da construção escalonada do ordenamento jurídico (*Stufenbaulehre*), o que significa que se estiverem em confronto normas gerais, produzidas pelo mesmo órgão em momentos diferentes, terá aplicação o prin-

⁷⁶ Cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 86.

⁷⁷ *Idem*, pp. 86-87.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 231.

⁷⁹ Socorremo-nos neste ponto na doutrina da *Stufenbaulehre* concebida por ADOLF MERKEL e seguida por HANS KELSEN, segundo a qual uma ordem jurídica é uma construção escalonada de normas organizadas hierarquicamente, no sentido em que a norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior. Quanto a este assunto, V. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 232 e pp. 250 e ss., bem como STANLEY L. PAULSON, “On the Implications of Kelsen’s Doctrine of Hierarchical Structure”, in *The Liverpool Law Review*, vol. XVIII (I) (1996), pp. 49-62. Nos casos em que o conflito ocorra entre uma norma de escalão superior e uma de escalão inferior, o autor entende que não se verifica qualquer conflito, uma vez que a primeira é o fundamento da validade da segunda, pelo que esta tem necessariamente que estar conforme com a anterior.

cípio lógico segundo o qual *lex posterior derogat priori*. Nos casos em que ambas as normas tenham sido postas ao mesmo tempo e não seja possível qualquer outra interpretação, “(...) o legislador prescreve algo sem sentido (...) e, portanto, algo que não é sequer um acto cujo sentido subjectivo possa ser interpretado como seu sentido objectivo”⁸⁰, o que equivale a afirmar que não estamos na presença de uma norma válida, o que impossibilita a própria existência do conflito.

b) *A Lógica na Teoria Geral das Normas*

No decurso da década de 1960, Kelsen desenvolveu um interesse crescente no que respeita às relações entre o Direito e a lógica, tornando-se este um dos seus principais pontos de interesse⁸¹.

Com efeito, no ano de 1965 o autor desenvolve uma troca de correspondência com Ulrich Klug⁸² com o objectivo de obter uma resposta à seguinte questão: “[l]as reglas de la Lógica, ¿se aplican en su opinión al Derecho considerado como conjunto de normas, a la Ciencia Jurídica como conocimiento de ese objeto o ambas? Si se aplican al Derecho, es decir, a normas (...) que no pueden ser ni verdaderas ni falsas, surge la cuestión de cómo es posible esto si los principios de la Lógica son aplicables sólo a proposiciones (juicios), que pueden ser verdaderos o falsos.”⁸³

Este interesse encontra a sua expressão máxima na sua obra póstuma, na qual o autor dedica, aproximadamente, metade do livro à análise da problemática da aplicação dos princípios lógicos às normas jurídicas.

Não obstante, este novo interesse de Kelsen não se desenvolve em consonância com o edifício conceptual da sua *Teoria Pura do Direito*, sendo palco de profundas rupturas e diferenças, dando origem ao que Ota Weinberger designou de “irracionalismo normativo”⁸⁴.

⁸⁰ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 232.

⁸¹ O foco da atenção de KELSEN é descrito pelo próprio da seguinte forma: “[t]he following inquiry concerns the question whether certain principles of so-called bivalent (true-false) logic, specifically the principle of contradiction and the rules of inference, are applicable to norms of morality and law. (...) The question is not whether these principles are in fact applied to norms – and to legal norms in particular – or whether their application is desirable or not from the point of view of legal politics.”, HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, p. 189.

⁸² A qual consultámos na versão castelhana: HANS KELSEN E ULRICH KLUG, *Normas Jurídicas y Análisis Lógico*, Traducción de JUAN CARLOS GARDELLA, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

⁸³ *Idem*, p. 29.

⁸⁴ EUGENIO BULYGIN, “Norms and Logic – Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms”, in *Law and Philosophy*, n.º 4 (1985), p. 145 escreve o seguinte: “Weinberger’s approach to this late state

Kelsen, na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, admitia de forma expressa que os princípios lógicos eram susceptíveis de aplicação às normas jurídicas, ainda que de forma indirecta, ou seja, através das proposições jurídicas – as quais são susceptíveis de juízos de verdade e falsidade – que descrevem estas normas. Este entendimento é violentamente abandonado na última fase do autor, vindo este a defender a posição totalmente oposta, cuja formulação apresenta a seguinte forma: “(...) *the logical principles of contradiction and inference can not be applied to norms, at least not directly; and, if at all, only by analogy. But an analogous application would be possible only if there existed an analogy between the validity of a norm and the truth of an assertion. But such analogy does not exist.*”⁸⁵.

O raciocínio de Kelsen estabelece-se do seguinte modo⁸⁶: uma norma é o significado de um acto de vontade e, nos casos em que reveste a natureza de um comando é linguisticamente veiculada sob a forma de um imperativo, pelo que é o significado de um acto de vontade sobre o comportamento de outrem. Por conseguinte, as normas que têm a função de comando são prescrições (proposições prescritivas), as quais não são susceptíveis de um juízo de verdade ou de falsidade⁸⁷, na medida em que uma prescrição apenas pode ser válida ou inválida.

Ora, de acordo com Kelsen a análise lógica somente pode tomar como objecto afirmações passíveis de um juízo de verdade ou falsidade, e nessa medida, verificáveis, daí que do seu campo de acção se encontrem excluídas as normas jurídicas, uma vez que não são verdadeiras nem falsas⁸⁸⁻⁸⁹.

of Kelsen's philosophy is very critical. He maintains that Kelsen's position leads to an irrationalism regarding norms (Normenirrationalismus); that it is incompatible with the main tenets of the Pure Theory of Law as an analytical "Strukturtheorie", and that it lacks any philosophical basis".

⁸⁵ HANS KELSEN, “Law and Logic”, in *Philosophy and Christianity – Philosophical Essays Dedicated to Professor Dr. Herman Dooyeweerd*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1965, p. 231.

⁸⁶ Encontra-se suficientemente desenvolvido na obra *Teoria Geral das Normas*, pp. 189 e ss.

⁸⁷ Tal como afirma EUGENIO BULYGIN, “Estudio Preliminar”, in HANS KELSEN e ULRICH KLUG, *Normas Jurídicas y Analisis Logico*, p. 10: “(...) *deriva Kelsen que las normas son imperativos o directivas y que, en cuanto tales, no pueden ser caracterizadas como verdaderas o falsas. Como las relaciones lógicas de la contradicción y de la implicación han sido definidas tradicionalmente en términos de verdad, se sigue de ello que entre normas no existen relaciones lógicas. Por ele contrario, las proposiciones normativas son verdaderas o falsas; por esta razón no es problemática la aplicabilidad de los principios lógicos a las proposiciones normativas.*”

⁸⁸ “*For, logical principles are – by their very nature – applicable – or at least directly applicable – only to assertions which – as the meaning of acts of thinking – are true or false.*”, Cf. HANS KELSEN, “Law and Logic”, p. 232.

⁸⁹ Conforme bem explica JOSÉ LAMEGO, “A Teoria Pura do Direito entre Logicismo e Voluntarismo”, p. 139, “[a] negação da aplicabilidade dos princípios lógicos ao Direito é uma consequência da conceção clássica de Lógica de Kelsen e está em linha com o dualismo entre “ser” (*Sein*) e “dever-ser” (*Sollen*)

Por outro lado, o autor afasta ainda qualquer possibilidade de aplicação analógica das regras da lógica, pois considera que tal possibilidade dependeria da existência de uma analogia entre a validade de uma norma e a verdade de uma proposição, a qual reputa como impossível⁹⁰ pelos seguintes motivos que passamos a sintetizar: (i) a verdade e a falsidade são qualidades de uma proposição; a validade, por seu turno, é a própria existência de uma norma e não uma qualidade⁹¹; (ii) uma norma tem uma existência temporal, inicia a sua vigência numa altura determinada e cessa numa outra altura, o mesmo não pode ser afirmado quando a uma proposição, na medida em que se é verdadeira, terá sido e será sempre verdadeira; (iii) uma proposição é o significado de um acto de pensamento, sendo que a sua qualificação como verdadeira é independente do facto que lhe deu origem; uma norma, por sua vez, é o significado de um acto de vontade cuja validade se encontra condicionada pelo facto que lhe deu origem, ou seja, “(...) *the meaning of a norm – or more exactly formulated – the norm as a meaning, is an “ought”; and this “ought” is in correlation with a will. No “ought” without a will whose meaning it is, no norm without a norm-creating will (...)*”⁹².

Kelsen rompe, desta feita, de forma inegável com a posição que havia previamente sustentado na sua *Teoria Pura do Direito*⁹³. Contudo, o afastamento em relação ao seu entendimento inicial quanto às relações entre Direito e a Lógica não se fica por aqui.

Os conflitos de normas, outrora negados pelo autor, são agora, na *Teoria Geral das Normas*, expressamente admitidos⁹⁴ como existentes e explicados da seguinte forma: “[a] *conflict of norms obtains when one norm decrees a certain*

como conceitos relacionantes irredutíveis: de facto, as concepções de Kelsen sobre a Lógica têm a sua origem no sistema de Lógica de Christoph Sigwart (1830-1904) e atêm-se à concepção clássica de “verdade”, o que, como observa Klug, impede Kelsen de aceitar a possibilidade de operações formais logicamente válidas que tenham por objeto proposições prescritivas.”

⁹⁰ HANS KELSEN, “Law and Logic”, p. 232.

⁹¹ *Ibidem*, p. 232: “(...) *validity, however, is not the quality of a norm but its existence, its specific existence, not a material but an ideal existence.*”

⁹² HANS KELSEN, “Law and Logic”, p. 233.

⁹³ O próprio KELSEN reconhece o seu afastamento da sua posição inicial, nomeadamente quando afirma “[t]hat the logical laws of contradiction and inference are applicable to legal norms – **a view which I myself maintained a long time – is taken for granted.**”, HANS KELSEN, “Law and Logic”, p. 231 (negrito nosso). O autor afirma que manteve e não que continua a partilhar esse entendimento.

⁹⁴ Para INÉS WEYLAND (formerly ORTIZ) o facto de Kelsen reconhecer de forma expressa a existência de conflitos de normas constitui “(...) *a positive development towards a more realistic perception of legal phenomena but has inevitably faced him with problems that are incapable of resolution within the conceptual framework of his theory.*”, V. “Kelsen’s Treatment of Norm Conflicts”, in *Essays on Kelsen*, Eds. RICHARD TUR and WILLIAM TWINING, Oxford, Clarendon Press, 1986

behaviour to be obligatory and the other decrees the omission of this behaviour to be obligatory”⁹⁵⁻⁹⁶.

Segundo Kelsen, é requisito essencial para a existência de um conflito de normas que ambas sejam válidas⁹⁷, pois se assim não for não podemos afirmar que estejamos perante um conflito.

Por outro lado, o conflito de normas não é, nem pode ser entendido, como uma contradição lógica, devendo, pelo contrário, ser visto como uma antítese ou uma oposição, dado que uma contradição lógica apenas pode ter lugar entre realidades que possam ser classificadas de verdadeiras ou falsas.

Deste modo, e no seguimento sequencial do seu raciocínio, Kelsen sustenta que um tal conflito não pode ser sanado apenas por recurso a interpretação científica, nem aos princípios da lógica.

A forma de resolução de um conflito entre normas passa, portanto, por uma norma jurídico positiva (uma norma de derrogação)⁹⁸ que tem como função repelir a função de uma ou ambas as normas conflitantes⁹⁹.

Kelsen assume a sua posição de forma bastante clara quando afirma que “[j]ust as the conflict between norms is not a logical contradiction, derogation solving the conflict is not a logical principle either; but it is the function of a positive norm, especially a positive legal norm, just as in the case where derogation takes place without there being a conflict between norms.”¹⁰⁰.

⁹⁵ HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, p. 213.

⁹⁶ Destaque-se o breve, mas interessante artigo de JOSEPH RAZ, “Critical Study – Kelsen’s General Theory of Norms”, in *Philosophia*, vol. 6, n.ºs 3-4 (September-December), 1976, pp. 495-504.

⁹⁷ Na *Teoria Geral das Normas*, p. 214, pode ler-se o seguinte “[a]s far as conflicts between general norms are concerned, it is not the case – as I claimed in my *Pure Theory of Law* – that a conflict of norms which cannot be resolved by the principle *Lex posteriori derogate legi priori* makes no sense and that both norms are therefore invalid. Each of the two general norms makes sense and both are valid.”

⁹⁸ Sobre as normas de derrogação remete-se para o artigo de HANS KELSEN, “Derrogation”, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Ed. Ralph A. Newman, New York, The Bobbs-Merrill Company, 1962, pp. 339-355, no qual se analisa com profundidade esta categoria de normas. Ainda sobre a matéria, Cf. STANLEY L. PAULSON, “On the Status of the *Lex Posterior Derogating Rule*”, in *Essays on Kelsen*, Eds. RICHARD TUR and WILLIAM TWINING, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 229-247 e JOSEF AGUILÓ REGLA, “La Derogación de Normas en la Obra de Hans Kelsen”, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 10 (1991), pp. 223-258.

⁹⁹ “If a conflict of legal norms is not a logical contradiction and nothing analogous to a logical contradiction it cannot be solved by the application of the logical law of contradiction. It can be solved only by a positive legal norm, a derogating norm repealing the validity of one or the both of the conflicting norm. The logical law of contradiction is not applicable to the relation between legal norms, neither directly nor indirectly.”, HANS KELSEN, “Law and Logic”, p. 235.

¹⁰⁰ HANS KELSEN, “Derrogation”, p. 351.

Consequentemente, o autor veio, igualmente, a adequar a sua posição quanto ao princípio *lex posterior derogat priori*, defendendo quanto ao mesmo que “(...) *since derogation is not a logical principle but the function of a positive legal norm, it does not necessarily apply, but can apply only if it is positively stipulated; and even if stipulated, it does not apply in all cases of conflicts of norms*”¹⁰¹. O novo entendimento deste princípio rompe, igualmente, com o que havia defendido na sua *Teoria Pura do Direito*, onde sustentava uma aplicação como que automática do mesmo.

Na realidade, Kelsen, na sua *Teoria Pura do Direito* e a propósito dos conflitos de normas gerais e pertencentes ao mesmo escalão hierárquico, defendia que “*a validade da norma estabelecida em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz, segundo o princípio lex posterior derogat priori. Como o órgão legislativo (...) é normalmente competente para a produção de normas modificáveis e, portanto, derogáveis, o princípio lex posterior derogat priori pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição de competência*”¹⁰².

Em suma, o Kelsen desta última fase surge, de forma inegável, em ruptura com a teoria que havia fundado e trabalhado ao longo dos anos. Os ecos da mudança fizeram sentir-se logo na década de 1960 através de diversos artigos que publicou e atingiram o seu ponto máximo na obra póstuma *Teoria Geral das Normas*.

O domínio das relações entre o Direito e a lógica foi dos mais férteis em alterações, tendo surgido como totalmente permeável à mudança na perspectiva de Kelsen. A designação de “irracionalismo normativo” atribuída por Weinberger¹⁰³ fundamenta-se num percurso de afastamento crescente das relações entre o Direito e a lógica, processo este que culmina, nas palavras deste último autor “[i]n consequence of Kelsen’s late teaching, legal dynamics is no longer based on logical relations, as had been held by the classical Pure Theory of Law. Instead, it consists of a system of creations acts which may correspond to authorizations by other norms. The irrationalist conception of the relations between norms leads to the destruction of the ingenious dynamic and hierarchic theory of law.”¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Idem*, p. 354.

¹⁰² HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., p. 231.

¹⁰³ OTA WEINBERGER no seu artigo “Logic and the Pure Theory of Law”, in *Essays on Kelsen*, Eds. RICHARD TUR and WILLIAM TWINING, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 194-195, apresenta cinco elementos dos quais resulta o irracionalismo em matéria de normas, os quais não podemos, por razões de economia de espaço, reproduzir nesta sede, mas para os quais remetemos.

¹⁰⁴ *Idem*, p.199.

V – Conclusão

O objectivo a que nos propusemos passava pela análise daquela que é conhecida como a última fase de Kelsen, sendo que assumimos como missão a identificação de pontos de ruptura ou de traços de continuidade na doutrina da *Grundnorm* e no domínio das relações entre a lógica e o Direito.

No que concerne à *Grundnorm*, e não obstante a manutenção da função de legitimação da ordem jurídica desempenhada pela mesma, assistimos à apresentação de uma nova formulação, desta feita, já não como pressuposição lógico-transcendental, mas como uma ficção no sentido da filosofia de Vaihinger.

Esta mudança tem que ver, de acordo com a nossa opinião, com um conjunto diverso de factores e consubstancia a renegação da base filosófica de matriz neo-kantiana.

Kelsen, em oposição ao que defendeu na sua *Teoria Pura do Direito*, afirma agora que uma norma é o significado de um acto de vontade, o que liga indissociavelmente a norma à existência de um acto de vontade. Por conseguinte, uma norma meramente pensada e não positivada (nos termos em que era apresentada na *Teoria Pura do Direito*) não consubstanciava uma verdadeira norma, dado que lhe faltava esse novo elemento essencial: a existência de um acto de vontade. Assim, para superar esta dificuldade, Kelsen admite que a *Grundnorm* se caracteriza como o significado de um acto de vontade fictício de uma autoridade – também fictícia – superior.

Ora, a norma fundamental já não surge, portanto, como uma norma presuposta, mas, sim, como uma norma posta, o que leva a que se reinicie a busca pela validade de uma norma noutra hierarquicamente superior, pois a *Grundnorm* já não é a norma última.

Também no plano das relações entre a lógica e o Direito se regista um afastamento significativo em relação às posições sustentadas na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, as quais se podem sintetizar nos seguintes pontos: negação da aplicação dos princípios lógicos às normas jurídicas – o que conduz a um irracionalismo normativo – e admissão da existência de conflitos de normas, os quais apenas podem ser resolvidos com recurso a uma norma jurídico-positiva com a função de derrogação. Este último ponto concernente à derrogação consubstancia uma acentuação do traço positivista.

A *Teoria Geral das Normas* é verdadeiramente um momento de ruptura, afectando de forma irreversível o edifício conceptual proposto e defendido na fase clássica de Kelsen.

Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?*

Plaidoyer for a “dynamic distribution of the burden of proof” and for the “spheres of risk theory” on the light of the recent Supreme Court’s Decision, of 18/12/2013: the (admirable) “new world” on the homebanking?

DR. HUGO LUZ DOS SANTOS

Para a minha mãe, Fátima, que (sabiamente) me ensinou que “*apesar dos ventos e das marés, tantas vezes desfavoráveis, é no fragor das agruras da vida que se molda o carácter do guerreiro*” e que, por isso, “*impossible is nothing*”.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve resenha dos factos dados como provados pelas instâncias. 3 Breve súmula do sentido decisório contido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. 4. Breve referência às modalidades de utilização fraudulenta do homebanking: o pharming e o phishing. 5. O acto nuclear da relação bancária que entetece o banqueiro e o cliente: o contrato de abertura de conta e o contrato de homebanking como contratos-quadro. 6. A Directriz 2000/31/CE relativa ao Comércio Electrónico e o feixe de deveres de protecção emergentes do contrato de abertura de conta: a teoria da “bounded rationality” e da “contributory infringement”, cumhadas dogmaticamente pela mais recente doutrina norte-americana, e a tutela do direito de auto-determinação informacional (informationelle Selbstbestimmung). 7. A distribuição dinâmica do ónus da prova consubstanciado no aligeiramento do ónus probatório a cargo do consumidor (one

* Este estudo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

shot player) e no endurecimento do ónus probatório que impende sobre a entidade bancária (repeat player) – a “teoria das esferas de risco”.

RESUMO: O presente artigo doutrinal visa, na esteira do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/12/2013, reflectir sobre a mobilização da teoria da *distribuição dinâmica do ónus da prova* para os quadros do Homebanking, polarizada, justamente, do ponto de vista da diminuição do *ónus probatório* a cargo do consumidor e correspectivo aumento do *ónus da prova* da entidade bancária (pre-disponente do serviço de homebanking).

Noutro âmbito, procura-se reflectir, igualmente, acerca da convocação da teoria das *esferas de risco*, enquanto critério complementar do ónus da prova e enquanto corolário da dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultado, tendo em vista, a delimitação do que são *factos pessoais* pertencentes à *esfera de risco* da entidade bancária; impendendo, pois, sobre estas, um *especial dever de monitorização* no que toca à evitação de lesões no património dos consumidores.

Este aumento do ónus da prova a cargo da entidade bancária, justifica-se atenta a *assimetria informativa* que separa um consumidor (*one shot player*) de uma entidade bancária (*repeat player*).

PALAVRAS-CHAVE: distribuição dinâmica do ónus da prova; esferas de risco; consumidor; homebanking; assimetria informativa; racionalidade limitada.

ABSTRACT: The present article intend to, on the light of the recent Supreme Court’s decision of 18/12/2013, emphasize the mobilization of the *dynamic distribution of burden of proof theory* within the homebanking’s range; specifically viewing, ultimately, the weakening of the burden of proof that is enshrined on the consumer ambit and the coetaneous rising of the *burden of proof* of bank entities (homebanking’s service provider).

In another scope, we look forward, likewise, to analyse the need to summon the *sphere’s of risk* theory, regarded as a complementary criteria of *burden of proof* and as a corollary of the well known dicotomy *obligation of means/obligations of result*, aiming to draw a line to what is meant to be a *personal fact*, which is enshrined on the *sphere of risk* of the bank entity, whom, by their turn, are obliged to a *special duty of care* in order to avoid any harm on the consumers patrimony.

This increase of burden of proof, which is due to be enshrined on the bank entity’s range, is arguably justified by the *information gap* that separates the consumer (*one shot player*) and the bank entity (*repeat player*).

KEYWORDS: dynamic distribution of burden of proof; spheres of risk; consumer; homebanking; information gap; bounded rationality.

1

O recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Ana Paula Boularot constitui, em geral, uma “*lufada de ar fresco*” em matéria de Direito Bancário, mais propriamente, no âmbito do *homebanking*, ao estatuir, ainda que sem o referir expressamente, uma *nítida diminuição* do ónus da prova a cargo do consumidor e, inerentemente, um *correspectivo*, e *simétrico*, aumento do ónus probatório que impende sobre a entidade bancária e *predisponente* do serviço de *homebanking*.

Na verdade, esse aresto jurisprudencial constitui mesmo um *tournant* em sede de ónus probatório, no que tange, concretamente, ao mundo (novo) do *homebanking*, ao *abrir a porta* (ainda que, em momento algum, tenha sido asseverado pelo aresto) à doutrina da *distribuição dinâmica do ónus da prova*, que constitui um *claro desvio* à *teoria das normas* entronizada pela doutrina alemã (Rosenberg), e cuja densificação se mostra vertida no *direito probatório material* português, mais concretamente no artigo 342.º e seguintes do Código Civil.

Conexadamente, o Supremo Tribunal de Justiça, no douto aresto acima referido, *acaba por franquear*, ainda que sem referência expressa, a (saudável) entrada, no domínio do direito civil moderno, da (vetusta, mas revitalizada...) “*teoria das esferas de risco*”.

Este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça é, pois, indisfarçavelmente de aplaudir.

2

No que se refere aos factos provados, em aperta síntese¹, as instâncias deram como assentes os seguintes factos:

- *A autora dedica-se à actividade de importação, exportação e representação de produtos nacionais e internacionais, em especial produtos de limpeza industrial e mobiliário [A] dos factos assentes*];
- *A ré dedica-se à actividade bancária [B] dos factos assentes*];
- *Em 20-7-2004, as partes outorgaram um contrato de depósito bancário, com abertura de conta de depósitos à ordem (n.º ...), no Balcão de F, em Y [C] dos factos assentes*];

¹ Respiremos, somente, os factos que têm que ver com o núcleo temático que nos interpela (o *homebanking*), sendo, por isso, omitidas as referências à rescisão da convenção de cheque realizada pelo consumidor/particular na sequência da utilização fraudulenta dos seus dados bancários; a referência completa a toda a matéria assente, bem como o acórdão, na sua íntegra, poderá ser facilmente confrontável em www.dgsi.pt.

- Desde então e até 30-5-2008, a autora movimentou valores, a crédito e a débito, na sua conta de depósito [D] dos factos assentes];
- Em 20 de Julho de 2004, na agência da ré de F/Y, a autora, representada pelas sócias gerentes A e M, outorgou um contrato denominado BX Directo/BX Net – Contrato de Adesão, que as mesmas sócias assinaram no acto, conforme documento sob o n.º 1 junto com a petição inicial, cujo se teor se tem por reproduzido [E] dos factos assentes];
- Na mesma ocasião, a ré forneceu à autora as chaves de acesso que permitiam a utilização do Serviço BX Directo/BX Net pelas duas sócias gerentes, a referida A e M [F] dos factos assentes];
- A ré informou que o código secreto que indicou, com cinco caracteres numéricos, só era válido para o primeiro acesso, devendo ser alterado para um código secreto pessoal da autora, também com 5 caracteres numéricos, o que esta fez [G] dos factos assentes];
- A autora utilizou o serviço no escritório com regularidade, desde 2004 e até 30-5-2008 [H] dos factos assentes];
- No dia 2-6-2008, ao fim da tarde, numa caixa ATM verificou que tinha sido retirado da aludida conta a importância de 13.000,00€ [J] dos factos assentes];
- Por força dessa transferência a conta ficou com um saldo no valor de 582,97€ [K] dos factos assentes];

(Omissis)

- No âmbito da actividade desenvolvida pela autora era frequente a mesma ter relações comerciais com empresas estrangeiras, mercado europeu e africano, principalmente com Angola (resposta ao facto 1.º da base instrutória);
- A autora mantinha relações comerciais regulares com um cliente, “A O, Lda” sediado em Luanda, movimentando os valores através da ré (resposta ao facto 2.º da base instrutória);
- Por tal motivo e em virtude das condições de segurança anunciadas pela ré, a autora aderiu ao serviço referido em 5.º (resposta ao facto 3.º da base instrutória);
- Relativamente às informações de segurança sobre o BX NET, a ré divulga o seguinte:

“Segurança O BX garante confidencialidade e segurança nas operações realizadas através dos seus canais de acesso directo, com o uso de Chaves de Acesso e Cartão Pessoal de Coordenadas, únicas no sistema, bem como pela utilização das mais sofisticadas tecnologias de encriptação de dados. Comunicação através da Internet – Para garantir um elevado nível de segurança na comunicação através da Internet, o BX desenvolveu uma infra-estrutura que utiliza tecnologia avançada – encriptação com chaves a 128 bits – a qual, fora dos Estados Unidos, só está disponível para Instituições Financeiras. Browsers aprovados – Os acessos estão limitados aos browsers que apresentem as normas mínimas de segurança e que suportem encriptação de dados a 12 bits. Em particular, só são permitidos

Browsers que não gravem no disco rígido do computador a informação bancária, excepto com a sua aprovação explícita. Assim, o acesso a estes serviços deverá ser efectuado através dos Browsers Microsoft Internet Explorer (versão 6.0 ou superior), Netscape Navigator (versões 4.79, 6.2 e 7.0) e Mozilla Firefox (versão 2.0). FireWall – Para segurança da infra-estrutura do sistema do Banco, existe um Firewall que tem como função restringir o acesso a Clientes que utilizem o protocolo definido – protocolo HTTPS – ou, noutras palavras, que utilizem a linguagem aceite pelo sistema.

Monitorização permanente – O Banco dispõe de quadros especializados que têm como responsabilidade a monitorização permanente da utilização do BX Net, BX Directo, BX Net Mobile e BX Net SMS, para certificação da segurança do sistema” (resposta ao facto 4.º da base instrutória); (negrito nosso).

- No acto da assinatura do contrato, as duas gerentes da autora declararam tomar conhecimento integral de todas as disposições do mesmo (resposta ao facto 5.º da base instrutória);
- As outorgantes procederam à leitura do contrato previamente à sua assinatura e foi entregue à autora uma cópia assinada por ambas as partes (resposta aos factos 6.º e 7.º da base instrutória);
- A autora, na pessoa das suas duas gerentes, compreendeu e inteirou-se do teor integral das cláusulas do contrato, sem que, até à data dos factos em causa, tenha suscitado qualquer tipo de dúvida, reserva ou incompreensão quanto ao mesmo contrato (resposta aos factos 8.º e 9.º da base instrutória);
- O acesso à internet e serviço bancário, bem como à conta respectiva da autora, era feito através do serviço Telecom e da linha 253674418 (resposta ao facto 9.º-A da base instrutória);
- A autora usou o sistema de pagamento para território nacional e estrangeiro, sempre em conformidade com a recomendação da ré e sem qualquer incidente (resposta aos factos 10.º, 11.º e 12.º da base instrutória);
- Em 30-05-2008, durante a tarde, a autora, na pessoa da sócia gerente A, voltou a usar o referido serviço, seguindo as indicações da ré para o acesso, desta feita para consulta de movimentos e saldo (resposta aos factos 13.º e 14.º da base instrutória);
- Pretendia saber se havia sido apresentado a pagamento o cheque emitido pela autora, no valor de 12.602,00€ (resposta ao facto 15.º da base instrutória);
- No dia 30-05-2008, quando a representante da autora executava as tarefas indicadas para acesso ao BX NET, foi-lhe exigido que fornecesse coordenadas (resposta aos factos 16.º, 17.º e 18.º da base instrutória);
- Introduziu as coordenadas pedidas, colocou o número correspondente e, após aceder ao serviço, A efectuou consulta de movimentos bancários (resposta aos factos 19.º, 20.º e 21.º da base instrutória);

- **No dia 3-6-2008, pelas 9.14 horas, A efectuou contacto telefónico para o BX geral, a quem comunicou que havia constatado um débito na conta da autora de 13.000,00€, pretendendo saber a que se devia (resposta aos factos 22.º, 23.º e 24.º da base instrutória);** (negrito nosso).
- Pelos serviços da ré foi dito que iam fazer a transferência da chamada para o Balcão de F, o que fizeram acto contínuo (resposta aos factos 25.º e 26.º da base instrutória);
- A autora solicitou a informação pretendida e, pelas 10,13 horas, voltou a contactar o BX, para insistir pela informação (resposta ao facto 27.º, 28.º e 29.º da base instrutória);
- Por indicação telefónica do balcão de F, às 12,07 horas foi efectuada chamada para o BX Directo iniciada pelo filho de A e que esta prosseguiu, reportando-se ao movimento bancário aludido na resposta ao quesito 24 e solicitando ajuda (resposta aos factos 33.º e 34.º da base instrutória);
- Como não recebera mais nenhum contacto do Banco, dirigiu-se à agência de Ferreiros, por volta das 13 horas, sabendo-se nessa altura que a conta destino dessa transferência na conta n.º... correspondia ao NIB 00000000 (resposta aos factos 35.º e 37.º da base instrutória);
- A A dirigiu-se de seguida a uma agência da ... e, explicando a situação, pediu para reterem o dinheiro, tendo sido então informada pelo funcionário da ... que deveria ser o BX a tratar do assunto (resposta aos factos 38.º e 39.º da base instrutória);
- Por volta das 14 horas dirigiu-se novamente à agência de F da Ré, procurando saber porque motivos não diligenciavam junto da ... para evitar a transferência efectiva do capital (resposta aos factos 40.º e 41.º da base instrutória);
- Foi-lhe sempre comunicado que se estava a tratar do assunto e foi-lhe solicitada confirmação de não ter sido a sócia a fazer a operação, o que confirmou (resposta aos factos 42.º, 43.º e 44.º da base instrutória);
- Pelas 17 horas A recebeu contacto telefónico do BX NET, feito pelo Sr. J S, dando informação sobre a existência de página Web falsa, imitando a página de abertura do BX NET (resposta ao facto 45.º da base instrutória);
- A foi questionada sobre se alguma vez fornecera coordenadas no acesso ao BX NET e a mesma insistiu que apenas ela e a sua sócia acedem e possuem as coordenadas para aceder à conta, reiterando que não efectuaram qualquer transferência (resposta aos factos 46.º, 47.º e 48.º da base instrutória);
- Na mesma altura indagou A se ainda era possível bloquear a transferência efectiva do dinheiro, tendo-lhe sido dado a entender que esse dinheiro havia acabado de ser levantado (resposta aos factos 49.º e 50.º da base instrutória);

- A operação referente à transferência não foi efectuada ou autorizada pela autora (resposta ao facto 52.º da base instrutória);
- A ré cancelou, então, tal serviço e coordenadas de acesso (resposta ao facto 53.º da base instrutória);
- **O pedido de coordenadas no acesso ao BX NET é uma situação anormal e irregular (resposta aos factos 56.º e 57.º da base instrutória);** (negrito nosso).
- Na área de Segurança do site da ré, consta o link <http://www.bancoX.pt/lpágina.asp?s=l&a=40&opt=a> (resposta ao facto 60.º da base instrutória);
- Com frequência a ré presta aos seus clientes e público em geral, esclarecimentos, boas práticas e instruções, relativas ao acesso e utilização das plataformas home-banking que o mesmo Banco ofereceu e oferece (resposta ao facto 61.º da base instrutória);
- Nos sites BX NET e BANCO X, a ré publicou notícias sobre ataques mediante o envio de um e-mail com o objectivo de obter códigos de acesso e dados financeiros (resposta ao facto 62.º da base instrutória);
- Cessaram todos os pagamentos e débitos directos que até então eram realizados através da conta bancária (resposta ao facto 64.º da base instrutória);
- O “Banco S S.A.” onde fora depositado o cheque n.º....debitou ao cliente da ré o valor de 277,04€, por despesas e comissão cobrada, respectivamente, de 25,00€ e 252,04€ (resposta ao facto 65.º da base instrutória);
- A autora deixou de ter meios para solver o seu compromisso e de pagar o dito cheque (resposta ao facto 66.º da base instrutória);
- Encontrando-se devedora à dita empresa do seu valor e das despesas bancárias que suportou de 277,04€ (resposta ao facto 67.º da base instrutória);
- Por força do sucedido, o cliente “A” deixou de recorrer aos serviços da autora (resposta ao facto 68.º da base instrutória);
- A autora deixou de ter acesso ao crédito e de poder competir com as concorrentes, em virtude do nome se encontrar registado no Banco de Portugal (resposta ao facto 69.º da base instrutória);
- O não pagamento do referido cheque pôs em causa o nome da autora e a comunicação ao Banco de Portugal agravou tal situação (resposta aos factos 74.º e 75.º da base instrutória);
- A ré recusou à autora e sócia gerente A cheques avulsos e cartões de débito (resposta ao facto 76.º da base instrutória);
- A autora viu-se obrigada a comunicar aos clientes que estava inibida do uso de cheques (resposta ao facto 77.º da base instrutória);

Como refere o Supremo Tribunal de Justiça, “*Põe-se como problema a resolver no âmbito do presente recurso o de saber se sobre o Réu/Recorrente impende a responsabilidade pela transferência fraudulenta dos fundos da conta da Autora*”.

A este respeito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Dezembro de 2013 afirmou, de novo em apertada síntese, o seguinte:

Insurgiu-se o Recorrente contra o Aresto sob censura uma vez que na sua tese inexistiu da qualquer quebra de segurança, na criação, manutenção e execução de operações no seu site bxnet, tendo verificado antes uma quebra de segurança por parte da Recorrida no acesso ao referido site, o que, de forma causal, determinou que um terceiro se tenha apropriado das credenciais da mesma recorrida para a realização de operações, via *homebanking*, não podendo o Recorrente ser responsabilizado, por qualquer intromissão fraudulenta no computador do cliente, o que in casu aconteceu.

Prima facie, refere o Supremo Tribunal de Justiça, que cumpria consignar que da factualidade apurada pelas instâncias não resulta que tenha havido por banda da Autora qualquer comportamento indiciador de quebra de segurança no acesso ao site BX.Net, que tivesse proporcionado a um terceiro as coordenadas para a realização das operações bancárias via *homebanking*.

Continuou o Supremo Tribunal de Justiça frisando que resultava das cláusulas contratuais gerais havidas entre a Autora e a Ré no que a este serviço concerne, que supra ficaram enunciadas, aquela obrigou-se a guardar sob segredo, e a assegurar que os Utilizadores guardam sob segredo, as Chaves de Acesso e o Cartão de Coordenadas e, bem assim, a assegurar que a sua utilização é feita exclusivamente pelos Utilizadores e a prevenir o seu uso abusivo por parte de terceiros, não tendo o Réu provado que a Autora tivesse tido qualquer comportamento que pudesse por em causa a segurança do sistema, nomeadamente que tivesse quebrado o seu dever de segredo sobre as chaves de acesso e que por algum modo, voluntário, grosseiro, negligente ou outro as tivesse cedido a terceiro, de forma a poder ser responsabilizada pela ocorrência fraudulenta.

O que aconteceu, reforçou o Supremo Tribunal de Justiça, foi que a Autora, através da sua representante «*entrou*» no que pensou ser a página do Réu para efectuar as suas operações, foram-lhe pedidas coordenadas, ao que aquela acedeu, sem se dar conta que estava afinal numa página «*clonada*».

Os riscos da falha do sistema informático utilizado, bem como dos ataques cibernautas ao mesmo, têm de correr por conta do Réu, por a tal conduzir o disposto no artigo 796.º, n.º 1 do CCivil, não se tendo provado, como não se provou, que tivesse havido culpa da Autora. (Negrito nosso).

Referiu ainda o Supremo Tribunal de Justiça que a esse resultado se chega com a aplicação do Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, que transpôs para a nossa ordem jurídica o novo enquadramento comunitário em matéria de serviços de pagamentos, *maxime* a Directiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Novembro, o qual, não obstante seja posterior aos factos em causa na acção, a eles é aplicável, *ex vi* do seu artigo 101.º, n.º 1 no qual se predispõe que «*O regime constante do presente diploma regime jurídico não prejudica a validade dos contratos em vigor relativos aos serviços de pagamento nele regulados, sendo-lhes desde logo aplicáveis as disposições do presente regime jurídico que se mostrem mais favoráveis aos utilizadores de serviços de pagamentos.*»

Deflui desde logo do artigo do artigo 68.º, n.º 1, alínea a) do Anexo I de tal Regime o seguinte: «*O prestador de serviços de pagamento que emite um instrumento de pagamento tem as seguintes obrigações: a) Assegurar que os dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento só sejam acessíveis ao utilizador de serviços de pagamento que tenha direito a utilizar o referido instrumento, sem prejuízo das obrigações do utilizador do serviço de pagamento estabelecidas no artigo anterior.*».

Daqui decorre, continuou o Supremo Tribunal de Justiça, que *os riscos pela utilização normal do sistema correm por conta do prestador de serviços*, isto é sobre o Banco, o que não deixa de ser uma obrigação perfeitamente normal já que é o Banco que vai retirar os maiores benefícios económicos do seu bom funcionamento.

É óbvio, na óptica do Supremo Tribunal de Justiça, que sobre o cliente, enquanto utilizador daqueles meios que são postos à sua disposição recai a especial obrigação de os utilizar de acordo com as condições que regem a sua emissão e utilização, além do mais, *cf.* artigo 67.º, n.º 1, alínea a), do mencionado diploma.

Afiançou ainda o Supremo Tribunal de Justiça que se *provou* que a Autora *não violou* nenhuma das suas obrigações contratuais e que foi estranha à transferência de € 13.000 ocorrida, *não tendo sido aquela a dar a ordem de pagamento da aludida importância*, o que afasta a construção feita pelo Recorrente em sede de argumentário conclusivo que houve a utilização negligente das prerrogativas operacionais cometidas pelo contrato de *homebanking* sendo a Recorrida responsável contratual e legalmente pelos prejuízos por si sofridos, emergentes da autorização da transferência em apreço, posto que esta não deu qualquer ordem de transferência da mencionada quantia, não havendo que curar aqui da eventual nulidade da cláusula 6.2, que não foi sequer declarada, tratando-se de um falso problema.

Nestas circunstâncias, aduz o Supremo Tribunal de Justiça, e ainda segundo as regras que decorrem do Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, *porque a transferência não autorizada foi logo comunicada ao Réu, incumbia a este o ónus*

de alegar e provar que a operação de pagamento fora autorizada pela Autora, ou que esta agira de forma fraudulenta ou que não cumprira, deliberada ou por forma gravemente negligente as suas obrigações contratuais, cfr. artigo 70.º, n.º 3 e 72.º, n.º 1 (continuamos no âmbito das presunções, as quais decorriam já do disposto no artigo 796.º, n.º 1 do Código Civil, que o Recorrente não logrou afastar).

Assim, na óptica do Supremo Tribunal de Justiça, a *responsabilidade pelo reembolso das quantias objecto de transferências não autorizadas, posto que se não venha a apurar que o ordenante tenha tido qualquer culpa na sua efectivação, impende sobre o prestador de serviços*, por força do artigo 72.º, n.º 1 do supra aludido Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro (responsabilidade essa que, repetiu o Supremo Tribunal de Justiça, provinha já da responsabilidade contratual geral, por via do disposto no artigo 796.º, n.º 1 do Código Civil).

As conclusões soçobram, remata o Supremo Tribunal de Justiça, quanto a este *conspectu* da responsabilidade pelos danos decorrentes da transferência indevida da quantia de € 13.000, a qual impende sobre o Banco Réu.

4

Preliminarmente, cumpre deixar alinhavadas umas breves notas relativamente à tipologia de “*utilização fraudulenta do serviço de homebanking*”, no caso concreto o *pharming*, em contraposição com o “*phishing*”.

Como afirma Maria Raquel Guimarães, a realização de operações fraudulentas através de um sistema de banca ao domicílio pressupõe que o autor da fraude consiga aceder, *on-line*, a uma conta de determinado cliente de um banco, levando a cabo *transferências de fundos*, aí inscritas a débito, para contas pertencentes a terceiros². Este acesso não autorizado poderá ser logrado através de programas informáticos – “*quebrando*” os mecanismos de segurança do sistema – ou, mais comumente, utilizando as chaves de acesso de um cliente. Estas chaves ou códigos de acesso, por sua vez, podem ser obtidos, no próprio banco, durante a sua expedição ao cliente ou, como no caso concreto, ser fornecidos pelo próprio cliente, *rectius* o utilizador do sistema³.

Estas *sub-hipóteses*, afastadas que estão as possibilidades de um *cartão-matriz*, contendo as *diferentes e múltiplas* combinações numéricas necessárias à realização

² Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 41, Janeiro/Março de 2013, CEJUR, Braga, Coimbra Editora (2013), p. 62, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

³ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 63.

de operações ser extraviado (por furto, roubo ou perda) ou de o seu titular comunicar verbalmente essas combinações numéricas a outrem, subsumem-se às situações conhecidas como de *phishing* e de *pharming*.

A técnica de *phishing* consiste no envio de mensagens de correio electrónico tentando obter palavras-passe de serviços de banca electrónica, PINs de cartões bancários ou outras informações dos destinatários que permitam o acesso às contas bancárias⁴. Estas mensagens surgem com uma aparência fidedigna, “*camufladas*”, bastas vezes, como mensagens da própria entidade bancária que o destinatário é cliente⁵.

O *pharming*, por seu turno, é uma técnica mais sofisticada e, por isso, mais perigosa, na medida em que é “*corrompido*” o próprio nome de domínio (*domain name*) de uma entidade financeira, redireccionando o utilizador para um *site* falso – que constitui um *decalque* do verdadeiro – sempre que este *digita* no teclado a morada correcta da sua entidade bancária. Uma vez na página falsa, o utilizador indica as suas chaves secretas de acesso que depois são utilizados na página verdadeira para transferências fraudulentas⁶.

No caso concreto, não se provou que o *hacker* estivesse *introduzido* no sistema informático do consumidor/cliente e, igualmente, não se provou que os autores respondessem a um *e-mail* malicioso; ao que tudo indica o autor limitou-se a fornecer, no quadro informático de uma página *camuflada* da sua entidade bancária, as combinações numéricas referentes ao código de acesso à sua conta bancária *on-line* sedeadada, justamente, na *site* informático da sua entidade bancária, e que lhe permitiria *ulteriormente* realizar a pretendida operação bancária (verificação de entrada a pagamento de um cheque na sua bancária): é, pois, uma situação de *pharming* como, aliás muito doutamente, referiu o Supremo Tribunal de Justiça.

5

Denomina-se por contrato de conta bancária, vulgarmente designado como “*contrato de abertura de conta*” o “*contrato celebrado entre um banco e um cliente*”

⁴ Neste sentido, monograficamente, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A fraude no comércio electrónico: o problema da repartição do risco por pagamentos fraudulentos”, in *Infracções Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*, J. Cruz C. Cardoso/A.L. Leite R. Faria (coordenação), Coimbra Editora, Coimbra (2014), *passim*.

⁵ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 63.

⁶ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 63.

através do qual usualmente se constitui, disciplina e baliza a respectiva relação jurídica bancária”⁷⁻⁸⁻⁹⁻¹⁰.

O *contrato de conta bancária* representa o primeiro e o mais relevante dos contratos bancários. Ele constitui o *contrato bancário primogénito*¹¹. O que bem se compreende: é ele que *inaugura*, através da celebração de um *contrato de abertura de conta*, a *relação obrigacional complexa* a que se denomina, neste quadrante temático, a *relação jurídica bancária*.

Esta *relação jurídica bancária*, de feição proteiforme, caracteriza-se pela sua *vocação de perpetuidade* (destina-se a prolongar-se no tempo) e, no seu seio, imbricam-se uma multiplicidade de negócios jurídicos que ligam, originariamente, a entidade bancária e o seu cliente.

Esta *relação jurídica bancária*, assente em inelimináveis laços de juridicidade, constitui o *tronco comum* de uma multitude de negócios jurídicos de natureza jurídico – bancária que emergirão *a partir* do *contrato de abertura de conta* e que, por isso, constituirão o fio condutor que ligará umbilicalmente o banco e o cliente.

Deste modo, a feição originária e fundante do *contrato de abertura de conta* projectar-se-á, previsivelmente, durante *todo* o programa negocial, numa espécie de *base contratual* em sede da qual a entidade bancária e o cliente (não raro um consumidor) *depositarão* as suas respectivas declarações negociais, moldando-as, a cada momento da relação jurídica bancária, às necessidades contratuais emergentes.

Assim, denota-se uma relação inextricável entre o *contrato de abertura de conta*, o *tempo* e o *florescimento* da relação jurídica bancária, fundada em (desejáveis) *laços de cooperação estratégica* emergentes, natural e necessariamente, entre o banco e o cliente; uma vez que aquele (o contrato de abertura de conta), pela sua natureza preliminar e preparatória, destina-se a *disciplinar* o *feixe* de negócios jurídicos a celebrar futuramente entre ambos.

⁷ Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 483, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

⁸ Em geral sobre esta figura, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 4a edição, Almedina, Coimbra (2006), pp. 411 e ss.

⁹ Considerando que os contratos bancários configuram contratos comerciais, SOARES, ANTÓNIO QUIRINO, “Contratos Bancários”, in *Scientia Iuridica (SI)*, Braga, CEJUR, vol. LII (2003), p. 109.

¹⁰ Na doutrina alemã, com muito interesse, MÜLBERT, PETER, “Der Kontovertrag als bankgeschäftlicher Vertragstyp”, in *Festschrift für Siegfried Kumpel*, E. Schimdt, Berlin (2003), 395–416.

¹¹ Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., p. 484.

Deste modo, afigura-se-nos particularmente impressiva (e feliz) a designação cunhada àquele (ao contrato de abertura de conta), pela mais autorizada doutrina alemã, de “*eixo fundamental do comércio bancário*”¹².

Porquanto, é em torno do contrato de abertura de conta que gravitarão usualmente os contratos de depósito, conta corrente bancária, descoberto em conta, cheque (como no caso concreto), emissão de cartões bancários, mútuo bancário, crédito ao consumo, e de todos os contratos bancários individuais que venham porventura a existir subsequentemente¹³⁻¹⁴; sendo essa, primacialmente, a razão pela qual a mais autorizada doutrina inglesa¹⁵ o denomina “*general contract*”, e, bem assim, a mais autorizada doutrina portuguesa¹⁶⁻¹⁷ o baptiza de o “*acto nuclear*” ou mesmo de “*acto fundador*”¹⁸ da relação jurídica bancária.

A esta luz se compreende, pois, que o contrato de abertura de conta seja qualificado como um contrato de contratos¹⁹, como um contrato-quadro²⁰⁻²¹⁻²² (*convention-cadre*)²³, como um contrato normativo²⁴.

Essa classificação, a de contrato-quadro, foi perfilhada pelo legislador nacional, desde o texto preambular ao Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, que transpôs para o direito interno a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro “relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores”.

¹² Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUSSEN, HANS PETER, “Das Bankkonto ist das Kernstück des Bankverkehrs”, in *Bank- und Börsenrecht – Handbuch für Lehre und Praxis*, Beck, München (1996), p. 59.

¹³ Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., p. 484.

¹⁴ Neste sentido, na doutrina francesa, GAVALDA/STOUFFLET, *Droit bancaire*, 2.ª ed. (2007), p. 99 e ss.

¹⁵ Neste sentido, na doutrina inglesa, PAGET, JOHN/HAPGOOD, MARK, *Page’s Law Banking*, 13.ª ed., Butterworths, London/Edinburg (2007), p. 145.

¹⁶ Neste sentido, na doutrina portuguesa, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 411.

¹⁷ Neste sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., p. 485.

¹⁸ Neste sentido, VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE, “Dos contratos de depósito bancário”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VIII, Coimbra Editora, Coimbra (2011), pp. 165-166.

¹⁹ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, WoltersKluwer/Coimbra Editora, Coimbra (2011), p. 363.

²⁰ Neste sentido, SÁ, ALMENO DE, “Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, vol. LXXVIII, Coimbra (2002), pp. 301-302.

²¹ Neste sentido, SÁ, ALMENO DE, *Direito bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 17-18.

²² Neste sentido, monograficamente, a dissertação de doutoramento de FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO DE AZEVEDO, *A relação negocial bancária – Conceito e estrutura*, Lisboa, QuidJuris (2005), pp. 683-685.

²³ Neste sentido, na doutrina francesa, GRUA, FRANÇOIS, *Les Contrats de Base de la Pratique Bancaire*, Litec, Paris (2000), pp. 49 e ss.

²⁴ Neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 510.

Como refere a Professora Maria Raquel Guimarães, o contrato de *homebanking*, por sua vez, é também um *contrato-quadro* relativamente às sucessivas operações de transferência electrónica de fundos ordenados através de internet²⁵. Sempre que o utilizador de um serviço de banca electrónica emite uma ordem de pagamento – *um mandato de pagamento* – a favor de um terceiro, é celebrado um *novo* contrato de execução ou de aplicação do contrato de base anterior, que se rege pelo programa contratual definido, num primeiro momento, no *contrato-quadro*²⁶.

Assim, as operações de transferência electrónica de fundos realizadas através de um sistema de homebanking correspondem a um *prolongamento natural* do *contrato-quadro*, previamente celebrado entre o banco e o cliente, *propulsor* de uma panóplia de contratos subsequentes, surgindo aquele (o serviço de *homebanking*) como um meio idóneo à materialização do *feixe* de operações bancárias realizadas pelo cliente.

Esta tese interpretativa foi expressamente acolhida pela Directiva 2007/64/CE, de 13 de Novembro, relativa aos serviços de pagamento e foi, igualmente, perfilhada pelo Regime dos Sistemas de Pagamento (RSP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, diploma em sede do qual se define o *contrato-quadro* como um “*contrato de prestação de serviços de pagamentos que rege a execução futura de operações de pagamento individuais e sucessivas e que pode enunciar as obrigações e condições para a abertura de uma conta de pagamento*” [artigo 2.º, alínea m), do RSP] e *regula* as operações de pagamento abrangidas por um *contrato-quadro* nos artigos 51.º e segs.²⁷.

Deste modo, as *transferências bancárias* são tidas como serviços de pagamento [artigo 4.º, alínea c), do RSP], incluídos no seu âmbito de aplicação, e o “*conjunto de procedimentos acordados entre o utilizador e o prestador do serviço de pagamento e a que o utilizador de serviços de pagamento recorra para emitir uma ordem de pagamento*” [artigo 2.º, alínea z), do RSP], onde cabem os códigos numéricos necessários para a realização de operações de banca a domicílio, é designado de *instrumento de pagamento*²⁸.

²⁵ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 59.

²⁶ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 59.

²⁷ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 59.

²⁸ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 59.

6

Assente a natureza jurídica de *contrato-quadro*, cunhada dogmaticamente ao *contrato de abertura de conta*, e ao contrato de *homebanking*, torna-se imperioso concluir que daquele (o *contrato-quadro*) resulta uma *relação obrigacional complexa*²⁹⁻³⁰⁻³¹, *consubstanciada na existência de um conjunto de direitos subjectivos* (em sentido amplo) e de *deveres jurídicos* ou de *sujeições* que advêm de um mesmo *facto jurídico*³².

Ora se assim é, *emerge* daquele (o *contrato-quadro*) um feixe de *deveres de protecção*, a cargo do prestador do serviço de *homebanking*, que se desdobram e autonomizam dos *deveres acessórios de conduta*, e que têm por finalidade *conservar* a actual situação jurídica dos bens *de ambos os sujeitos da relação obrigacional complexa*, tutelando-os contra *ingerências externas lesivas* na sua pessoa, na sua propriedade ou no seu *património*³³⁻³⁴⁻³⁵⁻³⁶⁻³⁷⁻³⁸.

²⁹ Sobre a estrutura da *relação obrigacional complexa*, na doutrina alemã, HUBER, PETER, “Der Inhalt des Schuldverhältnisses”, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin (2008), p. 126.

³⁰ Sobre a estrutura da relação obrigacional complexa, na doutrina italiana, CASTRONUOVO, CARLOS, “Ritorno al obbligo senza prestazione”, in *Europa e diritto privato*, Cedam, Padova (2009), pp. 681 e ss.

³¹ Sobre a estrutura da *relação obrigacional complexa*, na doutrina portuguesa, BAPTISTA MACHADO, JOÃO, “A cláusula do razoável”, in *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, Braga, 1991, 459 e ss.

³² Neste sentido, OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra (2011), p. 49.

³³ Neste preciso sentido, OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 50.

³⁴ A mais autorizada doutrina norte-americana refere mesmo que “*expectation damages induce efficient performance or breach*”, Neste sentido, ADLER, BARRY, “Efficient Breach Theory Through the Looking Glass”, in *New York Law Review*, vol. 83, Number 6, December 2008 (2008), p. 1691.

³⁵ A doutrina norte-americana refere, neste contexto, que “*expectation damages would yield efficient performance-or-termination decisions*”. Neste sentido, R. W. BROOKS, RICHARD, “The Efficient Performance Hypothesis”, in *Yale Law Journal*, vol. 116 (2006), pp. 584-586.

³⁶ Muito recentemente, a este respeito, a doutrina nacional defendeu “*uma teoria unitária dos deveres de protecção, de lealdade e de informação, assentes na tutela da confiança e da materialidade subjacente*”; neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “O Princípio da Boa-Fé e o Dever de Renegociação em Contextos de “Situação Económica Difícil”, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenação: Catarina Serra, Almedina, Coimbra (2014), p. 60.

³⁷ Aproximadamente neste sentido, FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “Sobre a Interpretação do Contrato”, in *O Direito*, Ano 144.º, vol. III, 2012, Almedina, Coimbra (2013), p. 506.

³⁸ Sobre a temática dos *deveres de protecção* em sede das obrigações de *reddere*, MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE LURDES, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 23, Julho/Setembro 2008, CEJUR, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 3-16.

É nesta questão que reside o *nódulo problemático*, no que se refere ao *dever de monitorização* do sistema informático que *impede* sobre os prestadores do serviço de *homebanking* (as entidades bancárias), *prevenindo-o* das *utilizações fraudulentas* de terceiros relativamente ao utilizador do sistema de *homebanking*.

O que bem se compreende.

Na verdade, o advento da *sociedade da informação* trouxe no seu seio o aumento exponencial das possibilidades de interacção entre as pessoas e, inerentemente, ocasionou, do mesmo passo, o número de *players* (intervenientes) no funcionamento global do serviço de internet.

Todavia, a realidade *difusa e imaterial* do mundo informático implicou não só o aumento do número de intervenientes no *espaço cibernético* como também trouxe consigo, como consequência lógica, a *bandeira* do anonimato daqueles intervenientes.

Esse *manto diáfano* do anonimato implicou, decorrentemente, um *efeito propulsor* no que respeita à prática de delitos através do espaço cibernético³⁹, e, natural e necessariamente, uma dificuldade acrescida na determinação dos agentes desses ilícitos-típicos.

Tendo em consideração essa dificuldade, mas, também, a pressão exercida pelos prestadores de serviços em rede, em virtude de estes, não raro, serem demandados judicialmente, os vários ordenamentos jurídicos adoptaram regras relativas à responsabilidade civil dos prestadores de serviço em rede⁴⁰.

No que tange ao espaço comunitário, a regulação matricial da responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede ficou condensada na Directriz n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial o comércio electrónico, no mercado interno⁴¹.

A doutrina nacional tem sublinhado a natureza *enganadora* desta Directriz, porquanto não regula *todo* o comércio electrónico, nem regula *apenas* o comércio electrónico, uma vez que nela são disciplinados temas gerais como

³⁹ Neste sentido, na doutrina alemã, HELLE, JÜRGEN, “Persönlichkeitsverletzungen im Internet”, in *Juristen Zeitung (JZ)* 57 (2002), 597 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, ALVES, HUGO RAMOS, “Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede”, in *O Direito*, Ano 145.º, 2013, vol. III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra (2014), p. 554.

⁴¹ Neste sentido, ALVES, HUGO RAMOS, “Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede”, cit., p. 554.

a contratação electrónica e a responsabilidade dos prestadores de serviços⁴²⁻⁴³. Entende-se a razão de ser das *dúvidas* verbalizadas por essa doutrina.

A Directriz n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, apesar da sua natureza *enganadora*, regula (ainda que negativamente) as situações de *responsabilidade* dos prestadores de serviços cingindo-as (muito timidamente) às situações em que o prestador de serviços *não tivesse conhecimento da informação* transmitida ou armazenada, *nem tivesse o controlo dela* (artigos 12.º a 15.º da Directriz 2000/31/CE).

Neste ângulo temático, sendo axiomático que sobre o prestador de serviços de *homebanking* impende, como acima se deixou antecipado, um específico *dever de protecção* do património do utilizador do serviço de *homebanking*, a questão que imediatamente se coloca é a de saber em que moldes assenta esse *dever de protecção*, mais concretamente, em que consiste o *dever de monitorização* da prestação de serviço de *homebanking*, e, em última análise, qual a *medida de significado funcional* que *funda* a violação desse *dever de protecção*.

Somos de parecer que não existe um obstáculo geral à mobilização, *mutatis mutandis*, da teoria de inspiração norte-americana da *contributory infringement* nascida, no âmbito dos Direitos de Autor, na sequência da *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*⁴⁴.

Com efeito, os prestadores de serviços em rede de *homebanking* deverão ser responsabilizados por *contributory infringement*, sempre que, por *inobservância do dever de monitorização* da prestação de serviço de *homebanking*, induzirem, *facilitarem* e, de forma mediata e reflexa, *fornecerem* os meios para a concretização do ilícito, conhecendo ou devendo conhecer a actividade ilegal de terceiros que se destinam, pela utilização fraudulenta do serviço de *homebanking*, a *lesar* o património dos utilizadores desse serviço informático.

Essa *contributory infringement* consubstancia-se, concretamente: *i*) na *ausência* de publicação regular e acessível no sítio informático do prestador de serviços de *homebanking*, dos especiais cuidados a observar relativamente ao acesso *on-line* à conta bancária do utilizador; *ii*) na *falta* de explicitação *clara* e imediatamente *perceptível* pelo cidadão comum desse conjunto de cuidados a observar no acesso *on-line* à conta bancária do utilizador; *iii*) na *inexistência* de quadros

⁴² Neste sentido, ALVES, HUGO RAMOS, “Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede”, cit., p. 554.

⁴³ No mesmo sentido, ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 08 de Junho (Comércio Electrónico)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RFDUL)*, vol. XLIV, n.º 1 e 2, 2003, Lisboa (2004), p. 217.

⁴⁴ Para uma análise exaustiva da DMCA, na doutrina norte-americana, SCHWARZ, “Thinking outside the Pandora’s box: why the DMCA is unconstitutional under Article I, § 98 of the United States Constitution”, in *Journal of Technology Law and Policy (JTLPL)* 10 (2006), 103-145.

humanos especificamente formados para a detecção e prevenção da utilização fraudulenta do serviço de *homebanking*; iv) na existência de um *nexo de causalidade* entre a *inexistência* de pessoal qualificado para a detecção e prevenção da utilização fraudulenta do serviço de *homebanking* e a *produção* do *evento lesivo* no património do utilizador do serviço de *homebanking*; v) na *inexistência* de uma actuação célere aquando da comunicação, pelo utilizador do serviço de *homebanking*, da utilização fraudulenta do referido serviço, consubstanciado, nomeadamente, no *bloqueio imediato* dos movimentos a débito na conta bancária do utilizador, impedindo, assim, a *perpetuação* do evento lesivo na esfera jurídica do cliente.

Naturaliter, não serão válidas *quaisquer cláusulas contratuais gerais* em sede das quais se *reduza*, *limite* ou *exclua* a responsabilidade civil do prestador de serviços de *homebanking* pelo *mau* funcionamento do sistema informático ou *deficiente* manuseio do mesmo por parte dos utilizadores do sistema de *homebanking* [artigos 18.º, alínea c) e 21.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro]^{45_46_47}.

Não é difícil captar o sentido profundo, o étimo fundante, por um lado, da *contributory infringement* que impende sobre o prestador de serviços de *homebanking*, e, por outro lado, da sanção de *nulidade* que deverão ser fulminadas *todas* e *quaisquer* cláusulas contratuais gerais que visem *reduzir*, *limitar* ou *excluir* a responsabilidade civil do prestador de serviços de *homebanking* pelo mau funcionamento do sistema informático ou *deficiente* manuseio do mesmo por parte dos utilizadores do sistema de *homebanking*.

Na verdade, ambas encontram o seu fundamento dogmático na *assimetria informativa* que separa um consumidor (*one-shot player*) e uma grande instituição financeira (*repeat player*).

Como escrevemos em outro local⁴⁸, na *arquitectura da escolha* (*choice architecture*), o agente económico investe em investigação até que o custo de uma

⁴⁵ Neste sentido, na doutrina norte-americana, ainda que no âmbito da propriedade intelectual, KAISER, BRIAN, “Contributory infringement by internet service providers: an argument for limitation”, in *Journal of Technology Law and Policy* (JTLPL) 7 (2002), 97-99.

⁴⁶ Neste sentido, ALVES, HUGO RAMOS, “Das responsabilidades dos prestadores de serviços em rede”, cit., p. 630.

⁴⁷ Neste sentido, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (*home banking*)”, cit., p. 61.

⁴⁸ Neste sentido, SANTOS, HUGO LUZ DOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros e o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 2013: a “*alteração anormal das circunstâncias*” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “*Unconscionability*” e da “*Bounded Rationality*”: Um “*estranho caso*” de aliança luso-americana?”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, ano VI, Número 2 (2014), *passim*.

acrescida informação seja igual ao *retorno marginal*. Nesse ponto, o *agente económico* termina a sua investigação⁴⁹.

Deste modelo decorre que um agente económico frequentemente adoptará decisões num estado de *ignorância racional* sobre as alternativas e consequências de que se poderia ter apercebido, caso a investigação tivesse continuado⁵⁰⁻⁵¹.

O fenómeno descrito por *George Stigler* desempenha um papel fundamental em matéria de *cláusulas contratuais gerais*⁵². *A opção do consumidor ou não – profissional (one-shot player)*, por oposição ao profissional (*repeat player*), de não tomar conhecimento das cláusulas contratuais gerais será frequentemente racional⁵³⁻⁵⁴⁻⁵⁵.

Os custos de investigação do aderente tendem a ser elevados e o seu *retorno marginal* tende a ser diminuto⁵⁶.

Por um lado, a compreensão das cláusulas contratuais gerais reclama conhecimentos jurídicos, dada a sua linguagem técnica; por outro lado, os clausulados são frequentemente extensos (as cláusulas contratuais gerais acima transcritas do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2013, são disso exemplo paradigmático) e redigidos em letra minúscula, em linguagem técnica *difícilmente acessível* a um consumidor ou não – profissional (*one-shot*

⁴⁹ Na doutrina norte-americana, STIGLER, GEORGE, “The economics of information”, in *Journal of Political Economy*, vol. 69 (1961), pp. 213-225.

⁵⁰ Neste sentido, NUNES, PEDRO CAETANO, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vítor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 524-525.

⁵¹ Na doutrina norte-americana, EISENBERG, A. MELVIN, “The limits of cognition and the limits of contract”, in *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, pp. 214-216.

⁵² Neste sentido, inclinando-se expressamente no sentido de que os contratos de swap são objecto de “cláusulas contratuais gerais”, ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, “Instrumentos Financeiros: Os Swaps”, cit., p. 43.

⁵³ Na doutrina norte-americana, D. RAKOFF, TODD, “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, in *Harvard Law Review*, vol. 96 (1983), p. 1226.

⁵⁴ Neste sentido, NUNES, PEDRO CAETANO, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, cit., p. 525, que vimos acompanhando de muito perto.

⁵⁵ Empreendendo uma muito interessante análise económica das opções das partes, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, cit., nota 1232.

⁵⁶ Neste sentido, muito recentemente na doutrina norte-americana, D. WRIGHT, JOSHUA/H. GINSBURG, DOUGLAS, “Behavioral Law and Economics: Its origins, Fatal flaws, and Implications for liberty”, in *Northwestern University Law Review*, vol. 106, n.º 3 (2012), p. 23.

player), neste sentido, afirma, com razão, a doutrina norte-americana que o consumidor actua com a sua *racionalidade limitada (bounded rationality)*⁵⁷⁻⁵⁸.

Por outro lado, convém não olvidar a menção de que o fundamento teleológico dos *deveres de protecção (monitorização da prestação de serviço de homebanking)* que impendem sobre o prestador de serviços de *banca ao domicílio* radica, num plano transpositivo, na tutela do *direito de auto-determinação informacional* dos consumidores, *i.e.* dos utilizadores do serviço de *homebanking*.

O que significa que *esses deveres de protecção*⁵⁹ desempenham um papel *instrumental* na *prevenção* de (eventuais e indesejáveis) *violações* do referido *direito de*

⁵⁷ Neste sentido, na doutrina norte-americana, KOROBKIN, RUSSEL, “Bounded rationality, standard forms contracts, and unconscionability”, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (2003), pp. 1271-1272.

⁵⁸ Neste sentido, na doutrina norte-americana, no âmbito dos Direitos de Autor, HUGHES, JUSTIN, “Copyright and its rewards foreseen and unforeseen”, in *Harvard Law Review*, vol. 122, April 2009, Number 6, pp. 81-91; doutrina eslovena, POLIC, MARKO, “Decision Making: between rationality and reality”, in *Interdisciplinary Description of Complex Systems* 7 (2), 2009, pp. 79-89; na doutrina norte-americana, ARTHUR, BRIAN, “Complexity in Economic Theory: Inductive Reasoning and Bounded Rationality”, in *The American Economic Review*, vol. 84, Issue 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Sixth Annual Meeting of The American Economic Association, 1994, pp. 406-411; Por isso, compreende-se a razão pela qual a doutrina nacional refere que “o consumidor torna-se um sujeito de direitos fundamentais em razão da sua subalternidade e vulnerabilidade na relação económica com o produtor, fornecedor ou prestador, em especial no que toca a bens ou serviços essenciais que não pode deixar de adquirir; Neste sentido, ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, “Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, vol. LXXVIII (2002), p. 47; Como bem refere a doutrina nacional “quando o negócio seja celebrado por um leigo, fica, por maioria de razão, prejudicada a via de descortinar os efeitos queridos pelo declarante, e porque o sejam”; Neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “A doutrina do negócio jurídico: origens e evolução”, in *O Direito*, Ano 145.º, vol. IV, 2013, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra (2014), p. 771.

⁵⁹ Neste apartado acompanharemos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do Direito Penal, no que se refere aos *deveres de protecção* do património do *bona fide purchaser*; SANTOS, HUGO LUZ DOS, “O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”, in *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXIII, n.º 334, Janeiro/Abril de 2014 (2014), pp. 106-107.

auto-determinação informacional (*informationelle Selbstbestimmung*)⁶⁰ do consumidor (*one-shot-player*)^{61_62_63_64_65}.

Donde, atenta a *teoria do contacto social*, e havendo uma *ligação especial* entre o prestador do serviço de *homebanking* e a prossecução dos referidos *deveres de protecção*, formam-se a partir desse aforismo os denominados *círculos de diligência*

⁶⁰ Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo dogmático do *direito de auto-determinação informacional (informationelle Selbstbestimmung)*, o acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE), de 24/01/2012, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2012/1>.

⁶¹ Neste sentido, VAN ALSENOY, BRENDAN/KOSTA, ELENY/BUMMORTIEN, JOS, “Privacy notices versus informational self-determination: minding the gap”, in *International Review of Law, Computer & Technology* (2013), pp. 1 e ss.

⁶² Neste sentido, BONNICI, JEANNE P. MIFSUD, “Exploring the non-absolute nature of right of data protection”, in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), pp. 1-3.

⁶³ Neste sentido, GONZÁLEZ FUSTER, GLORIA/RAPHAËL, “The fundamental right of data protection in the European Union: in search for an uncharted right”, in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), vol. 26, Issue 1, pp. 3-10.

⁶⁴ Neste sentido, no âmbito da (candente) questão do “*cloud computing*”, que não desenvolveremos, HON, W. KUAN/HÖRNE, JULIA/MILLARD, CHRISTOPHER, “Data protection jurisdiction and Cloud Computing – When are Cloud users and providers subject to EU data protection Law?”, in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), vol. 26, Issue 2-3, *Special Issue: Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 129-169.

⁶⁵ Neste sentido, no âmbito da (candente) questão das “*legislative measures taken against online intermediaries*”, tais como os gigantes “Google”, “Ebay”, “Facebook”, “Wikipedia” que (também) não desenvolveremos, KOHL, UTA, “The rise and rise of online intermediaries in the governance of the internet and beyond – Connectivity intermediaries”, in *International Review of Law, Computer & Technology* (2012), vol. 26, Issue 2-3, *Special Issue: Current Developments in Cyberlaw* (SLS Cyberlaw Section 2011), pp. 185-210; Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, *cruzando reflexivamente* o “*informational self-determination*” com a jurisprudência em matéria de “*privacy policy*”, J. SOLOVE, DANIEL/HARTZOG, WOODROW, “The FTC and the New Common Law of Privacy”, in *Columbia Law Review*, vol. 114 (2014), pp. 683-765; Neste apartado acompanharemos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do Direito Comercial, no que se refere aos *deveres de protecção* do património da sociedade comercial, pelos gerentes e administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) artigo 8.º, n.º 7 do RGIT e do (represtinado) artigo 7.º-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?”, in *Revista Fiscal (RF)*, Vida Económica, Porto, Maio/Junho de 2014 (2014), pp. 25-26; Neste sentido, na doutrina alemã, TEUBNER, GÜNTHER, “Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, II, *Luchterhand, Neuwied*, 980, & 242, n.º 58; Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, BASTOS, MIGUEL BRITO, “Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina (2013), p. 275; Neste sentido, NUNES, PEDRO CAETANO, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina (2013), p. 217.

devida, consubstanciados no *universo de deveres de protecção (Schutzpflichten)* que emergem na esfera jurídica da entidade bancária, sob a forma de um *ónus* de proteger, pelo acesso à informação, e, ainda que de forma *reflexa, mediata*, e, por isso, *instrumental*, o *direito de auto-determinação informacional (informational self-determination)*⁶⁶ do consumidor (*one-shot-player*).

Isto é, desse *círculo de diligência devida* resulta um *especial dever de monitorização*, que labora *instrumentalmente* como *guarda avançada* do *direito de autodeterminação informacional* do consumidor, e, mais remotamente, resulta uma relação de *mútua implicação* entre as *práticas informativas* e a referência imanente à *verdade*⁶⁷, conferindo, assim, expressão prática à “*social function of law*”⁶⁸⁻⁶⁹, e à “*internal morality of law*”⁷⁰⁻⁷¹⁻⁷², que têm como *equivalente funcional*, por um lado, a “*preensão de justiça ou correcção*”⁷³, e, por outro lado, as inerentes “*exigências de equidade*”⁷⁴ de que fala insistentemente a doutrina norte-americana.

7

Conexa à questão da nulidade das cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos de prestação de serviços de pagamentos electrónicos (*homebanking*), que fazem recair o *risco* de mau funcionamento ou avaria dos terminais elec-

⁶⁶ Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo jurisprudencial do *direito de auto-determinação informacional (informational self-determination)*, o acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*US SUPREME COURT*), *United States v. Jones*, de 24/01/2012, disponível em <http://www.supremecourt.gov/>

⁶⁷ Neste sentido, na doutrina alemã, HABERMAS, JÜRGEN, *Erläuterung zur Diskurethik*, Suhrkamp Verlag (1991), pp. 16 e ss.

⁶⁸ Neste sentido, RAZ, JOSEPH, “The Functions of Law”, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 163, pp. 166-167 (1979).

⁶⁹ Neste sentido, KLASS, GREGORY, “Three Pictures of Contract: Duty, Power, and Compound Rule”, in *New York Law Review*, vol. 83, December 2008 (2008), pp. 1727-1733.

⁷⁰ Neste sentido, HART, HERBERT L., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in *Harvard Law Review*, vol. 71, 593, 595-596 (1958).

⁷¹ Esta expressão, em conjunto com outras extraídas do artigo doutrinal referido na nota anterior, deu origem a uma áspera resposta de L. FULLER, LON, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, in *Harvard Law Review*, vol. 71, 630, 650 (1958).

⁷² Recentemente o debate Hart-Fuller foi reavivado num interessante artigo doutrinal de WALDRON, JEREMY, “Positivism and Legality. Harts Equivocal Response to Fuller”, in *New York Law Review*, vol. 83, December 2008 (2008), pp. 1135-1145.

⁷³ Neste sentido, na doutrina alemã, ALEXY, ROBERT, *Begriff und Geltung des Rechts*, Suhrkamp Verlag (1991), p. 443.

⁷⁴ Neste sentido, na doutrina norte-americana, DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Tokyo, New York (1976), p. 22.

trónicos sobre o utilizador do serviço, é a questão de se saber sobre *quem* recai *ónus da prova* de que as operações de pagamento não foram afectadas por avarias técnicas ou por quaisquer outras deficiências.

Na verdade, o Regime dos Sistemas de Pagamento faz – e bem – *impende* esse ónus da prova sobre a entidade bancária (artigo 70.º, n.ºs 1 e 2, do RSP).

Todavia, a questão que a lei processual civil não resolve é a *formatação* da *distribuição* do ónus da prova quando, em matéria de *direito probatório material*, se faça *impende* um ónus probatório a uma *parte processual* ao ponto de a tornar uma prova *diabólica, negativa*, e, por isso, *impossível*, – é aqui que, pensamos, avulta a (candente) questão da *distribuição dinâmica do ónus da prova* e da sua precípua relevância em matéria de Direito Bancário, e, mais concretamente, quando, como no caso concreto decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, na *relação obrigacional complexa* se interponha um consumidor-não profissional (*one-shot-player*).

Com efeito, fará sentido que, em matéria de *ónus da prova*, se coloque o *consumidor* na posição/necessidade de *produzir* prova perante o mau funcionamento de um sistema informático complexo da entidade bancária e que não *domina*?

Cremos bem que não.

Na verdade, no plano de *direito material*, é consabido que a *qualificação jurídica* de um contrato exige tanto um *juízo primário*, quanto um *juízo secundário*, e, quando entrem em *conflito*, prevalecerá aquele que encontre predominância na “*ratio juris*” e na natureza das coisas, bem como nas *consequências concretas* que os respectivos resultados venham a trazer à questão⁷⁵.

O que significa que, no plano de *direito processual*, a ordem jurídica estadual regula um *sistema de normas de conduta* que tem por função *disciplinar* a actuação dos sujeitos processuais mormente no que respeita aos inerentes, e, por vezes, inevitáveis, *conflitos de interesses*, introduzindo, para o efeito, notas típicas de *imperatividade e coercibilidade*⁷⁶.

A *imperatividade* quadra-se com a existência de *normas permissivas* que, em lugar de imporem *deveres*, conferem *poderes*, públicos ou privados, de actuação, de cujo exercício pode resultar uma *nova pauta de direitos e de deveres*.

Assim, as *normas imperativas* e as *normas permissivas* são *normas primárias de conduta* e estas são aquelas que directamente regulam o jogo dos interesses dos

⁷⁵ Neste sentido, OLIVEIRA, MADALENA PERESTRELO DE, “A “inexigibilidade” na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia”, in *O Direito*, Ano 145.º (2013), vol. III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra (2014), p. 539.

⁷⁶ Sendo esta *nota típica* geralmente associada às *normas jurídicas primárias*, neste sentido, na doutrina alemã, ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994, p. 31.

sujeitos processuais, *ordenando* ou *permitindo* comportamentos no âmbito do direito material⁷⁷⁻⁷⁸.

Ora se assim é, e se, como acima vimos, no âmbito do direito material (Direito Bancário) assiste uma *especial protecção do consumidor*, por que razão, sendo o direito processual civil *instrumental* em relação ao direito material, se *exigiria*, ao consumidor, no plano processual, um *ónus probatório* que, na prática, *esvaziaria* aquele *escopo protector (Schutzwirkung)* que lhe é conferido em sede de direito material?

Na verdade, o referido *escopo protector (Schutzwirkung)* do *consumidor* encontra, num plano homólogo, expressão prática nos mecanismos simplificadores da actividade probatória do *lesado* em matéria da responsabilidade civil por acto médico⁷⁹.

Os referidos mecanismos simplificadores da actividade probatória do lesado, consubstanciam-se através da prova de determinados elementos fácticos – *de (mais) fácil demonstração pelo doente – possibilitam* que o juiz se convença, à luz de um raciocínio dedutivo, da reunião dos pressupostos típicos da responsabilidade civil – *cuja prova se revela mais difícil*⁸⁰.

Com efeito, trata-se de mecanismos que apresentam uma acentuada afinidade com as *presunções judiciais*⁸¹⁻⁸²⁻⁸³ que auxiliam o juiz no procedimento

⁷⁷ Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “Sobre o conceito de acto processual”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra (2012), p. 150.

⁷⁸ Referindo expressamente a *relação de instrumentalidade* que medeia o direito processual e o direito material, na doutrina alemã, o notável estudo de MEDICUS, DIETER, “Anspruch und Einrede als Rückgat einer zivilistischen Lehrmethode”, in *Archiv für die zivilische Praxis*, 174 (1974), p. 316.

⁷⁹ Desdobrando a actividade médica em *obrigações fragmentárias de actividade* e *obrigações fragmentárias de resultado*, MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE DE, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Abril/Junho 2013, CEJUR, Coimbra Editora, Coimbra (2014), p. 69.

⁸⁰ Neste sentido, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, «A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato», in *Revista do CEJ*, 1.º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra (2013), p. 28.

⁸¹ Sobre as *presunções judiciais*, referindo-se expressamente ao seu funcionamento (artigo 351.º, do Código Civil); Neste sentido, SILVA, JOÃO CALVÃO DA, “As presunções judiciais e os arts. 712.º, 722.º e 729.º do Código de Processo Civil”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 135.º, 3935, Novembro-Dezembro 2005, Director: Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra (2006), pp. 127-128.

⁸² Que, como bem refere autorizada doutrina nacional, “*não importam uma inversão do ónus da prova*”; Neste sentido, FARIA, RITA LYNCE DE, *A inversão do ónus da prova no Direito civil português*, Lisboa, Lex (2001), p. 36.

⁸³ Neste sentido, defendendo, em matéria de prova difícil ou impossível, o *recurso a presunções judi-*

complexo – que envolve “uma rede de inferências racionalmente fundada” – de escolha da “melhor” narração dos factos⁸⁴.

É neste quadro temático que, em outros ordenamentos jurídicos⁸⁵, se inscreve a importância do recurso às máximas da experiência resultantes da regra do “*id quod plerumque accidit*” em Itália⁸⁶; à *prova prima facie* ou de *primeira aparência* (*Anscheinbeweis*)⁸⁷⁻⁸⁸ na Alemanha; e às *presunções “graves, precisas et concordantes”* (artigo 1353.º, do *Code Civil*) em França⁸⁹.

Diferentemente, o nosso Código Civil de 1966, seguindo o exemplo do BGB alemão, preocupa-se em delimitar, em termos inequívocos, a diferença entre *facto constitutivo* e *facto impeditivo* (artigo 342.º, n.ºs 1 e 2, do CC). De harmonia com a denominada *teoria das normas*⁹⁰, que teve em Leo Rosenberg o principal arauto, há que identificar o que é a *regra* e o que é a *excepção* na norma de direito substantivo e esta tarefa está facilitada quando a *excepção* é introduzida por palavras como “*excepto*”, “*salvo se*”, “*a não ser que*”, “*mas*”, constantes, nomeadamente, e sem preocupação de exaustividade, *e.g.*, nos artigos 491.º, 492.º, 505.º, 570.º, 919.º e 921.º, n.º 3, todos do Código Civil.

Assim, à luz da *teoria das normas*, a identificação dos *factos constitutivos* e *impeditivos* faz-se por interpretação das normas de direito substantivo, nomeadamente por distinção, no *Tatbestand* duma norma, entre o que constitui a *regra*

ciais, o artigo doutrinal de FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra (2013), p. 833.

⁸⁴ Neste sentido, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, «A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pro damnato», cit., p. 28.

⁸⁵ Quanto a este aspecto, no âmbito da responsabilidade civil por acto médico, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 38, Abril/Junho 2012, CEJUR, Coimbra Editora, Coimbra (2012), pp. 23-24.

⁸⁶ Neste sentido, por todos, na doutrina italiana, QUADRI, ENRICO, “Profili della Responsabilità Medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive”, in *RcP*, vol. LXIX (2004), pp. 328-335, também disponível em srsn.com.

⁸⁷ Neste sentido, MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, Coleção Teses, Tese de Doutoramento, p. 247, nota 429.

⁸⁸ Na doutrina alemã, acerca do cumprimento do ónus da prova na responsabilidade civil médica, GRAF, UTE, *Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess*, VVF, München (2001), pp. 234 e ss.

⁸⁹ Neste sentido, por todos, na doutrina francesa, JOURDAIN, PATRICE, “Responsabilité Civile”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Juillet/Septembre 2008 (2008), pp. 492 e ss.

⁹⁰ Exposta superiormente, de forma notável, por ROSENBERG, LEO, *Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Beck, München, 1963, pp. 124-168.

(*facto constitutivo*)⁹¹ e o que constitui a *excepção (facto impeditivo)*⁹²; sendo que, na dúvida, consideram-se os *factos* como constitutivos do direito (artigo 342.º, n.º 3, do CC).

Todavia, à análise da norma de direito substantivo não deve presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a *falta de clareza* da norma de direito substantivo, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina processualista propugna o recurso a “*elementos racionais*”⁹³, cuja acuidade, adscrevemos nós, mais se faz sentir em campos temáticos baseados em *conhecimentos científicos*⁹⁴, onde se divisem *direitos dos consumidores* – a parte mais frágil –, cujo *ónus probatório*, onde a *prova* se afigure *difícil*⁹⁵, ou mesmo *impossível*,⁹⁶ toldaria, como acima se apontou, o naipe de *direitos subjectivos* que lhe foram conferidos pelo *direito substantivo*.

Por isso se compreende a razão pela qual a doutrina advogue, nos casos de *dificuldade manifesta* na prova de determinados factos, a *inversão do ónus da prova* (artigo 344.º, n.ºs 1 e 2, do CC) ou, pelo menos, uma *redistribuição mais equilibrada do ónus da prova*⁹⁷, e, no âmbito desta, a mobilização da *teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova*.

De acordo com a *teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova*, cujo precursor, no seu desenho actual, foi o processualista argentino Jorge W. Peyrano, o *ónus probatório* deveria ser *distribuído* não por causa da *função* que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função do conceito de *prova mais*

⁹¹ Neste sentido, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Almedina, Coimbra, Coleção Teses, Dissertação de Doutoramento (2004), p. 275.

⁹² Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “O ónus de denunciar o defeito da empreitada no art.º 1225.º, do Código Civil: O Facto e o Direito na interpretação dos documentos”, in *Estudos sobre o Direito Civil e Processo Civil*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra (2010), p. 443.

⁹³ Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho 2010, CEJUR, Coimbra Editora, Coimbra (2010), p. 24, nota 14.

⁹⁴ Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, cit., pp. 811-813.

⁹⁵ Procedendo à indicação dos *factos difíceis de provar*, na doutrina argentina, W. PEYRANO, JORGE, “La prueba difícil”, in *Debido Proceso-Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*, AAVV, Buenos Aires (2003), pp. 329-330.

⁹⁶ Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 93, Maio/Junho 2012, CEJUR, Coimbra Editora, Coimbra (2012), p. 11.

⁹⁷ Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, cit., p. 25.

fácil, atribuindo-o, especificamente, à parte que está casuisticamente em *posição mais favorável* de o demonstrar⁹⁸.

Deste modo, a *concreta* distribuição do *onus probatório* deve autonomizar-se da *natureza* que os *factos* assumem no desenho processual (*factos constitutivos* ou *impeditivos*) *quando e se* essa natureza *tornar impossível* ou *difícil a prova* desses factos naturalísticos⁹⁹.

Como bem afirmam Jorge Morais Carvalho/Micael Teixeira, esta ideia justifica-se dado que, deste modo, se estimula a *efectiva produção de prova* e a *procura da verdade material*, onerando a parte com maior *facilidade probatória*, bem como se promove a *igualdade material* entre as partes, dando a ambos *maior igualdade* na possibilidade de fazerem valer a posição em juízo. Isto porque a parte com *maior facilidade probatória* pode efectivamente demonstrar a versão do facto que lhe aproveita e a parte contrária, apesar de ter menor facilidade em provar, pode *sempre* beneficiar de uma decisão de *onus da prova*, caso a outra parte não consiga *realizar a prova*.¹⁰⁰

No caso concreto, a teoria da *distribuição dinâmica do ónus da prova* seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de *onus da prova* a cargo do consumidor quanto ao *mau* funcionamento do sistema informático de *homebanking*, porquanto é o prestador de serviços de *homebanking* quem tem maior *facilidade* em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a *utilização fraudulenta* do serviço de *homebanking* por parte de terceiros *não se deveu* ao mau funcionamento do sistema informático, como bem decidiu, aliás, ainda que com fundamentação diferente, o Supremo Tribunal de Justiça.

Esta conclusão é reforçada pela asserção de estarem em causa *factos pessoais* do prestador de serviços de *homebanking* (emergentes dos *deveres de protecção* do património e do *direito de auto-determinação informacional* dos utilizadores do serviço de *homebanking*, e, ainda, do *dever de monitorização* do sistema informático de prestação de serviços de *homebanking* que dele se desdobra): *este* está em *melhores condições* do que qualquer outro (incluindo o consumidor) para os trazer ao processo, na medida em que são *factos* pertencentes à sua “*esfera de risco*”¹⁰¹, entendido como critério suplementar de *distribuição do ónus da prova*, ou, melhor

⁹⁸ Neste sentido, TEIXEIRA, MICAEL, *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa (2012), pp. 49 e ss.

⁹⁹ Neste sentido, muito recentemente, W. PEYRANO, JORGE, “La prueba difícil”, in *Civil Procedure Review*, vol. 2, n.º 1, January/April, 2011 (2011), pp. 86-96.

¹⁰⁰ Neste sentido, CARVALHO, JORGE MORAIS/TEIXEIRA, MICAEL, “Crédito ao consumo-ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Abril/Junho 2013, cejur, Coimbra Editora (2013), Coimbra, pp. 47.

¹⁰¹ Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, cit., p. 22, nota 10.

dizendo, ao “*círculo de vida*” em que o facto se produz¹⁰²⁻¹⁰³: é a consagração da denominada *teoria das esferas de risco*¹⁰⁴, que preconiza uma *ligação umbilical* entre o *ónus da prova* e a dicotomia obrigações de meios/obrigações de resultado¹⁰⁵, e cuja aplicação (até agora) cingida à responsabilidade civil por acto médico, poderá ser mobilizada para o âmbito do Direito Bancário¹⁰⁶.

Porquanto, por um lado, no plano de direito substantivo, só desse jeito será possível repor a *equivalência subjectiva* entre a *prestação* e a *contraprestação* contratualmente fixada pelas partes¹⁰⁷⁻¹⁰⁸⁻¹⁰⁹, e, por outro lado, no plano de direito adjectivo, garantir a prossecução do *princípio da efectividade*¹¹⁰, do *dever de verdade processual*¹¹¹⁻¹¹², e da *justa composição do litígio em prazo razoável*¹¹³, enquanto corolários do princípio da *celeridade*¹¹⁴ e da *economia processuais*¹¹⁵.

Praia da Vitória (Terceira, Açores), 25 de Abril de 2014.

¹⁰² Neste sentido, na doutrina alemã, BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag (1995), p. 218.

¹⁰³ Neste sentido, entre nós, monograficamente, MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Lex (2000), p. 134.

¹⁰⁴ Neste sentido, MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, cit., p. 137.

¹⁰⁵ Neste sentido, na doutrina alemã, pioneiramente, PRÖLSS, J., *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR (1964), 33 (A), pp. 901-906.

¹⁰⁶ Parecendo expressar a admissibilidade de aplicação da *teoria das esferas de risco* a outros âmbitos temáticos, MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE LURDES, “Obrigação de meios, obrigações de resultado e custos de produção”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, Coordenador: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra (2012), p. 1012.

¹⁰⁷ Neste sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie”, in *O Direito*, Ano 144.º (2012), vol. III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra (2013), p. 669.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, na doutrina alemã, CANARIS, CLAUS-WILLEM, “Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungsrecht des BGB”, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, Beck, München (2002), pp. 4-5.

¹⁰⁹ No mesmo sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A prestação restitutória em valor na resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra (2012), p. 703.

¹¹⁰ Neste sentido, MESQUITA, MIGUEL, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, 3983, Novembro-Dezembro 2013, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra (2013), p. 143.

¹¹¹ Neste sentido, RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, “Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, vol. III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra (2013), p. 669.

¹¹² Neste sentido, RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, “Desígnios do “novo” Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 145.º (2013), vol. IV, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra (2014), p. 814.

¹¹³ Neste sentido, SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Julho/Setembro 2013, CEJUR, Coimbra Editora, Coimbra (2013), p. 10.

¹¹⁴ Neste sentido, ALEXANDRE, ISABEL, “A fase de instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 134, Ano 34, Abril-Junho 2013, Coimbra Editora, Coimbra (2013), p. 21.

¹¹⁵ Neste sentido, REGO, CARLOS LOPES DO, “O Princípio do Dispositivo e os Poderes de Convolação do Juiz no Momento da Sentença”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra (2013), p. 833.

A Filosofia de Locke e os Direitos Individuais do Homem

DR.^a. MARIA MARGARIDA CANDEIAS*

SUMÁRIO: I. O Paradigma da Conceção Liberal do Estado com John Locke e os Direitos Individuais do Homem: a. Origem do poder político, estado de natural e igualdade; b. A Propriedade para John Locke; c. Revolução e Direito de Resistência em Locke: o “refúgio de Deus”. II. Algumas notas críticas ao liberalismo. III. A Genealogia dos Direitos Humanos: em busca da matriz inglesa e francesa. IV. Conclusão.

I. O Paradigma da Conceção Liberal do Estado com John Locke e os Direitos Individuais do Homem

“Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se ele é senhor absoluto da sua própria pessoa e das suas posses, se ele é igual ao maior dos homens e não está sujeito a ninguém, porque razão renunciaria à sua liberdade, a esse império, e se sujeitaria ao domínio e controlo do outro poder?”¹

John Locke (1632-1704), nasceu em *Wrington*, perto de *Bristol*, no seio de uma família remediada. O seu pai combatera na Guerra Civil e toda a família apoiara a causa dos adversários de Carlos I. Locke estudou em *Westminster School*, em Londres e depois na Universidade de *Oxford*, um bastião da autoridade monárquica e da ortodoxia religiosa. Em 1652, ingresso no Colégio *Christ Church*, período em que a Universidade de *Oxford* foi sujeita a purgas político-religiosas, pelo poder político da época. Foi por esta altura que publica o

* Advogada. Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ *Dois Tratados do Governo Civil*, Edições 70, 2006, II, § 123, p. 315. É possível interpretar esta passagem no sentido da afirmação de que o homem não está sujeito a ninguém porque é senhor absoluto da sua pessoa. Neste caso, teríamos de admitir que Locke prescinde da tese segundo a qual o homem é propriedade de Deus e assume plenamente o homem como proprietário de si mesmo.

seu primeiro texto, um poema de louvor a *Cromwell*, pela sua vitória na Guerra contra a Holanda, em 1653.

Em *Oxford*, recebeu a instrução tradicional da filosofia aristotélica. Porém, desenvolveu em paralelo um interesse pela medicina e pela filosofia “natural”, que nunca mais o abandonaria. Estes interesses intelectuais acabariam por transformar a sua vida pessoal.

Após a restauração da monarquia em 1660, Locke iniciou a sua carreira como autor, dedicando-se à composição de obras sobre temas que sempre o acompanharam: A lei natural, o governo civil, e a tolerância. Porém, nenhum destes escritos seria publicado. Em 1663, decide não professar votos religiosos, ficando assim para trás uma carreira académica em *Oxford*, pois eram raros os lugares disponíveis para leigos. Opta então por estudar medicina, o que viria a ser decisivo para a sua vida pessoal e intelectual. O primeiro momento da sua obra situa-se assim na juventude, onde escreveu oito Ensaios sobre a Lei Natural, redigidos em latim, entre 1660 e 1664. Estes mativeram-se inéditos até 1954².

O ano de 1666, seria crucial. Locke foi convocado para examinar clinicamente o Conde de *Shaftesbury*, *Anthony Ashley Cooper*, grande figura política inglesa na pós-restauração, que padecia de uma doença de fígado. A partir desse momento, estabeleceu-se uma amizade que só terminaria com a morte de *Ashley*. John Locke instalou-se em Londres, com a família do Conde, desempenhando funções de seu médico pessoal, secretário, conselheiro político e até tutor dos descendentes da casa *Ashley*. Este chegaria a *Lord Chancellor* de Carlos II, em 1672, mas não duraria muito tempo no cargo. Tornar-se-ia líder da oposição “*Whig*”, aos desígnios dos irmãos Stuart, que projetava o derrube da dinastia, que oprimia o povo inglês e as suas liberdades.

O agudizar da tensão política em Inglaterra³ e da repressão da oposição às políticas do Monarca, num clima de conspiração muito perigoso, faz John Locke perceber que não estaria seguro em Inglaterra. Foi obrigado a passar à clandestinidade mesmo no país do seu exílio, a Holanda. Foi perseguido, porque mesmo nesse país, era vasta a presença de agentes, do agora Rei Jaime II. Foi durante este interregno que aprimorou o Ensaio sobre o Entendimento Humano (1690) e compôs as Cartas sobre a Tolerância (1689, 1690 e 1682),

² Pode consultar-se a edição castelhana, *Ensayos sobre la Lei Natural*, com crítica de Isabel Ruiz-Galardon Garcia de la Rasilla, Madrid, 1998.

³ Para que possamos compreender a evolução de todo o panorama constitucional inglês, devemos consultar na íntegra a obra, *The Constitutional History of Modern Britain, 1485-1951*, de Sir David Lindsay Keir, Fifth Edition, revised, Adam and Charles Black, London, 1955.

duas das suas obras mais influentes. Contudo, na Holanda, preparava-se a derradeira e grande conspiração contra o domínio Stuart.

Em Novembro de 1688, Guilherme de Orange invadiu a Inglaterra, Jaime II fugiu de Londres, e o *Convention Parliament* oferecem a Guilherme e sua esposa Maria, a coroa inglesa. Após a consumação da “Revolução Gloriosa”, Locke regressa a Londres e neste ambiente de liberdade e segurança, publica as suas principais obras: Ensaio sobre o Entendimento Humano (1690)⁴, Dois Tratados do Governo Civil, anonimamente (1689)⁵⁻⁶, Alguns Pensamentos sobre a Educação (1693)⁷ e *The Reasonableness of Christianity*, anonimamente (1695)⁸.

Em 1704, aos setenta e dois anos “(...) morria tranquilo e sem ostentação, Locke, este homem fraco, cujo espírito tão claro, tão engenhoso, mais claro e engenhoso do que profundo e poderoso, soubera trazer a um mundo fatigado de direito divino, de teologia e de sistemas metafísicos – exactamente o alimento intelectual do qual este mundo tinha necessidade.”⁹

Nos oito Ensaios sobre a Lei Natural escritos no século XVII, o pensamento de Locke revela-se um pouco imaturo e com um pendor escolástico-tomista, “(...) não só no modo formula os diversos problemas de que se ocupa como, também, nas respostas que lhes dá, embora subjacente a estas se encontre já a doutrina gnosiológica sensista que, um quarto de século mais tarde, virá a desenvolver na sua obra capital.”¹⁰

Locke parte da ideia de que as leis naturais, a que também o homem se encontra sujeito, expressam a vontade de Deus, criador e ordenador do Mundo. Direito natural e lei natural mereceriam uma distinção. O primeiro

⁴ Edição em português, vols. I e II, da Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª ed., 2008.

⁵ Edição em português, das Edições 70, 2006. Distinguem-se duas partes nesta obra, a primeira das quais, de pura controvérsia com Filmer, é a menos importante. A segunda, é a que constitui o clássico ensaio, uma espécie de cartilha do liberalismo.

⁶ Deve analisar-se a este respeito, um estudo muito interessante sobre a temática do governo civil em Locke, de William Graham, *English Political Philosophie, from Hobbes to Maine*, 6.ª ed., Edward Arnold & CO., 1926, pp. 50-87.

⁷ Obra também em língua portuguesa, da Ed. Almedina, Coimbra, 2012.

⁸ Cfr. esta obra, versão original, The Clarendon Edition, Oxford University Press, 1999. As doutrinas aqui expostas por Locke eram de molde a fortalecer as posições do racionalismo. Pode ser esta a razão que leva muitos historiadores a incluir o nome deste filósofo entre os deístas. Vide a respeito a obra de Leonel Franco, *A Crise do Mundo Moderno*, Pro Domo, Lisboa, MCMXLV, pp. 105, 107, 109, 110 e 120.

⁹ Cfr. Jean-Jacques Chevalier/Yves Guchet, *As Grandes Obras Políticas, De Maquiavel à Actualidade*, Biblioteca das Ideias, Publicações Europa-América, 2004, p. 106.

¹⁰ São as palavras de António Braz Teixeira, *Situação de Locke no Jusnaturalismo*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, vol. I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 162.

referiria-se ao livre uso das coisas, ideia fulcral do individualismo possessivo¹¹, que mais tarde, seria um postulado da sua filosofia. A lei natural, por seu lado, seria expressão da vontade divina que o homem descobre pela luz natural e lhe prescreve o caminho mais de acordo com sua natureza racional. Deste modo, a razão seria “*intérprete e não criadora da lei natural, pois esta teria em Deus a sua fonte.*”¹²

Deste modo, para Locke, a lei natural não seria inata, nem estaria inscrita na mente dos homens, resultava sim, o seu conhecimento, das noções que a razão extraí, por via dedutiva, dos conhecimentos que lhe proporciona a experiência sensível. A razão estabeleceria as regras morais da lei natural, regras essas intrínsecas à própria natureza humana. Afinal quem criou o homem foi Deus. É por isto que todos os homens estariam moralmente vinculados à lei natural, cuja força obrigatória é perpétua e universal¹³. Se a fonte originária da lei natural repousa na vontade divina, parece-lhe lógico afirmar que a força obrigatória de qualquer lei positiva advém do poder de obrigar da lei natural. Por isso identifica a justiça como a principal lei natural que obriga toda a sociedade¹⁴.

Nesta conceção inicial, o autor ainda está distante da ideia de estado natural como o gérmen de todo o edifício pactista e conseqüentemente, da construção da sociedade política. Nesta altura, sustenta ainda que aquilo que conduz os homens a procurar e a preservar a vida em sociedade é a experiência da vida e as necessidades tais como a inclinação da natureza que, tal como obriga cada homem a conservar-se a si próprio, o leva também a preservar e a manter a sociedade pelo dom da palavra e da linguagem¹⁵.

¹¹ A este respeito Cfr. a obra de C. B. Macpherson, *A Teoria Política do Individualismo Possesivo de Hobbes até Locke* (1962), Trad. Bras., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979.

¹² Braz Teixeira, *Situação de Locke...*, de novo, p. 162. A lei natural seria a verdadeira lei dado que nela concorrem todos os elementos da lei. A lei como um imperativo de uma vontade superior, vontade divina, que obriga dos homens e determina o que devem ou não fazer, sendo apenas conhecida por eles através da luz natural, isto é, pelo uso correto do entendimento, da razão e da percepção sensível.

¹³ *Idem...*, p. 163.

¹⁴ O pensamento jusnaturalista do jovem Locke, acolhe nesta altura elementos da tradição medieval, em especial a distinção que faz entre dois tipos de preceitos da lei natural, os que considera absolutos e obrigam todos os homens por igual, e os que não o são e que, respeitam às diferentes condições dos homens e às relações entre eles, que apenas os vinculam na medida das funções que desempenham (públicas ou privadas).

¹⁵ Cfr. a ob. já cit., *Ensayos sobre la Lei Natural...*, pp. 81-161. Braz Teixeira, *Situação de Locke...*, de novo, p. 164. Neste sentido, este autor cita ainda, N. Bobbio, *Locke e o Direito Natural*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, pp. 109-131.

John Locke apaixonou-se perdidamente pela liberdade. O “*poder de suspender a execução e a satisfação*” dos desejos é a fonte da liberdade humana, pois segundo o próprio, permite “*considerar os seus objectos, examiná-los de todos os ângulos e compará-los*” É aqui que se baseia a liberdade que o homem possui¹⁶. É o “*juízo*” racional que determina a conduta do homem livre¹⁷.

Por isso, podemos dizer, que a liberdade para Locke, repousa numa concepção da vontade que não é um poder exclusivamente ativo, nem exclusivamente passivo, nem absolutamente determinado, nem isento de todo e qualquer condicionamento. Viver sob o império das leis¹⁸, que têm por missão proteger os direitos individuais essenciais do homem, é viver em paz, em liberdade e em igualdade. Só por causa disto valerá a pena, o homem consentir na formação da sociedade política e dar legitimidade a um governo que o preserve a si e à comunidade política.

Sílvia Alves diz deste filósofo que “*a preocupação omnipresente em proteger os homens do poder político, reduzindo o campo de ação dos governos, assim como o entendimento segundo o qual o poder e o direito se alicerçam no consentimento, permitem, isso sim, considerar Locke como fundador do liberalismo democrático*”¹⁹

Dois Tratados do Governo Civil constitui a obra política cardeal na filosofia do autor. Sílvia Alves considera ainda que na mesma obra, “*(...) que exerceu uma influência indelével na Europa e na América, os direitos do homem permanecerão intransponíveis pelo poder político.*”²⁰

O primeiro dos Tratados do Governo Civil é uma leitura obrigatória para quem quer compreender o liberalismo europeu. Apesar de ser uma refutação morosa e repetitiva dos princípios políticos de um autor, de nome *Robert Filmer* (1588-1653)²¹, que apenas foi salvo do esquecimento histórico graças precisamente à crítica de Locke. Em certo sentido, conhecer o patriarcalismo

¹⁶ Cfr. a obra já antes cit. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*, II, xxi.48.

¹⁷ *Idem...*, II, xxi.49-52, 71.

¹⁸ Esta parece uma das principais coordenadas a retirar da análise que Jeremy Waldron, faz da obra de Locke, em *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 63-91.

¹⁹ Cfr. o artigo doutrinário da ilustre Professora, *As Raízes Setecentistas dos Direitos Humanos*, p. 9, que ainda se encontra em processo de publicação, mas que gentilmente nos cedeu para o nosso estudo.

²⁰ *Idem...*, p. 6.

²¹ A principal obra de Robert Filmer, *Patriarcha or the Natural Power of Kings*, Robert Chiswell, London, 1680.

filmeriano²²⁻²³ é conhecer uma das grandes alternativas àquilo que, de forma simplificada podemos designar por liberalismo²⁴.

Locke dá-nos a hipótese de entender que a teoria política liberal se estruturou na consciência de que tinha rivais, de que havia caminhos alternativos à sua proposta de organização da vida política e moral. Cabral de Moncada descreve John Locke como “(...) o homem que, antes de nenhum outro, foi o portador mais autorizado e mais influente desta nova ideia - o pai espiritual do liberalismo moderno.”²⁵ Locke é ao mesmo tempo um ponto de chegada e um ponto de partida. Nele “(...) a história contemporânea toma pela primeira vez consciência de si mesma²⁶.”

Locke foi, de certo modo, muito antes de Kant, o primeiro entre os modernos a trocar as especulações metafísicas pela análise de uma questão prévia: a da origem, certeza e extensão do conhecimento humano. Esta questão, parece ser para o filósofo, o primeiro problema da filosofia. Concebia o conhecimento não era para ele, o mesmo que uma razão ilimitada. Pelo contrário, esta razão seria limitada no homem em face da vasta extensão de coisas que o rodeiam no universo. O conhecimento, do qual tentava averiguar a origem, a amplitude e a certeza, era mais modesto. Era aquele conhecimento que Deus tinha entendido dever dar ao homem só para as conveniências da vida e sua informação das virtudes que era preciso praticar. Aquilo que Deus pôs ao alcance do espírito humano foi só uma capacidade de prover à sua vida e de achar os meios para outra melhor²⁷.

Nesta matéria o autor deixa bem assente a sua doutrina: - A mais nobre função e atividade do espírito humano é, a do entendimento ou conhecimento racional, com que o homem se eleva à posse das verdades especulativas; - a filosofia é vista como conhecimento das coisas. Mas esta acha-se sepultada sob “(...) uma aluvião de pseudo-conceitos e de palavras em sentido (alusão à escolástica) que

²² Para conhecer os fundamentos desta corrente, que não vamos expor nesta sede, deve ler-se a introdução à obra, *Dois Tratados do Governo Civil*, das Edições 70, Lisboa, 2006, a cargo de Miguel Morgado (que também a traduziu), XV-XXI.

²³ O seu sistema, segundo Locke (1.º Tratado, Cap. I, § 2.º, ob. cit., p. 96), teria um alcance muito reduzido, não sendo mais do que isto: “(...) Que todo o governo é uma monarquia absoluta”; “(...) Que nenhum homem nasce livre.”

²⁴ Acompanhar a crítica de Locke a Filmer permite decantar profundamente as origens intelectuais do liberalismo. Para compreender o liberalismo é preciso determinar e estudar os seus inimigos. No pensamento de Locke parece haver apenas duas grandes alternativas à teoria política da liberdade natural: o patriarcalismo e a força brutal exercida na conquista.

²⁵ Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I, Coleção Stvdivim, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1947.

²⁶ É o que diz Armando Carlini, *La Filosofia di G. Locke*, 2.ª ed., vol. 2, Riveduta, Vallecchi Editore, Firenze, 1928.

²⁷ Cfr. a obra já cit. antes, *Ensaio sobre o Entendimento Humano...*, Liv. I, Cap. I, § 5.º

é preciso destruir, para que ela se torne digna do século que Locke vivia”²⁸, da “*Commonwealth of learning*”, ilustrada, como ele dizia, por nomes como os de Boyle, Huygens e do “(...) incomparável Mr. Newton”²⁹.

Para isso, era necessário portanto averiguar qual a origem das nossas ideias. Ora, o objeto do Ensaio sobre o Entendimento Humano é precisamente tentar demonstrar que não há ideias inatas. Não tarda em concluir que todas as nossas ideias vão afinal beber a sua origem, aos sentidos e às sensações.³⁰ Sobre moral e religião, também aqui parte dum consumado empirismo na base da aquisição de todas as noções éticas e religiosas do nosso espírito como factos psicológicos. Aqui igualmente rejeita as ideias inatas. As verdades morais, atestadas pelo consenso universal dos povos, a começar pela ideia de Deus, nada teriam de inato, pois são identificadas como aquisições do espírito, nele lentamente gravadas através da educação, do hábito, e da tradição. Segundo ele existem povos que não possuem nenhuma ideia de Deus³¹.

Em busca das origens do entendimento humano, conclui que tudo se reduz afinal a um jogo de elementos simples e factos psicológicos rudimentares que, na sua combinação, explicam depois, geneticamente, os conteúdos das formas superiores da vida da alma, elaborados através da sensação e da reflexão e como que selecionados por meio de um critério de utilidade da própria vida. Apesar do seu empirismo, não deixava de ser um intelectual, um racionalista e até há quem lhe chamasse um “*realista em metafísica*”³². Acreditava em Deus e em valores absolutos. Era um crente sincero, educado no calvinismo. Estava dis-

²⁸ Cfr. Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado...*, ob. cit., p. 206.

²⁹ Cfr. a obra já cit. antes, *Ensaio sobre o Entendimento...* na carta ao leitor que serve de introdução à obra referida.

³⁰ Locke classificava as ideias em simples e compostas e admitia como fontes das primeiras a sensação e a reflexão, a percepção externa e interna. Por sensação, entendia as nossas representações do mundo dos corpos, transmitidas pelos sentidos, e, por reflexão, o nosso saber algo acerca das atividades da alma, provocadas pelas sensações. Se, psicologicamente, as sensações eram assim condição e pressuposto para a reflexão, de facto, todo o conteúdo das nossas mais variadas representações provinha, em última análise, das sensações, não sendo a reflexão outra coisa senão a consciência que temos das funções exercidas sobre esse conteúdo.

³¹ Cfr. a obra já cit. antes, *Ensaio sobre o Entendimento Humano...*, Liv. I, Cap. 2, § 8.º Entre os exemplos aí citados a respeito, figuram os índios do Brasil.

³² Cfr. de novo, Cabral de Moncada, *Filosofia ...*, p. 209.

tante do fenomenismo de Hume, do utilitarismo de Bentham ou do moderno pragmatismo americano^{33,34}.

Da sua obra transparece uma dialética³⁵ constante entre por um lado, o empirismo e por outro lado, o racionalismo. De novo neste ponto, a mesma dualidade da sensação-reflexão, emerge sob a forma de uma combinação ou justaposição entre o conceito de lei natural e eterna, com certos conteúdos éticos, e os postulados do mais tenaz e radical individualismo³⁶.

Enquanto que para Hobbes, os homens, ao fundarem a sociedade política, transferiram para o soberano, todos os seus direitos, o seu *jus in omnia*, despojando-se deles e originando a monarquia absoluta, em Locke isso não sucede. Para este, os homens têm certos direitos inalienáveis, e é só para melhor garantia de tais direitos, como fim, que eles consentem em transferir para a comunidade ou para o Estado, como meio, certos outros. Se as ideias de estado de natureza e contrato social serviram a Hobbes para fundar um Estado absoluto e totalitário, conforme referimos, estas mesmas ideias serviam agora a Locke para ele fundar um Estado Liberal e eminentemente limitado.

Se o primeiro fundava um Estado-máquina e uma liberdade política, só possível pela absorção dos indivíduos dentro dele, o segundo fundava um Estado, mero instrumento do indivíduo e uma liberdade política só definível, como limite inultrapassável da ação do mesmo Estado: “(...) o fim da lei não é abolir ou restringir a liberdade, mas preservá-la ou ampliá-la. Onde não há lei, não há liberdade (...), porquanto a liberdade consiste em não sofrer restrições e violência dos outros, o que é impossível na ausência da lei.”³⁷ É justo que se diga de Locke, que é com ele, que começa verdadeiramente o entendimento moderno da lei³⁸.

³³ Não obstante, Cabral de Moncada considera que está na origem de todas estas doutrinas e é o “(...) pai espiritual de todas elas, bem como de toda a psicologia associativista radical que, já representada anteriormente por Hobbes, se veio a desenvolver sobretudo depois dele. Admite ainda uma misteriosa reflexão como potência do espírito e fonte autónoma das ideias.” Ibidem...

³⁴ A solução dada por Locke ao problema do conhecimento ficou sepultada em considerações de psicologia, sem atingir a crítica das próprias funções do intelecto. O seu realismo ficou hesitante sobre o seu idealismo subjetivo. Os seus intelectualismo e racionalismo entraram em conflito com todos os momentos empiristas, utilitários e pragmatistas do seu pensamento. No fundo, toda a metafísica ficou esmagada sob a aluvião das suas preocupações nominalistas e positivistas, próprias de um britânico burguês, cauteloso e de bom-senso.

³⁵ Cabral de Moncada, na ob. cit., em nota anterior, não lhe chama dialética mas chega mesmo a falar em “contraditório” existente na raiz do pensamento de Locke. Vide p. 210.

³⁶ Idem... p. 211.

³⁷ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. Cap. VI, § 57, p. 271.

³⁸ Neste sentido, cfr. a obra já cit. de Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei, A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976...*, p. 91.

Esses direitos inalienáveis do indivíduo eram, antes de tudo, a propriedade privada, a vida e a segurança pessoal, o direito de resistência e a liberdade de consciência e religião³⁹. O homem não pode entregar-se ao Estado sem condições, por ser já ele propriedade de Deus. Renunciar a este mínimo de liberdade seria destruir-se⁴⁰.

Locke vê no gozo pacífico e seguro da propriedade, a mais alta externalização da personalidade do homem através do trabalho, ou seja, da atividade econômica do indivíduo⁴¹. O fim do Estado não pode ser outro que não a paz, a segurança e a salvaguarda do bem comum⁴². a primeira condição para que aqueles fins e pressupostos do Estado, possam ser respeitados, é que dentro dele não haja lugar para nenhum poder absoluto em benefício de um soberano, quer se trate de um poder absoluto divino, como pretendia Filmer e os teólogos, quer derivado da comunidade, como era intenção de Hobbes⁴³.

No plano jurídico não há como negar que este filósofo surge fortemente influenciado pelas primeiras conceções tecidas na *Petition of Rights* de 1628 que definiu posições jurídicas nos conflitos latentes entre o rei e o parlamento. Diversos incidentes ocorridos na época, conduziriam o Parlamento a dirigir uma petição ao rei solicitando que este garantisse o respeito pelos antigos direitos e pelas liberdades territoriais. Do ponto de vista formal a petição não era uma declaração de direitos fundamentais, na aceção moderna. Antes se solicitava ao rei uma *confirmatio cartarum*, que o monarca concedeu contra a sua vontade. Evidencia-se neste sentido, uma mudança semântica destas antigas liberdades quando agora se reivindicam sob as vestes de uma mera corroboração, direitos para todos os ingleses.

Arriscamos a referir que igualmente aderiu ao culto das garantias oferecidas pelo *Habeas Corpus Act* de 1679, que certificou a proteção contra detenções arbitrárias, tendo como antecessor imperfeito, o artigo 39.º da *Magna Carta*.

³⁹ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. Cap. IX, § 123, p. 316. O propósito da união dos homens no estado de sociedade é a "(...) preservação mútua das suas vidas, liberdades e bens, a que dou o nome genérico de propriedade." No mesmo sentido situa-se o § 124, p. 316.

⁴⁰ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. Cap. IV, § 25 e Cap. II, § 6, p. 235, dizendo que o homem "(...) não goza de liberdade para se destruir a si mesmo."

⁴¹ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II., Cap. V, § 25 a 51, pp. 250-268.

⁴² Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II., Cap. IX, § 131, pp. 318 e 319.

⁴³ O verdadeiro soberano é a comunidade, ou antes, o indivíduo na sua livre razão, apenas submissa à lei. Porém, sendo esta soberania inalienável, apenas pode ser provisória e parcialmente delegada em certos homens, a título de representação: obedecendo-lhe, o homem não obedece mais do que a si mesmo. Uma outra condição, para o mesmo fim, é a de que todos os "associados" dentro do Estado aceitem e reconheçam como válidas apenas as leis votadas pela maioria.

Mas foi no *Bill of Rights* de 1689, que Locke encontraria a garantia da defesa da liberdade de expressão e de debate, tão cara à sua doutrina e tão indispensável ao funcionamento da democracia. Rendido à descoberta dos direitos universais de liberdade, foi o melhor intérprete dos instrumentos jurídicos que mencionámos. Eles acabariam por ser instrumentos do desenvolvimento não só da sua teoria da divisão de poderes, mas também da sua ideia de que aos homens caberiam direitos e liberdades originárias e inalienáveis.

Se no plano dos factos políticos a Revolução de 1688 representou a vitória dos parlamentaristas sobre os absolutistas, no plano da teoria política, a luta travada far-se-ia não só pelos direitos do parlamento mas também pelas liberdades individuais intangíveis.

Neste contexto histórico, Locke, dois anos depois da Revolução Inglesa, finalmente se afirmava como uma grande personalidade da vida pública e intelectual inglesa e europeia, muito por causa do Segundo Tratado sobre o Governo Civil⁴⁴.

Este significou igualmente “*uma autêntica revolução gloriosa na História das Ideias Políticas*”⁴⁵. Confortavelmente instalado na casa de *Sir Francis Masham*, no *Essex*, aos cuidados da sua amiga Damaris Masham, desempenhou as funções de Commissioner of Appeals desde 1689 e em 1696, membro do recém fundado *Board of Trade*⁴⁶. Durante esta época, Locke foi de novo muito bem acolhido, desta vez por uma das mais eminentes personalidades de Reino Inglês, *Lord Somers*, como seu protegido. Passou os últimos dias da sua vida no *Essex*, na mansão de *Sir Francis and Lady Masham*, falecendo em Outubro de 1704.

Ocupa um lugar de privilégio no santuário liberal, sendo unânime o seu reconhecimento como uma das principais fontes inspiradoras das Declarações de Direitos. Foi o primeiro filósofo político a sustentar que o homem é, no estado de natureza, detentor de direitos individuais naturais, que ele considera serem no mínimo os seguintes: direito à vida, à propriedade, à liberdade e à saúde⁴⁷.

⁴⁴ Acerca do relacionamento entre Locke e a Revolução Inglesa, J. W. Gough, *John Locke's Political Philosophy, Eight Studies*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 134-153.

⁴⁵ A frase é de Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, 2012, p. 195.

⁴⁶ Para saber mais sobre a relação de Locke com o Board of Trade, *John Locke's The great recoinage, and the origins of the Board of Trade: 1695-1698*, by Peter Laslett, in, *John Locke: Problems and Perspectives, A Collection of New Essays*, John W. Yolton (ed.), Cambridge, University Press, 1969, pp. 137-164.

⁴⁷ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 6, pp. 235 e 236.

No plano garantístico, “*todo o homem tem direito a punir o transgressor, e de ser executor do direito natural.*”⁴⁸⁻⁴⁹

As afirmações contidas na *Declaração de Independência Americana* de 04/07/1776⁵⁰⁻⁵¹⁻⁵², elaborada por Thomas Jefferson ao proclamar que “*todos os homens são criados iguais, são dotados pelo seu criador, de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade*”⁵³ soam como um

⁴⁸ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 8, pp. 236 e 237.

⁴⁹ No primeiro grupo, para além do direito à vida, à liberdade e à saúde, Locke inclui também o direito de propriedade. Se por um lado defende que o Estado existe para proteger a propriedade de cada um, a verdade é que por outro lado, afirma que a propriedade para si é o conjunto de bens e direitos essenciais de que um indivíduo é titular, porque com eles nasceu – vida, liberdade e saúde – ou porque legitimamente os adquiriu – terras, casas, e utensílios diversos.

⁵⁰ Para consulta em www.arqnet.pt

⁵¹ Declaração unânime dos treze Estados Unidos da América: “*Quando, no decurso da História do Homem, se torna necessário a um povo quebrar os elos políticos que o ligavam a um outro e assumir, de entre os poderes terrenos, um estatuto de diferenciação e igualdade ao qual as Leis da Natureza e do Deus da Natureza lhe conferem direito, o respeito que é devido perante as opiniões da Humanidade exige que esse povo declare as razões que o impelem à separação.*

“*Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se tome destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e Felicidade. É verdade que a sensatez aconselha que não se substituam Governos há muito estabelecidos por razões levianas e momentâneas; e de facto a experiência mostra-nos que, enquanto lhe for possível suportar as contrariedades, a Humanidade está mais disposta a sofrer do que a reparar os erros abolindo as formas a que se habituaram. Mas quando um extenso rol de abusos e usurpações, invariavelmente com um mesmo Objetivo, evidencia a intenção de o enfraquecer sob um Despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever, destituir tal Governo e nomear novos Guardas para a sua segurança futura. Tal tem sido o paciente sofrimento destas Colónias; e tal é agora a necessidade que as obriga a alterar os seus anteriores Sistemas de Governo. A história do atual Rei da Grã-Bretanha é uma história de sucessivas injúrias e usurpações, todas com o Objetivo último de estabelecer um regime absoluto de Tirania sobre estes Estados. Para provar tudo isto, que se apresentem os factos perante o Mundo honesto.(...)”*

⁵² Segue-se em 1787, a Constituição Federal Americana, que inicialmente não englobava qualquer declaração de direitos fundamentais. Apenas dois anos mais tarde, o Congresso viria a aprovar dez emendas à dita Constituição, ou seja, artigos suplementares que garantiam direitos fundamentais. Estas *amendments* entrariam em vigor em 1791, após ratificação por três quartos dos Estados da União, fazendo desde então parte integrante do património constitucional americano. Posteriormente foi ainda complementado por outras emendas entre elas a 13.º e 14.º que concederam a cidadania e a liberdade aos negros e que eram normas constitucionais cujo fundo era formado pelo drama histórico da guerra civil norte-americana. Assim ensina, Reinhold Zippelius, ob. cit., p. 426.

⁵³ *Vide* a importância do contrato social de Rousseau na Declaração de Independência Americana, em Ernst Bloch, *Derecho Natural e Dignidad Humana*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 63-68. Principal-

reflexo da teoria lockeana, cujo suporte, lhes proporciona o carácter de verdades evidentes, com que são acolhidas naquele texto.

Mas não ficamos por aqui. Também na *Declaração de Direitos da Virgínia* aprovada em 12/06/1776⁵⁴, se reconhece que “*todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade*” e na *Constituição do Estado da Carolina do Norte*, de 18/12/1776⁵⁵, nega-se a qualquer homem ou grupo de homens, o direito a privilégios, distintos ou exclusivos, embora se ressalva “*em consideração de serviços feitos ao público.*” Isto soa a Locke, claramente.

A *Constituição do Estado de Massachusetts* de 1780⁵⁶, iria bem mais longe. No seu artigo 1.º/1.ª parte pode ler-se: “*Todos os homens nasceram livres e iguais, e tem certos direitos naturais, essenciais, e inalienáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar da vida e liberdade, e o de defender uma e outra; depois destes, o direito de adquirir propriedades, possuí-las, e protege-las, em fim o direito de obter a sua segurança e a sua felicidade.*”

Neste três instrumentos Locke seria teria uma severa influência. Como refere Sílvia Alves, na principal obra política de Locke, *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, “*os direitos do homem permanecerão intransponíveis pelo poder político.*”⁵⁷

Inicialmente movido pelo problema político da tolerância, escreve *as Cartas sobre a Tolerância*⁵⁸, movido pelo cenário de perseguição religiosa que se vivera em Inglaterra. Locke embrenha-se numa narrativa percursora da tolerância religiosa, expressando a sua impaciência em relação a determinados grupos de cristãos e autoridades eclesiásticas que insistiam em impor as suas doutrinas e dogmas, prática contrária ao Evangelho. O ponto nodal, na sua doutrina da tolerância religiosa, é a autonomia da sociedade civil face à reli-

mente por Rousseau fazer “hastear a bandeira” da inalienabilidade absoluta da pessoa humana, partindo em defesa da liberdade individual e do seu poder onnipotente, que penetra na vontade geral da comunidade. O filósofo não apenas ensina a revolução como também o controlo permanente das suas conquistas pelo povo, e isto justamente através da inalienabilidade dos direitos do homem.

⁵⁴ Para consulta em, <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irgínia-1776.html>.

⁵⁵ Ver na íntegra em <http://www.nhinet.org/ccs/docs/nc-1776.htm>.

⁵⁶ Disponível em <https://malegislature.gov/laws/constitution>

⁵⁷ Cf. o artigo doutrinal de Sílvia Alves, *As Raízes Setecentistas dos Direitos Humanos*, p. 6, que ainda se encontra em processo de publicação, e que a autora gentilmente nos cedeu para estudo.

⁵⁸ Vide a *Carta sobre a Tolerância*, Edições 70, 2004.

giosa⁵⁹. Defende o autogoverno do indivíduo, a sua liberdade de consciência, de corpo e a propriedade, como foro interno, individual e que apenas cabe a cada um o cuidado da sua alma e da sua salvação. O Estado deveria tão ocupar-se das questões terrenas e não de assuntos pessoais. Assume desta forma a liberdade de consciência e religião, como anticorpos do poder político na pós-modernidade. O que Locke espera do Estado neste domínio, é a neutralidade perante as questões da alma. A tolerância tal como a concebe, aplica-se ao exercício da liberdade, que não é “licença” para fazer tudo! A liberdade humana tem sentido, para o pensador, em relação à lei da natureza, que é uma lei racional⁶⁰⁻⁶¹⁻⁶²⁻⁶³.

a. **Origem do poder político, estado de natural e igualdade**

“Para compreender bem o poder político, e derivá-lo da sua origem, devemos considerar em que estado se encontram por natureza os homens, o qual é um estado de perfeita igualdade para ordenar as suas ações, dispor das suas posses e pessoas, como bem lhes aprouver, dentro dos limites da lei natural, sem ter de pedir licença, nem depender da vontade de qualquer outro homem.”⁶⁴

Perante o problema do Direito e do Estado, Locke tem a mesma atitude que tivera perante o problema das ideias. Compreender o poder político é

⁵⁹ Cfr. *The Political Thought of John Locke*, de John Dunn, Cambridge University Press, 1969, pp. 33-40, especificamente sobre “*The Essay on Toleration*”.

⁶⁰ Versão original, *Essays on The Law of Nature and associated writings*, Oxford, University Press, 2002. Interessa-se posteriormente pela reflexão sobre os limites do poder da autoridade política, da sua legitimidade, e sobre a origem e conteúdo da lei da natureza, fundamento daquela autoridade. Assinala como principais deveres do homem, adorar a Deus, viver em Sociedade e a sua autoconservação – *Ensaíos sobre a Lei da Natureza* (1660-1662).

⁶¹ Assim afirma J. W. Gough, *John Locke’s Political Philosophy*, ob. cit., p. 1. A lei natural é a pedra fundacional da sua filosofia política.

⁶² Cfr. ob. cit. de Gregorio Peces-Barba Martinez/Fernandez Garcia, Eusébio (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I: *Transito...*, p. 25. Para Locke, antes do contrato social e da criação do Estado, já existia um começo de ordem social: direitos distintos, pré constituídos, já no estado de natureza. Com o contributo de Locke a teoria do contrato social “*sufre un giro muy radical*”, ou seja, a visão do estado de natureza ou estado ou estado pré-social é muito mais positiva e o poder político resultante do contrato social sente-se mais limitado e comprometido com a garantia de certos direitos naturais, até ao ponto de derivar a sua legitimidade, em origem e exercício, desse compromisso.

⁶³ Com John Locke estamos na presença de um teórico da monarquia constitucional e com um dos maiores percussores do credo liberal. A sua influência nas Declarações de Direitos americanas e francesas, no último terço do século XVIII, foi absoluta e determinante.

⁶⁴ Cfr. a obra já cit., *Alguns Pensamentos sobre a Educação*, § 105.

sabê-lo derivar da sua origem, decompô-lo e analisá-lo nos seus elementos mínimos, ponderando-os posteriormente. Compreender o poder político é igualmente reconstituir pela análise abstrata, a formação da sociedade, a partir do estado natural do homem, antes de tal poder existir. Este estado natural, não era para John Locke como era para Hobbes, um Estado necessariamente de guerra, mas um estado de perfeita liberdade.

Melhor ainda, seria a liberdade de os homens dirigirem as suas ações e disporem dos seus bens como entenderem, observando simplesmente os limites da lei natural que lhes preceitua, acima de tudo, a sua conservação e a dos outros. Tal estado não exclui certos sentimentos de benevolência entre eles, sendo essa lei tão clara e inteligível como a própria luz da razão. Mais fácil de se entender do que as imaginações e os artificios dos homens. Neste estado todos os homens são livres e iguais, como se constatará mais adiante, a nenhum pertencendo qualquer poder sobre os demais.

Mas este mesmo estado de natural traz consigo inúmeros inconvenientes, derivados das paixões humanas e o remédio para os combater, na ótica do filósofo, é a existência do Estado ou se quisermos, do governo civil. Tal governo é entendido por ele como o direito de fazer as leis dotadas de sanção, incluindo a pena de morte, com o fim de conservar e regular a propriedade; organizar uma força comum e finalmente, defender a república contra os inimigos externos, garantindo o bem público.

O ato pelo qual este governo se funda, pondo termo ao estado natural é o contrato social. É por meio dele que os homens mutuamente concordam em se unir numa comunidade e formar um corpo político. Assim nasce o Estado.

No primeiro Tratado sobre o Governo Civil, afirma que “*Deus criou o Homem e plantou nele, (...)um forte desejo de preservação de si mesmo, (...) Pois o desejo, o forte desejo de preservar a sua vida e o seu ser foi plantado no homem como um princípio de ação do próprio Deus; assim, a razão, que era a voz de Deus no homem, ensinou-lhe e assegurou-lhe que, ao prosseguir esta inclinação natural do seu ser, (...) estaria a corresponder à vontade do seu Criador (...).*”⁶⁵ Como os dois Tratados bem demonstram, o filósofo quer afirmar o homem como propriedade de Deus (fundamentando a proibição de suicídio) e como propriedade de si mesmo (sustentando a inviolabilidade pessoal de todos os indivíduos) gerando-se incongruências entre os dois conceitos. No entanto, esta última premissa, torna-se mais transparente em termos de direitos individuais do que de obrigações impostas pela lei natural.

⁶⁵ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, I, § 86, p. 165.

Portanto, o estado de liberdade para o Locke, não é um estado de “licenciosidade”⁶⁶, ou seja, apesar de o homem ter liberdade para dispor da sua pessoa, não goza de liberdade para se destruir a si mesmo. O fim nobre da autoconservação é aqui, mais do que evidente. “O estado de natureza é governado por uma lei natural a que todos estão sujeitos. A razão que é essa mesma lei, ensina a Humanidade inteira (...) que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar outro na sua vida, na sua saúde, na sua liberdade, nem nas suas posses.”⁶⁷⁻⁶⁸⁻⁶⁹⁻⁷⁰ A razão é o meio de conhecimento dessa lei. É assim que se adquire a liberdade política. Viver sob o governo das leis é o único caminho da existência política livre e racional. Neste sentido cada homem irá procurar “(...) asilo debaixo da alçada das leis estabelecidas pelos governos.”⁷¹

Neste sentido, a teoria da lei civil é o reflexo da teoria abrangente da liberdade que o autor expôs ao longo da sua obra, em especial, no Ensaio sobre o Entendimento Humano em que se repete a ideia de que o homem é um ser livre, por oposição ao conceito de necessidade, que ocorre quando aquele não atua de acordo com a sua volição⁷²⁻⁷³.

O homem que vive em estado de natureza, poderá executar a lei natural que ordena a paz e a preservação da Humanidade, justamente impedindo que outrem, viole os seus direitos. Por causa deste facto se admite o castigo e a punição aos transgressores da lei natural⁷⁴. Implicitamente aceita que isto conduzirá à insegurança e à injustiça⁷⁵: “(...) no estado de natureza, todo o homem

⁶⁶ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 6, p. 235.

⁶⁷ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 6, pp. 235 e 236.

⁶⁸ Veja-se comparativamente o Artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.”

⁶⁹ A diferença entre licenciosidade e liberdade, reside na existência de um regra que condiciona a ação. A igualdade jurídica, assegurada, como veremos, pelo império da lei, permite a ação livre da interferência de terceiros, criando e protegendo a esfera de autodeterminação. A lei surge como elemento constitutivo de liberdade, pois fornece regras que velam e vedam a conduta individual.

⁷⁰ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 222, pp. 376-378.

⁷¹ *Idem...*, II, § 127, p. 317.

⁷² *Vide* II, xxi.8.

⁷³ Também aqui neste Ensaio, o “poder de suspender a execução e a satisfação dos desejos é a fonte da liberdade humana, pois permite considerar os seus objetos, examiná-los de todos os ângulos e compará-los.; “Aqui se baseia a liberdade que o homem possui.”, II, xxi.48. É o “o julgamento racional que determina a conduta do homem livre”, II, xxi.49-52, 71.

⁷⁴ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 7 e 8, pp. 236 e 237.

⁷⁵ Sobre os deveres naturais, em especial, um dos mais fundamentais, a justiça, *vide* John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971 pp. 108-117.

tem o poder para matar um homicida, tanto para dissuadir outros de cometer a mesma injúria, que não pode ser compensada por nenhuma indemnização através do exemplo do castigo (...). O infractor pode, portanto ser destruído por um leão ou por um tigre, um desses animais selvagens com os quais o homem não pode viver em sociedade, nem em segurança.”⁷⁶

O estado de natureza é assim, “(...) inseguro e intranquilo”⁷⁷. “Cada transgressão pode ser punida até ao grau, e com a severidade, que for suficiente para tornar o crime um mau negócio para o infractor, para lhe dar causa de arrependimento e aterrorizar os outros que tencionem agir de forma semelhante.”⁷⁸ Esta é a doutrina do poder executivo da lei natural, que quer dizer, que naquele estado, cada um é simultaneamente juiz e executor da lei natural⁷⁹. “O homem nasce, (...), com um título à liberdade perfeita e ao gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei natural, em igualdade com qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo; tem por natureza o poder não só de proteger a sua propriedade, isto é, a sua vida, a sua liberdade e os seus bens.”⁸⁰

A liberdade e a igualdade naturais⁸¹ aparecem como a única premissa, capaz de sustentar o desenvolvimento da individualidade e da ética que a acompanha. Defende-se que o homem que vive em Estado de Natureza (a lei divina ou moral é a lei que o rege), sem leis nem governação, à sua mercê, não tardará a conduzir-se à insegurança e à injustiça⁸². “(...) Todos os homens estão por natureza nesse estado⁸³, e aí permanecem, até que, pelo seu próprio consentimento, se façam mem-

⁷⁶ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 11, pp. 238 e 239. Vide ob. cit., J. W. Gough, *John Locke's Political Philosophy*, pp. 25 e 26, em que Locke usa o Livro dos Génesis 9:6 para sustentar a legitimidade da tese do direito de retaliação ou punição. Para ele, esta tese era tão clara e a lei natural tão fundamental, que até Caim, o primeiro assassino de outros homem (seu irmão) estaria convencido disto mesmo. A esta ideia se faz referência na obra cit., *John Locke: Problems and Perspectives...*, “*The State of Nature and The Nature of The Man*”, artigo de Hans Aarsleff, pp. 129 e 130.

⁷⁷ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 131, p. 319.

⁷⁸ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 12, pp. 239 e 240. Locke acaba por admitir que as ofensas cometidas no estado de natureza, podem também ser punidas no estado de natureza com um castigo igual e tão severo como no seio de uma comunidade política. Talvez se pergunte, com a morte? Parece que sim.

⁷⁹ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 125, p. 316.

⁸⁰ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 87, pp. 289 e 290 e especificamente sobre o direito de propriedade tal como o entende, vide o Cap. V, pp. 250 a 268, cujo esforço principal do autor é justificar a sua origem natural.

⁸¹ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 4 e 5, pp. 233 e 234.

⁸² Deve ler-se “*The State of Nature*”, em ob., *supra cit.*, *The Political Thought of John Locke*, de John Dunn..., pp. 96-119.

⁸³ Mais, afirma que “(...) todos os príncipes e governantes dos governos independentes, em todo o mundo, estão no estado de natureza, o que evidencia que o mundo nunca esteve, nem jamais estará destituído de um grande número de homens nesse estado.” In, *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 13, pp. 240 e 241.

bro de alguma sociedade política”⁸⁴⁻⁸⁵. Nesta senda, julga necessário um sistema de poder, protetor do próprio homem. Em face das condições sociológicas e tendências anárquicas que vivenciou, a existência de um poder político, aparece como indispensável à ordem e conservador da paz e da vida social.

A razão indica o caminho da constituição da sociedade política⁸⁶, sob a pressão do perigo ameaçador do estado de natureza. Antes da criação do poder público, o homem em estado natural é regido pelos imperativos com origem em Deus, que pautam (moralmente) as nossas ações, e que são conhecidos através da razão. John Locke assume que com a constituição da sociedade, os homens não pretendem apenas garantir a sua preservação, mas também a sua liberdade e propriedade. Esta sociedade política, deve ser é um corpo formado por pessoas voluntariamente unidas que dispõem de uma lei comum estabelecida e de uma judicatura à qual podem apelar⁸⁷. No fundo, o que eles esperam desta sociedade política é que ela seja um “árbitro”.

Os indivíduos renunciam⁸⁸ a dois poderes ou direitos, ou se quisermos, duas liberdades, de que gozam em estado de natureza. Primeiramente, o homem renuncia ao poder de fazer tudo o que ache conveniente para a auto-

⁸⁴ Veja-se o paralelo que podemos estabelecer com o Artigo 2.º, da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de Agosto de 1789: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” De facto, soa demasiado à teoria de Locke, como iremos constatando.

⁸⁵ Mello Freire (1738-1798), por exemplo, evita assumir a posição de que o homem nasce livre, preferindo dizer, “*hodie nemo servus nascitur*”. Sílvia Alves, na ob. já anteriormente cit. *Para uma Teoria da Interpretação da Lei na Obra de Mello Freire*, BFDUL, Lisboa, 1993, § 12, p. 189, ensina que, segundo aquele autor, a liberdade será conferida ou outorgada pelo Poder político, ou seja, pelo Rei, que se não limita a reconhecê-la e a proporcioná-la. Mais, está na sua disponibilidade a norma que a constitui. “*neste sentido, a liberdade é adquirida pelo homem através da vida em sociedade.*” Este dado opõe-se claramente à tese iluminista e liberal de Locke. No entanto, de forma aparentemente contraditória, Mello Freire admite uma “*voz da natureza*” que expressaria “*uma predisposição natural do homem para a liberdade (ou um seu entendimento possível)*”, constatando concomitantemente que aquela “*voz da natureza*”, se incompatibiliza com “*as razões civis e políticas*”. Aqui, a ilustre Professora reconhece, pelo contrário, as teorias iluministas segundo as quais a sociedade compromete a liberdade natural e originária do homem, e portanto, Freire estaria mais próximo da filosofia lockeana.

⁸⁶ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. §§ 94, 124, 134, 136, 138 e 222.

⁸⁷ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 87, pp. 289 e 290.

⁸⁸ Renúncia individual em benefício da sociedade, *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 131, pp. 318 e 319. Mais, “*O poder legislativo é aquele que tem o poder de determinar como a força da comunidade política, será empregue na preservação da comunidade e dos seus membros*”, 2.º Tratado, §143, p. 209. É o poder legislativo que segundo Locke, supera o estado de natureza, porquanto esse poder “*é a alma que dá forma, vida e unidade à comunidade política.*”, 2.º Tratado, § 212, p. 372. No fundo sair do estado de natureza e constituir uma sociedade civil é essencialmente formar uma assembleia legislativa!

conservação⁸⁹. Por outras palavras, ao ingressar na sociedade civil, prescinde do direito a assegurar a sua preservação, submetendo-se a uma lei civil efetiva⁹⁰ que regule as relações entre os homens. Em segundo lugar, os homens que se associam politicamente, deixam de lado, o exercício do direito natural de execução da lei natural, transferindo esse direito para a nova sociedade política⁹¹. Não é apenas o consentimento, mas também a derivação do poder político, que cunham individualisticamente a teoria do Estado de Locke. Já o governo, esse é instaurado pela comunidade política constituída e portanto, fundado no consentimento expresso⁹². É este pormenor que lhe dá legitimidade.

A passagem do Estado de natureza ao Estado de Sociedade, implica necessariamente a restrição da liberdade natural. De um certo ponto de vista, os indivíduos que aderem a esta comunidade política, subordinam a sua auto-preservação à preservação da coletividade. Daí que a sua sujeição aos poderes políticos legítimos e confiáveis não possa ser posta em causa. Cria-se deste modo, um Estado que edifica a ideia de um poder político limitado.

Qual o alcance legítimo do poder político? Em termos contratualistas, que porção de liberdade deve ser cedida pelos indivíduos ao Estado para a construção da sociedade política? O Homem deve ceder a sua liberdade ou parte dela? Na resposta a estas questões radica a diferença entre a postura autoritária e a postura liberal.

Em sùmula, impera a construção de um poder limitado, a partir da renúncia voluntária de um *quantum* de direitos e liberdades naturais que possibilitam a formação do Estado da dita sociedade política. Estamos diante duma renúncia de cada um, ao seu direito natural (subjetivo) de repressão de infrações do direito natural (objetivo), delegando no Estado, o poder de legislar, de executar as Leis, de julgar os litígios civis e punir os criminosos – Justiça Pública – inversa à privada, típica do Estado de Natureza e do feudalismo medievo. Esta delega-

⁸⁹ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 128, p. 317.

⁹⁰ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 130, p. 318.

⁹¹ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 127, p. 317. É aqui que reside toda a origem do poder político. Tanto o poder legislativo como executivo, resultam da transferência daquele direito de punição, que por natureza, pertence aos indivíduos. O poder político, incluindo o poder “supremo” de legislar, é originariamente um poder executivo e tem na sua essência, um resíduo intrinsecamente judicial, porque cada indivíduo, no estado de natureza, é executor e juiz.

⁹² Vide a problemática levantada pelos §§ 100-104, *Dois Tratados do Governo Civil*, ob. cit., adicionando o autor uma solução, o consentimento tácito, que não compromete politicamente o indivíduo nem o Estado por oposição consentimento expresso, que o faz, obrigatório para a formação da sociedade.

ção de poderes far-se-á no contrato social. Constituída a comunidade política, falta instituir o governo civil⁹³.

O preâmbulo da *Constituição de Massachusetts de 1780*⁹⁴, acolhe na íntegra as ideias de Locke sobre o fim da sociedade política e do governo instituído por consentimento dos súbditos: “*The end of the institution, maintenance, and administration of government is to secure the existence of the body-politic, to protect it, and to furnish the individuals who compose it with the power of enjoying, in safety and tranquillity, their natural rights and the blessings of life; and whenever these great objects are not obtained the people have a right to alter the government, and to take measures necessary for their safety, prosperity, and happiness.*”⁹⁵

E principalmente, o filósofo chega por fim à conclusão de que existem formas de governo, como a monarquia absoluta, que jamais podem reivindicar

⁹³ Locke, quer distinguir claramente a comunidade política do governo civil, para escapar à teoria dos dois pactos (de associação e de sujeição) de Pufendorf (deste autor, veja-se as duas obs. já cit. em notas 46, 47 e 48). O *Segundo Tratado do Governo Civil* pretende refutar e superar o horizonte absolutista. Se por um lado, Locke aceita uma das regras fundamentais dos teóricos da soberania, a saber, que em todas as sociedades tem de existir um poder supremo, soberano (legado de Bodin e Hobbes), por outro lado, a concepção da tripartição de poderes e a luta pela moderação do poder político, levam-no a resistir à aceitação de outras regras fundamentais incluídas no conceito de soberania – § 3, p. 232. Para ele o poder legislativo é supremo, até porque corrige Bodin e Hobbes ao isolar praticamente “o poder de fazer leis que determinam a vida e a morte” como “marca da soberania” e ao excluir esta propriedade, do pronunciamento da sentença de morte, Primeiro Tratado, §129, pp. 197 e 198. Locke atribui ao conjunto da comunidade política, à maioria dos seus súbditos, a faculdade não só de escolher os seus governantes, mas também a forma de governo. Todas as escolhas livres, são para o filósofo, cobertas pela preocupação do desejo de auto-preservação e propriedade. Facilmente se apercebe que existem formas de governo mais compatíveis com a proteção dos direitos individuais do que outras.

⁹⁴ Disponível em <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>

⁹⁵ Em francês, *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*, disponível em <http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789mulher.htm>. A *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, um texto jurídico produzido em Setembro de 1791, pela escritora Marie Gouze conhecida por Olympe de Gouges, exige *status* de completa assimilação jurídica, política e social das mulheres. Também o seu artigo II dispõe que “*a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis da mulher e do homem: estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança, e sobretudo a resistência a opressão.*” O espírito e a letra dos instrumentos internacionais que fomos indicando, incluindo esta singela Declaração contém no seu espírito e letra, fortes ressonâncias das teorias do contrato social e dos direitos naturais, inatos, inalienáveis e imprescritíveis do homem, chamados a remover a estrutura social, política e jurídica das sociedades do seu tempo e a conquistar um passo em direção ao futuro, irreversível, como se verá, na história dos direitos humanos. Cfr. a ob. já cit. de Gregorio Peces-Barba Martínez/Fernández García, Eusébio/Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales...*, p. 38.

o consentimento dos homens⁹⁶. Tece, pois, a necessidade de estabelecer um juiz comum a todos quantos fazem parte da comunidade política, para melhor assegurar a proteção dos direitos individuais pré-políticos. Contudo, também infere que nem sempre “há jurisdição neste mundo para decidir as controvérsias que surgem entre os homens”⁹⁷. Em Locke a diferenciação de poderes serve mais o seu equilíbrio do que separação propriamente⁹⁸.

As leis positivas, emanadas do poder legislativo⁹⁹, devem ser atualizações ou interpretações da lei natural. “muitas das leis civis dos países (...) só são justas na medida em que estejam fundadas na lei natural (...).”¹⁰⁰ O poder legislativo “não tem outro fim senão a preservação e portanto, jamais tem o direito de destruir, escravizar ou empobrecer deliberadamente os seus súbditos. As obrigações da lei natural não cessam na sociedade; (...) a lei natural permanece como a regra eterna de todos os homens, sem exceptuar os legisladores. As regras a que estes submetem as ações dos outros homens, à semelhança das suas próprias ações, têm de se conformar à lei natural, isto é, à vontade de Deus, da qual essa lei é uma manifestação. E sendo a lei natural fundamental para a preservação do género humano, toda a sanção humana que se lhe oponha é inválida e não tem valor.”¹⁰¹

Resulta inequívoco para John Locke o seguinte: as leis civis, emanadas da vontade do poder legislativo, quando legítimo, traduzem as opções políticas a que todos os súbditos estão sujeitos. São padrão de Direito político. A submissão de todos os súbditos é a fórmula da liberdade política¹⁰². No que tange à tripartição de poderes, embora Locke não possa reclamar o título de seu descobridor, a sua exposição contribuiu fortemente para as teorizações posteriores¹⁰³.

⁹⁶ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 90, pp. 291 e 292, concluindo, embora “tardamente”, que a monarquia absoluta, “é, na realidade, incompatível com a sociedade civil, e portanto, não pode ser considerada sequer como forma de governo civil.”

⁹⁷ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 241, p. 392. Assim, do facto dos homens, do homem no Mundo, do político e das suas forças, pode este julgar, mas o direito (a lei natural, a lei da razão) é-lhe indisponível enquanto tal.

⁹⁸ Neste sentido, de Rui Guerra da Fonseca, *Montesquieu e a moderna identidade do poder administrativo*, in, *Direito & Política*, vol. 01, Out.-Dez./2012, p. 97, nota n.º 29, *in fine*.

⁹⁹ Ainda sobre o poder legislativo em Locke, vejamos as palavras de Simone Goyard-Fabre, *Les Grandes Questions de la Philosophie du Droit*, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 69 e 70.

¹⁰⁰ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 12, pp. 239 e 240.

¹⁰¹ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 135, p. 202.

¹⁰² Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 22, pp. 247 e 248, no Capítulo dedicado à escravatura.

¹⁰³ Vide o exemplo de Montesquieu, ob. já cit., *Do Espírito das Leis*, XI, Cap. VI, início. De facto, a discussão acerca das componentes da soberania, já havia adquirido um grau elevado de sofisticação antes dele. Apesar do debate não ser tipicamente inglês, a sua configuração constitucional e a

Este autor distingue três poderes, o legislativo, o executivo e o federativo. Tendo em conta que o poder político provém diretamente do poder executivo da lei natural, e que este continha um elemento judicial e outro plenamente executivo, podemos constatar que quando esse poder de julgar é confiado pela sociedade civil a uma assembleia temos o poder legislativo. Este é “o poder supremo da comunidade política.”¹⁰⁴ Independentemente da sua forma, o poder legislativo deve ser sempre representativo, pois dada a sua missão de fazer as leis, ninguém deve ser obrigado a obedecer a regras que não consentiu. *Ex positís*, quando o poder de executar é confiado pela sociedade civil a um magistrado (ou vários), aí estará o poder executivo (e federativo)¹⁰⁵. A ação governativa pressupõe um ponderação do bem público, requer por vezes, que a letra da lei seja silenciada ou que o direito de propriedade deste ou daquele súbdito, seja restringido¹⁰⁶. Podemos dizer, com base na filosofia política de Locke que o governo civil encontra o seu derradeiro limite no “poder do povo”¹⁰⁷.

Para a conceção individualista, os valores culturais e coletivos, acham-se ao serviço dos valores da personalidade. A ideia suprema do individualismo, é a liberdade. O Estado e o Direito, não passam de instituições para a segurança e promoção do bem-estar dos indivíduos¹⁰⁸. Aqui jaz o paradigma do liberalismo¹⁰⁹.

Os direitos naturais dos indivíduos são fruto do casamento do sistema de Hobbes e da Escola de Direito Natural. Locke inaugura uma orientação jus-

relativa decadência do prestígio da noção de governo misto, dariam à Inglaterra um lugar cimeiro no debate institucional segundo o critério dos poderes políticos.

¹⁰⁴ Cf. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 134, pp. 321 e 322 e, § 132, pp. 319 e 320.

¹⁰⁵ Cf. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 66, pp. 145 e 146. A representação política no poder legislativo, institucionaliza o consentimento sem o qual, nenhum governo pode reivindicar legitimidade. O governo civil legítimo é *ipso facto*, um governo limitado. Encontra os seus limites bem definidos pelos direitos individuais dos súbditos, pelo seu consentimento, e pelas leis positivas e naturais, às quais, todos estão submetidos, incluindo os magistrados.

¹⁰⁶ Cf. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 159, pp. 340 e 341.

¹⁰⁷ Cf. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 149, pp. 331 e 332.

¹⁰⁸ Neste sentido, Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coleção stvdivm, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1974, pp. 130 e 131.

¹⁰⁹ O Estado liberal mais não seria que um instrumento ao serviço dos interesses dos indivíduos, originariamente soberanos. No entanto, tendo em vista a sua própria garantia, o Estado e o Direito podem comprimir um tanto os direitos de cada um (quantum de direitos e liberdades cedidos parcialmente e com reserva para a constituição da sociedade pactística), na medida em que isso seja exigido pela salvaguarda dos direitos dos outros.

naturalista “demoliberal”¹¹⁰ e mistura ao sistema de Hobbes¹¹¹, um argumento emprestado de Grócio, que se dedicara a deduzir da lei natural a existência de direitos subjetivos naturais ao indivíduo. Assim, se Deus impôs a cada homem, por meio da lei natural (confirmada nas escrituras), o dever de conservar, de crescer, e de se multiplicar. Daqui se deduzirá que o homem recebeu os meios de crescer e de prosperar, ou seja, os direitos indispensáveis ao exercício destes deveres¹¹².

Nas suas profundas e lustrosas considerações, John Locke promulga em definitivo, parece-nos, alguns dos elementos precípuos de um regime democrático¹¹³, tal como é entendido hoje: (i) a origem e o fundamento do poder político no povo; (ii) a separação entre poder legislativo e poder executivo, ambos em mãos diferentes; (iii) o poder legislativo como o principal dos poderes do Estado, constituído por representantes do povo, eleitos democraticamente; (iv) decisões daquele eleitorado e do parlamento tomadas por maioria, devendo-lhes todos estrita obediência; (v) o Estado como guardião e garante do bem comum e interesse público, sempre limitado ao respeito pelos direitos fundamentais dos particulares; (vi) por isso dos atos arbitrários, injustos ou lesivos, praticados pelo Rei ou pelo seu executivo contra estes direitos, pode deles apelar-se para os tribunais, constituídos por juízes independentes¹¹⁴⁻¹¹⁵.

¹¹⁰ A expressão é de A. M. Hespanha, ob. cit., p. 318.

¹¹¹ Thomas Hobbes foi representante originário do jusnaturalismo de cariz absolutista e Samuel Pufendorf seu posterior precursor, servindo a sua obra de base ao despotismo iluminado europeu, desde a Prússia e a Áustria até Portugal. Assim refere A. M. Hespanha, ob. cit., p. 318, nota n.º 588.

¹¹² No mesmo sentido, Michel Villey, *Filosofia do Direito*, Definições e fins do direito; Os Meios do Direito, Martins Fontes, S. Paulo, 2008, pp. 147 e 148.

¹¹³ Embora a interpretação democrática do contrato social assuma que o fundamento da consociação dos homens é um contrato de sociedade cujo conteúdo depende da vontade dos contraentes e de nada mais, de modo que a Constituição e as leis não estão sujeitas a nenhum limite superior. Para o liberalismo que Locke promulga, aquele contrato não pode contrariar nem a natureza de quem o contratualizou, nem as finalidades para que se contratou. Se a natureza humana e os seus objetivos naturais forem afetados pelos termos estabelecidos no dito contrato, este não poderá valer nesses termos. Por isso, tanto a Constituição como as leis terão de estar limitadas pelos direitos naturais do homem, pela sua própria natureza, natureza esta que é prévia e superior ao direito proveniente do pacto. Locke reconhece ainda que implicitamente que o direito voluntário (direito positivo) está subordinado ao direito natural, como direito correspondente à natureza do homem e das sociedades humanas. Esta conceção, ninguém duvida, é a base da descoberta e reconhecimento dos direitos humanos. Este é para António Manuel Hespanha “o legado dourado do direito moderno”, ob. cit., pp. 342-344.

¹¹⁴ O otimismo social e filosófico de Locke fá-lo pensar que, tendo o homem tendência para a felicidade e para a utilidade, era possível instaurar uma ordem social dirigida aos instintos hedonistas dos homens. seria o estado de natureza, que “*longe der ser uma hipótese, era um ideal realmente possível, e que, para Locke, correspondia à idealização da sociedade burguesa da Inglaterra do seu tempo.*” Cfr. as palavras de A. M. Hespanha, ob. cit., pp. 319-320, nota n.º 590. Os direitos subjetivos

Com as ideias fundamentais de Locke penetra no campo da reflexão teórico-política, o elemento individualista em toda a sua significação. O indivíduo torna-se o ponto de partida e o momento final, teleológico, tanto do pensamento como de toda a vida pública¹¹⁶. Este é o novo significado que nelas assume o contrato social. A sua filosofia está carregada de individualismo ético, isto é, de um puro princípio de compreensão teórica, este individualismo passa a ser também um princípio de ação ética e ético-política.

Existem dois aspetos importantes da sua filosofia, relativas à génese do Estado Democrático Moderno. Uma delas consiste num elemento a que podemos chamar positivo, a sua conceção do direito natural. A outra, num elemento negativo, a sua total carência de espírito universalista. Parece que John Locke teme, inclusivamente, os excessos da vontade das maiorias, reconhecendo acima dessa vontade, um poder mais alto¹¹⁷, o do povo, e para além desse, ainda o da lei natural¹¹⁸⁻¹¹⁹.

mantinham-se deste modo na sociedade civil e deveriam ser respeitados na sua organização, sob ameaça de os indivíduos poderem pôr termo ao governo tirano que assim se distanciava dos fins para que fora constituído. A separação de poderes é entendida por Locke como uma exigência da razão, deduzida do próprio propósito da lei. A lei no período em questão significou pois, um momento muito especial: a racionalização do Estado.

¹¹⁵ A separação de poderes é entendida por Locke como uma exigência da razão, deduzida do próprio propósito da lei. A lei no período em questão significou pois, um momento muito especial: a racionalização do Estado.

¹¹⁶ Cfr. a respeito, Werner Naef, *La Idea del Estado en la Edad Moderna*, Nueva Epoca, Madrid, 1947, p. 104.

¹¹⁷ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, Cap. XI, § 135, p. 323. “(...) a lei natural permanece como a regra eterna de todos os homens, sem excetuar os legisladores.”

¹¹⁸ Cfr. ob. cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, Cap. XIII, § 149, p. 332. “(...) o poder legislativo é apenas um poder fiduciário para agir em vista de determinados fins, permanece ainda no povo um poder supremo de remover ou alterar o poder legislativo quando se considera que este poder agiu contrariamente à missão que lhe foi confiada. Pois tendo em conta que todo o poder que é confiado para realizar um certo fim está limitado por esse fim, sempre que esse fim é manifestamente negligenciado ou contrariado, é forçoso que se ponha um termo à missão confiada e que o poder retorne aos que o tinham conferido, que poderão atribuí-lo de novo a quem considerem que melhor servirá a sua proteção e a sua segurança. Assim, a comunidade retém perpetuamente um poder supremo de se salvar das tentativas e desígnios de qualquer pessoa, incluindo os seus legisladores (...)”

¹¹⁹ A maioria é para o filósofo é um critério prático, uma conveniência, um caminho natural. No entanto ele nunca identificou a vontade das maiorias nem com a vontade do povo nem com a vontade de Deus. Nunca fez dela uma norma, ou uma realidade metafísica. Deixou-se ficar perante uma dualidade irreductível, difícil de sanar dentro do seu sistema, que em certos aspetos lembra a anterior dicotomia sensação-reflexão, na sua teoria acerca da origem das ideias. Entre o que havia de significado imanentista e de autonomia da vontade política do povo na base do seu Estado Liberal e Democrático, em que só o indivíduo é o verdadeiro soberano e que havia de vestígios do transcendentalismo cristão na sua conceção de Deus e do direito natural, dava-se um estado de tensão, para não dizer de contradição, que não podia manter-se por muito tempo.

A evolução posterior das ideias políticas consistiu precisamente no suprimimento das limitações apontadas. Por um lado, consistiu em erigir a vontade popular em lei, acentuando o conceito de soberania nas mãos do povo, oferecendo à democracia um laivo de imanentismo e totalitarismo, ou como refere Cabral de Moncada, de “*panpolitização do povo*”¹²⁰, por outro, emprestar a essas concepções uma coloração e um *pathos* de mística racionalista, que “*(...) havia de fazer delas uma autêntica religião de força irresistível.*”¹²¹

b. *A Propriedade para John Locke*

“Uma outra coisa em que (as crianças) mostram o seu amor pelo domínio é o seu desejo de ter coisas que lhes pertencem: gostariam de ter Propriedade e Posse, retirando prazer do Poder que isso parece conferir e do Direito que detêm de dispor das coisas como querem (...) e querem pensar que ainda é cedo para arrancar estas duas raízes de quase toda a injustiça e desentendimento, que tanto perturbam a vida humana, e para introduzir hábitos que as contrariem, negligência e altura apropriada para lançar as bases de um homem bom e valoroso.”

A propriedade ocupa um lugar principal na filosofia de Locke, visto que, desde o início da sua obra, fica bem claro que ela é elemento essencial do próprio conceito de poder político¹²². Portanto, o poder político existe, na ordem interna, para regular a preservar a propriedade, por meio de adequada legislação¹²³. percorrendo o Segundo Tratado do Governo Civil, pode constatar-se que Locke vai repetindo aquela ideia acentuando a ideia da necessidade do poder político, porque sem ele o povo acharia a sua propriedade insegura, acrescentando que “*(...) o governo não tem outro fim que não a preservação da propriedade*”¹²⁴.

¹²⁰ Cfr. Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado...*, ob. cit., p. 221.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*...

¹²² Este será no entendimento do filósofo, “*o direito de fazer as leis sancionadas com pena de morte, e por conseguinte com todas as penas menores, para a regulação e preservação da propriedade, e o direito de empregar a força da comunidade na execução dessas leis e na defesa da comunidade política contra as injúrias externas, e tudo isto apenas para servir o bem público.*” Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 3, p. 232.

¹²³ Seguimos Diogo Freitas do Amaral, *Nota sobre o Conceito de Propriedade em Locke*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, p. 796.

¹²⁴ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, Cap. VII, § 94, p. 295.

Dalí, Locke infere três corolários importantes: – o poder legislativo não pode ser nem absoluto nem arbitrário¹²⁵; – o mesmo poder deve agir por meio de legislação adequada, a aplicar por juízes autorizados¹²⁶; – o poder supremo não pode retirar a nenhuma homem, qualquer parte da sua propriedade sem o consentimento do próprio¹²⁷, daí que os impostos tenham que ser votados com o consentimento do povo, diretamente ou através dos seus representantes¹²⁸. Para justificar o direito de propriedade, vai baseá-lo no direito natural fundamental. O direito de propriedade enquanto direito confunde-se com o direito natural.

Na verdade, o direito natural de propriedade e o direito natural de auto-preservação constituem um só e mesmo direito¹²⁹. Contudo, Locke enuncia que o homem é proprietário de si mesmo. Do ponto de vista político isto faria toda a diferença.

Freitas do Amaral alerta para o facto de vários autores, já no século XX, terem interpretado erradamente a obra de Locke, no que concerne à matéria da propriedade, embora à primeira vista, essas interpretações pareçam bem apoiadas na própria letra dos textos do autor¹³⁰. Daí que que Locke seja visto como pai do individualismo burguês, e inúmeras vezes ligado ao capitalismo¹³¹. Deste modo, a sua teoria política não teria, pois, validade universal, ou não seria verdadeiramente democrática pois atenderia apenas ao interesse da classe dominante, isto é, a burguesia.

De facto, concordamos com Freitas do Amaral quando afirma que “*só uma leitura apressada e desatenta do Segundo Tratado do Governo Civil, poderia fundamentar semelhantes conclusões*”¹³², e isto porque Locke, quando constrói a sua sociedade política, tem sempre presente, não apenas o direito de propriedade mas todos os direitos fundamentais do homem: “*sendo todos iguais e independentes,*

¹²⁵ Idem..., Cap. XI, § 135, p. 322.

¹²⁶ Idem..., Cap. XI, § 136, pp. 324 e 325.

¹²⁷ Idem..., Cap. XI, § 138, pp. 326 e 327.

¹²⁸ Idem..., Cap. XI, § 140, pp. 327 e 327-329.

¹²⁹ Cfr. o primeiro Tratado da obra cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, § 86, p. 165.

¹³⁰ De novo, Freitas do Amaral, *Nota sobre o Conceito...*, p. 796, quando afirma que a obra fundamental destes autores é a seguinte “*(...) se a finalidade do poder político é a regulação e a preservação da propriedade, e se é a defesa desta que justifica e limita o Estado, então Locke está a pensar apenas numa sociedade de proprietários, onde só conta e só tem direitos protegidos pela lei e defendidos pelo Estado quem for titular de propriedade, nomeadamente os proprietários da terra*”, todos os outros ficariam assim de fora da sociedade política de Locke.

¹³¹ Cfr. C. B. Macpherson, *A Teoria Política do Individualismo Possesivo de Hobbes até Locke* (1962), Trad. Bras., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979, pp. 205 e ss.

¹³² *Nota sobre o Conceito...*, ob. cit., p. 797

ninguém deve lesar outro na sua vida, na sua saúde, na sua liberdade, nem nas suas posses.”¹³³

A construção dessa sociedade política pelos indivíduos e a respetiva renúncia feita por estes, à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que detinham em estado de natureza, só tem um único propósito “(...) a melhor salvaguarda das suas pessoas, das suas liberdades e das suas propriedades (já que não se pode supor que uma criatura racional mude de condição com a intenção de ficar pior).”¹³⁴

O capítulo V do Segundo Tratado do Governo Civil, corresponde a um dos momentos mais importantes da história do pensamento jurídico. Aí Locke responde simultaneamente a *Filmer*, Hobbes, Grócio, Pufendorf, e também às Sagradas Escrituras. Queremos com isto dizer que quando Locke descobre um direito natural de apropriação fundado no trabalho humano, refuta Hobbes, Grócio, Pufendorf, os quais indicavam com diferenças, a origem essencialmente convencional da propriedade. Nessas páginas emergem muito significativamente a verdadeira relação do homem com a natureza.

Locke inicia o capítulo V invocando a razão natural e a autoridade das escrituras, para fundamentar a ideia de que o Mundo foi dado em comum a todos os homens, contrariando a tese de *Filmer* que defendia a doação do Mundo apenas a Adão. Num aspeto crucial, Locke demarca-se da tradição bíblica: o Mundo que foi dado aos homens é menos valioso do que se supunha, isto porque, entregue a si mesma, a natureza produz muito pouco daquilo que o homem precisa para as conveniências da vida e para uma existência confortável.

É a presença do homem no Mundo, com as suas necessidades, e a sua ação transformadora – o trabalho – que valoriza a matéria bruta praticamente inútil¹³⁵. É o trabalho humano articulado com a utilidade revelada com os desejos humanos que cria o “valor intrínseco das coisas.”¹³⁶

Poder-se-ia, contudo, pensar que nenhuma destas reflexões abala a narrativa bíblica. Pois bem, Locke sabia, com toda a certeza que essa suposição não é rigorosa. E demonstra-o com sagesa: “Deus quando deu o Mundo em comum a todo o género humano, também comandou o homem a trabalhar, tal como a penúria da sua condição exigia. Deus e a razão comandaram-no a subjugar a terra, isto é, a melhorá-la para o benefício da vida e que o fizesse investindo nela algo que lhe pertencesse, o seu trabalho.”¹³⁷ Mas, segundo as Escrituras, o homem apenas foi comandado a trabalhar depois da desobediência que provocou a condenação de Deus. Todas

¹³³ *Dois Tratados do Governo Civil*, Cap. II, § 6, p. 235.

¹³⁴ *Dois Tratados do Governo Civil*, Cap. IX, § 131, p. 318.

¹³⁵ *Idem...* § 40-41, pp. 261 e 262.

¹³⁶ *Idem...*, § 37, p. 258.

¹³⁷ *Idem...*, § 32, p. 255.

as necessidades eram providas a Adão, pela abundância da natureza, puro dom do seu Criador¹³⁸.

Quando o filósofo, a certo ponto afirma que *“a propriedade, cuja origem reside no direito de cada homem tem de usar qualquer criatura inferior para a subsistência e conforto da sua vida, existe para o serviço e benefício exclusivo do proprietário, de tal forma que este pode até, quando a necessidade o exige, destruir a coisa sobre a qual tem propriedade pelo uso que dela faz”*¹³⁹, interpretamos que o direito de propriedade para ele consiste, em certo sentido, no direito de negar o império da natureza, da natureza criada por Deus.

A maior inovação de Locke, em matéria de propriedade, vem das suas palavras: *“Todo o homem tem a propriedade da sua pessoa”*, ou seja, o homem é proprietário de si mesmo. Por isso, *“o trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos (...) são propriamente dele. Sempre que ele retira, seja o que for do estado em que a natureza o colocou, e aí o deixou, misturou o seu trabalho com esse objeto, e acrescentou-lhe algo que lhe é próprio, e assim converte-o em propriedade sua.”*¹⁴⁰

Afirmar desta maneira o trabalho do homem enquanto faculdade individual que inequivocamente lhe pertence é no fundo reiterar que aquele *“tem em si mesmo o grande fundamento da propriedade.”*¹⁴¹ Trabalhar a natureza é *“misturar o trabalho”* com os seus objetos. O indivíduo trabalhador acrescenta *“algo que lhe é próprio”* aos objetos da natureza e, assim, se apropria legitimamente daquilo que sofreu o seu trabalho¹⁴². Se um determinado objeto sofreu a ação do trabalho de um indivíduo, então segundo Locke, deixou de estar em comum e à disposição dos outros homens: foi apropriado por esse indivíduo. Esta será uma apropriação legítima, nos limites impostos pela lei natural¹⁴³, dispensando por isso o consentimento dos outros indivíduos¹⁴⁴.

É sobretudo nas seguintes passagens, que John Locke deixa perfeitamente esclarecida a sua noção ampla de propriedade: *“O homem nasce, (...), com um título à liberdade perfeita e ao gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei natural, em igualdade com qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo; tem por natureza, o poder, não só de proteger a sua propriedade, isto é, a sua vida, a sua liber-*

¹³⁸ Livro dos Génesis, 3:17-19.

¹³⁹ Cfr. o primeiro Tratado da obra cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, § 92, pp. 169 e 170.

¹⁴⁰ Cfr. de novo, *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 27, p. 251.

¹⁴¹ *Idem...* § 44, p. 264.

¹⁴² *Idem...* § 27, p. 251.

¹⁴³ No entanto, de acordo com a lei natural, a apropriação individual está sujeita a dois limites: (i) o da suficiência de recursos para a apropriação alheia (II, § 27, pp. 251-252); (ii) o da proibição de desperdício (II, § 31, pp. 254-255); (iii) a referida legitimidade advém do cumprimento destas premissas.

¹⁴⁴ *“Se tal consentimento fosse necessário, os homens morreriam de fome apesar da abundância que Deus lhes deu.”* Cfr. de novo, *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 28 e 29, pp. 252 e 253.

*dade e os seus bens, contra as injúrias e investidas dos outros homens (...)*¹⁴⁵ e ainda, interrogando-se acerca das razões que levam os homens a querer abandonar o estado de natureza e a abraçar o estado de sociedade, explica que “*o usufruto da propriedade*” que o homem possui no estado de natureza é “*muito inseguro e mal salvaguardado*”, levando-o a querer abandonar o estado de natureza, “*o qual, por muito livre que seja, está cheio de medos e perigos contínuos*”.

O homem tem por isso razões para abandonar o estado de natureza, unindo-se a outros homens numa sociedade, “*com o propósito da preservação mútua das suas vidas, liberdades e bens*”, a que dá “*o nome genérico de propriedade*”¹⁴⁶.

Terá de concluir-se que Locke usa a palavra “*propriedade*” em dois sentidos: umas vezes, em sentido restrito, como equivalente a património, possessões e bens materiais; outras vezes, em sentido amplo, como significando todos os direitos fundamentais do homem, em particular, o direito à vida e o direito de liberdade, para além dos direitos de conteúdo patrimonial.

Para Freitas do Amaral Locke não foi de todo “*um defensor do capitalismo burguês e dos interesses da sua classe dominante – os proprietários – mas antes um verdadeiro fundador do liberalismo político democrático. Democrático no duplo sentido de que, por um lado, preconiza que o Estado defenda todos os direitos fundamentais do homem (e não apenas a propriedade) e de que, por outro lado, o poder político tenha sempre um fundamento e por limite o consentimento voluntário de todos os cidadãos (e não apenas de uma classe social)*.”¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

Locke estabelece assim os fundamentos do direito natural de propriedade, sem deixar notar que, com a instituição da sociedade civil, a aquisição de pro-

¹⁴⁵ Idem..., II, § 87, pp. 289 e 290.

¹⁴⁶ Idem..., Cap. IX, II, § 123, pp. 315 e 316.

¹⁴⁷ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Nota sobre...*, p. 799.

¹⁴⁸ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 37, 46 e 47, pp. 258-259, 265-266. É o “*desejo de ter mais do que cada um precisa*” (II, § 37), que conduz à procura de uma reserva de valor que permita a acumulação da propriedade. Ora, o contentamento nesta acumulação é o maior incentivo à vida produtiva que se pode encontrar. Por outro lado, podem adivinhar-se como consequências deste processo, as desigualdades entre os homens, no que concerne às posses privadas. Mas Locke apresenta dois argumentos que inviabilizam a censura moral destas ideias. Em primeiro lugar, se o dinheiro foi o catalisador destas novas relações, e se o valor do dinheiro, por ser puramente convencional, pressupõe o consentimento de todos (pelo menos de todos aqueles que o usam, então as relações de desigualdade económica foram avalizadas pelo consentimento de todos. Em segundo lugar, pela acumulação desigual de propriedade é condição necessária para a produção do valor, então todos ganham em conveniências da vida, em conforto e em progresso material, com a referida desigualdade. Todos conseguem ver que um Rei dos territórios americanos “*se alimenta, aloja e veste pior do que um jornaleiro em Inglaterra.*” (Cfr. II, § 41, p. 262). Para além disto, Locke introduz ainda uma nova dimensão da vida económica no estado de natureza que desativa as duas cláusulas restritivas de acumulação de propriedade privada: – a dimensão do dinheiro e o acordo tácito dos homens de lhe atribuir valor.

priedade e a sua acumulação são reguladas pelas leis positivas, que o poder legislativo decidir¹⁴⁹. Como é o trabalho que produz as conveniências da vida, e como os homens trabalharão apenas se virem protegidos os frutos do seu trabalho, e como o exercício das faculdades humanas revela a desigualdade entre os homens, a proteção, a acumulação e assimetria no que respeita à propriedade privada constitui a união mais propícia à realização do bem de todos ou à maximização da utilidade geral.

Esta ligação estreita é importante porque Locke não hesita em afirmar que o grande propósito da fundação das sociedades civis é precisamente a salvaguarda e o aumento da propriedade. Com efeito, isto também quer dizer que no estado de natureza, o gozo da propriedade individual está sujeito a vários inconvenientes¹⁵⁰, por isso a união dos homens em comunidades políticas e a submissão a um governo trará a preservação da mesma propriedade¹⁵¹⁻¹⁵².

Um dos grandes objetivos do filósofo inglês é definir o lugar exemplar da vida racional e elaborar as suas condições. Não vê a liberdade sem o exercício da razão, sem uma vida racional. Mais, a vida racional e a vida livre, são para ele, uma e a mesma coisa: “*Nascemos, pois, livres da mesma maneira que nascemos racionais.*” À nascença somos apenas livres e racionais em potência, não dispondo “*imediatamente do exercício da liberdade e da razão.*”¹⁵³ “*Assim, a liberdade do homem e a liberdade de agir de acordo com a sua própria vontade fundamentam-se no facto de que está dotado de razão.*”¹⁵⁴

As sensações que se exprimem em prazer ou dor, constituem para Locke “o poder” que leva o homem à ação¹⁵⁵. Refere-se à dor que “um homem experimenta pela ausência de qualquer coisa que lhe causaria prazer se estivesse presente e que é acompanhado pela ideia de deleite.” A “*inquietação*” é o “*principal, embora não seja o único, estímulo da indústria e atividade humana.*”¹⁵⁶ É a fome

¹⁴⁹ Idem..., II, § 50, p. 267.

¹⁵⁰ Idem..., II, § 34, pp. 255-256.

¹⁵¹ Idem..., II, § 124, p. 316, e § 94, pp. 294-296.

¹⁵² Idem..., I, § 88-89, pp. 166-167 e § 97, pp. 172-173, II, § 190, p. 358. Ao trabalho, Locke acrescenta outros dois elementos que estruturam a aquisição de propriedade e a sua acumulação. Para além do uso do dinheiro, que apesar de preceder o estabelecimento da sociedade civil, perdura nela, este autor adiciona o direito natural de transmissão e receção da herança.

¹⁵³ Idem..., II, § 61, p. 274.

¹⁵⁴ Idem..., II, § 63, p. 275. Contudo, a racionalidade ou a vida de acordo com a razão não é um dom gratuito, antes se trata de uma aquisição esforçada, de um trabalho. É por isso, que o tipo humano desenvolvido por Locke é formado por “*industriosos e racionais*” (II, § 34, p. 256.). Nenhum homem terá uma vida racional se ela não for também industriosa.

¹⁵⁵ Cfr. a obra já cit. Ensaio sobre o Entendimento Humano, II.xxi.31.

¹⁵⁶ Ibidem..., II.xxi.33, II.xx.6.

ou a carência em geral que mobiliza o homem para a ação e para essa forma de ação, o trabalho, que desperta a racionalidade e transforma o mundo segundo as conveniências humanas. É a carência que transporta até à abundância. Na medida em que a segurança da existência não é dada gratuitamente, não se pode ignorar que *“a ação é a grande preocupação da humanidade.”*¹⁵⁷

John Locke entende a propriedade enquanto extensão do “eu” sobre o mundo exterior, o reduto necessário da afirmação viril da individualidade contra ameaças do poder arbitrário. Com a propriedade, o homem adquire um domínio cuja defesa é equivalente à defesa de si mesmo. Ser proprietário, para este autor, é ser defensor por excelência das liberdades individuais contra o exercício do poder político tirânico: o se proprietário é o contrário de ser servil.¹⁵⁸ Este apoio mútuo entre a forma de domínio e a liberdade percorre toda a obra de Locke.

c. *Revolução e Direito de Resistência em Locke: o “refúgio de Deus”*

*“Quem não admiraria a paz celebrada entre os poderosos e os fracos, quando o cordeiro, sem resistir oferecesse a sua garganta ao lobo imperioso para que ele a rasgue?”*¹⁵⁹

A doutrina do direito de resistência do povo contra o abuso de poder dos governantes é, ao lado da teoria da propriedade e da tolerância religiosa, um dos temas mais originais e influentes de toda a filosofia lockeana, diríamos mesmo que constitui o seu bálsamo. A essência daquela doutrina encontra-se no facto de que os homens possuem certos direitos naturais, existentes até antes da instituição do governo civil, que surge justamente para melhor garanti-los. O direito de resistência é assim o direito que os cidadãos têm de depor *“um governo quando o poder político se degenera em poder despótico, violando os direitos naturais dos mesmos, ao se impor pela força, e não mais pelo consentimento, afastando-se portanto, da sua função precípua, qual seja, proteger os indivíduos e as suas propriedades.”*¹⁶⁰⁻¹⁶¹

¹⁵⁷ Ibidem, II.xxii.10.

¹⁵⁸ Cfr. Harvey C. Mansfield, Jr., *Taming the Prince: The Ambivalence of Executive Power*, Free Press, Macmillan, New York, 1989, pp. 194 e 198.

¹⁵⁹ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 228, p. 381.

¹⁶⁰ Cfr. Edgard J. Jorge Filho, *Moral e História em John Locke*, Loyola, S. Paulo, 1992, p. 177.

¹⁶¹ Além disso, a resistência é legítima tanto para cessar as violações internas quanto as violações externas. Destarte, o direito de resistência constitui-se num legítimo direito do cidadão, para não

O direito de resistência dos homens, em geral, aparece quando o governo se mostra incapaz de atender ao direito de propriedade (este entendido por Locke, *lato sensu*¹⁶²) do povo. Nesse caso, a “rebelião” torna-se necessária e coloca os indivíduos de novo em estado de natureza. É conveniente lembrar, que o direito de “rebelião” a que Locke se refere, nos quatro últimos capítulos do Segundo Tratado do Governo Civil é um direito à revolução e não uma teoria da desobediência civil¹⁶³. E afinal “rebelde”, é quem não cumpre a lei¹⁶⁴. A sua teoria acerca da rebelião respondia tanto a *Filmer*¹⁶⁵, que via na rebelião todos os males do Mundo, considerando-a inclusive um pecado, como a Hobbes, para quem só existia duas alternativas, a anarquia (liberdade sem ordem) ou o Estado absoluto (ordem sem liberdade)

O direito de resistência em Locke é remetido, quanto aos seus fundamentos, para os clássicos textos monárquicos¹⁶⁶, que tinham o objetivo de justificar a resistência diante da realeza¹⁶⁷, de um ponto de vista religioso. Nesse

permitir que a sociedade civil se afaste dos fins para os quais fora estabelecida, através da defesa contra governos que agem fora dos limites da lei. Como resulta evidente, o direito de resistência faz retornar ao povo aquilo que de facto lhe pertence, a saber, o poder político, por ele estabelecido, para a manutenção dos seus direitos naturais.

¹⁶² Precisamente porque Locke estabelece no Segundo Tratado do Governo Civil dois sentidos diferentes para a mesma palavra propriedade. Num primeiro sentido, ele significará o direito à posse de bens e riquezas. Num sentido mais abrangente, também usado no corpo do texto, ele significará para o autor, a vida, a liberdade e os bens.

¹⁶³ Autores como Rawls falam em desobediência civil e nunca em revolução. Para este autor a desobediência civil é um ato político, público e não violento, contrário à lei, feito com o objetivo de promover a mudança das leis e da política governamental. Cfr. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, S. Paulo, 2006, p. 234.

¹⁶⁴ “(...) quer quando o legislativo é alterado, quer quando os legisladores agem de forma contrária ao fim para cuja consecução foram instituídos, os responsáveis são culpados de rebelião.” Cfr. II, § 227, p. 380. Os homens ao ingressarem na sociedade e governo civil, excluíram a força e introduziram as leis para a conservação da propriedade, da paz, e da unidade entre eles; aqueles que novamente estabeleceram a força em oposição às leis são rebeldes, ou seja, promovem o estado de guerra. Cfr. II, § 226, p. 380. Neste sentido, todo aquele que usa a força sem direito coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais a usar e, em tal estado, todos os antigos vínculos são rompidos, todos os direitos cessam e cada qual tem o direito de defender-se e de resistir ao agressor. Cfr. II, § 232, p. 383.

¹⁶⁵ Cfr. o § 17.º da sua obra, *Patriarcha or The Natural Power of The Kings*, para consulta em <http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm>.

¹⁶⁶ Simone Goyard-Fabre, na ob. cit., *Philosophie Politique...*, fala um pouco acerca dos por ela apelidados de “*Monarchomaques Catholiques*”, movimento de ação religiosa da Contra-Reforma impulsionadores do direito de revolução em si mesmo. Cfr. pp. 118-121.

¹⁶⁷ No *Dicionário de Política*, de N. Bobbio/N. Matteucci/G. Pasquino, 11.ª ed., UnB Editora, Brasília, 1998, p. 280, é explicado que “(...) Cabe ao povo e, em seu nome, aos éforos, que hão de agir colegialmente, o *jus resistitiae et exauctorationis* contra o monarca ou magistrado republicado que houvesse violado o contrato. Este direito de resistência ao Governo e da sua deposição quando no

sentido aquele direito encontra acolhimento e funda-se na herança medieva e renascentista¹⁶⁸.

Esta doutrina do direito de resistência está intrinsecamente ligada à ideia de degeneração da sociedade civil. A defesa do próprio indivíduo faz parte da lei da natureza e não pode ser negada à comunidade, nem mesmo contra o próprio Rei. Esse estado de guerra, na verdade, nivela as partes e faz de todos os indivíduos, iguais, perante a necessidade de defender as suas propriedades. A propósito, Locke analisa quatro formas de degeneração da sociedade civil: a conquista¹⁶⁹, a usurpação¹⁷⁰, a tirania¹⁷¹ e a dissolução do governo¹⁷².

uso do poder, desrespeitar a lei, foi elaborado depois pelo pensamento político inglês, nomeadamente por Milton e Locke. Para Locke, o povo conserva um direito em relação tanto ao príncipe como ao poder legislativo: o de julgar se eles procedem contrariamente à confiança que neles se depositou; não havendo na terra um juiz superior às partes, só resta o apelo ao céu, isto é, o direito à revolução, para mudar de Governo ou instituir novo legislativo.”

¹⁶⁸ Cfr. Quentin Skinner, *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, Companhia das Letras, S. Paulo, 1996, p. 415. O autor chega a afirmar que a teoria da revolução popular desenvolvida pelos calvinistas radicais, na década de 1550, estava destinada a dar início àquela que seria a corrente dominante no pensamento constitucional moderno.

¹⁶⁹ A conquista não é uma das origens do governo. Isto porque o consentimento obtido pela força, de facto não obriga. Cfr. II, § 186, p. 357. É preciso para a instituição de um governo civil, um contrato em que exista consentimento comum entre todos. Além disso, a conquista que é realizada por guerra tem diferentes resultados para Locke, dependendo da guerra ser justa ou não. A conquista por guerra injusta não trás direitos à sujeição e à obediência dos conquistados. A conquista por guerra justa (poder despótico) dá direito sobre a vida dos conquistados, mas não sobre as suas propriedades. Cfr. II, § 182, p. 354. Assim, os filhos continuam a ter o direito à herança dos pais cativos. Isto porque os homens, segundo Locke, têm um duplo direito de nascença: a liberdade e a herança. Cfr. II, § 190, p. 358.

¹⁷⁰ A usurpação é uma espécie de conquista interna. A diferença é que o usurpador jamais pode ter o direito a seu lado, pois só existe usurpação quando alguém se apodera do que outrem tem direito. Se o usurpador estender o seu poder para além daquilo que por direito pertencia aos príncipes ou ao governante de uma sociedade civil, teremos uma tirania associada a uma usurpação. Cfr. II, § 197, p. 362. Parece óbvio que aquele que alcançou o poder através de uma outra forma que não a disposta na Constituição de uma sociedade civil não pode obrigar de qualquer maneira o povo. Cfr. II, § 198, pp. 362 e 363. O desrespeito da legalidade leva à ilegitimidade.

¹⁷¹ Tal como a usurpação é o exercício de um poder a que outrem tem direito, a tirania é o exercício do poder além do Direito, a que ninguém pode ter direito. Cfr. II, § 199, p. 363. Em sentido estrito, segundo a linguagem de Locke, tirano é quem recebeu o poder legitimamente, portanto não se trata do usurpador, mas o exerce, não para o bem comum do povo, mas para a sua vantagem pessoal. A tirania é caracterizável essencialmente pelo abuso de poder, que na ótica do nosso autor, pode acontecer em todas as formas de governo. Esse abuso decorre não do encargo mas sim da autoridade, que dá o direito de agir; e contra as leis não pode haver autoridade. Nesse caso, Locke propõe a sua doutrina da legitimidade de resistência ao uso ilegítimo do poder, fazendo algumas concessões. Ele insiste em dizer que o direito de resistência não perturba necessariamente o governo. Cfr. II, § 208, p. 369. Isto porque em geral, os atos ilegais cometidos pelo magistrado, não alcançam todo o povo, indo apenas até alguns homens particulares.

A realização do bem público prima sobre esses limites, ou seja, a ação governativa pressupõe uma certa interpretação do bem público na ausência de regras estabelecidas. No entender de Locke só resta um “juiz” para decidir sobre questões que confluem com o bem público: é o povo¹⁷³. Seguindo este fio condutor, Locke vê no poder do povo o derradeiro limite ao governo civil.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵

Não é suficiente dizer que esse governo foi consentido. O consentimento não vincula os súbditos para a perpetuidade. Apenas o consentimento pode

¹⁷² A dissolução interior do governo pode ocorrer por culpa do legislativo ou por culpa do executivo. Locke elenca cinco casos como exemplo de dissolução do governo por culpa do executivo: 1.º o príncipe substitui as leis de forma arbitrária, sem o consentimento do legislativo; 2.º o príncipe impede a assembleia legislativa de se reunir; 3.º o príncipe altera as regras eleitorais dispostas na constituição; 4.º o príncipe submete o povo à dominação de uma potencia estrangeira; 5.º o príncipe deixa de aplicar as leis aprovadas pelo legislativo. Como exemplo de dissolução do governo por parte do legislativo, Locke dá apenas o da violação da confiança efetuada pelo legislativo. Ela ocorre, principalmente, quando o legislativo acaba por intervir na propriedade (em sentido lato) dos súbditos. Sobressai da obra em questão que o governo legítimo é o governo limitado, ou ainda melhor, encontra os seus limites definidos pelos direitos individuais dos súbditos, pelo seu consentimento e pelas leis positivas e naturais, às quais todos estão submetidos, incluindo os magistrados. Como já vimos, a ação governativa requer por vezes que a letra da lei seja silenciada ou que o direito de propriedade deste ou daquele súbdito seja restringido.

¹⁷³ Alguns autores argumentam que a noção de “Povo” em Locke era algo restrita, isto é, subentendem da sua obra que por povo ele não entendia a massa de súbditos, mas sim a sociedade de proprietários que muito tinham a perder com abusos (como a tributação excessiva) do governante. Cfr. Norberto Bobbio, *Locke e o Direito Natural*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, p. 245. Tanto assim é que o governante não pode elevar os impostos sem o consentimento do povo. Cfr. II, § 142, pp. 328 e 329. C. B. Macpherson, na obra, *A Teoria Política do Individualismo Possessivo – de Hobbes a Locke*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, pp. 236 e 239, chega mesmo a defender que o direito de resistência de Locke excluía a classe operária: “ela é incapaz de ação política racional, enquanto o direito à revolução dependia essencialmente de decisão racional.” Seria como depreender da obra do autor que os pobres “estavam na sociedade civil mas a ela não pertenciam”. James Tully, na obra, *A Discourse on Property – John Locke and his adversaries*, New York, Cambridge University Press, 1980, p. 173, admite que o critério convencional para o direito de voto no século XVII em Inglaterra era a posse de propriedade. Assim, os que não podiam votar, também não poderiam logicamente se rebelar. E por abuso de poder Locke entendia os casos em que inexistia a violação do direito de propriedade. Cfr. II, § 222, pp. 376-378.

¹⁷⁴ “(...) a comunidade é sempre o poder supremo, mas sob condição de não considerá-la como submetida a uma forma de governo específica, porque este poder do povo jamais pode ser exercido antes da dissolução do governo.” Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 149, pp. 331 e 332.

¹⁷⁵ O direito de resistência é exercido legitimamente contra poderes políticos assumidamente tirânicos. A natureza contratual da comunidade política e a natureza fiduciária do governo civil concedem toda a robustez lógica e toda a densidade moral ao direito de defesa dos direitos inalienáveis. O governo civil, repita-se, só existe para proteger os direitos individuais e tem nessa proteção a sua única justificação. Quando se desvia dessa missão e a contrária, perde a razão da sua existência.

conferir legitimidade aos atos do governo e à existência da sociedade política, aquele não é condição suficiente da obrigação política. O direito de resistir a atos tirânicos tem sempre prioridade sobre a obrigação derivada do consentimento. Locke rejeita a tese de Filmer afirmando que o consentimento livre e racional não é uma condição suficiente da legitimidade do governo civil.

Contudo, se Locke já previra que os indivíduos não perdem a faculdade de julgar por si próprios, em circunstâncias de risco repentino para a sua vida ou integridade física, e que excluam a possibilidade de intervenção atempada por parte das autoridades constituídas¹⁷⁶, agora é admitido que não se pode renunciar ao julgamento coletivo sobre o carácter da ação governativa.

Tanto assim é que, quando o conflito estala entre os poderes políticos e o povo/comunidade, o governo deixa de poder desempenhar a sua função primordial, que é a de juiz das controvérsias, precisamente porque é parte da querela. Como os poderes públicos, repetimos, detêm somente a autoridade confiada pelo povo, essa confiança só pode ser retirada ou mantida, pela autoridade cuja proteção justifica a relação fiduciária que estabelece os poderes políticos organizados¹⁷⁷.

A revolução dissolve o governo mas não dissolve a sociedade instituída pelo contrato social, que criou um vínculo de obediência indissolúvel. A distinção entre sociedade e governo já estabelecida por Locke torna-se agora decisiva. A revolução dissolve os poderes políticos, mas como não destrói a sociedade – a conquista por um inimigo externo dissolve a sociedade¹⁷⁸. É graças a esta distinção entre sociedade e governo, que Locke pode colocar a primeira como independente em relação ao aparelho governativo. O filósofo pode por fim conferir à sociedade, “(...) o direito nativo e originário de se preservar”¹⁷⁹, que é concomitante com o direito do indivíduo de garantir a sua própria preservação.

Mais, tal como o direito individual de auto-conservação inclui o direito aos meios de a garantir, o que passava pelo direito à ação defensiva preventiva, também a sociedade dispõe de um direito de revolução preventiva: “(...) os homens jamais estarão protegidos da tirania senão dispuserem de meios de a evitar antes de estarem completamente subjugados por ela. Têm, portanto, não só o direito de livrar-se da tirania mas também o direito de a prevenir.”¹⁸⁰

¹⁷⁶ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 19, pp. 244 e 245.

¹⁷⁷ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 240–242, pp. 391 e 392.

¹⁷⁸ *Idem...*, II, § 211, p. 371, “(...) a causa habitual e quase única da dissolução desta União reside na invasão de uma força externa que a conquista.”

¹⁷⁹ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 220, pp. 375.

¹⁸⁰ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 220, pp. 375 e 376.

O que é verdadeiramente difícil, é tentar persuadir o povo, naturalmente “(...) mais disposto a sofrer do que a resistir para fazer justiça”¹⁸¹, e aponta que “(...) é preciso corrigir os defeitos da estrutura política a que está acostumado.”¹⁸² Curiosamente John Locke força o leitor a constatar que o povo nunca se revolta senão por boas razões, e que historicamente, a ação popular preventiva peca sempre por defeito.

O povo conservador dispõe-se para a revolução quando “(...) uma longa sequência de abusos, prevaricações e artifícios, apontando todos na mesma direção”, fornece “*provas manifestas*” que expressam claramente a ameaça que sobre ele paira¹⁸³. É por estas razões que o julgamento do povo se torna tão legitimado, e Locke, lança com base nesta ideia, um desafio para os mais céticos: se há desordem no Mundo, não será mas rigoroso atribuir a sua causa à “*insolência dos governantes*” e à vontade de opressão do que à “*licenciosidade*” e à “*desobediência*” do povo?¹⁸⁴

O uso da força ou a ameaça do uso da força por parte de quem não tem autoridade traz consigo o estado de guerra. Ora, no estado de guerra as regras resumem-se à luta pela sobrevivência e os magistrados que conduziram a esta situação devem ser tratados como “*rebeldes*” e punidos adequadamente¹⁸⁵: “(...) Quem assim age merece ser considerado como o inimigo comum e a peste do gênero humano, e deve ser tratado como tal.”¹⁸⁶

O direito à revolução é encarado no Segundo Tratado do Governo Civil como um direito de legítima defesa. No estado de guerra entre o povo e os governantes que agiram sem autoridade e que violaram as suas obrigações, não resta outra solução senão opor a força com autoridade à força sem autoridade. Como a sociedade permanece intacta, o poder não é devolvido aos indivíduos, mas ao corpo da comunidade política¹⁸⁷. O poder colocado nas mãos do poder político é devolvido ao povo para que possa “*retomar a sua liberdade originária*”

¹⁸¹ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 230, p. 382.

¹⁸² Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 223, p. 378.

¹⁸³ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 225 e 230, pp. 379-380 e pp. 382-383, respetivamente. Vide ainda, no II Cap. os § 169 e 208, pp. 344-345 e p. 369, respetivamente.

¹⁸⁴ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 230, pp. 382-383.

¹⁸⁵ Idem...,II, § 232, 226-227, pp. 383 e 384 e pp. 380 e 381 respetivamente.

¹⁸⁶ Idem...,II, § 230, p. 383. Locke também chega a admitir que a lei natural reconhece o tiranicídio: “(...) No estado de natureza quando um homem pretende privar alguém da liberdade que lhe pertence nesse estado deve atribuir-lhe a intenção de privar essa pessoa de tudo o resto, visto que tudo assenta na liberdade; do mesmo modo se deve supor uma intenção idêntica naquele que, na sociedade civil, pretende retirar a liberdade que pertence aos membros dessa sociedade ou comunidade política; por isso, deve ser tratado como um inimigo no estado de guerra.” Cfr. II, § 17 e 168, pp. 243 e 344 e 345, respetivamente.

¹⁸⁷ Idem...,II, § 243, pp. 392 e 393.

e, sem regressar ao estado de natureza, “estabelecer um novo poder legislativo”¹⁸⁸ Constitucionalmente, o ato de revolta consubstancia a reafirmação dos princípios que deram origem à sociedade civil.

Os governantes que não se deixam tentar pela ambição e pela insolência terão sempre ao seu dispor um povo obediente e a sua própria segurança garantida. Os príncipes sabem ou aprendem que o governo moderado e protetor dos direitos individuais é o mais seguro para todas as partes da comunidade política, e não esquecem que o “*poder supremo*”¹⁸⁹, ainda que de forma residual, habita sempre no povo.

Locke é bastante convicto e firme quando diz que “(...) o povo que se vê maltratado e governado contrariamente ao Direito aproveitará a primeira ocasião para se libertar de um fardo que lhe pesa muitíssimo”, e adianta que, “(...) não é qualquer pequena falta cometida na administração dos assuntos públicos que provoca tais revoluções. O povo suportará sem motins nem murmúrios, grandes erros dos seus governantes, muitas leis injustas e inconvenientes e todos os deslizos da fragilidade humana. Mas se uma longa sequência de abusos, prevaricações e artificios, apontando todos na mesma direção, revelar manifestamente ao povo o desígnio que o ameaça, ele sentirá aquilo a que está sujeito e verá o que o espera;”¹⁹⁰ ou mesmo “(...) quando se afoga o povo na miséria e este se encontra exposto aos maus usos do poder arbitrário (...)”¹⁹¹

Depurando aquelas palavras de Locke, não resistimos a sublinhar o seu paralelo com a Declaração da Independência Americana, de 04 de Julho de 1776, que reza o seguinte: “(...) Na verdade, a prudência recomendará que não se mudem os governos estabelecidos há muito tempo por motivos ligeiros e transitórios; e por isso toda a experiência têm mostrado que o género humano está mais disposto a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagrarar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas quando uma longa sequência de abusos e prevaricações, prosseguindo invariavelmente o mesmo objeto, revela o desígnio de reduzi-lo ao despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever, abolir tais governos e instituir novos guardiões para a sua segurança futura.”¹⁹² São óbvias as afinidades inegáveis com a filosofia política lockeana.

¹⁸⁸ Idem, II, § 222, p. 377.

¹⁸⁹ Idem, II, § 243, pp. 392 e 393.

¹⁹⁰ Idem, II, § 225, p. 379.

¹⁹¹ Com tudo isto, parece não ser surpreendente para o autor, que o povo se subleve e conduza ao poder, homens que possam assegurar o cumprimento dos fins para os quais o governo foi originariamente erigido. A resistência torna-se inelutável.

¹⁹² A tradução para a língua portuguesa é nossa. A Versão original está para consulta em http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vorig.html

Finalmente, dir-se-á que para John Locke, resistir é a derradeira arma contra a tirania: “(...) os homens jamais estarão protegidos da tirania, se não dispuserem de meios de a evitar (...) Têm, portanto, não só o direito de livrar-se da tirania, mas também o direito de a prevenir.”¹⁹³ A estas ideias junta ainda uma outra, não menos importante: “(...) sempre que estes (os legisladores instituídos pelo povo) tentam tomar e destruir a propriedade do povo ou reduzi-lo à escravatura de um poder arbitrário, colocam-se num estado de guerra com o povo, o qual está, a partir de então, absolvido de toda e qualquer obediência, não lhe restando outro recurso senão o refúgio comum que Deus providenciou a todos os homens contra a força e contra a violência.”¹⁹⁴

Assim, “(...) se o poder executivo ou legislativo, quando têm o poder nas suas mãos, planeiam ou se lançam na tarefa de escravizá-lo ou destruí-lo, neste caso, como em todos os outros em que não há um juiz sobre a terra, o povo não tem outro remédio senão apelar para o céu.”¹⁹⁵ A vontade de evitar este estado de guerra, em que não há outro apelo que não ao céu, e ao qual a mais pequena disputa pode conduzir (quando não existe uma autoridade para decidir em caso de conflito entre as partes), constitui para o autor, a grande razão pela qual os homens abandonam o estado de natureza e se unem em sociedade¹⁹⁶.

Mais, “(...) os governantes exercem um poder que o povo jamais colocou nas suas mãos (pois não se pode supor que o povo consente que alguém o governe para seu mal) e atuam sem direito.” Ainda, “(...) sempre que o conjunto do povo, ou um único homem¹⁹⁷, é privado do seu direito, ou está sujeito ao exercício de um poder ilícito, e não tem a quem apelar na terra, então tem a liberdade de apelar ao céu, se a importância da causa lhes parecer suficientemente grave.”¹⁹⁸

E confiante, Locke conclui: “(...) Quando há não jurisdição neste mundo para decidir as controvérsias que surgem entre os homens, Deus no céu é o juiz. É verdade que só ele é juiz de Direito.” Mas não fica por aqui, junta ademais a ideia de que “(...) o uso da força entre pessoas que não reconhecem um superior sobre a terra, ou em

¹⁹³ Cf. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 220, p. 376.

¹⁹⁴ *Idem*, II, § 222, p. 376

¹⁹⁵ *Idem*, II, § 21, p. 246.

¹⁹⁶ *Idem*, II, § 21, p. 246.

¹⁹⁷ Note-se que o direito de revolução, ou se preferirmos, de revolta contra um domínio injusto, pode ser para o autor, coletivo e individual.

¹⁹⁸ Cf. *Dois Tratados do Governo Civil* II, § 168, p. 344.

condições que não permitem o recurso a um juiz terrestre, constitui propriamente o estado de guerra, no qual o último recurso é apelar para o céu.”^{199_200_201}

Captura-se a ideia de que a revolução é a última defesa contra a emergência do poder absoluto de um membro da sociedade sobre o outro, que, porque nega ao indivíduo a sua propriedade, é inconsistente com a sociedade civil. De qualquer modo, a relação entre a limitação do poder do soberano através das leis e o direito de resistência que visava a proteção da propriedade acabaram por moldar a teoria do Estado de Locke. Uma vez mais, os alicerces dos primeiros passos do liberalismo, que se inaugurava com John Locke foram elaborados a partir da conceção jusnaturalista: o indivíduo tem um direito natural de se rebelar quando o governo não fornece a total proteção da propriedade²⁰².

II. Algumas notas críticas ao liberalismo

A principal luta do liberalismo²⁰³ foi a da dissolução do Antigo Regime. Isto representou inegavelmente um rutura com a estruturas medievais, que se encontravam desgastadas e obsoletas. A rutura foi um progresso enorme, visto que permitiu a construção do atual Estado de Direito Democrático²⁰⁴.

O sentimento de liberdade de consciência, reclamada pelos dissidentes calvinistas franceses, holandeses e sobretudo, ingleses, depois das lutas religiosas dos séculos XVI e XVII, durante a emigração e fundação pelos últimos das colónias da América, e a Revolução Inglesa de 1688, com o seu *Bill of Rights*

¹⁹⁹ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 242, p. 392.

²⁰⁰ Cfr. Norberto Bobbio, *Locke e o Direito Natural*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, pp. 244-246.

²⁰¹ Sobre a legitimidade da resistência e o exercício ilegal do poder pelo governante, Cfr. a análise de Leonel Itaussu A. Mello, *John Locke e o individualismo Liberal*, in, Weffort, Francisco F. C. (org.), *Os Clássicos da Política*, vol. 2, Ática, S. Paulo, 2006, pp. 88 e ss. É normal que na posição jusnaturalista que Locke assume, o mesmo procure limitar o poder político e, por conseguinte, vincular a norma jurídica à ideia de uma lei natural, fundamento legítimo tanto do direito positivo quanto da sociedade civil. O direito de resistência assume-se assim como o modo legítimo de salvaguardar os direitos naturais individuais contra os abusos do governante. A constituição de um poder civil, não retira aos indivíduos, os direitos de que gozam no estado natural. A justificação para aquela constituição consiste na sua eficácia para garantir aos homens, pacificamente aqueles direitos.

²⁰² Cfr. James Tully, *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*. Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 137.

²⁰³ Para compreender os defensores do liberalismo é imprescindível ler a obra de D. A. Lloyd Thomas, *In Defense of Liberalism*, Basil Blackwell, Oxford, 1988, em especial, pp. 1-17.

²⁰⁴ Este quebra as amarras anteriores rompendo com as supervivências individualistas, o neocapitalismo opressor e alguns privilégios que ensombavam o Estado Liberal.

e a expulsão dos *Stuarts*, substituídos por Guilherme de Orange e por um governo liberal e parlamentar, foram os momentos decisivos da afirmação do liberalismo. A isto devem adicionar-se as causas económicas relacionadas com a Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo moderno.

Este foi o conspecto geral do espírito europeu à entrada do século XVIII. É impossível compreendê-lo, sem ter presentes estes factos de ordem religiosa, política e económica e o papel dominante que neles desempenha a Inglaterra. Este país foi, ao iniciar-se o século, e até, pelo menos, cerca de meados dele, o principal precursor do espírito europeu, como Espanha o fora à entrada do século XVII, ou a Itália à entrada do século XVI. Toda a evolução das ideias políticas do continente europeu se acha sob esse signo. O século XVIII carregou o liberalismo com todas as suas fórmulas filosóficas e jurídicas, pondo a descoberto os primeiros elementos da democracia moderna.

Manifestações antagónicas à essência liberal, explicam-se pelos fundamentos socioeconómicos do individualismo liberal: - o respeito quase sagrado pela propriedade privada. Herbert Marcuse²⁰⁵, quando coteja o Estado liberal com o Estado Totalitário, afirma até que “(...) a transformação do Estado Liberal no Estado Total-autoritário se realiza dentro da mesma ordem social. (...) é o liberalismo, ele mesmo que ‘gera’ o Estado totalitário, como se fosse a sua realização final, em estágio avançado de desenvolvimento. O Estado Total-autoritário proporciona a organização e a teoria da sociedade que corresponde ao estágio cosmopolita do capitalismo.”

Lucas Verdú adiciona a isto a ideia de que “(...) os primeiros socialistas foram liberais desencantados.”²⁰⁶ Acreditamos que com isto quer significar que, a investida liberal contra as arbitrariedades e privilégios do Antigo Regime embora tenha prosperado no campo jurídico-institucional, a saber, no que concerne à limitação de poder, às liberdades e igualdade formal perante a lei, já no campo socioeconómico, falha, em grande parte devido às desigualdades reais e à situação de exploração em que se encontravam as classes trabalhadoras indefesas, sujeitas às condições da burguesia triunfante²⁰⁷⁻²⁰⁸.

²⁰⁵ Cf. Herbert Marcuse, *La lucha contra el Liberalismo en la Concepción Totalitaria del Estado*, em, *La Sociedad Opressora*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1970, p. 107.

²⁰⁶ Cf. a expressão de Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 133.

²⁰⁷ Não é excessivo insistir na ideia de que o Estado liberal redundava em benefício desta burguesia. No entanto é de louvar e reconhecer o seu mérito e tenacidade na construção das instituições liberais, o qual não oculta as suas evidentes imperfeições, que são, entre outras: (i) o desconhecimento do direito de associação por temor, crê-se, que através delas se restabelecem as corporações de artes e ofícios entorpecedoras da livre iniciativa económica e profissional; (ii) o abandono do mercado aos economicamente poderosos, com todas as penosas injustiças que isso implica; (iii)

Uma das críticas que se vem fazendo ao Estado Liberal, e que não nos parece fundada, é a do seu carácter abstrato, entendendo-se este como generalidade. Ora, isto está longe de ser um defeito, pois quanto a nós constitui antes uma virtude, com respeito às singularidades e privilégios do *Ancien Régime*²⁰⁹ que obviamente se repulsam. Se aquela abstração importa um certo desconhecimento da realidade concreta, um retoricismo, ou alheamento social, importa esclarecer o seguinte: o constitucionalismo liberal reagiu, e muito bem, contra certos abusos e arbitrariedades. Manifestou-se de uma forma bastante proeminente, face à insegurança jurídica e à ameaça das *Lettres de Cachet*²¹⁰, outorgando segurança às pessoas, inviolabilidade do seu domicílio, da sua correspondência e liberdade de circulação.

No entanto, apesar de se admitir que a luta liberal foi notável, pois não se duvida que ela desenhou a arquitetura normativo-institucional do Estado que herdámos²¹¹, seja modificando-a, seja contraditando-a, mas mantendo-a presente nos dias de hoje, é pertinente percebermos que a religião liberal era sobretudo uma religião para os ingleses, refratária de todo o espírito sistemático e universalista. Relembremos as suas ideias sobre a tolerância religiosa, não aplicáveis aos católicos e aos ateus e, finalmente, a legitimidade da suspensão de todo o seu sistema político em benefício do poder federativo, em caso de necessidade, para fins de defesa ou de conquista²¹².

o relativismo e quase-agnosticismo do Estado Liberal, que contribuiu para o seu desmantelamento pelos extremismos de direita e esquerda.

²⁰⁸ Não obstante, se corroborar tudo isto também é primordial observar o avanço que supõe o Estado Liberal frente ao absolutismo e à insegurança que o precedeu. A par disto fazemos a devida vénia à notável obra legislativa deixada pelo liberalismo. O postulado do Estado de Direito aplicou-se a diversos ramos de Direito: controlo jurisdicional de atos administrativos, princípio da legalidade no Direito penal, as garantias processuais do acusado, e a legalidade de taxas e impostos. Idem, p. 136.

²⁰⁹ A propósito, de Luciano Amaral, deve ler-se o interessante artigo doutrinário, *Institutions, Property, and Economic Growth: Back to the passage from Ancien Régime to Liberalism in Portugal*, Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, *Análise Social*, n.º 202, vol. XLVII, 1.º Trimestre, Ano de 2012, em especial, pp. 31-52, que analisa a passagem do Antigo Regime ao liberalismo no caso português.

²¹⁰ O seu significado e explicação histórica em <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/87796/lettre-de-cachet>.

²¹¹ Cfr. a doutrina de Norberto Bobbio, *Il Futuro della Democrazia*, n.º 281, Einaudi Tascabili, Torino, 1995, no capítulo dedicado ao “*Liberalismo Vecchio e nuovo*”, pp. 115-139.

²¹² Em matéria religiosa, diga-se que Locke associava a uma maneira racionalista de encarar a religião, precursora do deísmo, um sobre-naturalismo moderado que mantinha a fé nos dogmas, nos milagres e na revelação. Isto pressente-se na sua obra capital, *The Reasonableness of Christianity*, já mencionada. Preconizava a tolerância, embora dela estivessem excluídos, os católicos e os ateus. *Vide* a igualmente mencionada Carta ou Epístola da Tolerância.

Contudo, as críticas à sua filosofia emanam principalmente dos marxistas, dos reacionários antiliberais, e dos liberais anti-religiosos. Os primeiros afirmam que John Locke não foi nem socialista nem comunista. Aliás, é óbvio que no século XVII, antes da Revolução Industrial, antes dos primórdios do capitalismo, ninguém o poderia ter sido²¹³⁻²¹⁴. Locke foi um verdadeiro revolucionário, pois fundou, contra o absolutismo de direito divino, o liberalismo político baseado na soberania popular e na doutrina dos direitos individuais face ao Poder: “*todos os homens são naturalmente livres, iguais e independentes*”. Isto foi tão novo e tão revolucionário, que provocou, em menos de quinze anos, as duas maiores revoluções liberais da História Ocidental, na América e em França²¹⁵. Ainda hoje ouvimos o eco da sua brilhante teoria²¹⁶.

III. A Genealogia dos Direitos Humanos: em busca da matriz inglesa e francesa

Encontrar a casta dos direitos humanos só será possível mediante uma abordagem plurisecular dos mesmos. É necessário recuar no tempo e muito, de preferência, até aos grandes textos jurídicos romanos, para encontrar aí depositada a verdadeira ascendência dos direitos humanos. A emancipação do homem afirmada pelos direitos humanos, coincide com a alienação coletiva e com o reforço do papel do Estado. Foi difícil, recompor uma sociedade a partir dos indivíduos²¹⁷. O decorrer do século XVIII, onde o indivíduo se inventou, funda uma ordem social que se inclina para a ordenação a partir do poder

²¹³ Cfr. Leo Strauss, *Natural Right and History*, Chicago U. P., 1953 e “*Locke’s Doctrine of Natural Law*”, *American Political Science Review*, LII, 2 (1958), pp. 490-501.

²¹⁴ O que deve ser acrescentado é que este filósofo, defensor da propriedade privada, o faz na convicção de ser ela, uma garantia constitucional, de um direito fundamental de qualquer cidadão contra possíveis desapossamentos e expropriações ilegais de terras ou casas, ordenados pelo Monarca e não por ser concebida como instrumento de exploração capitalista. Para os reacionários antiliberais, adeptos da monarquia absoluta ou de uma ditadura moderna, a oposição a Locke é perfeitamente aceitável, pois este pretendeu desde o início, provar a ilegitimidade daqueles regimes. Os liberais anti-religiosos, procuram minimizar a importância do carácter liberal da doutrina de Locke, apelidando-o de “mero descendente da linhagem clássica do pensamento político”. Cfr. ob. cit., de Diogo Freitas do Amaral, *História...*, p. 195.

²¹⁵ Cfr. a obra de Augusto Messer, *La Filosofia Moderna, Del Renascimento a Kant*, 3.^a ed. Revista de Occidente, pp. 140 e 141.

²¹⁶ Rasgados elogios são também tecidos por alguns autores nas suas diversas contribuições para a obra *The Cambridge Companion to Locke*, Cambridge U. P., 1994, Vere Chappell (ed.), University of Massachusetts, Amherst, a mais completa, sobre o pensamento político do autor.

²¹⁷ Marcel Gauchet, *La Démocratie contre Elle-Même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 15.

elevado do Príncipe, a compor-se desde as bases sociais sustentadas pelos indivíduos. Quanto maior se revelou a autonomia do indivíduo mais aumentou a heteronomia da coletividade como afirmação de todos.

A consequência deste teorema é um maior império do Estado como organização burocrática do conjunto da sociedade. Nas vésperas da Revolução, o desprendimento do indivíduo, de todos os poderes intermédios – familiares, religiosos, e corporativos – propicia a sua abstração como um universal adequado à conceção dos direitos do homem como património de uma oligarquia estadual. Os direitos do homem só começam a ser exercitáveis quando se separam da autonomia individual.

Os direitos humanos só passam a ser uma política quando se separam da dinâmica alienadora do individualismo. As fases cíclicas de esplendor do indivíduo, alienação da coletividade e exaltação da soberania do Estado coincidem, com os marcos criativos de formação da democracia liberal: 1789, 1900-1914, 1945-1970²¹⁸.

Merece a pena, contudo, fazermos uma paragem neste itinerário, aproximando-nos da época da Revoluções americana e francesa. Para compreender a importancia destes momentos na história de vida dos direitos humanos, somos quase coagidos a fazer uma incursão pela querela²¹⁹ que opôs, em pleno século XX, Georg Jellinek (1851-1911) e Émile Boutmy (1835-1906).

Em 1895, Jellinek, um reputado filósofo do Direito, Professor na Universidade de Heidelberg, publica pela primeira vez a obra, *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*²²⁰. Este estudo despertou desde logo um elevado interesse intelectual. Com efeito, no fascículo de 15 de Julho de 1902, dos *Annales des Sciences Politiques*, de Paris²²¹, um dos mais ilustres constitucionalistas franceses, Émile Boutmy, fundador e diretor da *École Libre de Sciences Politiques*, dedicara ao

²¹⁸ Idem..., pp. 333 e 334, 343 e 344.

²¹⁹ Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 66-88.

²²⁰ Resolvemos estudar esta obra de Georg Jellinek, através de uma outra versão, com tradução castelhana a cargo de Adolfo Posada e estudo preliminar de Miguel Carbonell, publicada pela Universidad Nacional Autónoma de México, México, em 2000, e intitulada, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. O autor encara esta obra como um estudo preparatório para a sua obra de maior envergadura, *A Teoria Geral do Estado*.

²²¹ Cfr. t. XVII, pp. 415-443. Para apreciar no geral a obra de Boutmy, consulte-se a página, <http://www.sciencespo.fr/bibliotheque/sites/sciencespo.fr.bibliotheque/files/pdfs/sciences-po.pdf>

livro do professor alemão, um vasto estudo, no qual se discutia, com grande eloquência e fervor, a tese defendida por Jellinek²²².

Para Jellinek, a origem da Declaração Francesa de 26 de Agosto de 1789, não se encontra em França, nem no pensamento francês, mas nos Estados Unidos da América e sobretudo, no desenvolvimento constitucional das 13 colónias. O nosso autor não deixa de sublinhar a importância daquele instrumento jurídico, admitindo que sob a sua influência se formou uma noção de direitos subjetivos públicos do indivíduo no direito positivo dos Estados do Continente europeu²²³. Nem tão pouco retira à França o mérito de ter levado a cabo uma empreitada de enorme valor civilizacional²²⁴.

Uma das primeiras coisas que este autor trata de clarificar é a visão de que foi a obra, *O Contrato Social*, de Rousseau que inspirou a Declaração Francesa de Direitos de 1789. Refuta esta ideia sustentando que o próprio contrato social representa justamente o contrário dos direitos do indivíduo, isto é, os membros da comunidade, unidos pelo contrato, alienam à *volonté générale* todos os seus direitos. Os princípios do pacto social, afirma o autor, são contrários a uma declaração de direitos, porque do primeiro se depreende a onipotência da vontade geral, juridicamente sem limites, ou melhor, o sacrifício dos direitos individuais²²⁵.

Apesar desta possível contradição de conceitos, o que é facto é que existem poderosos e inegáveis ecos rousseauianos naquela declaração. Basta contemplar o seu artigo 6.º: “*A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.*”

O mesmo não sucede com as Constituições dos Estados Americanos, as quais, segundo Jellinek, iam precedidas de declarações de direitos, com força obrigatória para os representantes do povo. O exemplo que dá, citando Corodocet, é a Declaração de Direitos da Virgínia²²⁶. Depois desta, o autor explica

²²² Professor alemão concentra a sua exposição convicto nas seguintes ideias: (i) a incompatibilidade entre a doutrina do contrato social de Rousseau e as Declarações de Direitos; (ii) a influência direta das Constituições das 13 colónias norte-americanas sobre os conteúdos da Declaração Francesa de 1789; (iii) e a conceção da liberdade religiosa nas colónias dos Estados Unidos da America como precedente da consagração dos direitos universais do homem.

²²³ Cfr. a ob. já cit. de Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano...*, p. 82.

²²⁴ Idem..., pp. 83 e 84.

²²⁵ Idem..., pp. 85-87.

²²⁶ Idem..., p. 90.

que se formularam declarações expressas de direitos nas Constituições da Pensilvânia, em 1776, em Maryland, e na Carolina do Norte, no mesmo ano, em Vermont em 1777, em Massachusetts em 1780 e em New Hampshire, em 1783, a vigorar no ano seguinte, entre muitas outras que também menciona²²⁷.

Neste ponto, não cremos que Jellinek estivesse com a razão. A inspiração e influências da Declaração de Direitos Francesa não vem do outro lado do atlântico, mas indubitavelmente, dos textos e documentos jurídicos ingleses anteriores (*Bill of Rights*, *Habeas Corpus Act* e *Magna Charta Libertatum*) e da própria atmosfera que se desenvolvera a partir das obras de Locke²²⁸, Montesquieu, Voltaire e Rousseau, entre outros²²⁹⁻²³⁰.

Outra diferença importante que é apontada, entre o *Bill of Rights* Inglês e as Constituições das colónias americanas é que o primeiro comporta poucos direitos, ou melhor, em abono da verdade, assinala antes deveres do governo, enquanto que as ditas Constituições, pelo contrário, enumeram uma porção maior de direitos, tomando-os como inatos e inalienáveis²³¹⁻²³².

²²⁷ Idem..., pp. 94 e 95. Estabelece ainda um cotejo entre as Declarações francesas e americanas, pp. 96-104.

²²⁸ Locke não passou imune às críticas de Jellinek. Este chega a afirmar que a doutrina de Locke não atribui aos homens que vivem no Estado, direitos fundamentais estritamente determinados, apenas assinalando que para o autor inglês, o poder legislativo está limitado pelo fim do próprio Estado. Estes limites, não são para Jellinek, o reconhecimento inequívoco e expresso de direitos do homem, mas tão só as proposições mais essenciais do *Bill of Rights*. Cremos que estava errado acerca de John Locke. Ninguém, antes de Locke, compreendeu tão bem os direitos individuais mais elementares e essenciais, como o próprio. A sua teoria sobre a origem do poder, já é, ela mesma, um reconhecimento expresso de que estes direitos fazem parte da essência e dignidade humanas, anteriores à sociedade política e insuperáveis pelo Poder. O Direito e o Estado terão somente o dever de os respeitar (e não o dever de os reconhecer visto serem inatos ao homem), porque é essa a justificação do Direito e o fim do Estado.

²²⁹ De novo, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano...*, pp. 105-107. Estes dados, não impedem Jellinek de afirmar que existe uma grande diferença entre os documentos históricos ingleses e os desenvolvidos pelas colónias, concluindo que seriam estes últimos, os que haveriam influenciado os membros da Assembleia Francesa.

²³⁰ Idem..., pp. 108 e 109. O Professor Jellinek faz ainda uma ressalva curiosa, aludindo para a diferença essencial entre direitos e lei. Segundo o direito inglês, sustenta, o Parlamento é onipotente e todas as leis por ele aceites ou elaboradas têm idêntico valor. As declarações americanas, pelo contrário, contêm regras que estão acima do legislador ordinário. Isto é pertinente na medida em que irá dar lugar, nos Estados Unidos da América, ao surgimento de um peculiar modelo de controlo da constitucionalidade das leis, que não se chegou a desenvolver em Inglaterra.

²³¹ Idem..., p. 113.

²³² Facilmente nos apercebemos de que aquilo que realmente distingue a consagração originária destes direitos em França e nos colónias americanas é sem dúvida o momento da constitucionalização, a partir de três momentos essenciais: A inserção das declarações de direitos nos textos constitucionais; Nos recentes Estados Unidos, os direitos estavam sujeitos ao poder de revisão consti-

Atente-se a duas importantes questões que servem para sufragar a ideia de que a Declaração Francesa se afasta ostensivamente dos documentos jurídicos de direitos norte-americanos e consequentemente para desmentir a tese de Jellinek sobre a influência preponderante destes naquela Declaração. Uma delas é a conceção radical da sociedade e do Estado como um fruto da simples coexistência das liberdades e a outra é o papel central reservado à lei pela Declaração Francesa, o qual explicará a sua decisiva influência na origem do direito público europeu, uma construção que não chegou a produzir-se no século XIX na América. Para Jellinek, a origem dos direitos universais do homem há-de encontrar-se nas lutas travadas para alcançar a liberdade religiosa, tanto em Inglaterra, como mais tarde nas colónias norte-americanas²³³.

De facto, justiça seja feita, esta obra de Jellinek constitui um valioso elemento para o estudo da história do constitucionalismo mundial, que originariamente não é do que a história das lutas pela liberdade, igualdade e dignidade humanas contra a tirania e a opressão. Oferece-nos um importante ponto de vista histórico e uma excelente oportunidade de ficarmos mais perto desse monumento dos direitos humanos que é a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789²³⁴.

Para Boutmy, as principais ideias que Jellinek nos expõe na sua obra são discutíveis e portanto, ele discute-as, no seu eloquente artigo *supra* referenciado. Para o sábio publicista, as afirmações do professor alemão podem reduzir-se aos seguintes tópicos: 1.º As Declarações de Direitos não procedem do contrato social, melhor, contradizem-no; 2.º A Declaração francesa pela sua substância e forma, imita a dos Estados particulares americanos. 3.º A liberdade religiosa é o elemento mais antigo destas declarações, podendo estimar-se que dela provêm, enquanto que a afirmação da mesma como um direito natural, sugere, por imitação a de outros direitos.

tucional, podendo por isso ser modificados através do procedimento estabelecido pelos respetivos textos constitucionais, o que era impensável na Europa dessa época; finalmente, a existência de controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, o chamado *Judicial Review*, que se inicia antes ainda da promulgação da Constituição Federal de 1787. França e o resto da Europa estariam de fora deste movimento, aliás, assistem ao fracasso da constitucionalização, durante todo o século XIX.

²³³ *Idem...*, pp. 115-125.

²³⁴ E nós não desvalorizamos a importância que aquele autor dá aos instrumentos jurídicos das colónias norte-americanas. É certo que a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, os *Bill of Rights* dos diferentes Estados que acompanharam as Constituições estaduais e a Constituição da União de Estados Confederados de 1787, foram desenvolvendo uma cultura participativa democrática que não se dava dentro da tradição aristocrata francesa. A América tinha pretensões a ser a terra prometida da tolerância religiosa. Foi isso que levou Thomas Paine a adotá-la como terra de exílio.

Analisando em separado cada preposição Boutmy faz os seguintes reparos: a Declaração de Direitos não contradiz o contrato social. A “cláusula” deste, aparentemente anulatória do indivíduo, não impede a possibilidade de uma Declaração de Direitos. Existe no contrato social, alguma coisa fixa e fora da arbitrariedade do soberano. Este *quantum* corresponde ao conteúdo substancial do dito contrato: a igualdade de direitos de todos os cidadãos; a exigência de que a lei se funde na necessidade de manter a isonomia entre eles e o seu caráter geral e abstrato²³⁵.

Boutmy suspeita do cotejo feito por Jellinek às declarações francesa e americana e ao contrário deste autor, acredita que os princípios praticados em Inglaterra no século XVIII influenciaram diretamente a Declaração de Direitos Francesa, sem esquecer a influência do fluxo de ideias alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, o qual se estendeu a todo o mundo civilizado, e como é óbvio às colónias americanas. Considera e bem, em nosso entender que os *Bill of Rights* americanos são uma simples transcrição da Common Law. Aí estará uma verdadeira relação de filiação²³⁶.

Entendemos que o ponto de partida da discussão sobre a origem dos direitos humanos centra-se inequivocamente nas revoluções burguesas e no direito natural racionalista. Por essa razão, Jellinek estava errado. A abordagem realizada pelo constitucionalismo francês é a “juridificação” dos direitos humanos

²³⁵ Com efeito, Boutmy recorda, a nosso ver, com razão, a necessidade de ter presente a ideia do povo como soberano, acrescentando que o povo está acostumado a conceber o soberano como um monarca, isto é, como um indivíduo à parte da comunidade. Não estamos habituados a vê-lo como parte do povo. E no fim, assume que a Declaração de Direitos não provém de Rousseau nem de Locke, nem dos *Bill of Rights* americanos, nem da Declaração de Independência. Ela seria resultado de uma causa invisível: o grande movimento dos espíritos do século XVIII.

²³⁶ Pouco depois de ser publicada a refutação de Boutmy, o Professor Jellinek, num artigo sobre a sua obra, *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, a partir da *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, t. XVIII, pp. 385-400, fundada e dirigida então por M. Larnaude, replicou, defendendo-se das críticas do publicista. Esta crítica também pode ser lida na versão castelhana, constante da obra cit. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano...*, pp. 143-157. Sobre a origem religiosa dos direitos do homem, dirá que foi o século XVIII, que, livre do fervor religioso, encontrou a verdadeira tolerância. O espírito do século XVIII, por um lado, e as causas económicas e a Reforma, por outro, são quem fez germinar e desenvolver rapidamente a liberdade religiosa na América. Para Boutmy, as liberdades civis e políticas alcançadas pelos colonos ingleses transportam consigo algo do espírito livre de Inglaterra e a tradição inspiradora das lutas religiosas em pró da consciência livre. Quanto às liberdades que entranharam os direitos de reunião e associação, a liberdade de imprensa, e por fim, a liberdade religiosa, resultam da natureza do Estado baseada em elementos racionais, tropeçando indiscutivelmente na corrente de direito natural.

na Constituição de 3 de Setembro de 1791, que garante a proteção dos direitos naturais e civis publicados na declaração que a antecede²³⁷.

Até à Constituição de 4 de Novembro de 1848, produz-se esta “juridificação” da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É inegável o lugar que este instrumento ocupa no “*bloc de constitutionnalité*”, como reforça Georges Vedel²³⁸. Os direitos surgem salvaguardados pela Constituição, mas o constitucionalismo francês não origina a ideia de direitos do homem e do cidadão, de raiz, realmente protestante. O contrato social de Rousseau não cria direitos. Aliás, nega a existência de direitos do indivíduo acima do contrato, firmado pelo mesmo. O Rousseauianismo que impregna e percorre todo o processo revolucionário francês considera até que, os direitos humanos são de conteúdo vago e de uma anarquia perigosa.

França errou porque não deu prioridade à formação de um poder coletivo. Os revolucionários declaram os direitos sem garantir o seu exercício. Os direitos humanos na França revolucionária foram menos garantias do indivíduo do que critérios de legitimação dos constituintes franceses. Os próprios quiseram livrar-se do peso de catorze séculos de governo hereditário, oito séculos prosseguidos pela mesma dinastia²³⁹. O importante não é tão só a origem dos direitos humanos, mas a mutação teológico-política que se avizinhou desde o século XVI em torno de novos conceitos de soberania do Estado e representação política.

Em Inglaterra, os direitos individuais não foram originariamente concebidos como garantias e liberdades a reclamar, mas como exigências de recomposição do espaço público. Os direitos humanos seriam o apuramento do exercício do poder constituinte.

IV. Conclusão

O Estado de Direito que hoje conhecemos é, no aspeto doutrinário e ideológico, “*expressão conclusiva da filosofia política moderna de Locke a Kant*”²⁴⁰, sob o prisma estrutural, Martim Albuquerque afirma que está conexas com a ascensão

²³⁷ Cfr. García de Enterría, *La Lengua de los Derechos...*, p. 226.

²³⁸ *La Place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité”*, in, la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen et la Jurisprudence, Conseil Constitutionnel, Recherches Politiques, PUF, 1989, pp. 35-64.

²³⁹ Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l’Homme*, Gallimard, Paris, 1989, pp. 49 e 50.

²⁴⁰ Cfr. Giuseppe Marchello, *La Teoria dello Stato come Libertà. Interpretazione Storica della Formula e Analisi dei suoi Contenuti Ideologici*, Milão, Giuffrè, 1965, p. 121 e também p. 1231.

da classe burguesa, surgida com os primórdios do capitalismo²⁴¹. O século XIX propiciaria todas as condições políticas e sociais para o nascimento histórico do Estado de Direito Moderno. A autonomia de uma sociedade, de estrutura burguesa, considerada separadamente do Estado, está evidentemente nas bases das garantias de liberdade e da organização do Estado de Direito²⁴²⁻²⁴³.

Nos tempos que se seguiram, as atrocidades cometidas nas duas Guerras Mundiais, viriam a convencer a Humanidade – esperemos que definitivamente – da necessidade de admitir um conhecimento que não provenha unicamente dos sentidos, sobretudo no que concerne aos valores morais do homem²⁴⁴⁻²⁴⁵.

John Locke assumiu desde sempre a conveniência da união dos homens sob um governo civil, para salvaguardar todos os que o compõem, da agressão e invasividade alheias, protegendo, através das suas próprias leis e autoridade, os direitos dos seus membros, de forma a alcançar-se uma sobrevivência harmoniosa e pacífica.

Verdadeiramente, foi o Estado absoluto que criou a Nação e colocou o indivíduo em diálogo com o poder. O carácter “supraclassista do poder absoluto”²⁴⁶, que pretendia defender os interesses de todos acabaria por redundar, no plano económico, numa grande empresa capitalista, respondendo mais diretamente aos interesses burgueses do que das restantes camadas sociais. O absolutismo fomentava assim a luta de classes²⁴⁷. O efeito ideológico das relações capitalistas daria origem a uma imagem de separação entre a sociedade civil e o Estado, a imagem de um Estado neutro e isolado em relação à luta de classes

²⁴¹ Cfr. Martim de Albuquerque, *Na Lógica do Tempo*, ob. cit., p. 128.

²⁴² Sobre esta nova sociedade disse Adriano Moreira o seguinte: no interior dos Estados, “(...) a teoria do pacto social deu uma base à construção do sistema jurídico. O que se encontrava nas relações entre os príncipes soberanos, era o Estado de natureza definido por Locke: todos e cada um orientados pelos princípios da legítima defesa e da própria conservação. Na ordem interna reina o Direito na externa reina a força.” *Ibidem*...

²⁴³ Cfr. Moreira, Adriano, *A Comunidade Internacional em Mudança*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 180 e 181.

²⁴⁴ Cfr. Miguel Villorio Toranzo, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1973, p. 185.

²⁴⁵ E porque as violações de direitos humanos, agridem a consciência coletiva da Humanidade, devemos estar atentos à ocorrência de assassinatos, tortura, repressão policial ou cerceamento das liberdades individuais, mas também, não sermos apenas espectadores de situações em que as pessoas ficam privadas de alimentação, cuidados de saúde ou simplesmente de um local para viver – que em boa verdade ocorrem todos os dias – no nosso mundo, comprometendo gravemente a segurança de um Estado, a sua coesão social e o desenvolvimento humano e económico sustentável.

²⁴⁶ Cfr. A.D. Lublinskaya, *La Crisis del Siglo XVII y la Sociedad del Absolutismo*, Editorial Crítica, 1983, p. 178.

²⁴⁷ Acerca da história do absolutismo e da ilustração europeia, vide, *Historia Universal, La Época del Absolutismo (1660-1789)*, Walter Goetz (dir.), Trad. Castellhana, Manuel Garcia Morente, Tomo VI, Madrid, 1934, pp. 13-363.

e a imagem do homem em geral e do cidadão, como sujeito da economia, da política e da História²⁴⁸⁻²⁴⁹. Isto teria consequências a nível do Estado²⁵⁰⁻²⁵¹⁻²⁵².

De facto, Locke parecia mais próximo da verdade, do que qualquer outro filósofo contratualista. Entendeu melhor a sociedade sem o Estado: a liberdade natural consistindo em ter apenas como limite de ação, o direito natural, ou seja, a ética que pregam todos os messiânicos ou não messiânicos, das sociedades párias, todos eles, mais ou menos estóicos: a tensão moral de cada um, é que assegura o interesse de todos. A liberdade civil consistindo no direito a fazer tudo o que as leis permitirem. As leis, vistas como um direito positivo, decretado por um poder legislativo controlado pelos destinatários. Do ponto de vista político, a liberdade é assim, um voto que deve assegurar a participação no uso do poder²⁵³. O poder é para J. Locke, o conjunto de meios capazes de impor a obediência, num Estado livre e cujo desvio, pode levar à insurreição.

A doutrina liberal teve como fontes principais o liberalismo inglês de Locke e o liberalismo francês de Montesquieu. Nenhum pensador teve tanta influên-

²⁴⁸ Cfr. António Manuel Hespanha, *O Estado Absoluto, Problemas de Interpretação Histórica*, BFDUC, Coimbra, 1979, pp. 28 e 29.

²⁴⁹ Na mesma ob. cit., de A. M. Hespanha, em nota 51, pp. 28 e 29, o autor refere que “os privilégios”, nomeadamente nas relações sociais de produção, ligadas à terra, domínio então decisivo, subsistem durante todo o período do Estado Absoluto, e só vão sendo abolidos no século XIX. Também a abolição decisiva dos poderes administrativo-judiciais, só se verifica no termo do antigo regime. Quanto ao plano ideológico, podemos falar em permanência das estruturas de privilégio ainda nos fins do século XVIII e inícios do século XIX. A nobreza é o principal esteio das monarquias, em uso até fins do século XVIII.

²⁵⁰ Cfr. a ob. cit., de António Manuel Hespanha, *O Estado Absoluto...*, p. 29. O Estado absoluto intervêm no plano económico social de um modo diferente do Estado Feudal. Existe uma des-solidarização em relação às classes feudais (substituição do seus privilégios por direito igual e expropriação dessas classes, quanto aos seus poderes político-administrativos), assumindo o Estado Absoluto, o papel de representante ideológico da unidade nacional, sob o signo do interesse geral e bem comum.

²⁵¹ Assim nos ensina Adriano Moreira, *Ciência Política*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 295. Foi o imperialismo, destrutor das independências, que obrigou a sociedade civil, os povos alienados, e encerrar o Estado como um sistema que pode ser dominado, alterado, substituído, dispensado e participado.

²⁵² Cfr. a ob. *supra* cit. de Adriano Moreira, p. 297. Foi a imposição da lei estrangeira, que viria a criar os mecanismos necessários para que se revelasse a precedência da moral sobre a lei, que obrigou a repensar os valores anteriores e superiores ao Estado. Possivelmente a definição dos direitos humanos que ora está em movimento, possa referir-se aos seguintes antecedentes fundamentais: o reconhecimento da diferença entre a sociedade e o Estado; a diferenciação entre o direito privado e o público; o reconhecimento das comunidades intermediárias; a validade do conceito de direito subjetivo; a função instrumental do Estado e os seus direitos de participação no poder, com o seu corolário das liberdades públicas.

²⁵³ Cfr. a ob. *supra* cit. de Adriano Moreira, p. 308.

cia no século XIX, como Locke. Foi ele que averiguou as origens e a forma da matriz teórica liberal. Montesquieu, é conhecido como o primeiro sociólogo da política, pois ele próprio, em *L’Esprit des Lois*, explica que tem intenção de racionalizar a pluralidade de usos, costumes, práticas, instituições, governos, que a História oferece ao observador. Esta racionalização vem a encontrá-la na natureza das coisas, descoberta quando se detetam as causas profundas que determinam a direção geral dos acontecimentos²⁵⁴. Em Montesquieu “*encontra-se a raiz argumentativa moderna da necessidade de espaços de liberdade da administração pública, sendo esse um dos aspectos do seu pensamento que mais incolumemente – mas também mais velada e talvez mais desavisadamente – chegaram à atualidade.*”²⁵⁵

Em comum com Locke, Montesquieu tem bastante: o homem, é a personagem principal da sociedade civil, a bondade do governo aferia-se pela capacidade que detinha para proteger o respeito pelos direitos do homem, desvelados através da razão. A liberdade é para os dois, um valor social essencial e básico. A doutrina da divisão de poderes, seria um precioso instrumento na luta contra o despotismo. Por isso, liberalismo é sinónimo de controlo de poder²⁵⁶ e orienta-se pelo princípio de que governa melhor, o governo que governa menos²⁵⁷.

²⁵⁴ Tipologia que lhe ocupará os treze primeiros livros e que termina na definição dos três tipos de governo: república, monarquia e despotismo.

²⁵⁵ Cfr. as palavras de Rui Guerra da Fonseca, *Montesquieu e a moderna identidade do poder administrativo*, in, *Direito & Política*, vol. 01, Out.-Dez./2012, p. 106.

²⁵⁶ Cfr. Zília Osório de Castro, *Ideias Políticas (séculos XVII-XIX)*, Livros Horizonte, 2002, pp. 31-53.

²⁵⁷ Cfr. Adriano Moreira, *A Comunidade Internacional em Mudança*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 259. A internacionalização da sociedade civil, a mundialização das interdependências, a aparição do património comum da Humanidade, a indivisibilidade da paz e segurança, tudo aponta, refere Adriano Moreira, para um Mundo de “*soberanias cooperativas, para a presença ativa nos órgãos internacionais de consulta, gestão e decisão, para compatibilizar os civil rights das Constituições com os direitos do homem das Declarações, para o fortalecimento das comunidades no contexto da globalização, para o reconhecimento das nações como a forma mais perfeita de vizinhança cívica, para encontrar remédio para a crise do Estado soberano (...)*”.

O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz

DR. RUI TAVARES LANCEIRO*

SUMÁRIO: a) *Introdução*; b) *O Direito do Procedimento Administrativo português como Direito do Procedimento Administrativo da UE*; c) *O novo regime de anulação administrativa e o Direito da UE: considerações gerais*; d) *O novo regime de anulação administrativa e o Direito da UE – em especial a jurisprudência Kühne & Heitz*: i) *A jurisprudência Kühne & Heitz (C-453/00)*; ii) *O artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz (C-453/00)*

a) **Introdução****

1. O presente texto tem por objecto estudar a influência do Direito da União Europeia (UE)¹ e, em especial, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre o regime de anulação dos actos administrativos constante do novo Código de Procedimento Administrativo (novo CPA)². O texto debruça-se, de forma mais desenvolvida, sobre a solução constante do

* Assistente convidado e doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, investigador associado do CIDP – Centro de Investigação de Direito Público.

** O presente texto será objecto de publicação nos *Estudos em Homenagem ao Doutor Rui Machete*, que se encontra no prelo.

¹ É adoptada a expressão “*Direito da UE*” que deve ser entendida como abrangendo o que se designava por “*Direito Comunitário*”, tendo em conta a substituição e sucessão global da Comunidade Europeia pela UE operada através do Tratado de Lisboa [cfr. artigo 1.º, 3.º parág., do Tratado da UE (TUE)].

² Ao longo do presente texto utiliza-se a expressão “*novo CPA*” para designar o CPA aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, e a expressão “*antigo CPA*”, para designar o CPA aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, por esse revogado.

artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a forma como esta pode ser compatibilizada com a jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00).

2. O ponto de partida da análise é o desejo, assumido pelo legislador, de que o novo CPA consagrasse soluções conformes com o Direito da UE e que reflectissem a importância que o Direito do Procedimento Administrativo português tem enquanto veículo de execução do Direito da UE. De facto, este propósito é declarado pelo legislador ao referir que a «*harmonização, nesta matéria, entre o direito interno e outros ordenamentos jurídicos, em especial quando a actuação administrativa envolva a aplicação do direito da União Europeia*» foi um dos objectivos prosseguidos pela alteração do regime da revogação e da anulação administrativas³.

O mesmo pode ser dito relativamente à consagração do «*princípio da cooperação leal da Administração Pública com a União Europeia*» (artigo 19.º do novo CPA)⁴. De acordo com o n.º 5 do preâmbulo do novo CPA, a introdução deste “*novo*”⁵ princípio «*à semelhança do que dispõem as leis alemã e espanhola, dá cobertura à crescente participação da Administração Pública portuguesa no processo de decisão da União Europeia, bem como à participação de instituições e organismos da União Europeia em procedimentos administrativos nacionais*». A inovação introduzida por este preceito é, no entanto, discutível⁶.

³ Cfr. a parte final do n.º 18 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, que aprovou o novo CPA.

⁴ Cfr. também o artigo 2.º, alínea e), da Lei n.º 42/2014, de 11 de Julho.

⁵ Não é correcto que se afirme que este princípio, presente na UE e vinculativo relativamente aos seus Estados-Membros desde a primeira hora, ainda antes da adesão de Portugal, é um “*novo*” princípio. Este já constava do Direito da UE, que integra o “*bloco de legalidade*” que vincula a administração pública, devendo ser considerado como integrante do Direito Administrativo nacional desde a adesão de Portugal.

⁶ O artigo 19.º do novo CPA é bastante esparso em conteúdo normativo. Não existe a formulação de um dever genérico de cooperação ou o esclarecimento de quais os procedimentos aplicáveis. Nesse sentido, este preceito representa uma oportunidade perdida de inovação. O n.º 1 basta-se com a ideia de que, se existirem deveres de cooperação, fixados através de outras fontes, estes devem ser cumpridos, nos prazos aí fixados. Ora, se outras fontes, nomeadamente legislação da UE, estabelecem deveres de cooperação, com um determinado prazo, estes devem ser cumpridos por aí estarem previstos, pois vinculam a administração antes e independentemente do artigo 19.º Aliás, o preceito até pode transmitir a ideia, incorrecta, que é através da sua letra que a administração portuguesa se encontra vinculada a estes deveres. O n.º 2 do preceito é ainda menos esclarecedor, pois perante situações em que a legislação aplicável não prevê um prazo para o procedimento de cooperação, o novo CPA abdica da sua função de regulação supletiva, remetendo a solução para o «*quadro da cooperação leal que deve existir entre a Administração Pública e a União Europeia*». Ora, mais uma vez, este quadro já seria aplicável independentemente do artigo 19.º

b) **O Direito do Procedimento Administrativo português como Direito do Procedimento Administrativo da UE**

3. A importância do Direito do Procedimento Administrativo para a execução do Direito da UE é clara. A execução, implementação e salvaguarda da efectividade do Direito da UE cabe, em larga medida, aos Estados-Membros – quer através dos respectivos legisladores, por exemplo, ao transpor as directivas, quer através dos tribunais e das administrações nacionais, a quem cabe aplicar efectivamente esse Direito.

Desde logo, por um lado, são os tribunais dos Estados-Membros que, no seu dia-a-dia, asseguram a aplicação do Direito da UE aos conflitos que lhes são trazidos ao conhecimento – assegurando igualmente a conformidade entre o Direito nacional e o Direito da UE. São eles que controlam o respeito pelo Direito da UE por parte dos restantes intervenientes nacionais, tendo, por isso, um papel central como instrumentos de garantia e efectividade do Direito da UE – especialmente os órgãos judiciais de última instância. Fazer recair todo o peso dessa tarefa no TJUE seria manifestamente inoportuno. Os tribunais nacionais são, por isso, muitas vezes considerados os “*tribunais comuns*” da ordem jurídica da União⁷.

Por outro lado, tendo em conta a inexistência de uma administração pública hierarquicamente subordinada às instituições da UE (em especial à Comissão) com dimensão apropriada para executar administrativamente o Direito da UE – e a falta de vontade dos Estados-Membros de a criar –, é evidente que o papel central neste campo acaba por recair nas administrações públicas dos Estados-Membros⁸. As administrações públicas dos Estados-Membros devem ser consideradas a “*administração comum*” da UE, no sentido de serem estas que, em primeira linha, no seu dia-a-dia, concretizam o Direito da UE, aplicando-o e tornando-o uma realidade⁹. A União depende da actuação das administrações dos Estados-Membros para

⁷ Cf. FAUSTO DE QUADROS/A. M. GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 22-23. Cf. também J. L. CAMELO GOMES, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 23 ss.; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, 2013, pp. 496 ss.; K. LENAERTS/P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Thomson/Sweet & Maxwell, 2005, p. 393.

⁸ Cf. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Almedina, 2001, pp. 27 ss.; L. VILHENA DE FREITAS, *Os contratos de Direito Público da União Europeia no quadro do Direito Administrativo Europeu. Direito Administrativo da União Europeia*, vol. I, Coimbra Editora, 2012, pp. 269 ss.

⁹ Cf. Á. M. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho Comunitario – Régimen europeo y español*, Marcial Pons, 1998, pp. 38 ss.; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu. A convergência dinâmica no espaço europeu de justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2011, p. 102.

que o seu Direito seja efectivamente e eficazmente aplicado – estando estes vinculados a assegurar essa actuação.

É daqui que decorre o princípio da execução preferencial do Direito da UE pelos Estados-Membros, hoje consagrado no artigo 291.º, n.º 1, do TFUE¹⁰. Este princípio decorre do princípio da subsidiariedade e, principalmente, do princípio da cooperação leal, consagrado genericamente no artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da UE (TUE), tal como foi afirmado pelo TJUE desde cedo¹¹.

4. Apesar desta importância, não existe uma regulação uniforme da UE relativamente dos procedimentos administrativos de execução do Direito da UE (ou das regras processuais aplicáveis nos tribunais enquanto aplicadores e guardiães do Direito da UE). As normas procedimentais e processuais, dispersas e incompletas, encontram-se, muitas das vezes, previstas no contexto da regulação material, de forma casuística¹². O papel da jurisprudência do TJUE, ao nível de descoberta e afirmação de princípios gerais relativos ao procedimento administrativo, ao contencioso administrativo e ao processo judicial, é absolutamente central, no actual estágio de desenvolvimento do Direito da UE.

O princípio geral relativo à regulação adjectiva no âmbito da execução do Direito da UE pelos Estados-Membros, de acordo com jurisprudência assente

¹⁰ Sobre a execução administrativa do Direito da UE pelos Estados-Membros, cfr. R. AFONSO PEREIRA, «O Direito Comunitário posto ao serviço do Direito Administrativo», in *BFD*, n.º 81, 2005, pp. 682 ss.; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, pp. 452 ss.; IDEM, “A europeização do contencioso administrativo”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 385–405, em especial, 391–392; IDEM, *A nova dimensão do Direito Administrativo*, pp. 27 ss.; L. VILHENA DE FREITAS, *Os Contratos de Direito Público na União Europeia*, vol. I, pp. 269 ss.; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 89 ss., especialmente 101 ss.; R. T. LANCEIRO, “A ‘erosão’ dos princípios da autoridade do caso julgado e do caso decidido pelo Direito da União Europeia”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, 2012, pp. 459 ss.

¹¹ Sobre o princípio da cooperação leal, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, pp. 92 ss.; M. LUÍSA DUARTE, *Direito da União e das Comunidades Europeias*, vol. I, t. I, Lex, 2001, p. 215; IDEM, “O artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia – expressão de uma obrigação de cooperação entre os poderes públicos nacionais e as instituições comunitárias”, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, 2000, pp. 81 ss. e R. T. LANCEIRO, «O Tratado de Lisboa e o princípio da cooperação leal», in *Cadernos O Direito - O Tratado de Lisboa*, n.º 5, Almedina, 2010, pp. 265 ss. Cfr. também J. T. LANG, «The Core of the Constitutional Law of the Community – Article 5 EC», in *Current and Future Perspectives on EC Competition Law*, L. Gormley (ed.), Kluwer Law International, 1997, pp. 41–72; A. VON BOGDANDY, “Constitutional principles”, in *Principles of European Constitutional Law*, A. von Bogdandy e J. Bast (ed.), Hart, 2007, pp. 49 ss.

¹² Cfr. P. OTERO, “A administração pública nacional como administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário”, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, v. I, Almedina, 2002, pp. 817 ss., p. 829; R. STREINZ, *Eurorecht*, Müller, 2008, p. 202.

do TJUE, é o de que, na ausência de normas de Direito da UE¹³, devem as autoridades nacionais aplicar o respectivo Direito nacional, quer se trate das regras do procedimento administrativo, do contencioso administrativo ou do processo judicial – ou mesmo, acrescente-se, o próprio regime substantivo –¹⁴⁻¹⁵: trata-se do “*princípio da autonomia processual dos Estados-Membros*”. Existem, no entanto, alguns limites a esta autonomia.

5. Apesar desta constatação, o TJUE tem estabelecido limites à autonomia processual dos Estados-Membros, de forma a compatibilizar os princípios em presença – a autonomia dos Estados-Membros e a aplicação uniforme e efectiva do Direito da UE (nomeadamente para evitar tratamentos discriminatórios de cidadãos europeus). Decorre desta compatibilização o reconhecimento de dois limites principais à regra da aplicação do Direito nacional – procedimental, processual e substantivo – à execução e implementação do Direito da UE, na ausência de regulação por parte do Direito da UE¹⁶⁻¹⁷:

¹³ A referência à ausência de normas de Direito da UE diz respeito à não existência de normas claramente aplicáveis e não de meros princípios gerais de Direito da UE. Cfr. R. STREINZ, *Europarecht*, p. 203.

¹⁴ Cfr., e.g., os Ac. do TJ nos Proc. n.º 33/76, *Rewe*, 16 de Dezembro de 1976, n.º 5; Proc. n.º 45/76, *Comet*, 16 de Dezembro de 1976, n.ºs 12-16; Proc. n.º 50/76, *Amsterdam Bulb*, de 2 de Fevereiro de 1977, n.º 32; Proc. n.º 68/79, *Just*, de 27 de Fevereiro de 1980, n.º 25; Proc. n.º 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, 21 de Setembro de 1983, n.º 17, 19 e 21; Proc. n.º 331/85, 376/85 e 378/85, *Bianco e Girard*, 25 de Fevereiro de 1988, n.º 12; Proc. n.º 123/87 e 330/87, *Jeunehomme e EGI*, 14 de Julho de 1988, n.º 17; Proc. n.º C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, 19 de Novembro de 1991, n.º 43; Proc. n.º C-312/93, *Peterbroeck*, 14 de Dezembro de 1995, n.º 12; Proc. n.º C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel e van Veen*, 14 de Dezembro de 1995, n.º 17; Proc. n.º C-298/96, *Oelmühle Hamburg*, 16 de Julho de 1998, n.º 24; Proc. n.º C-255/00, *Grundig Italiana*, 24 de Setembro de 2002, n.º 33; Proc. n.º C-201/02, *Delena Wells*, 7 de Janeiro de 2004, n.º 67.

¹⁵ Cfr., v.g., T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, 2008, p. 476-477; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?: A Study on the ‘Functionalized Procedural Competence’ of EU Member States*, Springer, 2010, pp. 7 ss.; P. OTERO, “A administração pública nacional como administração comunitária”, p. 829; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 85-86.

¹⁶ Cfr., v.g., os Ac. do TJ *Rewe* (33/76), n.º 5; *Deutsche Milchkontor* (205/82 a 215/82), n.º 17, 19 e 21; *Peterbroeck* (C-312/93), n.º 12; Proc. n.º C-72/95, *Kraaijeveld*, 24 de Outubro de 1996, n.º 17; Proc. n.º C-231/96, *Edis*, 15 de Setembro de 1998, n.ºs 19 e 34 ss.; Proc. C-260/96, *Spac*, de 15 de Setembro de 1998, Col. p. I-4997, n.º 18; Proc. n.º C-326/96, *Levez*, 1 de Dezembro de 1998, n.º 18; Proc. n.º C-343/96, *Dilexport*, 9 de Fevereiro de 1999, n.º 25; Proc. n.º C-453/99, *Courage c. Crehan*, de 20 de Setembro de 2001, Col. p. I-6297, n.º 29; *Grundig Italiana* (C-255/00), n.º 33; *Delena Wells* (C-201/02), n.º 67.

¹⁷ Cfr. S. CASSESE, “*European Administrative Proceedings*”, in *Law & Contemp. Probs.*, vol. 68, 2004, pp.

- a) O princípio da equivalência¹⁸⁻¹⁹, segundo o qual as regras aplicáveis ao procedimento de execução do Direito da UE não podem ser menos favoráveis do que as regras que seriam aplicadas a procedimentos equivalentes ou análogos meramente internos; e
- b) O princípio da efectividade²⁰⁻²¹, segundo o qual as regras aplicáveis não devem tornar excessivamente difícil ou virtualmente impossível a aplicação do Direito da UE.

Estes limites têm como objectivo ressaltar a aplicação minimamente uniforme do Direito da UE e garantir o seu primado, bem como acautelar o respeito pelos direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos por aquele Direito e pelo interesse da UE. De uma forma genérica, pode encontrar-se a origem destes deveres no princípio da cooperação leal enquanto regulador da interac-

21-36, pp. 30-31; T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, pp. 310 ss.; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, pp. 468-470; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States*, pp. 17 ss.; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 84-86; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 254 ss.; R. STREINZ, *Europarecht*, p. 203-205; M. VERHOEVEN, "The 'Costanzo Obligation' of National Administrative Authorities in the light of the Principle of Legality: Prodigy Or Problem Child?", in CYELP, n.º 5, 2009, pp. 65-93, pp. 67 ss.

¹⁸ Ou da não-discriminação. Em jurisprudência mais antiga o TJ utilizava a expressão "proibição de discriminação" [cfr. Ac. do TJ *Rewe* (33/76), n.º 5; *Comet* (45/76), n.º 11-18], mas hoje utiliza o termo "equivalência" [cfr. Ac. do TJ *Edis* (C-231/96), n.º 19 e 34 ss.] M. J. RANGEL DE MESQUITA designa-o de princípio da assimilação ou de tratamento idêntico (cfr. *O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados Membros*, Almedina, 2006, pp. 394 ss.)

¹⁹ Sobre este princípio, cfr., v.g., T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, pp. 484 ss.; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States*, pp. 24 ss.; Á. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho Comunitario*, p. 272; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 85-86; J. SCHWARZE, "Tendencies towards a Common Administrative Law in Europe", *ELRev.*, n.º 16, 1991, pp. 3-19.

²⁰ Também designado na jurisprudência do TJUE como princípio da eficiência ou da eficácia. Há igualmente quem utilize a expressão *efeito útil* (cfr. M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, p. 85). Em jurisprudência mais antiga o TJ utilizava uma expressão que pode ser traduzida como "proibição de obstrução" [cfr. Ac. do TJ *Rewe* (33/76), n.º 5; *Comet* (45/76), n.º 11-18].

²¹ Sobre este princípio, cfr., v.g., T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, pp. 486 ss.; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, pp. 509-510; G. GRECO, "Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale", in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, vol. 2, 2.ª ed., M. P. Chiti/G. Greco (coord.), Giuffrè Editore, 2007, pp. 828 ss.; A. LEITÃO, "O princípio da efectividade do Direito Comunitário: comentário ao Acórdão do TJUE "Recheio – Cash & Carry, Proc. C-30/02)", in *20 anos de jurisprudência da União sobre casos portugueses*, M. Luísa Duarte/L. Fernandes/F. Pereira Coutinho (coord.), pp. 233-243; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 85-86; P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 473; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lex, 2005, pp. 359-360.

ção entre a ordem jurídica nacional dos Estados-Membros e a ordem jurídica da UE.

c) **O novo regime de anulação administrativa e o Direito da UE: considerações gerais**

6. Uma das novidades do novo CPA é introdução da distinção entre as figuras da revogação e da anulação administrativas – substituindo o regime (pelo menos nominalmente) unitário de revogação administrativa anteriormente vigente. Trata-se, em ambos os casos de actos secundários, que visam a cessação, total ou parcial, de efeitos de um acto administrativo. A distinção passa, portanto, pelo facto de a revogação envolver a cessação dos efeitos desse acto, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade, enquanto a anulação administrativa envolve a destruição dos efeitos de acto, com fundamento em invalidade (artigo 165.º, n.º 1 e 2, do novo CPA²²).

7. O novo CPA vem prever a possibilidade de anulação administrativa de actos administrativos inválidos e de eliminação dos seus efeitos de uma forma mais ampla do que a prevista no antigo CPA para a revogação anulatória (de actos ilegais) – podendo ocorrer mesmo após o decurso do prazo para a sua impugnação judicial.

O artigo 168.º do novo CPA permite a autonomização tendencial de dois regimes distintos de anulação – um aplicável aos actos constitutivos de direitos e outro aos actos não constitutivos de direitos²³.

No caso dos actos não constitutivos de direitos, o prazo ordinário para a anulação é *«de seis meses, a contar da data do conhecimento pelo órgão competente da causa de invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, desde o momento da cessação do erro»*, existindo, no entanto, um limite absoluto: não podem ter decorrido mais do que cinco anos a contar da prática do acto em causa (artigo 168.º, n.º 1, do novo CPA²⁴).

O prazo aplicável à anulação administrativa de actos constitutivos de direitos é de um ano, a contar da data da respectiva emissão (artigo 168.º, n.º 2, do

²² Cfr. também o artigo 2.º, alínea *ii*), da Lei n.º 42/2014.

²³ Neste contexto, essencial para determinar que regime aplicar será a classificação do acto em causa como constitutivo ou não de direitos. Para tal deve recorrer-se à definição constante do artigo 167.º, n.º 3, do novo CPA. Existem, no entanto, traços gerais de regime, como o artigo 168.º, n.º 3.

²⁴ Cfr. também o artigo 2.º, alínea *mm*), da Lei n.º 42/2014.

novo CPA²⁵). No entanto, neste caso, estabelece-se um regime especial em que o prazo é de cinco anos, a contar da data da respectiva emissão, para os actos nas condições previstas no artigo 168.º, n.º 4, do novo CPA²⁶. Note-se que o prazo de 5 anos pode ser derogado por lei ou pelo Direito da UE – quer no sentido de o aumentar ou diminuir.

As «*circunstâncias especiais*» que podem justificar a aplicação do prazo mais alargado são: a) «quando o respectivo beneficiário tenha utilizado artifício fraudulento com vista à sua obtenção»; b) «quando se trate de actos para obtenção de prestações periódicas, no âmbito de uma relação continuada», sendo que, neste caso, a anulação será «apenas com eficácia para o futuro»; e c) «quando se trate de actos de conteúdo pecuniário cuja legalidade, nos termos da legislação aplicável, possa ser objecto de fiscalização administrativa para além do prazo de um ano, com imposição do dever de restituição das quantias indevidamente auferidas». Apesar de a redacção ser algo confusa, parece ser esta última alínea que abrange as situações de compatibilização mais complexa com o Direito da UE, como é o caso dos auxílios de Estado e da administração nacional dos fundos da UE. Nesses casos, a Comissão Europeia tem competência para determinar a ilegalidade da actuação da administração nacional de onde decorre o dever de esta revogar o acto administrativo nacional em causa e, por vezes, de obter a restituição das quantias percebidas ilegalmente²⁷.

Este alargamento do prazo de anulação dos actos administrativos para cinco anos, a contar desde a data da sua emissão, vem diminuir a probabilidade de necessidade de desaplicação do limite temporal previsto na lei procedimental portuguesa face ao primado do Direito da UE. Resta saber como se vai aplicar, em concreto, este regime, especialmente tendo em conta a ressalva relativa a prazos mais longos decorrentes do Direito da UE. Até porque a jurisprudência do TJUE *Deufil* (310/85) e *Alcan* (C-24/95), a ser interpretada de forma extensiva, levaria a que a consolidação destes actos – com a consequente impossibilidade de anulação administrativa – apenas pudesse operar quando existissem motivos legítimos para fundar a confiança legítima dos cidadãos. O artigo 168.º do novo CPA, como limitação do prazo para a anulação de actos inválidos

²⁵ Cfr. também o artigo 2.º, alínea oo), da Lei n.º 42/2014.

²⁶ Cfr. também o artigo 2.º, alínea qq), da Lei n.º 42/2014.

²⁷ Sobre esta matéria, cfr. C. AMADO GOMES/R. TAVARES LANCEIRO, “Em busca do prazo de revogação das decisões de concessão de apoios da União Europeia”, in *CJA*, n.º 104, 2014, pp. 3-10; IDEM, “A revogação de actos administrativos entre o Direito nacional e a jurisprudência da União Europeia: um instituto a dois tempos?”, in *RMP*, n.º 132, 2012, pp. 11-71; R. TAVARES LANCEIRO, “A ‘Erosão’ dos Princípios da Autoridade do caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra Editora, 2012, pp. 459 ss.

deste tipo perderia o seu carácter geral e passaria a apenas poder ser invocado por quem conseguisse demonstrar a sua confiança legítima no acto em causa.

De qualquer forma, pretende-se aqui abordar uma outra questão: a relação entre o artigo 168.º, n.º 7, e a jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) do TJUE. É o que se trata de seguida.

d) **O novo regime de anulação administrativa e o Direito da UE – em especial a jurisprudência *Kühne & Heitz***

8. O novo CPA estabelece um caso de dever de anulação administrativa no seu artigo 168.º, n.º 7. Acontece, porém, que este preceito tem uma redacção complexa e é de difícil interpretação, como se pode comprovar pela sua letra, que estabelece o seguinte:

«Desde que ainda o possa fazer, a Administração tem o dever de anular o acto administrativo que tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia, invocando para o efeito nova interpretação desse direito em sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português».

Apesar desta complexidade, resulta claro do elemento literal que o artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA está relacionado com a aplicação do Direito da UE pela administração e pelos tribunais portugueses. A solução descrita passa pela anulação de um acto administrativo que, embora *«julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo»* à luz de uma determinada *«interpretação do direito da União Europeia»*, se deve considerar inválido por essa interpretação ser afastada *«em sentença posterior»*. Este enquadramento normativo remete para a jurisprudência do TJUE *Kühne & Heitz* (C-453/00).

Nessa medida, nos pontos seguintes faz-se uma curta explicação desta jurisprudência, seguida da análise do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA à sua luz.

i) **A jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00)**

9. O litígio que originou o Acórdão *Kühne & Heitz* (C-453/00) envolvia uma empresa exportadora que recebia créditos fiscais aduaneiros, tendo em conta a classificação dos bens exportados nos termos da Pauta Aduaneira Comum. Num momento posterior, a autoridade nacional procedeu a uma

revisão da classificação destes bens, o que acarretou a perda dos referidos créditos fiscais. As autoridades também determinaram a restituição dos créditos que tinham sido entretanto prestados. A empresa reagiu judicialmente contra a decisão da autoridade.

No âmbito deste pleito não foi colocada nenhuma questão prejudicial ao TJUE pelos tribunais nacionais por considerarem clara a interpretação da norma em causa – aplicando a jurisprudência *Cilfit* (C-283/81). No entanto, num processo posterior, entre partes diferentes, face à colocação de uma questão prejudicial, o TJUE veio a interpretar a Pauta de acordo com a posição defendida pela empresa²⁸. Esta veio então invocar essa interpretação do TJUE junto da autoridade competente, solicitando-lhe o reembolso das quantias pagas, a título de restituição de créditos fiscais, com juros. A autoridade indeferiu o pedido com base na força adquirida pelo acto administrativo original e por a sua legalidade ter sido confirmada por decisão judicial transitada em julgado. A empresa decidiu interpor uma acção judicial contra este entendimento, pedindo a anulação do acto de notificação para o pagamento e reclamando os montantes que tinha pago como taxas aduaneiras à administração, como consequência da primeira decisão judicial. Foi no âmbito deste litígio que foi colocada a questão prejudicial que deu origem à jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00).

10. No Acórdão *Kühne & Heinz* (C-453/00), o TJUE parte de duas premissas, decorrentes da sua jurisprudência. Por um lado, *i*) que a interpretação feita pelo TJUE, em resposta a uma questão prejudicial, de uma norma de Direito da UE, esclarece e precisa os seus significado e alcance, fixando a forma como esta deve ser ou devia ter sido entendida e aplicada, desde o momento da sua entrada em vigor²⁹. Ou seja, neste caso, o acórdão do TJUE não tem valor constitutivo mas puramente declarativo e, nessa medida, produz efeitos, regra geral, *ex tunc*³⁰. Por outro lado, *ii*) o facto de incumbir às autoridades dos Estados-Membros, no exercício das suas competências, assegurar o respeito das normas de Direito da UE³¹.

Nenhuma das premissas é propriamente revolucionária face à jurisprudência anterior. A inovação do Acórdão *Kühne & Heitz* (C-453/00) prende-se com a apreciação da eventual vinculação da administração a reexaminar actos

²⁸ Cfr. o Ac. do TJ no Proc. n.º C-151/93, *Voogd Vleesimport en -export*, de 5 de Outubro de 1994.

²⁹ Cfr., *v.g.*, o Ac. do TJ no Proc. n.º C-50/96, *Deutsche Telekom*, de 10 de Fevereiro de 2000, n.º 43.

³⁰ Cfr. os Ac. do TJ Proc. n.º C-2/06, *Kempter*, 12 de Fevereiro de 2008, n.º 35.

³¹ Cfr. os Ac. do TJ Proc. n.º C-453/00, *Kühne & Heitz*, de 13 de Janeiro de 2004, n.º 20, e *Kempter* (C-2/06), n.º 34.

administrativos³² que tenham adquirido carácter definitivo por força de uma decisão judicial transitada em julgado que sejam, à luz da interpretação posterior do TJUE, desconformes com o Direito da UE³³.

O TJUE começa por reafirmar o princípio de que, apesar de o caso envolver matérias de Direito substantivo da UE – as normas relativas aos créditos aduaneiros – estas são aplicadas pelas autoridades dos Estados-Membros, em regra, de acordo com o Direito Procedimental e Processual nacional, na ausência de regulação pelo Direito da UE. Ora, o Direito nacional pode prever situações em que, por força do princípio da segurança jurídica, já não é possível revogar ou anular um acto administrativo desconforme com o Direito da UE. Ocorre então um conflito entre a vinculação das autoridades nacionais à interpretação do TJUE e o princípio da segurança jurídica, que também é reconhecido como um princípio geral da ordem jurídica da UE e que baseia a consolidação das decisões administrativas ou judiciais³⁴. Neste âmbito, o TJUE esclarece que não existe um dever geral, decorrente do Direito da UE, de revogação ou anulação de actos administrativos nacionais desconformes com o Direito da UE que se tenham tornado inimpugnáveis após o decurso de prazos razoáveis ou após o esgotamento das vias de impugnação disponíveis de acordo com regras nacionais³⁵⁻³⁶. Assim, o TJUE faz prevalecer, num primeiro momento, o princípio da segurança jurídica e o princípio da autonomia procedimental dos Estados-Membros face ao princípio do primado³⁷.

11. No entanto, a aplicação de regimes procedimentais nacionais de estabilização dos actos encontra-se limitada pelos princípios da equivalência e da efectividade. Assim, apesar do ponto de partida referido, o TJUE acabou por concluir que, em determinados casos, pode haver um limite ao princípio da segurança jurídica³⁸ e à protecção por si conferida, através da lei nacional, aos actos administrativos consolidados. O princípio da cooperação leal impõe que um órgão administrativo, ao qual foi apresentado um pedido nesse sentido, reexamine um acto administrativo definitivo à luz da interpretação entretanto

³² A jurisprudência do TJUE utiliza a expressão «*decisão administrativa*». Prefere-se o termo «*acto administrativo*» por melhor corresponder à realidade do ordenamento jurídico português.

³³ Cfr. o Ac. do TJ *Kühne & Heitz* (C-453/00), n.º 23.

³⁴ Cfr. os Ac. do TJ *Kühne & Heitz* (C-453/00), n.º 24; *Kempter* (C-2/06), n.º 37.

³⁵ Cfr. os Ac. do TJ *Kühne & Heitz* (C-453/00), n.º 24; Proc. n.º C-392/04 e C-422/04, *i-21 e Arcor*, 19 de Setembro de 2006, n.º 51.

³⁶ Cfr. T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, p. 229, p. 523.

³⁷ Cfr. o Ac. do TJ *i-21 e Arcor* (C-392/04 e C-422/04), n.º 51.

³⁸ Cfr. T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, p. 229.

feita pelo TJUE, quando se encontrem reunidos, cumulativamente, quatro requisitos³⁹⁻⁴⁰:

- a) O órgão administrativo dispõe, segundo o Direito nacional, do poder de revogação (ou anulação) do acto administrativo;
- b) O acto se tenha tornado definitivo em consequência de um acórdão de um órgão jurisdicional de última instância⁴¹;
- c) O referido acórdão tenha incorrido numa interpretação errada do Direito da UE face a jurisprudência posterior do TJUE, sem que tivesse sido submetida uma questão prejudicial⁴²; e
- d) O interessado se tenha dirigido ao órgão administrativo imediatamente depois de ter tido conhecimento da referida jurisprudência posterior do TJUE⁴³.

De entre os quatro requisitos referidos verifica-se que os três últimos dependem das circunstâncias específicas do caso concreto. Apenas o primeiro depende das características gerais objectivas do ordenamento jus-administrativo nacional em causa. Uma análise geral assentará, assim, acima de tudo, sobre a possibilidade de revogação ou anulação do acto em causa, de acordo com o Direito Procedimental nacional.

Quanto a esta questão, em Acórdãos posteriores que incidiram sobre a susceptibilidade de aplicação desta jurisprudência a actos administrativos na Alemanha – os Acórdãos *Kempter* (C-2/06) e *i-21 Germany e Arcor* (C 392/04 e C 422/04) –, foi feita referência ao artigo 48.º, 1, da Lei do procedimento admi-

³⁹ Cfr. os Ac. do TJ *Kühne & Heitz* (C-453/00), n.º 26 e 28; *Kempter* (C-2/06), n.º 38; *i-21 e Arcor* (C-392/04 e C-422/04), n.º 52.

⁴⁰ Cfr. T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, pp. 547 ss.

⁴¹ Obriga-se, assim, o interessado a ter esgotado as vias de recurso ordinárias aquando da acção originária sob pena da não aplicação desta jurisprudência [foi o que aconteceu no Acórdão *i-21 Germany e Arcor* (C-392/04 e C-422/04), n.º 53]. Cfr. T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, p. 547.

⁴² Não é, no entanto, necessário que o recorrente no processo principal tenha invocado o Direito da UE na impugnação judicial do acto em causa. Basta que a questão controvertida de Direito da UE em causa tenha sido examinada pelo órgão jurisdicional nacional de última instância. Cfr. o Ac. do TJ *Kempter* (C-2/06), n.º 40-46.

⁴³ Apesar de o Ac. *Kühne & Heitz* (C-453/00) se referir à apresentação «imediate» do pedido, esta expressão não pode ser interpretada como a fixação de um prazo, pelo que, na falta de regulamentação da UE, cabe ao ordenamento jurídico dos Estados-Membros estabelecer as regras aplicáveis, com os limites do princípio da equivalência e do princípio da efectividade. Cfr. o Ac. do TJ *Kempter* (C-2/06), n.º 54-60.

nistrativo alemã [*Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*], em dois deles⁴⁴⁻⁴⁵, e ao artigo 51.º *VwVfG*, num deles⁴⁶⁻⁴⁷. Uma correcta leitura desta jurisprudência permite verificar que, para o TJUE, a primeira condição apenas exige que a administração disponha, segundo o Direito nacional, do poder de revogação ou anulação do acto, nunca se referindo ao fundamento para este poder – legalidade ou mérito. Nesse sentido, este fundamento parece ser irrelevante para a aplicação desta jurisprudência: onde há competência de revogação ou anulação, poderá aplicar-se a jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00). De facto, de acordo com o Acórdão *i-21 Germany e Arcor* (C-392/04 e C-422/04), se existir um preceito nacional que permita a revogação de um acto ilegal nacional após a sua consolidação, este será aplicável à situação em que a ilegalidade derive da violação do Direito da UE, por força do princípio da equivalência, e não da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00).

12. A jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) é algo opaca (é mesmo comparada com uma caixa negra), sendo as suas consequências algo imprevisíveis⁴⁸. De qualquer forma, dela parece resultar que a previsão da competência para revogar um acto administrativo – independentemente da causa – equivale à existência de um dever de o revogar se, verificados os requisitos referidos, após o reexame do processo, se considerar que este é desconforme ao Direito da UE, mesmo se a legalidade do acto em causa se encontre atestada por uma decisão jurisdicional transitada em julgado. Nesse sentido, a jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) representa o desenhar de um limite ao princípio

⁴⁴ Cfr. os Ac. do TJ *i-21 e Arcor* (C-392/04 e C-422/04), n.º 6, e *Kempter* (C-2/06), n.º 5.

⁴⁵ O artigo 48.º, 1, *VwVfG*, atribui à Administração competência para revogar um acto administrativo ilegal. Em princípio, trata-se de um poder discricionário da Administração, pois é aceite que o administrado não tem direito à revogação – a aceitação desse direito levaria a uma degradação da força do acto.

⁴⁶ Cfr. o Ac. do TJ *Kempter* (C-2/06), n.º 6.

⁴⁷ De acordo com o artigo 51.º *VwVfG* um particular tem o direito, sob determinadas condições, de pedir à Administração que revogue ou altere um determinado acto administrativo consolidado. No entanto, não parece ser de aplicar este preceito à situação. De facto, a única causa elencada no preceito que poderia justificar o pedido do interessado numa situação de potencial aplicação da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) é a existência de uma “alteração legal” ou “jurídica” (“*Änderung der Rechtslage*”, artigo 51.º, 1, n.º 1, *VwVfG*). No entanto, no caso descrito, é certo que não existiu uma alteração legislativa, mas apenas de interpretação jurisprudencial, pelo que esse preceito não é aplicável. Foi essa a interpretação que fez vencimento no processo *Kempter* (C-2/06), ainda a nível nacional – cfr. o Ac. do TJ *Kempter* (C-2/06), n.º 16. Cfr. R. STREINZ, *Europarecht*, p. 209.

⁴⁸ Cfr. J. H. JANS/B. MARSEILLE, “*Competence Remains Competence? Reopening Decisions that Violate Community Law*”, in *REAL*, vol. 0, n.º 1, 2007, pp. 75-86, p. 79; R. STREINZ, *Europarecht*, p. 210.

da autoridade do caso julgado (como é admitido pelo TJUE⁴⁹), como consequência da aplicação incorrecta do Direito da UE pelo órgão jurisdicional de última instância⁵⁰.

Devido a esta ligação ao princípio da força do caso julgado que o TJUE, num dos desenvolvimentos posteriores desta jurisprudência, veio a analisar, no Acórdão *Rosemarie Kapferer* (C-234/04), o caso das decisões judiciais transitadas em julgado⁵¹. O TJUE concluiu pela não incompatibilidade geral com o Direito da UE das regras processuais internas que confirmam força de caso julgado a certas decisões – mesmo quando a desaplicação destas regras permitiria reparar uma violação do Direito da UE⁵². Curiosamente, no Acórdão *Kapferer* (C-234/04), o TJUE não rejeita nem aceita expressamente a aplicação da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) às decisões judiciais transitadas em julgado, apenas referindo que, «*ainda que se admita que os princípios estabelecidos nesse acórdão sejam transpostos para um contexto que, como o do processo principal, é relativo a uma decisão judicial transitada em julgado, deve recordar-se que o mesmo acórdão subordina a obrigação de o órgão em questão, por força do [artigo 4.º, n.º 3, TUE] reexaminar uma decisão definitiva que se revele ter sido adoptada em violação do direito comunitário, nomeadamente, à condição de o referido órgão dispor, segundo o direito nacional, do poder de revogar essa decisão*». Acaba por concluir que, como neste caso, a primeira destas condições – o poder de revogação da decisão – não se verifica, também não se aplicaria a jurisprudência *Kühne & Heitz*.

A conclusão lógica desta construção parece ser que a jurisprudência *Kühne & Heitz* é aplicável a decisões judiciais, ainda que passadas em julgado, com a consequente obrigação de reexame da decisão – neste caso judicial⁵³ –, quando se verificarem as condições aí previstas. Assim, se a ordem jurídica nacional admitir a possibilidade de um recurso extraordinário da sentença, a jurisprudência terá aplicação, uma vez verificados os restantes requisitos.

⁴⁹ Cfr. os Ac. do TJ *Kempter* (C-2/06), n.º 38, e *i-21 e Arcor* (C-392/04 e C-422/04), n.º 52.

⁵⁰ Discorda-se, assim, de FAUSTO DE QUADROS, na medida em o caso não se configura como mera força de caso decidido – existe uma decisão judicial que consolida o acto administrativo em questão relativamente à sua legalidade, sendo esta precisamente a matéria que é objecto de reexame por força da jurisprudência *Kühne & Heitz*. Cfr. FAUSTO DE QUADROS, “*A europeização do contencioso administrativo*”, p. 399.

⁵¹ Cfr. o Ac. do TJ *Rosmarie Kapferer* (C-234/04), n.º 20. Cfr. também, *e.g.*, os Ac. do TJ no Proc. n.º C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, de 3 de Setembro de 2009, n.º 22, e Proc. n.º C-40/08, *Asturcom*, de 6 de Outubro de 2009, n.º 36.

⁵² Cfr. o Ac. do TJ *Rosmarie Kapferer* (C-234/04), n.º 21. Cfr. também, os Ac. do TJ *Fallimento Olimpiclub* (C-2/08), n.º 23; e *Asturcom* (C-40/08), n.º 37.

⁵³ Cfr. o Ac. do TJ *Rosmarie Kapferer* (C-234/04), n.º 23.

ii) **O artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz (C-453/00)**

13. O artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA vem prever que a administração «tem o dever de anular o acto administrativo» – trata-se de um dever de anulação –, «desde que ainda o possa fazer», na medida em que: i) este acto «tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia»; ii) a administração “invoque” «nova interpretação desse direito em sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português»^{54/55}.

Esta redacção não é particularmente feliz por três motivos: é confusa, não clarifica a aplicabilidade em Portugal da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) e parece dela decorrer uma norma inaplicável. Analise-se o preceito.

14. Os problemas de redacção verificam-se logo na formulação inicial do preceito: a administração terá o dever de revogar o acto «desde que ainda o possa fazer». Este preceito não estabelece, portanto, um dever incondicionado da administração: é necessário que a anulação “ainda” possa ocorrer, à luz do regime legal aplicável (*i.e.* os restantes preceitos do artigo 168.º). Ora, estando em causa, pela delimitação do preceito, um acto administrativo julgado válido por sentença transitada em julgado, em princípio, a administração não teria competência para proceder à anulação (não o “poderia fazer”), nos termos desse regime. Daí resultaria, desde logo, a inaplicabilidade do preceito. Supõe-se, no entanto, que o legislador quer fazer referência aos prazos e condições previstos nos n.º 1, 2 e 4 do artigo 168.º do novo CPA, independentemente de o acto em causa não poder ser anulado por a sua não invalidade resultar de sentença judicial transitada em julgado. Mas tal poderia resultar mais claramente da letra da lei.

O dever de anulação aqui previsto ocorre então face a um acto administrativo que «tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um

⁵⁴ Cfr. o artigo 2.º, alínea *rr*), da Lei n.º 42/2014.

⁵⁵ Cfr. quanto a este preceito, *v.g.*, M. CALDEIRA, “A figura da ‘anulação administrativa’ no novo Código de Procedimento Administrativo de 2015”, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, C. Amado Gomes/A. F. Neves/T. Serrão (coord.), AAFDL, 2015, pp. 641-678, pp. 660-661; P. OTERO, “Princípios constitucionais do novo Código do Procedimento Administrativo – uma introdução”, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, C. Amado Gomes/A. F. Neves/T. Serrão (coord.), AAFDL, 2015, pp. 15-34, pp. 21 ss.

tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia». Trata-se de um dos requisitos iniciais da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00), especificamente o constante da alínea *c*) da enumeração feita. No entanto, neste caso, não se prevê o requisito de ausência de colocação de questão prejudicial nessa primeira decisão, tal como se dispensa a necessidade de se tratar de acto se tenha tornado definitivo em consequência de um acórdão de um órgão jurisdicional de última instância [alínea *b*) da enumeração], e a iniciativa por parte do particular [alínea *d*)]. O preceito não corresponde, portanto, à letra da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) – pelo que esta não pode ser utilizada para o justificar. No entanto, pode-se defender que este mecanismo corresponderá ao seu espírito?

15. Continuando a análise da letra do preceito, verifica-se que esse acto administrativo estabilizado deve ser anulado pela Administração «*invocando para o efeito nova interpretação desse direito em sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português*». A redacção continua a causar algumas interrogações.

Desde logo, não é claro o que significa o requisito de que esta sentença posterior tenha «*dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português*». É que uma «*sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português*» que tem de ser “*executada*”, em sentido estrito, é uma decisão no âmbito do processo por incumprimento. O que quereria dizer que, só quando Portugal fosse condenado por incumprimento por causa da interpretação formulada pela decisão judicial inicial, é que este preceito teria aplicação. Mas esta interpretação parece demasiado restritiva, pois deixa de fora os acórdãos do TJUE relativos a questões prejudiciais que também são vinculativos para o Estado português – e que são “*executados*” por decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais. Interpretando-se a vinculação para o Estado português de forma mais lata, também se pode aqui abranger o mecanismo das questões prejudiciais – em que a interpretação formulada pelo TJUE vincula o tribunal nacional de reenvio e deve ser por ele aplicada na lide.

Permanece, no entanto, a dúvida: é necessário que seja um tribunal português a colocar a questão prejudicial, relativamente àquela situação em concreto, ou pode qualquer outro tribunal fazê-lo, quanto à interpretação daquela norma? A interpretação correcta corresponde a esta última situação. As decisões judiciais do TJUE no processo das questões prejudiciais vinculam todos os órgãos de todos os Estados-Membros, pelo que não é possível proceder a esta distinção relativamente à origem das questões prejudiciais. O Estado português está vinculado à interpretação do Direito da UE feita pelo TJUE – que é, aliás,

como se viu, meramente declarativa, não constitutiva – independentemente de a questão prejudicial que lhe deu origem tenha sido formulada no âmbito daquele ou de outro processo ou tenha originado nos seus tribunais ou nos de outro Estado-Membro. Assim, a necessidade de que a sentença posterior “*dê execução*” a uma decisão do TJUE “*vinculativa para o Estado português*” deve ser interpretado como uma decisão jurisdicional que “*aplica a interpretação correcta do Direito da UE que resulte da jurisprudência do TJUE*”.

Ou seja, para se verificar o dever de anulação pela administração de acto administrativo consolidado através de decisão judicial, desconforme com a interpretação do Direito da UE feita posteriormente pelo TJUE, terá que se verificar uma sentença posterior de um tribunal administrativo português, em última instância, transitada em julgado, que “*dê execução*” a esta «*nova interpretação*» da norma em causa do Direito da UE. O preceito não esclarece se esta sentença deverá ser emitida no âmbito de um processo que envolva o acto administrativo em questão ou em outro processo que envolva a interpretação da mesma norma. A letra é silente perante esta questão.

16. No caso de se admitir como correcta a segunda opção apresentada – a necessidade de uma sentença nacional de execução da decisão do TJUE num qualquer processo – coloca-se um outro problema. De facto, este preceito, assim interpretado, parece colocar um filtro à aplicação da jurisprudência do TJUE – dela só resultará o dever de anulação se aplicada (confirmada, transposta ou “*executada*”) por um tribunal administrativo português de última instância. Se assim interpretado, o preceito é desconforme ao Direito da UE, por violador do princípio do primado e do princípio da atribuição de competências. De facto, o órgão jurisdicional competente para interpretar a legislação da UE é o TJUE, sendo as suas decisões de interpretação vinculativas automaticamente em toda a UE, para todos os órgãos administrativos e judiciais. A interpretação do Direito da UE pelo TJUE é directamente aplicável, não necessitando da “*execução*” por um órgão jurídico nacional para produzir efeitos quanto à administração.

Assim interpretada, esta exigência de que a “*nova interpretação*” do Direito da UE conste de «*sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português*» deverá ser desaplicada, por incompatível com o Direito da UE. Neste caso, para proceder à anulação de «*acto administrativo que tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia*» deveria bastar que essa interpretação tivesse sido rejeitada por «*sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português*».

Nesse caso, no entanto, podem suscitar-se problemas complexos de conformidade da norma com a Constituição portuguesa, no que diz respeito ao princípio da segurança jurídica, decorrente do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição), e à vinculação de todas as entidades públicas às decisões judiciais (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição)⁵⁶. Note-se que um eventual primado supra-constitucional do Direito da UE não deve influenciar a análise destas questões de constitucionalidade, já que a jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) expressamente apenas se aplica no caso de o ordenamento jurídico do Estado-Membro em causa atribuir competência aos órgãos administrativos o poder de revogação (ou anulação) do acto administrativo em causa. No caso de se concluir que, à luz da Constituição portuguesa, essa atribuição não pode existir, não se verifica um dos requisitos estabelecidos pelo próprio TJUE para a aplicação da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00) – pelo que esta não se aplicará. Não existe um conflito entre os ordenamentos jurídicos.

17. Uma outra interpretação possível do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA, passa pela exigência de que a sentença posterior ocorra no âmbito do mesmo processo em que foi emitida a primeira sentença. Na medida em que o acto administrativo em causa tinha sido consolidado por uma sentença judicial transitada em julgado, apenas será possível uma reapreciação jurisdicional no contexto de um recurso extraordinário de revisão.

De facto, o Código do Processo Civil (CPC) estabelece como causa de revisão da decisão judicial transitada em julgado, o facto de esta ser «*inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português*»⁵⁷. Este regime previsto no CPC é igualmente aplicável no âmbito do contencioso administrativo, por força do artigo 154.º, n.º 1, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)⁵⁸, que determina a aplicação supletiva das regras do CPC⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. defendendo a inconstitucionalidade desta interpretação, M. CALDEIRA, “A figura da ‘anulação administrativa’ no novo Código de Procedimento Administrativo de 2015”, pp. 660-661, em especial a nota 56; P. OTERO, “Princípios constitucionais do novo Código do Procedimento Administrativo – uma introdução”, pp. 21 ss.

⁵⁷ Cfr. artigo 696.º, alínea f), do novo CPC (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho). Esta possibilidade foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto. A versão anterior do CPC continha esta regra no artigo 771.º, alínea f), do CPC. O CPC estabelece limites temporais para a interposição do pedido de revisão [cfr. o artigo 697.º, n.º 2, alínea b), do novo CPC e o artigo 772.º, n.º 2, alínea b), do antigo CPC].

⁵⁸ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

⁵⁹ Existe também um regime equivalente no artigo 449.º, n.º 1, alínea g), do Código do Processo Penal (CPP) que admite a possibilidade de recurso extraordinário de revisão quando «*uma sentença*

A redacção que foi dada ao preceito do CPC é, diga-se, manifestamente infeliz⁶⁰. A referência a «*instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português*» é incorrecta a diversos níveis e presta-se a equívocos. Desde logo, porque não existe “*recurso*” das decisões dos tribunais nacionais para qualquer «*instância internacional*» (termo que é vago e indefinido e que parece englobar qualquer organização internacional), nomeadamente para o TJUE, ou quaisquer outras instâncias jurisdicionais internacionais, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)⁶¹⁻⁶². Por outro lado, se o órgão jurisdicional internacional fosse “*de recurso*”, não seria de aplicar o regime de recurso extraordinário de revisão – pois este aplica-se, por definição a decisões judiciais transitadas em julgado, *i.e.* relativamente às quais já não existe a possibilidade de recurso (artigo 696.º, proémio, do novo CPC, e artigo 771.º, proémio, do antigo CPC). Por fim, tratando-se de um verdadeiro e próprio “*recurso*”, a decisão da «*instância internacional*» não poderia ser inconciliável com a decisão do tribunal *a quo* porque, simplesmente, a substituiria⁶³. Por todos estes motivos, é possível defender que é duvidoso que tal alínea permita a revisão de decisão judicial passada em julgado com base em decisão jurisdicional de tribunais da União ou do TEDH⁶⁴⁻⁶⁵.

Então como interpretar correctamente este preceito? A que situações ele se aplica? Apesar dos problemas encontrados, entende-se ser necessário fazer uma interpretação da letra do preceito de forma a conferir-lhe alguma utilidade – tendo em conta o princípio do máximo aproveitamento dos actos – e a corresponder à intenção do legislador democrático. De facto, de acordo com

vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça». Esta possibilidade foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

⁶⁰ Cfr., para uma análise crítica mais detalhada do preceito, M. J. RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, Almedina, 2009, pp. 67 ss.

⁶¹ Cfr. M. J. RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, pp. 79 ss.; A. RIBEIRO MENDES, *Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007*, Coimbra Editora, 2009, p. 196; J. O. CARDONA FERREIRA, *Guia dos Recursos em Processo Civil*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 344-345; L. CORREIA DE MENDONÇA/HENRIQUE ANTUNES, *Dos Recursos*, Quid Juris, 2009, p. 354.

⁶² Cfr. também o anteprojecto in Ministério da Justiça, *Reforma dos Recursos em Processo Civil, Trabalhos Preparatórios*, Almedina, 2008, pp. 187 e 273

⁶³ Cfr. N. PIÇARRA, “*Recurso de revisão de que «decisões inconciliáveis» com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem?*”, Anotação ao Acórdão do TCA-Norte de 8 de Julho de 2011”, in *CJA*, n.º 92, 2012, pp. 59 ss., 62-63.

⁶⁴ Cfr. N. PIÇARRA, “*Recurso de revisão de que «decisões inconciliáveis» com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem?*”, pp. 62-63.

⁶⁵ Refira-se que a este nível, é bem mais feliz a redacção do preceito equivalente introduzido no artigo 449.º, n.º 1, alínea g), do CPP, já referida. Desde logo, porque ultrapassa a crítica de utilizar a expressão “*recurso*” que aqui, obviamente, não encontra aplicação lógica.

o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 303/2007, que introduziu este regime no CPC, o objectivo foi permitir o recurso extraordinário de revisão quando a decisão interna transitada em julgado viole a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) «ou normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte». Esta afirmação preambular parece ir longe de mais, porque interpretada literalmente significaria que existiria recurso extraordinário sempre que a decisão judicial fosse contrária a alguma norma emitida por qualquer órgão de qualquer organização internacional assim abrangida – o que excede os limites da letra do preceito. Assim, mal andou o legislador duplamente (quer na letra da lei, quer na letra do preâmbulo). Se tinha como objectivo o que se encontra no preâmbulo, não foi capaz de o transpor para a letra da lei. Se a letra da lei corresponde ao que pretendia, então não se explicou bem no preâmbulo.

De qualquer forma, esta referência preambular permite estabelecer a ligação entre o artigo 696.º, alínea f), do novo CPC [artigo 771.º, alínea f), do antigo CPC], e a condenação do Estado português por violação da CEDH, necessariamente no TEDH – que é a «*instância internacional*» com competência nessa matéria. Ora, a acção a interpor no TEDH, apesar de pressupor a extinção das vias de recurso ordinário internas, não é um verdadeiro e próprio recurso. De facto, esta acção é um novo litígio, com partes distintas, que incide sobre a eventual violação da CEDH por parte do Estado. Como já referimos, a redacção legal incorre e faz incorrer no erro de supor que existe uma “*instância de recurso internacional*” – quando tal não acontece. Assim, terá de se interpretar a expressão como querendo significar “*sentença de instância internacional judicial cujas decisões são vinculativas para o Estado português*” – onde se incluirá, sem dúvida, o TEDH e também o TJUE – “*inconciliável com decisão judicial de órgão jurisdicional nacional transitada em julgado*”.

Pode assim concluir-se que uma decisão judicial transitada em julgado – nomeadamente no âmbito administrativo – pode ser objecto de recurso extraordinário de revisão, nos termos do Direito Processual português, quando se revelar contrária ou incompatível com um acórdão do TJUE⁶⁶. Assim, o

⁶⁶ Note-se que este regime também é importante ao nível da aplicação da jurisprudência *Kapferer* (C-234/04), já referida. Em rigor, esta jurisprudência – que admite a aplicação da jurisprudência *Kühme & Heitz* (C-453/00) e o reexame de decisões consolidadas quando o regime legal aplicável preveja o poder de revogação da decisão – não é revolucionária para a ordem jurídica portuguesa. De facto, resulta claramente do regime processual português (apesar das suas imperfeições), que pode haver lugar ao reexame de decisão jurisdicional neste caso – através de recurso extraordinário de revisão. Diga-se que esta conclusão também corresponde à aplicação do princípio da equivalência: aí onde exista um recurso extraordinário por um motivo análogo ao da violação do Direito da UE – no caso português, por exemplo, o artigo 696.º, alínea f), do novo CPC (o artigo 771.º, alínea f),

dever de anulação previsto no novo CPA verificar-se-ia quando o administrado que pretende que a administração anule o acto em causa interponha recurso extraordinário de revisão da sentença, transitada em julgado, que tinha considerado o acto válido, à luz de uma interpretação posteriormente considerada incorrecta pelo TJUE.

No entanto, esta interpretação, consistente com a Constituição portuguesa, não se coaduna à letra do preceito do novo CPA pois, neste caso, o artigo 168.º, n.º 7, ficaria esvaziado de conteúdo: a anulação do acto pela sua invalidade decorreria da própria decisão judicial do recurso extraordinário, sendo desnecessário prever a sua anulação administrativa.

18. Fica, assim, em aberto qual é a interpretação correcta do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA. Se o dever de anulação administrativa depende da “*execução*” genérica da jurisprudência do TJUE pelos tribunais nacionais, o preceito é desconforme com o Direito da UE. Se depende da “*execução*” da jurisprudência do TJUE naquele caso concreto, então é desnecessário. Caso se prescindia em absoluto da intervenção dos tribunais, podem colocar-se questões de constitucionalidade por desrespeito com o princípio da segurança do caso julgado. Isto para além dos problemas mais gerais de interpretação da letra do preceito em causa.

Tendo em conta a semelhança *prima facie* da situação contante da sua previsão e a jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00), parece resultar que foi intenção do legislador abordar a problemática dela resultante – o que poderia ter bons resultados. Infelizmente estes resultados não surgiram: o artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA não parece ter salvação interpretativa possível, sendo inaplicável.

Note-se que esta conclusão é especialmente frustrante à luz da correcta interpretação da jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00). O seu primeiro requisito – aquele que verdadeiramente depende de características gerais da ordem jurídica do Estado-Membro e não do caso concreto – é o de que o órgão administrativo deve dispor, segundo o Direito nacional, do poder de revogação (ou anulação) do acto administrativo. Assim, a jurisprudência do TJUE atribui uma máxima discricionariedade ao legislador nacional para prever ou não a figura (expressa ou implicitamente) e de a regular (por exemplo, o prazo para o particular solicitar a anulação). O artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA, não pode, pois, ser justificado como decorrendo de uma vinculação do Direito da UE.

do antigo CPC) terá sido pensado pelo legislador para a revisão de decisões incompatíveis com a jurisprudência do TEDH –, então esse recurso também será possível relativamente a decisões que incumpram o Direito da UE.

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 INCLUÍDOS

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.ºs 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

