

# O DIREITO

Ano 149.º (2017), III

*Diretor*

JORGE MIRANDA

# O DIREITO

Ano 149.º (2017), 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

Maria João Galvão Teles

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

### DOCTRINA

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS <i>O artigo 1316º do Código Civil e o tertium genus aquisitivo: Em especial, a usucapião e o registo.</i> . . . . .	547
RUI SOARES PEREIRA <i>Ainda a eficácia (real) da compra e venda de ações</i> . . . . .	575
RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE <i>Responsabilidade civil das autoridades de supervisão e regulação financeira.</i> . . . . .	603
RUI MARQUES <i>Dar a César e a Deus: As questões tributárias (e outras) na Idade Média</i> . . . . .	611
MARIANA MELO EGÍDIO <i>A interpretação conforme à Constituição na jurisprudência constitucional da crise</i> . . . . .	627
CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS SILVA <i>Um recurso de amparo em Portugal?</i> . . . . .	653
ARNALDO DE LIMA BORGES NETO <i>Cartas de conforto: estado das questões numa perspectiva luso-brasileira.</i> . . . . .	689
MIGUEL ALEXANDRE DUARTE SANTOS <i>O beneficiário nas operações de pagamento de transferência escritural de fundos.</i> . . . . .	735
RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA	
ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO <i>Atividade do Tribunal Constitucional em 2016.</i> . . . . .	803



# DOCTRINA



# *O artigo 1316.º do Código Civil e o tertium genus aquisitivo: Em especial, a usucapião e o registo\**

PROF. DOUTOR JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS

SUMÁRIO: 1. *Considerações Gerais.* 2. *O Código Civil e os Desafios da Realidade.* 3. *O Artigo 1316.º e os Modos de Aquisição.* 4. *O Tertium Genus Aquisitivo.* 6. *A Subversão das Relações entre as Modalidades Aquisitivas.* 7. *Propostas Expansionistas da Aquisição Registral.* 8. *As Virtualidades e os Constrangimentos do artigo 5.º CRP.* 9. *Conclusões.*

## **1. Considerações Gerais**

Agradecendo, muitíssimo, o honroso convite para participar nos Estudos promovidos pelo Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), a propósito do Cinquentenário do Código Civil (CC), porque tivemos em conta as directrizes emanadas desse convite, designadamente o estado das questões num prisma evolutivo, entendemos ser importante reflectir acerca da dinâmica aquisitiva da realidade. Em especial, sobre as modalidades de aquisição enunciadas no artigo 1316.º CC.

Contribuiremos, deste modo, ainda que modestamente, no sentido de reafirmar a identidade da codificação civilista vigente em Portugal e noutros países de expressão oficial portuguesa. Pois que, no assunto em apreço, subjaz um denominador comum, detectado noutras matérias da realidade. Denominador que revela uma postura actualista e reformadora, desprendida de dogmas ou de vetustos arquétipos, recusamos ideias conducentes a abalar a identidade do CC, no que à realidade diz respeito. Contrariando outro sector, particularmente assertivo, que tem defendido, quase sem contradita, orientações destinadas a

\* Destinado a integrar os Estudos Comemorativos do Cinquentenário do Código Civil.

colidir com o direito consagrado no Código, abrindo a porta a uma preocupante deriva que procura revogar a lei vigente sem intervenção do legislador.

Porque tal deriva tem sido particularmente impressiva a propósito da usucapião e do registo predial, entendemos fazer incidir sobre estas matérias uma atenção especial. Na verdade, aquela deriva *contra legem* elegeu-as enquanto principal foco de uma autêntica cruzada, em nome de propósitos alegadamente inovadores. Subvertendo a importância relativa dos modos aquisitivos, exacerbando os direitos a atribuir por efeito registal, sem qualquer demonstração, minimamente aceitável que o consiga suportar.

## 2. O Código Civil e os Desafios da Realidade

Se nem somos daqueles que proclamam uma ideia negativa da dogmática da realidade ou que sustentam um atraso científico<sup>1</sup>, também recusamos a necessidade de erigir uma teoria geral, enquanto elixir salvífico, destinado a debelar uma suposta crise dos Direitos Reais. Consideramos, aliás, que a senda da teoria geral é ilusória, porque nada acrescenta de relevante ou de significativamente inovador<sup>2</sup>. Porém, ao recusar uma alegada crise da dogmática da realidade, perfilhamos, no entanto, a necessidade de promover uma modernização civilista<sup>3</sup>, propondo tópicos fatores de modernidade dos Direitos Reais. Julgamos, aliás, ter prosseguido tal desígnio, ainda que modestamente, aquando do estudo dos recursos geológicos<sup>4</sup>, das coisas públicas<sup>5</sup>, do comércio de bens culturais<sup>6</sup>, do estatuto do animal<sup>7</sup>, da autonomia do achamento<sup>8</sup> ou do ancestral tesouro<sup>9</sup>.

Em boa verdade, a realidade enfrenta dois desafios contraditórios. Por um lado, os Direitos Reais, enquanto categoria cultural sinalizadora de abertura ao

<sup>1</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA considera que o sistema científico dos Direitos Reais é desolador e apresenta um notório subdesenvolvimento. Cf. *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, p. 45.

<sup>2</sup> Vide o nosso artigo “A Reforma do Código Civil no Âmbito do Direito das Coisas” in *O Direito*, n.º 146.º, 2014, p. 313.

<sup>3</sup> A propósito, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Modernização do Direito Civil*, Coimbra, 2004, pp. 17 e segs.

<sup>4</sup> Vide o nosso *Regime e a Natureza Jurídica do Direito dos Recursos Geológicos*, Lisboa, 1994, pp. 59 e segs.

<sup>5</sup> Vide o nosso estudo intitulado “As Coisas Públicas nos Finais do Século XX” in *Estudos em Honra de Pedro Soares Martinez*, Vol. II, Coimbra, 2000, pp. 547 e segs.

<sup>6</sup> Vide o nosso “Bens Culturais: Posse não Vale Título” in *O Direito*, n.º 142, 2010, pp. 885 e segs.

<sup>7</sup> Vide o nosso “O Animal: Coisa ou Tertium Genus?” in *O Direito*, n.º 141, 2009, pp. 1071 e segs.

<sup>8</sup> Vide o nosso *Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Lisboa, 2008, pp. 433 e segs.

<sup>9</sup> Vide o nosso “Bem Cultural: Requiem pelo Tesouro?” in *Estudos em Homenagem: Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Coimbra, 2012, pp. 581 e segs.

dever, deve recusar uma rigidez tacanha e antiquada, resistente a receber modificações nos diversos institutos deste importante sub-ramo do Direito Civil. Após admitir que certas opções legislativas não terão sido as melhores ou até que algumas soluções normativas estão datadas, importa mostrar receptividade a importantes alterações do articulado do CC. Mas, por outro lado, em sentido oposto à postura reformadora acima enunciada, emerge uma outra linha, de índole revolucionária, que procura abalar a estrutura identitária do CC, especialmente, no que concerne à realidade.

Por nossa parte, propugnamos a primeira via, o caminho das reformas, mas rejeitamos a segunda, aquela que propõe abalar, mesmo eclodir, os alicerces da realidade. Reconhecer a importância da modernização, não pretende significar apoio a doutrinas eivadas de radicalismo, destinadas a corroer a identidade dos pressupostos estruturantes dos Direitos Reais e até do Direito Civil, consagrados no Código, cujo cinquentenário pretendemos agora comemorar. Aliás, se a função do Direito é ordenadora e criadora, também deve ser geradora de segurança. Fará, portanto, pouco sentido promover leituras destinadas a olvidar o Direito positivado no CC, em nome de uma mudança epistemológica, de uma modernidade pretensamente fundadora.

Em síntese, se em ocasiões pretéritas estudámos temas que justificavam alterações de alguns preceitos legais, desta vez reflectiremos acerca da postura das tendências revolucionárias e expansionistas que procuram abalar os pressupostos estruturantes da realidade. Todavia, porque temos presente os limites inerentes ao convite, decidimos restringir o estudo aos modos aquisitivos dos Direitos Reais. Assunto que tem merecido particular acutilância para aquelas tendências, alegadamente inovadoras.

### 3. O Artigo 1316.º e os Modos de Aquisição

Se o artigo 1316.º do CC enumera, a título exemplificativo, diferentes modos de aquisição de propriedade, não é menos verdade que aquela norma respeita aos direitos reais de gozo e não apenas ao direito de propriedade. Ou seja, o usufrutuário, o superficiário ou o titular de outro direito real de gozo podem adquirir, através dos modos aquisitivos previstos naquele artigo ou até noutra preceito legal. Pois aquela enumeração não é de índole taxativa. Ou seja, se as modalidades do artigo 1316.º não se restringem à aquisição da propriedade, também não configuram o universo da realidade. Assim, a par do contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação e acessão, aquele artigo admite, *in fine*, ainda outros modos aquisitivos, a consagrar em lei avulsa ou no próprio CC.

De entre os modos aquisitivos não previstos no artigo 1316.º, salientamos, sem pretensão de exaustividade, o achamento, a aquisição de frutos e produtos, a especificação e a aquisição registal. A propósito do achamento, sublinharemos que a sua autonomia aquisitiva se justifica, por inteiro, uma vez que incide sobre uma coisa móvel perdida ou esquecida e não sobre uma coisa sem dono ou abandonada<sup>10</sup>. No respeitante aos frutos e produtos, reconhecemos uma outra modalidade, não reconduzível ao achamento, nem à ocupação ou às demais modalidades aquisitivas. Também a especificação apresenta dissemelhanças perante a acessão natural ou industrial, pois representa algo novo que não resulta da união, confusão ou incorporação de duas coisas numa só, mas da alteração, por actividade humana, de uma coisa, individualmente determinada. Relativamente à aquisição por via registal, podemos recordar, de modo especial, o efeito atributivo do terceiro de boa fé que regista, nos termos dos artigos 17.º n.º 2 e 122.º do Código de Registo Predial (CRP) e ainda do artigo 291.º do CC.

Após reconhecer a não taxatividade do artigo 1316.º, de identificar outros modos aquisitivos legalmente admitidos, cumpre proceder à sua classificação. Estejam eles enumerados naquele preceito legal ou em qualquer outro, do CC ou de legislação avulsa. Será relevante declarar que consideramos insuficiente, ou inadequada, a dicotomia que opõe a aquisição originária à aquisição derivada. Preferimos antes uma tripartição que permita distinguir a aquisição originária, a aquisição derivada e o *tertium genus* aquisitivo. Efectivamente, se a ocupação, o achamento, a acessão e a especificação são modalidades de aquisição originária, temos fundadas dúvidas quanto à possibilidade de aí incluir outros modos aquisitivos. Também a transmissão *inter vivos*, a transmissão *mortis causa* e a venda forçada, verdadeiras modalidades de aquisição derivada, não esgotam o universo aquisitivo. Ou seja, existem outras modalidades que nem se enquadram nas categorias referidas, nem na dicotomia clássica que opõe a aquisição originária ou à aquisição derivada. Daí a indispensabilidade de autonomizar uma terceira categoria, o *tertium genus* aquisitivo, destinada a englobar modalidades não reconduzíveis à aquisição originária, nem à aquisição derivada.

#### 4. O *Tertium Genus* Aquisitivo

Assumida a terceira categoria, o *tertium genus* aquisitivo, será útil enumerar as modalidades integrantes desta terceira categoria. A nosso ver, identificamos as seguintes: a posse, a usucapião e o registo aquisitivo. Modalidades onde a aqui-

<sup>10</sup> Sobre a dicotomia entre ocupação e achamento, *Vide* o nosso *Achamento...* op. cit., pp. 433 e segs.

sição posterior não se funda no direito a transmitir, na sua completude, para o novo titular, nem resulta de uma titularidade imediata, ou quase imediata, sobre uma coisa sem dono ou sobre coisa de dono desconhecido. Ora, isso consolida a razão de ser da terceira via – o *tertium genus* aquisitivo.

Aliás, identificamos, claramente, esta categoria nos modos de aquisição da posse. Em particular, as alíneas *a)* e *d)* do artigo 1263.º CC. Ou seja, na prática reiterada, com publicidade, de actos materiais correspondentes ao exercício do direito e na inversão do título. Assim, a prática reiterada de actos materiais ou a inversão do título não configuram modalidades de aquisição imediata e automática, nem tão pouco dependem da transferência da titularidade do anterior possuidor. Por isso, porque não os conseguimos reconduzir nem à aquisição originária, nem à aquisição derivada, justifica-se inseri-los em algo discrepante, no *tertium genus* aquisitivo.

Encontramos algo análogo na usucapião, pois que os respectivos requisitos revelam dificuldade, senão mesmo impossibilidade, de a catalogar enquanto aquisição originária<sup>11</sup>. Além da posse, em detrimento da detenção, não basta o decurso do tempo para adquirir o direito real correspondente. Será necessário invocar o direito, de modo potestativo, atendendo às regras da capacidade de exercício, ao invés do uso simples da razão, susceptível de fundar a aquisição por ocupação ou por achamento. Acresce que nem toda a posse é posse prescricional, boa para usucapião. Nem sequer a totalidade das coisas corpóreas se afigura usucapível. Bastará recordar as coisas públicas e as coisas fora do comércio. Ademais nem todos os direitos de gozo são adquiridos por usucapião, como decorre do preceituado no artigo 1293.º. Tal como os prazos conducentes a uma prescrição aquisitiva, podem igualmente ser objecto de causas suspensivas ou interruptivas, nos termos dos artigos 318.º e seguintes do CC.

Também os efeitos aquisitivos da usucapião não implicam a correlativa extinção de outros direitos, entretanto constituídos sobre a mesma coisa, ao invés do que sucede na ocupação ou no achamento. Pois que os direitos menores, que eventualmente incidam sobre a coisa, subsistem após o momento aquisitivo suscitado pela usucapião, caracterizando-a enquanto figura intermédia entre a aquisição originária e a aquisição derivada. Na verdade, a aquisição do domínio derivada de posse alheia, mantida por um determinado período de tempo, não atenta na vontade do precedente titular em transferir o domínio, como sucede na aquisição derivada, mas também não pressupõe que o novo direito real, adquirido pelo titular de posse pacífica e pública, seja independente da situação anterior.

<sup>11</sup> Vide o nosso *Direitos Reais: Relatório*, Lisboa, 2013, pp. 266 e 267.

Algo de similar acontece na aquisição possessória, correspondente a um determinado direito de gozo. A propriedade pode coexistir com a posse correspondente a um direito de usufruto sobre a mesma coisa. Por este motivo, a aquisição, ex-novo, da primeira posse, sobretudo nos termos das alíneas *a)* e *d)* do artigo 1263.º, não restringe a segunda, se ela corresponder a um outro Direito Real. Confirmando, ainda neste aspecto, a dissemelhança em face da aquisição originária. Aliás, isso também sucede no registo com efeito atributivo, quando, em virtude do preenchimento dos diversos requisitos cumulativos, por força dos artigos n.º 17.º n.º 2, e 122.º CRP ou do artigo 291.º CC, um outro sujeito consegue adquirir o direito de propriedade, por ter efectuado o registo a seu favor. Tal acontece, no entanto, desde que beneficie da inércia do anterior titular que não regista ou que não intenta a acção prevista no n.º 2 do artigo 291.º CC. Ora, isso também configura algo de diferente de uma aquisição originária ou de uma aquisição derivada. Consideramos, portanto, que aquelas situações ainda integram esta terceira categoria, o *tertium genus* aquisitivo.

## 5. Os Conflitos do *Tertium Genus* Aquisitivo

Numa perspectiva estática, as modalidades integrantes do *tertium genus* aquisitivo são estudadas, de modo a aferir os respectivos pressupostos, bem como as dissemelhanças em face da aquisição originária ou da aquisição derivada. Porém, numa perspectiva dinâmica, importa atentar nas relações e, sobretudo, nos eventuais conflitos entre as diversas modalidades aquisitivas que podem incidir sobre a mesma coisa corpórea. Se isso suceder, será primordial apurar a modalidade que prevalece e qual será a preterida.

Sendo vantajoso promover um quadro geral dos modos aquisitivos dos Direitos Reais, procuraremos ponderar, pelo menos, sobre o que acontece no âmbito desta terceira categoria. Sobretudo, quanto aos eventuais conflitos entre a posse, o registo e a usucapião. Não apenas no intuito de apurar o modo aquisitivo prevalecente, mas assumindo o propósito de esclarecer a validade dos argumentos, de cariz revolucionário, que foram estribando um ideário, destinado a abalar a estrutura aquisitiva da realidade civil, consolidada desde há muito.

No que concerne ao conflito entre a posse e registo, o CC tenta dirimi-lo, de modo expreso, no respectivo articulado. Isso ressalta do n.º 1 do artigo 1268.º ao determinar que o possuidor goza da presunção de titularidade do direito, excepto se existir, a favor de outrem, uma presunção fundada em registo anterior ao início da posse. Aquele preceito contém uma presunção ilidível da titularidade do direito, a favor do possuidor, desde que não exista presunção fundada em registo anterior. Ou, por outras palavras, a presunção de titulari-

dade, fundada na posse, cede, em face de um conflito gerado pela presunção fundada em registo anterior.

Um outro preceito, o artigo 7.º CRP determina que o registo definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito. Presunção essa, igualmente de natureza ilidível, da existência dos direitos inscritos, nos termos em que o registo os define, a favor dos respectivos titulares. Contudo, porque estamos em presença de presunções ilidíveis ou *juris tantum*, elas podem ser afastadas mediante prova em contrário, *ex vi* do artigo 350.º CC. Por outro lado, se a presunção fundada na posse não é indestrutível, o mesmo sucede com a presunção registal. Porém, se nenhum contratempo evitar aquelas presunções, tanto a presunção derivada da posse, como a presunção derivada do registo subsistem, podendo entrar em conflito quando respeitam ao mesmo bem. Havendo, por isso, que reflectir sobre as regras enunciadas no artigo 1268.º CC, principalmente no atinente ao desvio da presunção fundada no registo e, ao contrário, acerca do efeito de prevalência que uma presunção registal pode assumir em face de uma presunção possessória.

Destarte, se houver uma presunção de posse anterior à presunção registal, prevalecerá aquela sobre esta. Mas se houver presunção fundada em registo anterior ao início da posse, prevalecerá sobre a presunção possessória. Ou seja, se a posse for anterior à data do registo, prevalece a presunção fundada na posse<sup>12</sup>. Se, ao invés, a anterioridade provir do registo, prevalecerá a presunção registal. Daí a razão de a prevalência não ser sempre, e em qualquer caso, a favor da posse. Antes deve ser determinada pela anterioridade do início da posse ou pela antiguidade da inscrição registal. Daí a menção a um conflito ou colisão aparente de presunções, dado ser o crivo da antiguidade a solucionar a questão. Aliás, algo de similar sucede a propósito de eventuais conflitos entre outros modos aquisitivos. Em suma, é, assim, claro inexistir uma reiterada e permanente prevalência do registo em detrimento da posse<sup>13</sup> ou sequer o seu inverso<sup>14</sup>. Concedemos, no entanto, que, em caso de igual antiguidade, deverá prevalecer a presunção

<sup>12</sup> Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.ª ed., Coimbra, p. 355.

<sup>13</sup> Esta era a orientação de MANUEL RODRIGUES, ainda na vigência do Código de Seabra. Cf. *A Posse: Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed, Coimbra, 1980, p. 282.

<sup>14</sup> Anotando um acórdão que decidiu que, perante conflito de presunções, uma derivada do registo e outra derivada da posse, prevalece a que emergir do facto mais antigo, Vaz Serra manifesta fundadas dúvidas. Recordando, a esse propósito, que a inscrição de um título aquisitivo no registo predial não é precedida de uma apreciação judicial que garanta a existência da titularidade do direito na pessoa que no título figura como adquirente. Cf. “Anotação” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3507, Ano 106.º, 1974, p. 286.

possessória<sup>15</sup>, pois resulta da hermenêutica do n.º 1 do artigo 1268.º que a presunção proveniente do registo apenas prevalece se for a mais antiga.

Sabendo que a usucapião procura consolidar o efectivo exercício do possuidor, face à inércia do verdadeiro titular<sup>16</sup>, convém ainda averiguar dos eventuais conflitos perante outros modos aquisitivos. Aliás, no que tange à consolidação propiciada pelo exercício possessório, constatamos que isso só sucede quando os requisitos conducentes à aquisição de titularidade estiverem preenchidos. Nomeadamente, quando a posse for boa para usucapir e se àquela corresponder o exercício de um direito potestativo. Tanto mais que a situação possessória não conduz à usucapião, de modo imediato ou automático. Será necessário invocá-la, observando as regras atinentes às causas suspensivas ou interruptivas da prescrição. Porquanto, se o exercício da posse se encontra na base do direito real correspondente, reconheceremos que esse modo aquisitivo prevalecerá sobre uma outra posse, incompatível com a primeira, que incida sobre a mesma coisa, a favor de um outro titular. Teríamos, portanto, a prevalência da usucapião sobre uma posse incompatível com ela. A menos que a segunda posse permita invocar a usucapião, podendo, desta forma, prevalecer sobre a primeira, se for mais antiga.

Ainda no que tange à usucapião, importa averiguar o cotejo com o registo atributivo. Deste modo, perante um sujeito que usucapiu, cumpre considerar a hipótese de um outro que preenche os requisitos legais do registo aquisitivo sobre o mesmo bem. Teremos, de um lado, o sujeito que invoca a usucapião e, de outro, aquele que inscreve um direito, a seu favor, no registo competente, preenchendo os requisitos cumulativos dos artigos 17.º n.º2, 122.º CRP ou 291.º CC. A este propósito, convém sublinhar que não é o CC a solucionar o conflito, mas antes o CRP que, no seu artigo 5.º n.º 2, reconhece a supremacia da usucapião, prevalecendo acima de quaisquer efeitos registais. Compreende, assim, a afirmação de que o registo não se impõe<sup>17</sup> ou de que a usucapião vale por si, não sendo prejudicada por vicissitudes registais<sup>18</sup>. Resumindo, perante um conflito entre aqueles dois modos aquisitivos, prevalece a usucapião, pois

<sup>15</sup> Adoptando tal orientação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, Coimbra, 1997, p. 116; Em sentido semelhante, ABÍLIO VASSALO E ABREU, “Uma Relectio Sobre a Acessão da Posse” in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. II, Coimbra, 2007, pp. 100 e segs.

<sup>16</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Terrenos Vagos e Usucapião” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 23, 1976, p. 57.

<sup>17</sup> Neste sentido, ABÍLIO VASSALO ABREU, “A Relação...” in op. cit., p. 80.

<sup>18</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Civil: Reais...* op. cit., p. 382.

suplanta os registos existentes, assumindo, se necessário, a inerente *usucapio contra tabulas*<sup>19</sup>.

Devemos ainda averiguar a *usucapião* prevalecente, no que respeita ao *continuum* da posse. Como tal, devemos abordar, ainda que brevemente, a *acessão* na posse, no intuito de compreender se ocorreu uma *junção* de posses e, em caso afirmativo, qual o âmbito admissível de tal *junção*, de acordo com o preceituado no artigo 1256.º CC. Como sabemos, este preceito determina que aquele que houver sucedido na posse de outrem, por título diverso da sucessão por morte, pode juntar a sua posse à do antecessor. Todavia, se aceitamos que o instituto da *acessão* é vocacionado a facilitar a *usucapião*, também é verdade que a correspondente *junção* de posses deve ocorrer nos estritos termos daquele preceito. Ademais, analisando o seu conteúdo, *v.g.* a locução *menor âmbito*, do n.º 2 *in fine*, entendemos que ela não exige um vínculo jurídico válido entre o possuidor actual e o seu imediato antecessor, tal como pretende alguma doutrina<sup>20</sup>. Não só porque as estimulantes opiniões de Manuel de Andrade e de Dias Marques surgiram na vigência do Código de Seabra, que não dispunha de preceito equivalente<sup>21</sup>, como a *acessão* na posse é, afinal, uma simples decorrência da própria transmissão possessória<sup>22</sup>, não fazendo sentido suscitar maiores entraves à *acessão*, do que aqueles que decorrem do artigo 1255.º CC, a propósito da sucessão na posse.

Reconhecendo a *acessão* possessória, nos estritos termos indicados, sustentamos que a prevalência da *usucapião*, em face do registo, não ficará limitada, em virtude da ocorrência de uma potestativa *acessão* na posse. Não partilhamos, por isso, da ideia de que a *acessão* na posse não protegeria um terceiro, porque aquele que não registar conseguiria neutralizar o registo, por meio da invocação da *acessão*, juntando a sua posse à do transmitente e dos seus antecessores<sup>23</sup>. Sobretudo, porque tal raciocínio resulta de um entendimento muito lato do instituto. Com efeito, a *acessão* não abrange uma *junção*, sucessiva e indefinida de posses, de diversos antecessores, mas apenas uma única soma, de duas posses, a do actual possuidor e a do anterior, ou antecessor, conforme resulta da exegese simples do artigo 1256.º CC.

<sup>19</sup> Afirmando esta opinião, MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.ª ed., Coimbra, 2017, p. 210. Em sentido contrário, desvalorizando a *usucapio contra tabulas*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*...op. cit., p. 384.

<sup>20</sup> Cf. DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, Coimbra, 2002, pp. 246 e segs.

<sup>21</sup> A propósito, ABÍLIO VASSALO ABREU, “Uma Relectio...” in op. cit., pp. 167 e segs

<sup>22</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *A Posse*...op. cit., p. 134.

<sup>23</sup> Assim, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo: A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, Coimbra, 2010, p. 233.

## 6. A Subversão das Relações entre as Modalidades Aquisitivas

Embora haja diversas posturas relativas ao elenco das modalidades aquisitivas, bem como sobre a prevalência de algumas, é igualmente certo existir um entendimento maioritário e consolidado quanto às regras de resolução de conflitos antes enunciadas. À exceção da doutrina que manifesta inusitada discordância quanto à prevalência de modalidades aquisitivas, bem como à valia intrínseca de algumas delas. Ora, porque pretende ignorar o direito positivo, ora porque noutras passagens, procura justificar interpretações confessadamente ab-rogantes. Por isso, entendermos adequado apodá-la de teoria revolucionária.

Mouteira Guerreiro é um dos paladinos desta teoria. Porque, ao tentar sobrevalorizar a aquisição registal, em detrimento da usucapião ou da posse, usa de argumentos que procuram afastar ou silenciar o direito positivo. Em conformidade, para Mouteira Guerreiro, a informação registal teria ganho importância, em detrimento das relações emergentes da posse<sup>24</sup>, pelo que a informação registal prevaleceria perante uma qualquer demonstração possessória de sentido contrário<sup>25</sup>. Num outro estudo, não só refere que o efeito aquisitivo da posse se encontra desajustado da realidade contemporânea, como defende que a usucapião só pode ser invocada quando não existir registo a favor de outrem<sup>26</sup>. Acrescentando, no sentido de enfatizar a importância do registo, que o nosso sistema é caracterizado por assumir um efeito predominantemente constitutivo ou, quanto muito, semi-constitutivo<sup>27</sup>.

Ante tais afirmações, Vassalo e Abreu vem recordar que o nosso sistema registal possui natureza declarativa, associado ao sistema do título, fundado nos princípios da causalidade e da consensualidade, em matéria aquisitiva e atributiva de Direitos Reais<sup>28</sup>. Considerando iconoclasta a postura de Mouteira Guerreiro, denuncia o intuito, forçado e apriorístico, de proclamar a primazia, na ordem jurídica portuguesa, do registo predial sobre a usucapião<sup>29</sup>. Vassalo e Abreu acrescenta ainda que o entendimento de Mouteira Guerreiro carece de base legal, representando, em nome de uma suposta modernidade, uma sub-

<sup>24</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “Posse ou Registo?” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54, 1994, pp. 708-9.

<sup>25</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “Posse...” in op. cit., pp. 709 e segs.

<sup>26</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “Publicidade dos Direitos Reais: Posse, Registo e Prova dos Direitos” in *Scientia Juridica*, Tomo LVI, 2007, pp. 311 e segs.

<sup>27</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “Publicidade...” in op. cit., pp. 320 e segs.

<sup>28</sup> ABÍLIO VASSALO E ABREU, “A Relação de Coexistência entre a Usucapião e o Registo Predial no Sistema Jurídico Português” in *Estudos em Homenagem ao Professor Henrique de Mesquita*, Volume I, Coimbra, 2009, pp.40-1.

<sup>29</sup> Cf. ABÍLIO VASSALO E ABREU, “A Relação de Coexistência...” in op. cit, pp. 36 e segs.

versão da ordem jurídica imobiliária<sup>30</sup>. Aliás, no sentido de concretizar a falta de fundamento daquelas ideias, bem como a singularidade das mesmas, Vassalo e Abreu recorda que o artigo 1287.º CC é a norma geral e o artigo 1293.º a norma excepcional e não o inverso, como pretende Moureira Guerreiro<sup>31</sup>. Daí, a usucapião coexistir com o registo, não sendo por ele afastada e prevalecendo até, em determinados casos<sup>32</sup>.

Defronte destas críticas, Moureira Guerreiro alega, na tese de doutoramento, que os seus anteriores escritos não suscitaram debate<sup>33</sup>. Contudo, um qualquer debate não tem que ser concordante. Aliás, as dúvidas e reparos de Vassalo e Abreu tinham, naturalmente, o propósito salutar de o enriquecer. Também assumiu tal propósito a arguição de nossa responsabilidade<sup>34</sup>. Ademais, naquela altura, indagámos da razão de ser da autêntica cruzada contra a posse e a usucapião, empreendida pelo candidato. Recordando as sábias considerações de Orlando de Carvalho, quando sustentou que o instituto da usucapião acaba com a indesejada discrepância entre o Direito Real e o poder de facto.

Todavia, Moureira Guerreiro sequer aproveita a versão impressa da sua monografia para responder aos reparos, formulados por ocasião das provas públicas, sejam eles de nossa autoria ou retirados do argumentário de Vassalo e Abreu. Prefere antes, em estilo de monólogo, mudar de azimute. Ou seja, se anteriormente seria a posse a estar desajustada em face do registo, uma vez impressa a dissertação, destaca a sociedade de informação, enquanto elemento comprovante de uma falta de adaptação dos Códigos Civis e da própria jurisprudência<sup>35</sup>. Algo que se afigura, no mínimo, estranho. Aliás, o tópico da sociedade de informação acaba por ser retomado, num estudo posterior, onde anuncia a emergência de uma nova era, acusando a matéria atinente aos direitos sobre as coisas de não acompanhar as alterações entretanto promovidas<sup>36</sup>. Mas a deriva revolucionária de Moureira Guerreiro parece não ter limites. Não só afirma que

<sup>30</sup> Cf. ABÍLIO VASSALO E ABREU, “A Relação de Coexistência...” in op. cit, pp. 41 e segs.

<sup>31</sup> Cf. ABÍLIO VASSALO E ABREU, “A Relação de Coexistência...” in op. cit, pp. 65 e segs.

<sup>32</sup> Cf. ABÍLIO VASSALO E ABREU, “A Relação de Coexistência...” in op. cit, pp. 82 e segs.

<sup>33</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à Luz do Direito Português*, Coimbra, 2014, p. 508.

<sup>34</sup> Assumimos a qualidade de arguente, nas provas públicas de doutoramento de Moureira Guerreiro, realizadas na Universidade Portucalense – Infante D. Henrique, no Porto, no dia 27 de Maio de 2013, integrando um júri presidido pelo Professor Guilherme de Oliveira, do qual ainda faziam parte os Professores António Pinto Monteiro, Maria Manuela Magalhães e Silva, Nicolás Nogueiró Peiró, Mónica Martínez Leite de Campos e Francisco Liberal Fernandes.

<sup>35</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, *Ensaio sobre a Problemática...* op. cit., pp. 512-3

<sup>36</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “A Sociedade da Informação e a Valia do Registo Predial” in *O Direito*, n.º 147, II, 2015, pp. 489 e segs.

o registo predial está muito diferente, como anuncia, sem explicar porquê, que o registo constitutivo da hipoteca não assume natureza excepcional<sup>37</sup>. Também adianta, sem reboço, que o princípio da consensualidade, previsto no n.º 1 do artigo 408.º necessita de uma interpretação correctiva, propondo, inclusive, a interpretação ab-rogante do artigo 1268.º CC<sup>38</sup>. Após estas tonitruantes e indemonstradas afirmações, reiterando encómios tanto à sociedade de informação, como à publicitação da situação jurídica dos bens, defende a aproximação do sistema registal português, do sistema registal espanhol, em nome de um alegado reforço da segurança do comércio jurídico imobiliário e da fiabilidade dos novos tempos<sup>39</sup>.

Perante tais singulares alegações, tentaremos demonstrar a falta de solidez deste argumentário, no estrito propósito de contribuir para o diálogo científico sobre assuntos que reputamos de enorme importância. Assim, em primeiro lugar, gostaríamos de recordar que o CRP não é recente, dado ter sido aprovado pelo Decreto-Lei n.º 305/83 de 29 de Junho e rectificado pelo Decreto-Lei n.º 224/84 de 6 de Julho. Ora, se com o decurso do tempo, foi sofrendo alterações pontuais, isso não significa que os princípios gerais tenham sido mudados ou alterados os preceitos legais mais relevantes. Todavia, se a obrigatoriedade do registo representa uma reforma significativa, não é menos verdade que o regime adoptado suscita sérias dúvidas, mesmo após a alteração de 2013. Isso motiva, aliás, severas críticas por parte de Nuno Santos quando recusa admitir uma verdadeira obrigatoriedade em registar<sup>40</sup>. Como tal, não conseguimos vislumbrar a razão de ser do peregrino entusiasmo de Mouteira Guerreiro, nem as aludidas diferenças que encontra no registo predial da actualidade<sup>41</sup>.

Estranhámos ainda a sua resistência militante diante do n.º 1 do artigo 408.º CC, bem como a necessidade de insistir numa leitura correctiva daquele preceito. Lembremos que o artigo comina que a transferência de Direitos Reais sobre coisa determinada ocorre por mero efeito do contrato, salvas as excepções previstas na lei. Ou seja, o acordo das partes a determinar a transmissão do direito de propriedade, representa o fundamento do consensualismo, estribado

<sup>37</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “A Sociedade...” in op. cit., pp. 495 e segs.

<sup>38</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “A Sociedade...” in op. cit., pp. 499 e segs.

<sup>39</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “A Sociedade...” in op. cit., pp. 507 e segs.

<sup>40</sup> Depois da reforma de 2013, do CRP, Nuno Santos entende não poder erguer-se a obrigatoriedade de registo a princípio do registo predial. Sobretudo, porque não existe uma correspondência entre o obrigado ao registo e o interessado no registo e porque a sanção só opera se houver cumprimento tardio, mas nunca se permanecer numa situação de incumprimento. Cf. “A Promoção do Registo no Prazo Geral Previsto no Artigo 8.º C do CR Predial Como Facto Impeditivo À Aquisição Tabular de Terceiro” in *O Direito*, n.º II, 2015, p. 423.

<sup>41</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “A Sociedade...” in op. cit., p. 495.

no primado da vontade humana e na necessidade de agilizar a circulação de direitos<sup>42</sup>. Importa, assim, esclarecer que este regime, fundado no consensualismo, oposto ao sistema da tradição, privilegia a vontade das partes e apenas, de modo subsidiário, os interesses de terceiros<sup>43</sup>. Contudo, aquele princípio convive com exceções que convém não olvidar. Desde logo, as previstas no n.º 2 do artigo 408.º. Designadamente a transferência do direito sobre coisa futura ou indeterminada que ocorre quando a coisa for adquirida pelo alienante ou determinada após o conhecimento de ambas as partes. Bem como a transferência de frutos naturais ou de partes componentes, cuja transmissão se verifica apenas no momento da colheita ou da separação. Também a exceção relativa à reserva de propriedade procura fixar, nos termos do artigo 409.º CC, a transferência da titularidade, no momento do cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até da verificação de um determinado evento. Ou ainda as exceções que decorrem da estrita aplicabilidade do efeito atributivo por parte do terceiro que regista, de acordo com o preceituado nos artigos 291.º CC, 17.º n.º 2 e 122.º CRP. Em síntese, devido ao efeito atributivo, consagrado nestes preceitos, o efeito translativo não opera, por mero efeito do contrato, mas antes no momento em que um terceiro preenche os requisitos cumulativos dos correspondentes preceitos legais<sup>44</sup>. Como tal, não vemos necessidade de promover uma leitura correctiva do n.º 1 do artigo 408.º, porque ele não elimina os preceitos relativos ao efeito atributivo. Ademais, cumpre reconhecer que tais preceitos estão espartilhados pela natureza excepcional que aqueles limites representam perante o conformador princípio da consensualidade.

Por fim, julgamos fantasiosa a defesa de uma interpretação ab-rogante do artigo 1268.º. Ainda por cima é uma presunção *juris tantum*. Presunção essa que permite, nas palavras de Carvalho Fernandes, deixar em aberto a possibilidade de demonstrar a falta de titularidade do direito possuído<sup>45</sup>. Também admite a prevalência fundada no registo de um direito anterior ao início da posse. Prevalência que nem sempre milita a favor da tutela possessória, mas será antes determinada pela maior antiguidade do início da posse ou, ao invés, pela data da inscrição registal. Será erróneo pretender, em suma, que o n.º 1 do artigo 1268.º impõe, sempre e em qualquer caso, a prevalência de posse. Será ainda incorrecto sustentar que aquele preceito funda a prevalência da usucapião, em detrimento

<sup>42</sup> Neste sentido, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidade...* op. cit., p. 173.

<sup>43</sup> Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidade...* op. cit., p. 178.

<sup>44</sup> Assinalámos o efeito atributivo do registo enquanto exceção ao princípio da consensualidade no nosso estudo “O Artigo 5.º do Código de Registo Predial e a Compra e Venda Imobiliária” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Vol. III, Coimbra, 2013, p. 422.

<sup>45</sup> Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Lisboa, 2009, p. 95.

do registo<sup>46</sup>. Aliás, se o preceito não consagra, como procurámos demonstrar, uma absoluta prevalência da posse sobre o registo, também nada refere acerca da usucapião. Ora, sabendo que Mouteira Guerreiro procura combater a prescrição aquisitiva, parece ter cometido, neste caso, um lamentável equívoco. Tanto assim é que, em trabalhos anteriores, animado do mesmo propósito, dirige a sua animosidade, não contra o artigo 1268.º, mas contra o artigo 1293.º CC<sup>47</sup>. Algo que, embora mereça a nossa discordância, parece mais lógico, de modo a poder alcançar os propósitos almejados por aquele revolucionário doutrinador.

## 7. Propostas Expansionistas da Aquisição Registral

Além da tentativa de subversão das modalidades aquisitivas, em prol da supremacia da aquisição registral, existem outras formulações doutrinárias que, em ultima *ratio*, representam um desiderato convergente. Não exactamente a defesa da supremacia da aquisição registral. Antes procuram atribuir amplitude à aquisição registral, defendendo a restrição de outras modalidades aquisitivas, de modo a subverter o regime regra, em prol de outro que assume cariz excepcional. Ora, ao procurar ampliar a aquisição registral, pretende alterar o equilíbrio relativo entre os diversos modos aquisitivos e, até, em última *ratio*, abalar o estruturante princípio do comércio jurídico de coisas corpóreas.

Contudo, se o desconforto perante o princípio da consensualidade foi enunciado, de modo desassombrado, por alguns, isso representou um *leit motiv* para promover diversas outras considerações expansionistas. A esse propósito, Ferreira de Almeida escreve que a defesa do princípio da consensualidade não terá tido em conta a totalidade do direito aplicável, consagrado no CC<sup>48</sup>. Lembrando que as regras previstas no n.º2 do artigo 408.º, no artigo 409.º e outros preceitos legais não eram verdadeiras exceções ao n.º 1 do artigo 408.º<sup>49</sup>. De outro modo, Clara Sottomayor recusa não apenas o carácter imperativo do princípio da consensualidade, como reconhece ter havido uma inversão entre a regra e a exceção, atribuindo, assim, um lugar residual à transmissão por mero

<sup>46</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, *Ensaio sobre a Problemática...* op. cit., pp. 518 e segs; Mouteira Guerreiro, “A Sociedade...” in op. cit., pp. 524 e segs.

<sup>47</sup> Cf. J. MOUTEIRA GUERREIRO, “Publicidade...” in op. cit., pp. 314 e segs.

<sup>48</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Transmissão Contratual da Propriedade: Entre o Mito da Consensualidade e a Realidade de Múltiplos Regimes” in *Themis*, n.º 11, 2005, p. 7.

<sup>49</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Transmissão...” in op. cit., pp. 7 e segs.

efeito do contrato<sup>50</sup>. Apesar disso, reconhece que o princípio da consensualidade continua a ser o pano de fundo, da doutrina civilista e registal<sup>51</sup>.

Por seu turno, Mónica Jardim, embora admita a consensualidade e até as correlativas excepções, defende postulados expansionistas. Com efeito, procura abalar a consistência daquele princípio, ao defender que a venda sob reserva de propriedade, ou sob obrigação de registo, não seriam verdadeiros regimes excepcionais, mas antes regimes jurídicos autónomos<sup>52</sup>. Por isso, em virtude de o registo atributivo não assumir natureza excepcional, prefigura a aquisição registal com enorme amplitude. Reconhecendo que o registo atributivo encerra uma aquisição *sui generis*, que ocorre por força da lei<sup>53</sup>, procura justificar a amplitude do artigo 5.º CRP. Ora, a propósito do artigo 5.º, ao qual reconhece efeito atributivo, Mónica Jardim prescinde dos requisitos da onerosidade e da boa fé do terceiro adquirente. Assim, quanto ao primeiro requisito, recusa negar a tutela registal aos adquirentes a título gratuito, apesar de reconhecer que o registo se destina a promover a segurança do comércio jurídico imobiliário<sup>54</sup>. No que respeita ao segundo, considera irrelevante que o adquirente esteja de boa fé, advogando que a sua protecção resulta da directa aplicação do artigo 5.º CRP<sup>55</sup>.

Efectivamente, este argumentário representa uma significativa deriva expansionista da aquisição registal que, como bem sabemos, assume natureza excepcional. Deste modo, ao admitir a aquisição registal, mediante efeito atributivo, devemos reconhecer que tal efeito surge vinculado a exigentes requisitos cumulativos que justificam a aquisição por parte de terceiro. Tanto mais que a mera inscrição registal não produz, por si só, a aquisição do direito<sup>56</sup>. Além disso, como sublinha Oliveira Ascensão, a tendência dominante, da nossa ordem jurídica, é a da prevalência da titularidade substantiva sobre os interesses do tráfico<sup>57</sup>. Daí que uma qualquer inversão daquela tendência deva ser estribada em rigorosos critérios legais. Ademais, a exigência da onerosidade e da boa fé faz pleno sentido. Por um lado, a onerosidade justifica a protecção, ao invés de uma aquisição a título gratuito, onde o adquirente não realiza um qualquer esforço

<sup>50</sup> Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez...* op. cit., pp. 183-4.

<sup>51</sup> Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez...* op. cit., p. 185.

<sup>52</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, “A Actual Problemática a Propósito do Princípio da Consensualidade” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XC, 2014, pp. 186 e segs.

<sup>53</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registo Predial: Terceiros para Efeitos do Registo*, Coimbra, 2013, pp. 538 e segs.

<sup>54</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, *Efeitos...* op. cit., pp. 549-50.

<sup>55</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, p. 555.

<sup>56</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais...* op. cit., p. 370.

<sup>57</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais...* op. cit., pp. 369-70.

económico que deva ser preservado<sup>58</sup>. Por outro, só a boa fé, enquanto desconhecimento sem culpa, legitima a protecção do terceiro adquirente, pois que o próprio fundamento do instituto reside na fé pública do registo<sup>59</sup>.

Estes requisitos estão consagrados, de modo expresso, nos artigos 291.º CC, 17.º n.º 2 e 122.º CRP. Porém, o artigo 5.º nada refere de similar. Só isso permite duvidar daquela proposta interpretativa. Estamos, aliás, muitíssimo à vontade, dado sustentarmos que o artigo 5.º não consagra qualquer efeito atributivo. Antes representa um mito, uma simples ficção<sup>60</sup>. Contudo, apesar de ser aquela a nossa opinião, admitimos coerência em formulações que importam os requisitos fundadores do efeito atributivo para o artigo 5.º, recordando que a quebra da jurisdição substantiva é de natureza excepcional<sup>61</sup>. Ou naquelas que invocam a integração sistemática e a teleologia, de modo a fundar o cabimento de o terceiro, a proteger pelo artigo 5.º, estar de boa fé e de o facto aquisitivo ser oneroso<sup>62</sup>. Ao invés, ficamos estarecidos se os requisitos fundadores do efeito atributivo, de natureza excepcional, são dispensados, a propósito da hermenêutica do artigo 5.º. Sobretudo, quando o motivo justificativo de tal dispensa é silenciado ou sequer avulta minimamente demonstrado.

Como base de trabalho, até concedemos que a tentativa de afastar a onerosidade do artigo 5.º é menos grave do que a dispensa da boa fé. Pois que, quanto à onerosidade, alguns dos que reconhecem o registo aquisitivo, no artigo 5.º, defendem que as aquisições a título gratuito não prejudicam o terceiro que, de boa fé, registre a sua aquisição antes do registo do verdadeiro titular<sup>63</sup>. Aliás, o adquirente a título gratuito sequer é discriminado pela lei, pelo que não deve ser discriminado pelo intérprete<sup>64</sup>. Deste modo, Hörster até insiste na falta de fundamento legal para impor a restrição da onerosidade, considerando a respectiva insistência um verdadeiro contrassenso<sup>65</sup>. Também Paulo Henriques alude ao silêncio do legislador quanto a este requisito, acrescentando que a eventual

<sup>58</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Vol. I, Lisboa, 1979, p. 382.

<sup>59</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*...op. cit., pp. 375–6.

<sup>60</sup> Vide o nosso *Relatório*...op. cit., pp. 291 e segs.

<sup>61</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Desconformidade do Registo Predial com a Realidade e o Efeito Atributivo” in *Centenário do Nascimento do Professor Paulo Cunha*, Coimbra, 2012, p. 622.

<sup>62</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*...op. cit., p. 297.

<sup>63</sup> Cf. CARVALHO FERNANDES, *Direitos Reais*...op. cit., pp. 140–1.

<sup>64</sup> Cf. COUTO GONÇALVES, “A aplicação do Artigo 291.º, n.º 2 do Código Civil a terceiro para Efeitos de Registo”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 9, 2005, p. 50.

<sup>65</sup> Cf. HEINRICH HÖRSTER, “Efeitos do Registo, Terceiros, Aquisição A Non Domino” in *Revista de Direito da Economia*, Ano 8, 1982, 133.

consagração seria contrária às finalidades da estabilidade e segurança do comércio jurídico imobiliário<sup>66</sup>

Contudo, no que concerne à boa fé, aumenta o número daqueles que declaram a necessidade de a manter, entre os requisitos do artigo 5.º, destinados a promover o efeito atributivo. Porque, a somar àqueles que defendem, nem que seja por razões de índole sistemática, a subsistência dos principais requisitos consagrados nos outros preceitos legais que admitem o efeito atributivo, acrescem outros autores que, apesar de dispensarem a onerosidade, insistem na vigência da boa fé. Aliás, segundo refere Oliveira Ascensão, quando ocorre um conflito entre o titular verdadeiro e o titular aparente, a lei só pretende resolver o conflito em favor deste último, quando ele estiver de boa fé<sup>67</sup>. Também Menezes Cordeiro recorda que o registo destina-se a proteger a boa fé e não tortuosas formas de transacções imobiliárias<sup>68</sup>. Ou ainda José Alberto Vieira manifesta compreensão pelo facto de o terceiro de má fé nunca receber protecção da ordem jurídica registal, porque se o terceiro conhece ou devia conhecer o direito do verdadeiro titular, o registo predial não terá defraudado a sua confiança<sup>69</sup>. Por seu turno, Carvalho Fernandes, um dos que prescinde da onerosidade, afirma que a confiança do adquirente no registo definitivo só é mantida se o adquirente não for conhecedor da aquisição anterior, se estiver de boa fé<sup>70</sup>. Também Hörster sustenta que a finalidade do registo será a protecção do terceiro que confia na fé pública, pelo que tal finalidade não pode ser prosseguida se o adquirente estiver de má fé<sup>71</sup>. Acrescentando Hörster, num outro estudo, que a boa fé assume uma qualidade constitutiva do direito do terceiro adquirente<sup>72</sup>. Ademais, Clara Sotomayor, relativamente à protecção do terceiro registal, assegura a importância da boa fé, de modo a evitar conceder um prémio ao sujeito desonesto<sup>73</sup>. Ou Couto Gonçalves quando propugna que a protecção do terceiro só faz sentido se ele estiver de boa fé, porque o registo só deve proteger quem nele confiar<sup>74</sup>.

<sup>66</sup> Cf. PAULO HENRIQUES, “Terceiros para Efeitos do Artigo 5.º do Código do Registo Predial” in *Boletim da Faculdade de Direito: Volume Comemorativo*, Coimbra, 2003, p. 50.

<sup>67</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais...* op. cit., p. 377.

<sup>68</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais...* op. cit., Vol. I, pp. 381-2.

<sup>69</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais...* op. cit., p. 297.

<sup>70</sup> Cf. CARVALHO FERNANDES, *Direitos Reais...* op. cit., p. 142.

<sup>71</sup> Cf. HEINRICH HÖRSTER, “Efeitos...” op. cit., p. 134.

<sup>72</sup> Cf. HEINRICH HÖRSTER, “Ignorare Legis Est Lata Culpa: Breves Considerações a Respeito da Aplicação do artigo 291.º do Código Civil” in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Vol. II, Munique, 2007, p. 666.

<sup>73</sup> Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidade...* op. cit., p. 484.

<sup>74</sup> Cf. LUÍS COUTO GONÇALVES, “Terceiros para Efeitos de Registo e a Segurança Jurídica” in *Estudos em Homenagem ao Professor Henrique de Mesquita*, Vol. I, Coimbra, 2009, p. 935.

Mas, após esta enumeração, sem qualquer propósito de exaustividade, devemos reconhecer a existência de um leque estreito de posições contrárias a dispensar a boa fé, enquanto requisito fundador da aquisição registal. De um lado, Paulo Henriques, embora confirme a necessidade de sancionar operações tortuosas que se aproveitam do registo, defende, de modo algo contraditório, que a exigência da boa fé frustraria os fins da estabilidade e segurança do comércio jurídico imobiliário<sup>75</sup>. Tanto mais que a transacção mercantil se afasta do negócio civil, cabendo à segurança jurídica evitar o recurso a tribunal, no intuito de apurar se o adquirente estaria ou não de má fé<sup>76</sup>. De outro, Mónica Jardim, reconhecendo ainda que a imposição da boa fé implica um contencioso gerador de incerteza e de insegurança, admite que a possibilidade de o terceiro adquirir o direito, representa um estímulo quanto à celebração do registo por parte do primeiro adquirente<sup>77</sup>. Ademais, recusando a existência de uma lacuna no artigo 5.º, socorre-se dos acórdãos uniformizadores de jurisprudência e da subsequente intervenção legislativa, de modo a sublinhar que a boa fé terá sido equacionada mas que, afinal, acabou por não ser aí referida<sup>78</sup>. Acrescentando ainda que se o artigo 5.º tivesse uma redacção similar à dos outros preceitos atinentes ao efeito atributivo, ressaltando os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé, desde que tenha procedido aos respectivos registos, estaria a aplicar o n.º 1 do artigo 4.º CRP, a casos nele não previstos<sup>79</sup>.

Por nossa parte, se admitimos relativa coerência nos argumentos de índole sistemática, no sentido de importar, para o hipotético efeito atributivo do artigo 5.º, os requisitos dos artigos 17.º n.º 2, 122.º CRP e 291.º CC, em especial a onerosidade e a boa fé, consideramos contraditória e totalmente insensata a opinião inversa. Tanto mais que o efeito atributivo não pode significar uma aquisição automática, após o simples acto de registar. *A fortiori*, Paulo Henriques e Mónica Jardim não deixam de reconhecer os requisitos estruturantes dos outros preceitos legais que consagram o efeito atributivo. Por isso, será incoerente não os exigir a propósito do artigo 5.º. Além de nos parecer insensato e arriscado proteger um terceiro de má fé que regista.

Aliás, nem estamos a ver como a exigência da boa fé é susceptível de frustrar a segurança e a estabilidade do comércio jurídico. Sequer concordamos com o alegado entrave dirigido à necessidade de interposição de morosas acções cíveis.

<sup>75</sup> Cf. PAULO HENRIQUES, “Terceiros...” in op. cit. p. 59.

<sup>76</sup> Cf. PAULO HENRIQUES, “Terceiros...” in op. cit. pp. 60 e segs.

<sup>77</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, “O Artigo 5.º do Código de Registo Predial” in *Escritos de Direito Notarial e Direito Registral*, Coimbra, 2015, pp. 294-5.

<sup>78</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, “O Artigo 5.º...in op. cit., pp. 295-6.

<sup>79</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, “O Artigo 5.º...in op. cit., pp. 296-7.

Recordemos que a boa fé não tem de ser apurada em tribunal. Com efeito, nem cumpre demonstrar a boa fé psicológica, bem mais difícil de provar, mas a boa fé ética, cuja aferição resulta de critérios objectivos, de modo a evitar sancionar operações tortuosas que se aproveitem do registo. Além de que o alheamento da boa fé seria particularmente perigoso, pois deixaria de sancionar comportamentos desviantes para, afinal, atribuir-lhes um imerecido prémio, em face da tortuosidade do comportamento do autor da inscrição registal. Quanto à alegada ameaça à segurança e à estabilidade do comércio jurídico, o desacordo ainda é mais fundo, pois que a segurança e a estabilidade do comércio jurídico dependem da boa fé. Portanto, nem conseguimos conceber como o afastamento da boa fé pode contribuir ou consolidar a segurança jurídica. Sobretudo quando assume especial relevo, no direito dos registos, a segurança jurídica registal<sup>80</sup>. Ora, esta segurança, ao apresentar um lado dinâmico, a defesa do comércio ou tráfico jurídico, e um lado estático, a segurança de direitos<sup>81</sup>, radica, necessariamente, na boa fé. Tanto mais que será por causa desta última vertente que emerge a fé pública registal e ainda o próprio princípio da publicidade<sup>82</sup>.

Subjacente a tudo isto estará, naturalmente, a conformidade do registo. Conformidade que não pode premiar o sujeito de má fé, mas apenas aquele que confia na inscrição, sem culpa. Alguém que acredita que o conteúdo do registo é exacto e correspondente à real situação dos prédios. Decorre, assim, da publicidade e da segurança jurídica registal uma tutela da aparência, no sentido de proteger terceiros que tenham confiado nas informações publicitadas. Parece evidente que os que confiam na aparência do registo e que, por isso, devem ser tutelados, serão aqueles que se encontrem de boa fé. Ao invés, se a boa fé inexistir, se o adquirente conhece a inexactidão ou a falsidade do registo, não parece possível proteger aquele sujeito. Seria, afinal, os princípios subjacentes à boa fé a proteger alguém de má fé. Na verdade, alguém que conhece a verdadeira situação do prédio, não pode aproveitar-se de um regime que não lhe é destinado. Aceitar a tutela do terceiro de má fé seria paradoxal, representando um grave contrassenso que acarretaria a total subversão dos princípios registais.

<sup>80</sup> Sobre este assunto, ISABEL PEREIRA MENDES, “A Publicidade Registral Imobiliária Como Factor de Segurança Jurídica” in *Estudos Sobre o Registo Predial*, Coimbra, 1999, pp 46 e segs.

<sup>81</sup> Cf. ISABEL PEREIRA MENDES, “A Protecção Registral Imobiliária e a Segurança Jurídica no Direito Patrimonial Privado” in *Estudos Sobre o Registo Predial*, Coimbra, 1999, p. 63.

<sup>82</sup> Segundo ANDRÉ DIAS PEREIRA, as duas vertentes do princípio da publicidade são a protecção do tráfico jurídico e a boa fé de terceiros. Cf. “A Característica da Inércia dos Direitos Reais: Brevíssima Reflexão sobre o Princípio da Publicidade” in *Estudos em Homenagem ao Professor Henrique de Mesquita*, Vol. II, Coimbra, 2009, pp. 466.

Os princípios da publicidade e da fé pública registal são direccionados para terceiros de boa fé, evitando premiar comportamentos tortuosos ou desviantes. Aliás, mesmo que se duvide, por contraste com o BGB, que os preceitos atinentes ao registo pretendem significar uma certeza da situação publicitada, não é menos verdade que aqueles preceitos atribuem responsabilidades<sup>83</sup>. Por isso, se compreende, muitíssimo bem, a protecção do terceiro. Porém, não de um qualquer terceiro. Apenas daquele que confiou no registo. Alguém que está de boa fé, no momento em que inscreveu o direito, de que se julgava titular, no registo competente. Aliás, se é isso que decorre, *expressis verbis*, dos artigos 291.º CC, 17.º n.º2 e 122.º CRP, porque deve ser diferente no artigo 5.º CRP? Tanto mais que o fundamento da protecção do terceiro não é o registo a favor do transmitente, nem sequer o registo do adquirente, mas o desconhecimento sem culpa. Por outras palavras, a boa fé ética.

Rejeitamos, em suma, as formulações doutrinárias que pretendem desvalorizar a protecção do terceiro de boa fé. Não só porque aquelas teorias rompem a unidade da aquisição registal por via do efeito atributivo, com correlativa dispensa dos respectivos requisitos estruturantes, vg. a onerosidade ou a boa fé, tornando desnecessária a tutela da confiança que subjaz à boa fé registal e à própria publicidade. Além disso, ainda emerge daquele raciocínio uma outra consequência perversa. Ao deixar de estar limitado aos requisitos cumulativos previstos nos outros preceitos, tal leitura do artigo 5.º CRP significaria uma perigosa e subversiva deriva expansionista da aquisição registal. Que teria por resultado uma intolerável ideia de que basta registar, seja qual for o comportamento do terceiro adquirente. Consequentemente, o terceiro adquire, não em virtude do funcionamento da tutela da confiança e do princípio da fé pública registal mas, única e simplesmente, porque conseguiu registar. Mesmo por meio de actividades tortuosas. Seria um prémio que a ordem jurídica atribuiria a um comportamento desviante. Ora, esta intolerável consequência revela bem o perigo subjacente às propostas expansionistas da aquisição registal que descon sideram o requisito da boa fé.

## 8. As Virtualidades e os Constrangimentos do artigo 5.º CRP

Se Hörster coloca dúvidas quanto à probabilidade de existir alguma norma que suscite maior insegurança quanto à sua interpretação e aplicação, do que o artigo 291.º CC<sup>84</sup>, nós indicamos uma claramente susceptível de ultrapassar

<sup>83</sup> Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez...* op. cit., p. 620.

<sup>84</sup> Cf. HEINRICH HÖRSTER, “Ignorare legis...” in op. cit., p. 655.

aquele preceito, em dificuldade e complexidade. É o caso do artigo 5.º CRP. Em nossa opinião, ultrapassa, largamente, o artigo 291.º CC, em dificuldade interpretativa e no que respeita à correlativa amplitude. Devemos recordar, aliás, que o artigo 5.º CRP já motivou dois acórdãos uniformizadores de jurisprudência<sup>85</sup> e até uma posterior e apressada intervenção legislativa<sup>86</sup>. Porém, nem assim o dissenso cessou. Antes terá até recrudescido com algum fulgor, como decorre da doutrina que se ocupa desta temática.

Se emergem daquele preceito, vários assuntos, devemos atentar, sobretudo, nos propósitos das orientações revolucionárias e expansionistas que procuram subverter o equilíbrio entre os modos aquisitivos dos Direitos Reais. Aliás, segundo as teorias que dispensam a boa fé e a onerosidade, bastaria a um terceiro registar. Em síntese, a “regra” passaria a ser a seguinte: quando regista, adquire a propriedade ou um outro Direito Real. Porém, este ideário justifica uma séria reflexão. Julgamos relevante, por isso, revisitarmos o artigo 5.º CRP, na parte relativa aos supostos efeitos registais, de modo a apurar as virtualidades e os respectivos constrangimentos. Como tal, no intuito de clarificar o que pretendemos dizer, abordaremos, em primeiro lugar, um dos efeitos que, consabidamente, é consagrado no artigo 5.º – o efeito consolidativo. Para, a seguir, ponderar sobre a possibilidade deste preceito comportar um outro efeito registal – o efeito atributivo.

Quando o n.º1 determina que os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo, isso quer dizer que o registo assume uma função consolidativa. Ou seja, realizado o registo, cessa a vulnerabilidade em face de eventuais actuações de terceiros<sup>87</sup>. Portanto, se antes do registo já existe eficácia, esta reforça-se, consolida-se com a inscrição no registo competente<sup>88</sup>. Todavia, a eficácia não se reforça, nem se consolida em abstracto, mas em relação a outrem. Concretamente em relação a um terceiro, que, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo é o sujeito que adquire de um autor comum, direitos incompatíveis entre si. Aliás, como sabemos, o legislador optou, na contenda que opunha, em sede doutrinária e jurisprudencial, a ideia ampla, à ideia restritiva de terceiro. Optou pela via restritiva. Numa acepção em que, como refere Carvalho Fernandes, o n.º 1 do artigo 5.º se aplicar a terceiros que não invoquem uma situação jurídica incompatível com a que emerge do facto

<sup>85</sup> Cf. Os acórdãos uniformizadores de jurisprudência n.º 15/97 de 20 de Maio, publicado em DR de 4 de Julho e n.º 3/99 de 18 de Maio, publicado em DR de 10 de Julho.

<sup>86</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 533/99 de 11 de Dezembro.

<sup>87</sup> A este propósito, *vide* o nosso “O artigo 5.º...” in *op. cit.*, p. 413.

<sup>88</sup> Cf. CARVALHO FERNANDES, “Terceiros para Efeitos de Registo Predial” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 57, 1997, p. 1307.

jurídico não registado<sup>89</sup>. Escolha que, a nosso ver, faz sentido, dado que a opinião contrária parece prefigurar a vetusta obrigação passiva universal.

Devemos sublinhar que o titular de um direito não registado poder opor, *a contrario*, mas também de acordo com o n.º 1 do artigo 4.º CRP, a sua aquisição à outra parte no negócio, bem como aos seus herdeiros. Se não houver registo e atenta a noção restritiva de terceiro, ainda pode haver oponibilidade contra quem seja titular de direitos sobre a coisa corpórea, não incompatíveis com os do adquirente<sup>90</sup>. Por isso, o registo não confere oponibilidade a um determinado Direito Real, pois que o direito, mesmo sem registo, goza de eficácia. O que pode suceder, em caso de ausência de inscrição registal, será diverso. Algo susceptível de resolver a situação jurídica do adquirente<sup>91</sup>, devido à superveniência de factos favoráveis a outrem, em virtude de uma inscrição registal. Daí que o efeito consolidativo pretenda acautelar consequências desfavoráveis para o primeiro adquirente, ao reforçar a imunidade do seu direito, e, assim, evitar a vulnerabilidade decorrente da inércia de não registar, confirmando, por via do registo, algo que lhe preexistia<sup>92</sup>. Em síntese, o registo não atribui, nem constitui direitos, mas consolida-os<sup>93</sup>.

Mas se o n.º 1 do artigo 5.º consagra o efeito consolidativo, não comporta o efeito atributivo. Isso é antes prescrito nos artigos 17.º e 122.º CRP e 291.º CC. O artigo 5.º funciona, somente, neste aspecto, em virtude da ausência do registo, de uma não consolidação, pelo decaimento que deriva de um direito adquirido, por efeito atributivo, nos termos dos outros preceitos legais. O n.º 1 do artigo 5.º representa um aviso e um remédio preventivo, o efeito consolidativo, de modo a evitar uma consequência mais nefasta, determinada pela actuação dos artigos 17.º n.º 2 e 122.º CRP, bem como do artigo 291.º CC. Ou seja, o registo consolidativo e o registo atributivo não coincidem, nem se confundem. Antes representam o verso e o reverso da mesma medalha<sup>94</sup>. Contudo, não será o artigo 5.º a fonte de efeito atributivo. Porque apenas contém o antídoto contra o efeito atributivo, em virtude da ocorrência do registo pelo primeiro adquirente. Desencadeando o efeito confirmativo ou consolidativo. Claro que se o adquirente não efectuar o registo, se o efeito consolidativo não

<sup>89</sup> Seria o que CARVALHO FERNANDES designa por estranhos ou terceiros-não interessados. Cf. *Lições...* op. cit., p. 136.

<sup>90</sup> Menezes Leitão menciona as hipóteses do locatário do imóvel, de esbulho ou mesmo de penhora efectuada pelos credores do alienante. MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, op. cit., pp. 269-70.

<sup>91</sup> Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais...* op. cit., p. 362.

<sup>92</sup> Vide o nosso “O Artigo 5.º...” in op. cit. P. 413.

<sup>93</sup> Vide o nosso Relatório... op. cit., p. 286.

<sup>94</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ utiliza, exactamente, essa expressão. Cf. *Direitos Reais...* op. cit, p. 178.

actuar, pode sobrevir o efeito atributivo. Porém, isso não ocorrerá por causa do artigo 5.º, antes em virtude da aplicabilidade de um dos outros preceitos, após a aplicabilidade dos seus requisitos cumulativos.

Aliás, quem pretende abrir o artigo 5.º ao efeito atributivo procura desvalorizar ou até afastar o efeito consolidativo do artigo 5.º. Porque, na verdade, será difícil compatibilizar os dois efeitos num único. Por isso, se compreende o intuito daqueles que tentam afastar o efeito consolidativo, para dar algum espaço ao efeito atributivo. É o caso de José Alberto Vieira quando escreve que o efeito consolidativo não surge, de modo expresso, em nenhum dos preceitos do CRP<sup>95</sup>. Obviamente que a sua ideia, manifestada a propósito do efeito consolidativo, tem subjacente o propósito de reservar o artigo 5.º para o efeito atributivo. Aliás, José Alberto Vieira assume a dificuldade de tal intenção, reconhecendo, *expressis verbis*, que o sentido literal imediato do preceito pode dar a entender que o direito real só teria oponibilidade contra terceiro se o facto aquisitivo tiver sido registado<sup>96</sup>. No entanto, decide contrariar a ideia que, ele próprio, admite ser mais imediata, de modo a defender, embora sem o demonstrar, que o artigo 5.º procura proteger o terceiro que confia na aparência de uma situação desconforme à realidade<sup>97</sup>.

Quanto às orientações que não afastam o efeito consolidativo mas o procuram desvalorizar, de modo a poder fazer sobressair o efeito atributivo, indicamos Mónica Jardim. Porque, quando sustenta que o artigo 5.º CRP consagra uma dimensão de inoponibilidade, dado que o sujeito de um facto que deveria ter acedido ao registo, sob pena de não consolidar a eficácia da mutação jurídico-real, não vendo a sua posição jurídica prevalecer<sup>98</sup>, está a referir-se ao efeito consolidativo. Mas, logo a seguir, com outro ênfase, reconhece que o artigo 5.º consagra um efeito atributivo a favor de um terceiro que registar<sup>99</sup>. Ou seja, segundo Mónica Jardim, o artigo 5.º consagra ambos os efeitos. Todavia, se não exclui o efeito consolidativo, atribui outro realce ao efeito atributivo. Aliás, a opinião de Mónica Jardim, no que respeita à sobreposição, no artigo 5.º, dos efeitos consolidativo e atributivo, nem é original. Na verdade, outros autores que atribuíram importância acrescida ao efeito consolidativo, a propósito do artigo 5.º, também incluíram aí, ainda assim, o efeito atributivo. Foi o caso

<sup>95</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais...* op. cit., p. 259.

<sup>96</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais...* op. cit., p. 292.

<sup>97</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais...* op. cit., p. 292.

<sup>98</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, *Efeitos...* op. cit., p. 501.

<sup>99</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, *Efeitos...* op. cit., pp. 541 e segs..

do próprio Oliveira Ascensão<sup>100</sup>, bem como Carvalho Fernandes<sup>101</sup> ou ainda Menezes Leitão<sup>102</sup>. Embora estes autores tivessem usado de maior coerência, ao trazerem para o artigo 5.º os requisitos do registo atributivo próprios dos outros preceitos legais. Ao contrário de Mónica Jardim que dispensa tais requisitos e também desvaloriza o efeito consolidativo, em consonância com a postura expansionista antes detectada.

Por nossa parte, nem o afastamento do efeito consolidativo, nem a sobreposição do efeito atributivo, nos convencem, a propósito da interpretação do n.º 1 do artigo 5.º. Se o preceito não comporta a coexistência do efeito consolidativo e atributivo, a letra e o espírito do preceito revelam que o artigo trata apenas do efeito consolidativo. Reservando o efeito atributivo para os artigos 17.º n.º 2, 122.º CRP e 291.º CC. Aliás, tal hipótese foi intuída por José Alberto Vieira. Apesar de, num segundo momento, afastar o efeito adequado, o efeito consolidativo, optando pela solução que se nos afigura errada. Na verdade, devemos sublinhar a ideia antes enunciada, o efeito atributivo do artigo 5.º é uma mera ficção<sup>103</sup>. Pois que a letra e o espírito deste preceito afastam qualquer veleidade de aí pode incluir o efeito atributivo. A somar ao confronto do teor dos artigos 17.º n.º 2, 122.º CRP e 291.º CC. Com efeito, se até reconhecemos que o direito registal tem aberto aos tribunais um espaço amplo de intervenção<sup>104</sup>, isso não significa que aceitemos uma interpretação criativa da lei, com base num qualquer despotismo, de índole judiciária ou doutrinária<sup>105</sup>.

Consideramos que uma das virtualidades do artigo 5.º é a consagração no seu n.º 1, do efeito consolidativo, comprovando que o respectivo teor não comporta o efeito atributivo, consagrado noutros preceitos legais que, com ele funcionam em espelho ou como reverso da mesma moeda. A somar a uma outra virtualidade, antes referida, a de esclarecer, no n.º 2, que a usucapião prevalece sobre o registo. Aliás, as virtualidades deste preceito nem se ficam por aqui. Efectivamente, apesar das críticas, entendemos acertada a intervenção do legislador, quando inseriu, no n.º 4, a noção restritiva de terceiro. Pois esta noção é destinada a limitar o âmbito do n.º 1, a propósito do registo consolidativo. Não a delimitar qualquer o efeito atributivo, como pretende um sector da doutrina e da jurisprudência.

<sup>100</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais...* op. cit., pp. 362 e segs.

<sup>101</sup> Cf. CARVALHO FERNANDES, *Lições...* op. cit., p. 136.

<sup>102</sup> Cf. Menezes Leitão, *Direitos Reais...* op. cit., pp. 253-4.

<sup>103</sup> Vide o nosso *Relatório...* op. cit., p. 291.

<sup>104</sup> Neste sentido, CLARA SOTTOMAYOR, “O Papel da Jurisprudência nos Efeitos do Registo Predial” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, 2012, p. 371.

<sup>105</sup> Expressão utilizada por CLARA SOTTOMAYOR, “O Papel...” in op. cit., pp. 370-1.

No que concerne aos constrangimentos, devemos reconhecer que a restritividade da noção de terceiro dificulta a protecção de um terceiro que regista para aqueles que aí pretendem inserir o efeito atributivo. Por isso, admitimos, não uma leitura, sem apoio na letra ou no espírito do preceito, mas antes a sua revisão, por iniciativa do legislador<sup>106</sup>. No entanto, importa retomar, ainda que brevemente, os postulados da problemática que justifica a reforma legislativa. Por isso, devemos recordar, que a reforma do Código de Processo Civil (CPC) relacionou a penhora com o registo, permitindo questionar o efeito do registo da penhora, em face de uma posterior venda do bem. Como tal, se a questão já era colocada, a partir daí, a doutrina e jurisprudência discutem com mais fulgor, a *vexata questio*, de saber se o credor exequente, com registo posterior à transmissão, mas anterior ao registo da transmissão, é ou não terceiro. Para, em conformidade, tratar da aplicabilidade do artigo 5.º CRP. Ora, porque chegam à conclusão de que terceiro, para efeito de registo, será apenas o adquirente de boa fé, de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa, se o exequente penhorar um bem inscrito no registo como pertencente ao devedor, tendo esse bem sido transmitido a um terceiro, em data anterior ao registo da penhora, o terceiro pode interpor embargos contra a penhora, dado que o exequente sequer é terceiro para efeitos do registo<sup>107</sup>. Pelo que, se um terceiro deduzir embargos contra a penhora de bens efectuada pelo exequente, este ficará desprotegido perante a actual estreiteza da noção de terceiro, consagrada no n.º 4 do artigo 5.º CRP<sup>108</sup>.

Atingimos, portanto, uma solução convergente, embora com pressupostos radicalmente distintos. Ou seja, se, por nossa parte, defendemos que o artigo 5.º CRP é imprestável para configurar o registo atributivo, aqueles que pretendem atribuir tal efeito ao artigo 5.º CRP, afinal também lá não conseguem inserir a protecção do exequente que regista. Porque, como reconhecem, em face da restritividade prescrita no n.º 4, ele não pode ser considerado terceiro. Deste modo, o óbice relevante que permite hesitar na desconsideração do artigo 5.º, enquanto causa de efeito atributivo, foi afastado pela sagaz intervenção do legislador.

Ademais, bem sabendo da tentativa de solucionar a questão da protecção do sujeito exequente, no plano registal, em face da impossibilidade de êxito, por causa da noção restritiva de terceiro, julgamos ser mais adequado retornar ao CC. Aí volvidos, reflectir acerca da possibilidade de reformar um ou vários

<sup>106</sup> Vide o nosso “O Artigo 5.º...” in op. cit., pp.432 e segs.

<sup>107</sup> Cf. MÓNICA JARDIM, *Efeitos...* op. cit., pp. 623 e segs.

<sup>108</sup> Cf. MARCO GONÇALVES, “Embargos de Terceiro e Terceiro Para Efeitos de Registo” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, 2012, p. 357.

preceitos do Código, cujo centenário comemoramos. Tanto mais que a alteração do artigo 819.º CC, quando introduziu o termo “inoponíveis”, em vez da locução “ineficazes”, não ajudou a dotar o registo de uma eficácia indestrutível, no sentido de afastar os registos posteriores de factos correspondentes a direitos incompatíveis com as pretensões do exequente. Destarte, se aquele preceito regula os actos relativamente a bens penhorados, no momento da disposição ou oneração, nada esclarece quanto aos que foram praticados antes de o bem ter sido penhorado. Por isso, faz pleno sentido o entendimento segundo o qual não há como recusar eficácia a actos anteriores ao decretamento e registo da penhora.

Em suma, devemos ponderar no sentido de solucionar os problemas resultantes da acção executiva e do subsequente registo da penhora. A esse propósito, diremos que o assunto não se ultrapassa por meio de forçadas e imprestáveis operações interpretativas. Nem sequer por via jurisprudencial. Se até reconhecemos que o direito registal atribui aos tribunais um papel interventivo, devido à ambiguidade do legislador<sup>109</sup>, consideramos que a total clarificação deve ocorrer por via legislativa, pois que os tribunais não devem criar direito. Aliás, muito fizeram nesta sede, ainda que nem sempre com exultantes resultados. Deste modo, quanto à intervenção do legislador, se considerámos, em momento anterior, que o assunto podia ser resolvido através de uma alteração do artigo 5.º CRP<sup>110</sup>, julgamos afinal fazer mais sentido alterar, não aquele preceito do CRP, destinado ao efeito consolidativo, mas antes o n.º 2 do artigo 824.º CC. Porque é aí que o legislador determina os efeitos da venda executiva. Será aí que deve esclarecer os direitos, emergentes da penhora, que cumpre acautelar. Aliás, a questão nem é nova. Lembremos que até se reconheceu a descoordenação das regras registais com o n.º 2 do artigo 824.º CC<sup>111</sup>. Por isso, em nossa opinião, chegou o momento de introduzir uma alteração consequente, naquele preceito do CC, em vez de promover forçadas, subversivas e estéreis interpretações do artigo 5.º CRP.

## 9. Conclusões

No estudo do artigo 1316.º CC, constatámos que a enumeração dos modos aquisitivos não é taxativa. A classificação não se resume a uma dicotomia, entre

<sup>109</sup> Neste sentido, CLARA SOTTOMAYOR, “O Papel da Jurisprudência...” in op. cit., pp. 371-2.

<sup>110</sup> Vide o nosso “O Artigo 5.º ...” in op. cit., pp. 432 e segs.

<sup>111</sup> Cf. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Penhora de Imóveis e Registo Predial na Reforma da Acção Executiva” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 4, 2003, p. 29.

a aquisição originária e a aquisição derivada. Antes supõe uma tripartição, aonde avulta o *tertium genus* aquisitivo. Com efeito, enquanto a aquisição originária inclui a ocupação, o achamento, a acessão, a especificação, os frutos e produtos, a aquisição derivada compreende a transmissão *inter vivos*, a transmissão *mortis causa* e venda forçada. Por seu turno, o *tertium genus* aquisitivo compreende a posse, a usucapião e o registo atributivo. Relativamente ao *tertium genus* aquisitivo, os conflitos entre posse e registo são resolvidos pela anterioridade do respectivo registo, com excepção de uma igual antiguidade, onde prevalece a presunção possessória. Por seu turno, a usucapião prevalece sobre uma posse incompatível com ela e até sobre o registo a favor de outrem. Aceitamos ainda a acessão na posse, nos estritos termos do 1256.º CC que, atentos os respectivos limites, não contempla mais do que uma junção de duas posses.

Também denunciámos a injustificada tentativa de subverter as modalidades aquisitivas preconizada por Mouteira Guerreiro, no intuito de atribuir relevância primordial ao registo atributivo. Ademais, o efeito atributivo, enquanto modalidade aquisitiva da realidade, representa uma excepção do n.º 1 do artigo 408.º CC, a par de outras, como o n.º 2 do mesmo artigo, ou o artigo 409.º CC. Por isso, mantemos a sua interpretação restritiva. Como recusámos igualmente as propostas expansionistas da aquisição registal, proclamadas em sede de inaceitáveis leituras do artigo 5.º CRP. Sobretudo, as que dispensam os estruturantes requisitos da onerosidade e da boa fé ética.

Por último, reconhecendo as virtualidades do artigo 5.º CRP, recusando abusivas interpretações e inaceitáveis actuações criativas dos tribunais, defendemos uma reforma legislativa consequente, no sentido de proteger os interesses do credor exequente que regista a penhora. Todavia, a reforma não deve incidir sobre o CRP, mas antes sobre o CC. Em particular, deve estudar uma revisão consequente e até inadiável, do n.º 2 do artigo 824.º CC, no sentido de proteger os direitos do exequente que regista. Contribuiremos, em conformidade, no sentido de procurar modernizar o CC, de acordo com os propósitos antes enunciados, retirando, ao mesmo tempo, fundamento a derivas expansionistas, sem apoio na letra e no espírito da lei.

Abril de 2017



## *Ainda a eficácia (real) da compra e venda de acções*

PROF. DOUTOR RUI SOARES PEREIRA \*

SUMÁRIO: 1. *Introdução: razão de ser e objecto.* 2. *A querela sobre a eficácia real do contrato de compra e venda de acções:* 2.1. *A evolução legislativa em matéria de transmissão de acções;* 2.2. *A eficácia real da compra e venda de acções.* 3. *As razões do surgimento da tese da eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções.* 4. *A insustentabilidade teórica e prática da tese da eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções:* 4.1. *Os argumentos dogmáticos contrários à eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções;* 4.2. *O suporte jurisprudencial à tese da eficácia real da compra e venda de acções e o sentido e alcance da vinculatividade dos precedentes.*

### **1. Introdução: razão de ser e objecto**

I. Aderindo a uma certa corrente doutrinal e jurisprudencial sobre o tema da eficácia dos contratos de compra e venda de acções não raras vezes tem-se vindo a considerar em alguns arestos que, sem o cumprimento das exigências estabelecidas no Código dos Valores Mobiliários, não poderá ocorrer a transmissão de acções, apesar de se reconhecer que ao adquirente das acções assiste o direito de exigir judicialmente da parte vendedora o cumprimento do contrato.

Procede-se desta forma ao diferimento da transmissão da titularidade das acções para um momento posterior, criando-se uma cisão entre o momento da aquisição das acções e o momento da aquisição da qualidade de accionista.

A posição que vários arestos sustentam no que respeita à eficácia da compra e venda de acções encontra apoio em alguma doutrina e também em certa

\* Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado na PLMJ Advogados, SP, R.L.

jurisprudência que tem feito escola junto dos Tribunais Superiores, nos quais se contam inclusivamente alguns acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal da Relação de Lisboa.

Existem fundamentalmente duas teses que se contrapõem: a primeira sustentando a natureza real do contrato de compra e venda de acções e a segunda pugnando pelo seu carácter meramente obrigacional.

Constitui propósito deste artigo explicar as razões (que, no nosso entender, são decisivas) da prevalência da tese da eficácia real.

II. É certo que, em face do teor do artigo 8.º, n.º 3 do Código Civil, o julgador tem o dever de tomar em consideração os casos que mereçam tratamento análogo, com vista a obter uma interpretação e aplicação uniformes do Direito.

Porém, não se pode dizer que o entendimento que tem vindo a ser adoptado em algumas decisões corresponda à tese maioritária e preponderante na doutrina e na jurisprudência nacionais.

Aliás, muitas vezes, o referido entendimento não integra sequer a via de solução adequada para o problema jurídico concretamente suscitado, o que não pode deixar de colocar fundadas reservas quanto à sua bondade na medida em que as soluções concretas para os problemas trazidos aos tribunais são e devem ser procuradas a partir da realidade e não a partir de conceitos abstractos.

De resto, para além de as posições seguidas em alguns arestos não corresponderem a entendimento que possa ser considerado constante (e muito menos uniformizado) na doutrina e na jurisprudência nacionais, a verdade é que subsistem hoje, a nosso ver, as (boas) razões para continuar a sustentar, entre nós, aquela que tem correspondido à posição tradicional sobre esta matéria, ou seja, a posição que defende a vigência no ordenamento jurídico português da tese da eficácia real dos contratos de compra e venda de acções.

Além disso, julga-se ser possível indicar argumentos teóricos e práticos que, embora desconsiderados por alguns sectores da doutrina e pelos diversos arestos nos quais se louvam certas decisões para afirmar a eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções, se mostram decisivos para recusar a vigência no ordenamento jurídico português da tese da eficácia meramente obrigacional e que poderão assumir especial relevância em vários processos judiciais, uma vez que permitem afirmar claramente que, com a celebração de contratos de compra e venda de acções, ocorrerá a transmissão para a esfera jurídica dos adquirentes da titularidade das acções de uma sociedade.

III. À jurisprudência, a quem cabe uma missão de relevo e destacada na interpretação e aplicação (ou reconstitutiva) do Direito e até uma intervenção

criadora (ou constitutiva) no direito do caso concreto que decide<sup>1</sup>, pede-se que actualize o Direito<sup>2</sup> e que não deixe de tomar em consideração os avanços da ciência jurídica (em especial da doutrina) que possam contribuir para essa actualização<sup>3</sup>.

Isto significa que não devem em caso algum os tribunais manter-se presos a construções (dogmáticas e jurisprudenciais) que tenham perdido a sua valia, como se julga ser hoje evidente no domínio da compra e venda de acções em relação à doutrina e acórdãos em que se louvam as decisões da eficácia meramente obrigacional.

Recordamos, a este propósito, as palavras de Manuel de Andrade:

“A aplicação das leis compete principalmente aos juízes, aos magistrados e funcionários administrativos e também, de certa maneira, aos advogados. Mas os juízes é que têm nisto a «parte suprema»; eles é que estão no primeiro plano e com grande relevo, porque as suas decisões têm força vinculativa. Por isso terei em vista, acima de tudo, a aplicação judiciária das leis.

Claro que o juiz não pode prescindir dos resultados da ciência jurídica. Tem mesmo de realizar actividade científica, embora socorrendo-se dos trabalhos dos juristas doutrinários – até onde puder ser.

Tem de realizá-la, desde logo, quando o caso, como tantas vezes sucede entre nós, ainda não esteja tratado ou esteja pouco tratado na literatura jurídica. E tem de realizá-lo sempre como controlo dos resultados fornecidos pela jurisprudência teórica. Para aplicar devidamente a lei ao caso proposto é-lhe sempre indispensável,

<sup>1</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 162. Escreve também a este respeito FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 658: “Outro importante estrato do sistema jurídico objectiva-se (...) na jurisprudência judicial, que não só realiza judicativo-decisoramente a juridicidade vigente, re-constituindo-a, como também, já o sabemos, participa na tarefa da sua constituição *ex novo*, nomeadamente (...) através de precedentes judiciais”. Sobre o papel criador do exercício da função jurisdicional, cfr. ainda MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Mem Martins: Publicações Europa-América, 1994, pp. 113-115.

<sup>2</sup> ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 203-204.

<sup>3</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, “Fontes do Direito”, in *Digesta*, vol. 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 7-94 (89-90), que sustenta que a “objectivação dogmática (...) não será possível sem o contributo da «doutrina», ou do pensamento jurídico”, uma vez que “se, por um lado, a reelaboração normativo-jurídica do pensamento continua (ainda que de outra forma e a outro nível) a actividade normativamente constituinte da jurisdição, é tanto na autónoma inovação dogmática como na reelaboração normativa que o mesmo pensamento jurídico também autonomamente faz do sistema jurídico que, por outro lado, em grande parte se apoia, e já por isso vê garantida a sua plausibilidade (de justeza e sistemática), a normativa realização jurisdicional do direito”, sendo certo que a jurisprudência e doutrina se integram no chamado modo constituinte global do direito.

por consequência, definir, melhor ou pior, as suas próprias conclusões científicas; e bem pode ser que, pela sua experiência, como que directa, das realidades práticas e pela necessidade de talhar na carne viva dos interesses humanos, ele seja levado, acertadamente, a conclusões diversas das sugeridas pela doutrina”<sup>4</sup>.

Nesta linha, escreveu ainda Menezes Cordeiro que “a decisão é legítima quando, por assentar no peso relativo das proposições que a integrem, compartilhe a justeza do sistema em que se inclua”<sup>5</sup>.

Ora, através do presente artigo pretende-se sobretudo chamar a atenção dos tribunais para a necessidade de serem tomadas decisões que possam ser consideradas justas em face das coordenadas do sistema jurídico aplicáveis em matéria de compra e venda de acções.

Estamos convencidos que é chegado o momento para, em face das divergências verificadas na doutrina nacional, fazer evoluir a jurisprudência num tema jurídico difícil e estruturante, dando-se também desta forma um passo decisivo no sentido de encontrar uma solução, não só verdadeiramente adequada para o problema jurídico que se coloca, como fundada numa doutrina sólida e susceptível de ser extrapolada para outras situações análogas, à luz das referidas coordenadas do sistema jurídico.

## **2. A querela sobre a eficácia real do contrato de compra e venda de acções**

### **2.1. A evolução legislativa em matéria de transmissão de acções**

I. Enquanto valores mobiliários<sup>6</sup>, as acções constituem sobretudo um expediente jurídico destinado a permitir a sua circulação com facilidade e segurança, tanto mais que é através da sua transmissão que o adquirente passa a deter

<sup>4</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Coimbra, 1973, pp. 37-38.

<sup>5</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica”, in *Revista Jurídica*, n.ºs 9-10 (Jan.-Jun. 1987), pp. 7-15 (13).

<sup>6</sup> As acções constituem valores mobiliários, nos termos do artigo 1.º, alínea a) do Código dos Valores Mobiliários (de 1999). Segundo JORGE PINTO FURTADO, *Títulos de Crédito*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 10, “a acção é antes, então, e para dizer tudo de uma vez, um valor mobiliário”. Sobre o conceito de valor mobiliário, podem referir-se várias propostas de definição, nomeadamente a que a faz coincidir com “direitos ou posições jurídicas, representados por documentos em papel ou registos em conta, integrados em conjuntos homogéneos, que tornem possível, em abstracto, a sua negociação em massa, desde que estejam como tal qualificados na lei ou reconhecidos por entidade competente” – ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Valores Mobiliários [Acções]*, Coimbra:

todos os direitos inerentes à participação social, ou seja, o direito que integra o conteúdo do direito social e, num sentido mais restrito, os direitos destacáveis ou destinados a separar-se e a ter vida autónoma<sup>7</sup>.

As acções de uma sociedade comercial anónima são por regra transmissíveis<sup>8</sup>, ocorrendo normalmente essa transmissão por via da celebração de um contrato de compra e venda de acções e observando o disposto no Código dos Valores Mobiliários (de 1999).

Antes da entrada em vigor do Código dos Valores Mobiliários, os artigos 326.º e 327.º do Código das Sociedades Comerciais regulavam as formas de transmissão entre vivos das acções tituladas, prevendo (i) para as acções nominativas, a sua transmissibilidade por declaração do transmitente escrita no título e pelo pertence lavrado no mesmo e averbado no livro de acções da sociedade por esta efectuados (artigo 326.º, n.º 1)<sup>9</sup>, e (ii) para as acções ao portador, a sua transmissão pela entrega dos títulos, dependendo da posse dos mesmos o exercício dos direitos sociais (artigo 327.º, n.º 1)<sup>10</sup>.

Almedina, 2003, p. 13. Em qualquer dos casos, as acções só integram valores mobiliários a partir do momento em que estão representadas como tal, ou seja, em documentos ou em registos em conta.

<sup>7</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Acções”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 86 e segs.

<sup>8</sup> Representando posições patrimoniais privadas (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 683) as acções são valores mobiliários passíveis de transmissão (artigo 328.º do Código das Sociedades Comerciais), não sendo incomum apontar à sua transmissibilidade uma função social e referir que o contrato de sociedade não pode excluir a transmissibilidade das acções nem limitá-la além do que a lei permitir (Ac. RP de 29.04.2013, Proc. 776/09.0TBMDL.P1 (CAIMOTO JACOMÉ), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Nesta linha, refere JOÃO LABAREDA, *Das Acções das Sociedades Anónimas*, Lisboa: AAFDL, 1988, p. 228: “a transmissibilidade das acções é essencial à satisfação da função social típica que a sociedade anónima e as acções satisfazem; porquanto, na perspectiva do accionista, a acção, muito mais do que uma participação societária, é um título de investimento pronto a ser transformado em numerário se o titular o pretender”. Embora, por exemplo, não constitua impedimento a estipulação de cláusula em contrato de compra e venda de acções condicionando a transmissão da sua propriedade à verificação de um evento futuro, cuja não ocorrência terá a natureza de condição resolutiva – Ac. STJ de 13.07.2007, Proc. 07A379 (SEBASTIÃO PÓVOAS), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Sobre as possíveis restrições contratuais à livre transmissão de acções, cfr. MARIA JOÃO TOMÉ, “Algumas notas sobre as restrições contratuais à livre transmissão de acções”, in *Direito e Justiça*, vol. V, 1991, pp. 211-220, e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do Contrato de Sociedade que Limitam a Transmissibilidade das Acções*, Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>9</sup> Assim também o documenta o Ac. STJ de 06.02.1997, Proc. 96B248 (ALMEIDA E SILVA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>10</sup> “A transmissão entre vivos de acções ao portador efectua-se pela entrega dos títulos, dependendo da posse dos mesmos o exercício de direitos de sócio”.

Deste modo, de acordo com o figurino adoptado no Código das Sociedades Comerciais, essencialmente a transmissão das acções nominativas operava por endosso e a transmissão das acções ao portador por tradição, sendo tais formalidades consideradas essenciais<sup>11</sup>.

Já para as acções escriturais, o artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 229-D/88, de 4 de Julho, que criou esta forma de representação das acções sem incorporação de títulos, estabelecia que a transmissão destas acções se operava “pela inscrição da alienação, na conta do alienante, e da aquisição, na conta do adquirente, a qual, no caso de este ainda não ser accionista, será para o efeito aberta”.

Com a entrada em vigor do Código do Mercado de Valores Mobiliários (de 1991 – doravante, CMVM)<sup>12</sup>, a matéria relativa à transmissão das acções escriturais passou a estar regulada nos artigos 67.º, 68.º e 69.º, tendo sido revogado o Decreto-Lei n.º 229-D/88, de 4 de Julho, pelo que a regulamentação da transmissão das acções passou a estar repartida pelo Código das Sociedades Comerciais (acções tituladas) e pelo CMVM (acções escriturais).

II. O Código dos Valores Mobiliários de 1999 veio revogar os artigos 326.º e 327.º do Código das Sociedades Comerciais e chamou também a si a regulamentação da transmissão de todas as acções, independentemente da forma de representação adoptada (escriturais e tituladas), estabelecendo ainda exigências para a respectiva transmissão.

Pela consulta dos trabalhos preparatórios do Código dos Valores Mobiliários<sup>13</sup> e do preâmbulo do diploma que o aprovou, nada se detecta sobre uma diferente opção do legislador em matéria de eficácia da transmissão.

Mantendo a necessidade da existência, validade e procedência de uma justa causa de atribuição<sup>14</sup>, passou a exigir-se o registo na conta do adquirente para as acções escriturais e para as acções tituladas em sistema centralizado (artigos 80.º, n.º 1 e 105.º do Código dos Valores Mobiliários), ao passo que para as

<sup>11</sup> Ac. RP de 20.03.2001, Proc. 0120083 (AFONSO CORREIA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “um mero negócio de transferência a que falte alguma delas não tem efeito translativo da propriedade sobre tais acções nominativas nem eficácia legitimadora do exercício dos direitos sociais que elas titulam”.

<sup>12</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril.

<sup>13</sup> *Trabalhos Preparatórios do Código dos Valores Mobiliários*, CMVM, Dezembro -1999.

<sup>14</sup> ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Valores Mobiliários [Acções]* cit., pp. 34-35. Essa manutenção será decorrência da natureza causal das acções enquanto títulos de crédito, pois entende-se que “o direito titulado já existira antes da sua ligação com o título de crédito e é só declarado por este, donde resulta que esse direito fica sempre dependente da existência da relação causal” – ADRIANO VAZ SERRA, “Títulos de Crédito”, in *BMJ*, 60, 1956, pp. 5-350 (44 e nota 55).

acções tituladas (fora de sistema centralizado) se passou a exigir (i) a entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado sendo as mesmas ao portador (anterior artigo 101.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários<sup>15</sup>) ou (ii) a declaração de transmissão, escrita no título, a favor do transmissário, seguida de registo junto do emitente ou junto do intermediário financeiro que o represente, sendo as mesmas nominativas (artigo 102.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários).

Assim, no que respeita particularmente às acções escriturais ou às acções tituladas integradas em sistema centralizado, o Código dos Valores Mobiliários actualmente vigente exige que a transmissão se efective pelo registo na conta do adquirente.

Já em relação às acções tituladas nominativas (fora de sistema centralizado), a declaração de transmissão escrita no título a favor do transmissário pode ser efectuada pelo depositário, pelo funcionário judicial ou pelo transmitente, conforme o caso, sendo posteriormente realizado o registo junto do emitente ou do intermediário financeiro que o represente (artigos 64.º e 102.º, n.ºs 1 e 2 do Código dos Valores Mobiliários).

Em todo o caso, para o Código dos Valores Mobiliários, a transmissão produz os seus efeitos a partir da data do requerimento do registo junto do emitente (artigo 102.º, n.º 5 do Código dos Valores Mobiliários), sendo assim o emitente e autor do registo considerado um terceiro em relação ao acto registado, mas o registo é entendido como condição de eficácia apenas em relação à sociedade emitente dos valores mobiliários (que não considerará o transmissário como sócio enquanto não for requerido o registo), ou seja, o registo não constitui condição de validade nem de eficácia da transmissão entre as partes<sup>16</sup>.

Nesta linha, tem decidido a jurisprudência: “O registo junto do emitente não é condição de validade nem de eficácia de transmissão entre as partes, é somente condição de eficácia para com a sociedade emitente. Na verdade, a sociedade não considerará o transmissário como sócio enquanto não for requerido o registo”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Que reproduzia, no essencial, o que se dispunha no artigo 327.º do Código das Sociedades Comerciais e que foi revogado pela Lei n.º 15/2017, de 3 de Maio, que proibiu a emissão de valores mobiliários ao portador e criou um regime transitório destinado à conversão, em nominativos, dos valores mobiliários ao portador existentes à data da sua entrada em vigor, tendo revogado, além do mais, o artigo 101.º do Código dos Valores Mobiliários. Prevê-se, no artigo 3.º da mesma lei, que a conversão dos actuais valores mobiliários ao portador em nominativos será objecto de regulamentação.

<sup>16</sup> JORGE COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 377.

<sup>17</sup> Ac. STJ de 15.05.2008, Proc. 08B153 (SANTOS BERNARDINO), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Por seu turno, dispõe o artigo 483.º do Código Comercial, com a epígrafe “transmissão dos títulos de crédito”, que “a transmissão dos títulos à ordem far-se-á por meio de endosso, a dos títulos ao portador pela entrega real, a dos títulos públicos negociáveis na forma determinada pela lei de sua criação ou pelo decreto que autorizar a respectiva emissão, e a dos não endossáveis nem ao portador nos termos prescritos no Código Civil para a cessão de créditos”.

## 2.2. *A eficácia real da compra e venda de acções*

I. O contrato de compra e venda assume-se, entre nós, como um contrato real *quoad effectum*, isto é, entende-se que, vigorando no nosso ordenamento o sistema do título conexo com um princípio de consensualidade e de causalidade<sup>18</sup>, a compra e venda constitui um negócio suficiente para a transferência da propriedade e que não é necessário outro negócio que opere essa transferência<sup>19</sup>.

Ora, se assim é, poder-se-á dizer que só excepcionalmente uma compra e venda não terá, no ordenamento jurídico português, eficácia real: tal poderá suceder por vontade expressa das partes ou também quando tal seja determinado pelo legislador em situações que possam ser consideradas especiais.

No caso dos contratos de compra e venda de acções, como já dito, a legislação parece contemplar algumas especificidades que suscitam dúvidas sobre o exacto alcance da eficácia (real ou meramente obrigacional) dos referidos contratos, existindo uma querela doutrinária e jurisprudencial a esse propósito.

<sup>18</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas (Do Direito das Coisas em Geral)*, Coimbra, 1977, pp. 268 e seguintes. Em particular, refere este autor que, segundo o sistema do título, “para que o *jus in re* se transmita ou constitua sobre a coisa [basta] o acto pelo qual se estabelece a vontade dessa transferência ou constituição”.

<sup>19</sup> Pese embora nada impeça que as partes estipulem que a transmissão da propriedade fica condicionada à verificação de um determinado evento (ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Transmissão da propriedade de coisas móveis e contrato de compra e venda”, in *Transmissão de propriedade e contrato*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 17-137 (129)), como nas situações de reserva de propriedade (ANA MARIA PERALTA, *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Coimbra: Almedina, 1990, pp. 118 e seguintes, e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Reserva de propriedade”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 417-452 (421)), ou que o legislador opte, em certos casos, por determinar que a transmissão da propriedade plena não resultará, imediatamente, e apenas, do contrato.

II. Com efeito, relativamente aos valores mobiliários escriturais e aos valores mobiliários titulados em sistema centralizado, a lei impõe o respectivo registo na conta do adquirente (artigos 80.º, n.º 1 e 105.º do Código dos Valores Mobiliários).

E, relativamente aos valores mobiliários titulados fora de sistema centralizado, caso sejam ao portador, a lei exigia a entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado (anterior artigo 101.º do Código dos Valores Mobiliários) e, caso sejam nominativos, a lei exige a declaração de transmissão, escrita no título, a favor do transmissário, seguida de pedido de registo junto do emitente ou junto de intermediário financeiro que o represente (artigo 102.º do Código dos Valores Mobiliários).

Tem-se então questionado se a transmissão da propriedade das acções ocorre por mero efeito do contrato, nos termos do artigo 408.º do Código Civil, ou se, ao invés, estará antes consagrado entre nós (i) um regime segundo o qual a transmissão da propriedade não depende da existência de um contrato, mas sim da realização de actos independentes do contrato (os especialmente previstos nas indicadas normas do Código dos Valores Mobiliários), ou (ii) um sistema misto, que congloba um contrato e o mencionado conjunto de actos independentes do contrato.

Essencialmente, discute-se na doutrina e na jurisprudência se a compra e venda de valores mobiliários, tal como a compra e venda comum, assenta numa compra e venda real, que obedece ao chamado “sistema do título” (ou seja, a propriedade ou a titularidade do direito transmitem-se automaticamente por mero efeito do contrato, não carecendo de outro acto, pois basta o acordo de vontades – a consensualidade – para que se verifique o efeito translativo – a causalidade) ou antes ao chamado “sistema do título e do modo – registo”<sup>20</sup>.

III. A doutrina portuguesa tradicional e alguma mais recente considera que a transmissão da propriedade das acções se verifica com o mero consenso entre os contratantes (o contrato de compra e venda de acções tem assim eficácia real).

<sup>20</sup> Sobre estes dois sistemas, cfr. ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, “Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais (Algumas considerações sobre a história do «sistema do título e do modo»”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 373-400, e “O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da Eficácia Real da Compra e Venda nos Códigos Cíveis Espanhol e Português”, in *Jornadas Romanísticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 33-108, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, pp. 22 e seguintes, e ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 35 e seguintes e nota 103.

De acordo com a tese da eficácia real (tradicional e ainda sustentada na doutrina portuguesa)<sup>21</sup>, o contrato de compra e venda de acções teria, tal como a compra e venda comum, eficácia real, de acordo com as normas gerais do Código Civil, sendo os actos subsequentes exigidos pelo Código dos Valores Mobiliários, nomeadamente, o registo na conta do adquirente, nas acções escriturais ou nas acções tituladas integradas em sistema centralizado (artigo 80.º), a entrega, nas acções tituladas ao portador (anterior artigo 101.º), ou a declaração de transmissão, seguida de registo, nas acções tituladas nominativas (artigo 102.º), meros requisitos de legitimação do adquirente para o exercício dos respectivos direitos sociais.

Segundo documenta Menezes Cordeiro, a eficácia transmissiva das acções por mero efeito da celebração do contrato constitui a regra tradicional dos países latinos, sendo certo que as formalidades que vieram a ser previstas primeiro no Código das Sociedades Comerciais e depois no Código dos Valores Mobiliários serão sobretudo fruto de razões de segurança que, em todo o caso, não deverão afectar a eficácia *inter partes* do acordo transmissivo validamente concluído<sup>22</sup>.

### 3. As razões do surgimento da tese da eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções

I. À tese da eficácia real veio, a certa altura, a ser contraposta uma outra: a tese da eficácia meramente obrigacional do contrato de compra e venda de acções.

Para esta segunda tese, o Código dos Valores Mobiliários, sendo lei especial e ao não se bastar com a celebração do contrato de compra e venda de acções para a transmissão das mesmas, exigindo ainda o registo (nas acções escriturais),

<sup>21</sup> Cfr., *inter alia*, ADRIANO VAZ SERRA, “Acções Nominativas e Acções ao Portador”, in *BMJ*, 176, 1968, pp. 11-82 (78-79); VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Acção*, in *Polis*, I, pp. 68-69; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial – Títulos de Crédito*, III, Lisboa: AAFDL, 1992, p. 17; PAULA COSTA E SILVA, “Compra, venda e troca de valores mobiliários”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa: Lex, 1997, pp. 243-266 (259); CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários: conceito e espécie*, 2.ª ed., Porto: UCP, 1998, pp. 21-22; PAULA COSTA E SILVA, “A Transmissão de Valores Mobiliários fora de Mercado Secundário”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 217-252 (234); NUNO PINHEIRO TORRES, *Da Transmissão de Participações Sociais Não Tituladas*, Porto: UCP, 1999, pp. 48-49; PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários – Relatório*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 222; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, I, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 106-113.

<sup>22</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades* cit., p. 683.

a entrega do título (nas ações tituladas ao portador<sup>23</sup>), e a declaração de transmissão e o registo (nas ações tituladas nominativas), teria estabelecido uma verdadeira exceção ao princípio da eficácia real da compra e venda consagrado no artigo 408.º, n.º 1 do Código Civil.

Ora, se fosse aceite este pressuposto, seria então possível chegar à seguinte conclusão: a prática dos actos jurídicos previstos no Código dos Valores Mobiliários (registo na conta, entrega do título, endosso ou declaração de transmissão e pedido de registo) – que constituem aquilo que pode ser designado por “modo” ou por “causa eficiente da atribuição das ações” – deverá acrescer ao negócio transmissivo ou causa final, com vista à transmissão das ações.

Assim o têm entendido de facto alguns autores e alguma jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores.

II. Na verdade, alguma doutrina<sup>24</sup> veio sustentar essa posição, com base numa certa leitura da relevância do registo para as ações escriturais e invocando as seguintes razões principais:

- a) As ações estão sujeitas a exigências próprias de circulação, que a lei marca ou acentua exactamente<sup>25</sup>;
- b) Essas exigências integram formalidades essenciais para que a transmissão das ações se efective, tanto mais que serão suficientes para a transmissão ainda que o alienante não seja o verdadeiro titular<sup>26</sup>;
- c) O mero acordo entre transmitente e transmissário produz efeitos entre as partes, mas não produz, por si só, a transmissão das ações<sup>27</sup>.

Dito de outro modo: não obstante não serem, só por si, bastantes para fazer operar a transmissão das ações, já que é necessário, desde logo, um título válido de transmissão, os actos previstos no Código dos Valores Mobiliários, segundo a doutrina em questão, integrariam e traduziriam o modo da trans-

<sup>23</sup> A mencionada Lei n.º 15/2017, de 3 de Maio, que proibiu a emissão de valores mobiliários ao portador e criou um regime transitório destinado à conversão, em nominativos, dos valores mobiliários ao portador existentes à data da sua entrada em vigor, revogou, contudo, o artigo 101.º do Código dos Valores Mobiliários.

<sup>24</sup> JORGE COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, II cit., pp. 378-379, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Registo de Valores Mobiliários”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 873-960 (926-928), e VERA EIRÓ, “A Transmissão de Valores Mobiliários – As Ações em Especial”, in *Themis*, Ano 6, n.º 11, 2005, pp. 145-185.

<sup>25</sup> JORGE COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, II cit., pp. 378-379.

<sup>26</sup> JORGE COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, II cit., pp. 378-379.

<sup>27</sup> JORGE COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, II cit., pp. 378-379.

missão, o qual se consubstanciaria em verdadeiras formalidades essenciais para a efectivação da transmissão das acções ou formalidades consideradas constitutivas dessa transmissão.

Daqui decorreria então que a mera celebração de um contrato de compra e venda de acções, por si só, nunca faria surgir, na esfera jurídica do respectivo adquirente, o direito de propriedade sobre as acções, não sendo assim a mera celebração do contrato entre o transmitente e o adquirente, desacompanhada do “modo”, suficiente para fazer operar a transferência para o adquirente da propriedade (ou titularidade) das acções.

Tal entendimento foi também seguido por alguma jurisprudência<sup>28</sup>.

Todavia, esta é – com o devido respeito – uma tese insustentável, quer por razões teóricas, quer por motivos práticos, pelo que não poderá constituir a solução adequada para o problema jurídico em questão.

#### **4. A insustentabilidade teórica e prática da tese da eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções**

##### **4.1. Os argumentos dogmáticos contrários à eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções**

I. Seguindo a posição da eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções, para que a propriedade (ou titularidade) das acções se transferisse em pleno do transmitente para o transmissário na sequência da celebração de um contrato de compra e venda de acções, seria necessário conjugar a celebração do contrato com a prática de determinadas formalidades, já que ínsito à transmissão da propriedade estaria o exercício de direitos de participação social e estes direitos estariam dependentes daquilo que designam por “modo”, salvo quando a transmissão ocorresse em mercado regulamentado<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Ac. STJ de 15.05.2008, Proc. 08B153 (SANTOS BERNARDINO), Ac. STJ de 13.07.2007, Proc. 07A379 (SEBASTIÃO PÓVOAS) e Ac. RL de 12.07.2007, Proc. 2794/2007-1 (RUI VOUGA), todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Seguindo também o entendimento do Ac. STJ de 15.05.2008, cfr. Ac. RP de 29.04.2013, Proc. 776/09.0TBMDL.P1 (CAIMOTO JACOMÉ), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Acs. RC de 16.03.2010, Proc. 2033/09.2TBLRA.C1 (ARTUR DIAS), de 03.07.2012, Proc. 688/11.7TBCNT.C1 (ARTUR DIAS), ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (afirmando-se nos dois arestos que esta tese tem maior poder de convencimento, embora também considerando no primeiro aresto que a exigência do Código dos Valores Mobiliários de título e “modo” para a transmissão das acções pressupõe ser o transmissário um terceiro e não a própria sociedade emitente).

<sup>29</sup> Ac. STJ de 13.07.2007, Proc. 07A379 (SEBASTIÃO PÓVOAS), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

As exigências formuladas no Código dos Valores Mobiliários seriam, não um mero pressuposto formal para a transmissão, mas um verdadeiro pressuposto material ou constitutivo da transmissão das acções e, em todo o caso, não apenas exigível para o exercício dos direitos titulados pelas acções: a própria transmissão dos direitos estaria constitutivamente dependente do cumprimento daquelas exigências<sup>30</sup>.

Porém, esta tese radica, segundo nos parece, num erro que consiste em confundir entre, por um lado, a componente da titularidade das acções, que se transmite com a mera celebração do negócio de compra e venda, e, por outro lado, a componente da legitimação dos direitos sociais, que pressupõe o cumprimento do respectivo modo ou formalidade.

II. Com efeito, contrariamente aos contratos reais *quoad constitutionem*, o contrato de compra e venda de acções – tal como a compra e venda de coisa – não exige, seja qual for a modalidade de acções em causa, a prática de actos jurídicos (nomeadamente a entrega ou *traditio* das acções) para a perfeição do negócio ou seu processo formativo.

Como escreveu Raúl Ventura, “a obrigação de entregar a coisa não se confunde com a obrigação de transmitir a propriedade da coisa ou a titularidade do

<sup>30</sup> Nesse sentido, para as acções ao portador, cfr. Ac. RP de 16.06.2005, Proc. 0532116 (ATAÍDE DAS NEVES), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Referindo-se ao regime vigente antes do Código dos Valores Mobiliários, decidiu-se no Ac. RE de 14.02.2008, Proc. 2806/07-3 (JOÃO MARQUES), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “A decisão recorrida, aliás na sequência e em desenvolvimento dos argumentos já aduzidos no acórdão de fls. 256-264, que veio a ser revogado apenas por se ter entendido que não abordara a questão que verdadeiramente se suscitava no recurso demonstrou à saciedade que a requerente não chegou a adquirir a qualidade de accionista posto que não foram cumpridas as formalidades então exigidas pelo art. 326.º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, (declaração do transmitente escrita no título, pertence lavrado no mesmo e averbamento no livro de acções da sociedade por esta efectuados) e 26.º do Dec. Lei n.º 408/82, de 29 de Setembro (declaração em modelo que veio a ser aprovado pela Portaria n.º 422/83 de 12 de Abril, em quadruplicado, com as assinaturas do transmitente e do adquirente reconhecidas por notário e sua posterior apresentação numa instituição de crédito e diligências subsequentes), sendo certo que da observância de tais formalidades depende, nos termos do n.º 1 do referido art. 26.º, a validade da transmissão. Ou seja, a lei é expressa no sentido de que se trata de formalidades *ad substantiam* e não *ad probationem*, como pretende a apelante na conclusão 14.ª. E assim o entende também a jurisprudência dominante, de que, para além da citada na douda decisão recorrida, se destacam os acórdãos do STJ de 6 de Outubro de 1998, in BMJ n.º 480, pág. 490, inequívoco no sentido de que, referindo-se àqueles preceitos, “As formalidades indicadas são essenciais pelo que um mero negócio de transferência a que falte alguma delas não tem efeito translativo da propriedade (...) nem eficácia legitimadora do exercício dos direitos sociais que elas titulem” e de 6 de Outubro de 2005, proferido nos autos de revista n.º 1058/05,23, sumariado in Abílio Neto, Código das Sociedades Comerciais, 4.ª edição, pág. 768”.

direito (quanto tal obrigação exista) e muito menos com a própria transmissão do direito, quando esta transmissão é efeito real do próprio contrato, isto é, sem que exista uma obrigação intermédia de transmitir”<sup>31</sup>.

Isto é, numa compra e venda comum a titularidade de uma coisa ou de um direito sobre uma coisa não está dependente da entrega da coisa, sendo a aquisição da propriedade da coisa ou da titularidade do direito uma mera decorrência da celebração do respectivo negócio.

Ora, o mesmo deverá suceder em relação à compra e venda de acções, uma vez que nunca se encontrou nem se encontra actualmente nada na lei substantiva que estabeleça que a transmissão da propriedade das acções seja afectada na sua validade e eficácia em caso de incumprimento de formalidades legalmente previstas, tal como também não se prevê que a transmissão possa vir a ser imposta na falta de um negócio capaz de funcionar como relação fundamental subjacente e causa transmissiva dos direitos que as acções representam.

III. Por esse motivo, autores como Vaz Serra, um dos primeiros a pronunciar-se sobre este tema e no qual se filia grande parte da doutrina nacional, seguindo Alberto dos Reis, subscrevia a corrente consensualista da compra e venda, mesmo quando esta tivesse por objecto acções<sup>32</sup>, tendo tal posição sido seguida por outros autores comercialistas mais recentes, nomeadamente por Vasco Lobo Xavier<sup>33</sup> e Osório de Castro<sup>34</sup>, que sublinharam as notórias diferenças entre, por um lado, titularidade do direito e, por outro lado, a legitimação para o exercício dos direitos sociais.

Também Paula Costa e Silva aderiu à corrente consensualista, referindo a propósito das acções tituladas expressamente o seguinte:

<sup>31</sup> RAÚL VENTURA, “O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos Essenciais: A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa”, in *ROA*, III, 43, 1983, pp. 587-643 (621).

<sup>32</sup> ADRIANO VAZ SERRA, “Acções Nominativas e Acções ao Portador” cit., pp. 78-79: “O nosso direito não exige, para a transferência da propriedade de coisas móveis, a tradição, ao contrário do que faz o Código alemão: elas transmitem-se por efeito do contrato (Código Civil, artigo 408.º) e não parece haver razão bastante para submeter os títulos ao portador a outro regime. Desde que o portador do título celebre com outrem um contrato de alienação do título, a propriedade deste ou a titularidade do direito nele incorporado transfere-se para o adquirente. O que este não pode, antes da entrega, é exercer o direito cartular, de sorte que a entrega é somente um requisito de legitimação do adquirente para o exercício dos direitos emergentes do título. Por outro lado, a simples entrega não é suficiente para a transmissão do título”.

<sup>33</sup> VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Acção* cit..

<sup>34</sup> CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários: conceito e espécie* cit., pp. 21-22.

“É de todos conhecida a problemática geral suscitada por estas disposições no que respeita a uma eventual disjunção entre a transmissão dos direitos incorporados nos títulos e a circulação dos próprios títulos. Entendemos que as formalidades previstas, tanto no art. 326.º como no art. 327.º não são causa adequada de transmissão dos direitos representados. A causa da transmissão será um negócio jurídico, que não tem expressão cautelar. Mas tanto as formalidades previstas no art. 326.º, quanto a tradição, prevista no art. 327.º, são necessárias à luz da circulação do próprio título. Não podemos perder de vista que, tanto as acções nominativas, como as acções ao portador são títulos de crédito, donde, são títulos de legitimação. Por esta razão, o art. 327.º n.º 1 faz depender o exercício de direitos sociais da posse dos próprios títulos. (...) Em suma, os direitos incorporados nas acções, quer estas sejam nominativas, quer sejam ao portador, transmitem-se por efeito do contrato. Porém, a legitimação para o exercício dos direitos transmitidos funda-se numa realidade formal, pelo que há que respeitar os termos particulares de circulação dos próprios títulos.”<sup>35</sup>

De igual modo, Nuno Pinheiro Torres defendeu posição análoga, ao atribuir ao cumprimento das formalidades previstas no Código das Sociedades Comerciais em matéria de transmissão de acções nominativas o qualificativo de “pressuposto do exercício dos direitos conferidos pelo *status* de sócio que o adquirente pretende adquirir com o negócio”, ou seja, que, tendo as formalidades em questão apenas efeito legitimador perante a sociedade, sem o cumprimento das mesmas o adquirente não teria legitimidade para exercer os direitos sociais nem estaria vinculado ao cumprimento dos respectivos deveres sociais, mas sem que isso pusesse em causa a sua qualidade de adquirente<sup>36</sup>.

Por outras palavras, para os autores anteriormente citados, apesar de poderem ser identificadas soluções diferentes noutros ordenamentos jurídicos e de as normas então vigentes do Código das Sociedades Comerciais (e, mais tarde, também do CMVM) exigirem o cumprimento de um conjunto de formalidades para a transmissão de acções, tais formalidades deveriam ser entendidas apenas como exigências que teriam de ser respeitadas com vista ao exercício dos direitos já transmitidos por mero efeito do contrato: tal significa que, respeitando à legitimação para o exercício desses direitos, em nada beliscariam a transmissão para o adquirente da participação social representada pelo título.

O mesmo poderia ser dito em relação às acções escriturais, pois, embora estas acções adoptem uma forma de representação registal, o registo opera na verdade ao nível da oponibilidade da transmissão em relação a terceiros (ou da

<sup>35</sup> PAULA COSTA E SILVA, “A Transmissão de Valores Mobiliários fora de Mercado Secundário” cit., p. 234.

<sup>36</sup> NUNO PINHEIRO TORRES, *Da Transmissão de Participações Sociais Não Tituladas* cit., pp. 48-49.

legitimação) e não dos efeitos substantivos da transmissão, o que significa que o registo não seria afinal constitutivo do direito, mas teria apenas um efeito confirmativo ou consolidativo do direito em questão, tendo assim uma função de legitimação<sup>37</sup>.

IV. Mais recentemente, Pedro de Albuquerque, através de uma análise minuciosa da evolução histórica e da noção, forma e formalidades, classificação e elementos essenciais da compra e venda no sistema do Código Civil vigente, veio também defender, contra os signatários da tese da eficácia obrigacional da compra e venda de acções e analisando cada um dos argumentos esgrimidos a favor desta tese, que os elementos examinados permitem hoje concluir – em definitivo – que “também no domínio dos valores mobiliários não há lugar para uma compra e venda meramente obrigacional. A compra e venda, entre nós, tem sempre eficácia real”<sup>38</sup>.

Conforme refere este autor, os argumentos apresentados pelos defensores da tese não consensualista não são, pura e simplesmente, procedentes, pois:

- a) Os seus defensores baseiam-se muitas vezes numa comparação com o Direito espanhol insuficientemente aprofundada;
- b) A tentativa de incluir as exigências do Código dos Valores Mobiliários nas próprias excepções do artigo 408.º, n.º 1 do Código Civil, como sugerem alguns partidários da tese da eficácia obrigacional, esquece que as excepções aí habitualmente incluídas respeitam a situações de alienação que são conformes com o sistema do título e não representam cedências ou aproximações aos sistemas do modo ou do título e do modo;
- c) Os valores mobiliários, não só comportam duas realidades (a titularidade e a legitimação), como existem inclusive dados no próprio Código dos Valores Mobiliários que demonstram que as situações podem efectivamente não coincidir, podendo, por exemplo, uma das realidades ser inválida e, ainda assim, a outra subsistir;
- d) A circunstância de poder ocorrer a transmissão da titularidade das acções desacompanhada da possibilidade de exercício de direitos sociais não torna, contrariamente ao que alguns partidários da tese da eficácia obrigacional querem fazer crer, o direito do adquirente das acções despro-

<sup>37</sup> PAULA COSTA E SILVA, “Compra, venda e troca de valores mobiliários” cit., p. 259, e *Direito dos Valores Mobiliários – Relatório* cit., p. 222.

<sup>38</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, I, Tomo I cit., pp. 87-114, em especial, 104-113.

vido de conteúdo ou o adquirente desprovido de quaisquer faculdades, pois o direito representado mantém-se sempre no plano substantivo apesar da representação – o adquirente só está verdadeiramente impedido de fazer a prova da titularidade perante a sociedade ou terceiros e é sempre titular de uma posição de fundo que lhe permite impedir ou condicionar a actuação do titular aparente<sup>39</sup>.

Por outro lado, importa dizer – e não desconsiderar – que a tese consensualista da compra e venda de acções se compagina muito bem com a tradição latina da eficácia real dos negócios jurídicos, tradição essa que não pode ser desvalorizada invocando pura e simplesmente uma pretensa mas não demonstrada maior exposição do Direito dos Valores Mobiliários ao fenómeno da globalização e também uma alegada mas igualmente não demonstrada menor sensibilidade do Direito dos Valores Mobiliários ao modo de transmissão da titularidade de direitos que é aceite no Direito Civil, tudo por força da autonomia daquele ramo de direito.

V. Com efeito, se no ordenamento jurídico alemão a compra e venda integra sempre um contrato totalmente obrigacional, “pois em caso algum deixa de existir a obrigação de entregar a coisa, ou se efectua, pelo contrato e em vez da dita obrigação, a transmissão da propriedade da coisa”<sup>40</sup>, o mesmo não sucede no ordenamento jurídico português, por fundadas e justificadas razões que se prendem com as suas particularidades e os seus traços característicos.

Como explica Oliveira Ascensão,

“Vigora no nosso direito o princípio da consensualidade. Os contratos produzem o seu efeito por mero acordo das vontades (art. 408/1). Ainda que tenham por objecto uma coisa, não reclamam para a sua perfeição a entrega da coisa (ou o registo, tratando-se de coisa registável).

Mas em certos casos, limitados embora, a lei exige ainda um acto formal, como determinante da transmissão. (...)

Esta situação, repare-se, nada tem que ver com a situação, estranha a nossos olhos, vigente nos direitos germânicos. Nestes supõe-se, além do contrato obrigacional, a *Einigung*, que seria o acordo transmissivo do direito real; a que se seguiria então a entrega ou o registo. Seria um acto abstracto, porque independente da valia do negócio obrigacional de transmissão. Não é o que se passa nas ordens latinas, em que a valia da transmissão continua dependente da valia do negócio-base (compra e

<sup>39</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, I, Tomo I cit., pp. 106–113.

<sup>40</sup> RAÚL VENTURA, “O Contrato de Compra e Venda no Código Civil ...” cit., p. 588.

venda, por exemplo), mesmo quando se exige ainda um negócio que corresponda à *traditio* romana para a transmissão da propriedade”<sup>41</sup>.

Nesta linha, a doutrina<sup>42</sup>, insuspeita e que certamente não pode ser acusada de desconhecer as especificidades do Direito dos Valores Mobiliários e o enquadramento desta disciplina no Direito Privado<sup>43</sup>, vem defendendo que “a transmissão das acções opera, em princípio, por força do contrato transmissivo, típico ou atípico, que tenha sido concluído entre as partes”, tanto mais que – importa não esquecer – se trata “de regra tradicional dos países latinos, genericamente consagrada no artigo 408.º/1 do Código Civil”<sup>44</sup>.

Aliás, a afirmação por vezes encontrada de que a autonomia do Direito dos Valores Mobiliários obrigaria à criação de formalismos que são compreendidos no quadro do mercado das transacções accionistas e que não se justificariam na mera vivência civil comum, encerra um certo sofisma.

VI. O Direito dos Valores Mobiliários, conforme documenta a doutrina mais recente, enquadra-se de pleno no Direito Privado e faz integral uso dos institutos civis, os quais, embora não sejam recebidos no seu estado puro, sofrem apenas as alterações impostas pelas condicionantes internas do ramo mobiliário<sup>45</sup>.

E a autonomia deste ramo de direito, a poder ser afirmada (talvez apenas por motivos de ordem pragmática?<sup>46</sup>), encontra-se fundamentada e funcionalizada para a proteção dos investidores e a eficiência do mercado (na perspectiva tradicional) ou na integridade e na transparência (na perspectiva mais

<sup>41</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 148 e 310.

<sup>42</sup> ADRIANO VAZ SERRA, “Acções Nominativas e Acções ao Portador” cit., pp. 78-79; VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Acção* cit.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial – Títulos de Crédito* cit., p. 17; PAULA COSTA E SILVA, “Compra, venda e troca de valores mobiliários” cit., p. 259; CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários: conceito e espécie* cit., pp. 21-22; PAULA COSTA E SILVA, “A Transmissão de Valores Mobiliários fora de Mercado Secundário” cit., p. 234; NUNO PINHEIRO TORRES, *Da Transmissão de Participações Sociais Não Tituladas* cit., pp. 48-49; PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários – Relatório* cit., p. 222; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, I, Tomo I cit., pp. 106-113.

<sup>43</sup> PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários – Relatório* cit., pp. 289-291, PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 25, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 339.

<sup>44</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades* cit., p. 685.

<sup>45</sup> ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 201-204.

<sup>46</sup> PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários – Relatório* cit., pp. 100-110.

recente)<sup>47</sup>, sendo certo que nenhum destes vectores impõe, como por vezes se parece fazer crer, uma solução de excepção em relação ao Direito comum em matéria de transmissão da titularidade de direitos e/ou coisas.

Muito menos sentido fará a invocação da autonomia do Direito dos Valores Mobiliários quando a ponderação dos vectores em que a mesma se fundamenta implica uma solução contrária à tutela dos interesses dos adquirentes de acções e favorável ao alienante que tenha incumprido as exigências previstas no Código dos Valores Mobiliários e ainda menos quando estejam em causa sociedades não cotadas e com poucos accionistas.

De facto: que vector poderá ser invocado no sentido de justificar uma menor tutela do adquirente de acções numa sociedade não cotada e com poucos accionistas?

VII. De resto, ainda que a interpretação (doutrinária e jurisprudencial) sobre a eficácia transmissiva obrigacional do contrato de compra e venda de acções houvesse de prevalecer na teoria e em abstracto, a verdade é que muitas vezes constata-se que as partes manifestam inequivocamente a vontade de atribuir eficácia real à compra e venda de acções, já que:

- Não estipulam condições suspensivas ou resolutivas com vista a diferir a transmissão da titularidade das acções, apesar de as expressamente convencionarem para outros efeitos;
- Acordam na constituição de garantias (por exemplo, penhores) sobre as acções, o que apenas seria concebível e poderia vir a ocorrer no quadro de uma transmissão de titularidade das acções previamente realizada.

Além disso, e este aspecto também assume relevância, a tese consensualista funda-se na distinção, presente também na negociação de acções e de valores mobiliários<sup>48</sup>, entre titularidade comum (que corresponde ao direito representado) e titularidade representativa (que corresponde à forma de representação)<sup>49</sup>, sendo certo que a doutrina tem sublinhado que o Código dos Valores

<sup>47</sup> ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. I cit., pp. 199–200 e 239–259.

<sup>48</sup> Distinção que é clássica, pelo menos desde que surgiram os primeiros escritos em matéria de valores mobiliários, entre a realidade substantiva (a relação fundamental ou causal) e a realidade representativa ou formal (na qual se inclui o próprio registo que não tem natureza constitutiva da titularidade) – cfr., *colorandi causa*, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Valor Mobiliário e Título de Crédito”, in *ROA*, 56, III, 1996, pp. 837–875 (852, 853 e 861–866).

<sup>49</sup> ADRIANO VAZ SERRA, “Acções Nominativas e Acções ao Portador” cit., p. 74, que distinguiu claramente entre aquilo que é exigível para a legitimação para o exercício do direito documentado

Mobiliários (tal como aliás o anterior CMVM) se preocupa essencialmente com as formas de representação e não com os direitos representados, justificando essa maior preocupação com a falta de competência legal para a determinação da essência do valor mobiliário e assinalando que podem ainda assim decorrer faltas de coincidência entre as vicissitudes do direito representado e as vicissitudes do direito representativo<sup>50</sup>.

Ora, para além de implicar um desvio da solução adoptada no Direito comum, que seria absolutamente desnecessário, a tese da eficácia meramente obrigacional determinaria ainda uma antinomia ou contradição (valorativa e normativa) no seio do próprio Código dos Valores Mobiliários, o que seria inaceitável<sup>51</sup>.

Deste modo, pode dizer-se que continua ainda hoje plenamente válida a seguinte conclusão: “a forma de representação não é fonte de situações jurídicas, mas condição de aplicação de um regime legal às situações jurídicas subjacentes”, o qual permite sobretudo, devido à sua função de legitimação<sup>52</sup>, tornar

(a propriedade do título) e aquilo de que depende o efeito aquisitivo da titularidade do direito (a titularidade do direito incorporado), independente da legitimação.

<sup>50</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O actual conceito de valor mobiliário”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 37-60 (41).

<sup>51</sup> Nesta linha, escreve KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 641-642: “Se olharmos agora para as teorias jurídicas, é esclarecedor que as suas proposições derivadas, uma vez que se referem ao modo normativamente vigente, não podem ser falsificadas nem de modo algum verificadas. Mas há agora que atender aos objectivos a que se propõem as ciências: as teorias das ciências naturais devem explicar fenómenos da natureza, reconduzi-los às leis científicas mais gerais; as teorias jurídicas não devem de modo algum «explicar», mas tornar claras conexões jurídicas, especialmente proposições jurídicas ou conteúdos de regulação mais extensos num sistema – ou sistema parcelar – lógica e valorativamente isento de contradição. Isto requer a sua comprovação, não com base em quaisquer factos, mas antes com base nas normas jurídicas vigentes, nos princípios jurídicos reconhecidos e no sistema parcelar – pelo menos a princípio aceite como dado –, ao qual a teoria se deve «ajustar». As proposições derivadas (...) são comprovadas com base na sua compatibilidade com outras normas, com a teleologia da lei ou também em consequência de se são «materialmente adequadas». Sobre a unidade do sistema jurídico e o chamado “princípio da consistência do sistema jurídico” e os seus corolários, Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, A. CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, in *Digesta*, vol. 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 95-180 (em especial, 155-180), e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 260-261 (“se o sistema jurídico é construído a partir de certos princípios formais, dele mesmo também decorre um importante princípio jurídico: trata-se do princípio da consistência, ou seja, do princípio segundo o qual o sistema não pode comportar elementos inconsistentes entre si e não pode admitir elementos que não se baseiem em outros elementos do sistema”).

<sup>52</sup> PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários – Relatório cit.*, p. 222.

a ocorrência do facto habilitante da transmissão (dos direitos representados) oponível pelo adquirente em relação a terceiros<sup>53</sup>.

#### **4.2. O suporte jurisprudencial à tese da eficácia real da compra e venda de ações e o sentido e alcance da vinculatividade dos precedentes**

I. Sublinhe-se que, embora tenham surgido arestos em sentido contrário, a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores também tem dado suporte (directo ou indirecto) à tese da eficácia real da compra e venda de ações.

Por um lado, a jurisprudência tem defendido que a transmissão de ações ocorre por mero efeito do contrato, o que significa uma adesão à tese da eficácia real e uma recusa da eficácia meramente obrigacional da compra e venda de ações.

Conforme se decidiu no acórdão da Relação de Lisboa, de 07.03.1995:

“I – A propriedade das ações nominativas de uma sociedade comercial, objecto de um contrato de compra e venda transmitem-se para o adquirente por mero efeito de tal contrato.

II – A subscrição nos títulos de declaração de pertence é obrigação acessória do vendedor das ações, sendo necessária para a aquisição produzir efeitos em face da sociedade e de terceiros.”<sup>54</sup>

Por outro lado, em relação às ações ao portador, a jurisprudência tem também acentuado – e bem – que a distinção entre a titularidade da participação social (que se adquire com a mera celebração do negócio de compra e venda) e a legitimação para o exercício dos direitos sociais respectivos (que depende da entrega dos títulos) assume relevância, não significando apenas, como por vezes se quer fazer crer, a existência de uma margem (de origem e fundamento desconhecidos) para operar uma distinção entre transferência de valor mobiliário e transmissão do direito subjacente que teria sido alegadamente recusada pelo legislador (sem que se indique ou encontre qualquer vestígio nesse sentido nos trabalhos preparatórios da legislação<sup>55</sup> ou no preâmbulo do Código dos Valores Mobiliários) por querer “amarrar” a efectivação da transmissão do valor mobiliário a formalismos tipificados na lei.

Nesta linha, decidiu o acórdão da Relação de Coimbra, de 03.06.2014:

<sup>53</sup> PAULA COSTA E SILVA, “Compra, venda e troca de valores mobiliários” cit., p. 260.

<sup>54</sup> Ac. RL de 07.03.1995, Proc. 0083011 (PAIS DO AMARAL), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>55</sup> *Trabalhos Preparatórios do Código dos Valores Mobiliários*, CMVM, Dezembro – 1999.

“O que é que se transmite quando se transmitem acções tituladas?

Transmite-se – no plano subjacente, onde se situa o facto substantivo capaz de fazer operar a transmissão – a titularidade das acções; e entrega-se – no plano representativo onde se insere o facto formal/cartular capaz de transferir para outra pessoa o título de legitimação – o título em papel.

Na base e origem do circuito/transmissão, há um acordo de transmissão, geralmente designado pela expressão de contrato de negociação que constitui a justa causa *tradicionis* e tem precisamente por objecto a transmissão da propriedade do título segundo normas análogas às da transferência das coisas móveis e, com ela, da titularidade do direito nele incorporado.

Diz-se no art. 101.º/1 CVM – como é regra geral dos títulos ao portador – que as acções ao portador tituladas circulam através da *traditio*. Porém, a *traditio* não produz qualquer efeito substantivo na sucessão do direito incorporado, apenas legitimando o transmissário para exercer os direitos inerentes e para dispor do título pela lei da circulação.

A transmissão da titularidade das acções ocorre com o negócio subjacente, de acordo com as regras de direito civil (art. 408.º do CC), produzindo efeitos entre as partes, mas a sua oponibilidade à sociedade e a legitimação para efeitos de exercício dos direitos inerentes fica dependente da lei da circulação, *in casu*, da entrega das acções.

Podem pois surgir aqui – nas acções tituladas ao portador – conflitos entre a titularidade e a legitimação.

Se tiver sido celebrado negócio jurídico com efeitos translativos da titularidade das acções, o adquirente de tais acções não poderá exercer os direitos inerentes enquanto não tiver as acções em seu poder (ou registadas no depositário em seu nome), mas o transmitente, apesar de já não ser titular, continuará legitimado para exercer esses direitos.

Por outro lado, sem ter sido celebrado qualquer negócio jurídico com efeitos translativos da titularidade das acções, podem as acções/títulos ter circulado através da *traditio* (v. g., podem até ter sido furtadas ou “achadas”) e o transmissário/portador, apesar de não ser o titular da participação social, está legitimado a exercer os direitos inerentes e para dispor do título pela lei da circulação (poderá, designadamente, dar ou vender as mesmas acções/títulos e entregá-las a um terceiro, que ficará assim legitimado para exercer os direitos inerentes). (...)

Não contendo nem o CVM nem o CSC quaisquer preceitos sobre o regime substantivo da transmissão de valores mobiliários, o regime substantivo de tal transmissão (de valores mobiliários) terá de ser encontrado no C. Civil e no C. Comercial, não podendo deixar de aplicar-se o princípio consensualista, consignado no art. 408.º/1 CC (salvo as excepções previstas na lei), da transferência da titularidade por força do contrato”<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Ac. RC de 03.06.2014, Proc. 1156/05.1TBVIS-A.C1 (BARATEIRO MARTINS), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

II. Aliás, é precisamente com base na referida distinção que se tem também entendido que “na sequência da apreensão judicial das referidas ações ao portador, e da sua entrega ao Administrador da Insolvência, fica este legitimado a exercer os direitos sociais correspondentes à titularidade de tais ações”<sup>57</sup>.

De facto, por força da apreensão e entrega dos títulos, o Administrador de Insolvência não passa a ser o titular dos direitos representados pelos títulos apreendidos e que lhe foram entregues, uma vez que, ainda que tenha ocorrido a apreensão e entrega, se considera que não ocorreu qualquer facto considerado habilitante da transmissão desses direitos.

Não obstante, em obediência à distinção entre a realidade da titularidade e a realidade da legitimação, entende-se que o referido Administrador poderá exercer os direitos sociais respectivos, porque se considera que ele se encontra, em virtude da apreensão e entrega dos títulos (a realidade formal), devidamente legitimado para esse efeito.

Isto significa que, ao contrário do que por vezes se pretende fazer crer, estamos muito longe de poder afirmar a existência de uma jurisprudência estabilizada ou constante (muito menos assente num costume dos tribunais<sup>58</sup> ou que se possa dizer uniforme) em relação ao tema da eficácia da compra e venda de ações.

Para que tal sucedesse, seria necessário identificar nas decisões dos tribunais existentes sobre o tema, não só um costume jurisprudencial ou o sufragar de uma mesma orientação, como a observância de verdadeiros paradigmas ou modelos de decisão extrapoláveis, em virtude do princípio da igualdade e tendo em consideração a confiança no sistema jurídico, para outras situações<sup>59</sup>.

III. Além disso, embora os tribunais nos sistemas jurídicos continentais, ao resolverem casos concretos, acabem também por afirmar “que, no futuro, todo o caso semelhante há-de ser resolvido de acordo com a máxima assim estabelecida”, importa não esquecer os seguintes aspectos sublinhados por Karl Larenz:

- a) “Isto só vale contanto que também aqui se tenham em conta no futuro os mesmos pontos de vista, se bem que tenham que ser «ponderados» de novo, atendendo às diferenças de cada caso”;

<sup>57</sup> Ac. RC de 23.02.2011, Proc. 35/10.5TBPMS-A.C2 (CARLOS QUERIDO), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>58</sup> Sobre a relevância do costume jurisprudencial e a contraposição em relação à jurisprudência constante, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, pp. 323-325.

<sup>59</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito* cit., p. 138.

- b) “O juiz não deve aceitar de certo modo «cegamente» o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou a questão, nele correctamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto”;
- c) “Os precedentes podem contar a seu favor com uma certa presunção de correcção [embora, permanentemente susceptível de revisão]; porém o juiz não deve abandonar-se a eles sem qualquer prevenção, mas tem de fazer um juízo próprio, pelo menos quando surjam dúvidas sobre a correcção do precedente”;
- d) “O precedente, como tal, não é «vinculante», apenas a máxima de decisão nele expressa, só e enquanto se refere a uma interpretação «acertada» ou à integração das normas, ou concretiza um princípio jurídico de modo paradigmático”;
- e) “Se, nestes termos, tão-pouco os tribunais estão vinculados aos precedentes (...), cabe entretanto perguntar se não tem o seu próprio peso determinante o facto de um tribunal superior ter já resolvido num certo sentido uma determinada questão jurídica sobre a qual são possíveis diferentes opiniões, sobretudo a existência de uma jurisprudência constante. É imaginável que os particulares, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, tenham tomado medidas e proposto determinados negócios jurídicos. Ora, se a jurisprudência muda, sem que tal fosse previsível, podem advir para eles, por esse motivo, sérios inconvenientes. (...) Mas com isso não está, todavia, resolvida a questão. Nos casos de «ruptura ético-jurídica», (...) o tribunal já não podia voltar atrás em relação ao princípio por ele estabelecido sem gravíssima quebra da confiança. Em tais casos, pode aceitar-se uma imediata vinculação, sem que tivesse que se esperar, primeiramente, pela formação de um Direito consuetudinário. Mas em tudo o mais tem que ser suficiente que os tribunais, no caso em que intentem desviar-se de uma jurisprudência, tenham também em conta a confiança na permanência dessa jurisprudência. Quando essa confiança exista em considerável medida, só se desviarão na medida em que o desvio se lhes afigure indubitavelmente como obrigatório”<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* cit., pp. 610-618.

Em relação ao problema da eficácia da compra e venda de acções, embora existam precedentes relevantes e identificáveis no sentido da tese da eficácia meramente obrigacional, como acima se deu nota, o certo é que tais arestos, além de se basearem numa interpretação deficientemente fundamentada da vigência do princípio da consensualidade no ordenamento jurídico português e que não tem em consideração argumentos relevantes que põem em causa a referida tese, não exprimem uma jurisprudência que se possa dizer duradoura sobre o tema e à qual os tribunais, por razões de confiança, se devam de alguma forma sentir vinculados nas decisões de casos concretos<sup>61</sup>.

Aliás, não raras vezes é possível verificar que os pressupostos subjacentes aos arestos convocados em suporte da tese da eficácia meramente obrigacional da compra e venda de acções não são totalmente coincidentes com os pressupostos assumidos pelas partes (o de pretenderem e terem expressamente manifestado a vontade de a titularidade das acções se transmitir por mero efeito do contrato de compra e venda que celebraram), o que significa que existem e subsistem boas e suficientes razões para afastar qualquer pretensa vinculatividade decorrente daqueles precedentes jurisdicionais que são convocados em apoio daquela tese.

De resto, a vinculação ao precedente não tem – mesmo onde este possa ser considerado relevante – o alcance que por vezes lhe é atribuída<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Tanto assim é que, recentemente (Ac. STJ de 21.03.2017, Proc. 427/13.8TVLSB.L1.S1 (FONSECA RAMOS), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), se reconheceu que bastaria uma sentença em acção de execução específica de contrato-promessa de compra e venda de acções ao portador para se verificar o efeito translativo do contrato, decidindo-se que: a) “a execução específica de um contrato de compra e venda opera os efeitos translativos do contrato – arts. 874.º e 879.º do Código Civil – mesmo tendo por objecto acções tituladas ao portador, transmissão que ocorre fora do mercado bolsista, ficando o negócio a produzir os seus efeitos independentemente de não ocorrer simultaneidade entre o pagamento do preço e a entrega dos títulos”; b) “Tal sentença supre a declaração de vontade do promitente comprador em mora e opera eficácia translativa imediata da titularidade de tais acções, não carecendo a perfeição negocial do contrato, de quaisquer outras formalidades, mormente, a prevista no art. 101.º do Código de Valores Mobiliários, que impõe a efectiva entrega dos títulos ao adquirente”. Se a sentença de acção de execução específica (que substitui as declarações de ambas as partes) opera o efeito translativo da titularidade das acções, essa solução será também de seguir quando se trate, não de contrato-promessa, mas de verdadeiro contrato de compra e venda de acções.

<sup>62</sup> KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* cit., p. 614: “O tribunal há-de ocupar-se sempre de um caso determinado e tem que encarregar-se dos casos que lhe são submetidos para resolução; não pode logo a seguir passar por alto as repercussões que um princípio por ele aceite haverá de ter em grupos de casos comparáveis, mas, por sua vez distintos, quais as restrições, diferenciações ou também correcções que podem, por isso, ser necessárias. Tem que se evitar que o processo de ulterior esclarecimento, desenvolvimento e precisão, que só pode ter lugar em relação a outros grupos de casos, seja rompido demasiado depressa pelo comprometimento imediato em relação a

Os precedentes judiciais, ainda que possam alcançar uma vigência fáctica ou efectividade análoga à da lei, o que não é o caso no nosso sistema, não se encontram dotados de uma validade normativa que se imponha de forma vinculativa ou represente uma exigência de cumprimento em situações futuras, havendo apenas que atender a alguns princípios que limitam (mas não excluem) um eventual afastamento do juiz em relação à solução anteriormente adoptada<sup>63</sup>.

IV. Portanto, a compra e venda de acções parece integrar no ordenamento jurídico português, tal como a compra e venda comum, um verdadeiro contrato real *quoad effectum*<sup>64</sup>, dando-se assim a transmissão da titularidade das acções por mero efeito da celebração do contrato (artigos 408.º e 879.º do Código Civil).

um precedente ou que seja dirigido numa falsa direcção. Mas era o que aconteceria necessariamente se se quisesse atribuir a todo o precedente a autoridade e vinculatividade de uma lei. Os precedentes e o «Direito judicial» deles procedentes podem, por isso, se os tribunais os seguem e o tráfego jurídico se orienta por eles, conseguir a mesma vigência fáctica ou efectividade que uma lei. Em contrapartida, a validade normativa, no sentido de vinculatividade – quer dizer, uma exigência que devem cumprir os tribunais, os órgãos administrativos e, finalmente, os indivíduos – não lhes cabe em regra”. E, como refere KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 366, “naturalmente, tal como entre as diferentes disposições da lei, também entre as diferentes decisões prejudiciais podem surgir contradições que põem o juiz perante a questão de saber a qual dos precedentes ele deverá dar preferência, ou se porventura, em vista da contradição, ele não ficará liberto de todo e qualquer vínculo”.

<sup>63</sup> FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito* cit., p. 659: “Como é óbvio, os limites da argumentação possível, relativamente à vinculatividade dos (tantas vezes paulatinamente instituídos) precedentes jurisdicionais (e da atrás referida perspectiva adoptada), são bem mais amplos do que, v. gr., a respeito das normas, podendo, esquematicamente, reduzir-se às duas regras enunciadas por R. ALEXI: 1) “quando um precedente puder ser invocado a favor ou contra uma decisão, deve o mesmo ser alegado”; e 2) “aquele que pretender afastar um precedente tem o ónus da contra-argumentação”. Ou, por outras palavras: a mencionada vinculatividade radica, práctico-normativamente, nos princípios da igualdade de tratamento e da segurança através do direito (com o seu importante corolário da salvaguarda de uma criteriosamente fundamentada confiança das pessoas), e, pragmaticamente, no princípio da inércia (segundo o qual – e na expressiva terminologia anglo-americana – se deve procurar respeitar, sempre que possível, o imperativo “of not departing from like decisions in like cases without very good reasons”) – o que vale por dizer que não deve capitular-se a uma pura hermenêutica historicista, sem dúvida criticável, impondo-se antes pensar o problema em referência a exigências práctico-normativas significativas, centradas no mérito autónoma e criteriosamente reconhecido aos casos-relata”.

<sup>64</sup> Nesta linha, decidiu o Ac. STJ de 16.06.1972, Proc. 064077 (FERNANDES COSTA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “A propriedade de acções nominativas objecto de um contrato de compra e venda transmite-se para o adquirente por mero efeito do contrato, não sendo exacto que a transmissão só se verifique através do pertence.”

E, na linha da doutrina tradicional e de alguma doutrina mais recente, deverá entender-se que o cumprimento das formalidades previstas no Código dos Valores Mobiliários para as ações escriturais ou ações tituladas constitui um mero requisito de legitimação do adquirente para o exercício dos respectivos direitos sociais, não beliscando (em nada) a validade e a ocorrência da transmissão da titularidade das ações, que se dá apenas e por mero efeito do contrato.

Lisboa, 01 de Junho de 2017



# *Responsabilidade civil das autoridades de supervisão e regulação financeira\**

PROF. DOUTOR RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE\*\*

SUMÁRIO: 1. O Estado regulador. 2. Regulação e supervisão. 3. As entidades independentes na estrutura da Administração. A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. 4. Responsabilidade civil por supervisão omissa ou deficiente. Grupos de lesados. 5. Conclusões.

## **1. O Estado regulador**

Os processos de liberalização económica e reprivatização verificados a partir da década de 80, provocaram uma redução considerável do papel do Estado enquanto empresário e prestador directo de bens e serviços, desencadeando o correspondente alargamento da intervenção empresarial privada. Deste modo, as funções económicas do Estado sofreram modificações importantes, assumindo sobretudo um carácter de controlo e vigilância das actividades económicas que antes eram essencialmente exercidas por intermédio de empresas públicas. Nasce assim o chamado Estado-regulador que intervém indirectamente na economia, chamando a si a elaboração de regras de conduta que se propõem disciplinar o exercício das empresas e actividades reguladas.

Um dos mais importantes instrumentos dessa intervenção indirecta do Estado reside precisamente na criação das chamadas autoridades administrativas

\* Este estudo corresponde à comunicação sobre o mesmo tema, apresentada na sessão de encerramento do XV Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito do Consumo sobre *A Protecção do Consumidor de Serviços Financeiros*, que se realizou no dia 22 de Junho de 2017. O Curso foi organizado pelo IDC – Associação para o Estudo do Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\*\* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

independentes. Como estas entidades, além das funções de regulação e dos poderes sancionatórios que lhes cabem, ainda têm competências de supervisão, cumpre estabelecer a distinção entre as noções de regulação e supervisão que, embora empregues por vezes de forma sobreposta, devem ser autonomizadas, como aliás resulta do artigo 353.º, CMVM que, a propósito das atribuições da Comissão, separa expressamente as funções de regulação das competências de supervisão<sup>3</sup>.

## 2. Regulação e supervisão

A regulação consiste em termos nucleares na definição do enquadramento normativo que rege a actividade das instituições reguladas e o funcionamento dos mercados, podendo ter lugar através da emissão de avisos, instruções, cartas circulares, recomendações e determinações específicas.

Por seu lado, a supervisão fiscaliza o cumprimento das regras prudenciais e de conduta, assim como dos padrões e das boas práticas aplicáveis, vigiando e controlando pessoas, actos e documentos e pode traduzir-se em autorizações, licenças, proibições, medidas de reestruturação, registos e outras, de forma a prevenir, descobrir e perseguir actuações ilícitas e evitar ou remediar perturbações de mercado. Deste modo, a regulação precede necessariamente a supervisão, uma vez que se reporta à elaboração das normas regulamentares e dos actos quase-normativos (*soft law*), cujo cumprimento é fiscalizado posteriormente pelo exercício da supervisão<sup>4</sup>.

A supervisão bifurca-se em comportamental e prudencial. A supervisão comportamental (artigos 73.º e seguintes, RGICSF) controla fundamentalmente a actuação das instituições de crédito e financeiras nas relações que estabelecem com o público e, em especial, com os seus clientes, em matéria de comercialização a retalho de produtos e serviços financeiros, com especial incidência no cumprimento dos deveres de informação sobre as respectivas

<sup>3</sup> É o caso de VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 14 ss e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2016, p. 1083, para quem a supervisão é a designação tradicional da regulação dentro do sector bancário. Essa indistinção por vezes também resulta da lei, como sucede com os poderes de supervisão do Banco de Portugal atribuídos pelo artigo 76.º, RGICSF, os quais são verdadeiros poderes de regulação normativa.

<sup>4</sup> Sobre a distinção entre os conceitos de regulação e supervisão, PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2011, pp. 261-262 e FERNANDA MAÇÃS, “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho, Vol. I, p. 429.

características (artigo 77.º, RGICSF). Os procedimentos típicos da supervisão comportamental consistem na fiscalização sistemática da informação reportada pelas instituições, na realização de acções de inspecção e na análise das reclamações apresentadas pelos clientes<sup>5</sup>.

Por sua vez, a supervisão prudencial (artigos 91.º e seguintes, RGICSF) fiscaliza a segurança e a estabilidade das instituições de crédito, analisando as suas contas e o cumprimento de rácios e limites pré-fixados, por forma a garantir a segurança dos fundos confiados às instituições, através de uma gestão sã e prudente que cumpra níveis adequados de liquidez e solvabilidade. As normas prudenciais intervêm a quatro níveis, dispondo sobre (i) capital, fundos próprios e reservas, (ii) ratio de solvabilidade e riscos, (iii) idoneidade dos detentores de participações qualificadas e (iv) aquisição de imóveis e outros activos imobiliários.

### **3. As entidades independentes na estrutura da Administração. A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras**

Estes poderes de regulação e supervisão estão confiados a entidades administrativas independentes, cuja criação por lei está prevista no artigo 267.º, n.º 3, CRP.

As entidades administrativas independentes dão corpo a uma realidade jurídica própria na estrutura da Administração, que se distingue da administração directa e indirecta, assim como da administração autónoma do Estado. Essa diferenciação resulta com particular clareza do artigo 199.º, alínea d), CRP que, a propósito da competência administrativa do Governo, não faz qualquer referência à administração independente, ao contrário do que sucede com os restantes níveis da Administração, relativamente aos quais se diz que compete ao Governo dirigir os serviços e a actividade da administração directa, exercer poderes de superintendência e tutela sobre a administração indirecta e exercer poderes de tutela sobre a administração autónoma. “*A contrario sensu*”, deduz-se que não é concedido ao Governo qualquer poder administrativo sobre as entidades independentes, facto que atesta a sua independência, actuando sem sujeição a quaisquer ordens ou instruções. Os únicos elementos que as ligam ao

<sup>5</sup> A supervisão comportamental do Banco de Portugal abrange os depósitos bancários, crédito à habitação, crédito aos consumidores, crédito a empresas e outros créditos (excepto os que tenham por finalidade o financiamento de operações sobre instrumentos financeiros) e os instrumentos de pagamento (incluindo cartões, transferências, cheques e débitos directos).

Estado decorrem de serem criadas por lei, da sua natureza jurídica de pessoas colectivas de direito público e de prosseguirem o interesse público.

Estas autoridades têm a designação legal de entidades reguladoras que lhes foi dada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprovou a respectiva Lei-Quadro. As entidades reguladoras do sector financeiro, entendido em sentido amplo de modo a compreender o sector bancário, segurador e dos valores mobiliários, que se regem por esta Lei, são a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões e a CMVM (artigo 3.º, n.º 3, alíneas *a* e *b*) da Lei n.º 67/2013; por seu lado e conforme dispõe o artigo 3.º, n.º 4 do mesmo diploma, a Lei-Quadro não se aplica ao Banco de Portugal, que se rege por legislação própria<sup>6</sup>.

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Lei-Quadro, as entidades reguladoras são pessoas colectivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, que prosseguem atribuições em matéria de regulação da actividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social.

Entre o regime jurídico que lhes é aplicável nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea *b*), da Lei-Quadro, destaca-se, para os efeitos que aqui interessam, a Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (LRCEE).

#### **4. Responsabilidade civil por supervisão omissa ou deficiente. Grupos de lesados**

I. A responsabilidade civil administrativa em que estas entidades podem incorrer funda-se de forma basilar na prática de actos ilícitos e culposos e está estabelecida nos artigos 7.º a 10.º da LRCEE, cabendo efectuar uma distinção basilar conforme haja, por um lado, culpa leve ou, por outro, dolo ou culpa grave.

Se houver culpa leve, há responsabilidade exclusiva do Estado nos termos do artigo 7.º n.º 1; caso exista dolo ou culpa grave, a responsabilidade do Estado é solidária com o titular do órgão, funcionário ou agente, conforme prevê o

<sup>6</sup> As entidades reguladoras que, além da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões e a CMVM, estão abrangidas pela Lei-Quadro, são a Autoridade da Concorrência, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Autoridade Nacional de Comunicações, Autoridade Nacional da Aviação Civil, Instituto da Mobilidade e dos Transportes, Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos e Entidade Reguladora da Saúde.

artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, havendo exercício obrigatório do direito de regresso por parte do Estado por força do disposto no artigo 8.º, n.º 3<sup>7</sup>.

Com respeito à ilicitude da actuação, a lei prevê duas modalidades.

A primeira variante consiste na violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou na infracção de regras técnicas ou de deveres objectivos de cuidado, de que resulte a ofensa de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos (artigo 9.º, n.º 1, LRCEE)<sup>8</sup>.

A segunda modalidade de ilicitude assenta na lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos que derive, nos termos conjugados do artigo 7.º n.ºs 3 e 4 e artigo 9.º, n.º 2, do funcionamento anormal do serviço, o qual se verifica quando fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos, em face das circunstâncias e dos padrões médios de resultado<sup>9</sup>.

Em termos de culpa, o elemento do regime legal que justifica realce especial reside nas duas presunções de culpa leve estabelecidas no artigo 10.º, n.ºs 2 e 3. No primeiro caso, a presunção aplica-se à prática de actos ilícitos e no segundo reporta-se ao incumprimento dos deveres de vigilância.

II. O cerne da responsabilidade civil dos reguladores/supervisores reside justamente na *culpa in vigilando*, ou seja, situações em que a autoridade reguladora, violando as respectivas atribuições ou exercendo indevidamente as suas competências legais, omitiu ou cumpriu deficientemente o seu dever de fiscalizar certos actos ou actividades dos supervisionados e, em resultado de actuações ilícitas destes, foram causados prejuízos a terceiros. A responsabilidade dos supervisores deriva assim em primeira linha da violação de normas legais destinadas à protecção dos clientes das instituições de crédito e financeiras em geral (artigo 483.º, n.º 1, segunda parte, CC, que corresponde ao artigo 9.º, n.º 1, *in*

<sup>7</sup> Do direito de regresso obrigatório do Estado ou de outra pessoa colectiva contra os titulares dos órgãos, funcionários e agentes, exceptua-se o Banco de Portugal, porquanto o artigo 12.º, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, estabelece que a responsabilidade civil dessas pessoas apenas pode ser efectivada mediante acção de regresso do Banco se a gravidade da conduta do agente o justificar, salvo se a mesma constituir crime.

<sup>8</sup> Por comparação com a fórmula congénere do artigo 483.º, n.º 1, CC, o artigo 9.º, n.º 1, LRCEE, exprime uma clara influência da doutrina da ilicitude da conduta, ao estabelecer que as ofensas de direitos e interesses legalmente protegidos não são ilícitos em si mesmo mas apenas quando resultem da violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado. Sobre este assunto, RUI ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfico*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 1104.

<sup>9</sup> Sobre ambas as modalidades de ilicitude, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa*, Lisboa: Dom Quixote, 2008, pp. 20-21.

*fine*, da Lei n.º 67/2007), sem prejuízo de poderem ser eventualmente atingidos direitos subjectivos dos lesados<sup>10</sup>.

Entre os diversos pressupostos da responsabilidade civil, o nexó causal é aquele que se afigura de existência mais problemática, na medida em que, além da falta ou deficiência de supervisão, houve ainda uma actuação ilícita e culposa do supervisionado que provocou directamente danos a terceiros no âmbito da relação bancária. A falha da supervisão não é assim a única causa da lesão mas antes uma *concausa*, que figura ao lado do responsável primário.

Apesar desta inegável complexidade, pode afirmar-se a existência de causalidade em segundo grau, tomando em consideração que estas entidades estão adstritas a especiais obrigações de garantia que se traduzem em deveres de agir que prosseguem o interesse público, consubstanciado por um lado na protecção do sistema financeiro e, por outro, na defesa dos investidores contra comportamentos ilícitos dos supervisionados. Importa assim demonstrar que o cumprimento destes deveres pelo supervisor teria idoneidade para impedir que o terceiro sofresse os danos que lhe foram directamente causados pela actuação do supervisionado.

Havendo concurso de responsabilidades entre supervisor e supervisionado, aplica-se o disposto no artigo 10.º, n.º 4, LRCEE, que remete para o artigo 497.º, n.º 1, CC, o qual estabelece a responsabilidade solidária dos vários responsáveis.

III. As pessoas prejudicadas pela supervisão omissa ou deficiente podem pertencer a vários grupos de lesados<sup>11</sup>.

Em primeiro lugar, a responsabilidade pode ser exigida pelos próprios regulados, perante danos causados por actos regulatórios excessivos ou imprudentes que lesem direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos, como a lesão do bom nome e reputação (artigo 484.º, CC), derivada da violação do dever de reserva ou sigilo dos reguladores durante as investigações levadas a cabo. Pode ainda haver limitação ilícita de actividades ou da profissão reguladas, bem como ilicitude de buscas e apreensões de valores e a suspensão ou revogação de autorizações, quando outros remédios menos drásticos pudessem ser utilizados.

<sup>10</sup> Se no caso da supervisão comportamental essa tutela é indiscutível, também com respeito à supervisão prudencial pode descortinar-se em segunda linha a protecção dos interesses dos aforradores e investidores individualmente considerados, por via do objectivo de assegurar a segurança das poupanças, definido no artigo 101.º, CRP.

<sup>11</sup> Trabalhando várias hipóteses neste contexto, LUÍS GUILHERME CATARINO, “O novo regime da administração independente: quis custodiet ipsos custodes?”, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, FDUC, CEDIPRE 16, 2014, pp. 36-37.

Embora os reguladores actuem ao abrigo de normas permissivas, essa causa de exclusão de ilicitude pode ser removida, caso exista abuso de direito. Além disso, em caso de actuações lícitas, resta ainda a possibilidade de haver uma indemnização pelo sacrifício, admitida pelo artigo 16.º da LRCEE.

Em segundo lugar, temos os depositantes e investidores lesados por falhas de supervisão, que lhes causem danos concretos, decorrentes, por exemplo, da aquisição de posições de controlo de bancos por quem não dava garantias de gestão sã e prudente, da morosidade excessiva na tomada de medidas de regulação preventivas ou repressivas ou da passividade ante denúncias. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o regulador ter sido informado previamente pelo director de uma empresa financeira sobre a manipulação das taxas Libor ou Euribor por grandes bancos e nada ter feito durante anos, caso em que se deve afirmar a responsabilidade civil do regulador se houver danos causados por tal omissão; de igual modo, se houver deficiente informação aos clientes sobre, por exemplo, as características de instrumentos financeiros complexos, definidos como aqueles que, assumindo embora a forma jurídica de um instrumento financeiro já existente, têm características que não são directamente identificáveis com as desse instrumento, em virtude de terem associados outros instrumentos de cuja evolução depende, total ou parcialmente, a sua rendibilidade (artigo 2.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro).

Em terceiro, surgem os próprios accionistas das empresas supervisionadas, cujas participações sejam desvalorizadas e alienadas em condições desvantajosas provocadas por falhas de supervisão. Contudo, a este respeito, as opiniões dividem-se, havendo doutrina que recusa a sua indemnização, por considerar que nesse caso haveria um duplo e indevido ressarcimento dos accionistas que, além dessa reparação, beneficiariam indirectamente da indemnização prestada à sociedade<sup>12</sup>.

Não se afigura porém que exista duplo ressarcimento, em virtude de se tratar de danos distintos suportados por diferentes massas patrimoniais que são encabeçadas pelas respectivas pessoas jurídicas. Se nos ativermos, como hipótese de trabalho, aos danos que tipicamente se produzem neste contexto, a lesão de reputação eventualmente provocada à empresa regulada, com a consequente quebra do volume de negócios, não se confunde com a menos-valia que possa atingir as cotações das acções, repercutindo-se no seu valor de alienação.

<sup>12</sup> É o caso de CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado, Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 171-172 e MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade civil das entidades reguladoras*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, p. 121.

## 5. Conclusões

As autoridades de supervisão são entidades administrativas independentes, com a natureza de pessoas colectivas de direito público, que exercem funções de regulação económica e financeira, constitucionalmente confiadas ao Estado.

Estas entidades podem incorrer em responsabilidade civil administrativa extracontratual, regulada pela Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro, designadamente, por praticarem factos ilícitos e culposos derivados de erros, falhas ou omissões cometidas no exercício das suas competências de regulação e supervisão ou por funcionamento anormal do serviço, nos termos do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma<sup>13</sup>.

Em primeiro lugar, a responsabilidade das entidades supervisoras pode afirmar-se perante as próprias empresas supervisionadas, caso, por exemplo, a sua reputação no mercado seja prejudicada por procedimentos excessivos ou abusivos ou que violem os deveres de reserva que impendem sobre os supervisores.

Por outro lado, as autoridades de supervisão podem ser chamadas a responder pelos danos que indirectamente causem a depositantes ou investidores em geral, por deficiente acompanhamento ou vigilância das más práticas comerciais das empresas supervisionadas, no seu relacionamento com os respectivos clientes, nomeadamente, por manipulação de mercado ou inobservância dos deveres de informação sobre as características dos produtos e serviços financeiros que comercializem.

Por fim, os supervisores podem também responder perante os accionistas das empresas cotadas que alienem as suas participações com prejuízo, em virtude de falhas de supervisão que tenham provocado a depreciação injustificada das respectivas cotações.

<sup>13</sup> Embora em situações excepcionais, não seja de excluir a viabilidade da imputação pelo sacrifício, nos termos do artigo 16.º, LRCEE.

# *Dar a César e a Deus: As questões tributárias (e outras) na Idade Média*

MESTRE RUI MARQUES\*

SUMÁRIO: 1. *Em jeito de prólogo*. 2. *As questões tributárias*. 3. *As investidas*. 4. *A crise de 1383-1385 e a obediência ao Papa*. 5. *Uma teocracia?*

## **1. Em jeito de prólogo**

Na configuração imposta pelo legislador constitucional em Portugal, desde 1976, o Estado é laico. Valendo-nos do ensinamento de Jorge Miranda, Estado *laico* é aquele que não assume tarefas religiosas e adopta um posicionamento de neutralidade quanto a tais matérias, embora reconhecendo o papel da religião e dos diversos cultos<sup>1</sup>. Segundo este grande constitucionalista, a Constituição de 1976 veio «*garantir a liberdade religiosa sem aceção de confissões e sem quaisquer limites específicos*», assegurando que a separação «*serve essencialmente de garantia da liberdade e da igualdade*», mas, expressamente, «*não declara Portugal um Estado laico, ao invés do que fazem outras Constituições*»<sup>2</sup>.

São hoje limites materiais de revisão constitucional a separação das Igrejas do Estado e a liberdade de consciência, de religião e de culto [artigo 288.º, alíneas c) e d), da Constituição da República Portuguesa]<sup>3</sup>. O mesmo é dizer, o Estado de Direito Democrático não abdica desses valores, como absolutos, sob pena de deixar de o ser, e tanto assim é que a liberdade de consciência e

\* Doutorando em Direito Fiscal na Faculdade de Direito de Lisboa.

<sup>1</sup> JORGE MIRANDA, *Estado, liberdade religiosa e laicidade*, Gaudium Sciendi, n.º 4, Julho de 2013, Universidade Católica Sociedade Científica, p. 28.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>3</sup> Veja-se também o artigo 41.º.

de religião são insusceptíveis de suspensão, mesmo em estado de sítio ou de emergência (artigo 19.º).

De não menos importância, surge garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei (artigo 41.º, n.º 5). Ademais, o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes religiosas e o ensino público não é confessional (artigo 43.º, n.ºs 2 e 3).

Em face do antedito, a solução constitucional democrática saída de 1976 aparta-se de um Estado *laicista* (como tivemos na Primeira República), nas palavras de Jorge Miranda, caracterizado este último por uma «desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária e, porque imbuído de pressupostos filosóficos ou ideológicos (o positivismo, o cientismo, o livre pensamento ou outros), acaba por pôr em causa o próprio princípio da laicidade»<sup>4</sup>.

Em suma, encontram-se asseguradas a liberdade religiosa, sem peias, a autonomia das Igrejas ou comunidades religiosas bem como a paridade entre as várias confissões religiosas, como aspectos estruturantes da laicidade do Estado de Direito Democrático. Intrinsecamente ligadas, todas elas, ao princípio da igualdade (artigo 13.º, n.º 2).

Com o advento das revoluções liberais, ocorridas entre os séculos XVII e XIX, as ideias iluministas fizeram o seu caminho no Mundo Ocidental, estas numa fé inabalável na Razão humana, consorte da contestação à religião preponderante, vista como concepção tradicional. Assim, chegados ao nosso tempo, muitas das Constituições ocidentais, como sucede em Portugal desde 1976, acolhem a previsão da *laicidade* do Estado como princípio estruturante.

No entanto, cumpre rememorar, durante a Monarquia portuguesa, a política e a religião ou, dito de outro modo, *regnum e sacerdotium* bastas vezes foram tudo menos realidades necessariamente entendidas, ao contrário do que por vezes é pressuposto.

Desde logo importará ter presente que até à Idade Moderna a situação de facto impôs uma coabitação e concorrência de vários “poderes”, a que subjazeria, de um modo geral, uma identificação entre política e religião, entre comunidade política e comunidade religiosa. O que, já se antevê, foi ensejo de muitas e graves tensões, pela Europa, e em Portugal, entre o monarca e a Igreja, seja os dignitários eclesásticos nacionais, as ordens religiosas militares – em Portugal, pelo seu papel muito relevante na reconquista e povoamento do Sul, receberam grandes doações do Rei com o encargo da obediência – ou mesmo

<sup>4</sup> JORGE MIRANDA, *Estado, liberdade religiosa e laicidade*, Gaudium Sciendi, n.º 4, Julho de 2013, Universidade Católica Sociedade Científica, p. 28.

o próprio Papa, como, entre muitos episódios, sucedeu na retirada de poderes a D. Sancho II («O Capelo»)<sup>5</sup>.

Pelo que, «é no Renascimento que se estrutura o *Ocidente dos Estados*: cada um destes é uma entidade dotada de um poder que não reconhece igual na ordem interna nem superior na ordem externa, poder chamado soberania» (Adriano Moreira)<sup>6</sup>. No entanto, acompanhamos António Manuel Hespanha quando este salienta que o poder político continuou, ainda assim, muito repartido nas sociedades modernas: «Com o poder da coroa coexistiam o poder da Igreja, o poder dos concelhos ou comunas, o poder dos senhores, o poder de instituições como as universidades ou as corporações de artífices, o poder das famílias<sup>7</sup>.

Sem prejuízo de que, como nos adverte Diogo Freitas do Amaral, a História das Ideias está, muitas vezes, décadas ou séculos avançada para a realidade dos factos, dos comportamentos e até das mentalidades, sendo fundamental manter esta lição sempre presente, sobretudo ao estudar as doutrinas dos últimos séculos<sup>8</sup>.

Historicamente, o Cristianismo surgiu livre do “Estado” (primeiro judaico e depois romano), porque incompatível com a religião do César, que exige culto ao imperador e aos ídolos, e forjado em perseguições e martírios<sup>9</sup>. Depois, sobretudo a partir do Édito de Tessalónica (380 d.C.), em que Teodósio estabeleceu o Cristianismo como religião oficial no Império Romano, mas com domínio do poder político (*cesaropapismo*), foi-se construindo uma larga história

<sup>5</sup> Na Europa, o rol de excomunhões e deposições é extenso: Frederico II, Imperador do Sacro Império Romano-Germânico («*Stupor Mundi*»), herdeiro do trono de Jerusalém e bisavô da Rainha Santa Isabel; Lotário II, da Lotaríngia; Roberto, de França; Henrique IV, Frederico Barbarruiva e Otão IV, imperadores germânicos; João Sem Terra, de Inglaterra (Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *D. Afonso III, O Bolonhês (1212-1279): Um grande Homem de Estado*, Bertrand Editora, Lisboa, pp. 48-49).

<sup>6</sup> ADRIANO MOREIRA, *Teoria das Relações Internacionais*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 291.

<sup>7</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *As Estruturas Políticas em Portugal na Época Moderna*, História de Portugal (org. de José Tengarrinha), Instituto Camões – EDUSP – EDUSC, Lisboa-São Paulo, 2001, pp. 139-166.

<sup>8</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 184.

<sup>9</sup> De acordo com a tradição patrística, ao tempo de Nero e nas imediações de Roma, Pedro, sucessor de Cristo, terá sido crucificado de cabeça para baixo a pedido aos algozes, por lhe parecer não ser digno de morrer como seu Mestre, conforme representado por Caravaggio na sua *Crocifissione di san Pietro*. Nas palavras de Suetónio (*De vitis Caesarum*), o Cristianismo aparece como uma *superstitio nova et malefica*. Os séculos I a III d.C. ficaram mesmo conhecidos por *Era dos Mártires*, podendo esta ser conhecida pela mão de Eusébio de Cesareia, na sua *Historia Ecclesiastica*.

de tensões entre os poderes secular e eclesiástico<sup>10</sup>, com as suas instituições zelosas da sua autonomia, sem embargo dos múltiplos exemplos de grande identificação ou cooperação.

Conforme assinalado por Hannah Arendt, «A política cristã enfrentou sempre uma dupla tarefa: primeiro, garantir que embora possa influenciar a política secular, o espaço não-político onde os fiéis se reúnem está ele próprio a salvo de influências exteriores; segundo, impedir que o seu lugar de reunião se torne um lugar de manifestação e transforme assim a Igreja em mais um poder secular e mundano, entre outros»<sup>11</sup>.

Nas linhas que se seguem ofereceremos o nosso modesto contributo para o tema das relações entre o Estado e a Igreja durante o período histórico em que a esfera política e a esfera religiosa terão conhecido uma maior sobreposição, a que corresponderam não menos tensões. Aflorando as questões tributárias e outras.

## 2. As questões tributárias

Na síntese de Marcello Caetano, a formação e primeiros séculos da nacionalidade portuguesa terão sido marcados por questões tributárias entre a Coroa e a Igreja, em duas espécies: «as autoridades civis não queriam pagar os tributos devidos à Igreja e, por outro lado, os seus agentes pretendiam cobrar dos clérigos tributos de que estes se consideravam isentos por lei, costume ou foral»<sup>12</sup>.

Logó no Antigo Testamento encontramos o tema do tributo “religioso”, seja no encontro de *Abraão* com *Melquisedec* (*Génesis*, 14, 17-24) – imortalizado por Gregório Lopes, pintor régio de D. Manuel I e de D. João II -<sup>13</sup>, seja no sonho de Jacob em Betel (*Idem*, 28, 10-22). O que nos auxilia na compreensão da relação entre a religião e a política.

Mas, mais importante, aos cristãos é dito «*Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*» (Marcos 12,13-17), com mestria retratado por *Peter Paul Rubens* na sua obra *The Tribute Money*<sup>14</sup>. Rememore-se que, no julgamento por

<sup>10</sup> Com *identificação* entre o Estado e religião (teocracia ou cesaropapismo), *sem identificação* – sobre a forma de união (clericalismo ou regalismo, ou autonomia relativa) ou de separação (relativa ou absoluta) – ou mesmo oposição (Estado laicista). Nesta esquematização das relações entre Estado e confissões religiosas, tal como as revelam a História e o Direito comparado, seguimos JORGE MIRANDA, *Estado, liberdade religiosa e laicidade*, p. 22 e ss.

<sup>11</sup> HANNAH ARENDT, *A promessa da Política*, Relógio D'Água, Lisboa, 2005, p. 120.

<sup>12</sup> MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, Vol. I, Verbo, Lisboa, 1992, p. 290.

<sup>13</sup> O painel a óleo encontra-se na Igreja de São João Baptista (Tomar).

<sup>14</sup> Fine Arts Museums of San Francisco (Legion of Honor, Lincoln Park).

Pôncio Pilatos, Jesus veio a ser acusado de promover a resistência aos impostos demandados por César (Lucas, 23, 1-2), ou seja, apenas sendo dirigida uma incriminação de carácter estritamente político, numa tentativa de o apresentar ao procurador romano como um agitador nacionalista e rebelde contra a autoridade romana.

No aforismo «*Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*» residirá uma sinopse da relação do Cristianismo com a autoridade secular cuja separação ou dualidade são extremadas por Cristo com a revelação de que «*O meu Reino não é deste mundo*» (João, 18, 36). Na mesma altura de São Lucas, o também apóstolo Paulo de Tarso escreve que Deus é a única e verdadeira fonte da autoridade, donde que segue para todos o dever de consciência de obedecer às autoridades legítimas, ainda que pagãs, onde se inclui o pagamento dos impostos (*Epístola aos Romanos*, 13, 1-8), pois a abolição terrena está prevista para o fim dos tempos (*Primeira Epístola aos Coríntios*, 15, 24).

Decorridos cerca de dois séculos, Tertuliano interpreta aquele aforismo de Jesus como a imagem de César, que está na moeda, a César, e a imagem de Deus, que está no homem, a Deus. Ademais, questionando, numa tradução livre: «dando a César o dinheiro e a Deus, a si mesmo, pois, de outra forma, o que será de Deus, se todas as coisas são de César?»<sup>15</sup>.

É sabido, a cunhagem de moeda é uma das importantes prerrogativas de qualquer poder político, fazendo prova de soberania<sup>16</sup>: «*De quem é esta efigie e esta inscrição?*», perguntara Jesus aos fariseus e herodianos, quando lhe trouxeram uma moeda, para que lhes dissesse se era ou não lícito pagar o tributo a César.

Na sua contenda com a mãe, D. Teresa, o Infante D. Afonso Henriques tinha ao seu lado D. Paio Mendes, Arcebispo de Braga<sup>17</sup>, ambos pretendendo a independência face a Toledo, antiga capital do reino visigodo, onde se concentravam o centro político e religioso da Hispânia<sup>18</sup>. Pouco antes da decisiva batalha de São Mamede (1128), os dois lavraram um importante acordo<sup>19</sup> em que o Infante, «*ut tu sis adiutor meus*», a troco de uma ajuda sem falhas, promete assim que vier a assumir as rédeas do Condado a ampliação dos limites do Couto de Braga, a atribuição ao Arcebispo das funções de capelão-mor e

<sup>15</sup> TERTULIANO, *De Idolatria*, 15, 3.

<sup>16</sup> Nas palavras de JOÃO PEDRO VIEIRA, a moeda tornou-se num «suporte e veículo de expressão identitária, política, religiosa, ideológica, assim como num instrumento propagandístico ao dispor dos Estados» (*História do Dinheiro*, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa 2017, p. 10).

<sup>17</sup> Segundo vários historiadores, D. Paio terá sido mesmo o grande conselheiro de D. Afonso. Em 1122, pela bula *Perventi ad nos*, o Papa Calisto II exigiu a D. Teresa a sua libertação.

<sup>18</sup> Desde 1077, D. Afonso VI intitulava-se *Imperator totius Hispaniae*.

<sup>19</sup> Para vários historiadores, trata-se da certidão de nascimento de Portugal, fruto de uma aliança do Infante e dos nobres, seus partidários, com o clero bracarense.

chanceler-mor e, muito importante, do direito de cunhar moeda para ajudar às despesas de reconstrução da Sé, em face dos danos causados pelos partidários de D. Teresa contra o Arcebispo<sup>20</sup>. Se bem que subsistam dúvidas sobre se este privilégio não teria sido, afinal e tão-somente, o de *Sancte Marie Bracarense* colectar impostos e recolher ouro e se foi, efectivamente, exercido.

O quinto mandamento (“Ajudar a Igreja em suas necessidades”) recorda aos fiéis que devem ir ao encontro das necessidades materiais da Igreja, cada um conforme as próprias possibilidades. (*Catecismo da Igreja Católica*, 2043). Os fiéis têm a obrigação de prover às necessidades de Igreja, de forma que ela possa dispor do necessário para o culto divino, para as obras de apostolado e de caridade, e para a honesta sustentação dos seus ministros (*Código de Direito Canónico*, Cânone 222, §1).

Segundo José Mattoso, entre nós o processo de delimitação física das paróquias só se consumou para poder definir a quem se tinha de pagar o dízimo e as outras contribuições eclesiásticas, o que terá acontecido no primeiro quartel do século XIV. Por essa altura, «a lista de todas as igrejas do reino, estabelecida como base para calcular a décima parte do rendimento eclesiástico concedido ao rei para o auxiliar na guerra contra os Mouros, representa já um resultado estabilizado da divisão paroquial e da cobrança sistemática dos dízimos»<sup>21</sup>.

De qualquer forma, o poder político não teria direito a tributar estas receitas, dada a sua natureza espiritual, sob pena de sacrilégio que poderia ditar a excomunhão do próprio Rei, uma vez que, numa linguagem do nosso tempo, não seria o sujeito activo da relação jurídico-tributária. A comprová-lo, várias bulas papais em que é dada ao Rei de Portugal a concessão do dízimo dos rendimentos eclesiásticos para financiar a luta contra os Mouros<sup>22</sup>.

Não obstante, quando surgem conflitos ou são-lhe pedidas ajudas, o monarca intervém. Por exemplo, em 1218, D. Afonso II dá o exemplo do pagamento voluntário, relativamente a cada uma das dioceses em que os seus domínios estavam situados, ou, mais tarde, em 1341, quando D. Afonso IV, é chamado a arbitrar a desavença que opôs os homens de Setúbal e a Ordem Santiago em torno de práticas de cobrança de dízima do pescado. Em 1456,

<sup>20</sup> Aliás, como D. Afonso VI, de Leão e Castela, fizera relativamente à catedral de Compostela. Por ordem expressa de D. Afonso Henriques, os restos mortais de D. Teresa foram trazidos, mais tarde, para a Sé de Braga, onde repousam junto ao túmulo do Conde D. Henrique, na que ficou conhecida por Capela dos Reis.

<sup>21</sup> JOSÉ MATTOSO, *Dicionário de História Religiosa de Portugal* (Dir.: Carlos Moreira Azevedo), Círculo de Leitores, Lisboa, 2000, pp. 375 e ss.

<sup>22</sup> Bulas *Apostolice Sedis*, do Papa João XXII a D. Dinis (1320), *Mente leta*, do Papa Bento XII a D. Afonso IV (1341), *Roma Mater Ecclesia*, do Papa Inocêncio VI a D. Afonso IV (1355), e *Accedit nobis*, de Gregório XI a D. Fernando (1377).

D. Afonso V autoriza as fainas aos domingos e em alguns dias santos, sob condição do pagamento da dízima à igreja<sup>23</sup>.

Desde muito cedo o poder régio quis também impor os seus ditames quanto às questões tributárias, direito de asilo, foro eclesiástico, abusos dos padroeiros, sanções eclesiásticas, violências entre os clérigos, bens da igreja e beneplácito régio<sup>24</sup>. A primeira lei de desamortização é de D. Afonso II, também conhecido por «*O Legislador*», na Cúria de Coimbra (1211), contra a acumulação de património fundiário pelas corporações eclesiásticas de mão morta, vedando-lhe a aquisição por título oneroso. Outras se seguirão, como podemos alcançar nas Ordenações Afonsinas (Livro II, Título XII).

A relação entre o Rei de Portugal e a Santa Sé, os Bispos ou outras pessoas eclesiásticas está assim deveras marcada por inúmeras querelas, bastas vezes com motivações tributárias, que denunciam um entendimento antinómico do que seja a *libertas Ecclesiae*. Os contornos desta relação, em que o domínio do político e do religioso se vão alternando, podem ser mensurados nas várias *bulas*<sup>25</sup> papais.

Em 1179, finalmente, pela outorga da bula *Manifestis Probatum* – confirmada depois com D. Sancho I e D. Afonso II –, D. Afonso Henriques obteve do Papa Alexandre III, a sagração da independência e a legitimação do seu poder régio (*Rex*). Ele que cedo se intitulara senhor da Terra Portucalense pela “Graça de Deus”<sup>26</sup>, e não da concessão ou favor de outrem, reconhecendo a suserania do sucessor de Pedro e enfeudando à Santa Sé o Reino de Portugal, com a promessa de um tributo anual de quatro onças de ouro<sup>27</sup> e de defender a cristandade contra os Infiéis. Destarte, furtando-se a prestar vassalagem ao primo, como *Imperator totius Hispaniæ*<sup>28</sup>.

Outrossim, resultam lapidares as *Bulas Grandi non immerito* (1245) e *De Regno Portugaliae* (1274), respectivamente, outorgadas pelos Papas Inocêncio IV e Gregório X, no entendimento das relações tempestuosas entre os poderes religioso e secular durante a dinastia afonsina ou de Borgonha.

Na primeira, o Papa dirige-se aos barões, comunidades, concelhos, cavaleiros e povos do Portugal. Depois de referir o mau estado em que se encontra

<sup>23</sup> HENRIQUE DA GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, Tomo IV, Thylografia Castro Irmão, Lisboa, 1922, p. 157.

<sup>24</sup> MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, Vol. I, Verbo, Lisboa, 1992, p. 289.

<sup>25</sup> Letras pontifícias expedidas oficialmente e da forma mais solene.

<sup>26</sup> Na carta *Claues regni coelorum*, declara-se «*Eu Afonso, rei dos Portucalenses, pela Graça de Deus*».

<sup>27</sup> Ao que parece, depois descurado.

<sup>28</sup> Não se estranha, pois, que o acordo de paz de Zamora (1143), entre os primos D. Afonso Henriques e D. Afonso VII, tenha acontecido por mediação do Cardeal Guido de Vico, enviado como legado pontifício a fim de acabar com as graves dissensões entre cristãos na Península.

a Igreja de Portugal, pelas opressões do Rei D. Sancho II («O Capelo»), de mencionar as queixas que os prelados tinham apresentado aos pontífices seus predecessores<sup>29</sup> e de mostrar que as admoestações da Cúria não foram por D. Sancho atendidas, pondera que, vista a negligência do Rei (*rex inutilis*), se deva entregar a administração do Reino ao irmão Afonso (Conde de Bolonha) no caso de D. Sancho não deixar filhos. Recomendando que o Conde de Bolonha seja bem recebido logo que este chegue a Portugal e lhe obedeçam, como seu soberano, e inculcando que não existe a intenção de tirar a coroa a D. Sancho ou a qualquer filho legítimo mas sim de salvar o Rei e o Reino de perda iminente. Ou seja, o Sumo Pontífice retira os poderes de governo e administração ao rei português, sem o depor do trono.

Na segunda, o Papa defende os Bispos e outras pessoas eclesiásticas das perseguições que lhes move D. Afonso III (o Conde de Bolonha feito sucessor de D. Sancho II), acusado de impedir a Igreja de cobrar a dízima de Mouros e Judeus<sup>30</sup> e da resistência das autoridades régias (e concelhias) contra a implantação do dízimo pelo clero, nos lugares que ainda não o pagavam, e que eram muitos<sup>31</sup>, bem como da afectação de parte do tributo eclesiástico nas obras de fortificação de El-Rei nas vilas ou cidades<sup>32</sup>. Historiando as violências cometidas contra a Igreja em Portugal pelos seus predecessores, desde D. Afonso II («O Gordo»)<sup>33</sup>, o Papa recorda ao Rei a quebra do compromisso tomado em Paris quando era simples Conde de Bolonha e manda-o fazer um novo juramento, ratificando o que havia antes feito e de acordo com as resoluções con-

<sup>29</sup> Logo em 1231, em virtude da queixa apresentada pelo Bispo de Lisboa, pela Bula *Venerabilis frater* o Papa Gregório IX manda ao Abade de S. João de Tarouca (da Ordem de Cister) e ao Deão de Zamora, manda que recebam, em nome da Sé Apostólica, a guarda das igrejas que vagarem na Diocese de Lisboa, as quais D. Sancho II arbitrariamente procurava reter.

<sup>30</sup> A situação já se arrastava desde o reinado dos seus antecessores. Os Bispos pretendiam tributar os Mouros e Judeus que tivessem obtido propriedades dos cristãos, independentemente da forma de aquisição.

<sup>31</sup> Cfr. JOSÉ MATTOSO, *História de Portugal – A Monarquia Feudal* (1096-1480), Vol. II, Editorial Estampa, Lisboa, 1992, p. 124.

<sup>32</sup> Porventura, com fundamento consuetudinário na *communis utilitas* e sem a necessária aquiescência do Sumo Pontífice, seria convocada a colaboração da Igreja (*anúduva*) nos casos de auxílio ao bem comum e faltando recursos financeiros das autoridades seculares.

<sup>33</sup> O Arcebispo de Braga, D. Estêvão Soares da Silva, achou-se em 1220 sem recursos no exílio devido às perseguições que o Rei D. Afonso II lhe movia por ser defensor acérrimo das liberdades eclesiásticas (Bula *Certantibus pro justitia*, do Papa Honório III, aos Bispos sufragâneos da Igreja de Braga e a todos os Abades, Priores, Deães e Eclesiásticos da Diocese).

tidas em Bulas anteriores, recomendando-lhe que não consinta nem continue a vexar o clero e que dê aos Bispos a liberdade de entrarem e saírem do Reino<sup>34</sup>.

Para melhor se compreender com que autoridade se dirige o Papa ao «*Bolonhês*», cumpre atentar nas sanções aduzidas para o caso de incumprimento: serão impostas as penas de excomunhão do Rei, interdito local e geral do Reino e quebrado o juramento de obediência por parte dos súbditos e deposto o mesmo Rei.

Muitos Bispos haviam saído para Roma (se bem que, um ou outro se manteve ao lado do Rei, contra o interdito), fecharam-se as igrejas, deixaram de ser celebrados os Ofícios Divinos e de se proceder aos sacramentos. Apenas com D. Dinis («*O Lavrador*») vem a ser levantado o interdito, após difíceis negociações com a Santa Sé. Sem que significasse o termo das querelas domésticas: depois das reclamações dos nobres, D. Dinis promulgou em 1291 uma lei de *desamortização*, com o intuito de evitar a acumulação de bens fundiários por parte do clero, deixados pelos fiéis ao morrerem.

### 3. As investiduras

Os séculos XI e XII, foram também marcados pela que ficou conhecida como a “questão das investiduras”: os bispos e abades prestavam vassalagem com o juramento de fidelidade, recebendo do Rei ou Imperador (o seu senhor) a investidura, pela entrega do anel e do báculo e da posse das suas terras.

Em 1077, Henrique IV terá permanecido três dias e três noites, de joelhos, às portas do castelo de *Canossa*, com frio e neve, vestido como um monge, para poder conseguir o perdão do Papa. Levantada a excomunhão, sob certas condições, rapidamente o Imperador Henrique violaria as suas promessas, invadindo Roma e provocando o exílio de Gregório VII, que terá dito: «Amei a justiça e odiei a iniquidade, por isso morro no exílio».

Após muitos e graves incidentes político-militares, somente em 1122, pela Concordata de *Worms*, assinada pelo Papa Calixto III e pelo Imperador Henrique V, do Sacro Império Romano-Germânico, foi adoptada uma solução mais equilibrada, com o ofício espiritual a ser concedido pela Igreja, mas que, bastas

<sup>34</sup> Apesar de ajuramentado ao clero, desde o início que D. Afonso III desenvolveu conflitos com a Igreja (*Vide* JOSÉ MATTOSO, *A crise de 1245*, Revista de História das Ideias, Revoltas e Revoluções, Faculdade de Letras – Instituto de História e Teoria das Ideias, Coimbra, 1984, pp. 7-22).

vezes, não veio a ser seguida pelos monarcas, inclusive, em Portugal, onde o Rei, com mais ou menos frequência, vai escolhendo os bispos<sup>35</sup>.

Com D. Afonso IV («O Bravo»), os legistas arrogam para o poder real a directa investidura divina, subtraindo-a ao Papa, salvo através do poder indirecto deste sobre as coisas temporais<sup>36</sup>.

Assinale-se que, com desagrado dos Papas, a partir de D. Pedro I, se não antes, foi instituído o *Beneplácito Régio*, mediante o qual nenhum documento da Cúria Romana teria validade em Portugal sem a prévia aprovação do Rei. Nas Ordenações Afonsinas alcançamos que não era permitida a publicação sem carta régia<sup>37</sup>.

Em 1482, apresentado pelo Rei D. João II para Arcebispo de Braga, D. João Galvão não obteve do Papa Sisto IV a bula de confirmação, mas antes os breves *Maxima affcimum* e *Saepe numero*, exprobando-lhe o procedimento e ameaçando-o de destituição. Uma das razões terá sido o apoio a D. João II, no que diz respeito ao beneplácito régio e outras medidas contra as liberdades eclesiásticas. Ainda assim, surge identificado como Arcebispo pelo cronista Rui de Pina<sup>38</sup>.

O *Beneplácito Régio* manteve-se, com um interregno no reinado de D. João II (1487-1495)<sup>39</sup>, sendo apenas abolido, curiosamente, com a República (1918).

#### 4. A crise de 1383-1385 e a obediência ao Papa

Com o Grande Cisma do Ocidente (1378-1417), decaiu o governo augusto do Sumo Pontífice, mas o dissentimento entre Roma e Avinhão surge acompanhado, respectivamente, pela rivalidade da Inglaterra e França, bem patente na crise portuguesa de 1383-1385<sup>40</sup>, e tendo por pano de fundo a Guerra dos

<sup>35</sup> A eleição pelo Rei terá sido mesmo predominante a partir do reinado de D. Afonso V (GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Tractatus de Manu Regia*, I, 1673, p. 338).

<sup>36</sup> «Os reis sam postos cada huum em seu regno em lugar de deus sobre sas jentes pêra as manteer em justiça e com uerdade dar cada huum seu direito» (*Ordenações Del-Rei Dom Duarte*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pp. 310-311).

<sup>37</sup> «Das leteras, que veem de Corte de Roma, ou do Gram Meestre, que nom sejam publicadas sem carta d'El Rey» (Livro II, Título XII).

<sup>38</sup> RUI DE PINA, *Crónica de D. João II*, Publicações Alfa, 1990, Lisboa, pp. 20, 125 e 146.

<sup>39</sup> ANTONIO BORGES COELHO, *História de Portugal (Vol. III): Largada das Naus*, Caminho, Alfragide, 2011.

<sup>40</sup> Vide JÚLIO CÉSAR BAPTISTA, *Portugal e o Cisma do Ocidente*, Lusitania Sacra, Tomo I, Centro de Estudos de História Eclesiástica, Lisboa, 1956, pp. 65-203.

Cem Anos. D. João I, Rei de Castela, obedecia ao Papa de Avinhão e estava excomungado e privado de todas as honras e dignidades pelo Papa de Roma, tendo o casamento com D. Beatriz (única filha legítima de D. Fernando) sido feito com dispensa de Clemente VII. Nas suas invasões a Portugal, contou com aliados franceses.

Exemplo maior da tensa sobreposição das esferas política e religiosa, a que se soma a afirmação identitária da independência nacional, o episódio da morte de D. Martinho, bispo de Lisboa, «traidor, cismático e castelão, porque não estava com a Santa Igreja» (Fernão Lopes), arremessado pela arraia-miúda do alto de um dos torreões da Sé de Lisboa por não ter mandado o repique dos sinos<sup>41</sup> aquando a aclamação de D. João, Mestre de Avis, como Regedor e Defensor do Reino no lugar da viúva de D. Fernando, D. Leonor Teles. Alegadamente, porque castelhano, partidário de D. João I, Rei de Castela, mas também porque, como muitos bispos portugueses, partidário de Clemente VII, Antipapa de Avinhão, o primeiro do Grande Cisma do Ocidente<sup>42</sup>. O papa de Roma, Urbano VI dirigiria ao sucessor de D. Martinho, a bula *Sedes apostolica*, dando a este prelado jurisdição para absolver os criminosos.

Nas plenas Cortes de Coimbra (1385)<sup>43</sup>, a argumentação de João das Regras, figura grada no Direito Português, resultou primorosa: se o Romano Pontífice tinha autoridade para julgar e castigar os pagãos e os judeus, com maior razão se diria então que poderia julgar e punir os cristãos. Ora, o Rei de Castela já havia sido pelo Papa legítimo inabilitado para reinar, por ser notoriamente cismático e herege. Mal iria aos portugueses se dessem o trono a quem, por seu indigno propósito, desprezava a Sé Apostólica.

O desfecho é pois, por demais conhecido: o Mestre de Avis viria a ser aclamado, outorgando-se que fosse chamado Rei. A crise nacional encerra com a vitória de Aljubarrota<sup>44</sup>, sendo assinado com os seus aliados ingleses o Tratado de Windsor, e contraídas núpcias no Porto entre o novel Rei português, e D. Filipa, princesa da casa de Lancaster. D. João defendera a nação contra a ameaça

<sup>41</sup> Que, segundo Fernão Lopes, terá sido instigado por Álvaro Pais. Este chanceler-mor dos Reis D. Pedro e D. Fernando, que tomou grande partido pelo Mestre de Avis, surge representado num monumento em bronze, obra de Joaquim Martins Correia, inaugurada em 25 de Outubro de 1981, junto à Faculdade de Direito de Lisboa. A figura apresenta-se envolta numa longa capa com pormenores ornamentais incisos onde se desvenda a palavra “POVO”.

<sup>42</sup> Com D. Martinho, teve a mesma sorte Gonçalo Vaz, Prior de Guimarães, tido como cismático.

<sup>43</sup> O Rei castelhano já havia levantado o Cerco a Lisboa. Nas Cortes já tomaram assento os prelados recentemente nomeados pelo Papa de Roma.

<sup>44</sup> A paz entre os Reinos de Portugal e o Castela apenas haveria de ser firmada no Tratado de *Ayllón*, em 1411.

castelhana e levava por diante a honra do Papa Urbano VI, com o auxílio da Inglaterra.

## 5. Uma teocracia?

Seguindo Jorge Miranda, na *teocracia* há uma identificação entre Estado e religião, entre a comunidade política e a comunidade religiosa. Afinal, um “Estado confessional”, mas com domínio do poder religioso sobre o poder político. Este renomado constitucionalista apresenta como exemplos desta forma política a Antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, de certa maneira, nas Cidades-Estado da Grécia, fundadas no culto dos mesmos antepassados. Mas, também no tempo da *Respublica Christiana*, aponta a doutrina dos dois gládios<sup>45</sup> de alguns Papas da Idade Média, mas ressaltando que o ascendente do poder espiritual sobre o temporal defrontou sempre resistências dos reis e do Imperador do Sacro Império Romano-Germânico<sup>46</sup>.

*In limine*, a forma política de *teocracia* surge por vezes, erroneamente, apresentada sem distinção de uma outra: o *clericalismo*. Valendo-nos, novamente, das palavras avisadas de Jorge Miranda, o clericalismo corresponderá a uma distinção (ou não identificação) entre as esferas política e religiosa (Estado laico), não cabendo ao Estado de atribuições em matéria de religião e de culto, mas em que tem lugar uma união entre o Estado e uma determinada confissão religiosa (“religião do Estado”), marcada pelo ascendente do poder religioso sobre o poder político. Sendo que «[c]lericalismo não houve verdadeiramente na Europa, mas nele poderiam talvez integrar-se as reduções jesuíticas constituídas em certas áreas da América, incluindo parte do que é hoje o Rio Grande do Sul. Aliás, um dos motivos invocados pelo Marquês de Pombal contra os jesuítas era considerá-los inimigos da autoridade real»<sup>47</sup>.

Aqui chegados, acompanhamos, mas não de mão-cheia, a asserção de que «de Santo Agostinho (século V d.C.) até à Reforma Protestante (séculos XV-XVI), a supremacia do poder espiritual sobre o poder temporal foi proclamada, praticada e, quando necessária, imposta» e que «depois, no período

<sup>45</sup> A doutrina dos dois gládios, simbolizando os dois poderes, foi extraída pelos teólogos dos Evangelhos: «Guarda a tua espada na bainha, pois todos os que pegarem da espada pela espada morrerão» (Mateus 26, 51-53).

<sup>46</sup> JORGE MIRANDA, *Estado, liberdade religiosa e laicidade*, pp. 22-24.

<sup>47</sup> *Idem*, pp. 22 e 26-27.

das guerras religiosas (1562-1598), as coisas entraram em turbulência» (Diogo Freitas do Amaral)<sup>48</sup>.

Vigilante de todos (*speculator omnium*), o Papa intervém, no domínio temporal. *Totus mundus*, a sua “soberania” é, pretensamente, total e ilimitada, ou não fosse o vigário de Cristo na terra, o chefe visível da Cidade de Deus, perante quem responde o Rei.

Para Marcello Caetano, «Na Idade Média, a sociedade jurídica internacional era restrita aos povos cristãos, que professavam a crença nos mesmos valores morais e jurídicos, formando a Cristandade. Esta tinha normas jurídicas fundamentais comuns, baseadas nas tradições romano-germânicas e unificadas pela doutrina da Igreja». Acrescentando que «a sociedade internacional estava organizada por subordinação de todos os príncipes cristãos ao Papa, já que o imperador [germânico] não conseguira fazer-se acatar pela Cristandade inteira. Era o Sumo Pontífice que nas matérias espirituais governava toda a Cristandade e conduzia os governantes, influenciando também nas questões atinentes ao poder temporal, na medida em que julgasse necessário fazê-lo para alcançar os objetivos da Igreja, como promotora da salvação dos homens (poder indirecto sobre as coisas temporais)<sup>49</sup>.

Ademais, os ministros do Clero «[n]em sequer se limitavam ao seu múnus espiritual, exercendo toda a casta de cargos, para muitos dos quais, aliás, eram os melhores ou mesmo os únicos qualificados. Este desempenho, que equiparava o ao funcionário, diminuiu, é facto, com o andar dos tempos. O clérigo dos séculos XIV e XV já não estava só em campo, como dantes<sup>50</sup>.

Não obstante suserana do monarca português em virtude da vassalagem prestada pelo nosso Rei «Fundador», nem sempre a Santa Sé foi atendida, como o demonstram, cabalmente, os reinados de D. Afonso II (que morreu excomungado) até D. Dinis<sup>51</sup>, com os sucessivos Papas a outorgarem bulas e outros documentos sobre o mesmo problema, sem satisfação da sua autoridade e num crescendo de tensões do Rei com o clero nacional, de permeio com intervenções de Roma na política interna, não sem arregimento dos seus sequazes entre os vários poderes.

<sup>48</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *D. Afonso III, O Bolonhês (1212-1279): Um grande Homem de Estado*, Bertrand Editora, Lisboa, p. 47.

<sup>49</sup> MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, Vol. I, Verbo, Lisboa, 1992, pp. 203-204.

<sup>50</sup> A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Portugal na Crise dos Séculos XIV e XV*, in *Nova História de Portugal* (Dir.: Joel Serrão), Presença, Lisboa, 1987, p. 233.

<sup>51</sup> Curiosamente, como assinala JOSÉ MATTOSO, o perecimento de D. Dinis significa o «momento final do período de criação e montagem dos principais órgãos do Estado monárquico português, agora dotado de instrumentos eficazes de centralização» (*Identificação de um País. Ensaio sobre as origens de Portugal*, Editorial Estampa, Lisboa, 1985, p.65

Como temos visto, não faltaram conflitos dramáticos entre o Trono e o Altar. Com guerras e mortes, reinos interditos e reis excomungados e depostos e papas, reis e bispos exilados, mas também cedências de ambas as partes. O Estado ocupando-se dos corpos. A Igreja curando as almas, tidas como superiores, mas nem sempre conseguindo praticar e, menos ainda, impor a supremacia.

Fazendo participar os homens, santos ou pecadores, respectivamente, de duas cidades – uma terrena (*Civitas Diaboli*), construída pelo «amor de si até ao desprezo de Deus» e uma celestial (*Civitas Dei*), construída antes pelo «amor de Deus até ao desprezo de si» –, Santo Agostinho ensina que uma vez que os que peregrinam nesta última é na primeira que recebem a promessa da redenção e o dom espiritual como penhor, torna-se mister «obedecer às leis regulamentadoras das coisas necessárias e do manutenção da vida mortal», por necessidade da paz «até passar a mortalidade, que precisa de tal paz»<sup>52</sup>.

A contingência da autoridade humana ante o seu fundamento único na autoridade divina terá fundado, sem surpresa, a defesa por canonistas e teólogos da supremacia do poder espiritual. Mas o princípio dualista, que nega a *plenitudo potestatis* do Papa, teve do seu lado nomes consagrados como Dante, Guilherme de Okcham e Marsílio de Pádua.

Na bula *Unam Sanctam*, de Bonifácio VIII<sup>53</sup> (1302), o Papa declara, diz, define e pronuncia que é absolutamente necessário à salvação de toda a criatura humana estar sujeita ao Romano Pontífice. Forçosamente, impõe-se que perscrutemos em que precisos termos surge configurado um tal dever de sujeição: ambos os gládios – o espiritual e o temporal – estão na potestade da Igreja, mas enquanto o primeiro deve ser usado pela Igreja («manuseado pela mão do padre»), o segundo deve ser usado para a Igreja (manuseado «pela mão dos reis e cavaleiros, com o consenso e segundo a vontade do padre»), o mesmo é dizer, a autoridade temporal deve ser submissa à autoridade espiritual<sup>54</sup>. Sendo que este último poder «deve superar em dignidade e nobreza toda espécie de poder terrestre». Atestando que «se o poder terrestre se desvia, será julgado pelo poder espiritual. Se o poder espiritual inferior se desvia, será julgado pelo poder superior. Já se o poder superior se desvia, somente Deus poderá julgá-lo e não o homem».

Nas palavras de Umberto Eco «Em suma, foi-se definindo e precisando o conceito de *libertas Ecclesiae*, que é o tema à volta do qual se centra toda a vida religiosa europeia (...). Libertar a Igreja da dependência e da investidura dos

<sup>52</sup> SANTO AGOSTINHO, *De Civitate Dei*, XIX, 17, tomo III, p. 176.

<sup>53</sup> Terá sido retratado no inferno, por DANTE, na sua *Divina Comédia*, nos inícios do século XIV.

<sup>54</sup> Mateus 26, 51-53.

laicos tornou-se o objectivo principal não apenas da hierarquia romana mas também de todos os membros do *corpus Ecclesiae*<sup>55</sup>.

No fundo, trata-se da questão posta a partir da conversão do Imperador Constantino e que, porventura, nunca estará definitivamente resolvida, quando se cruzam a lei e a consciência religiosa, cada uma querendo resgatar a outra por não lhe querer prestar serventia<sup>56</sup>. No reverso, a distinção entre a *plenitudo potestatis* (poder absoluto do Papa no seio do *Corpus Ecclesiae*) e da sua intervenção em casos seculares, quando tida como necessária, sobretudo como *iudex superior*<sup>57</sup>.

Curiosamente, o próprio Estado *laico* ou *não confessional* não prescinde de elementos teológicos, esvaziando-os, porém, da sua sacralidade ou sentido original e transmutando-os em instrumentos políticos. A Justiça, como exercício de um poder soberano do Estado, e pela sua solenidade, é uma das áreas onde podemos identificar a influência de tais elementos.

Portanto, a secularização traduz-se não numa mera ocupação do espaço vacante feito abandonar ao teológico, mas importa também a manutenção de certas formas (*Imago Dei*) com a mudança da substância, ajustada aos tempos da nova interpretação e compreensão do mundo<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> UMBERTO ECO, *Idade Média: Catedrais, Cavaleiros e Cidades*, Vol. II, Publicações D. Quixote, Lisboa, 2011.

<sup>56</sup> Veja-se, mais recentemente, o Rei Balduíno, da Bélgica, que em 1990 renunciou ao trono durante 36 horas aduzindo objecção de consciência para não assinar a lei de despenalização do aborto aprovada no Parlamento e no Senado.

<sup>57</sup> TIAGO FONTES, *A noção de «Plenitudo Potestatis» no pensamento do papa Inocêncio III*, *Dia Crítica*, n.º 22/2, 2008, Centro de Estudos Humanísticos, Braga, pp. 201-224.

<sup>58</sup> Sobre esta temática, poderá ver-se o que escrevemos em RUI MARQUES, *A presença de elementos teológicos na Justiça do Estado*, *Revista Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2017.



# *A interpretação conforme à Constituição na jurisprudência constitucional da crise*

DR.ª MARIANA MELO EGÍDIO\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A interpretação conforme à Constituição: breves traços. 3. A interpretação conforme à Constituição na jurisprudência da crise.

## 1. Introdução

I. A interpretação conforme à Constituição é uma técnica de interpretação, um princípio hermenêutico<sup>1</sup> que procura, por forma a salvar a inconstitucionalidade de uma norma<sup>2</sup>, que esta seja interpretada no sentido que se apresente

\* Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora Associada do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP). Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Contacto: marianameloegidio@fd.ulisboa.pt.

<sup>1</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição*, 6.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 313 “A interpretação conforme com a Constituição não consiste então tanto em escolher entre vários sentidos de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir *no limite* – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, mesmo quando não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, seja o sentido *necessário* e o que se torna *possível* por virtude da força conformadora da Lei Fundamental”. Cfr. também CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, Tomo II, Volume 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 655: “*Interpretação conforme*: esta técnica de controlo de constitucionalidade, *passível de ser também utilizada na fase de correção e concretização do processo interpretativo*, significa que sempre que de um enunciado constitucional emirja mais do que um sentido verosímil deve, em princípio, adjudicar-se ao preceito aquele sentido que se mostrar mais afeiçoado à Constituição”.

<sup>2</sup> Já que, como é sabido, a inconstitucionalidade é sempre de *normas* – cfr., especificamente nos processos de fiscalização sucessiva abstracta, o artigo 281.º, n.º 1, alínea a) da Constituição. Isto significa que a interpretação é, obviamente, da própria norma decorrente de um enunciado

*O Direito* 149.º (2017), III, 627-652

mais conforme com a Constituição<sup>3</sup>. A interpretação conforme à Constituição pode pois ser perspectivada enquanto *critério de interpretação*<sup>4</sup> e enquanto *método de fiscalização da constitucionalidade*<sup>5</sup> – sendo que estes dois sentidos se podem interligar entre si<sup>6</sup>.

infra-constitucional e não da Constituição em si. Como salienta VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Interpretação conforme à Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”, *Revista Direito GV*, n.º 3, Janeiro-Junho 2006, pp. 191 – 210, pp. 191-192, é “um fato curioso que essa forma de interpretação fosse incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, já que, quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as *leis infraconstitucionais* (...) razão pela qual ela não pode ser considerada um princípio de interpretação constitucional.” (embora o autor conclua, evidentemente, que em qualquer caso – logo, mesma na interpretação conforme – terá de haver uma concomitante interpretação das normas da Constituição). Também neste sentido, FRIEDRICH SCHACK, “Die verfassungskonforme Auslegung”, *JuS*, 1961, pp. 269-274, p. 271 e KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, reimpressão da 20.ª edição, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 33.

<sup>3</sup> É portanto uma modalidade de interpretação “secundum constitutionem”, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 378. Nas palavras de KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 4.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 480 “Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios, sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição (...) A interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultem do sentido literal possível e do contexto significativo da lei”.

<sup>4</sup> Cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, *op. cit.*, p. 480. Cfr. também, neste sentido, KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 30.

Caracterizando como uma tarefa nada fácil saber o que se pretende, na actualidade (embora o texto date de 1982) com a expressão, dados os múltiplos sentidos da mesma, nomeadamente “1 – como regra preferencial para a decisão entre vários resultados de interpretação. 2 – como meio de limitar o controlo judicial. 3 – como instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais”, GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 404.

Sobre a interpretação conforme à Constituição, em geral, para além das obras citadas ao longo do texto, cfr. HARALD BOGS, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1966 e REINHOLD ZIPPELIUS, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, org. CHRISTIAN STARCK, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, pp. 108-124.

<sup>5</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 379.

<sup>6</sup> Ainda que, como salienta FRIEDRICH SCHACK, “Die verfassungskonforme Auslegung”, *op. cit.*, p. 269, seja importante criar limites à admissibilidade da interpretação conforme à Constituição,

O presente texto pretende avaliar se – e em que medida – o Tribunal Constitucional recorreu ao princípio da interpretação conforme à Constituição na denominada “jurisprudência da crise”<sup>7</sup> para fundamentar as suas decisões, bem como averiguar se, tendo havido tal recurso, o mesmo respeitou os limites que se impõem à interpretação conforme à Constituição<sup>8</sup>.

Uma abordagem com interesse – mas que não cabe no âmbito deste texto – consistiria em analisar os casos em que, apesar de o Tribunal Constitucional não ter recorrido à interpretação conforme à Constituição poderia, eventualmente, tê-lo feito como forma de evitar a declaração de inconstitucionalidade de normas.

sob pena de a função da “interpretação” se misturar indevidamente com a de “decisão sobre a constitucionalidade de uma norma”.

<sup>7</sup> A designação “jurisprudência da crise”, no âmbito do presente texto, pretende designar os acórdãos proferidos em sede de processos de fiscalização preventiva e sucessiva abstracta sobre medidas legislativas aprovadas em consequência da crise económica e financeira a partir de 2009, ou seja, os acórdãos n.º 399/2010, n.º 396/2011, n.º 353/2012, n.º 187/2013, n.º 474/2013, n.º 602/2013, n.º 794/2013, n.º 862/2013, n.º 413/2014, n.º 572/2014 e n.º 574/2014; em sentido parcialmente coincidente, PAULO MOTA PINTO, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, orgs. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO/LUÍS PEREIRA COUTINHO, Coimbra, Almedina, 2014, p. 135. Cfr. também CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Volume 2, *op. cit.*, p. 709, «São, pois, as orientações adotadas pelo Tribunal na defesa da Constituição face a essa “legislação da crise”, durante o período 2010/2014, que conformam a chamada “jurisprudência da crise”», embora salientando que, em bom rigor, a jurisprudência da crise deveria limitar-se apenas às decisões que ocorreram durante a vigência do PAEF, ou seja, entre o ano de 2011 e Maio de 2014 (cfr. p. 712), ainda que o próprio autor, justificadamente, não se limite apenas à análise destes acórdãos. Não iremos neste texto debruçarmo-nos sobre a existência de um direito (constitucional) da crise ou discutir em que termos a Constituição se mantém plenamente em vigor nesse período. Cfr. a este propósito, nomeadamente, JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 45 e ss; MARIA BENEDITA URBANO, “A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?”, LUÍS PEREIRA COUTINHO/GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Coimbra, Almedina, 2014. Também TIAGO ANTUNES, “Reflexões Constitucionais em Tempo de Crise Económico-Financeira”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 727-759, nomeadamente p. 759 “a crise não pode servir como forma de chantagem constitucional, degradando a força normativa da Constituição e colocando-a na total dependência da realidade de facto. Se assim fosse, o Direito Constitucional volver-se-ia em Direito da condicionalidade e não, como é, um Direito de garantia”. Cfr. também MARIA BENEDITA URBANO, “Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional”, *Until debt tears us apart – A Crise e o Direito Público*, e-book do ICJP, 2013, pp. 7-31.

<sup>8</sup> Sobre os limites à interpretação conforme à Constituição, entre outros, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade. – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 301 e ss.

II. Antes de entrar no domínio específico da análise da jurisprudência da crise, cumpre fazer uma pequena síntese sobre o que seja a interpretação conforme à Constituição. Como se verá, as conclusões aí expostas serão relevantes para a posterior compreensão de algumas passagens dos acórdãos analisados.

## 2. A interpretação conforme à Constituição: breves traços

III. Interpretar corresponde a um “processo racional pelo qual se procede à identificação de um ou de variados signos linguísticos”<sup>9</sup>; neste sentido, todas as decisões do Tribunal Constitucional são “decisões interpretativas”<sup>10</sup>.

Como é sabido, um enunciado normativo<sup>11</sup> é, em abstracto, passível de diferentes interpretações<sup>12</sup>, devendo ser escolhida aquela (ou aquelas) que se apresentem conformes à Constituição<sup>13</sup>.

Essa preferência do sentido interpretativo conforme à Constituição, face a outros sentidos, também possíveis, mas com aquela desconformes<sup>14</sup>, traduz

<sup>9</sup> JOÃO ZENHA MARTINS, “Interpretação conforme com a constituição”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, volume V, 2003, pp. 823–958, p. 825.

<sup>10</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 375, apoiado em CRISAFULLI. Cfr. também JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 84 “Todo o tribunal e, em geral, todo o operador jurídico fazem interpretação conforme com a Constituição”.

<sup>11</sup> JOÃO ZENHA MARTINS, “Interpretação conforme com a constituição”, *op. cit.*, p. 827. Enquanto o *enunciado* é o objecto da interpretação, “um simples enunciado linguístico”, a *norma* resulta da interpretação, ou seja, consiste na atribuição de significado jurídico ao enunciado normativo.

<sup>12</sup> Nomeadamente quando estejam em causa casos de indeterminação, ambiguidade ou recorte impreciso, já que a interpretação se afigura meta-linguística, cfr. JOÃO ZENHA MARTINS, “Interpretação conforme com a constituição”, *op. cit.*, p. 827 e ss.

<sup>13</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 266 “No que toca à interpretação conforme à Constituição que implique uma solução hermenêutica única, o Tribunal Constitucional profere uma *sentença condicional pautada por efeitos persuasivos*, já que decide não julgar a inconstitucionalidade da norma apenas no pressuposto de esta vir a ser interpretada de uma determinada forma e não de outra ou de outras.

Fica, pois, no ordenamento a advertência ou a orientação de que uma interpretação inconstitucional que no futuro seja dada à mesma disposição não deixará de ser fulminada pelo Tribunal Constitucional, pelo que a solução interpretativa que motivou a decisão não poderá ser ignorada pelo *operador jurídico*”.

<sup>14</sup> As sentenças em causa, que comportam alternativas de interpretação como pressuposto da decisão que contêm, são designadas como *sentenças interpretativas condicionais* – cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 376. Estas, por sua vez, dividem-se em sentenças de *interpretação conforme à Constituição* e *sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. “Estamos, afinal de contas, perante *duas faces da mesma moeda com um efeito comum*: em ambos os institutos são

uma manifestação do primado da Constituição, pelo menos face ao Direito interno<sup>15</sup>.

Ora, após a descoberta do valor normativo da Constituição e do seu lugar cimeiro referente à validade dos actos infra-constitucionais, a Constituição passou também a assumir um lugar de destaque enquanto *parâmetro hermenêutico*<sup>16</sup>, passando a figurar paralelamente a outros elementos tradicionais de interpretação<sup>17</sup>.

realizadas operações interpretativas que pressupõem a não aplicação do sentido inconstitucional de uma norma”. Contudo, enquanto na interpretação conforme à Constituição “*vale, a título principal, o efeito de uma decisão de rejeição* (ou seja, prevalece o sentido não inconstitucional de um preceito), na inconstitucionalidade parcial qualitativa *vale o efeito de uma decisão de acolhimento* (prevalece a declaração de inconstitucionalidade da norma, enquanto interpretada num determinado sentido)”, p. 377. Como explica ainda na p. 403, “Existe, tal como na interpretação conforme, uma intenção de conservar os actos jurídicos, procedendo-se, tão só, à eliminação de um segmento normativo ideal emergente de uma dada de disposição. Mas, diversamente desta última, defrontamo-nos a título principal com uma decisão de acolhimento do pedido, que julga um dado preceito inconstitucional, na medida em que seja interpretado de uma certa forma”.

<sup>15</sup> Concretização, portanto, no caso português, do artigo 3.º, n.º 3, da Constituição. Como aponta KARL AUGUST BETTERMANN, *Die verfassungskonforme Auslegung- Grenzen und Gefahren*, Heidelberg, C.F. Müller, 1986, p. 19, “Der Satz: Verfassungsrecht bricht Gesetzesrecht und alles sonstige subkonstitutionelle Recht ist die Basis der verfassungskonformen Auslegung”. Por outro lado, de entre várias interpretações possíveis, ainda que todas conformes à Constituição, o intérprete deve escolher aquela que mais maximiza as normas de valor constitucional – cfr. JOÃO ZENHA MARTINS, “Interpretação conforme com a constituição”, *op. cit.*, p. 909. Cfr. a este propósito ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1226-1227, “O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurisignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”.

<sup>16</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2007, reimpressão da edição de Maio/2003, p. 213 e ss.

<sup>17</sup> Aliás, mais do que paralelamente, a conformidade com a Constituição parece *sobrepôr-se* aos critérios/cânones tradicionais de interpretação. Os principais contributos doutrinários sobre a

A consideração da interpretação conforme à Constituição no quadro de um pensamento sistemático<sup>18</sup> convoca, pois, uma “integração vertical do processo de realização do Direito”<sup>19</sup>, em que a Constituição se assume como “centro de energias dinamizadoras das demais normas”<sup>20</sup>.

Assim, caso uma norma infraconstitucional possa considerar-se conforme à Constituição (numa das interpretações abstractamente possíveis), então a mesma não deve ser considerada inconstitucional<sup>21</sup>.

Daqui se pode pois retirar um princípio de *primazia da interpretação conforme à Constituição sobre a declaração de inconstitucionalidade de normas*<sup>22</sup>.

interpretação conforme à Constituição provêm dos ordenamentos suíço e alemão. Neste, aliás, podemos traçar a sua origem numa decisão do Tribunal Constitucional alemão, que interligou a interpretação conforme à presunção de constitucionalidade das leis, dispondo que “Uma lei não deve ser declarada nula se for possível interpretá-la de forma compatível com a constituição, pois deve-se pressupor não somente que uma lei seja compatível com a constituição mas também que essa presunção expressa o princípio segundo o qual, em caso de dúvida, deve ser feita uma interpretação conforme a constituição” (tradução em VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Interpretação conforme à Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”, *op. cit.*, p. 193).

<sup>18</sup> Caracterizando a interpretação conforme à Constituição como um caso especial de interpretação sistemática, RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3.ª edição, Köln/München, Carl Heymanns Verlag, p. 623. Sobre a interligação entre interpretação conforme e pensamento sistemático, CLEMENS HÖPFNER, *Die systemkonforme Auslegung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nomeadamente p. 171 e ss.

<sup>19</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução à edição portuguesa de pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito de Claus-Wilhelm Canaris*, Lisboa: [s.n.], 1989, p. CXI, “Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução; todo o Direito é chamado a depôr. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme com a Constituição”.

Cfr. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 724, “O elemento sistemático da interpretação aflora ainda na exigência de conformidade com a hierarquia das fontes. Aqui se inscrevem as exigências de uma interpretação conforme com a Constituição ou com as directrizes.

Em ambos os casos podemos admitir espaços de manobra, dentro do diploma relativamente ao qual seja requerida a conformidade. No que tenha de impositivo, a fonte inferior deve conformar-se. E na interpretação desta, haverá que tê-lo em conta, de modo a prosseguir a coerência de todo o sistema”.

<sup>20</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, p. 312.

<sup>21</sup> GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, *op. cit.*, p. 405 e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 958-959 e pp. 1226-1227.

<sup>22</sup> Cfr. FRIEDRICH SCHACK, “Die verfassungskonforme Auslegung”, *op. cit.*, p. 270. Cfr. também KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 31 – transformando-se assim as normas constitucionais, para além da sua função de “normas de exame” em “normas materiais” para a determinação do conteúdo de leis ordinárias.

Em obediência ao princípio da separação de poderes e enquanto manifestação de respeito pelo legislador democraticamente legitimado<sup>23</sup>, o Tribunal Constitucional deve preferir a emanação de uma sentença interpretativa de rejeição face a uma sentença de declaração de inconstitucionalidade porquanto, no primeiro caso, a sentença negativa com conteúdo interpretativo irá proceder a uma declaração de não inconstitucionalidade da norma sindicada (através da identificação de uma interpretação única ou mesmo de interpretações alternativas de carácter não inconstitucional<sup>24</sup>), o que permite, por um lado, respeitar a vontade do legislador e, por outro, confirmar a presunção de constitucionalidade das leis por este emanadas<sup>25</sup>.

Aliás, os fundamentos normalmente invocados para sustentar o recurso à interpretação conforme à Constituição são, precisamente, por um lado i) a unidade do ordenamento jurídico<sup>26</sup> e por outro ii) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Respeito que imporia, sobretudo nos “casos difíceis”, uma contenção (*self-restraint*) do Tribunal, que se traduziria, neste caso, pela opção no sentido da não inconstitucionalidade da norma.

<sup>24</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 74. Contudo, o juízo de não inconstitucionalidade encontra-se sujeito à condição de o enunciado ser interpretado “com um dado sentido ou, ao invés, de não ser interpretado com um sentido determinado”, p. 379, o que permite concluir que, a par de um juízo principal de não inconstitucionalidade, ocorre um outro, secundário, de inconstitucionalidade, caso se opte por uma das interpretações normativas aí preteridas. Este juízo secundário é relevante para os outros operadores, nomeadamente para o legislador, pois alerta-o para a probabilidade de, ao emanar normas com o sentido preterido, estas poderem vir a ser declaradas inconstitucionais. Como salienta o autor, p. 380, “A convocação do critério da interpretação conforme com a Constituição implica, assim, uma *decisão com consequencialidade mista*, a qual abarca tanto uma *componente jurídica de rejeição* (a norma x, com o sentido y, não será julgada inconstitucional), como uma *componente discursiva de “provimento”* (a norma x, na medida em que fosse interpretada com o sentido z, seria inconstitucional)”.

<sup>25</sup> O princípio da presunção da constitucionalidade das leis, em termos muito simplistas, impõe que, numa situação de dúvida quanto à validade de uma norma, deve entender-se que a mesma se apresenta conforme à Constituição, porquanto o legislador democrático terá emanado um acto legislativo sem qualquer inconstitucionalidade. Contra a invocação deste princípio como fundamento da interpretação conforme à Constituição, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, p. 313.

<sup>26</sup> Cfr. KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>27</sup> Cfr., para esta síntese, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Interpretação conforme à Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”, *op. cit.*, p. 193 e ss. Especificamente sobre o segundo fundamento, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa”, *Revista O Direito*, ano 138.º, I, 2006, pp. 39-60. Elencando como fundamentos da interpretação conforme à Constituição a hierarquia constitucional e unidade da ordem jurídica, a segurança jurídica, a conservação dos actos normativos, a presunção da constitucionalidade das normas e a proporcionalidade, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 380.

Contudo, contrariamente ao que se poderia pensar acriticamente, a unidade do ordenamento jurídico não acarreta automaticamente a aceitação desta figura, pois «“ter a constituição como parâmetro interpretativo” – que é, no fundo, o que se quer dizer com unidade da ordem jurídica – e “dar prioridade à interpretação que mantém a constitucionalidade da lei” são ideias bastante diversas<sup>28</sup>», nem por outro lado, afasta críticas à mesma<sup>29</sup>.

IV. A interpretação conforme à Constituição é, portanto, tal como já mencionado *supra*, tanto um método de interpretação quanto uma forma de fiscalização da constitucionalidade<sup>30</sup>. Não obstante, a interpretação conforme à Constituição não é, ela própria, um critério de concretização da norma, mas sim uma regra de preferência para a decisão entre resultados interpretativos diferentes<sup>31</sup>. Consequentemente, ela só pode operar efectivamente i) se existir uma determinada orientação que se possa extrair da Constituição relativamente àquele caso e ii) se os outros elementos de interpretação puderem acolher a orientação que resulta da Constituição<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Interpretação conforme à Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”, *op. cit.*, p. 195. Por outro lado, como salienta o autor, é também a ideia de unidade do ordenamento jurídico que serve para fundamentar a alternativa oposta à interpretação conforme à Constituição (ou seja, a declaração de inconstitucionalidade) pelo que tal fundamento não vale isoladamente. Para críticas adicionais, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, *op. cit.*, p. 291 e ss.

<sup>29</sup> Veja-se, por exemplo, KARL AUGUST BETTERMANN, *op. cit.*, p. 22, ao apontar que a interpretação conforme à Constituição não visa a interpretação mais correcta da norma – aquela que respeita o sentido, fim e contexto da norma – mas apenas a lealdade à Constituição (*Verfassungstreue*) – “ela deixa prevalecer a interpretação menos correcta de todas as possíveis, quando aquela for a única através da qual a norma seja ainda constitucional”.

<sup>30</sup> Cfr. FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, 6.ª edição revista, Berlin, Duncker&Humblot, 1995, p. 86. Cfr. também KARL AUGUST BETTERMANN, *op. cit.*, p. 12 e ss, acentuando o papel assim concedido ao Tribunal Constitucional como mais alto intérprete de todas as normas e privilegiando a vertente de controlo de constitucionalidade face à componente interpretativa, chegando a afirmar, p. 27, que “a interpretação conforme é na verdade uma forma de controlo normativo, sob o manto ou a falsa bandeira da interpretação”.

<sup>31</sup> FRIEDRICH MÜLLER, *op. cit.*, 87. Cfr. também PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 380-381.

<sup>32</sup> Mencionando como requisitos da mesma a divisibilidade material, o respeito mínimo pela letra da lei, o respeito pela vontade objectiva do decisor normativo e pelo espírito da norma e a necessidade, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 385 e ss. Segundo GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 1227, “Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um

V. No caso de uma pluralidade de interpretações do enunciado, todas elas “conformes à Constituição”, será escolhida aquela através da qual a vontade, objectivo ou justificação do legislador se possa realizar ao máximo<sup>33</sup>.

Para a interpretação conforme basta, pois, um respeito a um nível *mínimo* da vontade do legislador<sup>34</sup>. Este ponto será importante na apreciação que faremos no ponto seguinte<sup>35</sup>.

A fronteira entre a interpretação conforme com a Constituição e uma interpretação já correctiva da lei é, ela também, nebulosa – já que quando a interpretação conforme à Constituição implicar, ela própria, uma actividade criadora por parte do órgão que a pratica, poderá estar em causa uma violação do princípio da separação de poderes, por substituição do juiz ao legislador<sup>36</sup>.

resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição*, por inconstitucionalidade, dessa norma (=competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador”.

<sup>33</sup> Denominando esta situação como “interpretação orientada para a Constituição”, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, *op. cit.*, p. 290 e ss. Excluindo que, nessa situação, caiba ao Tribunal Constitucional escolher um dos sentidos possíveis, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 384, n. 541 e p. 470 “Sobre este reparo, entendemos no que tange à interpretação conforme à Constituição que, ante a escolha de várias soluções interpretativas constitucionais, não cabe ao Tribunal Constitucional optar livremente por uma delas e impô-la ao legislador ou ao tribunal “*a quo*”, já que não lhe compete escolher o melhor direito *infra*-constitucional. Ainda assim, aceita-se que a Justiça Constitucional, ante uma pluralidade de opções interpretativas, possa optar por uma delas e impô-la como solução única e obrigatória, *se as restantes forem juridicamente pouco verosímeis em termos de solidez constitucional, novidade e aceitação jurisprudencial e doutrinária*”.

<sup>34</sup> KARL AUGUST BETTERMANN, *op. cit.*, p. 23; cfr. também HELMUT MICHEL, “Die verfassungskonforme Auslegung”, *JuS*, 1961, pp. 274–281, pp. 278–279.

<sup>35</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 387, “Sem que logre confirmar o entendimento extremo e assaz minoritário, segundo o qual, nem a letra da lei nem a vontade do legislador valeriam decisivamente em face da vontade criadora e actualista do intérprete jurisdicional, a interpretação conforme à Constituição, para deixar incólume o enunciado normativo, relativiza ou sacrifica parcialmente o fim que o legislador procurou emprestar à disposição impugnada.

Não sendo a solução interpretativa obtida através do método em análise aquela que mais evidentemente resulta da leitura do texto ou das ideias-força dos trabalhos preparatórios, o facto é que o intérprete não pode ir tão longe que possa perder de vista, em termos essenciais, o fim contemplado pelo autor da norma”.

<sup>36</sup> KONRAD HESSE, *op. cit.*, pp. 31–32.

A fronteira última residirá na letra da lei, ou seja, no sentido literal que decorre do enunciado normativo sindicado<sup>37</sup>.

Tal significa que ocorrerá uma violação do princípio da separação de poderes se o juiz corrigir o legislador<sup>38</sup> – o que significa, consequentemente, que,

<sup>37</sup> Cfr., entre outros, MATTHIAS KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze: Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004. Cfr. igualmente ULRICH HÄFELIN, “Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen”, *Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Bern 1981, pp. 241-259. Como expõe PETER SCHIFFAUER, *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 16, na interpretação conforme à Constituição estamos na esfera exterior da interpretação, mas ainda compreendida no sentido literal; para além dessa fronteira, já estamos no campo da analogia, logo, da criação do Direito. Cfr. também JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 313-314 “Não pode, no entanto, deixar de estar [a interpretação conforme à Constituição] sujeita a um requisito de razoabilidade: implica um mínimo de base na letra da lei; e tem de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme com a Constituição, fique privado da função útil ou onde, segundo o entendimento comum, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte”. Aliás, o próprio Código Civil, no artigo 9.º, n.º 2, atesta que a letra da lei é uma fronteira norteadora da actividade interpretativa. Acresce o próprio artigo 112.º, n.º 6, da Constituição (CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 386), que implicaria que uma interpretação *contra legem* redundasse numa derrogação de uma norma legal através de uma sentença, sendo portanto, ela própria, inconstitucional (ainda que se colocasse, neste ponto, um problema, qual seja que órgão poderia controlar esta actuação inconstitucional do Tribunal Constitucional).

Sobre o recurso à interpretação conforme à Constituição como manifestação de um princípio de conservação dos actos normativos, salienta CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 383, que “A conservação de uma disposição legal, mediante a transformação radical do seu sentido, ao ponto de fazer com que a mesma nada tenha a ver com o texto ou a vontade objectiva do legislador, não consiste num exercício de aproveitamento do acto legislativo, mas sim numa hórrida manifestação de “*possessão*” do *corpus* de uma lei, por um novo espírito convocado pelo intérprete”.

<sup>38</sup> FRIEDRICH MÜLLER, *op. cit.*, p. 87. Cfr. Também MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, Lisboa, Editando, 2013, p. 175, “A interpretação conforme está sujeita aos limites de toda a interpretação, especialmente o limite que decorre do elemento literal da interpretação, não podendo redundar numa interpretação corretiva. Importa, com efeito, respeitar o sentido claro do texto e o fim contemplado na Constituição.

Podemos salientar na interpretação conforme um aspeto negativo, que consiste no perigo de a invocar como instrumento para disfarçar ou camuflar inconstitucionalidades. Ao lado deste aspeto negativo sobressai um outro, de índole mais positiva. Trata-se da preservação do princípio da separação de poderes, através do reconhecimento da primazia do legislador na concretização da Constituição. Isto não deve fazer esquecer o perigo, já mencionado, da transformação da interpretação conforme numa interpretação *contra legem*”. Também neste sentido, HELMUT MICHEL, “Die verfassungskonforme Auslegung”, *op. cit.*, p. 274 e ss, salientando que a definição das fronteiras da mesma é, também, uma questão difícil.

ao contrário do indiciado *supra*, a interpretação conforme poderá ser, em certos casos, mais gravosa para a separação entre a função legislativa e a jurisdicional do que uma sentença de declaração de inconstitucionalidade sem qualquer tipo de efeitos manipulativos<sup>39</sup>.

A doutrina não é unânime quanto à admissibilidade de uma interpretação conforme correctiva da lei<sup>40</sup>. Contudo, tende a concordar que a função do intérprete, ainda quando corrija a letra da lei “não deve servir para corrigir os «erros jurídico-políticos» do legislador ou para contrariar «o teor e o sentido da lei»<sup>41</sup>”.

Nestes casos, pode estar em causa a salvaguarda da constitucionalidade da lei, mas não da própria Constituição – cfr. KARL AUGUST BETTERMANN, *op. cit.*, p. 54.

<sup>39</sup> FRIEDRICH MÜLLER, *op. cit.*, p. 87. Como salienta VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Interpretação conforme à Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”, *op. cit.*, p. 191, «Recorrer a esse tipo de interpretação dá, muitas vezes, a impressão de que se faz uma deferência ao legislador, “salvando” uma lei da declaração de inconstitucionalidade por meio de uma interpretação benevolente (...) tanto a fundamentação quanto as consequências da interpretação conforme à Constituição são muito mais problemáticas do que aparentam ser, especialmente diante da atual legislação sobre controle de constitucionalidade”.

Também a opção entre o recurso a estas sentenças ou a sentenças de provimento típicas terá de atender a que poderá ser menos lesiva para a segurança jurídica o recurso a estas últimas, através de uma sentença de acolhimento simples, por não «fazer subsistir por via interpretativa uma disposição com um sentido “*contra legem*” e “*contra legislatorem*”», cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 382.

Nas sentenças onde a norma é considerada não inconstitucional, desde que interpretada em determinado sentido, há, obviamente, também um conteúdo “manipulativo”, decorrente da “transformação do significado de uma disposição normativa decorrente do sentido interpretativo que à mesma é dado pelo Tribunal Constitucional para efeito de a julgar inconstitucional ou não inconstitucional” – cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 376. Como é salientado na mesma obra, p. 385, é também um princípio de proporcionalidade que leva a concluir que “a declaração de inconstitucionalidade é uma decisão de último recurso. Ora, o remédio da nulidade com efeitos absolutos, inerente a uma sentença de acolhimento simples, é excessiva no caso em que os efeitos “*ex tunc*” importem, sem proveito, danos mais graves à Constituição e aos seus princípios estruturantes do que a própria norma julgada inconstitucional. Mas também o é, no caso em que o efeito da inconstitucionalidade pode ser obtido através de técnicas que não gerem lacunas ou prejuízos para os cidadãos e para os poderes públicos”.

<sup>40</sup> RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, *op. cit.*, p. 302 e ss no sentido de que, salvo existindo razões em contrário, também neste caso o elemento teleológico deve prevalecer sobre o argumento literal.

<sup>41</sup> RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, *op. cit.*, p. 316, baseado em CANARIS: “O princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas *contra legem* impede que o aplicador da lei contrarie a sua letra e o seu sentido através de uma interpretação conforme à Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a lei e as normas constitucionais”.

### 3. A interpretação conforme à Constituição na jurisprudência da crise

VI. O estudo da “jurisprudência da crise” – tal como delimitada *supra* – implica que os acórdãos em análise correspondam a decisões proferidas apenas em processos de fiscalização abstracta. Esta delimitação não se afigura, contudo, problemática, já que a interpretação conforme à Constituição, no ordenamento jurídico português, pode ocorrer não só em processos de fiscalização sucessiva concreta, mas também em processos de fiscalização sucessiva abstracta e até na fiscalização preventiva<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 99. No espectro das mais de 300 decisões do Tribunal Constitucional que referem a expressão “interpretação conforme à Constituição”, encontramos algumas decisões representativas, que não se limitam apenas a usar a expressão sem a problematizarem, de forma esporádica ou relegando-a para declarações de voto. A larga maioria destas decisões centra-se em processos de fiscalização concreta (sendo de referir os acórdãos n.º 128/84, n.º 398/89, n.º 351/91, n.º 370/91 e n.º 271/92), mas existem acórdãos representativos também em sede de fiscalização abstracta, dos quais salientamos, em sede de fiscalização preventiva, o acórdão n.º 254/92 e em sede de fiscalização sucessiva abstracta (a que mais releva para o âmbito do presente texto), os acórdãos n.º 63/91 e n.º 364/94. Atentemos às passagens mais relevantes dos mesmos:

No acórdão n.º 254/92, o Tribunal entendeu, em sede de fiscalização preventiva, que “não parece curial nem, sequer, admissível que o Tribunal Constitucional proceda a uma interpretação conforme à Constituição que subverta, de forma clara e inequívoca, a *vontade presumida do legislador*, aproveitando de uma norma tão-só uma das suas partes componentes — *in casu*, o limite temporal — quando, de acordo com aquela vontade presumida, essa mesma parte da norma é subsidiária da outra que o Tribunal, afinal, rejeita — *in casu*, a estabilidade do exercício do cargo. Com efeito, tendo em consideração a referida vontade presumida do legislador, poder-se-á afirmar, o que não é arriscado, face à transparência e abundância dos trabalhos preparatórios, que, perante a pretensa interpretação conforme à Constituição acima avançada, o legislador teria preferido abster-se de legislar sobre a matéria, já que as suas intenções saem, assim, completamente subvertidas. Em casos destes, não se afigura possível que o Tribunal Constitucional recorra à interpretação conforme à Constituição para salvar a constitucionalidade de uma norma jurídica, porque não existem quaisquer razões de ordem substancial que o justifiquem.”

No acórdão n.º 63/91, em sede de fiscalização sucessiva abstracta, o Tribunal veio declarar a não inconstitucionalidade da norma requerida precisamente porque sustentou, com base em KARL LARENZ que “se a dação de uma dada interpretação a uma norma infra-constitucional conduz à conclusão da não existência da contradição com os preceitos e princípios constitucionais, ter-se-á de haver essa norma, em tal interpretação, por válida, conseqüentemente se havendo de preferir a interpretação que leve à não invalidade da disposição, relativamente a outra ou outras que conduzam à invalidade perante os parâmetros constitucionais”.

Já no acórdão n.º 364/94, o Tribunal decidiu-se pela declaração de não inconstitucionalidade, salientando que «perante duas interpretações possíveis de uma norma legal – uma, incompatível com a Constituição e outra que, com ela, se compatibiliza – o intérprete deve decidir-se por esta última, ou seja, pela *interpretação conforme à Constituição* (cf., neste sentido, o acórdão n.º 266/92, publicado no *Diário da República*, II série, de 23 de Novembro de 1992). Questão é que o teor

*O Direito* 149.º (2017), III, 627-652

Contudo, em fiscalização sucessiva abstracta<sup>43</sup>, mesmo que se recorra a esta técnica, a solução interpretativa subjacente à decisão de rejeição de inconstitucionalidade não será vinculativa<sup>44</sup>, ao contrário do que ocorre numa declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral – o que significa que os outros aplicadores de Direito poderão continuar a optar pela solução interpretativa preterida no juízo de interpretação conforme<sup>45</sup>.

verbal da norma interpretanda consinta, não apenas o sentido desconforme com a Constituição, como também um outro que a não contrarie.

A interpretação jurídica, mesmo tratando-se de uma *interpretação conforme à Constituição*, há-de extrair dos textos legais um sentido que eles comportem, ou seja, um sentido que “tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (cf. artigo 9º, n.º 2, do Código Civil) – um sentido, em suma, que não contrarie a letra da lei. E esse sentido há-de captar-se no conjunto do diploma legal, a que pertence a norma interpretanda, e, ainda (como se sublinhou naquele acórdão n.º 266/92, citando KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 5ª edição, Lisboa, 1979, página 120), com referência ao ordenamento jurídico global, neste se incluindo, naturalmente, a Constituição, a que há que reconhecer uma grande “capacidade irradiante”, atento, desde logo, o lugar que ela ocupa na hierarquia das fontes».

<sup>43</sup> A admissibilidade de interpretação conforme em processos de fiscalização abstracta não é, ainda assim, tão linear como em fiscalização concreta, já que quanto a esta podemos retirá-la do artigo 80.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional. Cfr., sobre as suas diferentes manifestações em fiscalização concreta, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, *op. cit.*, p. 85. É precisamente a propósito do artigo 80.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, que se suscitam diferentes posições doutrinárias; atendendo porém ao objecto do presente texto (que versa sobre decisões proferidas em fiscalização sucessiva abstracta), não nos iremos debruçar sobre essa questão. Para mais desenvolvimentos, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, *op. cit.*, pp. 86-88, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, *op. cit.*, p. 370 e ss e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 920 e ss.

<sup>44</sup> Em termos com os quais se concorda na íntegra, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 397 e ss. Cfr. também JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, *op. cit.*, p. 85 “O problema, com autonomia, não se suscita na fiscalização abstracta, por aí, independentemente da interpretação operada, até conforme com a Constituição, só ter relevância a força obrigatória da declaração de inconstitucionalidade”. Cfr. porém MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 175 “não se pode deixar de salientar os perigos da interpretação conforme na fiscalização abstracta, uma vez que a decisão de não inconstitucionalidade não tem qualquer eficácia vinculativa”. Defendendo a interpretação conforme em sede de fiscalização abstracta, mas propendendo para a emanação de decisões interpretativas de acolhimento, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, *op. cit.*, p. 396 e ss.

<sup>45</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, p. 316, “se o Tribunal Constitucional não concluir pela existência da inconstitucionalidade com base em certa interpretação conforme com a Constituição, esta não obrigará nenhum tribunal ou nenhuma autoridade e, assim, poderá uma interpretação *não querida* pelo Tribunal vir a ser a adoptada na prática. O Tribunal Constitucional não pode decretar, com força obrigatória geral, que certa norma com alcance é inconstitucional e, ao mesmo tempo, que com alcance diverso não o é”.

VII. Independentemente da vinculatividade dos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, impõe-se analisar – como foi assumido no início do texto como sendo o objectivo principal do mesmo – de que forma a “jurisprudência da crise” recorreu à interpretação conforme à Constituição.

Porém, face ao exposto anteriormente relativamente à interpretação conforme à Constituição, só fará sentido indagar do recurso à mesma, em princípio, no caso de acórdãos que decidiram pela *não inconstitucionalidade* das normas sindicadas.

Ora, nenhum dos acórdãos que constituem o objecto da nossa análise recorre, pelo menos directamente, à expressão “interpretação conforme à Constituição” como forma de solucionar as questões de constitucionalidade que são colocadas ao Tribunal Constitucional.

Porém, isso não significa que a mesma não seja mencionada – pelo menos em algumas declarações de voto<sup>46</sup> – e que não haja menções “veladas” à mesma na fundamentação de pelo menos um dos acórdãos analisados.

VIII. Nos primeiros acórdãos da “jurisprudência da crise” que se traduziram em decisões de não inconstitucionalidade – nomeadamente acórdão n.º 399/2010, acórdão n.º 396/2011 e acórdão n.º 187/2013<sup>47</sup> – não encontramos qualquer menção (ou efectivo recurso) à interpretação conforme à Constituição.

Daqui decorre, que, se a interpretação conforme com a Constituição na fiscalização concreta pode ser útil, dentro dos limites apontados, já na fiscalização abstracta pode vir a ser perigosa e contraproducente e, por conseguinte, deve ser empregada com redobradas cautelas. Se não é de excluir *a priori*, é preciso ter consciência de que aos riscos inerentes à operação ainda poder acrescer a circunstância de, ao fim e ao resto, o Tribunal Constitucional não conseguir obstar à consumação da inconstitucionalidade”. Em sentido contrário, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, *op. cit.*, p. 396 e ss.

<sup>46</sup> A este propósito, podemos referir FRIEDRICH SCHACK, “Die verfassungskonforme Auslegung”, *op. cit.*, quando menciona, p. 269, que «nem sempre é utilizado nas decisões a expressão “interpretação conforme à Constituição” (...) frequentemente também, sem que uma tal expressão tenha sido utilizada, pelo conteúdo da decisão compreende-se que foi feita uma verdadeira interpretação conforme à Constituição».

<sup>47</sup> Para uma síntese sobre os principais aspectos da jurisprudência da crise nos referidos acórdãos, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 68 e ss; RAVI AFONSO PEREIRA, “Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto (2013), págs. 317-370; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, “A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014., pp. 168-189, p. 161 e ss. Cfr. ainda CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 718 e ss.

IX. Já no acórdão n.º 474/2013<sup>48</sup> é feita uma sucinta menção<sup>49</sup> na declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral, que se entrecruza com a presunção de constitucionalidade das leis – um dos fundamentos, como visto, da interpretação conforme à Constituição – mas também com o ónus que consequentemente impende sobre o legislador já que, atenta essa mesma presunção, nas situações em que a constitucionalidade das normas por ele aprovadas seja discutida, a necessidade de fundamentar as razões que justificam as decisões tomadas afigura-se acrescida:

“1. A Constituição da República Portuguesa não é um «código» fechado e exaustivo de regulação da vida pública, nem como tal pode ser entendida ou interpretada. É antes um sistema de normas fundamentais que, precisamente por serem isso mesmo – fundamentais –, detêm uma estrutura «aberta», cuja interpretação requer instrumentos especiais. *Um desses instrumentos é claro, e diz o seguinte: em caso de dúvida presume-se que são conformes à constituição as soluções que o legislador ordinário achou para regular certo sector da vida colectiva. Isto é assim relativamente à Constituição da República como o é em relação a qualquer outra. Nada de diferente ou especial contém, quanto a este aspecto, a CRP.*

No entanto, em todas as constituições existem pontos claros de vinculação. Muitos deles decorrem das normas [da constituição] que estabelecem por que forma, com que procedimentos e através de que órgãos deve o Estado agir. Mas não só: a continuidade da ordem jurídica, por exemplo, e a proibição de comportamentos públicos arbitrários, por outro lado, são em qualquer ordem constitucional de um Estado de direito imposições insofismáveis. É que uma ordem jurídica que sofra disrupções ou descontinuidades profundas e muito próximas no tempo – diversas pois, quer em quantidade quer em intensidade, do curso normal da auto-revisibilidade das leis – dificilmente pode aspirar ao estatuto de normatividade que a categoria “ordem” por si própria convoca; como dificilmente pode aspirar ao estatuto de juridicidade o agir estadual que seja arbitrário. O incumprimento destas vinculações claras, a existir, tem por isso que ser especialmente justificado. Sobre o legislador ordinário impende nestas circunstâncias um ónus acrescido, e exigente, de explicação das razões que o levaram a decidir como decidiu. E isto é assim em relação à Constituição portuguesa como o é em relação a qualquer outra – pelo menos no quadro civilizacional que nos é próximo, e que, é, para o que nos interessa, o do direito público europeu.

<sup>48</sup> Embora esta decisão tenha consistido numa *declaração de inconstitucionalidade* das normas objecto do pedido, pelo que não se possa, obviamente, reconduzir a um caso de interpretação conforme à Constituição.

<sup>49</sup> Os pontos que interessam ao presente texto são assinalados a itálico.

2. No caso, e quanto a uma das normas em juízo, o princípio afectado é o da continuidade da ordem jurídica. Se em 2008 o legislador toma a decisão (que o Tribunal, em cumprimento do princípio da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos, coonestou) de transformar maioritariamente a relação de vínculo de função pública em relação de emprego público regida pelos cânones contratuais do direito do trabalho, e o faz então com a salvaguarda da manutenção do quadro de estabilidade quanto ao regime de cessação do contrato; se em 2010, 2011 e 2012 o mesmo legislador afecta direitos e rendimentos das pessoas abrangidas pela modificação operada em 2008 com fundamento, precisamente, na estabilidade da relação laboral; se em 2013 acaba com essa estabilidade, alterando a decisão anterior e negando os fundamentos invocados um e dois anos antes para justificar a afectação de direitos, então – e sobre isso não há dúvidas – a ordem jurídica em que tudo isto acontece sofre disrupções e descontinuidades que põem desde logo em causa a dimensão objectiva da “confiança” e da “segurança”, enquanto elementos centrais de um Estado de direito. *O legislador tinha portanto o especial ónus de justificar por que razão optou por tal disrupção.* No caso, o ónus de justificação implicava: a clara demonstração da essencialidade da medida para a contenção da dívida pública; a clara demonstração da essencialidade da medida para a resolução de emergência económico-financeira da República; a clara demonstração da essencialidade da medida para a racionalização da Administração Pública, em visão estratégica larga de reforma das estruturas estaduais. Nenhuma destas demonstrações foi, porém, feita.

Como não foi feita a demonstração de que, pelas mesmas razões – e, portanto, por imperativos de sustentabilidade do Estado, imediatos e mediatos – era necessário que a Administração, através de despedimentos *ad nutum*, ocorresse em comportamentos arbitrários. (...)

Não há – sejamos claros – ordem constitucional que perdure para além da sustentabilidade do Estado, como não há constituição que racionalmente eleja como princípio orientador da ordem pública a “irresponsabilidade” (ou a indiferença) da geração presente perante a autonomia das gerações futuras. Simplesmente, e uma vez mais, para legitimar o comportamento arbitrário da administração no despedimento dos seus próprios “trabalhadores” seria necessária uma demonstração clara da essencialidade da medida para a prossecução desse princípio de sustentabilidade estadual. *Cabia ao legislador ordinário o ónus da demonstração dessa essencialidade. Perante a sua inexistência, votei no sentido da inconstitucionalidade”.*

Como resulta do segmento transcrito, a Juíza Conselheira constata a existência de uma presunção de constitucionalidade das normas, mas expõe que a mesma cederá quando, havendo dúvidas sobre a constitucionalidade da norma sindicada, o legislador não demonstre a essencialidade dessa medida<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Para críticas a esta posição, cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO, A “convergência de pensões” como questão política, *E-pública*, Número 1, Janeiro 2014, “Ao apontar como *ratio decidendi* o incum-

X. Nos acórdãos n.º 602/2013, n.º 413/2014, n.º 572/2014 e n.º 574/2014, nos segmentos em que o Tribunal decide pela não inconstitucionalidade das normas sindicadas, nada de relevante a propósito do tópico em investigação é mencionado<sup>51</sup>.

XI. É no acórdão n.º 794/2013<sup>52</sup> que surgem as referências mais relevantes à interpretação conforme Constituição.

primto de um “ónus do legislador” na evidenciação da sua própria ponderação – e ao escusar-se aparentemente a proceder a uma ponderação própria –, o Tribunal terá procurado preservar a linha segundo a qual a ponderação envolvida na aplicação do princípio da protecção da confiança é uma ponderação política. É duvidoso no entanto que tal esforço de coerência tenha sido bem sucedido: o Tribunal exige uma “demonstração” e esta é, por definição, persuasiva; implica, pois, uma concordância entre os juízos legislativo e judicial, não a abstenção do juízo judicial face ao juízo legislativo. Dito de outro modo, ao exigir uma “demonstração da essencialidade da medida” nos termos em que o faz, o Tribunal inverte a lógica das suas anteriores decisões, *permite-se atestar a insuficiência da ponderação legislativa face a uma ponderação implícita que se admite fazer*. O Tribunal arrisca então entrar no domínio da política ativa e não meramente *passiva*, o que seria salutar em lógica bickeliana”.

<sup>51</sup> Nem nos restantes acórdãos seleccionados da “jurisprudência da crise”, que decidem no sentido da inconstitucionalidade e que, dado o sentido da decisão, dificilmente recorreriam a uma qualquer técnica de interpretação conforme à Constituição, como exposto.

<sup>52</sup> O Tribunal Constitucional veio neste acórdão, por sete votos contra seis, decidir pela não inconstitucionalidade do alargamento do horário de trabalho na Função Pública de 35 para 40 horas semanais e 8 horas por semana, sem, note-se, o correspondente aumento de retribuição. Sucintamente, veio discutir se tal medida violava a proibição do retrocesso social – concluindo que não – bem como o princípio da protecção da confiança – concluindo também em sentido negativo. No entendimento do Tribunal, ainda que pudesse haver uma afectação de expectativas, a mesma não violava o princípio do Estado de Direito, até porque o interesse público teria de prevalecer no caso concreto, devido às circunstâncias excepcionais criadas pela situação de crise. Finalmente, o Tribunal entendeu que nada na Constituição proíbe expressamente a redução de salários. Para uma crítica a esta decisão, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 72, no sentido de que o Tribunal recorreu “a uma sua suposta interpretação autêntica, mas feita pelo Governo e contra o disposto no próprio diploma. Tal constituiu, a nosso ver, a excepção de *ativismo judicial* da jurisprudência constitucional dos anos de crise e, curiosamente, a do Governo”. Como conclui neste aspecto o autor “Não havendo quaisquer razões que justifiquem que o legislador trate diferenciadamente os trabalhadores da função pública e do sector privado em domínio de horário de trabalho, este aumento de horário/redução da retribuição, que acresce às anteriores reduções da retribuição, só encontra algum possível apoio objectivo que o salve da declaração de inconstitucionalidade nas dificuldades que a situação de crise impõe ao funcionamento e financiamento das instituições públicas”.

Sobre este acórdão, cfr. também PAULO MOTA PINTO, «A protecção da confiança na “jurisprudência da crise”», *op. cit.*, pp. 149–151, sobretudo atendendo à hipotética violação do princípio da protecção da confiança.

Neste acórdão, à semelhança de acórdãos anteriores da “jurisprudência da crise”, o Tribunal decidiu pela não inconstitucionalidade das normas sindicadas<sup>53</sup>.

Embora o Tribunal não mencione nunca, ao longo da fundamentação do acórdão, a expressão “interpretação conforme à Constituição” para justificar a não inconstitucionalidade das normas do artigo 2.º, em articulação com o artigo 10.º, 3.º, 4.º e 11.º, da Lei n.º 68/2013, de 29 de Agosto, vem, num primeiro ponto, analisar o “sentido das normas objecto do pedido”<sup>54</sup> e, ao fazê-lo, salienta que a interpretação do enunciado, tendo em conta a presunção de constitucionalidade das leis, pode ter uma menor correspondência com o elemento literal, desde que respeite a vontade anteriormente expressa pelo legislador democraticamente legitimado<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Como salienta CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *op. cit.*, p. 720, “Diploma impugnado por deputados da oposição e que foi poupado *in extremis*, com a complacência do próprio Tribunal, após um esclarecimento do Governo sobre o sentido efetivo de uma norma juridicamente deficiente, que, se interpretada literalmente, seria irremediavelmente inconstitucional”.

<sup>54</sup> «Justifica-se, por conseguinte, que o tratamento das questões de constitucionalidade seja precedido da fixação do sentido com que as normas objeto dos pedidos de fiscalização hão-de valer. De resto, nos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade, cabe ao Tribunal Constitucional determinar o conteúdo e alcance das normas fiscalizadas. Sem uma operação deste tipo, é naturalmente impossível avaliar a legitimidade constitucional de tais normas, uma vez que, ao contrário do que acontece na fiscalização concreta, o seu conteúdo e alcance não são um dado resultante da atividade interpretativa do tribunal a quo. Neste sentido, pode dizer-se que o Tribunal, nos processos de fiscalização abstrata, goza de um “poder autónomo de interpretação da disposição legal impugnada” (cfr. Rui Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade: os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 397)».

<sup>55</sup> O Tribunal começa por analisar qual o sentido dado pelos requerentes à norma sindicada (“a norma que este grupo de requerentes retira do artigo 2.º da Lei n.º 68/2013, em conjugação com o artigo 10.º da mesma lei, é a imposição de um limite mínimo imperativo de oito horas diárias e quarenta horas semanais para o trabalho em funções públicas, limite este que se sobrepõe a qualquer lei especial ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho já em vigor, e que impede igualmente o estabelecimento, para o futuro, de períodos normais de trabalho inferiores com recurso a tais leis ou instrumentos”), para de seguida frisar que “tal interpretação não invoca a seu favor – compreensivelmente, dada a data de início da produção de efeitos das alterações constantes dos artigos 2.º a 4.º da Lei n.º 68/2013, de acordo com o respetivo artigo 12.º – qualquer manifestação do «direito vivente»: decisões judiciais ou práticas da Administração Pública; a mesma interpretação baseia-se exclusivamente na leitura que os requerentes fazem das disposições da mencionada Lei”. Porém, o Tribunal vem entender que a interpretação invocada “não atende suficientemente nem à teleologia da Lei n.º 68/2013, de 29 de agosto, em matéria de duração do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas nem à articulação sistemática das alterações por ela introduzidas nos diferentes regimes que regem essa matéria”. No entender do Tribunal, a interpretação proposta “desconsidera aspetos que relevam da mera técnica legislativa e, a ser aceite, conduziria a resultados inconsequentes e *contrários à intenção expressa do legis-*

XII. O mais relevante do acórdão, a propósito deste tema, reside, porém, não na fundamentação do mesmo, mas em duas das sete declarações de voto emanadas, as quais se afiguram particularmente relevantes para o tópico aqui em análise.

Em primeiro lugar, a declaração de voto da Conselheira Ana Maria Guerra Martins<sup>56</sup>, que na parte que releva, expõe que

*lador*”, pelo que reformula a norma *sub judice* no sentido que lhe parece mais conforme à vontade do legislador “Em conclusão, o que está em causa no artigo 2.º da Lei n.º 68/2013, mesmo lido em articulação com o artigo 10.º da mesma Lei, é o aumento da duração do período normal de trabalho de referência dos trabalhadores em funções públicas para oito horas diárias e quarenta horas semanais, com a consequente adaptação dos horários específicos e a previsão da possibilidade de existência de períodos normais de trabalho superiores. É esta a norma que deve ser confrontada com os parâmetros constitucionais indicados pelos requerentes”. Ora, para decidir neste sentido, o Tribunal concede ser possível que “uma outra interpretação da Lei n.º 68/2013, de 29 de agosto, fundada predominantemente no elemento literal, poderia conduzir a que se entendesse, tal como fazem os requerentes, que a imperatividade estatuída no respetivo artigo 10.º afastaria também a possibilidade de os limites máximos do período normal de trabalho previstos no artigo 126.º, n.º 1, do RCTFP, com a nova redação, serem derogados por instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho posteriores ao início de vigência da citada Lei n.º 68/2013”. Mas acrescenta que “não sendo o elemento literal o único a considerar pelo intérprete, e devendo este presumir que o legislador democraticamente legitimado não quis afrontar a Constituição, deve, também por esta razão, dar-se preferência ao sentido anteriormente explicitado”.

<sup>56</sup> Transcreve-se a parte anterior da declaração, já que tal é importante para contextualização da parte da declaração citada no corpo do texto: «Votei a declaração de não inconstitucionalidade da norma dos artigos 2.º, em articulação com o artigo 10.º, 3.º, 4.º e 11.º, todos da Lei n.º 68/2013, de 29 de agosto, afastando-me, no entanto, de alguns pontos essenciais da fundamentação do Acórdão. Note-se, antes de mais que o que está em causa não é o artigo 2.º isoladamente, mas sim a leitura conjugada deste preceito legal com o artigo 10.º.

Desde logo, não subscrevo o iter argumentativo constante dos n.ºs 10 a 16 da fundamentação relativo ao sentido a atribuir ao artigo 2.º conjugado com o artigo 10.º da referida Lei. Não acompanho, de todo, o modo como se procedeu à articulação sistemática das alterações introduzidas pela Lei constante do Acórdão, nem a forma como a teleologia da lei nele foi tratada, pois considero que não têm a mínima correspondência na letra da lei. *Ao interpretar determinada norma vertida em preceito legal, o julgador constitucional não pode, tal como resulta das mais elementares regras hermenêuticas, abstrair-se do elemento literal, que se autonomiza da específica vontade dos ocasionais titulares dos órgãos com competência legislativa.* Como refere o n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil, não pode o intérprete considerar um “pensamento legislativo que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal”. Ora, sendo a letra da lei o ponto de partida de toda a interpretação jurídica é por ela que vou começar. Em meu entender, o artigo 10.º da lei em apreço apresenta claramente duas partes. A primeira estabelece que o disposto no artigo 2.º tem natureza imperativa, o que significa – sem qualquer margem para dúvidas – que a norma constante do artigo 2.º – o período normal de trabalho dos trabalhadores da função pública é de oito horas por dia e quarenta horas por semana – não pode ser derogada por nenhuma outra. Em princípio, não se admitiriam períodos normais de trabalho inferiores nem superiores. Porém, como o artigo 2.º, n.º 3, da mesma Lei admite expres-

«importa averiguar se, contra um sentido literal unívoco – como se afigura, em meu entender, aquele que acabei de expor relativamente à norma do artigo 2.º conjugado com o artigo 10.º em apreço nos presentes autos – ainda se podem procurar outros pontos de vista interpretativos, designadamente, *ainda se pode explorar a via do cânone da interpretação conforme à Constituição*.

samente períodos normais de trabalho superiores previstos em diploma próprio, daqui decorre que a norma do n.º 1 do artigo 2.º só não pode ser derogada por nenhuma outra de sentido mais favorável ao trabalhador.

Por outro lado, a segunda parte da norma do artigo 10.º estipula que o disposto no artigo 2.º prevalece sobre quaisquer leis especiais e instrumentos de regulamentação coletiva, o que significa que, em caso de conflito com outras normas (recorde-se: mais favoráveis ao trabalhador), a norma do artigo 2.º prima, tem supremacia, ou seja, aplica-se em detrimento dessas outras normas, sejam elas anteriores ou posteriores à entrada em vigor da presente lei.

Tal entendimento – quanto a normas legais e convenções coletivas posteriores à entrada em vigor do ato legislativo em apreço – sai reforçado pelo recente Acórdão n.º 793/2013, que concluiu (ainda que contrariamente à opinião por mim ali expressa, em declaração de voto) que: «(...) a definição do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas, (...) é um aspeto nuclear e estruturante do regime próprio da relação de emprego público, quer em razão da sua importância para os próprios trabalhadores (...), quer como condição relevante para garantir a eficácia, eficiência e qualidade da ação da Administração na prossecução do interesse público (artigo 266.º, n.º 1, da Constituição). Como tal, aquela definição constitui uma «base do regime da função pública», nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea t), da Constituição» [cfr. § 16]. Sucede, porém, que este entendimento, no sentido de qualificar a norma extraída do artigo 2.º da Lei n.º 68/2013 como matéria de “bases” do regime jurídico da função pública, se afigura contraditório com o que agora se sustenta, isto é, com a afirmação de que a norma extraída da conjugação entre os artigos 2.º e 10.º da Lei n.º 68/2013 «não integra uma lei de valor reforçado nos termos do artigo 112.º, n.º 3, da Constituição, [pelo que] o mesmo também não pode impedir leis especiais novas de derogarem o período normal de trabalho fixado no artigo 2.º» [cfr. § 10]. Com efeito, não só o n.º 2 do artigo 112.º da Constituição determina que os decretos-lei de desenvolvimento de matérias integradas em leis de bases se subordinam a estas, como a doutrina jusconstitucionalista é unânime em qualificar como “leis de valor reforçado” as que versem sobre matéria de “bases” de determinado regime jurídico, por força do artigo 112.º, n.º 3, in fine, da Constituição. Tal significa que o comando injuntivo resultante do artigo 10.º da Lei n.º 68/2013, por ser forçosamente conjugado com o artigo 2.º desse diploma, goza dessa natureza jurídica reforçada e, portanto, sempre impediria – se se aceitasse a sua redação literal – quer a adoção de leis especiais, quer a negociação e celebração de convenções coletivas mais favoráveis aos trabalhadores em funções públicas.

Este é, em meu entender, o único sentido possível a extrair da letra da lei.

*Daqui não decorre, evidentemente, que o sentido literal seja o único a ponderar, nem, tão pouco, que aquele seja mesmo determinante – o que, aliás, na atualidade, é totalmente pacífico na Doutrina. As palavras não têm em si mesmas uma qualidade essencial, sendo fundamental o contexto em que se inserem, bem como a finalidade que prosseguem, pelo que se devem levar em linha de conta outros elementos extrínsecos à fixação linguística, a saber, os elementos sistemático, histórico ou teleológico. Note-se, porém, que estes elementos encontram-se, em certo sentido, dependentes do enunciado linguístico. Com efeito, existe um limite à tomada em conta desses outros elementos, o qual é constituído pela sua necessária correspondência verbal».*

O Direito 149.º (2017), III, 627-652

É certo que a interpretação conforme à Constituição tem sido normalmente utilizada na fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade das normas. Porém, nada impede – e a Doutrina admite-a (cfr. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, UCP, 1999, p. 396) – que a mesma ocorra em sede de fiscalização sucessiva abstrata, pelo que é perfeitamente legítimo invocá-la nos presentes autos.

Partindo, assim, do pressuposto de que o sentido que o Acórdão atribuiu à norma não encontra qualquer correspondência na letra da lei, coloca-se a questão de saber se a interpretação conforme à Constituição deve ser delimitada negativamente pela letra da lei ou se se deve aceitar uma interpretação corretiva do sentido literal da norma. Ambas as teses têm adeptos na Doutrina (sobre este debate doutrinário, cfr. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 303 e ss).

Já o Tribunal Constitucional tem sido muito cauteloso – e até, de certo modo, restritivo – no recurso à interpretação conforme à Constituição, tendo sustentado que “não parece curial, nem, sequer, admissível que o Tribunal Constitucional proceda a uma interpretação conforme à Constituição que subverta de forma clara e inequívoca, a vontade presumida do legislador” (cfr. Acórdão n.º 254/92).

Em tese geral, estou de acordo com a doutrina consagrada nesta Jurisprudência. *Entendo, contudo, que ela não é aplicável ao caso em apreciação, na medida em que a letra da lei e a vontade do legislador não se mostram coincidentes.* Assim, se se atender somente à letra da lei chegar-se-ia, porventura, à declaração de inconstitucionalidade, na medida em que se violaria o direito à contratação coletiva inserto no artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP.

Se, pelo contrário, se tiver em consideração a vontade inequívoca do legislador tal declaração poderá, eventualmente, ser afastada. Aliás, em consonância com o que sustentei no Acórdão n.º 602/2013 relativamente ao artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 121.

É certo que o julgador constitucional se deve manter equidistante dos demais poderes constitucionalmente consagrados, na qualidade de guardião da Constituição, mas deve igualmente, cingir-se ao seu papel de “legislador negativo”.

Assim sendo, sempre que possível, o julgador constitucional deve abster-se de interferir, de modo desnecessário e excessivamente oneroso – e mesmo que se afigure como altamente provável, tal como sucede com a norma ora em apreço, a verificação de uma inconstitucionalidade normativa –, desde que encontre outros mecanismos interpretativos que possam contornar os efeitos que acarretam uma declaração de inconstitucionalidade. Ora, neste caso, atenta a vontade inequívoca do legislador em permitir a vigência de leis especiais e de convenções coletivas de trabalho que derroguem, em sentido mais favorável aos trabalhadores em funções públicas, a fixação de um horário máximo de 40 horas semanais e de 8 horas diárias, não faria sentido que o Tribunal Constitucional insistisse numa declaração de inconstitucionalidade. Ainda que da norma em apreço se extraia um sentido prescritivo inconstitucional, o julgador constitucional pode (e, a meu ver, deve)

interpretá-la de tal modo que a mesma seja conforme aos comandos e vinculações jurídico-constitucionais.

(...)

Em suma, o elemento literal é suscetível de ser afastado se se aceitar que o legislador não terá querido efetivamente afastar a possibilidade de períodos de trabalho inferiores a 8 horas diárias e 40 horas semanais dos trabalhadores em funções públicas. *Mas isto significa que se afasta a letra da lei e se admite uma interpretação corretiva da mesma.*

Aqui chegados, a questão a resolver é a de saber se se deve aceitar esta interpretação corretiva, em nome de alguns princípios caros à ordem jurídica constitucional, como é o caso, por exemplo, do princípio da hierarquia constitucional e da unidade da ordem jurídica, o princípio da segurança jurídica, o princípio do aproveitamento dos atos normativos, o princípio da presunção da constitucionalidade dos atos normativos e o princípio da proporcionalidade (cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 381 e ss), ou se, pelo contrário, se deve dar prevalência ao princípio do expurgo das normas inconstitucionais da ordem jurídica portuguesa, optando pela declaração de inconstitucionalidade da norma em apreço.

Não obstante a última solução apontada me parecer, em tese geral, mais consentânea com o sistema português de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, na medida em que as decisões interpretativas de rejeição, ao contrário das decisões interpretativas de acolhimento, não gozam dos efeitos jurídicos previstos no artigo 282.º da CRP, admito, no entanto, em casos excecionais, como, em meu entender, é o que se está a analisar, *aceitar a interpretação conforme com a Constituição mesmo em sentido contrário à letra da lei*, se for evidente que o legislador disse o contrário daquilo que teria querido dizer<sup>57</sup>.

Ora, no caso em apreço, já aponteí vários argumentos que convergem nesse sentido.

*Assim sendo, é com base na interpretação conforme à Constituição que voto no sentido da declaração de não inconstitucionalidade do artigo 2.º em conjugação com o artigo 10.º da Lei n.º 68/2013, de 29 de agosto.»*

<sup>57</sup> No mesmo sentido, embora não a propósito da temática que nos ocupa, saliente-se ainda a seguinte passagem da mesma Juíza Conselheira, em declaração de voto ao Acórdão n.º 413/2014: “Acrescente-se que num processo, como o presente, que se integra na fiscalização abstracta sucessiva de uma norma legal (ou melhor dito, orçamental já em execução), o princípio da presunção da conformidade constitucional das normas legais, impõe-se particularmente, pelo que o juiz constitucional, na dúvida, não deve declarar a inconstitucionalidade da norma ou de parte dela. Considero, pois, que só se poderia admitir a inconstitucionalidade parcial da norma se ela se afigurasse claramente cindível, o que não sucede.”

XIII. Também o Presidente do Tribunal à época, Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, veio declarar, a propósito da decisão do Tribunal naquele acórdão, que

“esta interpretação tem claramente contra si a formulação do enunciado normativo. Ela funde num único comando prescritivo os conceitos de “imperatividade” e de “prevalência”. (...) Bem sei que o elemento literal não é o único, nem sequer o decisivo, fator de interpretação. E a posição que fez vencimento socorreu-se de elementos sistemáticos de interpretação que, *prima facie*, podem lançar alguma dúvida sobre a correspondência entre o teor do artigo 10.º e a intenção reguladora que a ele presidiu. (...) Em suma, é minha convicção de que as razões de ordem sistemática e teleológica invocadas não logram contrariar o *sentido inequívoco objetivado no texto* do artigo 10.º da Lei n.º 68/2013, em consonância com três das quatro razões apontadas, na exposição de motivos da proposta de lei, como objetivos da medida.

(...)

2. Numa versão mitigada da interpretação seguida no Acórdão, poderá eventualmente sustentar-se que, não sendo essa interpretação a *única* possível, ela é, mesmo assim, possível, pelos cânones hermenêuticos comuns, pelo que, assegurando (na ótica que fez vencimento) a conformidade com a Constituição, deveria ter preferência.

Mesmo neste quadro de uma *benigna interpretatio*, a conclusão não se justifica. Há, na verdade, que ter em conta que tal interpretação, a admitir-se, não é, seguramente, a que mais se conforma com o sentido da fórmula normativa, só podendo alcançar-se por uma rebuscada “engenharia interpretativa”, que conduz à correção da letra da lei.

No plano hermenêutico geral, é discutida a admissibilidade de uma interpretação conforme à Constituição corretiva da lei (cfr., sobre o ponto, Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, 302 e s.). Gomes Canotilho parece excluí-la, ao enunciar o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas “contra legem”*, que “impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e os sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, 2003, 1210) e ao afastar tal interpretação quando “em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente recognoscível da lei (...)” (*ob. cit.*, 1211).

Seja qual for a melhor solução, fora do domínio da fiscalização abstrata de constitucionalidade, neste domínio e em configurações deste tipo, levanta-se uma dificuldade específica quanto à admissibilidade do critério, atinente à falta de eficácia vinculativa das decisões de não inconstitucionalidade. Parece correto sustentar-se que, em processo de fiscalização abstrata, quando uma mesma disposição normativa é passível de várias interpretações, sendo uma delas, com fundamento sólido nas regras de interpretação, contrária à Lei Fundamental, deverá o Tribunal Cons-

tucional optar pela declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta, precisamente, a impossibilidade de impor aos órgãos administrativos e judiciais a adoção de uma interpretação conforme à Constituição. Sobretudo quando não há ainda um “direito vivente”, em resultado da efetiva aplicação da interpretação conforme, «a preferência, no âmbito da fiscalização abstrata sucessiva, vai claramente para as decisões interpretativas de acolhimento» (Rui Medeiros, *ob. cit.*, 406). E, para este efeito, não faz as vezes de um direito efetivamente aplicado uma proclamada intenção aplicativa, em certo sentido, ou um juízo de oportunidade que tenha em conta o que consta do artigo 105.º, n.º 3, da Proposta de lei n.º 184/XII: «O período normal de trabalho pode ser reduzido por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, não podendo daí resultar diminuição da retribuição dos trabalhadores». Não dispondo o Tribunal Constitucional português de instrumentos do tipo das declarações provisórias de constitucionalidade, ou das decisões apelativas, é pelo juízo quanto à conformidade constitucional, no presente, da situação normativa objeto de valoração que deve exclusivamente determinar-se o sentido da decisão.

Como o mesmo Autor expende, noutra local (Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, 2007, p. 854):

«Em qualquer caso, não se pode olvidar que, no sistema português de fiscalização de constitucionalidade, a decisão interpretativa de rejeição está totalmente desprovida de eficácia vinculativa geral e, ao permitir a subsistência no ordenamento jurídico de leis ambíguas, configura-se como um instrumento inadequado à garantia de uma proteção efetiva da Constituição. Daí que, atenta a força obrigatória geral das declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de fiscalização abstrata sucessiva, o Tribunal Constitucional deva preferencialmente, quando pretender lançar mão da interpretação conforme à Constituição, proferir uma decisão interpretativa de acolhimento. Numa palavra (...) a opção por uma decisão interpretativa de acolhimento, ao pôr em relevo o sentido inconstitucional da lei, traduz a solução mais consentânea com um sistema que se preocupa, fundamentalmente, com a expurgação das normas inconstitucionais do ordenamento jurídico (...)»

No caso presente, uma interpretação da norma resultante da conjugação do artigo 2.º com o artigo 10.º, tal como a sustentada no pedido, ou seja, no sentido da imperatividade absoluta e da prevalência do regime jurídico do período normal de trabalho em funções públicas fixada no artigo 2.º, não só não pode, de facto, qualificar-se como descabida, como é, no mínimo, aquela que, independentemente da vontade do legislador que esteve na sua origem, encontra mais consistente suporte nos fatores objetivos de interpretação.

É quanto basta, de acordo com a orientação acima enunciada, para que, no presente caso, se afaste a possibilidade de uma interpretação conforme à Constituição”.

XIV. As duas declarações de voto citadas são interessantes porque, embora se refiram ambas a aspectos nucleares da interpretação conforme à Constituição – tal como já referidos na primeira parte deste texto – tais como o papel do elemento literal no processo de interpretação de um enunciado normativo,

a presunção da constitucionalidade das leis, o relevo da vontade do legislador na hora de o Tribunal Constitucional decidir pela declaração de inconstitucionalidade, bem como a admissibilidade de interpretações correctivas efectuadas pelo Tribunal em fiscalização abstracta, os seus autores acabam por concluir em sentidos bastantes diversos quanto à admissibilidade do recurso a esta técnica no caso em questão.

Esta constatação demonstra que não havia, face à composição do Tribunal Constitucional à época, consenso sobre os limites do recurso à interpretação conforme à Constituição, nomeadamente sobre a possibilidade de através da mesma ser desprezado o elemento literal da interpretação e esta se poder transmutar numa interpretação correctiva.

Enquanto a Conselheira Ana Maria Guerra Martins admitia a possibilidade de ocorrer uma interpretação correctiva, em clara dissonância com o elemento literal, desde que “seja evidente que o legislador disse o contrário daquilo que teria querido dizer” – e portanto subscreve a declaração de não inconstitucionalidade naquele caso, mas tendo como fundamento a interpretação conforme à Constituição, ao contrário da linha seguida pelo Tribunal – o Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, partindo dos mesmos argumentos, concluía que naquele caso não seria possível qualquer interpretação conforme à Constituição, pelo que o Tribunal deveria ter declarado a inconstitucionalidade da norma sindicada. Isto porque o elemento literal deve considerar-se preponderante face à vontade expressa pelo legislador e um limite inafastável à interpretação conforme à Constituição. Esta posição é consentânea com a que já mencionámos anteriormente no texto, relativa ao papel do elemento literal como limite à interpretação em conformidade com a Constituição e aos perigos de uma interpretação correctiva.

O relevo assumido pelo contexto<sup>58</sup> (mesmo que seja um *contexto de crise*) e pelas razões aduzidas pelo legislador<sup>59</sup> não pode, assim, suplantar o sentido lite-

<sup>58</sup> Como salienta ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, “A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)”, *op. cit.*, p. 170 «Entendemos que a “jurisprudência da crise” traduz um “processo negocial” entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as “exigências das circunstâncias”» e p. 186, «A parametricidade da Constituição em tempos de crise leva a que se possa concluir que a inconstitucionalidade, na interpretação do TC, não dependa apenas do “texto”, mas, também, do “contexto”».

<sup>59</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Interpretação conforme à Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”, *op. cit.*, p. 196, “Não quero com isso sustentar que o fato de o legislador ter decidido nessa ou naquela direção não deva ser levado em consideração no momento da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade. Pelo contrário, a decisão do legislador tem, entre outras coisas, um peso argumentativo forte, principalmente em casos complexos, em que as incertezas fáticas e normativas sejam grandes. Mas esse peso extra que se dá a um argu-

ral<sup>60</sup> – pelo menos quando o mesmo seja claro – do enunciado que sustenta a norma objecto de fiscalização.

mento, pelo simples fato de ter sido a decisão do legislador democraticamente legitimado é apenas parte de uma argumentação mais complexa. Esse é um ponto importante. Por isso, ainda que o legislador tenha tomado uma decisão x e que haja argumentos a favor de sua constitucionalidade, mesmo assim é possível que haja outras variáveis e argumentos que pendam para o entendimento de que essa decisão do legislador é inconstitucional. Se esses últimos forem mais fortes – e esse é um problema de sopesamento –, a decisão do legislador poderá ser revista, a despeito da presunção de constitucionalidade e, especialmente, da possibilidade de interpretação conforme a constituição”.

<sup>60</sup> Recuperando uma citação já feita anteriormente “O princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas *contra legem* impede que o aplicador da lei contrarie a sua letra e o seu sentido através de uma interpretação conforme à Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a lei e as normas constitucionais”, cfr. RUI MEDEIROS, *A declaração de inconstitucionalidade, op. cit.*, p. 316 e ainda “A correcção da letra da lei significa apenas correcção da letra da lei, não podendo ser realizada quando os sentidos literais correspondem à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei”.

*O Direito* 149.º (2017), III, 627-652

# *Um recurso de amparo em Portugal?*

DR.<sup>a</sup> CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS SILVA

**SUMÁRIO:** 1. *Considerações iniciais:* 1.1. *O processo de fiscalização da constitucionalidade português;* 1.2. *O sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade;* 1.3. *Explicitação do tema deste estudo: o recurso de amparo constitucional.* 2. *A realidade estrangeira.* 3. *A necessidade de um recurso de amparo: uma deficiente proteção dos direitos fundamentais dos particulares no atual sistema de fiscalização concreta?:* 3.1. *A fiscalização de normas;* 3.2. *Exclusão da fiscalização de atos não normativos;* 3.3. *Tentativas do Tribunal Constitucional de reforçar as possibilidades garantísticas do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade;* 3.4. *O desvanecer da fronteira entre o controlo da norma e o controlo da decisão judicial;* 3.5. *A utilização do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade pelos particulares;* 3.6. *O Tribunal Constitucional: um Tribunal dos direitos fundamentais?* 4. *Doutrina a favor da introdução do recurso de amparo e tentativas da sua introdução em Portugal.* 5. *Doutrina contra a introdução de um recurso de amparo em Portugal, seus argumentos e respetivas críticas.* 6. *Por uma defesa do recurso de amparo em Portugal:* 6.1. *Argumentos a favor da introdução do recurso de amparo em Portugal e suas vantagens;* 6.2. *Fundamentos constitucionais a favor do recurso de amparo.* 7. *Que recurso de amparo?* 8. *Propostas de alteração do atual sistema de fiscalização concreta português: possível conjugação com o recurso de amparo?* 9. *Tomada de posição pessoal e considerações finais.*

## **1. Considerações iniciais**

### **1.1. O processo de fiscalização da constitucionalidade português**

O processo de fiscalização de constitucionalidade português tem um caráter misto, congregando elementos de controlo do tipo concentrado com elementos de controlo do tipo difuso. Portugal acolhe um modelo que resulta da conjugação de dois sistemas de fiscalização, o modelo norte-americano da *judicial review*, em que qualquer tribunal pode conhecer da constitucionalidade

*O Direito* 149.º (2017), III, 653-687

das normas na resolução dos litígios; e o modelo concentrado austríaco, em que existe um órgão vocacionado para a garantia da constitucionalidade das leis. Na Constituição da República Portuguesa, a inspiração difusa encontra-se presente no artigo 204.º. Os tribunais ordinários portugueses têm competência para conhecer e decidir de questões de constitucionalidade, o que significa, segundo Jorge Miranda que “... *todos os juízes são necessariamente juízes constitucionais, e não apenas os juízes do Tribunal Constitucional.*”<sup>1</sup>. A inspiração concentrada manifesta-se na circunstância de ter sido criado um Tribunal Constitucional, um órgão especificamente vocacionado para a defesa da Constituição.

Apesar de caber aos tribunais ordinários decidir em primeira mão as questões de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional é o órgão supremo da fiscalização da constitucionalidade. O Tribunal Constitucional tem primazia sobre todos os outros tribunais, uma vez que é a ele que compete administrar a justiça em matéria de natureza constitucional. De acordo com Sandra Lopes Luís “... *é ao Tribunal Constitucional a quem cabe a última palavra em sede de fiscalização da constitucionalidade, pois sem esquecer a opção por um sistema também difuso (previsto no artigo 204.º da CRP), devemos entender o modelo misto que temos no sentido de que aos tribunais ordinários cabe dar a primeira palavra, e, ao Tribunal Constitucional, como órgão especificamente criado para a fiscalização da constitucionalidade, cabe dar a última e definitiva palavra em matérias constitucionais.*”<sup>2</sup>.

A Constituição Portuguesa prevê a existência de quatro mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, designadamente:

- a fiscalização preventiva da constitucionalidade (artigo 278.º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), em que o Tribunal Constitucional se pronuncia quanto à inconstitucionalidade de determinadas normas jurídicas, antes de as mesmas entrarem em vigor na ordem jurídica;
- a fiscalização sucessiva, concreta (artigo 280.º CRP), pela qual qualquer tribunal pode julgar ou não quaisquer atos normativos inconstitucionais;
- a fiscalização sucessiva, abstrata (artigo 281.º CRP), através da qual somente o Tribunal Constitucional tem legitimidade processual passiva e o poder de declarar ou não a inconstitucionalidade de certa norma jurídica;
- a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º CRP).

<sup>1</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 244.

<sup>2</sup> SANDRA LOPES LUÍS, *O recurso de amparo: uma solução possível?: contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 708.

## 1.2. O sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade

Importa, neste trabalho, compreender o mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, previsto no complexo artigo 280.º CRP e nos arts. 69.º e seguintes da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. A suscitação da fiscalização concreta de uma norma surge, no decorrer de uma ação proposta nos tribunais comuns, quando para defesa de um direito ou interesse de um particular é suscitada a inconstitucionalidade de uma norma aplicável ao caso concreto. Assim, a questão da inconstitucionalidade apresenta-se como um incidente processual, uma questão de direito distinta mas relacionada com a questão principal. O recurso será restrito à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, artigo 280.º n.º 6 e artigo 71.º n.º 1 da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. A questão da inconstitucionalidade da norma pode ser suscitada pelas partes ou pode ser conhecida oficiosamente pelo tribunal *a quo*. Mas cumpre salientar que essa questão de constitucionalidade deve ser decidida pelo juiz da causa, que desaplicará a norma, caso a considere inconstitucional. Como explicita Catarina Sarmiento e Castro “O juiz não pode suscitar oficiosamente questões de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, visto que não existe um mecanismo de reenvio prejudicial...”<sup>3</sup>. Assim, têm legitimidade para recorrer para o Tribunal Constitucional, de acordo com o artigo 72 n.º 1 da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional: o Ministério Público e as pessoas que tenham legitimidade para interpor recurso da decisão proferida. Em Portugal existe um sistema cassatório mitigado uma vez que o Tribunal Constitucional decide definitivamente a questão da constitucionalidade, mas devolve depois o processo ao tribunal *a quo* para que reformule a sua decisão. Ao Tribunal Constitucional só cabe decidir questões de natureza jurídico-constitucional, ficando desta forma impedido de se debruçar sobre a questão de mérito de fundo, de acordo com o artigo 79.º-C da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. Está também excluído da competência do Tribunal Constitucional o conhecimento da matéria de facto do caso concreto. Para o Tribunal Constitucional cabe recurso das decisões enumeradas no artigo 280.º CRP e do artigo 70 n.º 1 da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

<sup>3</sup> CATARINA SARMENTO E CASTRO, *O modelo português de justiça constitucional*, Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.439.

### 1.3. *Explicitação do tema deste estudo: o recurso de amparo constitucional*

Feito este breve enquadramento do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade, que não se pretendeu desenvolver em excesso, cumpre explicitar de que forma se relaciona com o tema objeto deste trabalho.

A verdade é que muito se tem discutido sobre a introdução de um recurso de amparo em Portugal, ou seja, a introdução de um mecanismo processual de defesa de direitos fundamentais que conceda aos cidadãos a possibilidade de recorrer diretamente ao Tribunal Constitucional. Na sua tarefa de ponderação acerca da criação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, o legislador tem várias possibilidades de escolha. Por exemplo, são meios de defesa dos particulares: o direito de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva, o direito de resistência, o direito de petição, o recurso ao Provedor de Justiça. No topo de tal lista, por configurar um modelo de tutela subjetiva máxima na proteção dos direitos fundamentais, está o recurso de amparo ou queixa constitucional (inexistente em Portugal).

Neste âmbito, cumpre distinguir as três modalidades de amparo: o amparo *judicial*, o amparo *constitucional* e o amparo *internacional*. O *amparo internacional* (europeu) é confiado ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que deixou de admitir apenas queixas apresentadas pelos Estados, criando o mecanismo da queixa individual, presente nos arts. 34.º e seguintes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e no Protocolo Adicional n.º 11. Quanto ao *amparo constitucional* e ao *amparo judicial*, Catarina Santos Botelho explicita a distinção entre ambos: “*Cumprе esclarecer que o recurso de amparo constitucional se distingue do amparo judicial, ao constituir a última instância na protecção de direitos fundamentais e ao pretender superar uma potencial incompletude da sua tutela pela justiça ordinária.*”<sup>4</sup>.

Será o recurso de *amparo constitucional* o objeto central deste estudo.

Na verdade, não existe nenhum mecanismo semelhante ao recurso de amparo em Portugal, como constatou o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 183/2008: “*Sabe-se que a Constituição não acolheu um sistema de recurso de amparo ou de queixa constitucional mas sim um sistema de fiscalização normativa de constitucionalidade, que impede que o Tribunal conheça de actos (não normativos) dos poderes públicos que sejam directamente lesivos de direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados.*”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724).

<sup>5</sup> Acórdão n.º 183/2008, processo n.º 1155/2007, Plenário, Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral.

A questão que tem sido discutida na doutrina reside na forma como poderá ser conjugado tal recurso de amparo (se introduzido no ordenamento português) com o atual sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade. Como será melhor desenvolvido neste trabalho, existem Autores que consideram que ambos os mecanismos exercem as mesmas funções. Questiona-se, portanto, se existe alguma conjugação possível entre o recurso de amparo e o nosso sistema de fiscalização concreta, ou se, pelo contrário, deve proceder-se a uma reformulação global do sistema.

Assim, neste estudo apresentarei, em primeiro lugar, o regime de tutela dos direitos fundamentais das justiças constitucionais alemã e espanhola, realidades mais próximas do nosso país e onde foi introduzido o recurso de amparo ou queixa constitucional. Seguidamente, explicitarei o sistema português de proteção dos direitos fundamentais e o acesso dos particulares ao Tribunal Constitucional. Tendo em conta o nosso sistema, tem sido ponderada a introdução do recurso de amparo em Portugal; pelo que procederei a uma explicação deste mecanismo e a uma síntese dos argumentos utilizados pela doutrina a favor e contra a introdução deste meio processual. Posteriormente, desenvolverei a minha posição pessoal; e por fim, ponderarei as várias propostas de alteração do atual sistema português de fiscalização concreta.

## **2. A realidade estrangeira**

No âmbito do Direito Comparado, o recurso de amparo existe em mais de trinta países do Mundo, apesar das diferenças quanto ao modo de funcionamento, ao catálogo de direitos e liberdades tutelados, à tramitação processual, à legitimidade processual ativa e passiva, e, por último, no que concerne ao órgão incumbido de decidir sobre o recurso de amparo. No presente estudo, e devido à sua particular importância, serão analisados: a queixa constitucional alemã e o recurso de amparo constitucional espanhol.

Na Alemanha encontra-se consagrada a queixa constitucional no artigo 93.º, n.º 1 da GG e nos artigos 90.º a 96.º da BVerfGG. A queixa constitucional pode ter como objeto qualquer atuação do poder público, independentemente da forma jurídica que assuma; o que significa que pode incidir sobre quaisquer atos emanados pelos poderes legislativo, administrativo ou judicial. O requerente tem de apresentar a sua queixa constitucional por escrito, especificando o direito que foi violado, e o ato ou omissão que lesou a sua esfera jurídica subjetiva. Contudo, não se salvaguardam todos os direitos fundamentais, mas apenas certos direitos fundamentais catalogados. Além disso, também não é qualquer violação do elenco de direitos que pode dar origem a uma queixa constituio-

nal. Na verdade, a jurisprudência exige que a lesão ao direito fundamental seja cumulativamente: pessoal, atual e imediata. Quer isto dizer que o ato do poder público tem de ser dirigido diretamente ao lesado; a lesão deve produzir-se no presente e não somente no futuro, de tal forma que sejam produzidos efeitos diretos e imediatos na esfera jurídica do lesado. No entanto, a finalidade da queixa constitucional alemã vai além da proteção individual dos direitos fundamentais. Tem também uma vertente objetiva, visto que os acórdãos proferidos servirão de critério de interpretação e desenvolvimento do Direito Constitucional. Para poder apresentar a queixa, o requerente deve ter esgotado previamente as vias judiciais existentes, o que significa que a queixa constitucional alemã é um mecanismo extraordinário de proteção dos direitos fundamentais. Porém, esta subsidiariedade não é absoluta, admitindo-se a interposição imediata, quando a queixa possua uma relevância geral, ou quando a exigência da exaustão prévia dos recursos existentes provoque no requerente um prejuízo sério e irremediável, ou ainda quando a queixa for contrária a uma jurisprudência firme, recente e unívoca dos tribunais ordinários. Apesar do processo de queixa constitucional ser isento de custas, a sua utilização abusiva poderá ser sancionada com o pagamento de uma quantia monetária, até ao limite máximo de 2.600 euros. Por fim, um dos problemas apontados à queixa constitucional alemã diz respeito ao prazo da sua interposição demasiado curto, o que leva a que a mais frequente causa de inadmissibilidade das queixas na Alemanha seja a da sua apresentação fora de prazo.

Em Espanha está previsto o recurso de amparo constitucional, o que resulta da conjugação dos arts. 53.º n.º 2 da Constituição Espanhola (CE) e do artigo 41.º n.º 1 da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español* (LOTCE). Segundo os arts. 162.º n.º 1, alínea b) da CE e 46.º da LOTCE, estão legitimados a introduzir um recurso de amparo duas categorias de requerentes: os particulares lesados, por força da faceta subjetiva dos direitos fundamentais; e o *Ministerio Fiscal* e o *Defensor do Povo*, porquanto o interesse da proteção dos direitos fundamentais respeita também a toda a comunidade (vertente objetiva). A tramitação do recurso de amparo inicia-se por pedido do interessado através de um requerimento, onde deve indicar com clareza os elementos factuais e jurídicos que fundamentam a sua pretensão, assim como os direitos fundamentais que foram violados. Com a última reforma, passou a ser também necessário que o requerente invoque a “*especial transcendência constitucional*” do seu recurso de amparo. O recurso de amparo constitucional espanhol caracteriza-se por ter um carácter extraordinário, excecional e subsidiário; o que significa que deve existir uma violação real e efetiva de um direito ou liberdade fundamental catalogado como suscetível de amparo, que não tenha encontrado reparação através do sistema ordinário de garantias. Destaque-se que o recurso de amparo espanhol

pode ter por objeto atos da Administração ou de um órgão judicial, mas não atos legislativos.

### **3. A necessidade de um recurso de amparo: uma deficiente proteção dos direitos fundamentais dos particulares no atual sistema de fiscalização concreta?**

As presentes considerações centram-se no domínio da fiscalização concreta, mais especificamente, no domínio do acesso direto dos particulares ao Tribunal Constitucional. É neste âmbito que podemos encontrar as maiores deficiências do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade.

#### **3.1. A fiscalização de normas**

Como sabemos, o nosso sistema destina-se à fiscalização de normas, podendo um particular aceder diretamente ao Tribunal Constitucional para tutela dos seus direitos no âmbito limitado do recurso contra decisões dos tribunais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou do recurso contra decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, artigo 280.º n.º 1 alíneas *ab*) CRP. Este mesmo entendimento está subjacente ao seguinte excerto do Acórdão n.º 289/2009 do Tribunal Constitucional: “*Resulta da Constituição (artigo 280.º da CRP) e da Lei (artigo 70.º da LTC), que a competência do Tribunal Constitucional, seja no controlo de constitucionalidade, seja na apreciação de ilegalidade por violação de lei de valor reforçado, versa sobre normas que os demais tribunais apliquem ou a que recusem aplicação com qualquer desses fundamentos qualificados.*”<sup>6</sup>.

A razão subjacente à circunstância do nosso sistema de fiscalização estar orientado unicamente para a proteção dos direitos fundamentais contra normas encontra-se relacionada com o contexto do surgimento da CRP de 1976 e com a experiência do regime anterior. Como no regime anterior se tinha verificado uma subversão das liberdades pelo legislador sobretudo através de normas, o sistema de fiscalização da constitucionalidade foi construído a pensar na proteção dos cidadãos contra normas que afetassem os seus direitos fundamentais.

<sup>6</sup> Acórdão n.º 289/2009, processo n.º 317/09, 3.ª secção, Relator Conselheiro Vítor Gomes.

### 3.2. *Exclusão da fiscalização de atos não normativos*

Mas será que não poderão ser violados direitos fundamentais dos particulares por atos não normativos? A Administração não viola direitos fundamentais? E os tribunais? A resposta é óbvia. Uma vez que o sistema se destina à fiscalização de normas, ficam desde logo excluídas da tutela do Tribunal Constitucional, as inconstitucionalidades atuadas não por normas, mas através de decisões e atos individuais e concretos que sejam praticados pelos titulares do poder político, pela Administração ou pelo poder judicial.

Por exemplo, no caso do Acórdão n.º 357/2009 em que o recorrente pretendia que o Tribunal Constitucional se pronunciasse sobre a decisão judicial recorrida, entendeu o Tribunal que: *“A intervenção do Tribunal Constitucional não incide sobre a correção jurídica do concreto julgamento, mas apenas sobre a conformidade constitucional das normas aplicadas pela decisão recorrida...”*<sup>7</sup>.

Assim, o Tribunal Constitucional só está habilitado a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos contra intervenções normativas. Neste sentido apontam também Inês Domingos e Margarida Menéres Pimentel quando explicitam que *“Não são, por conseguinte, todos os actos do poder político os abrangidos pelo sistema de fiscalização da constitucionalidade previsto na Constituição - a ele escapam, por um lado, as decisões judiciais e os actos administrativos propriamente ditos (...) e, por outro, os «actos políticos» ou «actos de governo» em sentido estrito.”*<sup>8</sup>. Quer isso dizer que não há necessidade de proteção contra violações de direitos fundamentais perpetradas pela Administração ou pelos tribunais? Porquê?

O problema reside, assim, na circunstância do nosso sistema deixar à margem da justiça constitucional grande parte das violações dos direitos fundamentais. Acrescenta até Reis Novais que a *“... violação pontual e concreta dos direitos fundamentais sem que na base e na causa do acto lesivo esteja uma norma constitucional é, com segurança, aquele em que se verifica a esmagadora maioria das situações reais de lesão inconstitucional dos direitos fundamentais.”*<sup>9</sup>.

Assim, por exemplo, se se verifica uma intervenção ablativa nas liberdades e direitos fundamentais de um cidadão, praticada pela Administração ou pelo

<sup>7</sup> Acórdão n.º 357/2009, processo n.º 969/09, 2.ª secção, Relator Conselheiro Benjamim Rodrigues.

<sup>8</sup> INÊS DOMINGOS e MARGARIDA MENÉRES PIMENTEL, *O recurso de constitucionalidade: espécies e respectivos pressupostos*, em Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, XIII, Aequitas: Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 434.

<sup>9</sup> REIS NOVAIS, *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, p. 95.

poder judicial, como não estamos perante nenhuma norma, essa situação ficará excluída da tutela do Tribunal Constitucional. Se tiver sido realizada uma ponderação errónea pela Administração ou pelos tribunais, entre direitos fundamentais e outros valores, sendo os primeiros sacrificados, o acesso ao Tribunal Constitucional pelos particulares encontra-se vedado. Podemos ainda pensar nos casos de omissões por parte da Administração, que consubstanciam muitas vezes lesões graves dos direitos dos particulares, mas em que também não estão em causa normas. É talvez devido a esta excessiva formalidade, que Maria Lúcia Amaral se refere ao sistema português de fiscalização concreta como um “... meio, baseado em pressupostos só formais, corre também o risco de provocar a longo prazo a depauperização da jurisprudência do Tribunal.”<sup>10</sup>.

Já Blanco de Moraes não concorda com o argumento de que as violações de direitos fundamentais causadas por intervenções restritivas da Administração ou dos tribunais não são tuteladas pela ordem jurídica, uma vez que existem instrumentos judiciais de garantia dos direitos fundamentais contra violações perpetradas por atos singulares: as garantias contenciosas comuns. Explicita o Autor que “... todos os tribunais dispõem da faculdade de julgar a validade de actos não normativos, contrários à Constituição e susceptíveis de serem por eles conhecidos nos limites constitucionais e legais das suas competências.”<sup>11</sup>.

Salvo o devido respeito, o problema não é esse. Como explicam Inês Domingos e Margarida Menéres Pimentel “Na verdade, a Constituição, ao atribuir a todos os tribunais competência para julgar as questões de inconstitucionalidade suscitadas a propósito dos casos concretos submetidos à respectiva apreciação, assegurou, simultaneamente, que o julgamento em última instância das referidas questões de inconstitucionalidade sempre pudesse caber ao Tribunal Constitucional, por via de recurso.”<sup>12</sup>. Quer isto dizer que os particulares devem ter a oportunidade de poder aceder ao Tribunal Constitucional, como última instância. Ora, quando não está em causa uma norma, obviamente que os particulares lesados num seu direito fundamental poderão esgotar a cadeia hierárquica dos tribunais comuns, mas, na verdade, nunca poderão aceder ao Tribunal Constitucional.

Acrescenta ainda Reis Novais que nem todas as violações aos direitos fundamentais atuadas por via normativa são sindicáveis pelo Tribunal Constitucio-

<sup>10</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *Acesso de particulares à jurisdição constitucional*, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 722.

<sup>11</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1043.

<sup>12</sup> INÊS DOMINGOS e MARGARIDA MENÉRES PIMENTEL, *O recurso de constitucionalidade: espécies e respectivos pressupostos*, em Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, XIII, Aequitas: Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 432.

nal por iniciativa dos particulares, pois “... *os particulares só acedem ao Tribunal Constitucional incidentalmente, a partir de um caso judicial em que sejam parte e onde suscitem a inconstitucionalidade de uma norma.*”<sup>13</sup>. Isto significa que terão de se sujeitar aos pesados encargos de um processo judicial para poderem aceder ao Tribunal Constitucional. Ora, quando os particulares não têm essa capacidade económica, a consequência é a da lesão de um seu direito fundamental por uma norma, sem acesso ao Tribunal Constitucional.

### 3.3. *Tentativas do Tribunal Constitucional de reforçar as possibilidades garantísticas do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*

Para fazer face a estas limitações do nosso modelo de fiscalização da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional tentou melhorar as possibilidades garantísticas do sistema por duas vias:

- através do conceito funcional de norma: o Tribunal Constitucional decidiu alargar o conceito de norma, considerando que norma não é um ato com determinadas características como a abstração e a generalidade, mas antes qualquer disposição contida num ato legislativo independentemente do seu conteúdo material;
- e o Tribunal Constitucional considerou-se competente não apenas para fiscalizar a constitucionalidade das normas ordinárias, mas também para fiscalizar da constitucionalidade das normas na interpretação concreta que delas faz o juiz, ou seja, o Tribunal Constitucional pode pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma porque foi aplicada com aquela concreta interpretação que lhe foi dada pelo juiz. Isto significa que a fiscalização incide sobre a interpretação judicial concreta de normas e já não apenas sobre normas.

Através destas duas vias o Tribunal Constitucional ampliou as suas possibilidades de intervenção fiscalizadora, assim como as possibilidades dos cidadãos poderem aceder ao próprio Tribunal, pois, no fundo, passam a poder recorrer indiretamente de decisões judiciais, alegando que o juiz aplicou a norma com um sentido interpretativo inconstitucional<sup>14</sup>. A situação ainda se agrava mais se

<sup>13</sup> REIS NOVAIS, *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, p. 96.

<sup>14</sup> Na verdade, tal também é muito discutível, como explica REIS NOVAIS “*Como saber se foi a interpretação que determinou a aplicação inconstitucional ou se a interpretação da norma foi correcta, mas a sua*

o Tribunal Constitucional apreciar também a inconstitucionalidade de normas construídas interpretativamente por analogia ou integração de lacunas.

Do que foi dito decorre que a jurisdição constitucional e a justiça constitucional em Portugal não coincidem.<sup>15</sup> O cenário desejável será aquele em que a jurisdição e a justiça constitucionais coincidem, o que significa que o Tribunal Constitucional exerce as suas competências de fiscalização da constitucionalidade de acordo com o disposto na Constituição. Para melhor compreender a questão, basta fazer um pequeno exercício de representação mental. Imaginemos *dois círculos concêntricos*: o círculo A, de menor dimensão e o círculo B, de maior dimensão. O círculo A representa a *jurisdição constitucional*, ou seja, a esfera de competências que a Constituição Portuguesa e a Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LOTIC) atribuem a este mesmo Tribunal. Já o círculo B simboliza a *justiça constitucional*, isto é, o modo como o Tribunal Constitucional exerce as suas competências jurisdicionais. O que acontece em Portugal é que o círculo B, a *justiça constitucional*, não se contém dentro das fronteiras do círculo A, a *jurisdição constitucional*; antes força as suas balizas, atuando o Tribunal Constitucional para além das suas competências. Para Catarina Santos Botelho “... a actividade pretoriana do TC, ao *sindicar a norma na interpretação que dela fez o tribunal ordinário, acaba, a nosso ver, por exceder a configuração estrita de competências que resulta do artigo 280.º da CRP e do artigo 70.º da LOTIC.*”<sup>16</sup>.

### 3.4. *O desvanecer da fronteira entre o controlo da norma e o controlo da decisão judicial*

Acrescenta-se que a fronteira entre o controlo de inconstitucionalidade da norma e o controlo da inconstitucionalidade de decisão judicial é desvanecida. Por isso se diz que uma parte que disponha de maior poder económico para contratar advogados mais hábeis e conhecedores do sistema de fiscalização da

*aplicação é que é errónea e, por isso, inconstitucional?”*, em *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, p. 105.

<sup>15</sup> MARIA LÚCIA AMARAL explica também estes conceitos: “*Se entendermos por justiça constitucional tudo aquilo que releva das tarefas de interpretação e aplicação das normas constitucionais, e por jurisdição constitucional tudo aquilo que releva da competência de tribunais especializados em razão da matéria...*”, em *Queixas constitucionais e recursos de constitucionalidade*, em Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 492.

<sup>16</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724)

constitucionalidade, sairá mais beneficiada. Basta que o advogado da parte saiba como provar que em causa está não a decisão em si, mas a interpretação judicial da norma. Ora, nas palavras de Catarina Santos Botelho, “... *este cenário não favorece as pessoas mais carenciadas economicamente, que poderão não ter capacidade de pagar honorários a um advogado de elevado mérito técnico-jurídico.*”<sup>17</sup>.

Para melhor compreendermos essa fronteira desvanecida, imaginemos o exemplo dado por Reis Novais que ilustra bem o problema<sup>18</sup>: imagine-se que um tribunal superior, sem aplicar qualquer norma que lhe permitisse fazê-lo, condena um cidadão à morte ou à prisão perpétua. A decisão é inconstitucional, mas em si mesma não é recorível para o Tribunal Constitucional, porque é uma decisão e não uma norma. Que poderá o Tribunal Constitucional fazer? Ou tolera a violação do direito fundamental; ou considera inconstitucional não a decisão do tribunal, porque não o poderia fazer, mas considera inconstitucional uma pretensa norma que teria sido construída pelo outro tribunal como pressuposto da sua decisão de condenação à morte. O problema prático resolvia-se, mas o que no fundo o Tribunal Constitucional apreciou foi a decisão judicial em si e não qualquer norma, até porque não existia.

### 3.5. *A utilização do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade pelos particulares*

Existe, ainda, uma outra crítica importante que a doutrina costuma apontar ao atual sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade: a sua utilização como um instrumento dilatatório do processo, com o conseqüente desprestígio da função jurisdicional.

A verdade é que tais atitudes são permitidas pelo nosso sistema de fiscalização, que concede ao particular a possibilidade de invocar uma qualquer inconstitucionalidade relevante durante o processo. Em caso de decisão desfavorável, basta depois recorrer para o Tribunal Constitucional. “*Basta que uma decisão judicial não agrade a uma das partes e esta tenha um interesse objectivo em fazer prolongar o processo para que se lance mão do recurso de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional.*”. O problema ainda é mais agravado pelo fato de tais atitudes não poderem ser sancionadas, nem consideradas abusivas.

<sup>17</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724)

<sup>18</sup> REIS NOVAIS, *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, ver pp. 106 e 107.

Subjacente a esta problemática, está a circunstância de qualquer inconstitucionalidade poder ser arguida e a todo o tempo, qualquer que seja a relação entre a inconstitucionalidade invocada e a violação dos direitos do particular; seja uma inconstitucionalidade material, formal ou orgânica; seja recente ou já com dezenas de anos. Assim, será muito fácil encontrar uma inconstitucionalidade útil, que tenha que ser considerada pelo Tribunal. Basta pensarmos, por exemplo, na descoberta de inconstitucionalidades orgânicas, resultantes da reserva relativa de lei da Assembleia da República no domínio dos direitos, liberdades e garantias (artigo 165.º n.º 1 al. b) CRP) e na circunstância de todos os diplomas aprovados pelo Governo, de alguma forma, incidirem sobre direitos fundamentais.

Demonstrando-se vincadamente contra esta utilização dilatária do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, afirma Reis Novais: *“Chegamos assim ao absurdo de um sistema de fiscalização, o nosso, que não permite que um cidadão possa recorrer para o Tribunal Constitucional de um acto da Administração ou de uma intervenção restritiva de um juiz que violam séria e inapelavelmente um seu direito verdadeiramente fundamental, mas (...) permite que um particular recorra para o Tribunal Constitucional porque um decreto-lei aprovado por um Governo há dezenas de anos tinha normas que deveriam ter sido aprovadas pela Assembleia da República...”*<sup>19</sup>.

### 3.6. O Tribunal Constitucional: um Tribunal dos direitos fundamentais?

Resumindo, as maiores deficiências do nosso sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade resultam do objeto da fiscalização (que incide apenas sobre normas, sobre a interpretação concreta de uma norma pelo juiz ou sobre normas construídas interpretativamente por analogia ou integração de lacunas, deixando sem tutela violações graves por parte dos poderes públicos<sup>20</sup>), da utilização do sistema apenas com fins dilatatórios; da faculdade de invocação de qualquer tipo de inconstitucionalidade mesmo se tiver pouca relevância e da possibilidade de tal invocação sem limite de tempo.

<sup>19</sup> REIS NOVAIS, *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, p. 103.

<sup>20</sup> MELO ALEXANDRINO refere que se verifica conseqüentemente uma *“insensibilidade do sistema ao primado da pessoa na Constituição”*, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, Revista Julgar, n.º 11, 2010, disponível online em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>, ver p. 43.

Por tudo o que foi dito, alguma doutrina considera que o Tribunal Constitucional não é, ainda, o tribunal dos direitos fundamentais. Por exemplo, transcrevem-se aqui as palavras de Melo Alexandrino: “... penso que é consensual a afirmação segundo a qual o Tribunal Constitucional português não é um “Tribunal dos direitos fundamentais”: não o foi no momento constituinte (pois esse lugar estava ocupado pelo Conselho da Revolução), não o é no texto constitucional (...), não o é na Lei do Tribunal Constitucional...”<sup>21</sup>.

#### 4. Doutrina a favor da introdução do recurso de amparo e tentativas da sua introdução em Portugal

Precisamente porque o Tribunal Constitucional não é, entre nós, o Tribunal dos direitos fundamentais, alguma doutrina tem defendido a introdução de um recurso de amparo constitucional ou queixa constitucional em Portugal: Catarina Santos Botelho, Maria Lúcia Amaral, Melo Alexandrino, Reis Novais.

Segundo Reis Novais com um sistema de recuso de amparo “*Todas as lesões de direitos fundamentais teriam possibilidade de tutela jurídica e, sendo lesões de garantias constitucionais, teriam tutela por parte da justiça constitucional.*”<sup>22</sup>.

Semelhantemente, Catarina Santos Botelho, considera que “... a inserção constitucional de uma figura como o recurso de amparo permitiria, por sua vez, uma genuína democratização do acesso à justiça constitucional, uma abertura da via constitucional a todos os cidadãos lesados nos seus direitos fundamentais.”<sup>23</sup>.

Para Melo Alexandrino, “*Numa perspectiva que podemos designar como sendo do âmbito da sociologia política, o acesso, ainda que remoto e extraordinário, à instância máxima da justiça constitucional significaria a adopção de uma postura política antropologicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais.*”<sup>24</sup>.

Já nas revisões constitucionais de 1989 e 1997 se tinha proposto a introdução de uma ação direta de controlo da constitucionalidade para a defesa de direitos, liberdades e garantias, mas sem sucesso. Na história constitucional portuguesa, podemos destacar duas tentativas de introdução de um mecanismo

<sup>21</sup> MELO ALEXANDRINO, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, Revista Julgar, n.º 11, 2010, disponível online em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>, p. 42.

<sup>22</sup> REIS NOVAIS, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, em *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, São Paulo, 2012, p. 244.

<sup>23</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A tutela directa dos direitos fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 151.

<sup>24</sup> MELO ALEXANDRINO, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, Revista Julgar, n.º 11, 2010, disponível online em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>, p.45.

semelhante ao recurso de amparo espanhol ou à queixa constitucional alemã. A primeira tentativa remonta à *Revisão Constitucional de 1989*. Por iniciativa do PCP foi proposta a consagração de uma “*ação constitucional de defesa perante o Tribunal Constitucional contra atos ou omissões dos poderes públicos que lesassem diretamente direitos liberdades ou garantias, quando não sejam suscetíveis de impugnação junto dos demais tribunais*”; já da parte do PS foi proposta a criação de um “*recurso constitucional de defesa*” contra atos ou omissões dos tribunais, de natureza processual, que, de forma autónoma, violassem os mesmos direitos, liberdades e garantias, após esgotamento dos recursos ordinários. A segunda tentativa data da *Quarta Revisão Constitucional de 1997*, que aditou um n.º 5 ao artigo 20.º da CRP, no qual se estatuiu a criação de procedimentos judiciais céleres e prioritários de defesa contra violações de direitos, liberdades e garantias pessoais. Jorge Miranda, por exemplo, tinha proposto nas suas *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996*, a introdução de um n.º 6 no artigo 280.º CRP com o seguinte teor: “*Esgotados os recursos ordinários, cabe também recurso para o Tribunal Constitucional de decisões de outros tribunais quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga.*”.

Nenhuma de tais tentativas vingou devido a vários argumentos contra a introdução de um recurso de amparo no ordenamento jurídico português, que cumpre analisar de seguida.

## 5. Doutrina contra a introdução de um recurso de amparo em Portugal, seus argumentos e respetivas críticas

Rui Medeiros, Blanco de Moraes e Sandra Lopes Luís são os Autores que mais se manifestaram, nas suas publicações escritas, contra a introdução de um recurso de amparo em Portugal.

Segundo Blanco de Moraes “*Não é possível deixar exprimir as mais sinceras dúvidas sobre se fará sentido transplantar para Portugal um processo que consome os recursos públicos e o tempo disponível do órgão máximo da Justiça Constitucional...*”.<sup>25</sup>

Nas palavras de Rui Medeiros, “*... não vemos necessidade da introdução, no quadro do sistema actual, de uma ação constitucional de defesa...*”.<sup>26</sup>

De seguida, reúno neste trabalho os vários argumentos, dispersos em diversas publicações escritas sobre o tema, elaborados pela doutrina, no sentido da

<sup>25</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1048.

<sup>26</sup> RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 354.

não introdução de um recurso de amparo. Simultaneamente, são apresentadas as possíveis críticas a tais argumentos.

- I. *A introdução do recurso de amparo em Portugal não é aconselhável devido à dificuldade da sua harmonização com o sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade; além de já existir, entre nós, um quase-amparo, pelo que a introdução de um recurso de amparo não se demonstra necessária.*

De acordo com este argumento, o atual sistema de constitucionalidade assemelha-se ao recurso de amparo. O atual sistema de fiscalização da constitucionalidade pela via da fiscalização concreta permite que os particulares tenham acesso ao Tribunal Constitucional e como o recurso de amparo é um mecanismo criado para a defesa de direitos fundamentais em que os particulares podem recorrer para o Tribunal Constitucional, alguns autores consideram que existe uma sobreposição entre ambos, já que desempenham a mesma função. Diz-se, portanto, que em Portugal, existe um quase-amparo, possível ao abrigo do artigo 280.º n.º 1 alínea b) CRP, sendo possível alcançar alguns dos efeitos do recurso de amparo. Referindo-se a uma *quasi-queixa constitucional*, Maria Lúcia Amaral esclarece este conceito: “«*Quasi*», porque não expressamente prevista; «*quasi*», porque inscrita no recurso de constitucionalidade e dele não autonomizada; «*quasi*», porque apenas dirigida contra decisões judiciais; «*quasi*», porque – dependendo da definição jurisprudencial do conceito de norma – incerta quanto aos seus contornos e fundamentos.”<sup>27</sup>. Assim, existindo um quase-recurso de amparo em Portugal, para alguma doutrina não se justificaria a introdução de um recurso de amparo.

A favor deste argumento demonstra-se Rui Medeiros, que explica que os particulares podem aceder diretamente ao Tribunal Constitucional para tutela dos seus direitos no âmbito do recurso contra decisões dos tribunais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou do recurso contra decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, artigo 280.º n.º 1 alíneas a) e b) CRP. Desta forma, está consagrado o acesso pleno dos cidadãos a órgãos de justiça constitucional para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. Por isso, “... embora não exista entre nós uma ação constitucional de defesa de direitos fundamentais, o sistema português de fiscalização da constitucionalidade permite, em parte, alcançar proteção semelhante à que se obtém no sistema alemão e espanhol através

<sup>27</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *Queixas constitucionais e recursos de constitucionalidade*, em Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 498.

da queixa constitucional ou do recurso de amparo.”<sup>28</sup>. Considera o Autor que, entre nós, ao contrário do que sucede na Alemanha e em Espanha, a criação de uma ação constitucional de defesa não é uma instituição indispensável para fazer da Constituição um texto vivo, além de uma sua introdução menosprezar o regime misto de fiscalização da constitucionalidade consagrado em Portugal. Mesmo sem uma tal ação, o sistema português de recurso de constitucionalidade já faz do Tribunal Constitucional um “*tribunal do cidadão*”, ao lado da jurisdição civil, administrativa e penal que também têm uma tarefa de proteção dos direitos fundamentais.

Igualmente Sandra Lopes Luís: “*Perfilhamos este entendimento tomando por base dois aspectos: por um lado os interesses que estão em causa nas duas figuras, e, por outro lado, o objecto do processo em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.*”<sup>29</sup>. Para a Autora, tanto o recurso de amparo como o recurso de constitucionalidade defendem interesses subjetivos, o que conduz a uma sobreposição de papéis quando estejam em causa violações de direitos fundamentais por normas jurídicas. Quanto ao objeto, considera que “... *podemos afirmar que este órgão em sede de fiscalização concreta realiza funções de quase amparo, quando verifica a compatibilização da norma com os direitos fundamentais ou a conformidade da interpretação e dos critérios de decisão que os tribunais ordinários adoptaram, e, realiza funções verdadeiras de amparo, quando ultrapassa esse âmbito e controla a própria decisão judicial.*”<sup>30</sup>.

Além do referido, argumenta-se também que a justiça constitucional não é o único meio jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais existente no nosso ordenamento jurídico, dado que o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva mereceram acolhimento constitucional, no n.º 5 do artigo 20.º CRP. Consequentemente, a tutela jurisdicional efetiva acaba por dar resposta à maioria das situações que justificariam a introdução do recurso de amparo. A reforma do contencioso administrativo consagrou o princípio de tutela jurisdicional efetiva. No artigo 109.º do CPTA está hoje previsto o processo de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, um mecanismo célere e prioritário de defesa dos direitos dos particulares, que para alguma

<sup>28</sup> RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 352.

<sup>29</sup> SANDRA LOPES LUÍS, *O recurso de amparo: uma solução possível?: contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 709.

<sup>30</sup> SANDRA LOPES LUÍS, *O recurso de amparo: uma solução possível?: contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 710.

doutrina se reveste de enormes potencialidades na maximização da tutela jurisdicional efetiva dos particulares.

Devido à dificuldade de harmonização do recurso de amparo com o sistema português de fiscalização concreta, a sua introdução levaria também, segundo Blanco de Moraes, à “... morte virtual do instituto quase secular da fiscalização concreta (...) o qual ficaria reduzido à dimensão insignificante que tem lugar na Espanha e na Alemanha, na medida em que muitos recorrentes preferem optar pela novidade e pelo carácter aparentemente expedito do recurso direto de constitucionalidade...”<sup>31</sup>.

Por fim, alguns Autores afirmam que o particular poderá sempre, no exercício do seu direito de petição ou de queixa, tentar sensibilizar os titulares de legitimidade processual ativa em processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade (em especial, o Provedor de Justiça, artigo 281.º n.º 2 alínea d) CRP), esperando que estes desencadeiem o processo que possa levar à declaração de inconstitucionalidade da norma que ofende os seus direitos, liberdades e garantias. Além disso, o particular tem ainda a possibilidade de apresentar uma petição individual perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, após esgotados os recursos jurisdicionais internos, caso tenha sido violado um seu direito fundamental que seja protegido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

#### *Críticas a estes argumentos:*

Desde logo, é ponto assente que no ordenamento jurídico português não se pode falar na existência de um recurso de amparo, com base no artigo 280.º n.º 1 alínea b). É esclarecedora a afirmação de Jorge Miranda nesse sentido: “Os recursos de decisões do segundo tipo não se reconduzem a recursos de amparo. O direito de os interpor pode ser considerado um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram em si mesmos como meios específicos de defesa de direitos, liberdades e garantias.”<sup>32</sup>.

Como foi explicado acima, o Tribunal Constitucional consciente do défice do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, procurou maximizar a dimensão garantística do mesmo, quer através da adoção de um conceito “funcional” de norma, quer pela admissão da fiscalização da constitucionalidade das normas na interpretação concreta que delas faz o juiz ordinário. Se desta

<sup>31</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1049.

<sup>32</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo VI: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 249.

forma se procurou tutelar de forma mais intensa os particulares, então é porque se tem a consciência que o atual sistema de fiscalização da constitucionalidade não protege completamente os particulares lesados.

Quer isto dizer, segundo Catarina Santos Botelho que “*Se, por uma banda, a nossa Constituição não prevê o recurso de amparo constitucional, por outra banda, a jurisprudência constitucional como que assume as dores de tal lacuna e admite, com alguma largueza, processos de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, interpostos tantas vezes como expediente dilatatório.*”<sup>33</sup>.

Ora se assim é, porquê deixar entrar pela janela, aquilo que se podia deixar entrar pela porta? Se o Tribunal Constitucional demonstrou que pretendia reforçar a sua intervenção na tutela dos direitos fundamentais, então, muito provavelmente, aceitaria a introdução de um recurso de amparo. Se se considerar que já o aceita, em parte, e indiretamente; tal não deve ser admissível devido a um contorno exagerado da lei, que só permite a fiscalização de normas. Se se fala na existência de um quase-recurso de amparo, porquê não consagrar de uma vez, expressamente, o recurso de amparo?

Também Reis Novais alerta para o fato de existirem casos que apenas gozam de tutela do Tribunal Constitucional “... *à custa de entorses, significativas e com consequências negativas, às normas do próprio sistema actual de fiscalização.*”<sup>34</sup>. Mais ainda, acrescenta este Autor que “... *este quase-recurso de amparo acaba, na prática, por ir mais longe que o autêntico recurso de amparo na generalidade dos países que o admitem, na medida em que permite a invocação de um qualquer fundamento de inconstitucionalidade e não apenas o de uma violação séria e relevante de um direito fundamental.*”<sup>35</sup>.

Por fim, afirma Catarina Santos Botelho: “... *por tudo isto, logo se antolha que o recurso de constitucionalidade, apesar de dar cobertura a uma significativa parcela do âmbito da queixa constitucional, ou do recurso de amparo, não se lhe equipara.*”<sup>36</sup>. Pode dizer-se que os particulares só não sentem falta do recurso de amparo se contarem com a benevolência do Tribunal Constitucional e se puderem pagar a advogados com agilidade suficiente no domínio do recurso de consti-

<sup>33</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724)

<sup>34</sup> REIS NOVAIS, *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, p. 114.

<sup>35</sup> REIS NOVAIS, *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, p. 104.

<sup>36</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A tutela directa dos direitos fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 153.

tucionalidade. A isto acresce que não faz sentido que um particular tenha que estar na dependência do Provedor de Justiça para que seja desencadeado um processo que leve à inconstitucionalidade da norma que ofende um seu direito fundamental; da mesma forma que é censurável que um particular não possa obter tutela jurisdicional no seu próprio Estado e tenha de recorrer ao Direito Europeu para ressarcir essa violação.

*II. A admissibilidade do recurso de amparo levaria ao congestionamento do Tribunal Constitucional e à lentidão da justiça, devido ao número avultado de processos.*

Entendem alguns Autores que se os particulares pudessem aceder diretamente ao Tribunal Constitucional através do recurso de amparo, este ficaria inundado de petições dos particulares, que teriam de ser analisadas para se concluir pela sua admissibilidade ou não; de tal modo, que não conseguiria preocupar-se com outras questões de constitucionalidade talvez mais importantes. Por isso se fala num “... afogamento dos Tribunais Constitucionais com a actividade saneadora dos recursos de amparo.”<sup>37</sup>. Atividade saneadora essa que muitas vezes seria em vão, pois basta atentar no número reduzido de queixas constitucionais levadas a julgamento na Alemanha e a escassez de tal número em Espanha, aliado a um significativo *quantum* de decisões de não provimento.

Blanco de Moraes alerta também para a conseqüente lentidão da justiça com a introdução do recurso de amparo, que “... seria entendido pelos particulares, quer como um novo expediente dilatório para protelar a execução de sentenças, quer como uma quarta instância de recurso envolta numa aura modernista e redentora dos direitos fundamentais.”<sup>38</sup>. Desta forma, como explica Rui Medeiros, este meio processual contribuiria para tornar ainda mais precário o direito fundamental à obtenção de uma decisão jurisdicional num prazo razoável.

Chama ainda a atenção Blanco de Moraes para um outro aspeto: caso o recurso de amparo fosse introduzido, numa fase mais avançada, ter-se-ia que adotar o *certiorari* americano, para fazer face ao número avultado de processos. O Tribunal Constitucional passaria, dessa forma, a admitir discricionariamente, com escassa fundamentação, as petições de recurso que entendesse, deixando, no fim de contas, de ser o amparo a melhor tutela dos direitos fundamentais.

<sup>37</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1050.

<sup>38</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1059.

*Críticas a este argumento:*

Reis Novais contra-argumenta, desde logo, com um argumento de Direito Comparado: “... o recurso de amparo existe em Espanha e a Espanha tem quatro vezes mais habitantes que Portugal, portanto, em princípio, quatro vezes mais recursos de amparo que nós teríamos e o sistema funciona.”<sup>39</sup>.

Além disso, existe um contra-argumento de peso: a ideia de que a introdução do recurso de amparo conduziria ao congestionamento do Tribunal Constitucional pode fazer sentido se se defender a junção do recurso de amparo a todas as outras possibilidades de acesso que já existem. Ora, a doutrina que defende a introdução de um recurso de amparo em Portugal defende também uma reformulação global do sistema atual de fiscalização concreta, pelo que teria de desaparecer a necessidade de se poder recorrer para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais ordinários nos moldes vigentes. Caso contrário, obviamente que ficaria comprometida, devido ao número avultado de processos, a operacionalidade do Tribunal Constitucional.

Assim, Catarina Santos Botelho, Maria Lúcia Amaral, Melo Alexandrino, Reis Novais, Sandra Lopes Luís, defendem que o risco de congestionamento do Tribunal Constitucional pode ser sempre ultrapassado se forem fixados requisitos para a admissibilidade do recurso de amparo no sentido de restringir o acesso ao Tribunal Constitucional, como é melhor explicado em outra secção deste trabalho. Teriam de ser previstos mecanismos de filtragem que se traduzissem em apertadas restrições processuais quanto à admissão de recursos de amparo. Tais mecanismos poderiam ser diversos, como o carácter subsidiário e extraordinário do recurso de amparo, a limitação do recurso de amparo apenas a um certo catálogo de direitos fundamentais e só quando estivesse em causa uma questão com relevância constitucional, etc. Por exemplo, para Melo Alexandrino “... preconiza-se a consagração legal de um recurso extraordinário e subsidiário para protecção de direitos e liberdades fundamentais; contudo, esse recurso deve, cingir-se a casos de violação grave de um conjunto limitado de direitos, liberdades e garantias pessoais por actos do poder judicial e (...) a mudança deve ser acompanhada da correspondente introdução, no âmbito da fiscalização concreta, de um filtro de admissibilidade relativamente aos actuais recursos de decisões negativas...”<sup>40</sup>.

Quanto ao carácter subsidiário, todos os Autores que defendem a introdução de um recurso de amparo em Portugal, consideram que só se pode-

<sup>39</sup> REIS NOVAIS, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, em *Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, São Paulo, 2012, p. 244.

<sup>40</sup> MELO ALEXANDRINO, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, *Revista Julgar*, n.º 11, 2010, disponível online em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>, p. 41.

ria recorrer ao Tribunal Constitucional depois de esgotadas as vias ordinárias, sendo que “*Este carácter subsidiário é essencial não só para obviar uma enchente de recursos directos para o Tribunal Constitucional, mas também para afirmar o carácter de órgãos de justiça constitucional que a CRP concede aos restantes tribunais e que optamos por manter não obstante a introdução do recurso de amparo.*”<sup>41</sup>.

No sentido de evitar o congestionamento do Tribunal, Reis Novais sugere ainda a eliminação da invocação de inconstitucionalidades orgânicas e formais em sede de fiscalização concreta, por «*falta notória de justificação racional*».

*III. A consagração do recurso de amparo conduziria ao surgimento de atritos entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais comuns, assim como a um alargamento das competências do Tribunal Constitucional.*

De acordo com este argumento o recurso de amparo iria gerar conflitos entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais, pois teria como objeto não apenas normas que violassem direitos fundamentais, mas também atos individuais e concretos, como as decisões judiciais, que os violassem. Este cenário proporcionaria uma intervenção do Tribunal Constitucional nas competências próprias dos restantes tribunais, que em Portugal, são também órgãos de justiça constitucional, logo, são igualmente competentes, para emitir juízos de constitucionalidade. Acrescenta Sandra Lopes Luís que “*A introdução de um recurso de amparo com o actual sistema de fiscalização de constitucionalidade iria tornar o nosso Tribunal Constitucional num tribunal “supremo dos supremos”, gerando-se a prática de a ele sistematicamente se recorrer, o que o transformaria num tribunal de revista e simultaneamente implicaria a negação da natureza de Supremo Tribunal aos tribunais de topo das outras jurisdições.*”<sup>42</sup>.

Consequentemente, com o recurso de amparo, haveria também um alargamento das competências do Tribunal Constitucional, que passaria a ser o órgão para decidir da constitucionalidade de normas, atos individuais e con-

<sup>41</sup> SANDRA LOPES LUÍS, *O recurso de amparo: uma solução possível?: contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 721.

<sup>42</sup> SANDRA LOPES LUÍS, *O recurso de amparo: uma solução possível?: contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 712.

cretos (atos administrativos, decisões judiciais ou atos políticos), em relação aos quais se suscitasse uma questão de inconstitucionalidade.

Blanco de Moraes salienta ainda, neste âmbito, que não é necessária uma intervenção do Tribunal Constitucional nas competências dos tribunais ordinários em matéria constitucional, pois não se pode afirmar que exista uma falta de preparação dos juizes dos tribunais comuns para assegurar a tutela de direitos fundamentais. No entender deste Autor, nos últimos anos já se registou algum progresso, sendo de assinalar que nos exames do Centro de Estudos Judiciários já é avaliada matéria de Direito Constitucional.

*Crítica a este argumento:*

No seguimento do exposto, contrariamente a BLANCO MORAIS, considera Catarina Santos Botelho que “... é importante frisar que enquanto o TC se apresenta como uma jurisdição especializada exclusivamente em questões constitucionais, os tribunais ordinários são “generalistas”, na medida em que o contencioso constitucional representa apenas uma escassa fatia da sua actividade.”<sup>43</sup>.

De qualquer forma, como sugere Sandra Lopes Luís, os problemas de relacionamento entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns poderiam ser resolvidos através de duas vias: 1) da existência de uma supremacia do Tribunal Constitucional na interpretação constitucional; 2) do estabelecimento de um princípio de colaboração entre este e os restantes tribunais. Para a Autora, por um lado, os conflitos seriam resolvidos, em última instância, segundo o princípio da primazia do Tribunal Constitucional em matéria de garantias constitucionais; por outro lado, o princípio da colaboração traduzir-se-ia na adoção de critérios de interpretação constitucional que impediriam o Tribunal Constitucional de recorrer a juízos de legalidade, considerados como invasores da jurisdição ordinária.

*IV. O recurso de amparo conduziria a um certo fundamentalismo dos direitos fundamentais.*

Este é um argumento alegado por Blanco de Moraes, para quem a introdução do recurso de amparo criaria um “... risco perverso de um certo fundamentalismo dos direitos fundamentais, que poderia decorrer da opção reducionista inerente à

<sup>43</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724).

*conversão do Tribunal Constitucional num tribunal dos direitos fundamentais (...) como se inexistissem outras questões de Direito Constitucional determinantes para o Estado de Direito democrático, nelas incluídas as inconstitucionalidades formais e orgânicas, tão lateralizadas por alguma doutrina...”.<sup>44</sup>*

*Crítica a este argumento:*

Contra este argumento sempre se poderá afirmar que o objetivo da introdução de um recurso de amparo em Portugal seria precisamente o de tornar o Tribunal Constitucional num Tribunal dos direitos fundamentais. Este não resolveria apenas questões de violações de direitos fundamentais, mas também outras questões de Direito Constitucional. De qualquer forma, existirá matéria mais importante do que a relativa aos direitos fundamentais dos particulares? Serão mais importantes inconstitucionalidades formais e orgânicas?

*V. Quis custodiet ipsos custodes: quem controlará a criatura?*

Este argumento é alegado no sentido de saber quem controlará o Tribunal Constitucional? Se adicionando o recurso de amparo ao atual sistema de fiscalização concreta, se poderá recorrer das decisões dos tribunais ordinários, com fundamento na aplicação de uma norma inconstitucional ou na não aplicação de uma norma constitucional, mas também se poderá recorrer de decisões judiciais que sejam inconstitucionais *per se*, quem irá controlar a própria decisão do Tribunal Constitucional, no sentido de que foi ou não violado um direito fundamental?

*Crítica a este argumento:*

Respondendo a este argumento, Catarina Santos Botelho, considera que a necessidade de *guardar o guardião* encerra em si uma falácia, espelhando uma preocupação que nunca será sossegada, uma vez que “*Se outro órgão controlasse o TC, poderíamos questionar: quem corrige, agora, o resultado do controlo que este órgão*

<sup>44</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1050.

*efectuou sobre o TC? E, num remar contra a maré, estaríamos ad perpetuam a controlar o anteriormente controlado.*”<sup>45</sup>.

Tendo em conta todos os argumentos expostos, conclui Blanco de Moraes que “*Os riscos parecem, de longe, superar benefícios evidentes, sendo preferível aperfeiçoar o sistema na sua componente subjectivista, do que embarcar numa viagem incerta que exporia à incerteza funcional um modelo de fiscalização que, apesar dos seus defeitos, funciona.*”<sup>46</sup>.

Igualmente, Rui Medeiros conclui que “*... é legítimo duvidar de que as pequenas vantagens porventura resultantes da introdução de uma acção constitucional de defesa junto do Tribunal Constitucional – reforço da protecção jurisdicional dos direitos fundamentais – compense os graves inconvenientes que daí resultariam...*”<sup>47</sup>.

Já Jorge Miranda tem uma posição peculiar, pois apesar de considerar que os argumentos contra o recurso de amparo parecem mais convincentes que os argumentos a seu favor, e que tal meio processual não se demonstra urgente para a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos; admite que podem existir casos muito específicos em que a falta de um recurso de amparo é «chocante». Tendo em conta tais casos, tem defendido a “*... consagração de um recurso – chame-se extraordinário ou não – de tais decisões para o Tribunal Constitucional, quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga.*”<sup>48</sup>.

## 6. Por uma defesa do recurso de amparo em Portugal

### 6.1. Argumentos a favor da introdução do recurso de amparo em Portugal e suas vantagens

Alguns dos argumentos a favor da introdução do recurso de amparo em Portugal e suas vantagens apresentados pela doutrina são os seguintes:

<sup>45</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724).

<sup>46</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1061.

<sup>47</sup> RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 356.

<sup>48</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 295.

1. A introdução do recurso de amparo alteraria significativamente o modo como os cidadãos perspetivam o Tribunal Constitucional, inculcando nestes uma cultura democrática e uma atitude de militância em defesa dos seus direitos;
2. O recurso de amparo acarretaria um acréscimo da confiança no aparelho judicial, o que se repercutiria também na jurisdição ordinária, pois ao cidadão seria dada a oportunidade de poder recorrer contra decisões judiciais lesivas de direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga;
3. O recurso de amparo não deixaria os cidadãos tão profundamente refêns de uma atitude generosa do Tribunal Constitucional e/ou do mérito técnico-jurídico de um advogado, permitindo maior certeza e segurança jurídicas;
4. A introdução do recurso de amparo teria como consequência a atribuição ao Tribunal Constitucional de uma tarefa de unificação hermenêutica da interpretação sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais;
5. O recurso de amparo traduzir-se-ia numa garantia do cumprimento dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos, devido a uma espécie de vigilância dos cidadãos;
6. O recurso de amparo é também necessário para fazer face a alguma falta de preparação dos juizes dos tribunais comuns para assegurar a tutela dos direitos fundamentais, devendo ser o Tribunal Constitucional o Tribunal dos direitos fundamentais;
7. O recurso de amparo seria apto a responder à necessidade de uma articulação adequada entre a componente material da Constituição, o princípio geral da tutela jurisdicional efetiva e a garantia de um elevado nível de efetividade jurídica dos direitos fundamentais;
8. Através de uma análise de Direito Comparado, podemos constatar que já são mais de três dezenas de países, da Europa, da América Latina, da Ásia e da África, que possuem este tipo de mecanismo, pelo que Portugal beneficiaria da sua experiência, podendo até mais facilmente detetar problemas que pudessem surgir decorrentes do recurso de amparo;
9. Com o recurso de amparo deixaria de ser deferido o amparo para a instância internacional, sendo que tal situação tem conduzido à menorização do sistema interno de proteção e ao aumento da frequência das condenações do Estado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;
10. Por fim, e acima de tudo, com um sistema de recurso de amparo todas as violações de direitos fundamentais beneficiariam de tutela constitucional, independentemente da forma como foi perpetrada tal violação.

## 6.2. Fundamentos constitucionais a favor do recurso de amparo

Além das vantagens que decorreriam da introdução de um recurso de amparo, no ordenamento jurídico português; de acordo com Catarina Santos Botelho, apesar da Constituição da República Portuguesa não consagrar expressamente um recurso de amparo constitucional, já existem, no texto da Constituição, fundamentos constitucionais que permitiriam a sua introdução.

Em primeiro lugar, está consagrado no artigo 18.º n.º 1 da CRP o *princípio da aplicabilidade direta*, o que significa que existe a possibilidade de invocação judicial direta dos preceitos constitucionais no interesse do titular do direito. Os preceitos que consagram direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis, têm caráter efetivo. Tal aplicabilidade direta vale nas relações dos particulares com os poderes públicos, mas também nas relações entre os próprios particulares. Quer isto dizer, que os particulares podem reagir contra atos violadores dos seus direitos, quer contra os poderes públicos, quer contra outros particulares.

Em segundo lugar, o artigo 20 n.º 1 CRP consagra o *direito de acesso ao Direito e aos tribunais*, e o n.º 5 do mesmo artigo o *direito a uma tutela jurisdicional efetiva*. Para Catarina Santos Botelho o artigo 20.º n.º 5 veicula um *direito ao amparo* quando esteja em causa a lesão de direitos, liberdades e garantias pessoais.

Semelhantemente, para Pedro Trovão do Rosário “*O direito à tutela jurisdicional efetiva consta da Constituição Portuguesa (...) sendo, após a revisão de 1997, a porta à introdução de processos específicos na defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, nomeadamente, o recurso de amparo.*”<sup>49</sup>.

## 7. Que recurso de amparo?

Desde logo, para a introdução do recurso de amparo, seria necessário legislar sobre vários aspetos, como a legitimidade processual ativa e passiva para interpor este recurso, o seu objeto, a tramitação processual, os prazos e os efeitos do mesmo. Para evitar um cenário de bloqueio do Tribunal Constitucional, considera-se também necessária a previsão de exigentes e eficazes mecanismos de filtragem relativamente à admissão de recursos de amparo.

Um desses mecanismos, aceite por todos os Autores que defendem a introdução do recurso de amparo entre nós, residiria na *subsidiariedade* deste meio processual. Como explica Catarina Santos Botelho “*Na verdade, o papel de último*

<sup>49</sup> PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO, *O recurso constitucional de amparo*, Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, n.º 1, Jurismat, Portimão, 2012, p. 60.

*intérprete da Constituição, recorrentemente atribuído aos tribunais constitucionais, tem de se adequar com a ideia de “subsidiariedade de tarefas” (Aufgabensubsidarität) entre as jurisdições constitucional e ordinária.*”<sup>50</sup>. O particular deve esgotar a jurisdição comum e só depois, quando a proteção dos direitos fundamentais não tenha merecido uma adequada tutela pelos tribunais ordinários, poderá recorrer para o Tribunal Constitucional, que intervirá, então, como uma instância de último recurso. Igualmente Melo Alexandrino refere: *Quanto à natureza do instituto, tratar-se-ia de um recurso extraordinário, subsidiário e suplementar, com feições mistas (subjectivas e objectivas, com predominância das segundas)...*”<sup>51</sup>.

Outro mecanismo de filtragem diz respeito ao catálogo de direitos fundamentais relativamente aos quais seria possível o recurso de amparo. Neste âmbito, já existem algumas opiniões divergentes.

Catarina Santos Botelho não defende a introdução de um recurso de amparo extensível a todos os direitos fundamentais, considerando pelo contrário que “... o objecto de tal recurso deveria ser restringido aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos fundamentais de natureza análoga (...) Excluídos deverão estar, assim, os direitos económicos, sociais e culturais que não possuam natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias...”<sup>52</sup>. Salienta ainda a Autora, que se porventura, o legislador não aderir a esta teoria, no mínimo, deverão ser salvaguardados os direitos, liberdades e garantias pessoais.

Melo Alexandrino refere que “...o recurso constitucional para protecção de direitos e liberdades fundamentais deveria permitir a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional nos casos de violação grave de um conjunto limitado de direitos, liberdades e garantias pessoais (com exclusão expressa dos direitos fundamentais análogos não-pessoais e dos puramente processuais) por actos do poder judicial...”<sup>53</sup>.

Por fim, outro mecanismo de filtragem que evitaria o congestionamento do Tribunal residiria na introdução de um requisito objetivo de admissibilidade dos recursos de amparo: a relevância constitucional da questão suscitada. Esclarece Sandra Lopes Luís que “... além de se permitir ao indivíduo poder fazer valer o seu direito fundamental lesado, cada recurso de amparo, mesmo que não chegue a prosperar, tem de contribuir para esclarecer um litígio ou uma dúvida jurídico-cons-

<sup>50</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724).

<sup>51</sup> MELO ALEXANDRINO, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, Revista Julgar, n.º 11, 2010, disponível online em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>, p. 49.

<sup>52</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724).

<sup>53</sup> MELO ALEXANDRINO, *Sim ou não ao recurso de amparo?*, Revista Julgar, n.º 11, 2010, disponível online em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>, p. 49.

*titucional.*” Desta forma se contribuiria para uma «*objetivação*» das funções do recurso de amparo. Apesar de se poder colocar a dúvida sobre se esta tentativa de objetivação do recurso de amparo põe em causa a função deste meio processual de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, tal não se demonstra verdade pois mesmo assim a função subjetiva do recurso de amparo mantém prioridade sobre a função objetiva. Para esta Autora, uma função objetiva do recurso de amparo contribui para a sua maior eficácia, uma vez que seria uma via para a clarificação da jurisprudência do Tribunal Constitucional acerca da relevância dos direitos fundamentais. Tal jurisprudência deveria, depois, ser acolhida pelos tribunais ordinários. No fundo, o Tribunal Constitucional deve atuar, utilizando uma expressão de Maria Lúcia Amaral, como «*centro difusor da cultura constitucional*».

## **8. Propostas de alteração do atual sistema de fiscalização concreta português: possível conjugação com o recurso de amparo?**

Se se entender que o recurso de amparo deve ser introduzido no ordenamento jurídico português por melhor tutelar constitucionalmente os direitos fundamentais dos cidadãos, resta saber o que se deve alterar com tal introdução. Então, é possível identificar algumas formas de alteração:

I. Uma proposta consiste em adotar um modelo do tipo concentrado, semelhante ao das Constituições alemã e espanhola, substituindo o nosso modelo misto de fiscalização da constitucionalidade. Passaria a existir um regime de reenvio prejudicial em matéria de fiscalização concreta, que se caracteriza pela circunstância do juiz comum suspender a instância e remeter a questão para o Tribunal Constitucional, caso tenha dúvidas acerca da constitucionalidade de uma norma. O recurso de constitucionalidade seria eliminado, com a consequência da impossibilidade dos tribunais ordinários poderem conhecer da constitucionalidade de normas, eliminando-se, assim o caráter difuso do sistema português de fiscalização de constitucionalidade. Passaria a existir uma concentração de competências em matéria constitucional no Tribunal Constitucional. Acrescentar-se-ia o recurso de amparo que permitiria aos particulares o recurso de decisões que violassem os seus direitos fundamentais.

Adepto desta proposta é Reis Novais, que defende uma conjugação do reenvio prejudicial e do recurso de amparo, que teria diversas vantagens, como, por exemplo, uma diminuição dos processos a decidir pelo Tribunal Constitucional com “...*(i) a eliminação da possibilidade de utilização abusiva do instituto para fins dilatórios, (ii) com a limitação dos fundamentos invocados à inconstitucionalidade*

*material, (iii) com a necessidade de convicção da inconstitucionalidade da norma por parte do juiz comum e (iv) com o objecto da fiscalização a incidir exclusivamente sobre normas positivas em vigor e não sobre a interpretação ou a construção autêntica ou presumida de norma pelo juiz comum.*”<sup>54</sup>.

II. Uma segunda sugestão consiste em manter o atual sistema misto: ao controlo difuso realizado pelos tribunais comuns, adiciona-se um recurso de amparo de cariz concentrado. Elimina-se, contudo, o artigo 280.º CRP. Releva a vertente difusa quando os tribunais ordinários decidem sobre a constitucionalidade de normas; e releva a vertente concentrada quando se permite que os particulares recorram para o Tribunal Constitucional, em caso de violação dos seus direitos fundamentais por decisões judiciais dos tribunais ordinários.

III. Uma outra ideia seria não alterar muito o atual sistema de fiscalização da constitucionalidade. O recurso de constitucionalidade não seria eliminado totalmente, pois manter-se-ia o recurso interposto pelo Ministério Público. Assim, os tribunais ordinários teriam competência para decidir questões de constitucionalidade, podendo recorrer-se das suas decisões por duas vias: em sede de recurso de amparo interposto por particulares; em sede de recurso de constitucionalidade interposto pelo Ministério Público.

Esta posição é defendida por Sandra Lopes Luís, que considera preferível um modelo misto de fiscalização da constitucionalidade. Na opinião da Autora, é necessário manter o recurso de constitucionalidade obrigatório do Ministério Público, pois os interesses que se prosseguem com esse recurso são objetivos, ao contrário dos interesses prosseguidos, em primeiro lugar, pelo recuso de amparo, que são interesses subjetivos. Assim, a proposta da Autora é a seguinte: “*Conservaríamos uma estrutura parecida com aquela que já temos em sede de fiscalização concreta, onde se adoptam mecanismos que prosseguem interesses objetivos e outros que prosseguem interesses subjetivos. Contudo, alargariamos esta vertente subjetiva às demais situações carecidas de tutela...*”<sup>55</sup>. A verdade é que não se percebe se a Autora, defende a conjugação do atual artigo 280.º com o recurso de amparo ou se a recusa, sendo que, desde já adianto, tal seria desaconselhável.

<sup>54</sup> REIS NOVAIS, *Em defesa do recurso de amparo constitucional: ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*, Revista Themis da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 6, N.º 10, Lisboa, 2005, p. 117.

<sup>55</sup> SANDRA LOPES LUÍS, *O recurso de amparo: uma solução possível?: contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 718

## 9. Tomada de posição pessoal e considerações finais

Dado o atual sistema português de fiscalização da constitucionalidade, cujo objeto é a fiscalização de normas (apesar das duas tentativas do Tribunal Constitucional de contornar o problema) parece-me que se deve ponderar o nível de proteção atual dos direitos fundamentais a nível constitucional, para de seguida, pensar na manutenção ou reformulação do sistema de fiscalização da constitucionalidade.

Na minha opinião, deve articular-se adequadamente a componente material da Constituição, o princípio da tutela jurisdicional efetiva e a garantia de um elevado nível de efetividade jurídica dos direitos fundamentais.

Quanto à questão de saber se deve ser introduzido o recurso de amparo em Portugal, não é possível dar uma resposta de “sim” ou “não”. Não se pode dizer que o atual sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade não tutela com um mínimo de eficácia os direitos fundamentais dos particulares. Como já foi explicitado, os particulares têm a possibilidade de recorrer ao Tribunal Constitucional em última instância, depois de esgotadas as vias jurisdicionais comuns. Isto significa que, de alguma forma, os particulares gozam de um “remédio” face a lesões aos seus direitos fundamentais. Além disso, a justiça constitucional não é o único meio jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais existente no nosso ordenamento jurídico. Pense-se num caso de omissão de um dever pela Administração Pública; o particular tem ao seu dispor o contencioso administrativo. Assim, tem-se considerado que o balanço da justiça constitucional portuguesa desde 1976 é positivo.

Contudo, não é menos verdade, que a tutela atual dos direitos fundamentais a nível constitucional não é a mais garantística possível que poderia ser. Não o é, porque não existe em Portugal o recurso de amparo. O objeto da fiscalização da constitucionalidade são normas; porém, como sabemos, o Tribunal Constitucional fiscaliza normas de acordo com um conceito *funcional* de norma e fiscaliza normas na interpretação concreta que lhe tiver sido dada pelo juiz. Se o sistema de fiscalização concreta existente entre nós consegue cumprir algumas das funções do recurso de amparo, tal acontece com bastante esforço e até benevolência por parte do Tribunal Constitucional, à custa de entorses ao sistema e de advogados conhecedores dos meandros do contencioso constitucional.

Desta forma, apesar de considerar que o atual sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade consegue proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, tal proteção é limitada. Reconheço as vantagens da introdução de um recurso de amparo em Portugal e concordo com os argumentos apresentados pela doutrina que defende a sua introdução. Sou, também, adepta das críticas

que se apresentam à doutrina que se manifesta contra a introdução deste mecanismo em Portugal.

Apesar de considerar que se trata de um meio processual eficaz e que se traduz na tutela máxima dos direitos fundamentais, demonstrando-se a sua introdução útil em Portugal; não creio que se deva ter por urgente; concordo, portanto, com Catarina Santos Botelho quando afirma “... *não advogamos, nem seria intelectualmente honesto afirmar que a inserção de um recurso constitucional de amparo seja urgente para a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos. Todavia, entendemo-lo como necessário para o seu aperfeiçoamento e potencialização.*”<sup>56</sup>.

A questão seguinte seria esta: a introduzir um recurso de amparo, que recurso de amparo seria este? Desde logo, seria essencial a existência de *mecanismos de filtragem*. É aconselhável que seja um recurso subsidiário, dessa forma se assegurando a operacionalidade do Tribunal Constitucional. Considero também que devem ser conjugadas uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva, tal como defende Sandra Lopes Luís, pois só assim será possível alcançar uma verdadeira garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Como explicita a Autora, esta é também uma forma de clarificar o relacionamento entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns, no sentido de que “*Ao primeiro caberá por via de casos concretos determinar a orientação jurisprudencial sobre o sentido das normas de direitos fundamentais, aos segundos caberá aplicar essa orientação.*”<sup>57</sup>. O requisito da “*relevância constitucional*” parece-me idóneo a alcançar uma «*objetivação*» do recurso de amparo, assim como servirá de mecanismo de filtragem. Já relativamente ao objeto do recurso de amparo, não posso concordar com aqueles Autores que defendem uma limitação do recurso de amparo apenas a um certo catálogo de direitos fundamentais, quer sejam apenas direitos, liberdades e garantias, ou direitos de natureza análoga, ou apenas direitos pessoais. Não vejo razão para serem excluídos os direitos económicos, sociais e culturais, que são também direitos fundamentais, presentes na Constituição; alguns até considerados como direitos análogos a direitos, liberdades e garantias. Assim, faz mais sentido um recurso de amparo extensível a todos os direitos fundamentais.

O fundamental, mesmo que exista uma vontade política de mudança, é que seja feita uma ponderação das vantagens e desvantagens do sistema vigente, assim como uma reflexão acerca dos benefícios e malefícios da introdução do

<sup>56</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A tutela directa dos direitos fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 162.

<sup>57</sup> SANDRA LOPES LUÍS, *O recurso de amparo: uma solução possível?: contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 723.

recurso de amparo. Obviamente, devo chamar também a atenção que nunca poderá ser introduzido nenhum mecanismo de proteção dos direitos fundamentais sem algumas dúvidas e incertezas. Concordo, assim, com Blanco de Moraes quando afirma que no caso de se vir a instituir o recurso de amparo, “... essa criação não deveria jamais ter lugar antes de o instituto ser ensaiado e avaliado, no presente sistema, através de legislação orgânica experimental sujeita a uma cláusula de caducidade...”<sup>58</sup>.

Introduzido o recurso de amparo, seria este inconstitucional? Qual a legitimidade constitucional do recurso de amparo se introduzido no ordenamento jurídico português? Em primeiro lugar, pode dizer-se que o artigo 20.º n.º 5 CRP ao consagrar o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, permite a introdução do recurso de amparo, porquanto este é um procedimento caracterizado pela celeridade, destinado a assegurar aos cidadãos uma tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações dos seus direitos, liberdades e garantias. Mas introduzido o recurso de amparo em Portugal surgiria outra questão: caberia ao Tribunal Constitucional a apreciação do recurso de amparo? Teria este Tribunal competência para tal de acordo com os diplomas em vigor? Seria, certamente, necessária uma revisão da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. Mas seria necessária uma revisão da CRP de forma a atribuir competência ao Tribunal Constitucional para apreciar os recursos de amparo? De facto, tal apreciação não consta do atual elenco do n.º 2 do artigo 223.º. Porém, existe o n.º 3, segundo o qual “*Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.*”. Logo, bastará uma revisão da Lei do Tribunal Constitucional que atribua a competência para apreciar e decidir os recursos de amparo ao próprio Tribunal Constitucional, dado que as suas funções podem ser atribuídas por lei. Assim, não será necessária uma revisão da CRP para legitimar o recurso de amparo.

Se se introduzisse o recurso de amparo em Portugal, restaria saber qual a melhor proposta de alteração do sistema. Como essa não é a questão central deste estudo, apenas serão apresentadas breves considerações pessoais.

Desde logo, concordo totalmente com Catarina Santos Botelho: “... *na actual arquitectónica constitucional, uma introdução sem mais do recurso de amparo constitucional não se compagina com o presente modelo de fiscalização concreta da constitu-*

<sup>58</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 1061.

*cionalidade. Numa palavra: não é possível a inserção do recurso de amparo enquanto se mantiver incólume o artigo 280.º da CRP.*”<sup>59</sup>.

Na minha opinião, poderia ser adotada uma de duas propostas, desenvolvidas anteriormente.

Seria benéfica a adoção do regime do reenvio prejudicial juntamente com o recurso de amparo. O recurso de constitucionalidade seria eliminado, os tribunais ordinários deixariam de poder conhecer da constitucionalidade de normas e o Tribunal Constitucional passaria a concentrar em si todas as competências em matéria constitucional. De fato, não vejo necessidade de manter o caráter difuso do sistema de fiscalização da constitucionalidade se os tribunais ordinários não lidam diariamente com questões de contencioso constitucional, que representa uma escassa parte da sua atividade; nem são uma jurisdição tão especializada em questões constitucionais como o Tribunal Constitucional. Se se pretende que os próprios tribunais comuns possam conhecer da constitucionalidade de normas, para que se criou o Tribunal Constitucional, enquanto tribunal especializado? Não me parece, portanto, que decorram desvantagens da eliminação destas competências dos tribunais comuns. Num regime de reenvio prejudicial e face a uma questão de constitucionalidade de uma norma, devem aqueles suspender a instância e suscitar tal questão ao Tribunal Constitucional. Adicionalmente, os particulares poderiam recorrer, através do recurso de amparo, diretamente para o Tribunal Constitucional de decisões que violassem os seus direitos fundamentais. Obviamente, tendo como pressuposto a existência daqueles *mecanismos de filtragem* já referidos, de forma a evitar o congestionamento do Tribunal.

Contudo, caso se considere tal proposta arriscada, ou se pretenda manter a tradição de um modelo misto de fiscalização da constitucionalidade, uma outra sugestão que também me parece aceitável, consiste em manter as competências constitucionais dos tribunais comuns, acrescentando-se um recurso de amparo, mas com a eliminação do artigo 280.º CRP. A manutenção do artigo 280.º CRP e a introdução de um recurso de amparo levariam ao congestionamento do Tribunal, comprometendo a sua operacionalidade, o que não se pretende. Manter-se-ia o caráter misto da fiscalização da constitucionalidade: a inspiração difusa estaria presente na circunstância de os tribunais ordinários poderem decidir sobre a constitucionalidade de normas; a inspiração concentrada manifestar-se-ia sempre que os particulares recorressem para o Tribunal Constitucional, em caso de violação dos seus direitos fundamentais por decisões judiciais dos tribunais ordinários.

<sup>59</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional*, consultado online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724).

Como bem se percebe, há ainda um longo caminho por percorrer. Resta-nos aguardar que seja tomado o primeiro passo. Quem sabe se estas *longas palavras* não poderão contribuir para que seja dado esse primeiro passo.



## *Cartas de conforto: estado das questões numa perspectiva luso-brasileira*

DR. ARNALDO DE LIMA BORGES NETO

[Continuação]

### **5.2. Tipo social e contratação mitigada: preâmbulo à investigação da natureza jurídica das *lettere di patronage***

“O problema do tipo pode ser abordado de um ponto de vista legal e de um ponto de vista social. Assim, encontramos negócios que podem ser legalmente típicos e socialmente típicos; legalmente típicos mas socialmente atípicos; legalmente e socialmente atípicos; e legalmente atípicos mas socialmente típicos. (...) Os tipos sociais são, compreensivelmente, em maior número que os tipos legais.”<sup>227</sup>

“A carta de conforto traduz, desde logo, a irrupção, no Direito bancário, do fenómeno da contratação mitigada.”<sup>228</sup>

No capítulo anterior, consignou-se que autores há que negam, ou afirmam, a juridicidade das cartas de conforto pela análise do seu objeto (declarações/conteúdo) – e, como consequência, das prestações objeto das obrigações –, para lhes inquirar diretamente o regime ou a natureza.

<sup>227</sup> RIBEIRO, António Sequeira. Garantia bancária autónoma à primeira solicitação algumas questões. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário. p. 311 e 315.

<sup>228</sup> CORDEIRO, António Menezes. O direito bancário privado. Direito Bancário: Actas do Congresso Comemorativo do 150.º aniversário do Banco de Portugal (22-25 de outubro de 1996), Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 29.

Constatou-se, assim, que este exercício não resolve nem a questão da juridicidade nem a da exigibilidade da prestação, apenas aponta e não soluciona os referidos problemas. Neste labutar, inverte-se a lógica da análise, ao se investigar primeiro o regime e a natureza antes de bem delimitar a juridicidade, ou melhor, a exigibilidade.

Parece manifesto que este procedimento é errôneo, tanto por começar a análise por aqueles elementos quanto por buscar a juridicidade no conteúdo declarativo das cartas, ao invés de, primeiro, observar a exigibilidade delas para somente depois extrair os demais elementos. Afigura-se que a doutrina tende a considerar sinônimos juridicidade e exigibilidade (ou eficácia), fato que somente contribui para obnubilar uma construção dogmática das cartas de conforto, dado que são conceitos completamente diversos.

Verificou-se, ainda, que a busca da juridicidade deve se operar sob a égide da Teoria Geral do Direito. Na proposta apresentada neste ensaio, primeiro se demonstrou o que é juridicidade (“momentos de constituição”) e por que as cartas de conforto, todas, tem-na, para além de serem institutos reconhecidamente consuetudinários.

Agora, incumbe sinteticamente evidenciar a natureza jurídica delas e, somente após percorrido este *iter*, poder-se-á falar em regime e efeitos, na esteira das idéias ora desenvolvidas.

Explica-se. Como visto, a juridicidade não se justifica tão somente na vontade de as partes terem contratado ou trocado cartas entre si com conteúdo (declarações ou cláusulas) distintos de figuras típicas: esta circunstância justifica e explica apenas a manifestação volitiva das partes em recorrer a uma forma atípica de garantia, com conteúdos próprios e deliberadamente ambíguos, vazios, esfumados, lassos, ao revés de contratarem uma garantia típica.

Do envio ou troca de cartas de conforto se pode inferir, com segurança, que as partes optaram por recorrer a uma forma alternativa, atípica ou imprópria de garantia, já dotada de juridicidade, pelos motivos expostos. A troca de cartas somente comprova o que foi contratado, ou a modalidade/tipo de contrato firmado. Nada além: detecta-se apenas a natureza jurídica<sup>229</sup>.

Quanto ao regime, este dependerá da natureza das cartas de conforto em análise, o que ocorrerá *a posteriori*, quando da interpretação do conteúdo das missivas, momento em que ocorrerá a redução dogmática das *lettere* a algumas

<sup>229</sup> Menezes Leitão extrai, do encontro de vontades, a juridicidade das cartas de conforto, sem necessidade de recorrer à presunção, ao passo que lhes dá a nota de contrato: “(...) parece pacífica sua juridicidade, uma vez que delas resulta um compromisso assumido por uma parte e validamente aceite pela outra.” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 136.

de suas modalidades e, portanto, daí poderão ser extraídos os efeitos (ou as possibilidades de exigibilidade das prestações).

Do que foi dito, evidencia-se um outro equívoco encontrado em doutrina: negar juridicidade às *comfort letters* pela (suposta) indeterminabilidade do objeto (entendido tanto como objeto da carta em si, mas também como objeto da obrigação – prestação).

Isto é confundir juridicidade e exigibilidade com validade<sup>230</sup> de negócio jurídico ou contrato, fato que demonstra o embaralho no estudo do instituto: perquirir indistinta e simultaneamente a juridicidade e a tipicidade, ou não, da figura e sua natureza e, de logo, tentar-lhe extrair o regime.

No caminho agora trilhado, pretende-se não incorrer nesse equívoco. Vista a juridicidade, veja-se a (a)tipicidade e a natureza jurídica da figura.

As cartas de conforto enquadram-se na moderna acepção da contratação mitigada<sup>231</sup>. São, assim, contratos, negócios jurídicos. Apenas o são unilaterais. Mas isto diz respeito aos *efeitos obrigacionais* (deveres) gerados para apenas uma das partes, o que não lhes retira a natureza jurídica contratual, porquanto, em sua gênese, requerem o encontro de duas vontades<sup>232</sup>.

A contratação mitigada é bem sintetizada por Menezes Cordeiro:

“Numa visão mais tradicional, perante um efeito jurídico determinado, uma de duas: ou as partes o querem e celebram o correspondente contrato ou não querem, e nada fazem. Depois, num prisma já mais avançado, surge uma terceira

<sup>230</sup> Em Portugal, veja-se os artigos 280/1 e 405, do Código Civil; no Brasil, artigos 104, inciso II e 425, *verbis*: “Artigo 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.” “Artigo 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

<sup>231</sup> Por exemplo: LOPES, Maria da Conceição de Oliveira. *Cartas de conforto: conceito, natureza e regime*/ Lisboa: Tribunal de Contas, 1996, p. 123-151. Sep. da Revista do Tribunal de Contas, n.º 25, t. 1 (Jan.-Jun. 1996), p. 126; MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento: estudo teórico-prático*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 61; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4.ª ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 134.

<sup>232</sup> “O contrato é uma espécie de *negócio jurídico* que depende, para a sua *formação*, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, *negócio jurídico* bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os *unilaterais*, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os *bilaterais*, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero *negócio jurídico*. (...) O contrato é, pois, “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”. GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. *Contratos e atos unilaterais*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-26. Quanto aos *efeitos*, podem ser bilaterais ou unilaterais. A nomenclatura utilizada no Brasil é mais confusa do que a de praxe em Portugal.

hipótese: é o contrato-promessa que admite, ele próprio, várias graduações, em função, por exemplo, de haver ou não execução específica. A hipótese que agora se coloca é ainda mais flexibilizadora: poderia haver vínculos mais lassos do que a promessa não executável especificamente, mas com relevância jurídica. A ‘contratação mitigada’ daria azo a direitos e deveres diferentes dos do contrato clássico mas, de todo o modo, com natureza jurídica.”

Menezes Cordeiro fornece, como exemplo patente de contratação mitigada, os outros tipos de carta, o que, de *per se*, já é suficiente para diferenciá-las das *lettere*. Em adendo à explanação *supra*:

“No Direito tradicional, as partes interessadas ou contratavam, ou não. Posteriormente, admitiu-se uma graduação: podiam optar pelo mero contrato-promessa. Por seu turno, a promessa veio a admitir uma *distinguo*: poderia ocorrer com ou sem possibilidades de execução específica<sup>233</sup>. Mais tarde, a panóplia alar-

<sup>233</sup> Apenas uma rápida nótula. É pacífico que as pessoas, ao entabularem relações jurídicas podem subordinar os efeitos a condições ou termos (e encargos), por exemplo, ou, ainda, expressamente lhes retirar quaisquer efeitos imediatos ou mediatos, como no caso de realização de propostas não vinculantes (“*non binding agreements*”, *e.g.*, no Código Civil brasileiro: “Artigo 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”). Todavia, esta conduta apenas retira a eficácia do ato/negócio por *evento logicamente sucessivo* à própria [prévia] juridicidade e eficácia regular(es) do ato/negócio. Por outras palavras, as pessoas podem fazer propostas não vinculantes por retirarem a eficácia (não a juridicidade) do ato/negócio ou por a subordinarem a eventos futuros, quer certos ou incertos (condição ou encargo). Mas tal proceder não afeta a origem do ato/fato, que já nasce jurídico pela juridicidade (atributo de constituição do próprio Direito), apenas encontra limitação posterior – no plano lógico-temporal, ainda que avançada num mesmo instrumento/carta – por vontade manifesta das pessoas (partes) em subtraírem os efeitos (eficácia) àquele ato/negócio específico, desde que tal proceder não afete a esfera jurídica de terceiros ou sirva de burla à lei. Portanto, antes de se falar em “não-contrato”, prefere-se falar em contrato *sem eficácia*, haja vista que o contrato não é qualificado como tal pela possibilidade de produzir efeitos, mas em decorrência da manifestação das partes em celebrar negócio jurídico. Neste sentido: “A este respeito e para os efeitos em presença, reteremos apenas que é de admitir que as partes subtraíam as suas relações à vinculação jurídica, mantendo estas sob o plano meramente da cortesia, ainda que estejam presentes todos os outros elementos ou requisitos de um contrato, desde que a lei ou a tutela de interesses superiores não imponham a juridicização da relação.” NORONHA, André Navarro de. *As cartas de conforto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 62, em especial as notas 107 e 108. Portanto, não parece correta a assertiva de Gabriele Capocchi *apud* Noronha acerca de as partes criarem um *não-contrato*. Contrato houve, mas apenas sem efeitos – subtração *a posteriori* no tempo da eficácia – por *expressa* vontade das partes: não se trata de negócio nulo ou tampouco de “não-contrato”. Há apenas limitação, ou inexistência de eficácia: a bem da verdade, continuará a haver juridicidade. Nem nulo, nem anulável nem inválido poderia ser (respectivamente, artigos 121, 166, 171 e 104 do Código Civil), ao menos à luz do

gou-se: surgiram figuras como a carta de intenções, o acordo de princípios e o acordo-base. Se bem atentarmos, todas estas figuras não traduzem, propriamente, uma graduação nos deveres a assumir: antes representam deveres diversos. Por exemplo, a carta de intenção não explicita um acordo ‘mais fraco’; antes traduz a adoção, pelo subscritor, do dever instrumental de prosseguir certa negociação, a partir do ponto parado.” (destaque no original)

Portanto, as cartas de conforto surgem no espaço da contratação mitigada, em que há possibilidade de as partes flexibilizarem muito amplamente os vínculos contratuais – criando obrigações específicas e mais alargadas, com relevância jurídica, fonte de direitos e deveres diferentes dos contratos clássicos, ou típicos.

Recorre-se às cartas de conforto com a intenção manifesta de não contratar uma garantia típica (em regra, fiança, aval, hipoteca, penhor, etc.), por diversas razões que jogam pendularmente ora a favor dos interesses do credor (confortado) ora a favor dos interesses do confortante (garante)<sup>234</sup>.

Assim, ao referirem à ausência de juridicidade, na verdade, alguns autores *também* confundem a natureza jurídica das *lettere* (contratos unilaterais) com sua forma externa (missiva) e conteúdo (porquanto, esfumado e ambíguo, “seria” indeterminável).

ordenamento jurídico brasileiro. Isto não quer dizer que se desconheça a “intenção negativa do contrato”, mas que esta apenas atua no plano da eficácia e nunca da existência ou da validade, razão pela qual não se pode falar em nulidade/anulabilidade ou inexistência (não-contrato). De fato, no plano prático há coincidência entre a falta (subtração) da eficácia e a ausência de juridicidade. Mas, trata-se de mera coincidência pontual. Se do ponto de vista prático pode-se falar em equivalência entre ineficácia e subtração da juridicidade, do ponto de vista científico a conclusão não pode ser a mesma. Ademais, a juridicidade não se limite à produção de efeitos: ela é atributo daquilo que é relevante ao Direito e merece proteção.

<sup>234</sup> “The circumstances in which a lender may choose to accept a comfort letter instead of insisting on a guarantee may be where: (a) the issuer of the comfort letter is financially strong and has a good reputation commercially; (b) there is already a long-standing and well-established business relationship between the lender and the parent company and the lender may wish to maintain or develop that relationship further; or (c) a lender who is new in the market or industry may feel the need to attract and maintain major corporate clients. Therefore, the lender may feel that it has no choice but to take a commercially calculated risk and accept a lesser form of security such as a comfort letter.” THAI, Lang, *Comfort letters: a fresh look?* (2006). *Journal of Banking and Finance Law and Practice*. Vol. 17, p. 15-33 (2006). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2001792>. Acessado em: 25 de agosto de 2015, p. 17.

De toda forma, qualquer dos argumentos não levaria à ausência de juridicidade, e sim à invalidade!<sup>235\_236</sup>

Superada a questão da juridicidade e alocadas as cartas de conforto no campo da contratação mitigada, importa consensuar que todos os autores asseveraram que elas, observadas sob a ótica do suporte que lhes dá tangibilidade, são missivas, epístolas, meras cartas<sup>237</sup> – como o nome indica – geralmente subscritas somente pelo garante (*patronnant/confortante*) endereçadas ao confortado (beneficiário).

Não se pode, todavia, confundir a *forma de exteriorização/tangibilidade* com a *natureza* de um instituto<sup>238</sup> jurídico: *instrumento pelo contrato; autos* [processuais] pelo *processo*, etc.

A investigação da natureza jurídica de um instituto nem se restringe ao seu aspecto exterior de suporte no mundo dos fatos nem se limita ao *nomen juris* que se lhe confere: importa o conteúdo. Após: a sua regulamentação (regime).

Esta forma externa de apresentação no mundo do Direito – materialidade documental –, aliada à ausência de previsão normativa (*ius positum*), acarreta(ou) alguma divergência sobre sua natureza jurídica<sup>239</sup>: (i) negócio jurídico unilateral (contrato unilateral<sup>240</sup>) ou ato unilateral?; (ii) figura típica ou atípica?<sup>241</sup>

<sup>235</sup> Invalidade, pois tal se operaria no plano da validade, ou seja, seria inválido por ofensa ao artigo 280/1 do Código Civil português e artigo 104 do Código Civil brasileiro em razão da “indeterminabilidade do objeto”, *rectius* da prestação (objeto da obrigação que é objeto do contrato).

<sup>236</sup> André Navarro de Noronha também percebeu bem esta questão: “A indeterminabilidade do objecto da prestação prometida afecta a sua validade, mas não a juridicidade da relação”. NORONHA, André Navarro de. *As cartas de conforto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 59.

<sup>237</sup> Conferir, por todos, CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 61: “As cartas de conforto apresentam-se materialmente como verdadeiras cartas em sentido próprio: um texto, dirigido a um destinatário e com a assinatura do remetente. Elas consubstanciam, assim, uma única declaração de vontade”.

<sup>238</sup> “Neste esforço de qualificação [natureza jurídica], a forma sob a qual a carta de conforto normalmente se apresenta não deve ser decisiva”. NORONHA, André Navarro de. *As cartas de conforto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 89. No mesmo sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 61: “Estas asserções – que já surgiram noutros países – assentam, desde logo, num equívoco: *na confusão entre o negócio, enquanto acto jurídico em si, e o documento onde ele está exarado*”.

<sup>239</sup> Como registrado anteriormente, o regime das cartas dependerá (i) da natureza jurídica e (ii) do conteúdo clausulado nelas. Portanto, tem-se que o método de explanação não interfere na abordagem do tema.

<sup>240</sup> Com relação aos *efeitos* e geração de obrigações para apenas uma das partes, pois todo contrato, em gênese, é bilateral (reunião da vontade de, no mínimo, duas partes).

<sup>241</sup> “El estudio de la naturaleza jurídica de las CP [Carta de Patrocinio] suscita dos grupos de problemas. Mientras que el primero gira en torno al problema de si es una figura típica o atípica, el segundo se centra en si la misma es un contrato o una declaración unilateral naturaleza contractual”.

É fato que as cartas de conforto não estão previstas nos ordenamentos jurídicos brasileiro ou português, mas nem por isso encontram dificuldades para existirem válida e eficazmente.

Verificou-se, outrossim, que as *lettere* caracterizam-se pela contratação mitigada. E ambos os ordenamentos permitem às partes criarem contratos (ou obrigações) atípicos: artigo 425 do Código Civil brasileiro e artigo 405 do Código Civil Português<sup>242\_243\_244</sup>.

Inverter-se-á a ordem das indagações do parágrafo *supra*: primeiro, verificar-se-á o que é tipicidade social e/ou legal para, depois, indagar-se da natureza jurídica das cartas, cabendo, nesse momento, traçar uma análise propedêutica delas.

Um contrato típico ou nominado pode ser definido como “o que além de possuir um nome próprio (*nomen juris*) [nominado], que os distingue dos demais, constitui objecto de uma regulamentação legal específica [típico]”<sup>245</sup>, ao passo que os atípicos são:

“(...) os que resultam de um acordo de vontades, não tendo, porém, as suas características e requisitos definidos e regulados na lei. Para que sejam válidos basta o consenso, que as partes sejam livres e capazes e o seu objeto lícito (não contrariem a lei e os bons costumes), possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica”<sup>246</sup>.

ALVÁREZ, Manuel María Sánchez. Las cartas de patrocinio. in La contratación bancaria (SEQUEIRA, Adolfo. GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando) (Dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L, 2007, p. 1.156-1.157.

<sup>242</sup> “Artigo 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

<sup>243</sup> Além do artigo 425 do Código Civil brasileiro, podem ser incluídos, na permissão à celebração de negócios jurídicos atípicos e sua *formação*, os artigos 427, 428, 430, 432, 433 e 434, aos quais se remete.

<sup>244</sup> “Artigo 405. Liberdade contratual. 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

<sup>245</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 272-273.

<sup>246</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116. Faz-se a ressalva de que nem a lei nem a doutrina majoritária exigem a presença do requisito “patrimonial ou patrimonialidade” à caracterização do vínculo obrigacional e/ou contratual. Por todos, VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 101-109.

Por atípicos (e inominados), têm-se “aqueles que as partes, ao abrigo do princípio da *liberdade contratual* (...), criam fora dos modelos traçados e regulados por lei”<sup>247</sup>.

Todavia, é preciso ressaltar, no que pese o exposto *supra*: o *nomen juris* (que dá nota de nominado ou inominado) do contrato não é sinônimo de tipicidade ou atipicidade, como afirmam alguns autores.

Antes, o *tipo*<sup>248-249</sup> refere-se à existência, ou não (atipicidade), de regulamentação própria ou específica na lei. Assim, são atípicos os contratos cujos termos e conteúdos são criados pelas partes e não colidem com as proibições gerais do ordenamento jurídico e, simultaneamente, não são redutíveis a um contrato *típico* (“modelos estereotipados na lei”<sup>250-251</sup>):

<sup>247</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 274-275.

<sup>248</sup> “O problema do tipo pode ser abordado de um ponto de vista legal e de um ponto de vista social. Assim encontramos negócios que podem ser legalmente típicos e socialmente típicos; legalmente típicos mas socialmente atípicos; legalmente e socialmente atípicos; e legalmente atípicos mas socialmente típicos”. RIBEIRO, António Sequeira. Garantia bancária autónoma à primeira solicitação algumas questões. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 311. Assim, *v.g.*, o contrato de franquia (*franchising*) no Brasil, é legalmente típico (lei n.º 8.955/94), ao passo que em Portugal é legalmente atípico.

<sup>249</sup> “Os contratos típicos são os disciplinados pela lei, em termos de imputação de direitos e obrigações aos contratantes. Correspondem a negócios que, por sua importância econômica ou outra razão qualquer, despertaram a atenção do legislador. Independentemente dos fundamentos que impressionaram os elaboradores do texto legal, fato é que se reputou necessário ou oportuno dispor, por normas supletivas ou cogentes, sobre os direitos e obrigações básicos dos sujeitos que os contratam. A técnica legislativa recomenda a construção em norma, nesse caso, dum *tipo* no qual se enquadra a definição desses direitos e obrigações. Em alguns casos especiais, entretanto, a *qualificação* do contrato (isto é, a identificação do tipo legal correspondente) pode ser complexa. (...) O objetivo da classificação dos contratos quanto à tipicidade é delimitar as hipóteses em que as cláusulas contratadas num negócio em particular podem eventualmente ser inválidas, por desrespeito ao direito positivo” COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Vol. 3. Contratos. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124-125 e 128.

<sup>250</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 275: “Sempre que na convenção celebrada entre as partes se instale um dos *esquemas ou modelos* previstos na lei e as cláusulas acrescentadas pelas partes não desnaturem o *núcleo essencial* do seu acordo, nem lhe aditem qualquer outro dos *esquemas* legalmente atuonomizados, o contrato continuará a pertencer ao *tipo* correspondente a esse esquema.” (itálicos no original) Conferir, na mesma obra, detalhes sobre contratos mistos e junção, união e coligação de contratos, às p. 279-300.

<sup>251</sup> “Não é por ser recebido pelo legislador que o tipo social desaparece, ele vai sim coexistir com o tipo legal e serve-lhe de referencial hermenêutico. Aliás, há sempre o perigo de ao regulamentar o tipo social o legislador lhe alterar o sentido”. RIBEIRO, António Sequeira. Garantia bancária

“O tipo, regra geral, está muito mais próximo da realidade do que o conceito. Ambos são gerais e abstractos, só que o processo de abstracção é diferente em ambos. Enquanto no conceito se isolam os elementos essenciais e é a soma destes elementos característicos que constitui o conceito, no tipo, para além do isolamento dos elementos principais vai posteriormente proceder-se a um seu agrupamento, só que aqui não encontramos apenas a mera soma dos elementos característicos, já que ele – o tipo – só pode ser entendido no seu conjunto. (...) Daí (...) ser possível reconduzir ao tipo figuras que se encontram numa relação de semelhança e não de identidade. Por isso se afirma que o tipo está mais próximo do real que o conceito, ‘o tipo é mais concreto que o conceito’”.<sup>252</sup>

Desta forma, percebe-se que as cartas de patrocínio não se amoldam à tipicidade legal, mas sim à *tipicidade social*, pois “os negócios legalmente atípicos mesmo que socialmente típicos não têm limites traçados com rigor o que de certo modo diminui o valor das qualificações que se possam conseguir, já que em causa não está nem a sua vigência como prática negocial nem a sua sujeição a um imperativo modelo de normas legais”, sendo, assim, legalmente atípicas mas socialmente típicas, em razão da difusão ampla de sua utilização no tráfego jurídico-comercial<sup>253-254</sup>.

Logo, as *lettere* são tipos sociais e, pelo já descortinado, possuem natureza contratual<sup>255</sup>: mas unilateral ou bilateral? Confira-se.

autónoma à primeira solicitação algumas questões. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 316.

<sup>252</sup> RIBEIRO, António Sequeira. Garantia bancária autónoma à primeira solicitação algumas questões. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 313.

<sup>253</sup> RIBEIRO, António Sequeira. Garantia bancária autónoma à primeira solicitação algumas questões. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 317. Com relação à classificação adotada no texto, vide notas anteriores e p. 317 do texto mencionado nesta nota.

<sup>254</sup> “É preciso que se verifique uma pluralidade de casos, é necessário que esta quantidade de casos se traduza numa prática social reconhecível e que não haja apenas coincidências fortuitas. Por último é necessário que no meio social haja uma consciência de que essa prática é vinculativa, que serve como modelo de referência, e tal atitude seja assumida de uma forma geral e pacífica”. RIBEIRO, António Sequeira. Garantia bancária autónoma à primeira solicitação algumas questões. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 316. Plenamente aplicáveis às cartas de conforto a qualificação da prática contratual como tipo social.

<sup>255</sup> “Diz-se contrato o acordo, vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta – de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”. VARELA, João de Matos

### 5.3. *Natureza jurídica*<sup>256</sup>: *contrato unilateral*

“Segue-se a sua unilateralidade: mesmo quando traduzam verdadeiro contrato, previamente acordado entre as partes, as cartas de conforto consubstanciam-se – como o nome indica – numa epístola, com uma única assinatura”.<sup>257</sup>

“La giurisprudenza ha sostenuto que le lettere di *patronage*, che sono di uso corrente nel mondo finanziario nei rapporti tra banche, società madri e società controllate, siano da considerare esempi di contratti unilaterali, fonti de obbligazioni per il solo proponente”.<sup>258</sup>

“(…) la CP [Carta de Patrocinio] es una declaración contractual (...), esa declaración se inserta en una declaración atípica, a la que llamamos CP, que jurídicamente es autónoma respecto al contrato principal de financiación, pero que es genética, funcional y jurídicamente accesoria respecto de dicho contrato de financiación. (...) En consecuencia, la CP debe calificar-se como un

Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 212.

<sup>256</sup> É válida uma rápida nota para evitar má compreensão. Em Portugal, é comum classificar-se os contratos referindo-se expressamente à *estrutura do negócio* para depois determinar a sua natureza jurídica. No Brasil, em regra, não se refere à *estrutura* expressamente, parte-se, de logo, para a classificação da natureza jurídica, apenas se anotando que, quanto à formação, todos os contratos são bilaterais (pelo encontro de duas vontades, ou plurilaterais, caso haja mais de duas partes, como ocorre nos contratos sociais de sociedades empresárias, *e.g.*) e depois se procede quanto aos efeitos à diferenciação de bilaterais (sinalmáticos) ou unilaterais, a depender de gerarem obrigações somente para uma ou para ambas as partes. Assim, em vários trabalhos lusitanos sobre carta de conforto, antes da identificação da natureza jurídica, os autores falam em “estrutura”, diversamente do que ocorre no Brasil. Nesse sentido, *ad exemplum*, vale cotejar VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 395-398 e GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95-119 (em especial p. 95 e 97): “O contrato é uma espécie de *negócio jurídico* que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, *negócio jurídico* bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os *unilaterais*, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os *bilaterais*, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero *negócio jurídico*”. (*Ob. cit.*, p. 25).

<sup>257</sup> CORDEIRO, António Menezes. O direito bancário privado. Direito Bancário: Actas do Congresso Comemorativo do 150.<sup>o</sup> aniversário do Banco de Portugal (22-25 de outubro de 1996), Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 30.

<sup>258</sup> BAUSILIO, Giovanni. Contratti Atipici: disciplina civilistica e trattamento fiscale. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2006, p. 191, e à p. 190 “(...) il *patronage* costituisce una figura contrattuale di natura atípica (...)”

*O Direito* 149.<sup>o</sup> (2017), III, 689-733

contrato unilateral atípico, autónomo y accesorio, del que nacen obligaciones para el patrocinador”.<sup>259</sup>

Numa análise perfunctória ou rápida, poder-se-ia pensar que as *lettere* são atos jurídicos unilaterais (ou negócio jurídico unilateral, na nomenclatura do Código Civil português<sup>260</sup>) – dada a forma de missiva subscrita apenas por uma única pessoa, o garante – e que desnecessariam, para sua formalização, do encontro de vontades de duas partes<sup>261</sup>.

A dúvida se desfaz rapidamente: quanto aos *efeitos*<sup>262</sup> (criação de obrigação para apenas uma parte), trata-se de contrato unilateral, por oposição aos bilaterais ou sinalagmáticos.

Esta constatação não causa arrepio: os contratos unilaterais são assim denominados por apenas produzirem efeitos obrigacionais (deveres) para um das partes envolvidas na contratação (também denominados de bilaterais imperfeitos<sup>263</sup>), mas requerem à sua *formação* (criação do vínculo obrigacional) o encontro de vontades de duas partes (sendo bilaterais).

<sup>259</sup> ALVÁREZ, Manuel María Sánchez. Las cartas de patrocinio. in La contratación bancaria (SEQUEIRA, Adolfo. GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando) (Dirección). Marid: Editorial Dykinson, S.L, 2007, p. 1.158.

<sup>260</sup> Os negócios jurídicos, quanto à *formação*, dividem-se em (i) bilaterais ou (ii) unilaterais. Os primeiros são contratos, pois há encontro da manifestação volitiva de duas partes, ao passo que nos segundos apenas há uma única declaração de vontade, sendo chamados também de atos unilaterais. Quanto aos efeitos (geração de direitos e deveres), os contratos também se dividem em bilaterais e unilaterais; naqueles, há o sinalagma que gera direitos e obrigações recíprocos entre as prestações principais, objetos das obrigações assumidas em decorrência do vínculo jurídico. Nestes últimos, apenas são criados direitos para uma das partes; a outra suporta apenas deveres. No Código Civil brasileiro, os contratos estão inseridos no Livro I da “Parte Especial”, Títulos V e VI (“dos contratos em geral”, “das várias espécies de contratos”), ao passo que os atos unilaterais (promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa) encontram-se no Livro VII (“dos atos unilaterais”).

<sup>261</sup> “Por isso se diz que, em rigor, é a declaração da vontade, e não ela própria, que constitui requisito de existência dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, dos Contratos. O contrato é um acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir direitos. Constitui o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral.” GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

<sup>262</sup> *Unilaterais* são os contratos que criam obrigações unicamente para uma das partes, como a doação pura, por exemplo. (...) o contrato “é *unilateral* se, no momento em que se forma, origina obrigação, tão somente, para uma das partes — *ex uno latere*”. GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95-96;

<sup>263</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94-97.

O fato de a carta ser um documento assinado unicamente pelo garante (confortante) e endereçada ao confortado (banco/beneficiário) não significa que inexista “um acordo vinculativo assente sobre duas declarações de vontade [proposta e aceitação] contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”, no dizer de Antunes Varela<sup>264</sup>, ou, que não haja “o resultado do encontro das vontades dos contratantes e produz seus efeitos jurídicos (cria, modifica ou extingue direitos ou obrigações) em função dessa convergência”<sup>265</sup>.

Ao revés: há formação do vínculo contratual, seja porque as partes anteriormente negociaram a operação bancária (e todos os seus termos), carecendo apenas a formalização do envio da missiva, seja porque o envio da epístola tem o condão de ser proposta vinculante ao proponente (confortante) cuja recepção sem reservas, ou ressalvas, pelo confortado (banco) caracteriza a aceitação e formaliza o vínculo contratual, à luz dos artigos 427, 428 e 432, apenas se considerando não formalizado o vínculo caso alguma das partes adote, tempestivamente, alguma das condutas previstas nos artigos 428 a 434 do Código Civil brasileiro<sup>266</sup>.

Esta parece ser também a opinião da doutrina majoritária em Portugal, que aplica à formação do contrato a teoria do artigo 234 do Código Civil português<sup>267</sup>.

<sup>264</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 212.

<sup>265</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Vol. 3. Contratos. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

<sup>266</sup> Ou seja, alguma conduta tendente a (i) cancelar a proposta ou a (ii) recusá-la. Esse mesmo entendimento é adotado por Menezes Cordeiro, em Portugal: CORDEIRO, António Menezes. Das Cartas de Conforto no Direito Bancário. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 61–61 (“Tal acordo, é, por vezes, prévio. Mas é, pelo menos, subsquente: desde o momento em que a instituição destinatária não devolva ou não recuse a carta, antes procedendo como se com ela concordasse – *maxime*, concedendo o crédito – há aceitação. Sendo necessário, poder-se-ia mesmo invocar o artigo 234 do Código Civil ou citar os requisitos da aceitação tácita”).

<sup>267</sup> SILVA, João Calvão da. Estudos de Direito Comercial (Pareceres). Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 376–377 (“contrato unilateral, pois gera obrigações só para uma das partes – o patrocinante”); ANTUNES, Rita Granado. Natureza Jurídica das Cartas de Conforto Forte. Lisboa: [s.n.], 2006. 71p. Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídicas (Direito Civil IV), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2006, p. 44–45 (para quem é dispensável a declaração de aceitação expressa, artigo 217); VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Direito das Garantias. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2013, p. 150 (“parece claro que as cartas de conforto, em regra, quando não apresentem elas mesmas a proposta de um contrato que a outra parte aceita, expressa ou tacitamente, reproduzem o conteúdo de um acordo anterior a que as partes chegaram. Pode, por isso, afirmar-se, a sua natureza contratual. E contrato unilateral, porque só decorrem obrigações para uma das partes”) e As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto.

Da evolução histórica da figura na *praxis* comercial e sua difusão pelo mundo; da circunstância de que, entre as partes (há) houve uma relação estabelecida para emissão da carta – ou se trata de relação continuada e que se perpetua –; da constatação empírica de que são os confortados (bancos) que solicitam, e conferem o teor das cláusulas das cartas; e da ausência de retratação ou recusa, pode-se inferir que a aceitação tácita da formalização da contratação é plenamente possível – dir-se-ia: é a regra! – e dispensa, portanto, a celebração de qualquer outro documento entre confortante e confortado.

Em casos deste jaez, conclui-se que o silêncio<sup>268</sup> do confortado represente anuência e concordância com a contratação, pois assim autorizam os usos e costumes bancários referentes ao emprego das cartas de conforto como garantias, cuja declaração expressa não é necessária por motivo algum.

Portanto, as cartas de conforto são contratos<sup>269-270-271</sup> unilaterais atípicos<sup>46-47</sup>.

Revista Electrónica de Direito. n.º 1 (fev. 2014). Disponível em: [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), p. 8; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4.ª ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 136 (“Apesar de resultarem de uma carta assinada pelo remetente, as cartas de conforto não correspondem a negócios jurídicos unilaterais (artigo 457), sendo antes contratos, que podem ser sujeitos à aceitação tácita referida no artigo 234.”); e NORONHA, André Navarro de. *As cartas de conforto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 91 (“(...) parece-nos evidente que, no vínculo estabelecido entre emitente e beneficiário, a carta de conforto apenas cria obrigações para o autor da carta, pelo que se trata de um contrato unilateral”). Acerca do entendimento adotado em Itália e em Espanha, *vide* epígrafes deste capítulo.

<sup>268</sup> “Artigo 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.” e “Artigo 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.” (Código Civil brasileiro)

<sup>269</sup> Referindo a natureza jurídica contratual e atípica: MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento: estudo teórico-prático*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 60-61; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4.ª ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 136; chamando de “estrutura” de contrato unilateral, VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2013, p. 150 e *As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto*. Revista Electrónica de Direito. n.º 1 (fev. 2014). Disponível em: [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), p. 8; CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 62 (também referindo à “estrutura”).

<sup>270</sup> ANTUNES, Rita Granado. *Natureza Jurídica das Cartas de Conforto Forte*. Lisboa: [s.n.], 2006. 71p. Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídicas (Direito Civil IV), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2006, p. 41-48, considera-as de natureza contratual unilateral e de natureza jurídica de garantia especial.

<sup>271</sup> Carlos Ferreira de Almeida apresenta uma classificação própria e variável das cartas de conforto, parecendo enquadrá-la ora como atos jurídicos unilaterais, ora como contratos, ora como instituto assemelhado ou consumido por outra figura (mandato de crédito, fiança, etc.), bem como recusa a classificação das modalidades das cartas em conforto fraco, médio ou forte. ALMEIDA, Carlos

Em complemento à natureza jurídica das cartas de conforto, pode-se afirmar, trazendo-se à baila as idéias retidas no capítulo 2 *supra*, que elas são *contratos unilaterais atípicos com função de garantia autônoma, pessoal e especial quantitativamente*.

São (ou têm função de) garantias: pois estas são relações jurídicas constituídas para reforçar a expectativa do credor à prestação.

Parece mais adequado cravar a natureza jurídica das cartas de conforto no campo contratual e lhe anexar a *função* de garantia especial do credor: (i) *garantia* entendida em sentido amplo<sup>274</sup>, como um esquema destinado a controlar e minimizar o risco do inadimplemento<sup>275</sup> (para além: assegurar o adimplemento); (ii) *autônoma*, porque sua causa e validade independem das vicissitudes

Ferreira de. Contratos III; Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. 2.ª ed. 3.º vol., Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2013, p. 228-229.

<sup>272</sup> Uma rápida nótula. Menezes Leitão afirma que as cartas de conforto possuem estrutura contratual unilateral e são *garantias especiais atípicas*. Entretanto, na topografia de sua classificação autoral (p. 13-20: garantias pessoais, garantias reais, utilização da propriedade como garantia, garantias especiais sobre direitos, garantias especiais sobre universalidades e garantias especiais atípicas), incluem-nas como “*garantia especial das obrigações*” (p. 85 e 132-137), em local diverso das “*garantias especiais atípicas*” (p. 279-285 e 331). Vê-se, assim, que a classificação das garantias (geral x especial – reais e pessoais –, além das questões de privilégios e separação de patrimônios, ou utilização da propriedade *como/em* garantia, etc.) não encontra consenso na doutrina especializada. Para uma análise sobre diversas propostas de classificação das garantias, *ad exemplum* apenas, veja-se LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4.ª ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 10.º vol. *Direito das obrigações: garantias*. Coimbra: Edições Almedina, 2015; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III; Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. 2.ª ed. 3.º vol., Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2013; VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013.

<sup>273</sup> Aproveita-se o ensejo para rever a posição adotada em trabalhos prévios e aderir à ora exposta. Sobre a posição anteriormente adotada (natureza não contratual), veja-se BORGES NETO, Arnaldo de Lima. *Apontamentos sobre a carta de conforto (lettere di patronage)*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11044](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11044). Acessado: 25 de agosto de 2015; e *Apontamentos sobre a carta de conforto*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito – RIDB (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)*. Ano 3 (2014), n.º 10, ed. 39, p. 7635-7656.

<sup>274</sup> “Desde un punto de vista muy general, todo lo que amplía el poder jurídico del acreedor, añade al crédito algo que por sí mismo no tiene y refuerza la capacidad de satisfacción del acreedor, es considerado una garantía. (...) las garantías en sentido amplio como *la concesión voluntaria al acreedor de una situación más favorable de la que tiene el acreedor quirografario*.” HERNÁNDEZ, Alfredo Morles. *Nuevos desarrollos del régimen de las garantías de las obligaciones mercantiles*. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, n.º. 143 (2005), p. 211.

<sup>275</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 10.º vol. *Direito das obrigações: garantias*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 35.

*O Direito* 149.º (2017), III, 689-733

da obrigação principal (as *lettere* possuem *accessoriedade fraca*<sup>276</sup>); (iii) *peçoal*, porque há vinculação de um terceiro obrigado e responsável pessoalmente perante outro, cuja obrigação é de prestar; e (iv) *especial* por reforçar *quantitativamente* a possibilidade de o credor satisfazer seu crédito mediante o recurso à excussão patrimonial de dois patrimônios (devedor e garante) – ainda que não simultaneamente –, o que lhe proporciona um reforço de sua posição jurídica em confronto com a de outros credores<sup>277</sup>, haja vista que há diluição do risco do inadimplemento.

Assim, inclusive, posiciona-se a jurisprudência portuguesa, consoante se verifica do escólio abaixo colacionado, *ad exemplum*:

“I – A ‘carta de conforto’ consubstancia uma garantia a uma dívida de terceiro e não uma mera liberdade a favor deste, beneficiário da mesma. II – Embora tal garantia esteja conexcionada com um outro contrato (de onde constará a obrigação garantida), dele é independente e autónoma.

III – A natureza contratual da ‘carta de conforto’ e do (ou dos) negócio que esta visa garantir é diversa, bem como diversos são ou poderão ser, os intervenientes, sem embargo de haver entre esses dois tipos contratuais uma relação de conexão e interdependência substancial no que concerne á obrigação garantia.” (Apelação, proc. n.º 0094458, n.º documento RL200102150094458, n.º convencional JTRL00035054, TR Lisboa, Rel. Torres Veiga, j. 15/02/2001)<sup>278</sup>

<sup>276</sup> No tocante aos princípios das obrigações adotados por Menezes Cordeiro, além de carta de conforto possuir *accessoriedade fraca*, também teria uma *subsidiariedade fraca*: fraca, pois, não permite ao garante opor as defesas pessoais do devedor ou o benefício de ordem (de excussão). CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 179-180 e 188-190.

<sup>277</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. Vol. II. 9.ª ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 303.

<sup>278</sup> Este acórdão foi posteriormente analisado pelo STJ português: “(...) II – As ‘cartas de conforto’ são tipicamente subscritas por uma sociedade, têm por destinatário um banco e visam facilitar determinado financiamento a conceder por este a uma outra sociedade – que a primeira controla ou na qual tem, pelo menos, fortes interesses – e representam quase sempre o culminar de uma negociação, comportando, em regra, três personagens: a instituição financeira, que concede crédito; o beneficiário desse crédito e o “padrinho”, ou seja o patrocinante ou subscritor da carta, o qual, com esta sua declaração, “conforta” o primeiro, tranquiliza-o, inspirando nele a necessária confiança à concessão do crédito. III – O apuramento da vontade real do declarante e do seu efetivo conhecimento por parte do declaratário cabem dentro da averiguação da matéria de facto, como tal alheia aos poderes de sindicância do Supremo Tribunal de Justiça” (Revista, proc. n.º 01A2509, n.º convencional JSTJ00001869, n.º do documento SJ200112190025091, Rel. Ferreira Ramos, j., 19/12/2001).

## 6. Distinção de figuras afins

No ponto, distinguir-se-ão algumas figuras que podem guardar semelhança com a carta de conforto, sob a ótica do Direito brasileiro, destinatário desta tentativa de transferência das lições portuguesas, razão pela qual a recepção deverá ser procedida de adequações.

As menções a dispositivos legais, quanto não especificadas de forma diversa, referem-se ao Código Civil brasileiro.

### 6.1. *Fiança*<sup>279</sup>

“Em qualquer caso, sejam as cartas de conforto de tipo fraco ou forte – ou médio, se entendermos por bem autonomizar uma categoria intermédia – elas nunca se confundirão com fianças; quando estas surgem dissimuladas em vestes de carta de conforto, devem ser tratadas de acordo com a sua real natureza, estando fora do amplo ‘*Sammelbegriff*’ ora em análise”<sup>280</sup>.

Importa começar a distinção pela figura contratual da fiança, o modelo clássico de garantia pessoal e referência no contexto das operações bancárias e civis<sup>281</sup> e, em especial, porque há construção doutrinária e jurisprudencial acerca da existência de fianças “encapotadas”, dada a aparente semelhança entre

<sup>279</sup> “A doutrina francesa, porém, conceitua muitas vezes o aval como fiança, dependente da obrigação principal. Na doutrina italiana alguns autores (...) o consideram uma fiança *sui generis*, enquanto outros (...) nele vêem uma garantia puramente objetiva e substancialmente independente.” REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 2º volume. 25.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433. Merece referência, ainda, o fato de que na tradução da tradução brasileira da LUG, que acompanha o Decreto n.º 57.663/1966, no artigo 32, terminou incorrendo em erro, pois ao referir-se ao aval e ao avalizado acabou por traduzir “garant” por afiançado, tendo a doutrina nacional que realizar devidas construções dogmáticas. Ver, *Ob. cit.*, idem.

<sup>280</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra, Almedina, S.A, 2000, p. 414.

<sup>281</sup> Recorta-se, desta análise, os contratos de fiança prestados em garantia a contratos de locação de imóveis urbanos, por terem regime diverso previsto em lei própria (Lei n.º 8.245/91, “Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes”). Esclareça-se, ainda, que, no Brasil, apesar de relativa sinonímia utilizada pelas doutrina e jurisprudência, a expressão “locação de imóvel” tecnicamente engloba apenas os *urbanos*, reservando-se o termo “arrendamento” ou para imóveis *rurais* ou para móveis referidos em leis especiais. Sobre locação de coisas em geral, veja-se os artigos 565-578 do Código Civil.

as cartas de conforto com a fiança: existência de um terceiro para cumprir a prestação obrigacional alheia.

As *lettere* são espécies de *garantias pessoais especiais atípicas* mas não importam ou estabelecem solidariedade entre confortante e confortado quanto ao cumprimento da prestação obrigacional.

Por sua vez, a fiança é contrato típico com regime e definição legais (artigo 818): “*Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra*”, que pode, inclusive – como ocorre na praxe negocial no Brasil – importar em solidariedade e, ainda, em assunção de o fiador ser o principal pagador.

A fiança, no Brasil, é contrato típico de contornos severos em razão dos efeitos que produz. Segundo Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro, a fiança é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga, para com outra, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra<sup>282-283</sup>.

Ademais, a fiança é de interpretação restritiva, por norma imperativa (artigo 819), especialmente quanto prestada a título gratuito (artigo 114<sup>284</sup>), como decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

<sup>282</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1973. p. 505; e MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 357.

<sup>283</sup> Na fiança, inclusive, há regime expresso sobre a subrogação no crédito pelo fiador, que poderá reclamar do devedor o valor pago ao banco, por exemplo. Não foram encontrados estudos sobre a possibilidade de subrogação por pagamento no caso das cartas de conforto. Todavia, crê-se ser *possível* a subrogação do garante no crédito do beneficiário – nos casos em que aquele preste o pagamento da dívida ou indenização – em razão do regime da subrogação pelo pagamento (artigos 346, inciso III ou artigo 347, incisos I ou II, tudo a depender do caso concreto). O precedente mais próximo sobre o assunto, em Portugal, foi assim ementado: “(...) II. As “cartas de conforto” são normalmente meios de que se servem determinadas entidades para facilitarem operações de financiamento a outras, indicando ao financiador, na generalidade dos casos, a existência de contratos ou compromissos com o financiado, de tal forma que os proventos daí resultantes ou os compromissos assumidos pelos confortantes de injeção de fundos no financiado, dão uma margem de segurança ao financiador, que lhe permite contar com o cumprimento das obrigações de reembolso por parte do financiado no tempo oportuno. III. Os confortantes não são necessariamente obrigados solidários, conjuntos ou subsidiários com o confortado perante o financiador. IV. Se os confortantes não forem parte no contrato de financiamento, e se o financiado faltar perante o financiador (confortado) às obrigações de reembolso tendo como causa directa e necessária a quebra dos compromissos dos confortantes para com ele, terá a questão de ser resolvida, entre estes [réu condenado e réus absolvidos], em acção própria. (Proc. 07A2948, n.º convencional JSTJ000, n.º do documento SJ200712130029481, STJ, Rel. Mário Cruz, j. 13/12/2007). Da fundamentação do julgado, para além da ementa-resumo, infere-se a possibilidade de subrogação.

<sup>284</sup> “Artigo 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

“Agravo de instrumento. Decisão monocrática. A fiança é ato solene de sorte que, somente por ser considerada válida e eficaz, quando formalizada por contrato escrito (...).” (Agravo de Instrumento n.º 70009409996, 15.ª Câmara Cível, Rel. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. em 03/08/2004).

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ:

“Ação de exoneração de fiança. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Prorrogação automática. Fiança. Ausência de anuência. Ineficácia. Aplicação da Súmula 83/STJ. ‘A cláusula que prevê prorrogação automática no contrato bancário não vincula o fiador, haja vista a interpretação restritiva que se deve dar às disposições relativas ao instituto da fiança’ (AgRg no REsp 849.201/RS, Rel. Min. Maria Isabel Galloti, 4.ª Turma, j. em 27/09/2011, DJe 05/10/2011) (...)”. (AgRg no REsp 1411683/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. em 21/11/2013, DJe 09/12/2013).

Na fiança, o fiador assume a responsabilidade acessória<sup>285</sup> de realizar a prestação que incumbia ao devedor: garante, pois, o pagamento.

Acessória<sup>286-287</sup> porque é intrínseca e funcionalmente vinculada à obrigação principal (garantida): em regra, permite-se ao fiador opôr “*ao credor as exceções*

<sup>285</sup> De notar que no Brasil, diversamente do que ocorre em Portugal, a doutrina não mede graus de *accessoriedade* (fraco, médio ou forte), apenas se atém à característica da *accessoriedade* de forma geral: o acessório segue a sorte do principal (*accessorium sequitur principale*). A adoção de graus, ou intensidade da *accessoriedade*, é uma técnica jurídica bastante interessante, pois tem o condão de evidenciar o menor ou maior grau de segurança proporcionado pela garantia (se há, ou não, benefício de ordem à excussão principal; se o fiador contratou ser o principal e/ou solidário pagador, etc.). Também, no Brasil, não se fala em graus de subsidiariedade.

<sup>286</sup> De mesma opinião é Menezes Cordeiro, para quem não se pode confundir as cartas de conforto com fiança, nem remetê-las ao regime desta, *salvo raras exceções somente se houvesse consenso das partes nesse sentido*: “Doutra forma, haverá que optar pela autonomia da garantia, admitindo-se, quando muito, uma graduação quanto ao montante garantido e quanto às circunstâncias da intervenção, em função da interpretação concreta e das circunstâncias que presidiram à emissão da carta. De todo o modo, mesmo a carta de conforto forte não pode ser considerada título executivo.” CORDEIRO, António Menezes. Manual de Direito Bancário. 4.ª ed. Reimpressão. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 781 e Manual de Direito Bancário. 5.ª ed. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 850-851. Aduz, ainda, que se as cartas fosse fianças, haveria a substancial desfiguração daquelas, pois que admitiriam tanto a natureza acessória quanto confeririam ao garante o *beneficium excussionis*, traços inexistentes nas *lettere* e motivo pelo qual as partes preferem a sua contratação a outras.

<sup>287</sup> João Calvão da Silva aponta alguns traços da *accessoriedade* (dependência genética da obrigação principal; dependência funcional no tocante à oposição pelo fiador das defesas que competem ao devedor; e dependência extintiva, pois extinta a obrigação afiançada extingue-se a fiança). SILVA,

que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal” (artigo 837) e o benefício de ordem quanto à excussão patrimonial, caso não assumido a condição de principal e solidário pagador<sup>288</sup> (artigo 828).

As *lettere* são autônomas: independem das vicissitudes da obrigação garantida, a elas não se opõe os benefícios de ordem à excussão do devedor, e seus pressupostos de existência e exigibilidade são diversos da obrigação do devedor.

Além: o regime da fiança prevê hipóteses de exoneração e renúncia do fiador, caso não tenha sido contratada a termo certo ou prazo determinado (artigo 835), o que não ocorre nas *lettere*.

De pronto, depreende-se que a fiança garante que o pagamento, ou a satisfação da obrigação, será realizada pelo fiador, enquanto a carta de conforto limita-se a realizar outras *prestações* diversas das de pagar e que convergem ou no sentido de envidar esforços para que *garantido* (devedor) realize o adimplemento, ou, em seu grau máximo, que não implicará numa prestação de pagar (ou a prestação que incumbia ao devedor), mas de indenizar o confortado/beneficiário (prestação de ato próprio).

*Em regra*, o *confortante* não garante que *ele mesmo* irá satisfazer a obrigação do devedor<sup>289</sup>; obriga-se, sim, a garantir que o *devedor* satisfaça a obrigação. Neste sentido, não há que se falar em renúncia ao benefício de ordem, largamente encontrado nas contratações de fiança, nem solidariedade passiva entre *confortante* e *garantido*, o que é possível (e quase sempre ocorre na prática) na fiança.

Do exposto, colhe-se a impossibilidade, no Direito brasileiro, de existirem “fianças encapotadas”<sup>290</sup>, ou seja, a contratação de uma garantia mais ou menos

João Calvão da. Estudos de Direito Comercial (Pareceres). Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 334.

<sup>288</sup> Há outras hipóteses legais que fazem cessar a responsabilidade de principal pagador (eventualmente) assumida pelo fiador: “Artigo 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado: I – se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor; II – se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências; III – se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção”.

<sup>289</sup> “*Ciò sta a significare che per aversi una fideiussione il dichiarante dovrà esprimere la volontà di adempiere la medesima prestazione cui si è obbligato il debitore principale, pertanto la lettera di patronage si differenzia e non può essere ricondotta a una fideiussione proprio per il fatto che il patronant si obbliga a un *facere* variabile che, comunque, non gli impone di adempiere come se fosse il debitore principale.*” SOLDATI, Nicola. Le lettere di “patronage” nella prassi bancaria. *Venticquattro Avvocato* 24ore. n. 9, Settembre, 2008. p. 53.

<sup>290</sup> Utilizam essa expressão, ou a ela se referem, para designar cartas de conforto forte, ou que se aproximem de uma obrigação de pagamento (pois, como será visto, a tipologia das cartas de conforto é, também, bastante diversa a depender da orientação seguida por cada autor): MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento: estudo teórico-prático*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 64; VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*.

delineada quanto aos seus conteúdos e que não permite saber, no caso concreto, o que fora avençado, surgindo, como solução *in concreto* a redução da figura à fiança ou outra, com regimes distintos do das *lettere*<sup>291-292</sup>.

Acerca da impossibilidade de existirem “fianças encapotadas” no ordenamento jurídico brasileiro, ou da recondução delas à outra figura ou a outro regime, veja-se o emblemático aresto da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, que, num caso concreto versando sobre direito bancário, bem percebeu que a responsabilidade assumida pela esposa do devedor não decorreu de um contrato de fiança, mas sim da celebração de um instrumento público *de confissão de dívida* e de solidariedade entre devedores (esposa e marido):

“(…) Negócios jurídicos bancários. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. Garante solidário. Considerando-se que a fiança é contrato formal que exige pactuação por escrito, de modo expresso, não admitindo interpretação extensiva, nos termos do (...) artigo 819 do CC/2002, não há como se enquadrar a intervenção do cônjuge da autora em escritura pública de confissão de dívida, intitulada como garante solidário, como se fiança fosse. Em verdade, tendo o seu cônjuge se responsabilizado solidária e incon-

2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2013, p. 151; SILVA, João Calvão da. Estudos de Direito Comercial (Pareceres). Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 388 e 393 (“fiança dissimulada”); LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantias das obrigações. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 137. Na jurisprudência portuguesa há alguns precedentes que trilham o mesmo caminho. Aparentemente Menezes Cordeiro admite as fianças encapotadas: CORDEIRO, António Menezes. Das Cartas de Conforto no Direito Bancário. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 75; Manual de Direito Bancário. 4.<sup>a</sup> ed. Reimpressão. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 781; Manual de Direito Bancário. 5.<sup>a</sup> ed. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 851; e Tratado de direito civil. 10.<sup>o</sup> vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 592.

<sup>291</sup> “As cartas de conforto comportam tipicamente diversas declarações, que vão desde simples informação, até uma garantia de meios ou mesmo uma garantia de resultado. Estas últimas aparentam-se com a fiança (fiança “encapotada” ou “dissimulada”). (...) c) cartas de conforto forte, em que o emitente assume declarações negociais de resultado, provocando, em caso de incumprimento do participado, a responsabilidade do participante: estamos perante obrigações de resultado. (...) Nos casos de declarações fortes, em que o emitente garante o resultado, em termos de assumir o pagamento se o participado não pagar, há uma garantia de pagamento, uma *fiança dissimulada* (ou *encapotada*, segundo outros Autores).” (n.º do documento SJ200303180000571, proc. n.º 888/02, T. REL. Porto, proc. n.º 03A057, JSTJ000, Rel. Reis Figueira, j. 18/03/2003).

<sup>292</sup> Contra esta recondução, GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra, Almedina, S.A, 2000, p. 409: “Não é pelo facto de uma fiança ou garantia autónoma aparecer ‘envolta’ numa carta que passará a pertencer ao universo das cartas de conforto em termos, *v.g.*, passar a intergrar uma das suas modalidades”.

dicionalmente pelo débito constituído, obrigou-se como devedor solidário, o que prescinde de outorga uxória, não havendo falar, portanto, de nulidade do ato. Precedentes do STJ. (...)”. (Apelação Cível n.º 70015334832, 12.ª Câmara Cível, Rel. Cláudio Baldino Maciel, j. em 24/08/2006) (itálicos acrescidos)

Novamente: a fiança é *contrato, formal* (solene), somente pode ser prestada *por escrito* e de *modo expresso* e *não admite interpretação extensiva* ou *por analogia*.

Deve-se reter, outrossim, que as partes desejaram *inventar* (ou aproveitar uma invenção consolidada na prática negocial) e contratar uma garantia atípica e não simplesmente uma fiança.

Entretanto, o traço mais marcante distintivo das figuras é a ausência, nas *lettere*, do *animus fideiubendi*, a vontade de afiançar, ou seja, o *propósito de se constituir também como devedor, conquanto de modo acessório*<sup>293</sup>, por parte do garante:

“Os casos de inexistência de *animus fideiubendi* acabam, na sua maioria, por ser ‘travados’ pela exigência do carácter expresso da declaração e pela exigência de forma, uma vez que estes requisitos da declaração têm o condão de, impondo uma maior ponderação do declarante, o alertarem para os efeitos da declaração. Também nas cartas de conforto ou de patrocínio inexistente o *animus fideiubendi*: apesar da multiplicidade de situações que se podem encontrar sob um tal *Sammelbegriff*, nenhuma delas poderá ser reconduzida à fiança<sup>294</sup> ou à garantia autónoma, já que, claramente, a carta de conforto se apresenta como uma *alternativa* no universo das garantias pessoais, verificado determinado condicionalismo”<sup>295</sup>.

Ademais, o fiador passa a dever o mesmo (o *idem*) que deve o devedor e não aquilo (*id*) que por este é devido, como salienta Manuel Januário da Costa Gomes<sup>296</sup>, ao passo que nas cartas de conforto, o inadimplemento do devedor acarretará para o garante o dever de indenizar (ou, na proposta a ser apresentada nesse trabalho, uma *eventual* prestação de obrigação diversa, decorrente da tutela específica da obrigação).

<sup>293</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra, Almedina, S.A, 2000, p. 403-406.

<sup>294</sup> No mesmo sentido, acerca do Direito espanhol, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. Las cartas de patrocínio. In. SEQUEIRA, Adolfo; GADEA, Enrique; SACRISTÁN, Fernando (Dir.). La contratación Bancaria. Madrid: Dykinson, 2007, p. 1.160-1.161: “(...) debemos desestimar que la CP [Carta de Patrocinio] proporcione una ‘garantía semejante a la fianza’ (...)”

<sup>295</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra, Almedina, S.A, 2000, p. 404.

<sup>296</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos gerais. Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1997. Vol. III; Direito das Obrigações. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.83 e 89.

Dos traços distintivos acima delineados, confusão não pode haver quer no espaço jurídico português, quer no brasileiro (com maior segurança neste, consoante explicitado: regime e natureza jurídica e forma de interpretação da contratação).

De toda forma, em Portugal, crê-se que a admissão das “fianças encapotadas” decorre *antes, ou sobretudo*, de uma ausente tentativa de construir uma dogmática-sistemática regulamentadora de um regime próprio das cartas de conforto – para o que a doutrina tem sido relativamente silente, com méritos para as exceções – *do que* de uma “confusão” ou mera interpretação *à forcéps* da contratação de uma fiança encapotada e adoção do regime jurídico desta.

Trata-se, isto sim, de reconduzir uma figura sem regime preciso à outra, com regime conhecido, testado e aprendido pelos operadores do direito, e previsto em lei, mas que viola a vontade das partes quando da contratação (princípio da autonomia privada).

Mesmo sendo o Direito uma Ciência de casos concretos<sup>297</sup> (ou justamente por o ser!), incumbe à doutrina estudar e desenvolver o regime jurídico das cartas de conforto sob o prisma de um Direito, ao menos substancialmente, *lusófono*, procedendo corretamente as transferências histórico-culturais e jurídicas de outros ordenamentos com as devidas e adequadas recepções, de forma a prestigiar a autonomia da vontade das partes e fortalecer a utilização das cartas de conforto.

A quase mandatória relação de regime carta de conforto-fiança (e, por vezes, outros tipos de garantias, como garantia autônoma bancária) decorre, tudo visto, de um resquício formalista-positivista com que é tratada a “teoria das garantias:

“(...) o Direito das garantias soçobra em regras formais. Origina um construcionismo que leva a esquecer a funcionalização dos esquemas em jogo e a necessidade de interpretar e aplicar os diversos insitutitos, de acordo com o jogo económico subjetivo”<sup>298</sup>,

<sup>297</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 30; e a Introdução do mesmo autor da obra de Canarias. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático de sistema na ciência do direito. 3.ª ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. XXIV.

<sup>298</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 46.

Fruto, provavelmente, da “grande questão jurídica” que assola a Ciência do Direito, com mais ênfase, desde meados da década de oitenta do século passado, cuja

“(…) tendência, ainda hoje flagrante, de difundir exposições jurídicas pejadas de definições abstractas e de conexões amparadas apenas nos conceitos definidores de que provêm, ilustra, de modo eloquente, a implantação profunda do formalismo jurídico”<sup>299</sup>,

que deveria ser suplantado por um novo olhar e pensar o Direito e seus institutos, haja vista que

“As exigências renovadas de uma Ciência Jurídica clara e precisa, capaz de responder a uma realidade em evolução permanente e que tenha em conta os actuais conhecimentos hermenêuticos e as exigências de maleabilidade deles decorrentes apontam para um novo pensamento sistemático”<sup>300</sup>.

No sentido, busca-se (ou se deve!) construir um pensamento sistemático: aberto, móvel, heterogêneo e cibernético – típico do Direito em sua globalidade – aplicado às garantias:

“Aberto, no duplo sentido de extensivo e intensivo; extensivo por oposição a pleno: admite questões a ele exteriores, que terão de encontrar saídas; intensivo por oposição a contínuo: compatibiliza-se, no seu interior, com elementos materiais a ele estranhos. Móvel por, no seu seio, não postular proposições hierarquizadas, antes surgindo intermutáveis. Heterogêneo por apresentar: desde coberturas integrais por proposições rígidas até às quebras intra-sistemáticas e às lacunas rebeldes à analogia. Cibernético por atentar nas consequências de decisões que legitime, modificando-se e adaptando-se em função desses elementos periféricos”<sup>301</sup>.

O Direito Português, no atual estado das questões, acerca das cartas de patrocínio, tomando-se *grosso modo* a classificação proposta por Menezes Cor-

<sup>299</sup> Menezes Cordeiro in CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático de sistema na ciência do direito. 3.<sup>a</sup> ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. XIII.

<sup>300</sup> Menezes Cordeiro in CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático de sistema na ciência do direito. 3.<sup>a</sup> ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. CXII.

<sup>301</sup> Menezes Cordeiro in CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático de sistema na ciência do direito. 3.<sup>a</sup> ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. CXII e CXIII.

deiro sobre o abuso do direito<sup>302</sup> e agora adaptada apenas para fins de comparação e explanação, já ultrapassou as fases *pré-científica* (anterior a 1960), *exegético-pontual* (de 1960 até meados de 1990, quando começaram a surgir os primeiros escritos sobre o tema, em terras portuguesas), de implantação (de meados de 1990 até 2010<sup>303</sup>), encontrando-se no meio da fase de expansão e afinamento.

Deve-se evitar, assim, na realização do Direito, ou seja, na aplicação do Direito ao caso concreto, que se obstaculize a vontade das partes, com a recondução da figura e seu regime [*lettere*] a outro que não o da figura e consequente regime previsto e contratado pelas partes, porquanto há a necessidade de

“aquando da realização do Direito, não perder de vista, em estereótipos, a natureza do labor em curso” e não se regredir à época em que “processo da realização do Direito era decomposto em várias operações: a determinação da fonte relevante, a sua interpretação, a integração de eventuais lacunas – admitidas com dificuldade (...) –, a delimitação da matéria de facto resultante, a sua qualificação jurídica e a aplicação”<sup>304</sup>.

É dizer: a doutrina especializada e os tribunais, na resolução do caso concreto, devem proporcionar o *enforcement* da autonomia da vontade das partes e construir um regime jurídico próprio das cartas de conforto lastreado nos princípios da mencionada autonomia da vontade, da tutela do garante<sup>305</sup> e da

<sup>302</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. reimp. Vol. V. Parte geral: legitimidade, representação, prescrição, abuso do direito, colisão de direitos, tutela privada e provas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 242-247 e Litigância de má-fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”. Coimbra: Almedina, 2005, p. 45-49, onde há explicações acerca da nomenclatura de cada fase bem como suas características. Desnecessário enfatizar que a sugestão exposta no texto é apenas uma tentativa de localizar um referencial das cartas de conforto no espaço e tempo, diversamente da classificação realizada por Menezes Cordeiro, verdadeiro e profundo estudo sobre o abuso do direito e sua aplicação em terras portuguesas.

<sup>303</sup> As datas não foram escolhidas aleatoriamente, nem os “momentos” de cada fase, apesar de haver flutuação, *vide* bibliografia e precedentes judiciais portugueses citados nesse ensaio. Antes: procurou-se um marco para assinalar cada fase (primeiros escritos sobre o tema, proliferação de escritos, primeiras decisões judiciais, aumento do número de casos submetidos aos tribunais estatais, permissão ao Poder Público para contratar cartas de conforto, etc.), numa tentativa de demonstrar a evolução e o amadurecimento da literatura especializada e dos operadores do Direito com o tema.

<sup>304</sup> Menezes Cordeiro *in* CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático de sistema na ciência do direito. 3.ª ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. CV e CI, respectivamente.

<sup>305</sup> Para mais desenvolvimentos, conferir CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 191-200.

ponderação bancária que engloba os vetores da (i) prevalência das realidades, (ii) da flexibilidade e (iii) do primeiro entendimento<sup>306</sup>.

Com efeito, acerca de garantias – cujas figuras novas afirmam-se pela negativa: pretender afastar as características próprias das garantias clássicas<sup>307</sup> – há “saltos dogmáticos” e “áreas de sobreposição e zonas em aberto”, não logrando a doutrina – e a jurisprudência – encontrar “classificações que tudo agrupem em termos de racionalidade”, apenas num plano de abstração inservível à efetiva interpretação e aplicação dos institutos em jogo, sendo, mister, assim, trabalhar-se, no tocante às garantias, com “classificações e tipologias”<sup>308</sup>, e desenvolver regimes próprios à cada figura atípica.

Trata-se não apenas de questão de segurança jurídica e de previsibilidade mínima que o Direito deve proporcionar em suas decisões, tudo enquanto sistema jurídico, mas de respeito à autonomia privada.

No que pese opiniões doutrinárias lusitanas em contrário, vê-se com acerto o julgamento abaixo transcrito, em que se firmou entendimento no sentido da diferença entre cartas de conforto e fianças<sup>309</sup>:

“I. As cartas de conforto são missivas dirigidas a uma instituição de crédito, por uma entidade que detém interesses dominantes ou significativos numa terceira entidade; nelas, a subscriptora afirma ou pressupõe conhecer um compromisso assumido ou a assumir pela terceira entidade, perante a destinatária, e conforta ou tranquiliza a instituição de crédito quanto à seriedade da recomendada ou quanto ao

<sup>306</sup> CORDEIRO, António Menezes. O direito bancário privado. Direito Bancário: Actas do Congresso Comemorativo do 150.º aniversário do Banco de Portugal (22-25 de outubro de 1996), Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 15-33. Ver, especialmente, as p. 30-31, donde se colhe a seguinte passagem bastante representativa das idéias que seguem neste ensaio: “(...) *prevalência das realidades*: no dever de informação, como na preparação de certos negócios mais complexos, o banqueiro não vai atender à regularidade formal dos actos: ele descerá à substância económica da situação; *flexibilidade*: o Direito Bancário é fortemente responsivo, no sentido de enfrentar problemas novos, com soluções diferentes; além de promover figuras inteiramente novas – como sucede, por exemplo, com as cartas de conforto – o Direito Bancário consegue, ainda, recuperar, par ao seu campo, os seus fins, figuras clássicas, reescrevendo-as e adaptando-as: pense-se na locação financeira ou na cessão financeira; *primeiro entendimento*: perante acto jurídicos correntes, o Direito Bancário dará primazia ao primeiro entendimento que deles resulte; há como que uma tutela da aparência, em moldes particulares”.

<sup>307</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 164.

<sup>308</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 46-47.

<sup>309</sup> Assim também em SOUSA, Leila Cristiani Correia de Freitas e. O contrato de fiança e os limites ao benefício de ordem. Revista do Instituto Brasileiro de Direito – RIDB (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Ano 3 (2014), n.º 9, p. 7319-7370.

cumprimento dos deveres por ela assumidos ou a assumir. II. Trata-se de garantias atípicas, não reais, que em regra não são acessórias nem funcionam *on first demand*. III. Consoante o teor das cartas, elas serão de conforto fraco, médio ou forte, assim se graduando seus efeitos. IV. As cartas de conforto forte dão lugares a deveres de prestar, constituindo uma simples garantia pessoal atípica, distinta da fiança.” (Ac. RL., de 7.6.2005; CJ, 2005, 3º-92)

## 6.2. *Solidariedade passiva*

Como adiantado quando da análise da distinção da fiança, as cartas de conforto não acarretam solidariedade pelo cumprimento da obrigação entre o garante e o devedor. A solidariedade decorre da lei ou do negócio jurídico (artigo 265). Tipo social que é, a solidariedade às cartas de conforto não poderia decorrer de lei.

Do negócio jurídico também não decorre. Nas cartas de conforto, o confortante assume obrigação *diversa* da obrigação do garantido, as quais variam, em razão do esfumado conteúdo clausulado de cada uma de suas modalidades (fraca, média ou forte), mas em nenhum caso coincidem com a prestação de pagamento ou um *facere* ou outra forma de *dare* direto ao beneficiário (banco).

As prestações decorrentes do confortante são endereçadas, inclusive, à própria interferência ou ingerência sobre o confortado, mesmo no caso das cartas de conforto de conteúdo forte.

É dizer: dado o inadimplemento do devedor, o confortado pode exigir que o garante adimpla a prestação contratada, a qual, pode assumir diversas intensidades de conforto (*rectius*, graus de eficácia) a depender do conteúdo declarativo clausulado na missiva que, em hipótese alguma, é uma obrigação de pagar diretamente ao confortado.

Na solidariedade passiva, o credor (relação externa) pode exigir a prestação integral de qualquer dos devedores (relações internas) e a prestação efetuada por qualquer um deles libera a todos do vínculo *communis*<sup>310</sup>. Portanto, a solidariedade pressupõe, ao menos, a pluralidade de sujeitos em um dos pólos da relação obrigacional.

Ocorre que o credor da obrigação, nas *lettere*, é-o de dois devedores por prestações distintas e autônomas: do garantido, relativa ao financiamento/mútuo, etc.; do garante, de prestação própria que este assume para realizar em face do garantido.

<sup>310</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 755 e 767.

Ademais, sequer há identidade de prestações (*eadem res debita*) e de relação obrigacional entre as devidas pelos garante e garantido, razão pela qual também não se pode falar em solidariedade passiva<sup>311</sup>.

Uma última nótula ainda diz a diferença: a obrigação do garantido é de pagar (prestação de pagamento da dívida); a do confortante assume vários matices, sendo, a mais emblemática, a de indenizar, em caso de inadimplemento de sua própria prestação.

Logo, as cartas de conforto não se confundem com a solidariedade passiva.

### 6.3. *Títulos de crédito e aval*

As cartas de conforto não se confundem com títulos de crédito nem com o aval.

O Direito brasileiro adotou uma teoria híbrida sobre os títulos de crédito: parte reconduz à teoria da criação, parte é inerente à teoria da emissão, com todos os ônus e bônus decorrentes deste amálgama jurídico<sup>312</sup>.

Da definição de título de crédito constante do artigo 887, percebe-se que as cartas de conforto nunca o seriam, até mesmo em face da competência exclusiva da União para editar leis sobre Direito Civil e Comercial e títulos de crédito, assim como é a lei reguladora de cada título de crédito, bem como as Convenções de Genebra (LUG), que determinam todos os requisitos formais e materias para sua validade, sob pena de nulidade<sup>313</sup>.

<sup>311</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada. 12.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2015, p. 757: “(...) pode-se considerar requisito essencial da solidariedade a identidade de prestação, visto só haver obrigação solidária relativamente à prestação (ou parte da prestação) por que responde qualquer dos devedores ou que qualquer dos credores tem a faculdade de exigir, por si só”.

<sup>312</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 2.<sup>o</sup> volume. 25.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373-377: “fundiram-se em nosso direito doutrinas divergentes” e “tal ecletismo foi mantido no Código de 2002”. Veja-se, e.g., que o Código Civil adota a definição de Vivante sobre títulos de crédito: “Artigo 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeitos quando preencha os requisitos da lei”.

<sup>313</sup> BULGARELLI, Waldirio. Títulos de crédito. 17.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Altas, 2001, p. 115-117. Importa atentar, ainda, bem as *cartas de conforto* não se confundem com o que a doutrina brasileira denomina de *letras de favor* ou *títulos de favor*, cuja bibliografia é muito escassa. Os títulos de favor (em França: *effets de complaisance*) diferenciam, ainda, das letras de favor (*lettres de change circulantes, billets de plaisir, papiers fictifs, traite creuses; accomodations bills* ou *kates*, para os ingleses; *cambiale di comodo* ou *lettera con firme de favore*, para os italianos). As letras dos títulos de favor são, segundo Bulgarelli, “negócios com títulos de crédito que não correspondem a efetivas operações comerciais (creditícias em geral), decorrendo de mero ajuste entre as partes de caráter amigável, geralmente de reciprocidade, numa

Com efeito, há ainda um aspecto importantíssimo a destacar: a mandatória característica da literalidade, inerente a todos os títulos de crédito, que se substancia em forma solene e da substância da relação jurídica creditícia à sua validade (ou existência, como preferem alguns autores<sup>314</sup>).

A literalidade traduz o teor do documento (cártula) e tem por função emprestar-lhe liquidez e certeza (e segurança); liquidez, de seu montante; certeza, do direito nele expresso; segurança de sua efetividade<sup>315</sup>.

Para além de outras distinções, é muito improvável, dada a redação propositalmente lassa, frouxa e contraditória das cláusulas das cartas de conforto, que alguma das missivas possa exprimir simultaneamente a liquidez e a certeza da prestação da obrigação.

Caso isto aconteça – o que será raro mesmo nas *lettere forte* – será coincidência: de toda sorte não seria título de crédito, por não decorrer de lei.

Ademais, a forma de (circulação e) cessão dos títulos de crédito é diversa da cessão dos créditos esculpido em contratos (comuns, ou não cambiários)<sup>316</sup>.

Aqueles circulam via endosso e tradição; estes, por cessão da posição contratual ou cessão de crédito instrumentalizada em contrato.

Mais: na cessão de crédito comum, faz-se mister a comunicação do devedor (artigo 290), sob pena de ineficácia, e não vale contra terceiros se não for celebrada por instrumento público ou particular revestido das solenidades previstas nos artigos 288 e 654, §1º.

Com o aval, a carta de conforto não se confunde, posto que aquela garantia pessoal somente pode ser prestada no próprio título de crédito (ou folha de alongamento), não se admitindo sua formalização em documento em separado<sup>317</sup>, ao revés do que ocorre na Alemanha<sup>318</sup>.

espécie de entre ajuda, fazendo um pelo outro (sacando, aceitando, endossando, avalizando) o que o outro faria por ele”. Há reservas quanto à aceitação deste expediente regularmente utilizado nas operações bancárias, tendendo para sua aceitação e licitude – desde que não haja abusos ou simulações – cujo objetivo é “firmar, conceder ou aumentar o crédito de pessoa favorecida”. O detalhe da operação bancária é que não há operação comercial efetiva ou subjacente à emissão, aceitação, endosso ou avalização do título. Mais detalhes na obra mencionada.

<sup>314</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. Instituições de Direito Comercial. 2.ª ed. rev. e aumentada. Vol. II, parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 41.

<sup>315</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. Instituições de Direito Comercial. 2.ª ed. rev. e aumentada. Vol. II, parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 47.

<sup>316</sup> BULGARELLI, Waldirio. Títulos de crédito. 17.ª ed. São Paulo: Altas, 2001, p. 62-63.

<sup>317</sup> ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. Títulos de crédito. 5.ª ed. revista e atualizada, de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 283.

<sup>318</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 2º volume. 25.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434.

E, como assinalado, a carta de conforto não é prestada *no* título de crédito nem em folha de alongamento, mas em missiva *apartada* (com natureza de contrato unilateral).

Aval é garantia típica e exclusiva dos títulos de crédito e/ou cambiários, aposto numa cártula e não possui natureza contratual<sup>319</sup>. Apesar de ser garantia pessoal de pagamento de um título de crédito, o aval é legalmente típico, ao passo que as *lettere* são garantias atípicas e têm natureza contratual.

Por ser o aval “*uma declaração cambiária sucessiva e eventual decorrente de uma manifestação unilateral de vontade, pela qual uma pessoa estranha à relação cartular, ou que nela já figura, assume obrigação cambiária autônoma e incondicional de garantir, total ou parcialmente, no vencimento, o pagamento do título nas condições nele estabelecidas*”<sup>320</sup>, e vigorar o princípio da taxatividade<sup>321</sup> (ou tipicidade fechada<sup>322\_323</sup>) dos títulos de crédito e seu regramento (artigo 22, inciso I da Constituição Federal de 1988 e artigo 887 do Código Civil), aclara-se a distinção entre aval<sup>324</sup> e carta de conforto, ao mesmo passo que a difere dos títulos de crédito.

<sup>319</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 2º volume. 25.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 432-437.

<sup>320</sup> ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. Títulos de crédito. 5.ª ed. revista e atualizada, de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 283.

<sup>321</sup> Ou, no dizer de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.: o princípio da legalidade ou tipicidade consiste “na impossibilidade estabelecida pela Lei, de se emitirem títulos de crédito que não esteja previamente definidos e disciplinados por lei.” ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. Títulos de crédito. 5.ª ed. revista e atualizada, de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 72.

<sup>322</sup> BOITEUX, Fernando Netto. Títulos de crédito (em conformidade com o Novo Código Civil). São Paulo: Dialética, 2002, p. 26-28. Na esteia da boa doutrina, o autor afirma categoricamente que é vedado às partes criarem títulos de crédito atípicos, integrantes de quaisquer classificações (títulos de crédito, cambiários/cambiariformes, representativos de mercadorias, de participação, de legitimação, etc.), mesmo à luz do artigo 903 do Código Civil vigente, posto que esta norma limita-se a títulos de crédito que vierem a ser criados por lei especial e cujo regime jurídico não tenha sido previsto nela. Assim também: BULGARELLI, Waldirio. Títulos de crédito. 17.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 73-74.

<sup>323</sup> No mesmo sentido da nota anterior, conferir COSTA, Wille Duarte. Títulos de crédito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-27.

<sup>324</sup> Impende destacar que o Código Civil brasileiro rompeu com uma longa tradição legal, ao exigir, também para o aval, a outorga uxória ou autorização do cônjuge, característica típica da fiança. Nesse sentido, andou mal o legislador: “Artigo 1.647. Ressalvado o disposto no artigo 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...) III – prestar fiança ou aval; (...)”; “Artigo 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la”; e “Artigo 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (artigo 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. (...)”. Neste sentido, destaca-se o Enunciado de n.º 332 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ: “A

Tirante os títulos de crédito, contratos não podem ser objetos de aval – por não serem títulos no sentido cambiário. Ao revés, cartas de conforto não devem garantir títulos de crédito, não só porque melhor o faz o aval – com regramento próprio e específico – mas, sobretudo, pela ausência de interesse do *confortante* assumir a obrigação autônoma de principal pagador, o que descaracterizaria completamente a utilização do instituto em tela.

#### 6.4. *Garantia (bancária<sup>325</sup>) autônoma*

As garantias autônomas, também designadas garantias autônomas bancárias, tributárias à criação de Stammler<sup>326</sup> nos fins do século XIX – sob o nome de *Garantievertrag*, sob o pálio da liberdade contratual tão caro às garantias atípicas<sup>327</sup>,

fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”. (Súmula 332, Corte Especial, j. em 05/03/2008, DJe 13/03/2008).

<sup>325</sup> Inocêncio Galvão Telles considera que as garantias bancárias são, somente, as prestadas por bancos. TELLES, Inocêncio Galvão. *Garantia bancária autônoma: estudo e parecer*. [s.n.], 1988. Separata da Revista “O Direito”, ano 120, 1988, III-IV, p. 278. Menezes Cordeiro, modificando seu entendimento esposado nas obras *Manual de Direito Bancário*. 4.<sup>a</sup> ed. Reimpressão. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 757-770 e *Manual de Direito Bancário*. 5.<sup>a</sup> ed. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 826-841, enquadra-as como garantias *bancárias* autônomas (gba), ou seja, somente é permitida a sua emissão por bancos (instituições de crédito ou financeiras), em razão da especial perigosidade da garantia autônoma e por ela se assemelhar a um pagamento em dinheiro. A advertência quanto a severidade da garantia, contudo, já constava das outras obras. *Vide*, Tratado de direito civil. 10.<sup>o</sup> vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 527, 539-540 e 550.

<sup>326</sup> *Vide* Menezes Cordeiro acerca das devidas considerações sobre esta atribuição: Stammler logrou o mérito de *refundar-la*, mas que, de certa forma, já eram conhecidas e utilizadas em Roma. Tratado de direito civil. 10.<sup>o</sup> vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 527-533.

<sup>327</sup> Em alguns países, hodiernamente, já houve a tipicização legal das garantias (bancárias) autônomas. Em Portugal, num primeiro momento, a lei a ela se referida expressamente (artigo 4/1, “c”, do Decreto-Lei n.º 69/2004, acerca do papel comercial); em momento posterior, uma reforma legislativa suprimiu a expressão “bancária autônoma”, referindo apenas “garantia” (Decreto-Lei n.º 20/2014). Mais informações em CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Bancário*. 4.<sup>a</sup> ed. Reimpressão. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 762 (sem menção à alteração legislativa); *Manual de Direito Bancário*. 5.<sup>a</sup> ed. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 833; Tratado de direito civil. 10.<sup>o</sup> vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 549. Em França, o artigo 2.321 do *Code*, após a reforma de 2006, também prevê a figura. Ver, por todos, Tratado de direito civil. 10.<sup>o</sup> vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 535.

*O Direito* 149.<sup>o</sup> (2017), III, 689-733

constituem-se em contratos unilaterais<sup>328</sup> (criam obrigações apenas para o garante<sup>329</sup>) e possuem definição relativamente uniforme: é a garantia pela qual um banco presta-a e obriga-se a pagar ao beneficiário determinada quantia em dinheiro<sup>330</sup>, no caso tanto de má execução do contrato (contrato-base) quanto na hipótese de inexecução, sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesas relacionados com o mesmo contrato<sup>331</sup>.

A estrutura das garantias autônomas é triangular, eis que há:

“uma *relação de cobertura*, entre o garantido, dador da ordem, e o garante, no âmbito da qual este se compromete, normalmente mediante remuneração<sup>332</sup>, a prestar a garantia; uma relação de atribuição, entre o dador da ordem e o beneficiário da garantia, que justifica a sua concessão, e finalmente, uma *relação de execução*, entre o garante e o beneficiário da garantia, que consiste precisamente na prestação da garantia”<sup>333</sup>.

Na doutrina portuguesa, avultam significativamente mais estudos específicos sobre o tema do que mesmo sobre fianças e cartas de conforto<sup>334</sup>, dado o caráter forte, energético e útil de sua utilização como instrumento ou função de minimizar significativamente os riscos que podem surgir ao beneficiário e sua semelhança ao pagamento em dinheiro e, ainda, à (quase) impossibilidade de apresentação de oposição ao pagamento.

<sup>328</sup> *Contra*, CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 563, ao admitir a contratação, *também*, por ato unilateral, opinião idêntica a que o autor possui sobre a fiança, em Portugal. Parece que estas opiniões são isoladas da doutrina majoritária.

<sup>329</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Garantia bancária autônoma: estudo e parecer. [s.n.], 1988. Separata da Revista “O Direito”, ano 120, 1988, III-IV, p. 287.

<sup>330</sup> “A obrigação do garante autónomo (...) é sempre uma obrigação de pagamento de *dinheiro*, mesmo quando a obrigação garantida não seja uma obrigação pecuniária mas de prestação de facto (...) ou de prestação de coisa que não espécies monetárias. Não versando a obrigação garantida sobre dinheiro, o garante responsabiliza-se apenas pela *indenização* resultante do incumprimento e não pelo cumprimento específico”. (itálicos no original) TELLES, Inocêncio Galvão. Garantia bancária autônoma: estudo e parecer. [s.n.], 1988. Separata da Revista “O Direito”, ano 120, 1988, III-IV, p. 288.

<sup>331</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Garantia bancária autônoma: estudo e parecer. [s.n.], 1988. Separata da Revista “O Direito”, ano 120, 1988, III-IV, p. 283.

<sup>332</sup> Este é outro dado diferenciador entre as garantias autônomas e as cartas de conforto: aquelas são, regra geral, remuneradas, estas, gratuitas.

<sup>333</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. Vol. II. 9.ª ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 328.

<sup>334</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 545.

Diz-se autônomas<sup>335-336</sup>, pois ao garante não é dado opôr ao beneficiário quaisquer defesas inerentes à relação contratual subjacente (contrato-base), de forma que as vicissitudes deste não inquinam a obrigação assumida.

Em regra, somente são oponíveis à paralisação ou recusa do pagamento da garantia as próprias hipóteses descritas no contrato de garantia autônoma bancária, ou situações típicas de abuso do direito ou alguma causa de extinção da obrigação (prescrição, compensação, etc.), de forma que a defesa do banco é reduzidíssima<sup>337-338-339-340</sup>. Afinal, aplica-se fortemente a cláusula *solve*

<sup>335</sup> “Daqui resulta que o garante autônomo ou independente, ao contrário do fiador, não é admitido a opor ao beneficiário as exceções de que se pode prevalecer o garantido”, além de “no caso da *garantia autônoma*, o garante não se obriga a satisfazer uma dívida alheia. Ele assegura ao beneficiário determinado *resultado*, o recebimento de certa quantia em dinheiro, e terá de proporcionar-lhe esse resultado (...)”. (itálicos no original) TELLES, Inocêncio Galvão. *Garantia bancária autônoma: estudo e parecer*. [s.n.], 1988. Separata da Revista “O Direito”, ano 120, 1988, III-IV, p. 285.

<sup>336</sup> *Vide* os seguintes precedentes portugueses sobre a questão da autonomia e da automaticidade: RCb 27.01.2004, Rel. Távora Victor (distingue garantia autônoma automática (*on first demand*) e a não automática, que exige a prova do incumprimento por parte do devedor garantido); e no proc. 5063/11, RPt 03.04.2014, Rel. Ana Lucinda Cabral, decidiu-se que na garantia autônoma o garante responsabiliza-se, perante o credor, pelo cumprimento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento de uma obrigação alheia, razão pela qual é autônoma.

<sup>337</sup> “(...) *admite-se a permeabilidade da segurança às exigências da justiça nos casos excepcionais de excussão manifestamente abusiva ou fraudulenta da garantia, hipóteses em que se imputa ao garante conhecedor da situação dever bloquear ou paralisar a garantia e recusar o pagamento para evitar uma iniquidade (fraus omnia corrumpit)*”. SILVA, João Calvão da. *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 343. Sobre requisitos exigidos pela doutrina e, em especial, pela jurisprudência para paralisação do pagamento e meios de sobrestá-lo, ver, na mesma obra, p. 343-346 (abuso do direito, fraude, *exceptio dolis* e utilização do procedimento cautelar, com as dificuldades inerentes à prova líquida, prova qualificada, segura e inequívoca da conduta fraudulenta ou abuso do credor, em suporte documental; etc.).

<sup>338</sup> *Ad exemplum* os seguintes precedentes dos tribunais portugueses: STJ 14.10.2004, Rel. Araújo Barros, aduz que a boa fé, perante prova evidente de abuso ou fraude manifesta, pode deter [paralisar] uma garantia autônoma *on first demand*; RLx 15.12.2005, Rel. Arnaldo Silva, a garantia autônoma não elimina o risco de ser exigida a prova dos seus pressupostos; STJ 06.03.2014, proc. 20900/01, Rel. Silva Gonçalves, consta que na garantia bancária *on first demand*, o garante deve pagar quando interpelado pelo credor, sem poder opor qualquer exceção; mas, há limites: o garante deve recusar o pagamento se houver provar a manifesta improcedência do pedido ou se provar que o beneficiário agiu em situação líquida e inequívoca de má-fé; RGM 19.03.2013, proc. 5231/11, Rel. Filipe Carço, decidiu-se que somente em circunstâncias especiais, como violação ao princípio da boa-fé, a fraude ou abuso do direito justificam a suspensão da eficácia da garantia autônoma *on first demand*.

<sup>339</sup> Sobre meios de defesa, ver CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 10.º vol. *Direito das obrigações: garantias*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 565-571.

<sup>340</sup> BASTOS, Miguel Brito. *A concessão de garantias pessoais pelo Estado e por outras pessoas colectivas*. I. Breve estudo sobre o regime da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro, parte II. Revista

*et repetit*<sup>341</sup>, pela qual primeiro se paga para, depois, eventualmente se litigar: prevalecem os fatores segurança e adimplimento sobre eventuais questões quanto ao cumprimento da obrigação.

As garantias autônomas surgem como uma espécie de sucedâneo do depósito em dinheiro ou valores<sup>342</sup> ou, mais precisamente, do pagamento efetivo em favor do garantido, e subdividem-se em (i) autônoma, conforme acima explicitado e (ii) automática ou *on first demand* (*rectius*, única solicitação<sup>343</sup>, pois não há *segunda*), porque o banco deve pagar o valor tão logo lhe seja exigido<sup>344</sup> (aspecto que faz da “referida cláusula de autonomização um poderoso meio de coerção ao cumprimento das obrigações contratuais”<sup>345</sup>).

As garantias bancárias autônomas surgem no espaço das grandes contratações de empréstimos internacionais, da realização de obras de grande porte, no *project finance*, como meios de minimizar extremamente os riscos das operações.

Tudo visto, as garantias (bancárias) autônomas não se confundem com as *lettere*<sup>346</sup>: a função da garantia (bancária) autônoma – para além da existência do requerimento à única solicitação, não presente nas cartas de conforto – é ser um pagamento em dinheiro (prestação objeto da obrigação é um *dare* na modalidade de pagamento), ao passo que no *patronage* a obrigação sucedânea é o dever de indenizar.

de Finanças Públicas e Direito Fiscal, n.º 04 (2009), p. 277-303. O autor analisa algumas hipóteses constantes do contrato de garantia acerca de situações que permitem a recusa do pagamento, onde conclui (p. 303): “Não sendo a convenção de pagamento eficaz, ou sendo o crédito através dela atribuído ao beneficiário exercício de modo abusivo, será lícita a recusa da prestação pelo garante, não dependendo essa ilicitude de qualquer elemento subjectivo, quer referente ao beneficiário, quer referente ao garante”.

<sup>341</sup> LÓPEZ, Ricardo Sandoval. Las garantías a primer requerimiento. Situación en el Derecho chileno. Revista: n.º 198, año LXIII (Jul-Dic, 1995), p. 68. O trabalho trata sobre *boleta bancaria* no Direito chileno e oferece uma visão interessante sobre as garantias autônomas naquele país.

<sup>342</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Garantia bancária autônoma: estudo e parecer. [s.n.], 1988. Separata da Revista “O Direito”, ano 120, 1988, III-IV, p. 282.

<sup>343</sup> No mesmo sentido, Manual de Direito Bancário. 4.ª ed. Reimpressão. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 763; Manual de Direito Bancário. 5.ª ed. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 833.

<sup>344</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Garantia bancária autônoma: estudo e parecer. [s.n.], 1988. Separata da Revista “O Direito”, ano 120, 1988, III-IV, p. 281.

<sup>345</sup> SILVA, João Calvão da. Estudos de Direito Comercial (Pareceres). Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 341 (itálicos no original).

<sup>346</sup> *Contra*, ao afirmar que as cartas de conforto podem assumir diversas formas de garantia, inclusive de garantias bancárias autônomas, tudo a ser elucidado somente no caso concreto. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 557.

Ainda: as *lettere* possuem conteúdo declarativo esfumado, ambíguo e vago; nas garantias autônomas, a linguagem é direta, precisa e seca<sup>347</sup>.

### 6.5. *Promessa de fato de terceiro*

Calvão da Silva, ao analisar alguns declarações de *lettere*, afirma que, regra geral, não se estará diante de uma *promessa de fato de terceiro*<sup>348,349</sup>, eis que o garante assume obrigação de fato próprio, mas, num determinado exemplo por ele aventado, elucubra que poderá haver coincidência (dir-se-ia *sobreposição*, como já asseverado nesse estudo sobre zonas cinzentas entre garantias e instrumentos jurídicos utilizados como garantia em sentido amplo): “a patrocinada pagará a dívida a confortada e, em caso de incumprimento, disponibilizaremos à participada os fundos necessários para o pagamento da mesma”<sup>350-351</sup>.

Além de vaticinar pelo cariz *forte* da carta, Calvão da Silva assevera que ao prometer um resultado – “pagamento da dívida pelo patrocinado” – o garante assumiu uma *consequência* final prometida (“colocação de fundos à disposição da sociedade participada, uma obrigação de dar”) para arrematar:

“trata-se de uma promessa de facto de terceiro – o reembolso do crédito pela patrocinada –, pois o patrocinante não promete sub-rogar-se ao devedor para pagar directamente ao credor, em caso de incumprimento – o que seria uma fiança. Por isso mesmo, o Banco não tem o poder de exigir directamente ao *patronus*. Mas se

<sup>347</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 557.

<sup>348</sup> “Artigo 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.”

<sup>349</sup> Talvez porque a promessa de fato de terceiro não seja uma figura legalmente típica em Portugal, como afirma André Navarro de Noronha, Calvão da Silva faça esta equiparação, o que, de toda forma, não poderia ocorrer no Brasil, como será visto. NORONHA, André Navarro de. As cartas de conforto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 87.

<sup>350</sup> SILVA, João Calvão da. Mandato de crédito e carta de conforto. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 263.

<sup>351</sup> Também assim em outra obra do mesmo autor: SILVA, João Calvão da. Estudos de Direito Comercial (Pareceres). Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 392. Em ambos os textos, o autor parece negar a possibilidade de subrogação. Como exposto nesse ensaio, crê-se ser possível, sim, a subrogação do garante no crédito do banco a ser cobrado do devedor, ao menos consoante o ordenamento jurídico brasileiro.

o devedor não cumprir, a instituição financeira goza do direito de indemnização pelos danos sofridos contra o patrocinante (...)<sup>352</sup>.

Há alguns reparos a fazer no troço colhido, ao menos à luz do Direito brasileiro. O fato de não haver “promessa de sub-rogação” e, portanto, se houvesse, estar-se-ia perante uma fiança, não convence, pelos motivos já expostos no tópico 6.1, *supra*, daí a importância de traçar um regime próprio para as *lettere*, colhendo-se dados apresentados no sistema móvel e aberto aptos a solucionar o problema no caso concreto.

A questão da sub-rogação pode ser convenientemente resolvida pelas regras do pagamento com sub-rogação legal (artigo 346, inciso I) ou pelas disposições do pagamento com sub-rogação convencional (artigos 347, incisos I ou II, a depender do caso concreto)<sup>353</sup>. Não é a possibilidade, ou não, de sub-rogação que traçará o regime ou determinará a natureza jurídica da carta de conforto.

De outra banda, inclusive na dicção de Calvão da Silva, sempre que o garante incorrer em inadimplemento, o regime será o da responsabilidade civil para indenização do banco (se prejuízos houver)<sup>354</sup>. Portanto, nada de novo e, aliás, esta é a regra nos casos da promessa de fato de terceiro em hipótese de incumprimento (artigo 439).

No ponto, revela-se a incongruência da lição de Calvão da Silva: a equiparação *por vezes* da carta de conforto à promessa de fato de terceiro.

Somente seria possível – e num grande plano de abstração, afastando-se do que rotineiramente ocorre na prática e já salientado tantas vezes alhures nesse ensaio – que houvesse coincidência (sim, coincidência, por ser algo pontual, causístico e residual, e não causar relação de implicação ou equivalência) se o

<sup>352</sup> SILVA, João Calvão da. Mandato de crédito e carta de conforto. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 263-264.

<sup>353</sup> Caso a confortante pague a dívida e exija do garantido e o credor expressamente lhe transfira todos os seus direitos, em razão de uma negociação havida, por exemplo pelas partes quando do pagamento, aplica-se o artigo 347, inciso I. Caso a patrocinante, como no exemplo de Calvão da Silva, forneça o crédito à patrocinada para pagamento direta ao garantido (banco), aplica-se o artigo 347, inciso II: “Artigo 347. A sub-rogação é convencional: I – quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos; II – quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito”. Portanto, a sub-rogação nada tem a ver com o regime da fiança: decorre, antes, do regime geral do pagamento das obrigações.

<sup>354</sup> SILVA, João Calvão da. Estudos de Direito Comercial (Pareceres). Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, e Mandato de crédito e carta de conforto. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: Direito Bancário, p. 245-264.

banco liberasse o crédito e *não* houvesse contratação pela garantida, por qualquer motivo, eis que, à luz do artigo 440 do Código Civil:

“Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação”<sup>355</sup>.

Portanto, havendo liberação do valor emprestado ou financiado, a carta de conforto não poderia assumir a feição de contrato de promessa em favor de terceiro, eis que o terceiro já teria se obrigado em nome próprio, restando liberado o promitente de qualquer vínculo obrigacional. Ademais, a promessa de fato de terceiro é contrato principal<sup>356-357</sup> – no sentido de não acessório, como a fiança, *e.g.* – e, assim, assumida a obrigação do terceiro (garantido), o promitente (garante) ficaria liberado da relação obrigacional anteriormente assumida.

Logo, por assumir obrigação própria, constante numa prestação de fato próprio, a carta de conforto com a promessa de fato de terceiro não se confunde<sup>358</sup>.

<sup>355</sup> Anota, com razão, Carlos Roberto Gonçalves: “o dispositivo supratranscrito afirma um truísmo, pois cogita de uma promessa de fato de terceiro que, uma vez ultimada, foi por este ratificada, com sua concordância. Ora, “assumindo a obrigação, o terceiro passou a ser o principal devedor. A assunção da obrigação pelo terceiro libera o promitente”. GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-129.

<sup>356</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

<sup>357</sup> “O único vinculado é o que promete, assumindo obrigação de fazer que, não sendo executada, resolve-se em perdas e danos. Isto porque ninguém pode vincular terceiro a uma obrigação. As obrigações têm como fonte somente a própria manifestação da vontade do devedor, a lei ou eventual ato ilícito por ele praticado”. GONÇALVES, Carlos Roberto. Vol. III. Contratos e atos unilaterais. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

<sup>358</sup> Para um estudo atualizado acerca da evolução do posicionamento (doutrinário e especialmente jurisprudencial dos tribunais italianos sobre a natureza jurídica e regime das *lettere di patronage* (promessa de fato de terceiro, fiança, figura atípica de características próprias, etc.; responsabilidade extracontratual ou contratual), *vide* o trabalho de PERCHIUNNO, Maria Colomba. Il danno da lesione dell'affidamento suscitato dalla lettera di patronage. In. Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale. GALGANO, Francesco (Diretti). Anno XXII. n.º 3 (maggio-giugno 2006). Padova: CEDAM, 2006, p. 611-625. Ao que parece, atualmente prevalece na jurisprudência italiana a autonomia das cartas de conforto ante outras modalidades típicas e atípicas de garantia, cuja divisão predominante é *debole* ou *forte (impegnativo)*, que poderá gerar, no primeiro caso, responsabilidade civil extracontratual e no segundo a responsabilidade civil contratual, dado que nesta há verdadeiro contrato unilateral, ao passo que naquela há “promessa unilateral atípica de fato próprio”. Ver, especificamente, p. 618-622 da obra citada.

## 7. Classificação sistemática proposta: introdução e razão de ordem

“(…) III. Consoante o teor das cartas, elas serão de conforto fraco, médio ou forte, assim se graduando seus efeitos. IV. As cartas de conforto forte dão lugares a deveres de prestar, constituindo uma simples garantia pessoal atípica, distinta da fiança.” (Ac. RL., de 7.6.2005; CJ, 2005, 3º-92)

“(…) III. As cartas de conforto servem genericamente para facilitar o financiamento a entidade pouco conhecida ou com pouco crédito no mercado e *podem qualificar-se em vários tipos que se distinguem pelo nível de vinculação do emitente – v.g. cartas de conforto fraco, cartas de conforto médio e cartas de conforto forte.(…)*”. (Ac. TRLisboa, Proc. n. 245/13.3TVLSB.L1-6, Rel. António Martins, j. 05/12/2013) (itálicos acrescidos)

Da interpretação do esfumado conteúdo (teor) das declarações das cartas de patrocínio, é possível proceder a distintas classificações que ajudarão a encaixilhar as cartas de conforto em determinada tipologia e, assim, reconduzi-las dogmaticamente<sup>359</sup> a um grupo de cujos efeitos se poderá falar em termos de regime.

Várias são as classificações, ou modalidades-tipo, das cartas de conforto: todas, contudo, possuem o traço comum de compilá-las, *com grandes flutuações*, no conteúdo declarativo clausulado nas missivas.

Das propostas encontradas em doutrina internacional e, em especial, da portuguesa, duas sobressaem<sup>360</sup>: (i) a classificação tripartite em cartas de con-

<sup>359</sup> Por dogmática entenda-se a “generalização simplificada que faculte a transmissão de conhecimentos crescentemente complexos”. Menezes Cordeiro *in* CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático de sistema na ciência do direito. 3.ª ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. LXVIII.

<sup>360</sup> Pugnando por outra classificação, no direito espanhol (promessa de hecho ajeno; mandato de crédito; y obligación de medios o de resultados), conferir SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. Las cartas de patrocínio. In: SEQUEIRA, Adolfo; GADEA, Enrique; SACRISTÁN, Fernando (Dir.). La contratación Bancaria. Madrid: Dykinson, 2007, p. 1.162. Em Itália, encontra-se majoritariamente a distinção em *deboli e forti*. Conferir NICOLA, Soldari. Le lettere di “patronage” nella prassi bancaria. VentiquattroteAvvocatoilsolo24ore. n. 9, Settembre, 2008. p. 49.

forto fraco, médio ou forte<sup>361</sup> e (ii) a dicotômica: fraca ou forte<sup>362-363</sup>. Autores há que reputam desnecessária qualquer classificação<sup>364</sup>.

Relembre-se que se está diante de *tentativas* de classificações tipológicas de um tipo social, localizado num sistema jurídico aberto e móvel, cuja própria definição técnico-jurídica não é possível senão por uma análise fático-descritiva da figura, devendo-se evitar a rigidez de classificações em regras formais, típicas de um formalismo positivista-legalista<sup>365</sup> que não consegue acompanhar as

<sup>361</sup> Em especial, conferir Menezes Cordeiro: CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 69-74; *Manual de Direito Bancário*. 4.ª ed. Reimpressão. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 776-781; *Manual de Direito Bancário*. 5.ª ed. rev. actualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 847-851; e *Tratado de direito civil*. 10.º vol. *Direito das obrigações: garantias*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 582-592; e MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento: estudo teórico-prático*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 62; VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p. 150-156 e *As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto*. *Revista Electrónica de Direito*. n.º 1 (fev. 2014). Disponível em: [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), p. 9-14.

<sup>362</sup> SILVA, João Calvão da. *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 378-394 (que por vezes refere um conteúdo *warm*) e NORONHA, André Navarro de. *As cartas de conforto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 152-159.

<sup>363</sup> Há, outrossim, uma classificação entre conforto interno, externo ou ao público em geral (ou *ad incertas personas*). Tal classificação não será abordada porquanto ou já o foi *indiretamente* quando da distinção com outras figuras típicas ou atípicas ou porque se referenciou oportunamente que as cartas de conforto modernamente não têm sua utilização limitada a grupos societários ou ao Direito bancário (ainda que estes campos sejam, majoritariamente, os de desenvolvimento e expansão das *lettere*). Por todos, vide CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 10.º vol. *Direito das obrigações: garantias*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 584-585.

<sup>364</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III; Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. 2.ª ed. 3.º vol. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2013, p. 229: “Nada se justificada (...) a classificação que distingue as cartas de conforto em fracas, médias e fortes, porque cada uma delas dispõe do efeito correspondente ao seu significado, tal como sucede com a generalidade das declarações negociais”.

<sup>365</sup> “Repetidamente afirmado como forma, o Direito poderia, afinal, apreender-se e desenvolver-se através de quadros mentais disponíveis, num apriorismo teorético típico idealismo. (...) A tendência, ainda hoje flagrante, de difundir exposições jurídicas pejadas de definições abstractas e de conexões amparadas apenas nos conceitos definidores de que provêm, ilustra, de modo eloquente, a implantação profunda do formalismo jurídico. (...) [o primeiro óbice refere] A sua configuração apresenta-se, pelo menos no actual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais. O segundo obstáculo reside na incapacidade do formalismo perante a riqueza dos casos concretos. Na verdade, todas as construções formais assentam num discurso de grande abstracção e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições”. Menezes Cordeiro na *Introdução à obra de Canaris*. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático de sistema*

céleres evoluções do Direito moderno e sistemático (“dogmatismo puramente sistemático e formalizante”<sup>366</sup>).

Neste sentido, além de flutuações, há zonas de sombreamento ou sobreposição entre as declarações, o que não deve assustar o intérprete-aplicador do Direito, eis que, tais situações, são inerentes, insista-se, a um sistema móvel e aberto, não dotado de hierarquia.

Portanto, verifica-se que um *olhar positivista-legalista* é incompatível com a moderna Ciência Jurídica do Direito e seus novos institutos, eis que

“o positivismo não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações: estas realidades, cada vez mais difundidas e utilizadas nos diversos setores do ordenamento, carecem, na verdade, de um tratamento que, por vezes, tem muito em comum com a integração das lacunas. E tal como nesta, também naquelas o *jus positum* pode não oferecer soluções operativas: o positivismo cairá, então, no arbítrio do julgador”<sup>367</sup>.

Daí o porquê da adoção da metodologia que se afigurou mais adequada para este ensaio – e à compreensão da figura e seus contornos –: primeiro, contextualizou-se as *lettere* no cenário bancário e dos grupos de sociedades, como decorrência da internacionalização destes ramos jurídicos (origem histórico-jurídica e criatividade comercial).

Depois se procedeu à análise da terminologia fático-descritiva das cartas e à identificação da fonte *jurídica* delas (trabalhando-se a juridicidade e sua distinção da *exigibilidade*), sua função de garantia, sua estrutura e natureza jurídicas, passando pela distinção do objeto deste ensaio com outras figuras típicas ou atípicas com funções de garantias (própria ou imprópria).

Chega-se ao momento de propor uma classificação suficiente às cartas de conforto de acordo com o teor das declarações para, ao final, investigar, os seus múltiplos conteúdos declarativos clausulados, o regime em caso de incumprimento, que exurgirá da interpretação conteudística das cartas.

Este *iter*, por mais que tenha alguns pontos de encontro com um certo formalismo jurídico (mas não no sentido “positivo-legalista”), dele se distancia na

na ciência do direito. 3.<sup>a</sup> ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. XII-XIII e XIV e XV.

<sup>366</sup> NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. I. 1.<sup>a</sup> ed. reimpressão. Coimbra: Wolkers Kluwer Portugal, 2010, p. 10.

<sup>367</sup> Menezes Cordeiro na Introdução à obra de Canaris. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático de sistema na ciência do direito*. 3.<sup>a</sup> ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. XII.

metodologia adotada e de proposições realizadas, dentro de um sistema móvel e aberto, insista-se.

Com efeito, parece adequada a tipologia das cartas em fraca, média ou forte, entendidas estas qualificações como *grau de intensidade da eficácia*<sup>368-369</sup> proporcionado pela garantia, e não simplesmente pela intensidade do conforto.

### **7.1. Tipologias relativas ao grau de eficácia do conteúdo declarativo clausulado: fraca, média e forte**

A jurisprudência portuguesa<sup>370</sup> tem adotado a tipologia classificatória proposta por Menezes Cordeiro, eis que permite uma análise mais pormenorizada e específica de cada espécie, ou modalidade, do *patronage* tomado pelo conteúdo

<sup>368</sup> “Todas elas têm eficácia jurídica, embora variável”. CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 41.

<sup>369</sup> “(...) as cartas de conforto caracterizam-se por postularem várias modalidades, com uma acentuada graduação no tocante a efeitos. Designadamente, elas podem implicar diversos graus de esforço (...)”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 10.º vol. *Direito das obrigações: garantias*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 851.

<sup>370</sup> “(...) II. O valor das cartas de conforto depende das declarações feitas por quem as subscreve situando a questão do carácter vinculativo e do âmbito da vinculação no domínio da interpretação ou integração negocial. III. As cartas de conforto servem genericamente para facilitar o financiamento a entidade pouco conhecida ou com pouco crédito no mercado e *podem qualificar-se em vários tipos que se distinguem pelo nível de vinculação do emitente – v.g. cartas de conforto fraco, cartas de conforto médio e cartas de conforto forte*. IV. As cartas de conforto forte surgem como “uma fiança dissimulada” enquanto as cartas de conforto fraco se caracterizam pelo assumir de um dever genérico de diligência e as cartas de conforto médio pela assunção de uma obrigação de meios, isto é, um dever de desenvolver esforços para levar o beneficiário do financiamento a cumprir perante o banco. V. As “garantias” resultantes dependerão do tipo de “carta conforto” que é emitida, pois se todo o tipo de cartas conforto têm em regra uma parte informativa, em que se dá conta da política geral do grupo económico em causa e da relação de participação existente entre o emitente da carta e a sociedade participada interessada no financiamento, apenas nas cartas de conforto forte é que o emitente assume uma obrigação de resultado. VI. Recorrendo à origem história (“prática financeira norte-americana”) e à razão de ser (“valor predominante moral ou de confiança”) das cartas de conforto, nomeadamente o seu carácter oculto e as suas frequentes vantagens fiscais, em contraponto com a fiança, sai reforçada a razão de ser e a importância da interpretação da declaração negocial da carta conforto. VII. A entidade bancária destinatária de uma carta conforto, melhor do que qualquer destinatário médio e normal, tem obrigação de saber que uma carta conforto forte, constitutiva de uma obrigação de resultado, não pode oferecer dúvidas sobre o seu sentido.” (Ac. TRLisboa, Proc. n. 245/13.3TVLSB.L1-6, Rel. António Martins, j. 05/12/2013). No mesmo sentido e já referido alhures: Ac. R.L., de 7.6.2005; CJ, 2005, 3º-92. Discorda-se, como já registado, da equiparação das cartas à fiança, sob qualquer argumento ou fundamento, como equivocadamente aduzido no primeiro precedente.

(teor<sup>371</sup>) desta figura não-unitária, num interessante redução dogmática, uma vez que o *regime*

“das cartas de conforto depende, naturalmente, do tipo fraco, médio ou forte da carta considerada”<sup>372</sup>.

A *tipologia* (ou classificação) adotada neste ensaio, cujas declarações exemplificativas, adiante abordadas, não necessária ou mandatoriamente encontraram consenso na doutrina (relembre-se: há flutuações<sup>373</sup>, zonas de sobreamento e/ou sobreposições, a depender da classificação de cada jurista) propõe-se a melhor estudá-las.

A tipificação proposta dá-se por via *compreensiva*, ou seja, no arrumar as cartas de conforto em função do seu teor global e atém-se, tão somente, ao teor das cartas, não ao aspecto sócio-econômico<sup>374</sup>.

Eis a tipologia (classificação) das cartas de conforto: (i) *Fracas* (ou *deboli* ou *cold*): são as *lettere* que possuem declarações emitidas pelo confortante acerca de

<sup>371</sup> Outra classificação diz respeito não ao conteúdo das missivas (via compreensiva), mas à ponderação dentro das mais diversas cartas, de que tipos de declaração podem-na integrar (via analítica). Adota-se, pois, a primeira neste trabalho, destacando-se que, ambas são úteis e, inclusive, podem se interconectar. Eventualmente, abordar-se-á a *lettere* pela via analítica, porquanto tal distinção não é excludente. CORDEIRO, António Menezes. Das Cartas de Conforto no Direito Bancário. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 69 e 37-42.

<sup>372</sup> CORDEIRO, António Menezes. Manual de Direito Bancário. 4.<sup>a</sup> ed. Reimpressão. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 778; Manual de Direito Bancário. 5.<sup>a</sup> ed. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 849.

<sup>373</sup> “La radical atipicidade de la CP [Carta de Patrocinio] impide establecer una lista cerrada de sus posibles contenidos, aunque, básicamente, se agrupan en constataciones de hechos y en declaraciones de voluntad”. ALVÁREZ, Manuel María Sánchez. Las cartas de patrocinio. in La contratación bancaria (SEQUEIRA, Adolfo. GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando) (Dirección). Marid: Editorial Dykinson, S.L, 2007, p. 1.164. Às páginas 1.164-1.165, o autor, à semelhança de Menezes Leitão (*vide* nota adiante), elenca uma compilação de declarações conhecidas no Direito espanhol, bastante próxima da usada em Portugal. O autor admite a distinção das cartas de patrocínio em *débiles* e *fuertes*, mas sugere uma classificação analítica de grande extensão (ob., cit., p. 1.166-1.168).

<sup>374</sup> Poucos autores mencionam a diferença entre tipificação *compreensiva* e *analítica*. Acerca da via compreensiva e da classificação apenas pelo teor (conteúdo), veja-se CORDEIRO, António Menezes. Das Cartas de Conforto no Direito Bancário. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 69-70: “Que fique bem claro assentar esta classificação, *apenas*, no teor das cartas. Em termos económicos e sociais, pode valer muito mais um *conforto fraco* concedido por uma entidade solvente e que, *in concreto*, tenha boas razões para salvar a empresa patrocinada, do que um *conforte forte* duma entidade insolvente ou, muito simplesmente, duma entidade que, por razões empresariais, entenda deixar cair a participada”. Diz-se *compreensiva*, forte naquele autor, a “arrumação das cartas de conforto em função do seu *teor global*” (ob., cit., p. 69) (itálicos acrescidos).

declaração de participação societária – controle de fato ou de direito; grupo de fato ou de direito – com a devedora e aduz haver certa estabilidade na relação; conhecimento do crédito; sobre a *policy* do grupo e outras informações genéricas e que envolvem um dever de diligência. Prestam-se informações sobre fatos ou são assumidas obrigações não relacionadas a pagamentos. Caracterizam-se por serem declarações *grosso modo* informativas sobre a relação confortante e devedor<sup>375-376</sup>; (ii) *Médias (warm)*: nestes tipos, incorporam-se às declarações informativas (que podem ser omitidas, eventualmente, em situações de participação institucional conhecida por todos os envolvidos) declarações de cunho negocial e atuações instrumentais, assumidas pela emitente/comfortante. A emitente, portanto, afirma manter ou reforçar a participação social na devedora. Assumem-se obrigações de *facere* ou de *meios*; (iii) *Fortes (forti ou hot)*: nestes tipos, para além da parte informativa, assume declarações negociais de pagamento. Surgem, pois, obrigações de *dare* ou de *resultado*. Nestas a função de garantia avulta substancialmente em relação aos demais tipos<sup>377-378</sup>.

<sup>375</sup> Na Itália, a tipologia dá-se entre lettera *debole* ou *forte*, também denominada de “*patronage informativo*” ou “*patronage impegnativo*”. Para exemplos de conteúdos e teor das declarações e classificação das cartas, ver NICOLA, Soldari. Le lettere di “patronage” nella prassi bancaria. Ventiquattrotte-Avvocatoilsole24ore. n. 9, Settembre, 2008. p. 47-57 e PERCHIUNNO, Maria Colomba. Il danno da lesione dell’affidamento suscitato dalla lettera di patronage. In. Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale. GALGANO, Francesco (Diretti). Anno XXII. n.º 3 (maggio-giugno 2006). Padova: CEDAM, 2006, p. 611-625.

<sup>376</sup> Autores como Calvão da Silva e Menezes Leitão, *e.g.*, que apenas dividem as cartas em *fraco* ou *forte*, tendem a enquadrar determinadas declarações em uma ou outra categoria, o que gera uma situação ainda mais disforme e de difícil esquematização das *lettere*, por demais já esfumadas e com conteúdos múltiplos. Ao fim e ao cabo, a divisão bipartite parece acarretar ainda mais problemas acerca tanto da qualificação do teor delas quanto do regime: são obrigados a encaixá-las em subgrupos (declarações não-vinculativas; confirmação de fatos juridicamente relevantes; e promessa de certo comportamento) tornando a classificação *conteudística* ainda mais dispersa, sob o argumento de torná-la menos “difusa” do que a divisão tripartite. Todavia, parece haver, justamente, uma contradição: para melhor entendê-las, cria-se um agrupamento ainda mais fluido e lasso. A tricotomia, por seu turno, favorece a uma melhor apreensão da realidade fático-descritiva inerente à própria noção das cartas de conforto. Acerca dos problemas da divisão dicotômica, ver CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 583.

<sup>377</sup> Menezes Cordeiro, numa primeira obra, refere-se expressamente às obrigações de meios (nas cartas de conforto médio) e de resultado, nas de conforto forte. Posteriormente, em obra mais recente, parece não considerar relevante a distinção entre obrigações de meio e resultados. *Vide*, respectivamente, CORDEIRO, António Menezes. Das Cartas de Conforto no Direito Bancário. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 70-74 e Tratado de direito civil. 10.º vol. Direito das obrigações: garantias. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 583-584 e 588-590. Contudo, os exemplos mantêm-se assemelhados nas duas obras.

Relembre-se, por oportuno, que significativa parcela doutrinária e jurisprudencial não confere juridicidade às cartas de (conteúdo eficaz) *fraco*, ao passo que às de conforto *médio* e *forte* atribuem-lhe juridicidade. Remete-se, quanto a essa questão, o referido nos capítulos 5 e 5.1, acima.

## 7.2. *Conteúdos declarativos clausulados: exemplos*

Da intensa pesquisa investigativa<sup>379</sup>, colheu-se algumas declarações clausuladas em cartas de conforto, as quais, de acordo com a tipologia *supra*, são assim enquadradas nesse ensaio<sup>380</sup>:

<sup>378</sup> Os exemplos sobre declarações foram colhidos de CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 70-74; *Tratado de direito civil*. 10.º vol. *Direito das obrigações: garantias*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 583-584 e 588-590; *Manual de Direito Bancário*. 4.ª ed. Reimpressão. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 778-781; *Manual de Direito Bancário*. 5.ª ed. rev. atualiz. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2014, p. 847-851; VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p. 151-157 e *As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto*. *Revista Electrónica de Direito*. n.º 1 (fev. 2014). Disponível em: [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), p. 9-14; MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento: estudo teórico-prático*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 62-64.

<sup>379</sup> Todos os *exemplos* das *declarações específicas* foram colhidos de precedentes judiciais, pareceres, livros especializados ou artigos e de modelos existentes em algumas obras gerais. Os mencionados diretamente no texto, itens (i) a (xiii), foram colhidos de Menezes Leitão, adiante referido. Além das obras mencionadas na nota *supra* anterior, em especial, consulte-se: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4.ª ed. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2012, p. 135; SILVA, João Calvão da. *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 364-368 e *Mandato de crédito e carta de conforto*. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2002. Vol. II.: *Direito Bancário*, p. 245-264; MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento: estudo teórico-prático*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 99-102; e CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 39-40. Os demais trabalhos constantes da bibliografia (americanos, chilenos, australianos, italianos, espanhóis, etc.) oferecem alguns modelos de cartas de conforto ou de declarações. Alerta-se para a necessária interpretação e transferências jurídico-histórico-culturais quando da eventual tentativa de recepção daqueles modelos ao ordenamento jurídico lusófono, tanto em razão da linguagem e dos vocábulos por vezes terem significados diversos dos correspondentes em português (com atenção para os falso cognatos) bem como para a diferença de regime e natureza jurídica de alguns institutos, o que poderá levar à má compreensão das cartas de conforto no espaço lusófono, se houver mera importação de “exemplos ou conceitos”.

<sup>380</sup> É da interpretação ou hermenêutica de cada carta de conforto que se extrairá o núcleo das obrigações assumidas pelo confortante (teor declarativo). Para uma explanação sobre os diversos tipos de declarações, veja-se NORONHA, André Navarro de. *As cartas de conforto*. Coimbra:

(i) Declaração que se tem conhecimento da concessão de crédito à sociedade patrocinada; (ii) Declaração que existe uma relação de domínio ou de grupo com a sociedade patrocinada; (iii) Declaração de que o patrocinante tem confiança na gestão da sociedade patrocinada ou que a considerada regular; (iv) Declaração de que a política do grupo de sociedades é contrária a que os concedentes de crédito às sociedades filhas sofram prejuízos em resultado dessa concessão; (v) Declaração de que o patrocinante tem intenção de manter a relação de domínio ou de grupo; (vi) Declaração de fornecer outras garantias ao banco caso haja a cessão de sua participação societária na patrocinada, bem como de avisar previamente o credor; (vii) Declaração de empenho em evitar que o credor sofra prejuízos em virtude da concessão de crédito; (viii) Declaração de empenho em não descapitalizar a sociedade patrocinada; (ix) Declaração de empenho em manter a solvabilidade da sociedade patrocinada; (x) Declaração de empenho em manter uma certa consistência patrimonial da patrocinada; (xi) Declaração de empenho em manter a solvabilidade ou assegurar uma certa consistência patrimonial da patrocinada, a fim de que ela possa cumprir regularmente as obrigações por si contratadas; (xii) Declaração de empenho em fornecer à patrocinada os meios financeiros necessários para que ela possa cumprir as suas obrigações<sup>381</sup>; (xiii) Declaração de empenho em que a sociedade patrocinada cumpra essa obrigação<sup>382</sup>.

Em continuação à proposta deste ensaio e do rol exemplificativo *supra*, seriam cartas de conforto [*no tocante ao grau de intensidade eficaz quanto à garantia do crédito*] *fraco* as referidas nos itens (i) a (iv); *médio*, as mencionadas nos itens (v) a (x); e *forte*<sup>383</sup> as constantes dos números (xi) a (xiii).

Coimbra Editora, 2005, p. 29-54. Todavia, crê-se que a enunciação geral de tipos de declaração, como faz a majoritária doutrina, é suficiente para, no caso concreto, conduzir a declaração estampada nas *lettere* a um dos tipos acima declinados.

<sup>381</sup> Um exemplo real: “(...) Mais declara o Banco Y que fará tudo o que estiver ao seu alcance para que a L esteja sempre munida dos meios que lhe permitam, com pontualidade, fazer face às obrigações a assumir para com esse Banco X. (...)”. MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento: estudo teórico-prático*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 101.

<sup>382</sup> Declarações similares foram coletadas por Menezes Cordeiro. CORDEIRO, António Menezes. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 27-42, em especial, páginas 39-40, de onde se extraem os exemplos de declarações reunidas por autores italianos, influenciados pela doutrina alemã que, num esforço de redução dogmática, tentou autonomizar a distinção das cartas de conforto em *forte* e *fraca* (via *compreensiva*) em contraposição à (então) crescente tipologia de método *analítico*.

<sup>383</sup> Um outro exemplo real de declaração referente às cartas de conforto forte é: “Exmos. Senhores, a Sociedade X vem afirmar a V. Exas. O seguinte: (...) comprometemo-nos a pôr à disposição daquela sociedade [patrocinada] os fundos necessários ao pagamento das suas responsabilidades perante V. Exas. (...)”. ANTUNES, Rita Granado. *Natureza Jurídica das Cartas de Conforto Forte*.

A intensidade do conforto, *rectius*, do grau de intensidade de eficácia proporcionado à proteção do crédito garantido é, pois, de suma relevância à determinação do regime delas, na senda das idéias desenvolvidas.

A partir da interpretação do teor das declarações clausuladas nas missivas, ou melhor, da identificação das obrigações assumidas pelo garante descritas nas cartas, pode-se extrair o regime ao qual a obrigação se submeterá e as consequências do incumprimento.

Apenas um esclarecimento: nas *lettere* podem existir, simultaneamente<sup>384</sup>, várias declarações de conteúdos obrigacionais diversos.

Também pode ocorrer de existirem conteúdos exclusivamente atinentes a uma única tipologia: tudo a verificar no caso concreto.

Assim, entende-se que há uma *gradação crescente* de teores fracos aos mais fortes, podendo existir conteúdos declaracionais/obrigacionais, cumulativa ou exclusivamente, a depender do caso concreto: fracos; fracos e médios; médios; médios e fortes; e fortes.

É dizer: tanto pode existir uma única declaração que conduzirá à determinada tipologia, quanto pode haver vários conteúdos, que acarretará a prevalência do mais intenso deles; afinal, a garantia serve, numa tautologia evidente, para garantir os interesses e expectativas do credor.

Portanto, havendo vários tipos de declaração, deve prevalecer à classificação tipológica da carta, o mais intenso deles.

Aplicar-se-ia, assim, uma “técnica de subsunção”: o conteúdo mais favorável, do ponto de vista da intensidade da garantia abarcaria o de menor intensidade.

[*Continua*]

Lisboa: [s.n.], 2006. 71p. Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídicas (Direito Civil IV), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2006, p. 55.

<sup>384</sup> “(...) uma carta de conforto combina diferentes tipos de cláusulas que podem dar ao todo um valor de conjunto superior à soma das partes, segundo as boas regras de hermenêutica (...) interessa agrupar as cláusulas em razão da matéria e estudar o alcance jurídico das diferentes categorias”. SILVA, João Calvão da. Estudos de Direito Comercial (Pareceres). Coimbra, Edições Almedina, S.A., 1999, p. 378-379.

*O Direito* 149.º (2017), III, 689-733



## *O beneficiário nas operações de pagamento de transferência escritural de fundos*

DR. MIGUEL ALEXANDRE DUARTE SANTOS

SUMÁRIO: I. Enquadramento e delimitação do tema. II. A transferência escritural de fundos: 1. Enquadramento dogmático: 1.1. Conceito; 1.2. Evolução histórica; 1.3. Objeto; 1.4. Funções; 1.5. Intervenientes; 1.6. Fontes; 1.7. Modalidades; 1.8. A complexa estrutura da operação de transferência escritural de fundos; 1.9. A natureza jurídica da transferência escritural de fundos – Insuscetibilidade de recondução das transferências escriturais de fundos a uma figura unitária – a necessidade de uma análise atomística das operações de transferência escritural de fundos; 2. A transferência escritural de fundos e a atividade bancária: 2.1. A (normal) inserção da transferência escritural de fundos na atividade bancária; 2.2. A transferência escritural de fundos realizada por instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica. III. O regime material da prestação de serviços de pagamento: 1. O regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda eletrónica; 2. Âmbito de aplicação; 3. Princípios gerais: 3.1. Princípio da transparência; 3.2. Princípio da abstração das operações de pagamento; 3.3. Princípio da autorização das operações de pagamento; 4. Regime material: 4.1. A utilização de instrumentos de pagamento; 4.2. A autorização das operações de pagamento; 4.3. A ordem de pagamento; 4.4. A execução da ordem de pagamento; 4.5. A Não execução ou execução incorreta da ordem de pagamento; 4.6. Os casos de força maior; 4.7. O direito de regresso. IV. Proposta de formulação de uma posição de beneficiário nas operações de pagamento de transferência escritural de fundos: 1. O conteúdo essencial da posição de beneficiário – a posição passiva do beneficiário: 1.1. O conteúdo essencial relativo ao contrato de prestação de serviços de pagamento; 1.2. Conteúdo essencial relativo à operação de pagamento; 2. O conteúdo eventual da posição de beneficiário: 2.1. A posição do beneficiário nas transferências escriturais de fundos a débito; 2.2. Os direitos do beneficiário sobre os fundos da conta de pagamento em caso de transferência escritural de fundos a débito realizada por instituição de pagamento ou instituição de moeda eletrónica. V. Conclusões.

*O Direito* 149.º (2017), III, 735-799

## I. Enquadramento e delimitação do tema

Com a publicação da Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, transposta para o nosso ordenamento jurídico através do Decreto-Lei n.º 307/2009, de 30 de outubro, que estabeleceu o Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e de Moeda Eletrónica (RJSPME), foi inaugurado um novo capítulo no enquadramento dos serviços de pagamento, em especial no que respeita às operações de transferência bancária de fundos. Visando criar um mercado comum em matéria de serviços de pagamento no mercado interno europeu foi introduzido um regime comum dos serviços de pagamento através da técnica da harmonização plena, deixando-se pouco espaço aos legisladores nacionais de cada Estado Membro da União Europeia (UE) para derrogações ao regime plasmado na Diretiva.

O diploma veio estabelecer um regime bastante completo no que respeita às operações de pagamento, deixando contudo de fora a relação estabelecida diretamente entre o titular originário dos fundos e o pretendido titular final. Nesta medida, acaba por solucionar querelas antigas na doutrina e jurisprudência quanto a diversas questões relacionadas com o funcionamento e a natureza dos institutos.

A Diretiva veio ainda introduzir novas problemáticas no âmbito dos serviços de pagamento abrangidos, nomeadamente, ao permitir a entrada no mercado de novos prestadores de serviços de pagamento que não têm um objeto equivalente ao dos bancos, tradicionais prestadores dos serviços em causa – as instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica – e ao dispor segundo uma perspetiva de estabelecimento de um regime comum para operações de pagamento com manifestas diferenças, como é o caso paradigmático da diferença entre transferências a crédito e a débito e, com maior evidência, entre transferências de moeda escritural e transferências de moeda eletrónica.

A Diretiva teve ainda o condão de originar uma ampla discussão doutrinária no direito comparado acerca do regime neste constante e dos regimes resultantes da transposição da Diretiva para os diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

O presente estudo visa oferecer um modesto contributo para uma perspetiva de conjunto acerca da posição do beneficiário nas transferências escriturais de fundos, termo que preferimos relativamente ao de transferência bancária ou transferência bancária de fundos, à luz do RJSPME, englobando apenas as transferências de moeda escritural, a crédito ou a débito. De parte ficarão as operações de pagamento mediante cartão bancário e as operações de paga-

mento envolvendo moeda escritural, merecedoras de aprofundados estudos que tomem em conta as respetivas especificidades.

Por outro lado, o estudo pretende efetuar o apuramento daquela que é a posição jurídica diferenciada do beneficiário, e não elaborar um tratado geral da posição jurídica em causa. Desta forma, ficará tendencialmente de fora aquele conteúdo da posição jurídica do beneficiário que lhe advenha do facto de este assumir igualmente uma outra posição, como seja, nomeadamente, a de *cliente bancário*, *consumidor* ou *aderente a cláusulas contratuais gerais*, não obstante as eventuais referências efetuadas ao longo do texto.

O estudo será disposto em quatro partes. A primeira parte do artigo, correspondente ao ponto II., terá por objeto a análise do enquadramento geral das transferências escriturais de fundos, passando pelo enquadramento dogmático (1.), onde serão abordados o conceito, a evolução histórica, o objeto, as funções, os intervenientes, as fontes, as modalidades, a estrutura e a natureza jurídica da transferência escritural de fundos, e pela abordagem das transferências escriturais de fundos pelo prisma da atividade bancária (2.), onde serão dadas notas quanto à normal inserção das transferências em análise na atividade bancária e enunciada a nova figura das contas de pagamento abertas junto de instituições de pagamento e de moeda eletrónica. Na segunda parte, correspondente ao ponto III., proceder-se-á à apreciação do regime material da prestação de serviços de pagamento decorrente do RJSPME, passando pela determinação do âmbito de aplicação do diploma e dos seus princípios gerais e, finalmente, pela exposição das normas mais relevantes do regime. No ponto IV., será exposta aquela que consideramos ser a posição jurídica do beneficiário nas transferências escriturais de fundos, sendo propostos um conteúdo essencial e um conteúdo eventual da posição. Por último, no Ponto V., serão avançadas as conclusões do presente artigo.

## II. A transferência escritural de fundos

### 1. Enquadramento dogmático

#### 1.1. Conceito

Tratando o presente estudo da posição do beneficiário nas operações de pagamento de transferência escritural de fundos importa delimitar desde logo, por razões de rigor científico e clareza expositiva, aquilo que entendemos por transferência escritural de fundos.

Catarina Gentil Anastácio<sup>1</sup>, entende por transferência bancária de fundos “... qualquer processo ou mecanismo através do qual se realiza a transmissão de determinado montante monetário de uma conta bancária para outra através de um duplo jogo de inscrições de conteúdo idêntico mas com sentidos opostos – a débito e a crédito – nessas contas.”. O conceito utilizado parece-nos suficientemente compreensivo mas carece, porém, de diversas precisões e restrições, que serão desde já avançadas, sem prejuízo de ulterior desenvolvimento ao longo do estudo quando tal se imponha.

Por um lado, em primeiro lugar, importa referir que a transferência escritural de fundos poderá, hoje, ocorrer entre qualquer conta que sirva enquanto conta de pagamento, na asserção dada no artigo 2.º, alínea q) do RJSPME<sup>2</sup>, independentemente da instituição financeira em causa, que poderá ser ou não um banco<sup>3</sup>. Tal não prejudica, porém, duas verdades: as contas em causa estarão, as mais das vezes, abertas junto de entidades bancárias; e, por outro lado, as características que veem sendo apontadas às contas bancárias pela doutrina e jurisprudência<sup>4</sup> aplicar-se-ão, sem grandes divergências, às diversas contas que possam servir como contas de pagamento<sup>5</sup>, ressalvadas algumas diferenças que serão apontadas ao longo do presente estudo.

Por outro lado, a transferência escritural de fundos não terá por objeto a transmissão de quaisquer montantes monetários de uma conta para outra mas sim, e apenas, de moeda escritural<sup>6</sup>. As transferências de numerário e de moeda eletrónica não cabem no conceito nem devem ser abordadas conjuntamente face às manifestas divergências estruturais e de regime, exceto na eventualidade de o Autor pretender elaborar um estudo geral dos meios de pagamento, o que não é, manifestamente, o nosso caso.

<sup>1</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, Almedina, 2004, p. 27 – fazendo-se notar que a Autora citada prefere o termo transferência bancária de fundos.

<sup>2</sup> “«conta de pagamento» uma conta detida em nome de um ou mais utilizadores de serviços de pagamento, que seja utilizada para a execução de operações de pagamento;”.

<sup>3</sup> Ponto que é assinalado mesmo pela doutrina que prefere a expressão “transferência bancária de fundos”, cfr. Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 28 e ss..

<sup>4</sup> Sobre a conta bancária vide Manuel Januário da Costa Gomes, in “Contratos Comerciais”, Almedina, 2012, pp. 108 e ss.; António Menezes Cordeiro, in “Direito Bancário”, 5.ª Edição (revista e atualizada), com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2014, pp. 532 e ss..

<sup>5</sup> Sem prejuízo da diferente amplitude entre a conta bancária e a conta de pagamento detida junto de entidades que não sejam bancos – cfr. Vittorio Santoro, in “I Servizi di Pagamento”, IANUS, n.º 6, 2002, consultável on-line in “www3.unisi.it”, pp. 15 e ss., em especial 18 e ss..

<sup>6</sup> A moeda escritural será desenvolvidamente tratada no ponto II., 1.3. do presente trabalho, para o qual se remete. Neste sentido, mas preferindo a expressão “moeda bancária”, vide Francisco Mendes Correia, in “Moeda Bancária e Cumprimento – O cumprimento das obrigações pecuniárias através de serviços de pagamento”, Almedina, 2017, pp. 698 e 699.

Finalmente, o elemento mais característico da transferência escritural de fundos é a forma como se processa a transmissão dos fundos. A moeda escritural emerge como uma realidade simbólica, decorrente dos registos efetuados numa conta e suportada pelos mesmos. A sua transferência ocorre igualmente por forma escritural, mediante a inscrição a débito na conta de origem dos fundos, por parte do prestador de serviços de pagamento, e a subsequente inscrição a crédito do montante na conta de destino, consistindo tais inscrições na própria transferência da moeda escritural<sup>7</sup>, tendo efeito constitutivo, e não meramente declarativo<sup>8</sup>.

Feitas tais precisões avançamos que entendemos a transferência escritural de fundos como a transferência de moeda escritural de uma conta de pagamento para outra através de um duplo jogo de inscrições de conteúdo idêntico mas com sentidos opostos – a débito e a crédito – nessas contas.

O conceito de transferência escritural de fundos que aqui adotamos permite uma clara distinção de outro tipo de transferência de fundos que, embora seja efetuada por instituições financeiras no âmbito das respetivas atividades profissionais, não se reconduz à transferência bancária de fundos tradicionalmente estudada pela doutrina. Fazemos referência, em concreto, às transferências de moeda eletrónica, que não operam de forma escritural<sup>9</sup>. Por outro lado, o conceito proposto é suficientemente lato para abranger as várias modalidades daquilo a que a doutrina convencionalmente chama transferência bancária de fundos, nomeadamente, as transferências a crédito e a débito.

Feitas as necessárias precisões, avançamos que ao longo do presente estudo nos referiremos indistintamente a transferência escritural de fundos e a transferência, devendo a última ser entendida como uma referência abreviada à transferência escritural de fundos.

## 1.2. *Evolução histórica*

Na delimitação do conceito de transferência escritural de fundos avançamos que a transferência tem por objeto uma realidade simbólica decorrente dos registos efetuados numa conta e suportada pelos mesmos e é efetuada por

<sup>7</sup> Françoise Dekeuwer-Défossez, in “*Droit Bancaire*”, 5.<sup>a</sup> édition, Dalloz, 1995, p. 57.

<sup>8</sup> Sobre a natureza constitutiva das inscrições em conta vide Fernando Conceição Nunes, in “Depósito e Conta”, in “Estudos em Honra do Professor Doutor Inocência Galvão Telles”, 2, 2002, pp. 67 a 88, seguido por Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 114 e ss..

<sup>9</sup> Maria Isabella Angela Pisanu – “*La Moneta Elettronica*”, Università Degli Studi di Sassari, 2008, consultável on line in “eprints.uniss.it”, pp. 10 a 15 e 127 e ss..

forma escritural, mediante a inscrição a débito na conta de origem dos fundos e subsequente inscrição a crédito do montante na conta de destino, consistindo tais inscrições na própria transferência da moeda escritural, tendo efeito constitutivo. Para que esta transferência seja efetuada não é assim necessário qualquer específico meio de comunicação, bastando a existência de registos relativamente aos bens confiados e a inscrição dos movimentos de entrada e saída de bens.

A prévia apreensão *supra* operada permite uma fácil compreensão da realidade histórica das transferências escriturais de fundos – estas existem praticamente desde que existem bens confiados a terceiro com a obrigação de devolver o mesmo bem ou equivalente havendo registos dos bens entregues e levantados. De facto, é avançado pela doutrina que já se procedia à transmissão de bens entre depositantes através da mera alteração das inscrições a débito e a crédito nos registos efetuados junto dos templos da Babilónia, verdadeiros bancos à data, sem que se procedesse ao levantamento e ao depósito dos bens transferidos, dois mil anos antes de Cristo<sup>10</sup>. A situação repetiu-se em todas as civilizações com economias avançadas sob um ponto de vista histórico. Existem informações acerca de práticas semelhantes, já existindo livros próprios para a anotação dos montantes depositados, na Grécia no Período Arcaico, já por volta dos séculos V-IV a.C., onde a atividade já era desenvolvida também por bancos e não apenas através dos templos, continuadas no Egito, na Dinastia Ptolomaica, e desenvolvidas em Roma<sup>11</sup>.

As transferências escriturais de fundos afirmam-se como verdadeiras operações bancárias na Idade Média, nas cidades do norte da península itálica e nas grandes feiras da Flandres e de Champagne, tendo a banca moderna nascido com a função de intermediação nos pagamentos. No Séc. XVI é fundado em Veneza o primeiro banco dedicado à realização de transferências, seguindo-se a criação de outros bancos com a mesma função na República de Veneza, em Milão, em Génova, em Amesterdão, Hamburgo e Inglaterra, ao logo dos séc. XVI e XVII, e em Veneza em inícios do séc. XVIII<sup>12</sup>. A moderna operação de transferência escritural de fundos não parou de ganhar relevância desde

<sup>10</sup> Assim, MOLLE, citado *apud* Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 32.

<sup>11</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 32 e 33. A Autora estabelece uma diferente sequência temporal no que respeita ao surgimento das transferências no Egito grego e na Grécia. No entanto, a Dinastia Ptolomaica só se instala no Egito no século IV a.C., pelo que a sequência correta será a que é apresentada no texto *supra*.

<sup>12</sup> Acerca da evolução referida vide Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 33 a 35.

então, assumindo-se hoje como um instrumento essencial ao desenvolvimento da economia<sup>13</sup>.

### 1.3. Objeto

#### 1.3.1. Moeda: conceitos e evolução

A doutrina tem-se progressivamente orientado no sentido de considerar que o que se transfere através da transferência bancária é uma forma específica de moeda, mais propriamente, a *moeda escritural*<sup>14</sup>. Esta orientação, que tem o mérito de atender de forma mais precisa aos contornos técnicos da operação de transferência e à função económico-social que lhe é atribuída pelos seus intervenientes<sup>15</sup> pressupõe o esclarecimento das realidades económicas que traduz, necessidade à qual a doutrina tem igualmente estado atenta. Nestas, assume especial relevo a explicação do que seja a *moeda*, questão a que dedicaremos a nossa atenção em seguida.

O conceito de moeda não é de fácil definição, havendo alguma tendência no campo económico para a definir a partir das respetivas funções<sup>16</sup>. No campo jurídico doutrinário, no entanto, existe alguma tendência para descrever a evolução da moeda, procurando demonstrar as relações estabelecidas entre as suas funções e as específicas formas que tenha assumido com vista ao cumprimento de tais funções<sup>17</sup>. Pensamos também ser esta uma forma apropriada de enqua-

<sup>13</sup> Cfr. atestam os dados coligidos por José Simões Patrício, in “Direito Bancário Privado”, Quid Iuris – Sociedade Editora Lda., Lisboa, 2004, pp. 196 e 197; pp. 214 e ss..

<sup>14</sup> Sobre a matéria, na doutrina portuguesa, vide Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 63 a 82; Beatriz Segorbe, in “A Transferência Bancária, a Moeda Escritural e a Figura da Delegação”, in “Revista da Banca”, Associação Portuguesa de Bancos, n.º 52, julho/dezembro 2001, pp. 79 a 125, em especial pp. 83 e ss.; Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário: reflexões à luz do novo regime dos serviços de pagamento”, in “Temas de Direito Bancário II”, n.º 9, Almedina, 2014, pp. 99 a 177, em especial pp. 104 e ss.. Em sentido contrário, afirmando que se afigura inapropriado falar em transferência de fundos na medida em que não há lugar à transferência de moedas metálicas ou notas de banco, mas apenas o “ajustamento” do valor dos direitos de crédito dos clientes contra os respetivos bancos — E.P. Ellinger/Eva Lomnicka/Richard Hooley, in “Ellinger’s Modern Banking Law”, Fourth Edition, Oxford University Press, 2006, pp. 513 e 514.

<sup>15</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 63 a 67.

<sup>16</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 67; Beatriz Segorbe, “A Transferência Bancária, a Moeda Escritural e a Figura da Delegação”, pp. 83 e 84.

<sup>17</sup> Assim, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 67 e ss; Beatriz Segorbe, “A Transferência Bancária, a Moeda Escritural e a Figura da Delegação”, pp. 84

drar os conceitos em causa, potenciando a consecução da sua finalidade, ou seja, a compreensão do que se deverá ter por moeda.

A partir do momento em que um ser humano procurou obter algo de outrem sem recurso ao esbulho surgiu o comércio, efetuado, numa primeira fase, através da troca direta de um bem por outro<sup>18</sup>. No entanto, o sistema de trocas diretas apresentava diversos inconvenientes, nomeadamente a dificuldade em encontrar parceiros que detivessem os bens pretendidos e que quisessem em troca os bens detidos, agravada pela indivisibilidade ou pela natureza perecível dos bens, que dificultava a troca presente, e a insuscetibilidade de entesouramento de certos bens e a falta de uma unidade de valor, que dificultavam, por sua vez, a projeção e execução de aquisições futuras<sup>19</sup>. A solução para estes problemas foi encontrada “... no apuramento de uma mercadoria que todos estejam permanentemente dispostos a aceitar, em troca de quaisquer produtos que queiram alienar.”<sup>20</sup>. Assim surge a moeda, consistente em tal bem, que assume assim a função de instrumento geral de troca (*tertium permutationis*), e, desde logo, face ao seu poder de determinar o valor dos restantes bens por referência às suas próprias qualidades, de unidade de conta ou medida de valor económica (*tertium comparationis*)<sup>21</sup>, bem como as funções diferidas de reserva de valor e medida de pagamentos diferidos<sup>22</sup>.

A natureza dos bens que serviram enquanto moeda mudou ao longo do tempo, permanecendo, porém, algumas características que se podem dizer da moeda, porque necessárias ao cumprimento da sua função de instrumento geral de trocas e consistentemente presentes nos bens em causa: assim, a moeda será um bem divisível, manuseável, não perecível e de valor estabilizado, que seja

e ss; António Menezes Cordeiro, in “Direito Bancário”, 5.ª Edição (revista e atualizada), com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2014, pp. 85 e ss., bem como bibliografia aí citada. Preferindo expor diretamente a matéria da moeda a partir da definição da respetiva noção, espécies, natureza, características e funções, José Maria Pires, in “Elucidário de Direito Bancário – As Instituições Bancárias – A Actividade Bancária”, Coimbra Editora, 2002, pp. 21 e ss..

<sup>18</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 67 e 68; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 85.

<sup>19</sup> Autores, obras e locais citados na nota anterior.

<sup>20</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 86.

<sup>21</sup> Autor, obra e local citados na nota anterior.

<sup>22</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 68 e 69; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 85.

aceite para troca por todos e em troca de quaisquer bens<sup>23</sup> e, finalmente, que seja escasso<sup>24</sup>.

Vários bens serviram como moeda, tendo os metais preciosos assumido primazia, numa primeira fase, por razões práticas<sup>25</sup>. Porém, o processo de desenvolvimento da moeda leva a uma nova evolução, surgindo a *moeda metálica*, que vem a ser emitida e controlada pela autoridade política, em termos de peso e grau de fineza do metal, e que nesta faz constar a sua marca e o valor das moedas, que passam a ser padronizadas<sup>26</sup>. Outra evolução prendeu-se com a verificação por parte dos agentes económicos de que não se afigurava necessária a circulação material da moeda metálica quando esta estivesse depositada em locais seguros, de confiança geral, e que o respetivo dono se encontrasse munido de um título representativo da mesma, que permitisse ao portador o levantamento da moeda a todo o momento. A circulação da moeda começou a praticar-se, então, também através da transmissão dos títulos representativos. Temos a *moeda representativa*. Porém, as entidades emitentes de tais títulos verificaram que se afigurava possível emitir títulos representativos de valor superior às efetivas moedas metálicas detidas, os quais, ainda assim, circulavam como se de moeda se tratasse, assente na confiança em que os detentores dos títulos não ordenariam o levantamento da moeda ao mesmo tempo. Ou seja, o instrumento geral de trocas já não era exclusivamente a moeda metálica, mas também o título representativo, com valor diferente da efetiva moeda metálica a que respeitava. Surge a *moeda fiduciária*<sup>27</sup>. Vem então a autoridade política restringir os perigos que podem advir do levantamento da moeda metálica depositada, impondo a inconvertibilidade em moeda metálica (curso forçado) e a sua aceitação em pagamentos (curso legal) dos títulos representativos, que

<sup>23</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 86, com a precisão de que o Autor considera que estas são características necessárias ao cumprimento da função de instrumento geral de trocas, não fazendo referência à consistente presença das características apresentadas nos bens que serviram enquanto moeda, muito embora entendamos que uma situação implica a outra, não querendo o Autor citado afastar-se de tal posição ao omitir a referência.

<sup>24</sup> Apontando a escassez como característica da moeda, José Maria Pires, in “Elucidário de Direito Bancário – As Instituições Bancárias – A Actividade Bancária”, p. 23. Efetivamente, sem escassez nem o bem-moeda seria aceite como instrumento geral de troca nem serviria como unidade de conta, pelo que é uma característica que se deve ter por característica essencial da moeda.

<sup>25</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 71 e 72; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 86.

<sup>26</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 72, com relevantes indicações na nota 133; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 87.

<sup>27</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 86 e 87; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 72 e 73.

vêm a ser emitidos pela autoridade política. É o *papel-moeda*, correspondente às atuais notas<sup>28</sup>.

Com a moeda fiduciária e, em particular, com o curso legal e forçado da moeda esta assume uma conotação ideal<sup>29</sup>, concluindo-se a sua desmaterialização. Esta desmaterialização permite explicar a diferenciação entre a moeda enquanto unidade ideal de valor, os seus suportes (moeda metálica, moeda papel, *et cetera*) e os seus meios de transmissão (*traditio*, anotação no título, *et cetera*)<sup>30</sup>, distinções da maior relevância e a que voltaremos *infra*.

### 1.3.2. Moeda escritural

A evolução da moeda no sentido da sua desmaterialização veio culminar num novo desenvolvimento, mais facilmente explicável através da diferenciação entre a moeda enquanto unidade ideal de valor, o seu suporte e os seus meios de transmissão que acabámos de enunciar. Os intervenientes no tráfego comercial verificaram que os fundos depositados junto de uma entidade de confiança, traduzidos no saldo respeitante a uma conta bancária, poderiam ter transmitidos através de meras inscrições escriturais<sup>31</sup>, não sendo necessária a efetiva entrega de moeda metálica ou moeda papel. É introduzida a *moeda escritural*<sup>32</sup>, consistente no saldo, que tem por suporte a conta bancária e por meio de transmissão a transferência escritural<sup>33</sup>.

#### 1.3.2.1. A conta-corrente bancária

A adequada compreensão da moeda escritural não pode ser alcançada sem uma prévia referência à figura da conta-corrente bancária<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Acerca da evolução que descrevemos quanto à moeda representativa, moeda fiduciária e papel-moeda, vide, por todos, António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 86 a 88; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 72 a 74; José Maria Pires, *in* “Elucidário de Direito Bancário – As Instituições Bancárias – A Actividade Bancária”, pp. 21 e 22.

<sup>29</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *in* “A Transferência Bancária”, p. 73.

<sup>30</sup> Beatriz Segorbe, “A Transferência Bancária, a Moeda Escritural e a Figura da Delegação”, p. 87.

<sup>31</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 73 e ss.; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 88; Beatriz Segorbe, “A Transferência Bancária, a Moeda Escritural e a Figura da Delegação”, pp. 87 e ss..

<sup>32</sup> Fazendo um enquadramento da moeda, que designa de bancária, como moeda em sentido jurídico, vide Francisco Mendes Correia, *in* “Moeda Bancária e Cumprimento...”, pp. 144 a 153.

<sup>33</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 78. Também Beatriz Segorbe, “A Transferência Bancária, a Moeda Escritural e a Figura da Delegação”, p. 87.

<sup>34</sup> Acerca da conta-corrente bancária: António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 552 e ss.; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 106 e ss..

A conta-corrente consiste numa técnica contabilística antiga<sup>35</sup> pela qual se lançam os débitos e os créditos no âmbito de determinada relação, de forma a permitir saber, em cada momento, qual o saldo, isto é, a diferença entre o valor total devido e o valor já pago<sup>36</sup>. Embora esta técnica seja utilizada em diferentes medidas no âmbito da atuação privada dos sujeitos ela é, por vezes elevada a contrato, quando as partes assumam entre si a obrigação de manter determinada relação de negócios sob a forma contabilística de conta-corrente<sup>37</sup> e de regular os efeitos da mesma de acordo com o funcionamento da conta-corrente<sup>38</sup>.

Em Portugal o contrato de conta-corrente é um contrato típico e nominado, de natureza comercial, previsto e regulado nos artigos 344.º a 350.º do Código Comercial<sup>39</sup>, que vem definido no artigo 344.º do C. Com. como o contrato pelo qual “... duas pessoas, tendo de entregar valores uma à outra, se obrigam a transformar os seus créditos em artigos de «deve» e «há-de haver», de sorte que só o saldo final resultante da sua liquidação seja exigível”. O seu efeito principal consiste assim na compensação recíproca dos créditos entre os contraentes, de forma a que apenas o saldo decorrente da compensação seja exigível<sup>40</sup>, tendo a doutrina vindo a reconhecer ao contrato funções de simplificação, de segurança e de crédito<sup>41</sup>.

A conta-corrente bancária é uma espécie de conta-corrente que se integra, com outros elementos, no contrato misto, legalmente atípico e socialmente típico de abertura de conta<sup>42</sup>, distinguindo-se do contrato de conta-corrente

<sup>35</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 552 e 553.

<sup>36</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 103 e 104.

<sup>37</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 553, em especial a nota 1385, e p. 555.

<sup>38</sup> Thierry Bonneau, in “*Droit Bancaire*”, 4.º édition, Montchrestien, 2001, pp. 202 e ss., em especial p. 207; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, p. 107.

<sup>39</sup> Acerca do contrato de conta-corrente comercial vide António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 552 e ss.; Paulo Olavo Cunha, in “Cheque e Convenção de Cheque”, Almedina, 2009, pp. 409 e 410. Também com interesse, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 106 e ss..

<sup>40</sup> Assim, Paulo Olavo Cunha, “Cheque e Convenção de Cheque”, p. 410. Ver também o Acórdão do STJ de 03.07.2008 proferido no âmbito do processo 08B956, tendo por Relator o Venerando Juiz Conselheiro Serra Baptista, consultável in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), onde se seguem essencialmente as posições professadas por António Menezes Cordeiro.

<sup>41</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 554 e ss., seguindo, segundo indica, o sistema proposto por Claus-Wilhelm Canaris, in “*Funktionen und Rechtsnatur des Kontorrents*”, FS Hämmerle, 1972, pp. 55 a 78. No mesmo sentido, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 107 e 108.

<sup>42</sup> Acolhemos, assim, a posição seguida por António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 545 e 546 e, também, 560 e ss.. A posição está longe de reunir unanimidade entre a doutrina portuguesa. Com efeito, Paulo Olavo Cunha defende que a conta-corrente bancária consiste numa

comum por ser estabelecida entre um banqueiro e o seu cliente; por se incluir na relação bancária complexa, traduzindo o lançamento de todos os movimentos respeitantes à conta, independentemente da fonte negocial, e expressos em unidades monetárias correntes<sup>43</sup>; por se integrar no contrato misto de abertura de conta<sup>44</sup>; por o cliente ser, por regra, o credor do saldo<sup>45</sup>; por postular uma emissão contínua de saldos, sempre que algum movimento seja levado à conta<sup>46</sup>; por o dever de organizar e apresentar a conta-corrente correr pelo banqueiro<sup>47</sup>; e, finalmente, por haver lugar à emissão de extratos por parte do banqueiro, cuja aprovação por parte do cliente, a qual por regra será tácita, consolida os movimentos deste constantes<sup>48</sup>.

modalidade atípica, se bem que socialmente típica, do contrato de conta-corrente comercial, que se distingue e autonomiza da abertura de conta, do depósito bancário e do serviço de caixa, considerando que a conta-corrente é um elemento necessário da conta mas não do contrato de abertura de conta – “Cheque e Convenção de Cheque”, pp. 411 a 413. Já Calvão da Silva defende, tal como Paulo Olavo Cunha, que o contrato de conta-corrente bancária é uma modalidade atípica mas socialmente típica do contrato de conta-corrente, porém, vê neste contrato o contrato base da relação bancária (não autonomizando, portanto, a conta-corrente e a abertura de conta), não o distinguindo, por outro lado, do giro bancário, e preferindo dar ênfase à relação de clientela como fonte autónoma de deveres acessórios de proteção e cuidado – assim, vide a anotação de João Calvão da Silva ao Acórdão do STJ de 18.12.2013, “Conta corrente bancária: operação não autorizada e responsabilidade civil”, in “Revista de Legislação e Jurisprudência”, Coimbra Editora, ano 144, n.º 3991, março-abril, 2015, pp. 290 a 326. Acerca do contrato de abertura de conta bancária vide António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 545 e ss. e Manuel Januário da Costa Gomes, in “Contratos Comerciais”, Almedina, 2012, pp. 108 e ss.. Oferecendo uma panorâmica geral sob a discussão em torno da abertura de conta e o ponto de situação perante doutrinas de diferentes países, Paulo Olavo Cunha, in “Cheque e Convenção de Cheque”, pp. 388 e ss., nota 848. Acreditamos, efetivamente, que a abertura de conta bancária se traduz num contrato *a se*, socialmente típico, que integra elementos dos contratos de conta-corrente e de giro bancário no seu seio como elementos necessários e que, portanto, se apresenta como um contrato misto, pelo que acolhemos a posição professada por António Menezes Cordeiro.

<sup>43</sup> Paulo Olavo Cunha, “Cheque e Convenção de Cheque”, p. 411.

<sup>44</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 561;

<sup>45</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 562; Paulo Olavo Cunha, “Cheque e Convenção de Cheque”, p. 411.

<sup>46</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 561.

<sup>47</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 114 e ss..

<sup>48</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 562; Paulo Olavo Cunha, “Cheque e Convenção de Cheque”, p. 412. Sobre os deveres de informação a cargo do banco perante o cliente quanto ao andamento da conta-corrente tem interesse consultar Juan Sánchez-Calero Guilarte, in “La Cuenta Corriente y la Transferencia Bancaria (Observaciones a Sus Aspectos Más Discutidos)”, in “Revista de Derecho Bancario y Bursátil”, n.º 86, 2002, pp. 1 a 48, pp. 21e ss..

### 1.3.2.2. O saldo

Tal como referido no ponto anterior, o efeito principal da conta-corrente consiste na compensação recíproca dos créditos entre os contraentes, de forma a que apenas o saldo decorrente da compensação seja exigível<sup>49</sup>. Com efeito, apenas o saldo apurado é exigível, nos termos do artigo 346.º do C. Com., podendo ficar cativo e sendo passível de ser dado em penhor ou penhorado<sup>50</sup>, nos termos do artigo 780.º do Código de Processo Civil, apresentando-se como uma posição jurídica autónoma dos créditos que o antecedem<sup>51</sup> mas, igualmente, da própria conta, na medida em que desta pode ser destacado sem a afetar. A conta bancária apresenta-se assim como o suporte do saldo, determinado de acordo com o funcionamento da conta-corrente.

O saldo apresenta-se como um símbolo dos fundos a que respeita: a inscrição escritural, feita por referência a uma moeda com curso legal, assegura a disponibilização de moeda em montante equivalente ao montante do saldo<sup>52</sup>.

Como foi referido, o saldo pode ser destacado da conta bancária. Tal ocorrerá por duas formas: através do levantamento de quantia em numerário, efetuada a um balcão ou com recurso a uma máquina de levantamento automático, ou através de transmissão do saldo entre diferentes contas<sup>53</sup>. O primeiro modo pressupõe a conversão da totalidade ou de parte do saldo disponível em numerário, o que implica a diminuição do mesmo<sup>54</sup>. Já a segunda consiste numa verdadeira e própria transmissão do saldo, operada não física mas escrituralmente, através das inscrições em conta<sup>55</sup>.

A natureza simbólica do saldo, associada à confiança generalizada de que a inscrição escritural do saldo “...dá em qualquer momento direito à efetiva

<sup>49</sup> Acerca da compensação, que caracteriza como anómala, em conta-corrente bancária, vide, por todos, António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 587 a 589.

<sup>50</sup> Acerca do cativo, do penhor e da penhora incidentes sobre o saldo vide Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 150 e ss..

<sup>51</sup> Autor, obra e local citados na nota anterior.

<sup>52</sup> Dando ênfase à natureza abstrata e simbólica do saldo Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *in* “A Transferência Bancária”, Almedina, 2004, pp. 74 e ss..

<sup>53</sup> Paula Ponces Camanho, *in* “Do Contrato de Depósito Bancário (Natureza Jurídica e Alguns Problemas de Regime)”, 2005, pp. 108 e ss.; Acerca da operação de levantamento automático cabe referir o estudo de Luís Miguel Monteiro, *in* “A Operação de Levantamento Automático de Numerário”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, Lisboa, abril de 1992, pp. 123 a 168.

<sup>54</sup> Diminuição e não extinção, já que o saldo, enquanto resultado da conta-corrente, só se extinguirá com a extinção da conta que lhe serve de suporte.

<sup>55</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *in* “A Transferência Bancária”, Almedina, 2004, pp. 78 e ss..

disponibilização da moeda”<sup>56</sup>, e, finalmente, a transmissibilidade do saldo entre sujeitos, permitem atribuir ao saldo imediatamente utilizável por parte do cliente<sup>57</sup> o carácter de moeda<sup>58</sup> escritural ou bancária, tendo por suporte a conta bancária e por meio de transmissão a transferência escritural<sup>59</sup>.

### 1.3.3. Moeda eletrónica

Uma outra espécie de moeda, que representa o culminar da evolução de que foi dada breve nota, é a moeda eletrónica<sup>60</sup>, definida no artigo 2.º, alínea d) do RJSPME como “... o valor monetário armazenado eletronicamente, inclusive de forma magnética, representado por um crédito sobre o emitente e emitido após receção de notas de banco, moedas e moeda escritural, para efetuar operações de pagamento na aceção da alínea g) e que seja aceite por pessoa singular ou coletiva diferente do emitente de moeda eletrónica;”. Con-

<sup>56</sup> Autora e obra citadas, pp. 75 e 76.

<sup>57</sup> Caso dos depósitos à ordem ou de saldo resultante de crédito bancário imediatamente disponível, por exemplo, mas já não dos depósitos a prazo, conforme dá nota Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, obra e local citados na nota anterior. Reflexo de quanto fica dito pode ser encontrado nos agregados financeiros utilizados pelo BCE, em que o agregado M1 integra “... a chamada *base monetária* (*high powered money*); notas e moedas em circulação e reservas constituídas junto dos bancos centrais) e os depósitos bancários à ordem”, mas já não os depósitos a prazo – assim, Carlos Costa Pina, in “Instituições e Mercados Financeiros”, Almedina, 2005, pp. 66 a 68.

<sup>58</sup> Sobre o ponto, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, Almedina, 2004, pp. 74 e ss.

Efetivamente, a natureza simbólica do saldo, por referência a disponibilidades monetárias com curso legal, e a confiança na sua disponibilização imediata asseguram as funções de unidade de conta ou medida de valor económico (*tertium comparationis*), bem como a função diferida de reserva de valor, enquanto que a sua transmissibilidade, conexas com o facto de ser divisível, manuseável (ainda que escrituralmente), não perecível (precisamente por ser escritural), de valor estabilizado (face à referência a moeda com curso legal), aceite para troca por todos e em troca de quaisquer bens (aceitação essa que, no caso, é resultante da vida social e não legalmente imposta) e escasso (face ao controlo sobre a banca em geral e, em especial, sobre a emissão de moeda, que é exercida por parte do Estado – sobre este aspeto vide, por todos, António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 1055 e ss.), assume assim a função de instrumento geral de troca (*tertium permutationis*).

<sup>59</sup> Contra, E.P. Ellinger/Eva Lomnicka/Richard Hooley, “*Ellinger’s Modern ...*”, pp. 513 e 514.

<sup>60</sup> Acerca da moeda eletrónica, fazendo o necessário enquadramento com as normas comunitárias, embora em momento anterior à promulgação da Diretiva n.º 2007/64/CE, vide a tese de doutoramento de Maria Isabella Angela Pisanu – “*La Moneta Elettronica*”, Università Degli Studi di Sassari, 2008, consultável *on line* in “eprints.uniss.it”.

forme indica a definição hoje expressa na lei a moeda eletrônica distingue-se da moeda escritural por ter não ter suporte nos registos efetuados em qualquer conta pré-existente<sup>61</sup>, antes se traduzindo em informação armazenada eletronicamente. É irrelevante à caracterização de moeda eletrônica, porém, o instrumento de pagamento utilizado para a sua transmissão<sup>62</sup>, podendo esta, como resulta claro do regime legal em vigor, ser objeto de transferência de fundos<sup>63</sup>.

#### 1.3.4. A moeda escritural como objeto da transferência escritural de fundos

Tivemos oportunidade de sustentar que a transferência escritural de fundos se demarca das restantes formas de transmissão de fundos pelo facto de se processar por forma escritural, mediante a inscrição a débito na conta de origem dos fundos, por parte do prestador de serviços de pagamento, e a subsequente inscrição a crédito do montante na conta de destino, consistindo tais inscrições na própria transferência da moeda escritural<sup>64</sup>. Tal forma de transferência não se afigura apropriada à transferência de quaisquer fundos, mas apenas à transferência daqueles que resultem da mera inscrição em conta, já que apenas quanto a estes a inscrição terá natureza constitutiva<sup>65</sup>. Tal vale por dizer que apenas pode ser objeto de transferências escriturais de fundos a moeda escritural, e não qualquer outro tipo de moeda.

<sup>61</sup> Sem prejuízo de o funcionamento do sistema de pagamento tendo por objeto moeda eletrônica poder envolver a intervenção de diferentes “contas”, já não bancárias, no sentido *supra* apontado, mas contabilístico, cfr. Autora e obra citadas na nota anterior, pp. 5 e ss., em especial a pp. 5, 21 e ss. e 25 e ss..

<sup>62</sup> Tal como já dava nota, entre nós, José Maria Pires, in “Elucidiário de Direito Bancário – As Instituições Bancárias – A Actividade Bancária”, Coimbra Editora, 2002, pp. 746 e ss.. Sobre os diferentes instrumentos de pagamento utilizados para a transmissão de moeda eletrônica vide a obra de Maria Isabella Angela Pisanu anteriormente citada, pp. 10 a 24 e 127 a 141.

<sup>63</sup> Tal resulta desde logo da conjugação das alíneas d), g) e r) do artigo 2.º com os artigos 4.º e 8.º-A do RJSPME, bem como do facto de o Título III ser aplicável também quando esteja em causa moeda eletrônica.

<sup>64</sup> Ponto II.1.1..

<sup>65</sup> A inscrição em conta corrente que respeite à transferência de outros tipos de fundos não consistirá na própria transferência, mas antes na inscrição da alteração produzida na conta. A transmissão dos fundos (moeda metálica, notas de banco ou moeda eletrônica) já terá ocorrido, pelas formas apropriadas à respetiva transmissão (tradição material ou transferência informática, *offline* ou *online*, de moeda eletrônica), limitando-se a inscrição em conta a registar o depósito das quantias em causa na conta.

### 1.3.5. A ausência de curso legal da moeda escritural no ordenamento jurídico português

Partindo da constatação de que o objeto da transferência escritural de fundos é a moeda escritural a doutrina tem procurado determinar se tal moeda é ou não objeto de obrigações pecuniárias, bem como retirar as devidas consequências das conclusões obtidas relativamente a tal questão<sup>66</sup>.

A resposta à questão depende da prévia delimitação daquilo que se deva entender por obrigação pecuniária. Com Menezes Leitão, diremos que “... estas correspondem às obrigações que têm dinheiro por objeto, visando proporcionar ao credor o valor que as respetivas espécies monetárias possuam.”<sup>67</sup>. Assim, para que estejamos perante obrigações pecuniárias deverão estar reunidos dois requisitos cumulativos: o de que a prestação devida tenha por objeto espécies monetárias e o de que a fixação da prestação atenda ao valor da moeda devida<sup>68</sup>.

A moeda objeto de obrigação pecuniária não é, porém, qualquer moeda que recaia na categoria de moeda em sentido lato de que temos vindo a falar até ao momento, já que apenas a moeda com curso legal, isto é, a moeda à qual o Estado reconheça função liberatória genérica<sup>69</sup>, é objeto de obrigações pecuniárias, nos termos dos artigos 550.º e seguintes do C.C.<sup>70</sup>, sem prejuízo de se poder tratar de moeda que apenas tenha curso legal no estrangeiro<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Abordam o tema com alguma profundidade Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 237 e ss.; Francisco Rodrigues Rocha, *in* “Do giro bancário: reflexões à luz do novo regime dos serviços de pagamento”, *in* “Temas de Direito Bancário II”, n.º 9, Almedina, 2014, pp. 99 a 177 pp. 104 e ss..

<sup>67</sup> Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *in* “Direito das Obrigações”, Volume II – Introdução – Da constituição das obrigações, 5.ª Edição, Almedina, 2006, pp. 152 e 153.

<sup>68</sup> Autor, obra e local citados da nota anterior; João de Matos Antunes Varela, *in* “Das Obrigações em Geral”, Volume I, 6.ª Edição, revista e atualizada, Livraria Almedina, 1989, pp. 816 a 818.

<sup>69</sup> Isto é, cuja aceitação é obrigatória para os particulares – Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *in* “Direito das Obrigações”, Volume II, p. 155.

<sup>70</sup> Com efeito, diz-nos o artigo 550.º do C.C. que “O cumprimento das obrigações pecuniárias faz-se em moeda que tenha curso legal no País à data em que for efetuado...”. Neste sentido, Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, Volume I, pp. 816 e 817.

<sup>71</sup> Inserida sistematicamente nas obrigações pecuniárias e tratada como tal no artigo 558.º do C.C.. Apontando este facto, defendendo que tal estaria no pensamento do legislador do Código Civil mas que tal já que não seria sustentável, na medida em que as obrigações pecuniárias seriam obrigações tendo por objeto mediato a moeda, sendo a moeda escritural (ou bancária) moeda em sentido jurídico, e não existindo diferenças substanciais entre a entrega de tal moeda e de moeda metálica ou notas de banco. Assim, Francisco Mendes Correia, *in* “Moeda Bancária e Cumprimento...”, pp. 291 a 303. Pela nossa parte, entendemos que o regime insito no Código

No nosso ordenamento apenas o euro goza de curso legal, por força da entrada em vigor de diversos instrumentos normativos comunitários<sup>72</sup> tendentes à criação da União Económica e Monetária<sup>73</sup>. Porém, nem toda a moeda (em sentido lato) cujo valor seja estabelecido em euro terá curso legal, mas apenas aquela à qual a lei atribua tal característica<sup>74</sup>. De facto, apenas as notas de banco emitidas pelo BCE<sup>75</sup> e as moedas metálicas regularmente emitidas por parte dos Estados-Membros<sup>76</sup> gozam de curso legal nos Estados-Membros integrantes da UEM, não gozando nem a moeda escritural nem a moeda eletrónica de curso legal<sup>77</sup>.

Civil português continua a criar um dever genérico de aceitação das espécies monetárias com curso legal que é relevante e que não pode ser transposto para a moeda escritural, pese embora a aceitação bastante difundida da moeda escritural e os casos de aceitação obrigatória previstos no ordenamento jurídico português.

<sup>72</sup> Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “Direito das Obrigações”, Volume II, pp. 154 e 155.

<sup>73</sup> Paulo de Pitta e Cunha, in “Direito Europeu – Instituições e Políticas da União”, Almedina, 2006, pp. 153 e ss..

<sup>74</sup> Faz-se aqui apelo à necessária distinção entre o euro, enquanto unidade de valor, e as respetivas espécies metálicas.

<sup>75</sup> Por força do artigo 128.º, n.º 1 do TFUE, que dispõe que “O Banco Central Europeu tem o direito exclusivo de autorizar a emissão de notas de banco em euros na União. O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais podem emitir essas notas. As notas de banco emitidas pelo Banco Central Europeu e pelos bancos centrais nacionais são as únicas com curso legal na União.”. Também o artigo 10.º do Regulamento (CE) N.º 974/98 do Conselho, de 3 de maio de 1998 relativo à introdução do euro estipula que “A partir de 1 de Janeiro de 2002, o BCE e os bancos centrais dos Estados-membros participantes porão em circulação notas expressas em euros. Sem prejuízo do artigo 15.º, essas notas expressas em euros serão as únicas notas com curso legal em todos esses Estados-membros.”.

<sup>76</sup> O que resulta da interpretação cojugada do artigo 128.º, n.º 2 do TFUE, que estipula que “Os Estados-Membros podem emitir moedas metálicas em euros, sem prejuízo da aprovação pelo Banco Central Europeu do volume da respetiva emissão. O Conselho, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu e ao Banco Central Europeu, pode adotar medidas para harmonizar as denominações e especificações técnicas de todas as moedas metálicas destinadas à circulação, na medida do necessário para permitir a sua fácil circulação dentro da União.” e do artigo 11.º do Regulamento (CE) N.º 974/98 do Conselho, de 3 de maio de 1998: “A partir de 1 de janeiro de 2002, os Estados-membros participantes emitirão moedas expressas em euros ou em cents, que respeitem as denominações e as especificações técnicas que o Conselho possa adotar nos termos do n.º 2, segundo período, do artigo 105.ºA do Tratado. Sem prejuízo do artigo 15.º, essas moedas serão as únicas moedas com curso legal em todos esses Estados-membros. À exceção da autoridade emissora e das pessoas especificamente designadas pela legislação nacional do Estado-Membro emissor, ninguém poderá ser obrigado a aceitar mais de cinquenta moedas num único pagamento.”.

<sup>77</sup> Se a questão será líquida quanto à moeda eletrónica, já que não se encontra qualquer norma de onde possa resultar a atribuição de curso legal a tal moeda, a questão já mereceu alguma discussão no que respeita à moeda escritural, nomeadamente *ex vi* de algumas dúvidas surgidas acerca da correta

Face a quanto antecede, inexistindo norma que atribua curso legal à moeda escritural no nosso ordenamento jurídico esta não é objeto de obrigações pecuniárias<sup>78</sup>.

Não sendo a moeda escritural objeto de obrigação pecuniária a respetiva prestação não se traduzirá em cumprimento de obrigações desta modalidade. Tal quer dizer que o sujeito que se encontre vinculado perante outrem ao cumprimento de obrigação pecuniária não se eximirá de tal obrigação com a prestação de moeda escritural a menos que tal seja convencionado, traduzindo-se

interpretação a dar ao artigo 8.º do mencionado do Regulamento (CE) N.º 974/98 do Conselho, de 3 de maio de 1998 – neste sentido, Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário:...””, p. 110. Não nos parece, contudo, que do artigo 8.º do Regulamento possa resultar qualquer argumento no sentido do curso legal da moeda escritural fixada em euro, com fundamento em duas ordens de razões: Por um lado, cabe apontar que o mencionado artigo não estipula o curso legal da moeda escritural, não impondo a aceitação de pagamento em moeda escritural ao credor (seja ou não efetuada em euro), apenas tratando de um momento posterior, i.e., o da fixação da unidade de valor com reporte ao qual as operações escriturais deverão atender; Por outro lado, e do ponto de vista sistemático, a conjugação das normas vertidas nos artigos 5.º a 9.º com as dos artigos 10.º e 11.º não deixarão, salvo melhor entendimento em contrário, qualquer margem para dúvida quanto ao facto de a norma do artigo 8.º apenas ter em vista o período transitório, e por uma razão óbvia – a de que a conclusão da fase de transição levará ao desaparecimento das moedas nacionais dos Estados-Membros que integrem a UEM [as quais, na fase de transição, refira-se, já só representam subdivisões não decimais de valor do Euro (assim, Paulo de Pitta e Cunha, “Direito Europeu...” pp. 158 e 159”)] e, com isto, ao desaparecimento das unidades de valor com reporte ao qual as operações escriturais ainda poderiam ser realizadas durante a fase de transição. Em abono desta tese chame-se o considerando 20 do Regulamento.

<sup>78</sup> Em sentido diverso, Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário:...””, pp. 115 e ss.. O Autor suporta a sua tese, contudo, numa diferente compreensão do que seja a obrigação pecuniária, já que não considera integrar o conceito o curso legal da moeda, o que nos parece carecer de razão, quer face ao teor do artigo 550.º do CC. quer face às demais normas estabelecidas nos artigos 550.º a 558.º do C.C. que aludem sempre a moeda com curso legal (no ordenamento pátrio ou estrangeiro). Outro reparo nos parece merecer a crítica à tese real (como designa, e da forma como o faz, o mencionado Autor). Face ao quadro legal em vigor as obrigações pecuniárias têm um quadro próprio, *sui generis*, elaborado de acordo com o objeto da prestação devida e a necessária fixação da prestação por reporte ao valor da moeda devida. Nestes termos, estando perante moedas metálicas e notas estaremos perante coisas em sentido jurídico (cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “Direito das Obrigações”, Volume II, p. 153, nota 326), sem prejuízo de a respetiva prestação visar conferir um determinado valor. Caso estejamos perante moeda escritural ou eletrónica com curso legal a prestação já não será de coisa, mas será certamente obrigação pecuniária, pelo que caberá efetuar as devidas adaptações. Com isto dizemos que as obrigações pecuniárias não têm necessariamente por objeto a prestação de coisas, embora, perante o quadro vigente, sejam efetivamente coisas em sentido jurídico a constituir o objeto da prestação.

tal prestação em dação em cumprimento ou dação *pro solvendo*<sup>79</sup>, dependendo dos termos convencionados.

#### 1.4. Funções

O estudo da função ou funções cumpridas pela transferência escritural de fundos impõe efetuar desde já a referência à dogmática da causa, uma vez que entendemos que o apuramento da função da transferência apenas adquire verdadeiro significado quando tal se reproduza na determinação de efeitos jurídicos.

Face às intensas variações quanto à sua concetualização e relevância jurídicas<sup>80</sup>, começamos por avançar que, com Pedro País de Vasconcelos, entendemos que a causa pode ser entendida objetivamente ou subjetivamente, pode ser classificativa ou de juridicidade e, poderá referir-se à atribuição patrimonial, à obrigação ou ao negócio jurídico<sup>81</sup>, e, com Carlos Ferreira de Almeida, ainda acrescentaríamos que nos podemos referir à causa eficiente ou à causa final<sup>82</sup>, sendo que todos estes diferentes entendimentos de *causa* relevarão em termos jurídicos, embora em planos e com consequências distintas.

A causa eficiente consiste na fonte dos efeitos jurídicos, enquanto que a causa final se refere à finalidade prosseguida pelas partes com o ato<sup>83</sup>. A causa final poderá ser entendida subjetivamente, como os motivos das partes, ou objetivamente, como a função económico-social do ato ou do tipo<sup>84</sup>. A causa pode ainda ser vista, sob um outro prisma, como causa classificativa, enquanto

<sup>79</sup> Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, Volume I, p. 823 e nota 3. Sobre a distinção entre dação em cumprimento e dação em função do cumprimento vide Mário Júlio de Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, 10.<sup>a</sup> Edição Reelaborada, Almedina, 2006, pp. 1092 e ss..

<sup>80</sup> Acerca da causa e da discussão havida em torno da causa, Francisco Manuel Pereira de Brito Coelho, in “Contratos Complexos e Complexos Contratuais”, Coimbra Editora, 2014, pp. 58 e ss.; Carlos Ferreira de Almeida, in “A função-económico social na estrutura do contrato”, in “Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques”, AA. vários, sob a coordenação de Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro, pp. 57 a 80; Pedro País de Vasconcelos, in “Teoria Geral do Direito Civil”, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2005, pp. 613 e ss..

<sup>81</sup> Pedro País de Vasconcelos, “Teoria Geral do Direito Civil”, pp. 620 e ss..

<sup>82</sup> Carlos Ferreira de Almeida, “A função-económico social na estrutura do contrato”, pp. 60 e ss..

<sup>83</sup> Autor e obra mencionados na nota anterior, pp. 60 e 61.

<sup>84</sup> Pedro País de Vasconcelos, “Teoria Geral do Direito Civil”, pp. 620 e 621; e Francisco Manuel Pereira de Brito Coelho, “Contratos Complexos e Complexos Contratuais”, pp. 59 e ss. (com especial atenção à nota 121). Explicando fundamentadamente em que consiste a *função económico-social* vide Carlos Ferreira de Almeida, “A função-económico social na estrutura do contrato”, pp. 60 e ss..

índice do tipo a ter em conta no sistema móvel de qualificação de determinado negócio jurídico<sup>85</sup>, ou como causa de juridicidade, enquanto elemento a sindicar através da sua relação com o sistema jurídico<sup>86</sup>. Finalmente, destacamos que a causa se pode referir à atribuição patrimonial ou à obrigação, onde se sindicará quer a causa eficiente quer a causa final, com vista ao apuramento do fundamento da atribuição ou da obrigação, resultando o juízo valorativo negativo na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, no primeiro caso, ou ao negócio jurídico, onde se sindicará a causa final, quer enquanto fundamento de juridicidade<sup>87</sup> quer enquanto elemento do tipo a ter em conta na qualificação<sup>88</sup>.

Todas as diferentes perspetivas que referimos podem ser objeto de análise no que respeita à transferência escritural de fundos, sendo que a sua prévia indicação facilitará (assim o esperamos...) a apreensão das considerações que se vertam acerca da função da transferência bancária. Nestes termos, antecipamos desde já que não nos referiremos nem aos motivos subjetivos das partes nem à causa como fundamento de juridicidade, já que estas apenas podem ser apuradas e, assim, ganhar relevância jurídica, na confrontação com um caso concreto<sup>89</sup>. Porém, a referência às funções e (ou...) à causa da transferência escritural de fundos deve ser ainda antecedida de uma prévia distinção. De facto, ao falarmos de transferência escritural de fundos podemos-nos estar a referir ao negócio jurídico que tem por objeto a realização da transferência, à transferência escritural de fundos tomada enquanto operação concreta, que se assume como

<sup>85</sup> Acerca da causa enquanto critério de classificação vide, por todos, Pedro País de Vasconcelos, *in* “Contratos Atípicos”, 2.ª Edição, Almedina, 2009, pp. 121 e ss..

<sup>86</sup> Pedro País de Vasconcelos, “Teoria Geral do Direito Civil”, pp. 621 e 622; Carlos Ferreira de Almeida, “A função-económico social na estrutura do contrato”, p. 63. Francisco Manuel Pereira de Brito Coelho chama a atenção para aquilo que considera ser o “escasso ou nulo” interesse prático das situações de *falta*, *viciação* ou *ilicitude* da causa (*in* “Contratos Complexos e Complexos Contratuais”, pp. 59 e ss.). Embora entendamos as críticas apontadas por parte do Autor, focadas essencialmente na desnecessidade de referência autónoma à causa para abarcar situações que acabam por ser resolvidas por outros institutos do sistema, consideramos que a referência à causa se justifica na medida em que permite a exposição unitária do tratamento jurídico conferido a situações resultantes de uma única fonte (no caso, a causa subjetiva ou objetiva do negócio).

<sup>87</sup> Pedro País de Vasconcelos, “Teoria Geral do Direito Civil”, pp. 621 a 624.

<sup>88</sup> Pedro País de Vasconcelos, *in* “Contratos Atípicos”, pp. 121 e ss..

<sup>89</sup> Sobre quanto fica dito remetemos para Francisco Manuel Pereira de Brito Coelho, “Contratos Complexos e Complexos Contratuais”, pp. 59 e ss..

uma operação de pagamento<sup>90</sup> ou, ainda, à atribuição patrimonial que desta resulte<sup>91</sup>.

A transferência escritural de fundos enquanto operação de pagamento consubstanciar-se-á na realização da prestação que o prestador de serviços de pagamento se obrigou a realizar perante o seu cliente nos termos de um negócio jurídico celebrado previamente. Tal negócio jurídico será um contrato de prestação de serviços de pagamento, que se traduzirá num contrato–quadro<sup>92</sup> ou num negócio jurídico bilateral tendo apenas por objeto a realização de uma operação de pagamento individual, que a doutrina nacional tem designado por contrato de serviços de pagamento singular<sup>93</sup>. O contrato de serviços de pagamento terá por função económico–social a disponibilização ao cliente dos instrumentos necessários à realização de operações escriturais ou eletrónicas de pagamento<sup>94</sup>.

Sem prejuízo, o prestador de serviços de pagamento apenas fica, por um lado, legitimado e, por outro lado, obrigado a realizar uma concreta operação de pagamento após receber uma ordem de pagamento validamente emitida e devidamente autorizada nesse sentido<sup>95</sup>. Assim, a operação de pagamento terá uma causa eficiente complexa, que reúne o contrato de serviços de pagamento, a autorização e a ordem de pagamento. Já a função económico–social típica da operação de pagamento de transferência escritural de fundos será a de realizar a movimentação de moeda escritural entre contas de pagamento de forma célere

<sup>90</sup> Definida no artigo 2.º, alínea g) do RJSPME como “... o ato, praticado pelo ordenante ou pelo beneficiário, de depositar, transferir ou levantar fundos, independentemente de quaisquer obrigações subjacentes entre o ordenante e o beneficiário.”

<sup>91</sup> Quanto fica dito deve-se ao facto, que entendemos por certo, de ser comum a pouca clareza das exposições acerca das funções da transferência bancária e, por outro lado, concomitante ou mesmo consequentemente, a falta de clareza quanto à natureza abstrata ou causal da *transferência bancária* ou da *operação de pagamento*.

<sup>92</sup> Definido no artigo 2.º, alínea o) do RJSPME como “... um contrato de prestação de serviços de pagamento que rege a execução futura de operações de pagamento individuais e sucessivas e que pode enunciar a s obrigações e condições para a abertura de uma conta de pagamento”.

<sup>93</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 231 e 232, seguido por Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros in “A Operação de Débito Directo”, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas – Direito Bancário e dos Seguros, Leccionado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, FDUL (inédito), 2013.

<sup>94</sup> Isto porque o contrato de serviços de pagamento, previsto e regulado no RJSPME, apenas tem por objeto transferências escriturais ou eletrónicas de fundos, conforme se pode retirar do confronto dos artigos 4.º e 5.º do diploma.

<sup>95</sup> Fenómeno que será estudado *infra*, nos pontos 4.2. e 4.3. do ponto III.

e segura, assim operando uma atribuição patrimonial<sup>96</sup>, muito embora a operação de pagamento não tenha necessariamente por fim operar uma atribuição patrimonial, podendo ter diversa função económico-social concreta<sup>97</sup>.

Finalmente, a atribuição patrimonial que resulte da operação de pagamento de transferência escritural de fundos poderá ter as mais diversas causas. Nomeadamente, esta atribuição patrimonial pode ser efetuada *solvendi causa*, *donandi causa* ou *credendi causa*, não servindo exclusivamente ao pagamento<sup>98</sup>. A função da atribuição patrimonial será encontrada na relação subjacente e, normalmente, apenas no âmbito desta interessará.

É muitas vezes apontada a abstração das operações de pagamento<sup>99</sup>, em termos que, as mais das vezes, apontam a abstração das operações de pagamento relativamente às relações subjacentes. Acreditamos, porém, que a abstração não se verifica tanto na relação entre a operação de pagamento e a relação subjacente, mas antes na relação da operação de pagamento com a causa da atribuição patrimonial, à qual a operação de pagamento não atende e se mantém absolutamente alheia. Dito de outra forma, a operação de pagamento encontra a sua causa final no contrato de prestação de serviços de pagamento, pelo que não é abstrato. Será sim a causa da atribuição patrimonial que se afigurará tendencialmente indiferente à realização da operação de pagamento<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Tal já era sustentado pela doutrina em momento anterior à entrada em vigor do RJSPME (cfr. Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 53 e ss.), e é confirmado pelas normas constantes deste diploma, construídas tendo em atenção a diversidade entre o titular da conta de origem e o titular da conta de destino dos fundos, consoante se retira, nomeadamente, do regime de irrevogabilidade e do regime da responsabilidade por não execução ou execução deficiente de ordens de pagamento.

<sup>97</sup> A função económico-social típica constituirá um índice do tipo, não obviando por si só à caracterização como operação de pagamento e à submissão ao regime do RJSPME a situação em que a causa classificativa do tipo falte – Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, pp. 129 e 130.

<sup>98</sup> Neste sentido, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, p. 5; Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, pp. 102 e 103 e, novamente, a pp. 131 e 132; Carlos Ferreira de Almeida, in “Contratos III – Conteúdo. Contratos de Troca”, 3.ª Edição, 2012, Almedina, pp. 106 e 180.

<sup>99</sup> Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, pp. 134 e ss.

<sup>100</sup> Com a precisão efetuada entendemos serem ajustados os apontamentos aduzidos Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, p. 135.

## 1.5. *Intervenientes*

### 1.5.1. Prestador de serviços de pagamento

A transferência escritural de fundos é uma operação de pagamento compreendida no âmbito dos serviços de pagamento, nos termos do artigo 4.º, alíneas *c*) e *d*) do RJSPME. Assim, por força do artigo 7.º do RJSPME apenas podem prestar serviços de transferência escritural de fundos: instituições de crédito com sede em Portugal cujo objeto compreenda o exercício dessa atividade; instituições de pagamento com sede em Portugal; instituições de moeda eletrónica com sede em Portugal; instituições de crédito com sede fora de Portugal legalmente habilitadas a exercer atividade em Portugal; instituições de moeda eletrónica e instituições de pagamento com sede noutro Estado membro da União Europeia, nos termos do RJSPME; sucursais de instituições de moeda eletrónica com sede fora da União Europeia, nos termos do RJSPME; a entidade concessionária do serviço postal universal; o Estado, as Regiões Autónomas e os serviços e organismos da administração direta e indireta do Estado, quando atuem no exercício de poderes públicos de autoridade; o Banco Central Europeu, o Banco de Portugal e os demais bancos centrais nacionais, quando não atuem na qualidade de autoridades monetárias ou no exercício de poderes públicos de autoridade.

A Diretiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro, transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro (DSP), que aprovou o RJSPME, procedeu à harmonização plena do mercado de serviços de pagamento na União Europeia procurando desenvolver a concorrência através da homogeneização das regras substantivas mas, também, através da abertura do mercado a novos agentes<sup>101</sup>. É neste âmbito que surgem novas regras relativas às instituições de pagamento<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Massimiliano Granieri, in “*La liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l’impatto della direttiva comunitaria sull’industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*”, in “*Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale – Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*”, AA. várias, sob a coordenação de Marco Mancini e Marino Perassi, n.º 63, Banca d’Italia, 2008, pp. 95 a 119 – pp. 97 a 111; Ruth Wandöfer, in “*The Payment Services Directive – support or challenge for SEPA*”, in “*Revue européenne de Droit bancaire & Financiere – EUREDIA*”, 2009/1, pp. 21-32 – pp. 21 a 24.

<sup>102</sup> Acerca das instituições de pagamento vide Vittorio Santoro in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, in “*Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale – Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*”, AA. várias, sob a coordenação de Marco Mancini e Marino Perassi, n.º 63, Banca d’Italia, 2008, pp. 23 a 38; Também Vittorio Santoro/Antonella Sciarrone Alibrandi – “*La nuova disciplina dei servizi di pagamento dopo il recepimento della*

e às instituições de moeda eletrónica, que vieram fixar o regime de acesso e de funcionamento no mercado de tais entidades<sup>103</sup>. As instituições de pagamento e de moeda eletrónica conhecem algumas particularidades de regime que irão influenciar a posição do beneficiário da transferência escritural de fundos e que, como tal, serão abordadas em título autónomo<sup>104</sup>.

### 1.5.2. Utilizador de serviços de pagamento

O RJSPME define utilizador de serviços de pagamento no seu artigo 2.º, alínea m), como “... uma pessoa singular ou coletiva que utiliza um serviço de pagamento a título de ordenante, de beneficiário ou em ambas as qualidades;”. Os utilizadores de serviços de pagamento contrapõem-se aos prestadores do serviço de pagamento, esgotando as categorias de sujeitos envolvidos na concreta operação de pagamento<sup>105</sup>, sendo imprescindível a sua prévia clarificação.

#### 1.5.2.1. Ordenante

O ordenante vem definido no artigo 2.º, alínea i) do RJSPME como “... uma pessoa singular ou coletiva que detém uma conta de pagamento e que autoriza uma ordem de pagamento a partir dessa conta, ou, na ausência de conta de pagamento, a pessoa singular ou coletiva que emite uma ordem de pagamento;”. O ordenante não será assim, necessariamente, quem emite uma ordem de pagamento, ao contrário do que a expressão poderia sugerir<sup>106</sup>. Ordenante é a pessoa singular ou coletiva que transfere os fundos. Estando os fundos numa conta de pagamento o ordenante será a pessoa que detém tal conta e que autoriza a ordem de pagamento (que pode ser emitida por outrem, como

*direttiva 2007/64/CE (D.LGS. 27 Gennaio 2010, n. 11)”, in “Banca, Borsa e Titoli di Credito”, Giuffrè Editore, Vol LXIII – Nuova serie – Maggio-Giugno 2010, pp. 377 a 388 – pp. 378 a 381; e Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 221 e 222.*

<sup>103</sup> A matéria respeitante às instituições de pagamento e de moeda eletrónica encontra-se regulada nos artigos 7.º a 39.º do RJSPME, correspondente ao título II.

<sup>104</sup> *Infra*, no ponto IV.2.4..

<sup>105</sup> Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros, in “A transferência a crédito – Notas caracterizadoras no contexto da SEPA e do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento”, in “Temas de Direito Bancário I”, Cadernos de Direito Bancário, n.º 8, Almedina, 2014, pp. 221 a 333, pp. 230 e ss. e 253 e ss.;

<sup>106</sup> Abordando a questão – Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairro, in “A transferência a crédito ...”, pp. 273 e 274.

veremos *infra*). Já não sendo os fundos suportados por uma conta de pagamento o ordenante será a pessoa que emite uma ordem de pagamento

#### 1.5.2.2. Beneficiário

O último interveniente na operação de pagamento de transferência escritural de fundos e, precisamente, aquele cuja posição jurídica será objeto do presente estudo, é o beneficiário, definido no artigo 2.º, alínea j) do RJSPME como “... uma pessoa singular ou coletiva que seja o destinatário previsto dos fundos que foram objeto de uma operação de pagamento;”. Resulta desde logo da definição avançada que o beneficiário será o destinatário previsto dos fundos, independentemente de qualquer outra característica. Assim, num plano temporal o destinatário será o último interveniente na operação de pagamento, assumindo, num plano estrutural, a posição passiva na operação. Assim se obtém o núcleo comum definidor da posição jurídica do *beneficiário*, ou o conteúdo essencial da mesma. Porém, a posição do beneficiário pode ser bastante mais complexa. De facto, o beneficiário pode igualmente emitir ordens de pagamento, consoante resulta da alínea s) do artigo 2.º do RJSPME<sup>107</sup> e é confirmado ao longo do diploma. Com efeito, dentro das operações de pagamento envolvendo na sua estrutura transferências escriturais de fundos são conhecidas as transferências a débito<sup>108</sup> – transferência a débito simples, débito direto ou pagamento através de cartão bancário – em que a ordem é emitida por parte do beneficiário ou através do mesmo<sup>109</sup>, em que a posição do beneficiário se apresenta substancialmente mais complexa.

Por outro lado, o regime jurídico material previsto no RJSPME aplica-se quer o beneficiário seja uma pessoa singular ou coletiva, embora algumas das normas constantes dos títulos III e IV do RJSPME possam ser afastadas no que respeita a utilizadores de serviços de pagamento que sejam pessoas coletivas, exceto se se tratarem de microempresas<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> “s) «Ordem de pagamento» qualquer instrução dada por um ordenante ou um beneficiário ao seu prestador de serviços de pagamento requerendo a execução de uma operação de pagamento;”.

<sup>108</sup> Em geral acerca desta matéria vide Rita Mafalda Vera-Cruz, “A Operação de Débito Directo”, pp. 17 a 56.

<sup>109</sup> Em atenção a tal facto existem diversas normas no RJSPME que estabelecem regras especialmente aplicáveis a tais situações, nomeadamente os artigos 60.º, n.º 2, 73.º, 74.º, 75.º, 76.º, 77.º e 87.º.

<sup>110</sup> Conforme explicaremos *infra*, no ponto III.2. do RJSPME, para onde remetemos.

O nosso estudo pretende efetuar a análise da posição jurídica do beneficiário de operações de pagamento envolvendo transferências escriturais de fundos naquilo que têm em comum mas, também, naquilo em que divergirem consoante a modalidade de operação de pagamento em causa ou consoante o prestador de serviços de pagamento.

## 1.6. Fontes

Mercê da importância económica da matéria e do foco que sobre a mesma vêm incidindo da parte das instituições comunitárias (esta com vista à criação de um mercado único europeu em matéria de transferências bancárias), existe bastante legislação especial aplicável às operações de pagamento que envolvam transferências escriturais de fundos<sup>111</sup>. Esta legislação não esgota porém o complexo normativo que deverá ser incluído nas fontes aplicáveis, pelo que apontaremos ainda alguns elementos que têm sido indicados como tal por parte da doutrina e da jurisprudência.

### 1.6.1. Fontes comunitárias

No plano comunitário devem ser apontados o *Regulamento (CE) n.º 924/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro*, que estabelece regras relativas aos pagamentos transfronteiriços na Comunidade Europeia; o *Regulamento (UE) n.º 260/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março*, que estabelece os requisitos técnicos e de negócio para as transferências a crédito e os débitos diretos em euros e alterou o Regulamento (CE) n.º 924/2009; e o *Regulamento (UE) n.º 248/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro*, que alterou o Regulamento (UE) n.º 260/2012 do Conselho, de 14 de março, no que se refere à migração para transferências a crédito e débitos diretos a nível da União; e *Regulamento (UE) 2015/847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015*, que estabelece regras relativas às informações que devem acompanhar as transferências de fundos, em qualquer moeda, para efeitos de prevenção, deteção e investigação do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, aplicável a partir de 26 de junho de 2017.

<sup>111</sup> Dando nota da influência da legislação comunitária na matéria dos serviços de pagamento – António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 570 e ss..

Também é de referir a *Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro 2007*<sup>112</sup>, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, e a *Diretiva 2009/110/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009*, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica, ao seu exercício e à sua supervisão prudencial. A matéria, contudo, virá a sofrer alterações com a Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que deverá encontrar-se transposta e cujas normas deverão aplicar-se nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Membros a partir do próximo dia 13 de janeiro de 2018<sup>113</sup>.

### 1.6.2. Fontes nacionais

A nível nacional a principal fonte aplicável à matéria dos serviços de pagamento consiste no *regime jurídico relativo ao acesso à atividade das instituições de pagamento e à prestação de serviços de pagamento (RJSPME)*, aprovado através do *Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro* e publicado em anexo ao diploma, a que temos feito referência ao longo do texto. O diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, e foi entretanto alterado pelo *Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro*, que regula o acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica, a prestação de serviços de emissão de moeda eletrónica e a respetiva supervisão prudencial no âmbito da transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva n.º 2009/110/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro, e, finalmente, pelo *Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro*, que introduziu as alterações derivadas do quadro Basileia III.

Foram ainda publicados o *Decreto-Lei n.º 381/77, de 9 de setembro*, que extinguiu as câmaras de compensação existentes, passando as atribuições que por lei lhes cabiam para a competência do Banco de Portugal; o *Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de setembro*, que regula o caráter definitivo da liquidação financeira realizada no âmbito de sistemas de pagamento, nomeadamente em

<sup>112</sup> Acerca do quadro normativo dos serviços de pagamento, de forma aprofundada, e por todos, vide Francisco Mendes Correia, in “Moeda Bancária e Cumprimento – O cumprimento das obrigações pecuniárias através de serviços de pagamento”, pp. 373 a 577.

<sup>113</sup> Esta Diretiva, conhecida por Diretiva dos Serviços de Pagamentos 2 (ou simplesmente DSP 2) introduzirá algumas novidades, como seja a previsão dos serviços de iniciação de pagamentos e dos serviços de informação sobre contas. À data em que o presente texto foi revisto pela última vez ainda não é conhecido diploma de transposição para o ordenamento jurídico português.

caso de falência ou medida equivalente aplicada a alguns dos seus participantes; o *Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho*, que estabeleceu as medidas nacionais necessárias à efetiva aplicação do Regulamento (CE) n.º 1781/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de novembro, relativo às informações sobre o ordenante que devem acompanhar as transferências de fundos; o *Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho*, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores; o *Decreto-Lei n.º 3/2010, de 5 de janeiro*, que proíbe a cobrança de encargos pela prestação de serviços de pagamento e pela realização de operações em caixas Multibanco; e o *Decreto-Lei n.º 141/2013, de 18 de outubro*, que assegurou a execução na ordem jurídica interna das obrigações decorrentes do Regulamento (UE) n.º 260/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012, que estabelece requisitos técnicos e de negócio para as transferências a crédito e os débitos diretos em euros.

A nível regulamentar cumpre ainda referir os Avisos do Banco de Portugal: *n.º 5/2013, de 18 de dezembro*, que regulamenta as condições, mecanismos e procedimentos necessários ao efetivo cumprimento dos deveres preventivos do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, no âmbito da prestação de serviços financeiros sujeitos à supervisão do Banco de Portugal; *n.º 12/2007, de 25 de maio*, que estabelece que as instituições de crédito devem permitir a visualização do nome associado ao NIB, ou ao número de conta, indicado pelo ordenante nas transferências a crédito efetuadas através de terminais automáticos em momento anterior à confirmação das operações; *n.º 10/2008, de 22 de dezembro*, que estabelece os deveres de informação e transparência a serem observados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras na publicidade de produtos e serviços financeiros e fixa as dimensões mínimas dos caracteres a usar na publicidade a produtos e serviços financeiros através de diferentes meios de difusão; *n.º 3/2009, de 27 de julho*, que designou os sistemas de pagamentos abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de setembro, relativo ao caráter definitivo da liquidação; *n.º 8/2009, de 12 de outubro*, que estabeleceu os requisitos mínimos de informação que devem ser satisfeitos na divulgação das condições gerais com efeitos patrimoniais dos produtos e serviços financeiros disponibilizados ao público pelas instituições de crédito e sociedades financeiras com sede ou sucursal em território nacional; e *n.º 7/2016, de 23 de agosto*, que determina a obrigação de prestação de informação que expressamente refira o saldo disponível existente nas respetivas contas de pagamento. Cabe referir ainda as Instruções do Banco de Portugal: *n.º 2/2009, de 16 de fevereiro*, que regula o modo de abertura e movimentação de contas de depósito à ordem junto do Banco de Portugal e criou o AGIL - Aplicativo

de Gestão Integrada de Liquidações, para gestão local do acesso a contas de depósito no Banco de Portugal, de instituições que não participem diretamente no TARGET2-PT2; n.º 3/2009, de 16 de fevereiro, que regulamenta o Sistema de Compensação Interbancária (SICOI) que compreende os subsistemas de Cheques e documentos afins, Efeitos Comerciais, Débitos Diretos, Transferências Eletrónicas Interbancárias e operações processadas através do Multibanco; n.º 54/2012, de 15 de janeiro, que regulamenta o funcionamento do sistema de transferências automáticas transeuropeias de liquidação por bruto em tempo real (TARGET2-PT)<sup>114</sup>.

Além dos diplomas legislativos e regulamentares apontados são ainda aplicáveis às transferências escriturais de fundos os artigos 266.º e seguintes do Código Comercial, a restante legislação contida no Cód. Com., *ex vi* do artigo 3.º do Cód. Com. no que não for regido pelos artigos 266.º e seguintes do diploma e, subsidiariamente, o regime do mandato civil, previsto nos artigos 1157.º e seguintes do C.C., por força do artigo 1156.º do C.C..

Também a lei das cláusulas contratuais gerais (LCCG), estabelecida através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e a legislação dirigida à proteção de consumidores têm um especial campo de aplicação no âmbito da contratação bancária<sup>115</sup>.

Finalmente, são ainda fontes de direito aplicáveis os costumes bancários e os usos bancários juridificados através da lei ou do contrato<sup>116</sup>.

## 1.7. Modalidades

### 1.7.1. Transferências a crédito e a débito

Uma primeira distinção que a doutrina costuma estabelecer consiste na distinção entre transferências a crédito e transferências a débito<sup>117</sup>. Em termos

<sup>114</sup> Optou-se por não fazer referência às múltiplas Cartas Circulares aplicáveis. No entanto, face à sua relevância e atualidade cumpre destacar a Carta Circular n.º 55/2015/DSP, de 10 de julho, relativo às orientações sobre a segurança dos pagamentos efetuados através da internet, e a Carta Circular n.º 68/2015/DSC, quanto aos deveres de informação a observar pelos prestadores de serviços de pagamento aos titulares de cartões de pagamento com a tecnologia de leitura por aproximação (contactless).

<sup>115</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 96 e 97.

<sup>116</sup> Assim, António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 215 e ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 97 e ss..

<sup>117</sup> Também designadas de transferências de crédito e de débito. Sobre estas vide Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *in* “A Transferência Bancária”, p. 31; E.P. Ellinger/Eva Lomnicka/

sintéticos, a transferência será a crédito quando a ordem de pagamento seja emitida pelo titular da conta de origem dos fundos e a débito quando a ordem de pagamento seja emitida pelo beneficiário ou através deste<sup>118</sup>, compreendendo a pura transferência a débito, os débitos diretos e os pagamentos através de cartões bancários<sup>119</sup>. Nesta medida, existem duas variantes das transferências a débito cujo conceito aqui é exposto, já que esta abrange quer as transferências em que é o próprio beneficiário a emitir a ordem de pagamento (*Einzugsermächtigungsverfahren*), ou será ainda o ordenante, embora através do beneficiário (*Abbuchungsauftragverfahren*) a emitir a ordem<sup>120</sup>.

Por outro lado, a transferência a crédito poderá ocorrer entre contas da titularidade exclusiva do mesmo sujeito. Já a transferência a débito terá por destino conta titulada por sujeito diverso do titular da conta de origem, uma vez que a sua estrutura pressupõe a diversidade de sujeitos, sem a qual não faria sentido<sup>121</sup>.

Richard Hooley, “*Ellinger’s Modern ...*”, p. 515; e, já no quadro do novo regime em matéria de serviços de pagamento, Francisco Mendes Correia, in “Moeda Bancária e ...”, pp. 715 a 804.

<sup>118</sup> De forma ilustrativa, Catarina Gentil Anastácio refere que nas transferências a crédito os fluxos de informação e de fundos vão na mesma direção, enquanto que nas transferências a débito os fluxos vão em sentido oposto. Também assim – E.P. Ellinger/Eva Lomnicka/Richard Hooley, “*Ellinger’s Modern ...*”, p. 515. Vide também Benjamin Geva, in “*Payment Transactions under the EU Payment Services Directive: A U.S. Comparative Perspective*”, in “*Penn State International Law Review*”, Volume 27, n.º 3,4, Spring 2009, pp. 713-755 – pp. 716 e 717. Sobre as transferências a débito vide Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros, in “A Operação de Débito Directo”, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas – Direito Bancário e dos Seguros, Leccionado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, FDUL (inédito), 2013; Giovanni B. Barillà, in “*L’addebito diretto come servizio di pagamento tra disciplina comunitaria ed esperienza tedesca*”, in “*Banca, Borsa e Titoli di Credito*”, Giuffrè Editore, Vol LXV – Nuova serie – Novembre-Dicembre 2012, pp. 678 a 717; e Giovanni B. Barillà “*L’addebito diretto*”, EduCatt, 2013.

<sup>119</sup> Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 100 e 101. A temática das operações de pagamento mediante cartão bancário não será objeto da nossa atenção no presente estudo. Acerca desta matéria vide E.P. Ellinger/Eva Lomnicka/Richard Hooley, “*Ellinger’s Modern ...*”, pp. 581e ss.; Joana Vasconcelos, “O Contrato de Emissão de Cartão de Crédito”, in “Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, 1.ª Edição, Universidade Católica Portuguesa, 2002; Juan Sánchez-Calero Guilarte, “*Tarjetas de Credito y Tutela Del Consumidor*”, in “*Revista de Derecho Bancario y Bursátil*”, n.º 98, 2005; Fernando Garcia Solé, “*Las tarjetas bancarias. Los contratos de tarjeta de débito y de crédito.*”, in “*La Contratación Bancaria*”, AA. vários, DYKINSON, S.L., 2007.

<sup>120</sup> Estabelecendo a diferenciação entre as duas variantes de transferência a débito *supra* aludidas, Giovanni B. Barillà “*L’addebito diretto*”, pp. 18 e ss.. Em sentido não coincidente, vide Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros, “A Operação de Débito Directo”, p. 44.

<sup>121</sup> Efetivamente, para que se possa dizer que a ordem é emitida pelo beneficiário ou através deste é necessário que o mesmo apresente autonomia quanto ao titular da conta de origem, como veremos ao tratar dos débitos diretos.

### 1.7.2. Transferências internas ou externas

A transferência poderá ainda ser interna ou externa, consoante seja efetuada entre contas abertas junto do mesmo ou de diversos prestadores de serviços de pagamento<sup>122</sup>.

A transferência interna poderá ter a intervenção de dois ou três sujeitos, dependendo de ser efetuada entre contas da titularidade do mesmo sujeito ou não<sup>123</sup>.

### 1.7.3. Transferências diretas e indiretas

A transferência externa poderá ser direta ou indireta, quando a mesma se estabeleça diretamente entre os prestadores de serviços de pagamento do titular da conta de origem e do beneficiário, ou indireta, quando se afigure necessário o recurso a prestadores que sirvam de intermediários<sup>124</sup>. O facto de a transferência externa ser direta ou indireta fará variar o número de intervenientes na operação. Assim, a transferência externa poderá ter a intervenção de três, quatro ou mais sujeitos, dependendo de ser direta ou indireta e de ser efetuada entre contas tituladas exclusivamente pelo mesmo sujeito ou não<sup>125</sup>.

### 1.7.4. Transferências nacionais, intracomunitárias e internacionais

Noutro prisma, a transferência poderá ser nacional, internacional<sup>126</sup> ou ainda intracomunitária. De facto, justifica-se a distinção entre as transferências de acordo com o seu âmbito espacial na medida em que esta trará óbvios resultados de relevo no campo jurídico, nomeadamente no que diz respeito à determinação da lei competente para regular a operação de transferência internacional<sup>127</sup>. Assim, a transferência será internacional quando um banco emissor

<sup>122</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 47 e 48.

<sup>123</sup> Beatriz Segorbe, in “A Transferência Bancária, a Moeda Escritural e a Figura da Delegação”, p. 97.

<sup>124</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, Almedina, 2004, pp. 47 e 48.

<sup>125</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *idem*, p. 48.

<sup>126</sup> Acerca dos critérios de delimitação da transferência internacional vide Catarina Martins da Silva, “A transferência bancária internacional – regime dos incidentes”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58, I, janeiro, 1998, pp. 235 a 316.

<sup>127</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 326 e ss..

e um banco recetor, inseridos na cadeia de transferência, se situem em Estados diferentes, sendo irrelevantes outros critérios, como seja a localização do ordenante e do beneficiário<sup>128</sup>.

Entendemos que se deve hoje acrescer às tradicionais distinções entre transferência nacional e internacional a transferência intracomunitária, na medida em que a legislação comunitária tem vindo a promover uma crescente harmonização dos regimes aplicáveis nos diferentes Estados membros da UE<sup>129</sup>, com claro reflexo no RJSPME<sup>130</sup>, muito embora, como veremos, o RJSPME não se aplique a todas as transferências intracomunitárias<sup>131</sup>.

## 1.8. A complexa estrutura da operação de transferência escritural de fundos

### 1.8.1. A estrutura da operação de transferência escritural de fundos

A operação de pagamento envolvendo a transferência escritural de fundos pode, como dissemos anteriormente, tratar-se de uma transferência entre contas exclusivamente detidas por um único titular ou não, a crédito ou a débito, interna ou externa, direta ou indireta, nacional, intracomunitária ou internacional. A diferente modalidade de transferência escritural de fundos fará

<sup>128</sup> Seguindo-se o critério avançado, entre nós, por Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *in* “A transferência bancária internacional...”, pp. 246 e 247 e, novamente, *in* “A Transferência Bancária”, p. 279, o qual parece ser confirmado pelo RJSPME, que no seu artigo 3.º atende à localização dos prestadores de serviços de pagamento na fixação do âmbito de aplicação do diploma, mas já não à localização do ordenante ou do beneficiário.

<sup>129</sup> Acerca da evolução da legislação comunitária na matéria, António Menezes Cordeiro, *in* “Direito Bancário”, 5.ª Edição (revista e atualizada), com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2014.

<sup>130</sup> Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros aponta o facto de o regime material do RJSPME se aplicar às transferências intracomunitárias mas não retira, segundo cremos, todas as devidas consequências do facto, já que considera que “...as tradicionais distinções... a respeito da transferência de acordo com o âmbito espacial perdem a sua relevância no seio deste novo regime.” (sic, do RJSPME), ou seja, que as tradicionais distinções entre transferência nacional e internacional perderiam a relevância para as regras de definição do âmbito de aplicação do RJSPME. Assim, Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros *in* “A transferência a crédito – Notas caracterizadoras no contexto da SEPA e do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento”, *in* “Temas de Direito Bancário I”, Cadernos de Direito Bancário, n.º 8, Almedina, 2014, pp. 236 a 238. Acreditamos, porém, que se justifica a distinção entre transferência nacional e internacional mas deve ser aditada uma nova distinção de âmbito espacial, atento o regime uniforme (ou uniformizado...) decorrente da transposição das Diretivas comunitárias acerca da matéria dos serviços de pagamento.

<sup>131</sup> Assim, *infra*, ponto III.2..

variar necessariamente a estrutura da operação<sup>132</sup>. No entanto, a doutrina tem apontado a existência de diversas relações envolvidas na transferência escritural de fundos que se divisam normalmente na sua estrutura, nomeadamente, a relação subjacente, a relação de provisão, a relação de transferência, a relação de execução e a relação entre o beneficiário e o respetivo prestador de serviços de pagamento<sup>133</sup>.

### 1.8.2. Relação subjacente

A relação subjacente, de valuta, fundamental<sup>134</sup> ou de atribuição<sup>135</sup> consiste na relação entre o ordenante e o beneficiário e que serve de causa final à atribuição patrimonial operada através da transferência escritural de fundos<sup>136</sup>.

A relação subjacente poderá ter as mais diversas naturezas. Nomeadamente, poderá tratar-se de um negócio jurídico bilateral ou unilateral, gratuito ou oneroso, ou até de uma fonte de obrigações não negocial, podendo a atribuição patrimonial ser efetuada *solvendi causa*, *donandi causa* ou *credendi causa*, não servindo exclusivamente ao pagamento<sup>137</sup>. Como foi oportunamente referido ao falar acerca da moeda escritural, esta modalidade de moeda não tem curso legal, razão pela qual nem tem eficácia liberatória genérica nem é, tão pouco, objeto de obrigações pecuniárias<sup>138</sup>. Essencial, assim, é que a obrigação a cargo do ordenante possa ser efetuada através de transferência escritural de fundos<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> Neste sentido, Gian Franco Campobasso, in “*Il Bancogiro. Profilo Strutturali*”, in “*Le Operazioni Bancarie*”, Tomo II, AA. Vários, sob organização de Giuseppe B. Portale, Giuffrè Editore, Milão, 1978, p. 639.

<sup>133</sup> Assim, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 235 e ss.; Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 103 e ss..

<sup>134</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 235.

<sup>135</sup> Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, p. 103.

<sup>136</sup> Acerca da causa da atribuição patrimonial já nos referimos no ponto II.1.4..

<sup>137</sup> Adriano Paes da Silva Vaz Serra, in “Contratos a Favor de Terceiro – Contratos de Prestação por Terceiro”, separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 51, Empresa Nacional de Publicidade, 1955, pp. 114 e 115; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, p. 235; Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, pp. 102 e 103 e, novamente, a pp. 131 e 132.

<sup>138</sup> Ponto II.1.3.5..

<sup>139</sup> Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, pp. 110 e ss..

ou que as partes na relação subjacente acordem neste sentido<sup>140-141</sup>, sendo que, no último caso, estaremos perante uma dação em função do pagamento, que será a situação mais comum, ou até uma dação em cumprimento consoante os termos acordados.

A relação subjacente, como qualquer relação, apenas existe entre dois ou mais sujeitos. Assim, nas transferências escriturais de fundos entre contas detidas exclusivamente por um único titular não existirá relação subjacente<sup>142</sup>. Nestes casos não existirá, em bom rigor, uma atribuição patrimonial. No entanto, as normas aplicáveis à realização de operações de pagamento previstas no RJS-PME continuam a ser aplicáveis a estas transferências, já que continua a ser solicitado ao prestador de serviços a realização de uma transferência de fundos entre contas, as quais implicarão, normalmente, diferentes posições contratuais para o titular<sup>143</sup>. Sem prejuízo do exposto, a situação socialmente típica será a de que o ordenante pretenda efetuar uma atribuição patrimonial através da transferência escritural de fundos<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, Volume I, p. 823 e nota 3; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 241 e ss..

<sup>141</sup> Não consideramos assim que seja essencial que a obrigação no âmbito da relação subjacente se trate de uma prestação pecuniária fungível, até porque não consideramos que a transferência possa ser objeto de obrigações pecuniárias. Em sentido contrário vide Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, p. 104.

<sup>142</sup> Chamando a atenção para o facto, reconduzindo a transferência entre contas do mesmo titular enquanto prestação integrada no serviço de caixa, Carlos Ferreira de Almeida, *in* “Contratos III – Conteúdo. Contratos de Troca”, 3.ª Edição, 2012, Almedina, pp. 179 e 181-182.

<sup>143</sup> Um bom exemplo será o da transferência ordenada entre uma simples conta de depósito à ordem e uma conta de depósito a prazo, ou vice-versa, que terá repercussões no que respeita à contagem de juros e às taxas aplicáveis. Mas qualquer alteração de saldo entre contas poderá ainda ter por consequência a inscrição de um montante que se encontrava numa conta com saldo positivo para uma conta com saldo negativo, onde o funcionamento da conta-corrente implicará a diminuição dos montantes ao dispor do titular, o que não aconteceria caso a transferência não houvesse sido ordenada. Os exemplos são múltiplos e pretendem apenas ilustrar aquele que é o normal resultado da alteração de saldos entre contas, i.e., o da alteração da posição jurídica do titular. Não é assim, de todo, irrelevante ao titular exclusivo de contas de pagamento a transferência e, como tal, as normas do RJS-PME que tenham por fim a proteção da posição dos utilizadores serão plenamente aplicáveis. Por outro lado, algumas normas constantes do RJS-PME têm uma *ratio* de proteção da rapidez e da segurança de funcionamento dos serviços de pagamento, sob uma lógica de salvaguarda dos prestadores de serviços, como seja a que estabelece a irrevogabilidade da ordem de pagamento após receção da mesma por parte do prestador de serviços de pagamento. Nestes casos será igualmente irrelevante que a transferência seja efetuada entre contas exclusivamente detidas pelo mesmo titular ou não.

<sup>144</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 235 e ss..

A doutrina tem discutido o lugar e o momento do cumprimento de uma obrigação através de transferência escritural de fundos. Caso o acordo no sentido do cumprimento através de transferência se traduza numa dação em cumprimento o cumprimento da obrigação da relação subjacente dá-se com a ordem de transferência, seja ela emitida por parte do ordenante ou por parte do beneficiário ou através do mesmo. Caso estejamos perante uma dação em função do cumprimento entendemos que o cumprimento se dará no local do banco onde a conta de pagamento do destinatário estiver situada<sup>145</sup>. No que respeita ao momento do cumprimento consideramos que este ocorrerá no momento em que se deva considerar que o beneficiário recebeu os fundos. Assim, nas transferências internas, o cumprimento dar-se-á no momento em que o beneficiário possa dispor dos fundos transferidos para a sua conta. Já nas transferências externas o cumprimento dar-se-á no momento em que os fundos forem creditados na conta do prestador de serviços do beneficiário<sup>146</sup>, o qual, para o efeito, é um terceiro autorizado a receber a prestação em nome do beneficiário, nos termos do artigo 770.º, alínea a) do C.C.<sup>147</sup>, que tem ainda a obrigação de receber os fundos e os depositar na conta do beneficiário ao abrigo do contrato de prestação de serviços de pagamento celebrado com o mesmo. Confirmam quanto fica dito os artigos 84.º, 86.º, n.º 2 e 4 e 87.º, n.º 3 e 4 do RJSPME, que claramente colocam a cargo do prestador de serviços do beneficiário a obrigação de creditar a conta do mesmo após a receção dos fundos na sua conta, bem como exoneram o prestador de serviços do beneficiário quanto a qualquer responsabilidade após o momento em que os fundos sejam creditados na conta do prestador de serviços do beneficiário.

<sup>145</sup> Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 123 e ss.. Antonella Sciarrone Alibrandi, in “L’adempimento dell’obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment Services Directive 2007/64/CE”, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale – Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni”, AA. várias, sob a coordenação de Marco Mancini e Marino Perassi, n.º 63, Banca d’Italia, 2008, pp. 59 a 74 – p. 66.

<sup>146</sup> Fazendo o enquadramento perante o direito italiano e defendendo a posição vertida *supra* vide Antonella Sciarrone Alibrandi, “L’adempimento dell’obbligazione pecuniaria ...”, pp. 59 a 74, em especial pp. 69 e ss..

<sup>147</sup> Esta é a posição seguida por Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 257 e ss.; Seguida por Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 122 e 123.. No sentido de que o cumprimento só ocorre no momento da inscrição a crédito na conta de pagamento do beneficiário, cessando a mora, no entanto, no momento da inscrição a crédito na conta do respetivo prestador de serviços, seguindo alguma decisões jurisprudenciais da *Cour de cassation* – Christian Gavalda/Jean Stoufflet, in “Droit Bancaire – Institutions – Comptes – Opérations – Services”, 8.ª Édition, Litec, 2010, p. 665.

### 1.8.3. Relação entre o ordenante e o seu prestador de serviços de pagamento

A realização de uma operação de pagamento de transferência escritural de fundos dá-se entre contas de pagamento detidas em um ou mais prestadores de serviços de pagamento. Ora, a afetação da conta de origem pela inscrição a débito pressupõe uma atuação do prestador de serviços de pagamento – que executa a inscrição – e implica afetação da posição jurídica do ordenante sobre o saldo da conta, nomeadamente, decorrente de contrato de depósito bancário ou de crédito concedido por parte do prestador de serviços. Por outro lado, e concomitantemente, o prestador de serviços de pagamento apenas tem o dever de transferir para a conta do beneficiário ou do respetivo prestador de serviços de pagamento quantia equivalente àquela que possa lançar a débito na conta do seu cliente, quer seja por o saldo desta constante ter um valor superior ao valor a transferir quer seja porque está obrigado perante o seu cliente a conceder-lhe crédito até ao valor em causa. Com esta breve síntese abordamos aqueles que são os elementos essenciais da relação entre o prestador de serviços de pagamento e o ordenante, conforme passaremos a explicar.

Os fundos a transferir através da transferência escritural de fundos são fundos ao dispor do ordenante. Tais fundos podem reconduzir-se ao saldo pré-existente na conta de origem ou a crédito concedido ao ordenante por parte do prestador de serviços de pagamento. Essencial é que a operação de pagamento, efetuada por parte do prestador de serviços de pagamento, corra por conta do ordenante<sup>148</sup>, devendo os fundos ser preexistentes, suficientes e estar disponíveis<sup>149</sup>. Fala-se, a este respeito, de *relação de provisão*<sup>150</sup>.

*A par da referida relação de provisão a execução de uma operação de pagamento de transferência escritural de fundos pressupõe ainda a existência de uma relação de transferência*, da qual resultará quer o dever de executar a ou as ordens de transferência

<sup>148</sup> Sobre o sentido da atuação por conta vide Manuel Januário da Costa Gomes, in “Contrato de Mandato”, 2.ª Reimpressão da edição de 1990, AAFDL, Lisboa, 2012, pp. 16 e ss..

<sup>149</sup> Aplicando-se o mesmo raciocínio que aplica, quanto ao cheque, Paulo Olavo Cunha, in “Cheque e Convenção de Cheque”, Almedina, 2009, pp. 509 e ss. – com a notória semelhança de que, no caso das operações de pagamento de transferência escritural de fundos os fundos têm de se encontrar disponíveis no momento em que a ordem é recebida, mas não necessariamente no momento em que é emitida, já que pode haver um lapso temporal entre os dois momentos, conforme resulta do artigo 75.º, n.º 4 do RJSPME.

<sup>150</sup> Acerca da relação de provisão vide, por todos, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 124 e ss.; Paulo Olavo Cunha, in “Cheque e Convenção de Cheque”, Almedina, 2009, pp. 509 e ss..

por parte do prestador de serviços de pagamento quer a autorização que lhe é concedida por parte do ordenante para afetar a sua posição jurídica<sup>151</sup>.

Anteriormente à entrada em vigor do RJSPME a doutrina procurava no serviço de caixa ou no giro bancário a conformação contratual da relação de transferência<sup>152</sup>. No contrato de abertura de conta consta efetivamente, como elemento essencial, o giro bancário, que pode ser definido como “... o conjunto das operações escriturais de fundos, realizadas por um banqueiro, a pedido do seu cliente ou a favor dele.”<sup>153</sup>, o qual se inclui no mais vasto serviço de caixa<sup>154/155</sup>. O contrato de giro bancário terá por objeto a realização de operações de pagamento de transferência internas ou externas, a crédito ou a débito e nacionais, intracomunitárias ou internacionais<sup>156</sup>, não abrangendo, porém, os cartões bancários<sup>157</sup>. Desta forma, quer através da inclusão no giro bancário ou no serviço de caixa, a relação de transferência era enquadrada na abertura de conta ou num contrato autónomo, coligado ou não com a abertura de conta, de serviço de caixa ou de giro bancário.

Colhendo todos os subsídios que ficam do reporte da relação à abertura de conta, ao serviço de caixa ou ao giro bancário, o contrato que institui a relação de transferência é hoje um contrato típico, previsto no RJSPME. Falamos assim do contrato de prestação de serviços de pagamento<sup>158</sup>. Tal como referido, o contrato pode consistir num contrato-quadro<sup>159</sup> ou num negócio jurídico bilateral tendo apenas por objeto a realização de uma operação de pagamento

<sup>151</sup> Não concordamos, assim, que se inclua na relação de provisão a relação de transferência, como entendemos fazer Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 125 e ss..

<sup>152</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 133 e ss..

<sup>153</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 564.

<sup>154</sup> Gian Franco Campobasso, in “*Il Bancogiro. Profilo Strutturali*”, in “*Le Operazioni Bancarie*”, Tomo II, AA. Vários, sob organização de Giuseppe B. Portale, Giuffrè Editore, Milão, 1978, pp. 652 e 667 e ss.. João Calvão da Silva, in “Conta corrente bancária: operação não autorizada e responsabilidade civil”, in “Revista de Legislação e Jurisprudência”, Coimbra Editora, ano 144, n.º 3991, março-abril, 2015, pp. 290 a 326 – pp. 307 e ss..

<sup>155</sup> Acerca do serviço de caixa e do giro bancário e criticando a extensão (e imprecisão) do conceito de serviço de caixa – Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 133 a 137.

<sup>156</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 564.

<sup>157</sup> Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, p. 128.

<sup>158</sup> Acerca do contrato de prestação de serviços de pagamento vide, por todos, Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 125 e ss.; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 578 e ss..

<sup>159</sup> Definido no artigo 2.º, alínea o) do RJSPME como “... um contrato de prestação de serviços de pagamento 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”.

individual<sup>160</sup>, e terá por função económico-social a disponibilização ao cliente dos instrumentos necessários à realização de operações escriturais ou eletrónicas de pagamento<sup>161</sup>. Elementos essenciais do contrato serão a adstrição do prestador de serviços à realização de uma ou mais operações de pagamento por conta do cliente e o dever do cliente de proceder ao pagamento da retribuição devida<sup>162</sup>. Será ainda um contrato oneroso, comutativo e sinalagmático, normalmente de adesão<sup>163</sup> e escrito, muito embora a lei não imponha qualquer forma para o contrato<sup>164</sup>, celebrado entre um prestador de serviços de pagamento, atuando no âmbito da sua atividade empresarial, e o seu cliente.

Através do contrato de prestação de serviços de pagamento *supra* mencionado ficará normalmente instituído um mandato sem representação, tendo por objeto a realização de operações de pagamento<sup>165</sup>, o qual assume natureza subjetiva e objetivamente comercial, respetivamente nos termos dos artigos 2.º e 362.º do Cód. Com.<sup>166</sup>

Pelo contrato celebrado ficam acordados os termos em que o prestador de serviços de pagamento ficará, por um lado, autorizado e, por outro, vinculado à aceitação e à realização de ordens de pagamento<sup>167</sup>, as quais poderão ser emitidas quer pelo ordenante quer pelo beneficiário ou através deste. As

<sup>160</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 231 e 232, seguido por Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros in “A Operação de Débito Directo”, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas – Direito Bancário e dos Seguros, Leccionado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, FDUL (inédito), 2013.

<sup>161</sup> Isto porque o contrato de serviços de pagamento, previsto e regulado no RJSPME, apenas tem por objeto transferências escriturais ou eletrónicas de fundos, conforme se pode retirar do confronto dos artigos 4.º e 5.º do diploma.

<sup>162</sup> Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 136 e ss..

<sup>163</sup> Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 128 a 130.

<sup>164</sup> Não obstante as obrigações de informação a cargo do prestador de serviços de pagamento que a lei impõe serem prestadas por escrito, e que não se podem confundir com a forma da proposta contratual. Em sentido contrário, Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário...”, pp. 132 a 134.

<sup>165</sup> Gian Franco Campobasso, in “*Il Bancogiro...*”, pp. 667 e ss.. Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 151 a 159. Os Autores discordam, porém, quanto à caracterização como mandato geral ou especial do antigo giro bancário. Pela nossa parte, estando em causa atos de tipo predeterminado estamos perante um mandato especial – Acerca da diferenciação entre as duas modalidades de mandato – Manuel Januário da Costa Gomes, “Contrato de Mandato”, pp. 49 a 54.

<sup>166</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 151 e ss.; Rita Mafalda Vera-Cruz Pinto Bairros, “A transferência a crédito...”, pp. 325 ss..

<sup>167</sup> Acerca da ordem de pagamento vide François Grua, “Contracts Bancaires...”, pp. 158 e ss.; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, pp. 165 e ss., em momento prévio à publicação do RJSPME. Já perante o regime do RJSPME vide Francisco

ordens de pagamento constituem negócios jurídicos unilaterais<sup>168</sup> abstratos<sup>169</sup>, que constituem atos de especificação da relação gestória resultante do contrato de prestação de serviços de pagamento previamente estabelecido<sup>170</sup> ou como convite a contratar ou proposta contratual<sup>171</sup>.

Sem prejuízo de quanto ficou dito quanto à normal constituição de uma relação de mandato entre o ordenante e o respetivo prestador de serviços de pagamento pensamos imporem-se algumas observações e especificações suplementares no que respeita à natureza jurídica da relação instituída. Assim, entendemos que a transferência escritural de fundos é um ato necessariamente praticado por um terceiro que não o titular da moeda escritural<sup>172</sup> – o prestador de serviços de pagamento – contra remuneração, através de inscrições constitutivas tendo por objeto e fim a afetação jurídica das contas de origem e de destino, de forma a efetuar uma transferência de fundos. A mera transferência, independentemente da sua causa retirada da relação subjacente, gera efeitos de direito, ao fazer a moeda escritural circular entre contas de pagamento. Porém, tal constitui apenas a execução do ato devido ao abrigo do contrato de prestação de serviços de pagamento, não dependendo os seus efeitos jurídicos de qualquer declaração de vontade por parte do prestador de serviços de pagamento. Assim, entendemos que a transferência escritural de fundos é efetuada através de atos materiais, o que impedirá, à partida, a recondução da operação quer ao mandato civil quer ao mandato comercial<sup>173</sup>, mas permitirá sempre a sua inclusão na

Rodrigues Rocha, *in* “Do giro bancário...”, pp. 139 e ss.. Fazendo a ponte entre a situação pré e pós publicação do RJSPME, João Calvão da Silva, “Conta corrente bancária...”, pp. 307 e ss..

<sup>168</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *in* “A Transferência Bancária”, pp. 169 e ss..

<sup>169</sup> Carlos Ferreira de Almeida, “Contratos II...”, p. 180.

<sup>170</sup> Campobasso, *in* “*Il Bancogiro...*”, p. 671 e nota 89.

<sup>171</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, *in* “A Transferência Bancária”, pp. 169 e ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, p. 253; Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, p. 140.

<sup>172</sup> Não havendo necessariamente uma interposição de pessoa – como a define Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *in* “O Mandato Sem Representação”, Coleção Jurídica Portuguesa, Edições Ática, 1961, pp. 162 e ss. – nomeadamente quanto a transferência seja efetuada entre contas exclusivamente detidas pelo mesmo titular. No mesmo sentido vide Carlos Ferreira de Almeida, “Contratos III ...”, pp. 181 e 182.

<sup>173</sup> Que terá por objeto a prática de atos jurídicos – assim, quanto ao mandato civil, Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *in* “O Mandato Sem Representação”, pp. 164; e Manuel Januário da Costa Gomes, *in* “Contrato de Mandato”, 2.ª Reimpressão da edição de 1990, AAFDL, Lisboa, 2012. Quanto ao mandato comercial vide Manuel Januário da Costa Gomes, “Contrato de Mandato Comercial ...”, pp. 493 e ss.

categoria da prestação de serviços<sup>174</sup>. Nestes termos, consideramos estar perante uma prestação de serviços de tipo financeiro<sup>175</sup>, sendo assim subsidiariamente aplicáveis as regras relativas ao mandato civil, *ex vi* do artigo 1156.º do C.C..

As transferências escriturais de fundos consistem ainda em operações bancárias, as quais consubstanciam atos de comércio por força do artigo 362.º do Cód. Com.<sup>176</sup>, o que poderia levar a dúvidas acerca da aplicação supletiva do regime do mandato ou da comissão comercial. Porém, o mandato comercial e a comissão têm por objeto atos de comércio que sejam atos jurídicos, sem prejuízo de acessoriamente serem praticados atos materiais<sup>177</sup> e de nem sempre ser “... cristalina a diferença entre atos jurídicos e atos materiais...”<sup>178</sup>, o que poderia apresentar algum óbice ao enquadramento das transferências escriturais de fundos. Porém, consideramos ser sustentável a aplicação analógica do regime constante da lei comercial mesmo quanto a atos comerciais materiais<sup>179</sup>, até por força do artigo 3.º do Cód. Com., razão pela qual propugnamos a aplicação subsidiária do regime do contrato de comissão às operações de pagamento envolvendo transferências escriturais de fundos<sup>180</sup>.

<sup>174</sup> Também o faz Carlos Ferreira de Almeida, *in* “Contratos III – Conteúdo. Contratos de Troca”, 3.ª Edição, 2012, Almedina, pp. 164 e ss., em especial a pp. 179 a 182.

<sup>175</sup> Tal como o faz António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, p. 583.

<sup>176</sup> Neste sentido, Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 252 e ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *in* “Direito Comercial – Vol. I”, Almedina, 2014, p. 226; Em sentido contrário pronunciou-se Francisco Rodrigues Rocha, *in* “Do giro bancário...”, p. 131.

<sup>177</sup> Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, *in* “Contrato de Mandato Comercial – Questões de Tipologia e Regime”, *in* “As Operações Comerciais”, AA. vários, sob a orientação de Oliveira Ascensão, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, pp. 494 a 496.

<sup>178</sup> Citando Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, p. 254.

<sup>179</sup> Consoante é sustentado por Pedro Pais de Vasconcelos *in* “Mandato Bancário”, *in* “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocência Galvão Telles”, II Volume, Direito Bancário, Livraria Almedina, 2002, pp. 131 a 155 – p. 132.

<sup>180</sup> Outras posições podem encontrar-se na doutrina. Nomeadamente, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio defende a aplicação do regime da comissão, considerando que o banco pratica atos jurídicos (pagamento) em nome próprio – *in* “A Transferência Bancária”, pp. 151 e ss.. Já Francisco Rodrigues Rocha não aborda a questão de determinar se o banco pratica ou não atos jurídicos, considerando porém que os atos não são objetivamente comerciais a menos que ganhem tal natureza por conexão – *in* “Do giro bancário...”, pp. 130 e 131. Entendemos, pelo contrário, que por um lado não se deve caracterizar a transferência como um ato de pagamento (como já foi dito, a atribuição patrimonial resultante da operação de pagamento pode ter diversas causas e, inclusive, pode a transferência ser praticada entre contas exclusivamente detidas pelo mesmo titular) e, por outro, que a transferência escritural de fundos é um ato objetivamente comercial por força do artigo 362.º do Cód. Com., pelo que o seu regime deve ser reconduzido ao mandato comercial por força do artigo 363.º do Cód. Com., não se devendo, de todo, procurar na relação

Sem prejuízo de tudo quanto fica referido, o regime dos serviços de pagamento constante do RJSPME não deixa de agrupar várias modalidades de operações de pagamento com diferenças estruturais e funcionais relevantes. Acreditamos, assim, que não é possível tratar todas as operações de pagamento incluídas no RJSPME sem atender às suas diferenças. Assim, e não obstante mantermos a recondução das várias operações de pagamento de transferência escritural de fundos à classe<sup>181</sup> dos contratos de prestação de serviços e de sustentarmos a respetiva comercialidade, consideramos que nas operações de pagamento em que a estrutura e a função do contrato de serviços de pagamento e do seu ato executivo – ou seja, a operação de pagamento – sejam direcionados à realização de atribuições patrimoniais a terceiros estaremos perante atos jurídicos<sup>182</sup> e, como tal, estaremos perante atos executivos de um contrato de comissão comercial<sup>183</sup>. Tal sucederá sempre que a conta de origem e a conta de destino não sejam exclusivamente detidas pelo mesmo titular. Já nos casos em que as contas são exclusivamente detidas pelo mesmo titular não existe uma atuação por conta do ordenante nos termos do mandato, mas mero cumprimento da obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços de pagamento<sup>184</sup>.

#### 1.8.4. Relação de execução

Por *relação de execução* pretendemos fazer referência à relação estabelecida entre o prestador de serviços de pagamento e o beneficiário, o seu prestador de serviços ou prestadores de serviços intermediários, com vista à conclusão da operação de pagamento<sup>185</sup>. Esta relação assumirá diferentes estruturas consoante

subjacente a natureza jurídica ou material do ato quanto estamos perante uma operação que se abstrai da relação subjacente.

<sup>181</sup> Classe e não tipo, já que a prestação de serviços não dispõe de uma “... disciplina própria que possa ser tida como modelo regulativo típico.”, como explica Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, pp. 167 a 169.

<sup>182</sup> Neste sentido vide Gian Franco Campobasso, “*Il Bancogiro. ProfiloStrutturali*”, p. 661.

<sup>183</sup> Sendo que, por vezes, tal estrutura e função do contrato de serviços de pagamento e do seu ato executivo se dirigem especificamente à realização de pagamentos. Este será o caso dos pagamentos efetuados através de TPA ou através de internet mediante cartão.

<sup>184</sup> Falando em cumprimento da obrigação decorrente da abertura de conta – Carlos Ferreira de Almeida, “Contratos III ...”, pp. 181 e 182. Uma vez que reconduzimos as operações em causa aos serviços de pagamento abrangidos pelo RJSPME colocamos a obrigação de transferência a cargo do prestador no contrato de prestação de serviços de pagamento, que, como vimos, é um contrato típico e autónomo, ainda que seja coligado ao de abertura de conta.

<sup>185</sup> O termo é utilizado por Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário ...”, p. 167.

a modalidade de transferência em causa, justificando o tratamento diferenciado das mesmas<sup>186</sup>.

Uma primeira referência deverá ser feita quanto às transferências internas entre contas exclusivamente detidas pelo mesmo titular. Nestas, o mesmo sujeito concentra a posição de ordenante e de beneficiário, não havendo, assim, qualquer atribuição patrimonial, mas apenas a inscrição a débito em uma conta e a inscrição a débito em outra conta, com as consequentes possíveis alterações em termos do complexo obrigacional aplicável, consoante as diferentes condições aplicáveis às contas em causa<sup>187</sup>. Esta operação terá essencialmente por função económico-social eliminar o risco da transferência material de moedas e notas de banco<sup>188</sup> e o aproveitamento da rapidez da operação graças à desmaterialização da moeda e tem sido visto como um mero serviço de caixa prestado a favor do ordenante<sup>189</sup>. Sem prejuízo, o prestador de serviços fica duplamente obrigado a proceder à transferência completa perante o seu cliente, quer por força do contrato de prestação de serviços celebrado relativamente à conta de origem quer por força do contrato respeitante à conta de destino, apenas cumprindo a sua obrigação com a inscrição a crédito na conta de destino<sup>190</sup>.

Situação distinta é a da transferência entre contas não exclusivamente detidas pelo mesmo titular. Nesta situação a mera titularidade coletiva da conta de origem ou da conta de destino, independentemente de as contas serem conjuntas, solidárias ou mistas<sup>191</sup> faz com que a posição de ordenante e de beneficiário seja detida por mais que um titular<sup>192</sup> e, assim, que haja lugar a uma atribuição patrimonial. Uma vez que a transferência é interna o prestador de serviços continua obrigado a efetuar a transferência completa, procedendo à inscrição a débito na conta de origem e à inscrição a débito na conta de destino, apenas cumprindo a sua obrigação com a inscrição a crédito na conta de

<sup>186</sup> Tal é assinalado por Gian Franco Campobasso, “*Il Bancogiro ...*”, p. 641.

<sup>187</sup> Gian Franco Campobasso, “*Il Bancogiro ...*”, pp. 642 e 643.

<sup>188</sup> *Idem, ibidem*, p. 641.

<sup>189</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, in “A Transferência Bancária”, p. 140; Carlos Ferreira de Almeida, “Contratos II...”, pp. 180 e 181.

<sup>190</sup> No sentido do texto, problematizando em torno do momento do cumprimento e do afastamento de eventuais reservas decorrentes da proibição do negócio consigo mesmo estabelecida no artigo 261.º do C.C., Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário ...”, pp. 167 e ss..

<sup>191</sup> Acerca das contas coletivas vide, por todos, Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 138 e ss..

<sup>192</sup> Isto independentemente da propriedade económica dos fundos constantes das contas e das relações entre os diferentes titulares, às quais o prestador de serviços de pagamento é, em princípio, imune – Autor e obra citados na nota anterior, pp. 124 e ss..

destino<sup>193</sup>. Porém, apenas tem tal obrigação *ab initio* perante o sujeito que seja ordenante, ao abrigo do contrato de prestação de serviços de pagamento com este celebrado, uma vez que os beneficiários que não sejam ordenantes apenas obtêm algum direito sobre os fundos transferidos após a inscrição a débito na conta de origem, momento em que entendemos que, ao abrigo do contrato de prestação de serviços celebrado com o beneficiário, o prestador de serviços de pagamento recebe por sua conta os fundos e fica, como tal, obrigado a proceder à transferência para a conta de destino. Face à diferença estrutural entre esta transferência e a transferência entre contas exclusivamente detidas pelos mesmo titular entendemos que a função económico-social típica destas transferências será não apenas a de eliminar o risco da transferência material de moedas e notas de banco e o aproveitamento da rapidez da operação graças à desmaterialização da moeda, o que tem sido visto como um mero serviço de caixa prestado a favor do ordenante mas, também, a de efetuar uma atribuição patrimonial<sup>194</sup>.

Mais complexas se afiguram as transferências externas, uma vez que à respetiva conclusão se afigura imprescindível a colaboração de (pelo menos...) um terceiro, isto é, do prestador de serviços de pagamento do beneficiário, o qual terá de efetuar a inscrição a crédito na conta de pagamento do beneficiário, sem a qual a transferência escritural de fundos não se completará<sup>195</sup>. A transferência será tanto mais complexa quanto mais intermediários forem necessários à execução da operação, o que sucederá nas transferências externas indiretas.

Nas transferências externas diretas<sup>196</sup> o prestador de serviços de pagamento do ordenante irá proceder à inscrição a débito na conta do ordenante e subsequentemente inscreverá a quantia a crédito na conta do prestador de serviços de pagamento do beneficiário<sup>197</sup>, dando indicação da conta de destino final, isto é, a conta de pagamento do beneficiário. Após tal inscrição a crédito o prestador de serviços de pagamento do beneficiário ficará habilitado a proceder à inscrição a débito da quantia na sua conta e à inscrição a crédito na conta do beneficiário. Ficando exposto, de forma muito sucinta, o perfil técnico da transferência, fica por apurar a veste jurídica da operação assim efetuada. Ao efetuar as inscrições a débito na conta do ordenante e a crédito na conta do

<sup>193</sup> No sentido do texto, problematizando em torno do momento do cumprimento e do afastamento de eventuais reservas decorrentes da proibição do negócio consigo mesmo estabelecida no artigo 261.º do C.C., Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário ...”, pp. 167 e ss..

<sup>194</sup> Gian Franco Campobasso, “*Il Bancogiro ...*”, p. 640.

<sup>195</sup> Consoante explicámos no Ponto II.1.1.

<sup>196</sup> Pontos II.1.7.2. e II.1.7.3..

<sup>197</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 193 e 194. Poderá ser uma conta de correspondência ou uma conta aberta numa câmara de representação, o que para o efeito é irrelevante.

prestador de serviços do beneficiário o prestador de serviços do ordenante procede à execução dos atos devidos ao abrigo do contrato de transferência celebrado com o ordenante, nos termos já expostos *supra*. No entanto, o ato devido não fica completo sem a correta indicação da conta de destino<sup>198</sup> por parte do prestador de serviços de pagamento do ordenante ao prestador de serviços do beneficiário. Entendemos que com a transferência para a conta do prestador de serviços do beneficiário e com a indicação da conta de destino o prestador de serviços de pagamento do beneficiário fica duplamente obrigado a proceder à inscrição a crédito da quantia na conta de pagamento beneficiário: por um lado, é mandatado pelo prestador de serviços de pagamento do ordenante para inscrever os fundos a crédito na conta do beneficiário e, por outro, tem o dever de aceitar a transferência e proceder à inscrição da quantia perante o seu cliente, ao abrigo do contrato de serviços de pagamento celebrado com este<sup>199</sup>. O prestador de serviços de pagamento do ordenante atua enquanto mandante perante o prestador de serviços do beneficiário<sup>200</sup>, o que é admitido nos termos do artigo 233.º do Cód. Com.<sup>201</sup>, cumprindo perante o ordenante quando a quantia é inscrita na conta do prestador de serviços de pagamento, o qual atua como terceiro autorizado a receber a prestação nos termos do artigo 770.º, alí-

<sup>198</sup> Sem a qual o prestador de serviços que recebe os fundos não se encontrará habilitado a efetuar a inscrição a crédito na conta do beneficiário, conforme pretendido por parte do ordenante. Neste caso, o artigo 86.º, n.º 1, aplicado conjugadamente com o artigo 85.º, do RJSPME, estipula que a responsabilidade pela execução incorreta da operação de pagamento por não indicação ou indicação incorreta da conta de destino final perante o ordenante cabe ao seu prestador de serviços de pagamento. A tal não obsta o artigo 86.º, n.º 2, que deve ser alvo de uma interpretação restritiva, em atenção à *ratio* da norma, que é a de fazer correr a responsabilidade pelo prestador de serviços do beneficiário quando este tenha os meios para concretizar a operação de pagamento. Assim, não basta que os fundos tenham sido recebidos por parte do prestador de serviços do beneficiário, sendo igualmente necessária a correção da ordem transmitida por parte do prestador de serviços de pagamento do ordenante.

<sup>199</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 211 a 213; Seguida por Francisco Rodrigues Rocha, in “Do giro bancário ...”, p. 167.

<sup>200</sup> Não constituindo um submandato mas um mandato independente, como defende Manuel José Vasquez Pena, in “*La Transferencia Bancaria de Crédito*”, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, *apud* Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 201; Gian Franco Campobasso, in “*Il Bancogiro. Profilo Strutturali*”, in “*Le Operazioni Bancarie*”, Tomo II, AA. Vários, sob organização de Giuseppe B. Portale, Giuffrè Editore, Milão, 1978, p. 693.

<sup>201</sup> Ou do artigo 1159.º, do C.C., para quem conteste a aplicação das normas do mandato comercial às operações de pagamento de transferência escritural de fundos. Alguma doutrina sustenta, no entanto, que o próprio ordenante mandata o seu prestador de serviços de pagamento para mandar o prestador de serviços do beneficiário – vide autores indicados por Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 204.

nea a), do C.C.<sup>202</sup> e é indicada a conta do beneficiário, tal como indicada pelo utilizador de serviços de pagamento<sup>203</sup>.

Nas transferências externas indiretas<sup>204</sup> o prestador de serviços de pagamento do ordenante irá, igualmente, proceder à inscrição a débito na conta do ordenante e subsequentemente inscreverá a quantia a crédito na conta do prestador de serviços de pagamento do beneficiário, dando indicação da conta de destino final. Porém, não o fará diretamente, uma vez que terá de recorrer a um ou mais prestadores de serviços de pagamento intermediários. Ora, ao transferir os fundos para os intermediários o prestador de serviços do ordenante não estará ainda a cumprir a obrigação assumida perante o ordenante de transferir os fundos para o beneficiário<sup>205</sup>, já que estes não foram autorizados por parte do beneficiário, nos termos do contrato de prestação de serviços por este celebrado, a receber a prestação em seu nome. Por outro lado, o prestador de serviços não mandata os intermediários para inscrever a quantia a crédito na conta do beneficiário, uma vez que a conta não está aberta junto dos mesmos. Mandata sim, ao abrigo do contrato de prestação de serviços celebrado com o ordenante, para transferir a quantia para a conta do prestador de serviços do beneficiário (ou para a conta de um intermediário...) e indicar a este prestador de serviços de pagamento a conta de destino final. Isto é dizer que o mandato conferido por parte do prestador de serviços de pagamento ao intermediário é um submandato<sup>206</sup>. Uma vez que estamos perante relações não representativas o prestador de serviços de pagamento ficará obrigado perante o submandatário, sem prejuízo de o prestador de serviços do mandatário se poder substituir ao submandatário no exercício dos respetivos direitos sobre o prestador de serviços do beneficiário, nos termos do artigo 1181.º, n.º 2, do C.C.<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pág. 212; Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário ...”, p. 167.

<sup>203</sup> O que parece claro a partir do confronto dos artigos 85.º, 86.º e 87.º do RJSPME.

<sup>204</sup> Pontos II.1.7.2. e II.1.7.3..

<sup>205</sup> Obrigação esta que resultará evidente, salvo melhor entendimento em contrário, dos artigos 85.º, 86.º e 87.º do RJSPME.

<sup>206</sup> Assim o defende expressamente, em termos que se acolhem, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 214 a 219. Acerca do subcontrato em geral vide Pedro Romano Martinez, in “O Subcontrato”, Livraria Almedina, 1989, abordando o submandato em especial a pp. 33 a 36.

<sup>207</sup> Acerca da ação sub-rogatória direta prevista no artigo 1181.º, n.º 2, do C.C. vide Manuel Januário da Costa Gomes, “Contrato de Mandato”, pp. 113 e 114.

### 1.8.5. Relação entre o beneficiário e o respetivo prestador de serviços de pagamento

Já vimos que face à especificidade da transferência escritural de fundos esta não se completa sem a intervenção do prestador de serviços do beneficiário, em cuja conta serão creditados os fundos e o qual terá, em seguida, de efetuar a inscrição na conta de pagamento do seu cliente<sup>208</sup>. Por outro lado, para que uma determinada pessoa possa ser beneficiária de uma transferência afigura-se essencial que esta seja detentora de uma conta de pagamento – a qual servirá de suporte à moeda escritural transferida e na qual se lançará a inscrição a crédito – e que o seu prestador de serviços de pagamento tenha aceite receber ordens de transferência escritural a seu favor<sup>209</sup>. Nestes termos, engloba sempre a estrutura das operações de pagamento de transferência escritural de fundos uma relação entre o beneficiário e o seu prestador de serviços, constituída através da abertura de conta bancária<sup>210</sup> e do contrato de prestação de serviços de pagamento, que se encontram coligados<sup>211</sup>.

Ao abrigo da relação referida o prestador de serviços de pagamento do beneficiário tem o dever de receber e aceitar a ordem de transferência<sup>212</sup>, fazendo-o no cumprimento do contrato estabelecido com o beneficiário mas, também, no cumprimento da ordem emitida por parte do ordenante, do seu prestador de serviços ou do prestador de serviços intermediário, operando-se tal receção através da inscrição a crédito na conta do prestador de serviços<sup>213</sup>.

O prestador de serviços do beneficiário tem ainda a obrigação de proceder à inscrição a crédito dos fundos recebidos na conta do beneficiário<sup>214</sup> imediatamente após a sua conta ser creditada, devendo os fundos ser creditados na conta

<sup>208</sup> Remetemos novamente para o Ponto II.1.1. do presente estudo.

<sup>209</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 177 e 178.

<sup>210</sup> *Supra*, ponto II.1.3.2.1., nota 37. Gian Franco Campobasso, in “*Il Bancogiro...*”, pp. 678 e ss..

<sup>211</sup> Porém, nem sempre assim sucede. Com efeito, poderá dar-se o caso em que uma transferência escritural de fundos tenha como destino a conta do prestador de serviços do beneficiário sem que o beneficiário tenha conta aberta junto do prestador de serviços, conforme resulta claro do artigo 81.º do RJSPME. Estas situações reconduzir-se-ão ao envio de fundos, descrito na alínea p) do RJSPME, a qual, podendo ser efetuada de forma escritural entre os prestadores de serviços de pagamento envolvidos na operação, não incluímos nas transferências escriturais de fundos por não terem por destino uma conta de pagamento detida pelo beneficiário.

<sup>212</sup> Gian Franco Campobasso, “*Il Bancogiro...*”, pp. 672 e ss..

<sup>213</sup> Gian Franco Campobasso, in “*Il Bancogiro...*”, pp. 672 e ss.. Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 179; Também François Grua, in “*Contrats Bancaires*”, “*Tome 1 – Contracts de services*”, Economica, 1990, pp. 162 e 163; Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, p. 171.

<sup>214</sup> Gian Franco Campobasso, in “*Il Bancogiro...*”, pp. 676 e ss..

do beneficiário e ficar ao seu dispor no máximo no dia útil em que o montante tenha sido creditado na conta do prestador de serviços, nos termos dos artigos 84.º, n.º 1 e 2 e 80.º, n.º 4 do RJSPME.

O prestador de serviços do beneficiário está obrigado a transferir o montante integral da operação para a conta do beneficiário, apenas podendo descontar os seus encargos caso tal tenha sido acordado com o beneficiário, nos termos do artigo 78.º do RJSPME. Porém, ao creditar o montante na conta do beneficiário o mesmo perde autonomia<sup>215</sup>, inserindo-se no saldo, e, assim, é alvo do funcionamento da conta-corrente – havendo montantes em dívida perante o banco que sejam abrangidos pela conta-corrente respeitante à conta de pagamento os mesmos são objeto de compensação<sup>216</sup>.

Quanto fica dito espelha o núcleo comum das operações de pagamento de transferência escritural de fundos no que respeita à relação entre o beneficiário e o respetivo prestador de serviços de pagamento. Contudo, a intervenção do prestador de serviços do beneficiário pode ir além de quanto ficou exposto, nomeadamente quando estejamos perante transferências a débito, isto é, transferências a débito, débitos diretos e pagamentos mediante cartão bancário. Nestes casos, através do contrato de prestação de serviços celebrado com o beneficiário o prestador de serviços fica obrigado a transmitir uma ou mais ordens de pagamento emitidas por parte do beneficiário ou através do mesmo ao prestador de serviços de pagamento do ordenante, consoante resulta do artigo 87.º do RJSPME. Para além do mais, o prestador de serviços terá a obrigação acessória de disponibilizar ao seu cliente os instrumentos de pagamento conexos<sup>217</sup>, podendo o beneficiário ficar contratualmente obrigado perante o seu prestador de serviços a pagar comissões ou retribuições fixas pela disponibilização dos mesmos e a aceitar que o ordenante proceda a pagamentos através da utilização de tais instrumentos de pagamento<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 180 e ss..

<sup>216</sup> Acerca da conta-corrente e do saldo já nos pronunciámos supra, nos pontos II.1.3.2.1. e II.1.3.2.2., para os quais remetemos. Também Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 187 e ss..

<sup>217</sup> “Instrumentos de pagamento” aqui referidos no sentido que lhes é dado pelo artigo 2.º, alínea z) do RJSPME: “... «Instrumento de pagamento» qualquer dispositivo personalizado ou 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;”.

<sup>218</sup> Como sucederá, normalmente, no caso dos contratos de admissão do cartão como meio de pagamento relacionados com terminais de pagamento automático. Apresentando um enquadramento quanto ao contrato de admissão de cartão como meio de pagamento e sustentando, por alto, quanto ficou dito, vide Maria Raquel de Almeida Graça Silva Guimarães, in “O Contrato-

1.9. *A natureza jurídica da transferência escritural de fundos – Insuscetibilidade de recondução das transferências escriturais de fundos a uma figura unitária – a necessidade de uma análise atomística das operações de transferência escritural de fundos*

Ao longo do tempo têm sido discutidas diversas propostas de recondução das operações de pagamento de transferência escritural de fundos a uma figura unitária. Nesta medida, foi discutido o eventual enquadramento da transferência na cessão de créditos, no contrato a favor de terceiro ou na delegação<sup>219</sup> e na novação subjetiva de créditos por substituição do credor<sup>220</sup>.

Nenhuma das teses avançadas parece de acolher, especialmente tendo em conta o regime introduzido pelo RJSPME. Por um lado, porque as tentativas de recondução das transferências escriturais de fundos a uma figura única esbarram desde logo na diversidade estrutural das operações em causa. Desde logo, qualquer das teses *supra* aduzidas esbarra na insuscetibilidade de aplicação às transferências realizadas entre contas exclusivamente detidas pelo mesmo titular, tal como esbarra na insuscetibilidade de aplicação às transferências externas, uma vez que desconsidera (ou simplesmente não explica) a relação mantida entre o beneficiário e o seu prestador de serviços. Por outro lado, as teses apontadas (exceção feita à delegação *solvendí*) partem do princípio de que o beneficiário é ou se torna credor do prestador de serviços de pagamento do ordenante em qualquer momento, o que, quanto a nós, se afigura incorreto, já que resulta claro do regime hoje disposto nos artigos 85.º e 86.º do RJSPME que o prestador de serviços do ordenante apenas responde perante o ordenante, e não perante o beneficiário. Passando a explicar.

A tese de cessão de créditos é de afastar. Desde logo, por um lado, esta não seria passível de aplicação às transferências realizadas exclusivamente entre contas do mesmo titular, onde por definição não haverá lugar a uma transferência de um crédito entre sujeitos. Por outro lado, a aplicação do regime da cessão de créditos levaria à oponibilidade perante o beneficiário das exceções derivadas da relação mantida com o ordenante, o que se afigura contrário à função da transferência como meio de pagamento e ao princípio da não ingerência<sup>221</sup>.

Quadro no Âmbito da Utilização de Meios de Pagamento Electrónicos”, Coimbra Editora, 2011, pp. 429 e ss., em especial 434 a 437.

<sup>219</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 58 e ss.; Rita Mafalda Vera Cruz Pinto Bairros, “”, pp. 312 e ss.. Defende esta posição na doutrina portuguesa Maria Raquel Guimarães – assim, Maria Raquel Guimarães, “O Contrato-Quadro...”, pp. 384 e ss..

<sup>220</sup> Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, pp. 163 e ss..

<sup>221</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 58, 59 e 65; Francisco Rodrigues Rocha, *in* “Do giro bancário...”, p. 163. Catarina Gentil Anastácio aponta ainda (obra citada, p. 58) a inexistência de qualquer acordo entre ordenante e beneficiário quanto

Por último, obvia ao enquadramento neste regime o facto de o prestador de serviços do ordenante nunca se tornar devedor perante o beneficiário, nem nos termos de uma nova obrigação nem ao abrigo de qualquer obrigação anterior constituída na esfera do cedente. Nestes termos, se o prestador de serviços não deve ao beneficiário é porque este, claramente, não é seu credor.

Contra as teses do contrato a favor de terceiro e da *delegatio promittendi* militam os argumentos *supra* aduzidos quanto à aplicabilidade da tese da cessão de créditos<sup>222-223</sup>, acrescendo, no caso da *delegatio promittendi*, que as partes não pretendem efetuar uma novação subjetiva<sup>224</sup> e que, por outro lado, esta apenas poderia ser tida em consideração caso se aditasse à operação uma novação objetiva em todos os casos em que a moeda escritural não fosse objeto da prestação devida na relação subjacente.

À tese da novação opõem-se o facto de ser inaplicável às transferências realizadas exclusivamente entre contas do mesmo titular, de o prestador de serviços de pagamento nunca se tornar devedor do beneficiário e de a vontade das partes não ser a de efetuar uma novação<sup>225</sup>.

à cessão de créditos e o diferente papel do prestador de serviços de pagamento, a quem não é apenas notificada a cessão, sendo antes dada uma ordem para que a execute. Francisco Rodrigues Rocha, por sua vez, clarifica que a transferência postula um acordo entre o cedente e o cedido. Por nossa parte diremos que não é necessária à transferência uma cessão de créditos. Porém, a cessão de créditos pode resultar de negócios jurídicos unilaterais, como seja a doação (neste sentido vide Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *in* “Cessão de Créditos”, Almedina, 2005, pp. 289 e 290), razão pela qual não obstará (por si só) à qualificação como cessão de créditos a inexistência de um acordo entre o ordenante e o beneficiário.

<sup>222</sup> Neste sentido vide Francisco Rodrigues Rocha, *in* “Do giro bancário...”, pp. 164 e 165, contudo admita que na prática o acordo entre as partes se possa traduzir num contrato a favor de terceiro, hipótese que acreditamos ser excecionalmente rara, face ao facto de tal acordo dever emergir do contrato celebrado entre o ordenante e o prestador de serviços de pagamento, o qual dificilmente pretenderá ver o beneficiário instituído num direito de crédito sobre si.

<sup>223</sup> Sendo a *delegatio promittendi* uma figura atípica no nosso ordenamento haveria que apurar um regime aplicável, sendo que entendemos que será de qualificar como um contrato misto, com elementos de contrato a favor de terceiro e de novação subjetiva. Nestes termos, de acordo com a teoria da combinação (tal como sucederia de acordo com a teoria da absorção, entendendo-se ser esta a teoria aplicável ao caso), vemos como aplicável à figura o artigo 449.º do C.C., que prevê, no que respeita ao contrato a favor de terceiro, a oponibilidade ao terceiro dos meios de defesa derivados do contrato celebrado entre o promitente e o promissário. Sobre os conceitos de contrato misto e as teorias da combinação e da absorção vide, por todos, Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, 2.ª Edição, Almedina, 2009, pp. 217 e ss. e 234 e ss..

<sup>224</sup> Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, p. 62; Francisco Rodrigues Rocha, *in* “Do giro bancário...”, p. 165.

<sup>225</sup> Quanto ao último argumento, Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, pp. 163 e 164.

Mais próxima do regime das transferências escriturais de fundos se encontra a *solutionis causa adjectus*, já que desta não decorre qualquer direito para o beneficiário. Porém, ao contrário do que se passa nesta figura o prestador de serviços de pagamento do ordenante não está apenas autorizado a efetuar a prestação ao terceiro, tendo, na realidade, o dever de a fazer<sup>226</sup>, continuando a valer também o facto de esta teoria apenas se adequar a transferências entre contas detidas por diferentes titulares.

Finalmente, a tese da *delegatio solvendi* afigura-se, *a priori*, adequada às transferências escriturais de fundos entre contas de pagamento detidas por diferentes pessoas (embora apenas a estas)<sup>227</sup>. Porém, esta deixa por explicar a operação de pagamento no seu conjunto, designadamente por não abordar nem oferecer enquadramento jurídico quer à relação entre o ordenante e o beneficiário quer ao momento final da operação, em que intercede a relação entre o beneficiário e o respetivo prestador de serviços de pagamento, as quais, como vimos *supra* ao tratar da estrutura da operação de pagamento de transferência escritural de fundos<sup>228</sup>, serão explicadas pelo mandato. Com efeito, a *delegatio solvendi* apenas explica a função da operação pelo prisma da relação subjacente, já que apenas fora desta se encontram os regimes e funções das relações entre ordenante e o seu prestador de serviços de pagamento e entre beneficiário e respetivo prestador de serviços de pagamento e, assim, se explica a operação no seu todo. Por outro lado, e mesmo no que respeita à referência à *delegatio solvendi* pelo prisma da relação subjacente, fica por demonstrar, em nosso entendimento, qual o fundamento da referência à figura. De facto, a *delegatio solvendi* é uma figura atípica no nosso ordenamento, faltando um estudo habilitante da figura que explique qual o seu regime perante o ordenamento jurídico português<sup>229</sup>. Se é uma evidência a admissibilidade de contratos atípicos no nosso ordenamento nem por isso deixa de o ser o facto de apenas fazer sentido efetuar o enquadramento de determinado contrato num contrato atípico se explicarmos os contornos de tal figura e explicarmos o regime que lhe é aplicável<sup>230</sup>. Por outro lado entendemos que a função da operação pelo prisma da relação subjacente é

<sup>226</sup> Considerando-se assim absolutamente acertado o argumento expandido por Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”, p. 166 e nota 257.

<sup>227</sup> *Idem, ibidem*, pp. 165 e 166.

<sup>228</sup> Ponto I.1.8.

<sup>229</sup> O grande estudo acerca da delegação na doutrina portuguesa continua a ser o estudo de Adriano Paes da Silva Vaz Serra, “Novação, Expromissão, Promessa de Liberação e Contrato a Favor do Credor, Delegação, Assunção de Dívida”, separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 72, Empresa Nacional de Publicidade, 1958. Porém, este trabalho, efetuado no âmbito dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, é essencialmente um estudo de *iure constituendo*.

<sup>230</sup> O que não obsta à relevância da figura no sistema, conforme sustenta Francisco Rodrigues

perfeitamente explicada pela dação em cumprimento ou pela dação em função do cumprimento, pelo que não entendemos necessário fazer o enquadramento da mesma segundo um contrato atípico de contornos pouco explicados perante o nosso ordenamento. Entendemos, assim, mais ajustado abordar a operação de pagamento de transferência escritural de fundos através da análise atomística das diversas relações que concorrem na operação de pagamento<sup>231</sup>.

## 2. A transferência escritural de fundos e a atividade bancária

### 2.1. A (normal) inserção da transferência escritural de fundos na atividade bancária

Antes da publicação da Diretiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro, a transferência escritural de fundos era normalmente abordada pelo prisma do contrato de conta-corrente bancária<sup>232</sup>, do serviço de caixa<sup>233</sup> ou do giro bancário<sup>234</sup>, mas sempre à luz da atividade bancária. Esta era vista como uma prestação de serviços oferecida pelo banco ao seu cliente no âmbito de um esquema mais vasto, mas sempre ligada, de uma ou outra forma, à atividade bancária, avultando a sua ligação ao depósito bancário<sup>235</sup>

Rocha – in “Do giro bancário...”, p. 165, nota 254 – mas certamente prejudica largamente a utilidade da referência que lhe seja efetuada.

<sup>231</sup> Concluindo no mesmo sentido, Francisco Mendes Correia, in “Moeda Bancária e Cumprimento ...”, Almedina, 2017, pp. 770 a 772.

<sup>232</sup> Nomeadamente, incluindo as transferências no serviço de caixa e este na conta-corrente bancária – João Calvão da Silva, in “Direito Bancário”, pp. 342 e ss.; Juan Sánchez-Calero Guilarte, in “La Cuenta Corriente y la Transferencia Bancaria (Observaciones a Sus Aspectos Más Discutidos)”, in “Revista de Derecho Bancario y Bursátil”, n.º 86, 2002.

<sup>233</sup> Françoise Dekeuwer-Défossez, “Droit Bancaire”, pp. 44 e ss.; Fernando Conceição Nunes, “Depósito e Conta”, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocência Galvão Telles”, II Volume, Direito Bancário, Livraria Almedina, 2002, pp. 67 a 88 – p. 79.

<sup>234</sup> Continua a proceder a tal inserção António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 564 e ss.; Também incluindo as transferências no giro bancário – Gian Franco Campobasso, “Il Bancogiro...”, pp. 633 e ss.; Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 139 e ss, embora preferindo a expressão “contrato de transferência” ou convenção de transferência”; Simões Patrício, “Direito Bancário Privado”, pp. 216 e ss.; Francisco Rodrigues Rocha, “Do giro bancário...”.

<sup>235</sup> Sobre o depósito bancário vide Carlos Lacerda Barata, “Contrato de Depósito Bancário”, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocência Galvão Telles”, II Volume, Direito Bancário, Livraria Almedina, 2002, pp. 7 a 66; Fernando Conceição Nunes, “Depósito e Conta”, pp. 67 a 88; Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário (Natureza Jurídica e Alguns Problemas de Regime)” Reimpressão (com Atualização Bibliográfica e de Jurisprudência),

ou ao crédito bancário<sup>236</sup>, mas também, sempre, à conta bancária<sup>237</sup>, uma vez que a transferência era efetuada exclusivamente por bancos, entre contas bancárias, no âmbito da intermediação de pagamentos<sup>238</sup>.

A atividade bancária, a conta bancária, o depósito e o crédito estão ligados numa relação de simbiose. No cerne da atividade bancária encontra-se a intermediação no crédito<sup>239</sup>, isto é, a recolha de fundos e o investimento dos mesmos através da concessão de crédito. De facto, a própria definição de instituição de crédito constante do artigo 2.º-A, alínea *w*) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, parte desta função atribuída ao banco, definindo-o como “... a empresa cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria;”<sup>240</sup>, constituindo um reflexo da importância da função de intermediação de natureza económica desempenhada pelas instituições de crédito<sup>241</sup>. Com efeito, não se estará perante uma instituição de crédito – um banco, no termo corrente – caso a empresa em causa não se dedique à atividade de recolha de fundos reembolsáveis junto do público e à concessão de crédito por conta própria, constituindo estas o objeto cumulativo destas entidades<sup>242</sup>.

Almedina, 2005; Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 164 e ss.; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 601 e ss..

<sup>236</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 259 e ss.; António Menezes Cordeiro, pp. 659 e ss.. Também Sofia Gouveia Pereira, “O Contrato de Abertura de Crédito Bancário – Prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica”, Princípa, 2000.

<sup>237</sup> Sobre a conta bancária vide hoje, por todos, Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 108 e ss., bem como António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 532 e ss.

<sup>238</sup> Acerca do papel dos bancos na intermediação de pagamentos vide José Simões Patrício, “Direito Bancário Privado”, pp. 186 e ss..

<sup>239</sup> Acerca da função de intermediação no crédito por parte dos bancos: José Simões Patrício, “Direito Bancário Privado”, pp. 168 e ss.; Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário ...”, pp. 15 e ss..

<sup>240</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais...”, p. 259. A definição de instituição de crédito a partir da função de intermediação no crédito afigura-se comum em diversos ordenamentos, como dá nota Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, p. 17, nota 5.

<sup>241</sup> Já que a intermediação não visa aqui estabelecer o contacto entre o detentor dos fundos e o sujeito que necessita dos mesmos, mas sim na receção dos fundos e colocação por sua conta e risco por parte dos bancos, como explica a Autora e obra citados, pp. 17 e ss., em especial a nota 6.

<sup>242</sup> José Simões Patrício, “Direito Bancário Privado”, pp. 174 e ss..

A forma privilegiada de captação de fundos reembolsáveis<sup>243</sup> por parte das instituições de crédito será o depósito bancário<sup>244</sup>, através das quais a instituição de crédito se torna proprietária das quantias entregues<sup>245</sup>, passando o depositário a deter uma posição de credor sobre o saldo da conta<sup>246</sup>, muito embora os mesmos possam advir por outras formas de financiamento da atividade<sup>247</sup>. A realização do depósito pressupõe a existência de uma conta bancária<sup>248</sup>, que oferecerá o suporte contabilístico das operações a realizar<sup>249</sup>, e que será instituída através de um contrato de abertura de conta. O contrato de abertura de conta é um ato nuclear, que marca o início do desenvolvimento de uma relação jurídica complexa e duradoura entre o banco e o seu cliente, fixando os termos em que a mesma se desenvolverá, nomeadamente no que respeita à constituição de depósitos e à movimentação do saldo, assumindo-se como um contrato normativo relativamente a uma multiplicidade de serviços a contratar entre as partes<sup>250</sup>, e que institui a conta bancária, suporte da moeda escritural e das inscrições escriturais que a alteram e através das quais é efetuada a transferência escritural<sup>251</sup>, e, por esta via, elemento essencial na operação de pagamento de transferência escritural de fundos, como já vimos nos pontos anteriores. Chegados a este ponto temos, essencialmente, operações bancárias<sup>252</sup> passivas<sup>253</sup> e neutras<sup>254</sup>, mas ainda não as operações ativas<sup>255</sup>. Estas traduzir-se-ão na conces-

<sup>243</sup> Sobre o que se deva entender por fundos reembolsáveis – Fernando Conceição Nunes, “Depósito e Conta”, pp. 70 a 73.

<sup>244</sup> Como, de resto, a própria definição constante do artigo 2.º-A, alínea w) do RGICSF deixa antever. No sentido do texto vide Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, pp. 26 e 27.

<sup>245</sup> Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, pp. 104 e ss..

<sup>246</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais...”, pp. 125 e 126; António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 613 e 614.

<sup>247</sup> Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, p. 27, nota 33.

<sup>248</sup> Como explica Fernando Conceição Nunes, “Depósito e Conta”, pp. 69 e 73 e ss..

<sup>249</sup> Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, pp. 95 e ss..

<sup>250</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 532 e ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 108 e ss..

<sup>251</sup> Fernando Conceição Nunes, “Depósito e Conta”, pp. 79 e ss..

<sup>252</sup> Sobre o que se deva entender por operações bancárias vide Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, pp. 43 e ss..

<sup>253</sup> “...aquelas em que os bancos recebem disponibilidades monetárias dos seus clientes para aplicar aos seus próprios fins.”, cfr. Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, p. 55.

<sup>254</sup> “...aquelas através das quais o banco presta determinados serviços aos seus clientes e que não impliquem qualquer concessão de crédito.”, cfr. Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, p. 56.

<sup>255</sup> “... aquelas mediante as quais os bancos concedem aos seus clientes somas pecuniárias ou a possibilidade de as obter, através dos capitais que receberam dos seus depositantes ou dos

são de crédito aos clientes, nas diversas modalidades que esta assume<sup>256</sup>, e que será a forma privilegiada de obtenção de lucro por parte das instituições de crédito.

A par da função de intermediação no crédito as instituições de crédito assumem igualmente uma função de intermediação nos pagamentos<sup>257</sup>, sendo que em Portugal, antes da entrada em vigor do RJSPME, apenas as instituições de crédito e as sociedades financeiras podiam efetuar operações de pagamento e emitir e gerir meios de pagamento<sup>258</sup>. Nestes termos, as transferências escriturais de fundos eram uma atividade acessória das instituições de crédito, inserida no serviço de caixa ou no giro bancário, efetuadas exclusivamente através de contas bancárias, onde a propriedade jurídica dos fundos é transferida para os bancos e é pressuposta a confusão dos fundos recebidos no património dos bancos<sup>259</sup>, ficando os titulares das contas com a posição de credores quanto à restituição do *tantumdem, eiusdem generis et qualitatis*.

## 2.2. A transferência escritural de fundos realizada por instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica

### 2.2.1. As entidades em causa

#### 2.2.1.1. A limitação dos objetos relativamente ao objeto dos bancos

Com o RJSPME o panorama *supra* esboçado no ponto II.2.1. sofreu alterações ainda não plenamente apreendidas por parte da doutrina da especialidade, ao ter permitido a prestação de serviços de pagamento por novas entidades, que têm um objeto manifestamente diverso da atividade bancária, com amplas consequências de regime. Falamos das instituições de pagamento e das instituições de moeda eletrónica.

seus próprios recursos financeiros.”, cfr. Paula Ponces Camanho, “Do Contrato de Depósito Bancário...”, p. 56.

<sup>256</sup> Dando nota de diferentes modalidades de concessão de crédito, António Menezes Cordeiro, “Direito Bancário”, pp. 659 e ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, “Contratos Comerciais”, pp. 279 e ss..

<sup>257</sup> José Simões Patrício, “Direito Bancário Privado”, pp. 186 e ss.. Dando nota acerca da importância da função de intermediação nos pagamentos para o nascimento da banca moderna, Catarina Martins da Silva Gentil Anastácio, “A Transferência Bancária”, pp. 33 e ss..

<sup>258</sup> Consoante dava nota José Simões Patrício, *in* “Direito Bancário Privado”, pp. 190 e 191.

<sup>259</sup> Sem prejuízo dos deveres das instituições no que respeita à contabilidade e à manutenção de fundos próprios.

As instituições de pagamento “... são prestadores de serviços de pagamento... que têm por objeto a prestação de um ou mais serviços de pagamento.”<sup>260</sup>, podendo ainda exercer atividades conexas com o seu objeto essencial, consoante consta do artigo 8.º, n.º 2 do RJSPME. Estas entidades não têm assim por objeto a recolha de fundos reembolsáveis junto do público, estando até impedidas de receber fundos transmitidos por parte de utilizadores de serviços de pagamento para outros fins que não a execução de serviços de pagamento<sup>261</sup>. Concomitantemente, as contas detidas junto das instituições de pagamento só podem ser utilizadas para a prestação de serviços de pagamento<sup>262</sup> e estas apenas podem conceder crédito exclusivamente no âmbito da execução de operações de pagamento e de forma acessória à execução da operação, não podendo o crédito ser concedido a partir de fundos recebidos ou detidos para execução de uma operação de pagamento<sup>263</sup>.

As instituições de moeda eletrónica “... são pessoas coletivas... que têm por objeto emitir moeda eletrónica.”<sup>264</sup>, podendo, tal como as instituições de pagamento, exercer atividades conexas com o seu objeto essencial, nos termos do artigo 8.º-A, n.º 2 do RJSPME, entre as quais se inclui a prestação de serviços de pagamento. Não têm igualmente por objeto a recolha de fundos reembolsáveis junto do público, apenas podendo receber fundos transmitidos por parte dos utilizadores de serviços de pagamento com vista à emissão de moeda eletrónica ou à execução de serviços de pagamento<sup>265</sup>. As contas detidas junto das instituições de moeda eletrónica só podem ser utilizadas para a prestação de serviços de pagamento não associados à emissão de moeda eletrónica<sup>266</sup> e, tal como as instituições de pagamento, as instituições de moeda eletrónica apenas podem conceder crédito exclusivamente no âmbito da execução de operações de pagamento e de forma acessória à execução da operação, não podendo o

<sup>260</sup> Conforme consta do artigo 8.º, n.º 1 do RJSPME.

<sup>261</sup> Nos termos do artigo 8.º, n.º 3 do RJSPME. Fazendo a mesma apreciação quanto à norma correspondente no ordenamento jurídico italiano, Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, in “*Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale – Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*”, AA. várias, sob a coordenação de Marco Mancini e Marino Perassi, n.º 63, Banca d’Italia, 2008, pp. 23 a 38 – p. 28.

<sup>262</sup> Artigo 8.º, n.º 4 do RJSPME. No mesmo sentido, quanto à conta de pagamento à luz da DSP vide Ruth Wandöfer, in “*The Payment Services Directive – support or challenge for SEPA*”, in “*Revue européenne de Droit bancaire & Financiere – EUREDIA*”, 2009/1, pp. 21-32 – pp. 28. Quanto ao ordenamento jurídico italiano, Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, pp. 30 e 31.

<sup>263</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 1 do RJSPME.

<sup>264</sup> Cfr. artigo 8.º-A, n.º 1 do RJSPME.

<sup>265</sup> Nos termos do artigo 8.º-A, n.º 3, 4 e 5 do RJSPME.

<sup>266</sup> Artigo 8.º-A, n.º 5 do RJSPME.

crédito ser concedido a partir de fundos recebidos ou detidos para execução de uma operação de pagamento<sup>267</sup>.

Do regime das instituições de pagamento e das instituições de moeda eletrônica resulta clara a diferença de objeto quanto às instituições de crédito, já que estas entidades não podem quer proceder à recolha de fundos reembolsáveis junto do público quer conceder crédito a menos que de forma instrumental às respetivas atividades<sup>268</sup>.

#### 2.2.1.2. A afetação funcional dos fundos provenientes de utilizadores de serviços de pagamento à execução dos serviços de pagamento

As contas de pagamento detidas junto das instituições de pagamento<sup>269</sup> e das instituições de moeda eletrônica só podem ser utilizadas para a prestação de serviços de pagamento, assumindo assim a natureza de contas de escopo<sup>270</sup>. O objeto destas entidades e a natureza instrumental e funcionalmente determinada das contas de pagamento detidas junto das mesmas permitem determinar que a atribuição patrimonial através da qual os fundos são transferidos por parte dos utilizadores para estes prestadores de serviços de pagamento é funcionalmente destinada à execução de serviços de pagamento ou à emissão de moeda eletrônica<sup>271</sup>.

Nesta medida, o RJSPME vem estabelecer nos seus artigos 32.º e 33.º-E medidas de proteção dos fundos a seguir alternativamente por estas instituições, e que resultarão na transferência dos mesmos para outra entidade, que assim se assumirá como devedora dos fundos perante a instituição de pagamento, na segregação dos fundos do património da instituição<sup>272</sup> ou na cobertura dos

<sup>267</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 1 do RJSPME.

<sup>268</sup> O que, como vimos no ponto anterior, consiste no objeto cumulativo das instituições de crédito. Neste sentido se pronuncia Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, pp. 28 e ss..

<sup>269</sup> Quanto a esta figura vide Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, pp. 23 a 38.

<sup>270</sup> Que serão as contas estruturadas exclusivamente em função de determinados fins, como explica Manuel Januário da Costa Gomes, “*Contratos Comerciais...*”, p. 147. Estamos, no caso, perante contas estruturadas exclusivamente em função de um fim determinado, no caso, o de prestação de serviços de pagamento.

<sup>271</sup> Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, pp. 28 e ss.

<sup>272</sup> Quanto ao dever de segregação previsto no ordenamento italiano, onde tal medida não é opcional mas sim obrigatória, Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, pp. 31 e ss..

fundos por apólice de seguro ou outra garantia equiparada, acionável caso a instituição fique impedida de cumprir as suas obrigações financeiras<sup>273</sup>.

### 2.2.2. A natureza fiduciária da operação de pagamento de transferência escritural de fundos realizada por instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica

O quadro traçado poderá ainda indiciar uma outra via de desenvolvimento dogmático, que até agora não tem sido abordada pela doutrina, que é a das possíveis aplicações das normas do artigo 32.º, n.º 2, e do artigo 1184.º do C.C. aos saldos de contas de pagamento detidas junto de instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica naqueles casos em que a instituição tenha adotado a medida prevista no artigo 32.º, n.º 1, alínea *a*), *iii*) do RJSPME.

#### 2.2.2.1. O negócio fiduciário

##### 2.2.2.1.1. Conceito e noções gerais

O negócio jurídico fiduciário tem uma longa história<sup>274</sup>. As suas raízes costumam ser apontadas à época arcaica romana, onde teria assumido uma rele-

<sup>273</sup> Nestes termos, acaba por ficar gizado um esquema que poderá até conceder uma proteção superior àquela que merecem os depósitos constituídos junto de instituições de crédito, onde avultam como medidas de proteção ordinárias resultantes do cumprimento das regras prudenciais aplicáveis à atividade e, em último caso, o fundo de garantia de depósitos, que cobre os fundos depositados pelo depositante em cada instituição até ao montante de € 100.000,00. À partida, porém, a proteção concedida aos fundos transmitidos às instituições de pagamento e de moeda eletrónica só apresentará alguma diferença quantitativa quanto à proteção do titular da conta quando o saldo desta, antes do momento em que a instituição deixe de conseguir cumprir as suas obrigações, ascenda a valor superior a € 100.000,00. Diferente foi o caminho seguido em Itália, onde se estabelece, no artigo 114-*duodecies*, número 2, que a soma de dinheiro constante das contas de pagamento das instituições de pagamento constituem, para todos os efeitos património distinto do património da instituição e dos restantes clientes – sobre o ponto, à luz do regime italiano, vide Vittorio Santoro/Antonella Sciarone Alibrandi, in “*La nuova disciplina dei servizi di pagamento ...*”, p. 379; “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, pp. 23 a 38;

<sup>274</sup> Acerca das raízes históricas do negócio fiduciário e das várias modalidades em que o mesmo se desdobra vide A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, Almedina, 2014, pp. 704 e ss.; Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência – Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente”, Coimbra Editora, 2007, pp. 27 e ss..

vância transversal, não tendo porém sido incluído no Corpus Juris Civilis, com a consequente perda de importância a nível do sistema externo, muito embora continuasse a exercer manifesta influência sobre várias outras figuras<sup>275</sup>. Com a queda do império romano do ocidente a figura como que desapareceu, apenas sendo recuperada no séc. XIX, fruto da escola histórica e da pandectística<sup>276</sup>. Tal não obsta à existência de outras figuras, no período intermédio, que se acolhem à categoria dos negócios fiduciários, como sejam as figuras medievais da *Treuhand* germânica<sup>277</sup> e do *use* britânico<sup>278</sup>.

O negócio fiduciário é atípico no nosso ordenamento jurídico<sup>279</sup>, razão pela qual melhor seria descrever do que definir o negócio em causa<sup>280</sup>, o que não obsta à apresentação de caracterizações mais ou menos complexas e completas apresentadas pela doutrina<sup>281</sup>. Pela nossa parte, diríamos, com André Figueiredo<sup>282</sup>, que o negócio fiduciário será “...o contrato do qual resulta, direta ou indiretamente, uma atribuição plena e exclusiva (ainda que temporária) de um bem ao fiduciário – *maxime*, de um direito de propriedade sobre uma coisa – gravada porém por um vínculo de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica em que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio – pertencente ao fiduciante –, e que impõe, nos termos estipulados, a (re)transmissão daquele acervo patrimonial e respetivos frutos para a esfera do fiduciante.”

Apesar da sua atipicidade encontra-se absolutamente assente a admissibilidade do negócio fiduciário para administração no nosso ordenamento jurídico. A questão da admissibilidade do negócio passou a ser uma não questão, apesar das dúvidas levantadas na doutrina que primeiro se debruçou sobre o tema<sup>283</sup>.

<sup>275</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 704 e ss.; Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 27 e ss..

<sup>276</sup> O ressurgimento da figura costuma ser atribuído à pandectística, e, em especial, a Regelsberger. No entanto, as cambiantes envolvidas na redescoberta não permitem um raciocínio tão linear, como demonstra A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 727 e ss..

<sup>277</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 735 a 740.

<sup>278</sup> Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 35 a 42.

<sup>279</sup> Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, pp. 258 e ss..

<sup>280</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 262.

<sup>281</sup> Assim, Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, p. 24; Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, pp. 262 e 263.

<sup>282</sup> André Figueiredo, “O Negócio Fiduciário Perante Terceiros – Com Aplicação Especial na Gestão de Valores Mobiliários”, Almedina, 2014, pp. 262 e 263.

<sup>283</sup> Defendendo a admissibilidade do negócio fiduciário de administração perante o ordenamento jurídico português e expondo as posições contrárias, com especial ênfase na posição de Beleza dos Santos, vide Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, pp. 281 e ss.; Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 83 e ss.; Também a colossal

Questão diferente é a do lugar que estes negócios ocupam no nosso ordenamento jurídico. Com efeito, existem vários negócios jurídicos típicos que se podem reconduzir ao negócio fiduciário para administração, nos quais se inclui o mandato sem representação<sup>284</sup>, cujas regras, como “... contrato protótipo dos contratos de gestão...”, são tendencialmente aplicáveis aos restantes negócios fiduciários para administração, que se incluem nos negócios de gestão<sup>285</sup>, mesmo quando não se possam qualificar de mandatos sem representação, até por força do artigo 1156.º do C.C..

#### 2.2.2.1.2. Modalidades

O negócio fiduciário conhece várias modalidades<sup>286</sup>. A mais relevante é a que distingue entre negócios fiduciários para administração (coincidente com a romana *fiducia cum amico*) ou para garantia (correspondente, por sua vez, com a *fiducia cum creditore*), que se distinguem pelas respetivas finalidades. Na primeira, é atribuído um direito ao fiduciário para que este o gira em benefício de outrem e depois o retransmita, enquanto que na segunda é atribuído um direito ao credor, que deverá ser retransmitido após o cumprimento da obrigação garantida<sup>287</sup>.

O negócio fiduciário para administração pode ser realizado em benefício do próprio fiduciante ou de um terceiro, e pode ter por fim a gestão dos bens

exposição de A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 751 a 838; André Figueiredo, “O Negócio Fiduciário Perante Terceiros ...”, pp. 63 e ss..

<sup>284</sup> Acerca do mandato sem representação como negócio fiduciário vide Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 251 e ss.; A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 995 e ss.; André Figueiredo, “O Negócio Fiduciário Perante Terceiros ...”, pp. 213 e ss.; e Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Sobre o contrato de mandato sem representação e o *trust*”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, III, dezembro 2007, consultável in “www.oa.pt”.

<sup>285</sup> Manuel Januário da Costa Gomes, “Contrato de Mandato”, pp. 48 e 49.

<sup>286</sup> Acerca das modalidades que pode revestir o negócio fiduciário: Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, pp. 258 e ss.; Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 43 e ss. A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 941 a 959 e, novamente, quanto às modalidades de negócio fiduciário para administração, de pp. 983 a 993.

<sup>287</sup> Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 46 e 48; Distinguindo entre as duas figuras e defendendo a insuscetibilidade de tratamento unitário – A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 941 a 959.

ou a mera detenção a título acessório<sup>288</sup>, sendo o efeito principal pretendido o da subsequente retransmissão, ao fiduciante ou a terceiro<sup>289</sup>.

No que respeita à estrutura da relação, o negócio pode ainda ser fixo ou discricionário, consoante a atuação do fiduciário seja ou não expressamente determinada pelo fiduciante, e reservado ou aberto, dependendo de o fiduciante estar ou não sujeito à direção ou às instruções do fiduciante<sup>290</sup>.

Segundo o propósito objetivo subjacente ao negócio fiduciário, este pode ser para aquisição, para alienação, para cobrança, para representação ou para administração<sup>291</sup>, contando-se na última modalidade a simples intermediação<sup>292</sup>.

O negócio fiduciário pode ainda ser aberto, reconhecível ou oculto, consoante a natureza fiduciária da titularidade do direito seja pública, cognoscível por terceiros ou apenas conhecida pelo fiduciante e pelo fiduciário<sup>293</sup>.

Pode ainda o negócio fiduciário ser estático ou dinâmico, consoante a aquisição da titularidade decorra de uma transferência da situação jurídica para o fiduciário ou o fiduciário já seja titular do direito, ficando obrigado a exercer o mesmo numa lógica fiduciária<sup>294</sup>.

#### 2.2.2.1.3. Os bens passíveis de ser objeto de negócio fiduciário

Apesar de se encontrar, de alguma forma, historicamente ligado ao exercício de direitos reais, a doutrina tem vindo a admitir que a atribuição patrimonial em causa consista na titularidade de situações jurídicas de distinta natureza, com destaque para os direitos de crédito, que a doutrina maioritária considera serem passíveis de ser objeto de negócio fiduciário<sup>295</sup>. Nestes termos, nenhum

<sup>288</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, p. 989, falando em negócio complexo ou material, por oposição a simples ou formal.

<sup>289</sup> Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 48 e ss..

<sup>290</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, p. 989.

<sup>291</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 986 e 987.

<sup>292</sup> *Idem*, *ibidem*, pp. 987 e 988.

<sup>293</sup> Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 52 e 53.

<sup>294</sup> Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 53 e 54, onde caracteriza igualmente o negócio direto ou indireto, reconduzindo à última situação os casos em que o fiduciante tenha o dever de adquirir um direito com o subsequente dever de o retransferir ao fiduciante, e que refere tratar-se do caso do mandato sem representação para adquirir.

<sup>295</sup> Neste sentido, Pedro País de Vasconcelos, “Contratos Atípicos”, pp. 263 e 279; Dando nota, inclusive, das tentativas de superação da restrição do negócio fiduciário a direitos, vide Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, in “A Cessão de Créditos em Garantia ...”, pp. 101 e ss.; e também A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, pp. 929 e ss.. Este último Autor

obstáculo haverá à recondução aos negócios jurídicos fiduciários dos direitos de crédito dos ordenantes sobre os prestadores de serviços relativamente ao saldo da conta de pagamento.

#### 2.2.2.2. A natureza fiduciária da operação de pagamento de transferência escritural de fundos realizada por instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica

Já vimos que a atribuição patrimonial através da qual os fundos são transferidos por parte dos utilizadores para uma instituição de pagamento ou para uma instituição de moeda eletrónica com vista à provisão de uma conta de pagamento é funcionalmente destinada à execução de serviços de pagamento ou à emissão de moeda eletrónica, o que é confirmado pelos artigos 8.º, n.º 3 e 4, e 8.º-A, n.º 4 e 5. Com efeito, há aqui lugar a uma atribuição patrimonial efetuada ao prestador de serviços de pagamento, que apenas pode deter os bens tendo em vista a execução de operações de pagamento<sup>296</sup>, e que fica vinculado não só à detenção dos fundos como à sua posterior transferência, assim que solicitado, nos termos do contrato de prestação de serviços de pagamento.

Comparando com a caracterização do negócio fiduciário *supra* avançada e com as modalidades apontadas, não vemos dificuldades de maior em reconduzir o contrato de prestação de serviços aqui em causa à categoria dos contratos fiduciários, integrando-o nas modalidades de *fiducia cum amico*, simples, fixo, reservado, para administração, reconhecível e dinâmico.

O enquadramento jurídico não se encontra, porém, completo, na medida em que, como também já vimos, estamos perante um contrato típico, que é o contrato de prestação de serviços de pagamento, que, no caso, tem elementos de negócio fiduciário para administração, como vimos. Por outro lado, também já adiantámos que serão aplicáveis subsidiariamente às operações de pagamento as regras do mandato comercial e da comissão, bem como as regras do mandato civil.

indica a posição divergente de Castro Mendes, que entenderia que apenas direitos reais poderiam ser objeto de negócio fiduciário – A. Barreto Menezes Cordeiro, “Do *Trust* no Direito Civil”, p. 229 – vide nota 3474.

<sup>296</sup> Ou para emissão de moeda eletrónica, no caso das instituições de moeda eletrónica, o que aqui não nos interessa.

### 2.2.3. Especificidades do regime

#### 2.2.3.1. A separação dos fundos da conta de pagamento relativamente ao património das instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica

A apontada destinação funcional dos fundos da conta de pagamento relativamente ao património das instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica tem reflexo nos deveres de proteção estabelecidos no artigo 32.º do RJSPME, aplicável às instituições de pagamento e também às instituições de moeda eletrónica, nos termos do artigo 33.º-E.

Nos termos do artigo 32.º as instituições de pagamento (e as instituições de moeda eletrónica) devem assegurar a proteção dos fundos que tenham sido recebidos dos utilizadores de serviços de pagamento, ou através de outro prestador de serviços de pagamento, para a execução de operações de pagamento de acordo com um dos procedimentos estabelecidos nas alíneas *a)* e *b)*.

Nos termos da alínea *a)*, o prestador de serviços deve assegurar que os fundos não sejam, em momento algum, agregados com os fundos de qualquer pessoa singular ou coletiva distinta dos utilizadores dos serviços de pagamento por conta dos quais os fundos são detidos [i)], sejam depositados numa conta separada em instituição de crédito ou investidos em ativos seguros, líquidos e de baixo risco, nos casos em que esses fundos se encontrem ainda detidos pela instituição de pagamento, sem terem sido entregues ao beneficiário ou transferidos para outro prestador de serviços de pagamento, até ao final do dia útil seguinte àquele em que tenham sido recebidos [ii)], e sejam segregados nos termos do disposto no n.º 3, no interesse dos utilizadores do serviço de pagamento em causa, dos créditos de outros credores, em especial em caso de liquidação da instituição de pagamento [iii)]<sup>297</sup>.

Por outro lado, estabelece o n.º 3 que em caso de liquidação da instituição de pagamento, os montantes entregues pelos utilizadores de serviços de pagamento não podem ser apreendidos para a massa em liquidação, assistindo aos respetivos titulares o direito de reclamar a sua separação ou restituição.

<sup>297</sup> Nos termos da alínea *b)*, o prestador de serviços de pagamento deve assegurar que os fundos sejam cobertos por uma apólice de seguro ou outra garantia equiparada, prestada por uma companhia de seguros ou instituição de crédito que não pertença ao mesmo grupo da própria instituição de pagamento, num montante pelo menos equivalente ao que seria separado na ausência da referida apólice de seguro ou outra garantia equiparada, a pagar no caso de a instituição de pagamento não poder cumprir as suas obrigações financeiras. Assim, a medida de proteção prevista nesta alínea traduz-se na constituição de uma garantia a favor do utilizador de serviços de pagamento.

Ora, ao contrário do que sucede com as instituições de crédito em geral, os fundos detidos numa conta de pagamento detida junto de uma instituição de pagamento ou numa instituição de moeda eletrónica podem, efetivamente, ser segregados do respetivo património, já que estas entidades não são intermediárias financeiras e os fundos em causa são funcionalmente destinados à execução de operações de pagamento ou à emissão de moeda eletrónica<sup>298</sup>.

Nesta medida, o prestador de serviços de pagamento pode, aqui, escolher segregar os fundos do seu património, constituindo verdadeiros patrimónios autónomos em benefício dos utilizadores.

Assim, tendo tais medidas de proteção sido seguidas, estipula o n.º 3, de forma expressa, que em caso de liquidação da instituição de pagamento os montantes entregues pelos utilizadores de serviços de pagamento não podem ser apreendidos para a massa em liquidação, assistindo aos respetivos titulares o direito de reclamar a sua separação ou restituição<sup>299</sup>. Porém, os fundos estarão igualmente a salvo dos credores da instituição de pagamento em caso de ação executiva, nos termos do artigo 1184.º, aplicável subsidiariamente, sempre que o contrato de prestação de serviços; tenha sido celebrado por escrito; e em momento anterior à penhora<sup>300</sup>.

Por outro lado, entendemos, com André Figueiredo, que o regime emergente do artigo 1184.º do Código Civil visa impedir que os bens do mandato constituam um objeto apto a assegurar a satisfação das dívidas pessoais do mandatário, de forma a assegurar a repercussão integral do conteúdo económico dos direitos detidos pelo mandatário na esfera patrimonial do mandante<sup>301</sup>. Assim, a norma deve não só impedir o acesso aos bens por parte dos credores por meios processuais mas, também, impedir o acesso através de negócio jurídico celebrado com o mandante, constituindo a falta de previsão expressa no sentido da proscrição de tal acesso uma lacuna<sup>302</sup>, a resolver mediante uma extensão analógica da norma constante do artigo 1184.º do C.C. às disposições de bens por parte do mandatário a favor de credores seus e causalmente relacionada com essa mesma qualidade. Assim, a disposição de fundos detidos em conta de pagamento por parte de instituição de pagamento ou de moeda eletrónica

<sup>298</sup> Remete-se novamente para Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, pp. 28 e ss..

<sup>299</sup> Sendo certo que o incumprimento dos deveres de segregação a cargo do prestador de serviços de pagamento resultarão em que o ordenante tenha de concorrer com os demais credores à massa da insolvência, como aponta Vittorio Santoro, in “*I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*”, p. 38.

<sup>300</sup> Acerca dos requisitos de aplicação do artigo 1184.º e das virtualidades aplicativas da norma vide, por todos, André Figueiredo, “O negócio fiduciário perante terceiros ...”, pp. 213 e ss..

<sup>301</sup> André Figueiredo, obra citada, pp. 343 e 344.

<sup>302</sup> *Idem, ibidem*, pp. 345 e 346.

a favor dos seus credores e realizadas atendendo a essa qualidade determinará a nulidade dos negócios de disposição, por violação do artigo 1184.º, e desde que cumpridos os diversos requisitos previstos em tal norma<sup>303</sup>.

Ainda seguindo quanto é sustentado por André Figueiredo, fora dos casos onde seja possível a extensão analógica do artigo 1184.º do Código Civil poderá ser aplicável a responsabilidade civil aquiliana por lesão de direito de crédito através da figura da eficácia externa das obrigações<sup>304</sup>, o que, no entanto, será neste caso de aplicação extraordinariamente difícil, atento o requisito do conhecimento efetivo do direito do lesado por parte do lesante<sup>305</sup>.

A construção jurídica aqui exposta a favor do utilizador de serviços de pagamento é inviável no que respeita às verdadeiras contas bancárias, onde é natural a confusão dos fundos no património da instituição de crédito.

#### 2.2.3.2. Os direitos do beneficiário sobre os fundos da conta de pagamento em caso de transferência escritural de fundos a débito

As medidas de proteção estabelecidas no artigo 33.º do RJSPME estabelecem uma proteção dos fundos enquanto bens funcionalmente afetos à realização de operações de pagamento ou à emissão de moeda eletrónica. No caso dos fundos destinados à execução de operações de pagamento, estes encontrar-se-ão na conta de pagamento a aguardar uma ordem de pagamento, ou já após ter sido ordenada uma operação de pagamento.

O primeiro caso *supra* mencionado não nos interessa, já que não existe, ainda, qualquer beneficiário no que respeita a uma concreta operação de pagamento. A situação já será diferente a partir do momento em que tenha sido emitida uma ordem de pagamento. Nesta eventualidade há ainda que distinguir consoante o momento em que se encontre a complexa operação de pagamento, nomeadamente consoante o momento em que o beneficiário adquire o direito sobre o respetivo prestador de serviços de pagamento quanto à transferência final dos fundos para a sua conta de pagamento.

A partir do momento em que o prestador de serviços de pagamento fica obrigado a creditar os fundos na conta de pagamento do beneficiário deve proteger a posição do beneficiário quanto à receção, nos termos do artigo 33.º, n.º 1. Tanto vale para determinar quer o momento em que surge tal dever de

<sup>303</sup> *Idem, ibidem*, p. 346.

<sup>304</sup> *Idem, ibidem*, pp. 353 a 361.

<sup>305</sup> Quanto a este requisito, E. Santos Júnior, “Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito”, pp. 473 e ss., em especial a p. 485.

proteção, quer o respetivo responsável, i.e., o prestador de serviços do beneficiário que seja uma instituição de pagamento ou uma instituição de moeda eletrónica. A partir desta precisão, tudo se torna mais fácil. O prestador de serviços do beneficiário que seja uma instituição de pagamento ou de moeda eletrónica tem o dever de, assim que receber os fundos na sua conta, segregar os fundos para este transferidos, nos termos do artigo 33.º, n.º 1, a), a favor do beneficiário, ou, alternativamente, assegurar que estes estejam cobertos por seguro ou garantia equivalente a favor do beneficiário.

Por outro lado, nos termos do artigo 1184.º do C.C., os fundos não poderão ser objeto de penhora em ação executiva movida contra o prestador de serviços de pagamento nem poderão ser contratualmente transmitidos por parte do prestador de serviços aos seus credores em função de tal qualidade, sempre que o contrato de prestação de serviços ao abrigo do qual o prestador tenha o dever de receber os fundos tenha sido celebrado por escrito e em momento anterior à penhora ou ao negócio através do qual se operou a transmissão.

*[Continua]*



# RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA



## *Atividade do Tribunal Constitucional em 2016*

PROF. DOUTOR ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO

SUMÁRIO: *I – A atividade do Tribunal Constitucional. II – Principais decisões: 1. Fiscalização sucessiva abstrata; 2. Fiscalização sucessiva concreta: 2.1. Legislação da nacionalidade; 2.2. Legislação fiscal; 2.3. Legislação sobre contraordenações; 2.4. Legislação em processo penal; 2.5. Legislação sobre custas judiciais.*

### **I**

#### **A atividade do Tribunal Constitucional**

1. O relatório de atividades do Tribunal Constitucional (TC), publicado na sua página eletrónica<sup>1</sup>, ilustra com clareza o modo como se desenvolve a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade no ordenamento jurídico português.

Assentando numa descrição primária da atividade do TC, verifica-se que a sua intervenção se verificou, essencialmente, sobre a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade, sendo muito escassas as decisões sobre processos relativos a partidos políticos (5), ao financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais (7) e a processos em material eleitoral (1).

Centrado na área nobre para a qual foi criado, o TC em 2016 não foi chamado a intervir em sede de fiscalização preventiva. As decisões em fiscalização sucessiva abstrata foram diminutas, ao invés, foram as decisões tomadas em fiscalização concreta que ocuparam, no fundamental, a atividade do TC.

Em 1520 decisões registadas, 1499 ocorreram em fiscalização concreta. Daí que a análise rigorosa da atividade do TC em 2016 seja a dos atos e dos momentos processuais em que se verificaram as decisões em fiscalização concreta.

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>.

Nesta matéria, há a verificar que foram adotadas 813 decisões por decisão sumária, suplantando por larga margem as decisões colegiais adotadas.

O essencial do regime jurídico das decisões sumárias está previsto no artigo 78.º-A da Lei Orgânica de Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LOFPTC), aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, com a redação atual.

Assim, a decisão sumária traduz-se num ato do relator do processo, e pode ser emitida nas situações descritas no n.º 1 da citada disposição: (i) caso o relator entenda que não deve conhecer-se do objeto do recurso; (ii) caso o relator considere que se trata de uma questão simples, designadamente por já existir jurisprudência do TC sobre a norma impugnada; (iii) caso o relator considere que a decisão é manifestamente infundada.

Independentemente da expressão numérica das decisões sumárias, a regra jurídica relativamente às decisões do TC, é a da decisão por acórdão. O n.º 1 do artigo 78.º-A da LOFPTC quando principia por “se entender que” deve ser interpretado no sentido de que as situações previstas apontam para casos de excecionalidade na decisão. Correspondem a situações em que, pelas três razões indicadas, o TC não deve ser chamado a uma decisão colegial por não ser necessária, dada a imperfeição do recurso ou a evidente decisão da lide.

Na análise da jurisprudência podem encontrar-se razões de sobejo para censurar as interpretações do TC, particularmente quanto à identificação das situações em que se considera não dever admitir-se o pedido, no entanto o perfil normativo da decisão sumária cobre situações excecionais, em que o tribunal está impedido de laborar numa decisão de mérito e em que a intervenção singular do relator é suficiente para identificar casos que não devem passar de “exame preliminar” (epígrafe do artigo).

O elevadíssimo número de decisões sumárias pode, em tese, explicar-se por duas razões: (i) pela falta de qualidade da litigância junto do TC e, ou, (ii) pela complexidade dos pressupostos processuais construídos pela jurisprudência do TC que impedem o conhecimento do mérito de recursos.

Não sendo o presente texto espaço adequado para dilucidar esta questão, não pode analisar-se os números da atividade do TC sem a enunciar.

1.1. A referência a “decisões simples”, que a LOFPTC admite poderem acompanhar decisões já tomadas pelo TC em sede de fiscalização concreta merece alguma cautela interpretativa.

Não se trata de decisões isentas de complexidade técnica de interpretação, mas antes decisões que, tendencialmente, acompanham jurisprudência anterior do TC.

Em primeiro lugar as “decisões simples” terão que se basear em acórdãos do TC e não em decisões sumárias. Podem ser decisões tomadas em fiscalização concreta, ou em fiscalização abstrata. Basta pensar em decisões do TC, adotadas em fiscalização sucessiva abstrata, no sentido da não inconstitucionalidade de certa norma ou de certa norma com uma dada interpretação.

Relativamente a decisões no sentido da não inconstitucionalidade firmadas na jurisprudência do TC (uma decisão em fiscalização sucessiva abstrata ou um conjunto representativo delas em fiscalização sucessiva concreta) pensamos não haver dúvidas que podem constituir fundamento para preencher as “questões simples” referidas no n.º 1 do artigo 78.º-A da LOFPTC.

Decisões no sentido da inconstitucionalidade dificilmente poderão considerar-se questões simples para efeitos do n.º 1 do artigo 78.º-A da LOFPTC. Se uma secção decide no sentido da inconstitucionalidade, não é seguro que outra decida de idêntica forma, e esta circunstância nada tem de “simples”. Em rigor, só poderá existir “decisão simples” no sentido da inconstitucionalidade, se o relator estiver integrado em secção que já tenha decidido no sentido da inconstitucionalidade.

O advérbio “designadamente” pode abrir espaço para interpretações perniciosas. O sentido literal da fórmula legal, ao prever que a decisão é simples “designadamente por a mesma já ter sido objeto de decisão anterior do Tribunal”, admite que haja decisões simples fora da relação da conexão com anterior jurisprudência do TC.

Não pensamos que deva, porém, ser essa a interpretação mais adequada para o n.º 1 do artigo 78.º-A da LOFPTC quando se inclui o citado advérbio. Fora da relação com jurisprudência anterior do TC tomada colegialmente, não deve existir recurso à forma da decisão sumária. Se assim fosse, poderia um membro do TC invocar a natureza óbvia de, por exemplo, uma inconstitucionalidade orgânica para a subtrair a decisão em secção, o que desvirtuaria, de todo, a natureza da decisão sumária.

Ou seja, apesar de o n.º 1 do artigo 78.º-A da LOFPTC admitir literalmente decisões simples fora da relação com decisões colegiais do TC, o sentido da norma, dentro da lógica do sistema, não consente tal interpretação.

A decisão sumária por a questão a decidir ser “manifestamente infundada” constitui o critério mais difícil de preencher dos previstos no artigo 78.º-A da LOFPTC. Não respeita a causas de não admissão do recurso, porque estas estão abrangidas pela fórmula “não pode conhecer-se do objeto do recurso”. A flagrante falta de fundamento terá que ser procurada na evidente inadequação do pedido ou da sua relação com a causa de pedir. Apesar de não existirem estudos numéricos sobre as três fontes de decisões sumárias, pode afirmar-se,

com segurança, que o fundamento baseado em manifesta falta de fundamento é o menos utilizado.

Havendo três decisões em fiscalização concreta no sentido da inconstitucionalidade de uma norma, haverá que transitar da fiscalização sucessiva concreta para a fiscalização sucessiva abstrata, nos termos do n.º 3 do artigo 281.º da CRP: “O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos” (segue-se, depois, o processo definido no artigo 82.º da LOFPTC).

Para o cômputo destas três decisões devem considera-se não só acórdãos, mas também decisões sumárias.

2. O maior número de acórdãos regista-se em conferência (298), prolongando a hegemonia da decisão sumária como forma de ato mais habitual do TC.

Nos termos do n.º 3 do artigo 78.º-A, da decisão sumária pode reclamar-se para a conferência, cujo colégio é constituído pelo Presidente ou Vice-Presidente do TC, pelo relator e por outro juiz da secção, indicado pelo pleno da secção em cada ano judicial.

Apesar de não decorrer da pura apresentação dos números do relatório de atividades, a experiência ensina que a esmagadora maioria das decisões tomadas como acórdãos da conferência confirmam as decisões sumárias recorridas.

A esta circunstância não será alheia a presença do relator da decisão sumária na conferência, o que se afigura uma solução legislativa que não favorece os direitos do requerente, podendo ser questionada à face do artigo 20.º da CRP.

Entende-se que seria mais adequado assegurar que a reclamação da decisão sumária fosse apreciada por juiz distinto do relator originário, não participando este na conferência.

O número de acórdãos em secção – 143 – é reduzido, avaliada a globalidade dos números até aqui descritos. Tendencialmente trata-se de decisões de mérito, embora existam decisões em secção que versem, também, sobre o conhecimento de recursos.

3. Os acórdãos em Plenário, em sede fiscalização concreta, estão previstos nos artigos 79.º-A e 79.º-D da LOFPTC. Ocorrem muito esporadicamente, tendo originado duas decisões em 2016.

Nos termos do n.º 1 do artigo 79.º-A da LOFPTC, o Presidente do TC pode determinar que um julgamento destinado a realizar-se em secção tenha lugar em Plenário nas seguintes situações: (i) quando se considere necessário para evitar divergências jurisprudenciais, ou (ii) quando tal se justifique em razão da natureza da questão.

Avaliando estas duas razões, verifica-se que no primeiro caso está em causa a segurança e uniformização na aplicação do Direito. Existindo, exemplo típico, divergências entre secções na aplicação da mesma norma, e antes de uma eventual decisão com força obrigatória geral, o TC pode estabilizar futura jurisprudência em Plenário.

É evidente que o julgamento referido só terá efeitos jurídicos no caso concreto, mas a doutrina encontrada pode irradiar para outras decisões em fiscalização concreta em que a norma questionada seja avaliada pelo TC.

Para além da intervenção no caso de divergências jurisprudenciais, o Presidente do TC pode considerar que certa norma ou contexto normativo merece uma intervenção do Plenário, no limite, antes de qualquer decisão em secção.

A lei utiliza a equívoca expressão “com a concordância do Tribunal”, para conformar a intenção do Presidente do TC. A intenção do legislador caminha no sentido de estabelecer uma linha de equilíbrio entre o Presidente e os restantes membros do TC. Assim, só o Presidente pode desencadear o mecanismo do n.º 1 do artigo 79.º-A da LOFPTC, que não deverá contar com a oposição da maioria dos juízes.

No artigo 79.º-D da LOFPTC está-se perante uma situação de recurso, nos casos em que uma secção venha a decidir de forma distinta da que tem sido adotada quanto à mesma norma em jurisprudência anterior do TC. Podem figurar como recorrentes as partes e o Ministério Público (MP), sendo, para este, o recurso obrigatório quando intervenha como recorrente ou recorrido.

A decisão tomada em Plenário não determina a transição da fiscalização concreta para a fiscalização abstrata, por não estarem preenchidos os pressupostos do n.º 3 do artigo 281.º da CRP e seguindo o processo do artigo 82.º da LOFPTC.

4. O relatório identifica ainda 87 reclamações decididas ao abrigo do artigo 77.º da LOFPTC. Esta disposição respeita ao indeferimento ou à retenção do recurso por parte do tribunal *a quo*.

As causas de indeferimento do recurso estão previstas no n.º 2 do artigo 76.º da LOFPTC: (i) não preenchimento das exigências do artigo 75.º-A, designadamente a identificação da base legal que fundamenta o recurso e a norma cuja ilegalidade ou inconstitucionalidade se pretende que TC aprecie; (ii) quando a decisão não admita recurso; (iii) quando o recurso haja sido interposto fora do prazo; (iv) quando o requerente não seja parte legítima; (v) quando seja manifestamente infundada a invocação da legalidade ou da inconstitucionalidade da norma, apesar de a questão ter sido suscitada no processo.

Foram, ainda, produzidas 156 decisões interlocutórias.

## II Principais decisões

### 1. *Fiscalização sucessiva abstrata*

Em fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade, um conjunto de deputados à Assembleia da República questionou a compatibilidade do artigo 80.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado – LOE), que determinava o seguinte:

“Artigo 80.º

Subvenções mensais vitalícias

1 – O valor das subvenções mensais vitalícias atribuídas a ex-titulares de cargos políticos e das respetivas subvenções de sobrevivência, em pagamento e a atribuir, *fica dependente de condição de recursos, nos termos do regime de acesso a prestações sociais não contributivas* previsto no Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho, alterado pela Lei n.º 15/2011, de 3 de maio, e pelos Decretos-Leis n.ºs 113/2011, de 29 de novembro, e 133/2012, de 27 de junho, com as especificidades previstas no presente artigo.

2 – Em função do valor do rendimento mensal médio do beneficiário e do seu agregado familiar no ano a que respeita a subvenção, esta prestação, com efeitos a partir do dia 1 de janeiro do ano seguinte:

- a) É suspensa se o beneficiário tiver um rendimento mensal médio, excluindo a subvenção, superior a (euro) 2000;
- b) Fica limitada à diferença entre o valor de referência de (euro) 2000 e o rendimento mensal médio, excluindo a subvenção, nas restantes situações.

(...)

9 – O disposto nos números anteriores abrange todas as subvenções mensais vitalícias e respetivas subvenções de sobrevivência, independentemente do cargo político considerado na sua atribuição, com a única exceção das previstas na Lei n.º 26/84, de 31 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 102/88, de 25 de agosto, e 28/2008, de 3 de julho.”

O pedido de declaração de inconstitucionalidade das normas do artigo citado baseava-se, essencialmente, na violação dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança. Os deputados debatiam, essencialmente, o momento em que foram aprovadas as normas, bem como a sua natureza:

“(…)

6.º Na sequência do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro 2011/2014 (doravante, “PAEF”) e até à entrada em vigor da lei do OE2014, o regime legal assente no sistema e princípios consagrado em 1985 foi sujeito

às reduções de montante das subvenções devidas, acompanhando os sucessivos e pesados sacrifícios pedidos aos cidadãos por força das medidas de contenção orçamental, como não podia deixar de ser e se afigurou da mais elementar equidade.

7.º Diferentemente, as normas excepcionais aqui contestadas surgiram em contraciclo: precisamente quando a justificação para a imposição sucessiva de medidas de sacrifício diminuiu, por força da cessação da vigência do PAEF, o regime previsto agrava-se, chegando à ablação total de direitos, afastando vias alternativas de partilha de sacrifícios para redução da despesa pública. A modalidade e o grau de sacrifício impostos não têm assim justificação, à luz de um critério de necessidade, e assumem recorte desproporcionado, violando o princípio da proporcionalidade. (...)"

1.1. A decisão do TC foi no sentido da inconstitucionalidade da lei, não por limitar o valor da subvenção, mas por introduzir uma condição de recursos, modificando-lhe, desta forma, a natureza:

“(..."

17. (...) O que sucede é que o comportamento do legislador ao longo do tempo – tornando embora mais exigentes as condições de atribuição da subvenção e reduzindo o seu montante – *nunca pôs em causa a sua peculiar natureza*, supra clarificada. Ora, a confiança dos beneficiários assentava precisamente neste aspeto: que o Estado manteria transitoriamente em vigor, para os beneficiários da prestação, um regime legal compatível com a sua natureza.

Esta compatibilidade impunha que o Estado não desacautelasse a posição de quantos tivessem feito opções de vida com base na expectativa, não de que o regime das subvenções se manteria perpetuamente inalterado, mas de que, sendo modificado e, mesmo, restringido, não deixaria, a quem dele beneficiasse e enquanto durasse (e, por força da transitoriedade da vida humana, não durará muito), de respeitar a *natureza* específica daquelas.

(..."

Como se disse noutro ponto, estas subvenções, quando foram instituídas, apresentavam quatro características principais: eram vitalícias; apenas estavam condicionadas a um requisito positivo de atribuição; tinham natureza não contributiva; e o seu fundamento único residia na atividade exercida pessoalmente pelo beneficiário, prescindindo de quaisquer condicionantes relativas à situação civil, familiar ou outra, daquele.

*Ora, a contabilização de outros rendimentos do beneficiário e do seu agregado familiar constitui um elemento inovador no regime jurídico relativo a estas prestações, que as descaracteriza por completo.* Com a nova configuração, constante das normas sob escrutínio, a subvenção mensal vitalícia perde a sua natureza de benefício atribuído aos ex-titulares de cargos políticos, em razão dos serviços prestados ao país e tendo em conta as especiais exigências e potenciais consequências, nos percursos de vida de cada um, do desempenho de determinadas funções, e passa a revestir a natureza de

prestação não contributiva comum, visando, como as outras, tão-somente evitar que os seus beneficiários sofram uma situação de carência econômica.

18. *A solução legislativa produz ainda a consequência de gerar para o ex-titular de cargo público uma relação de dependência para com os membros do seu agregado familiar que sejam titulares de rendimentos. Esta dependência poderá ser quase total, quando se atinja, no seio do agregado familiar, o limiar de rendimentos que determina a suspensão da subvenção, mas o ex-titular de cargo político não disponha de proventos próprios relevantes.”*

Neste contexto, o TC considerou atingido o princípio da proteção da confiança por entender estarem preenchidos os pressupostos para a sua aplicação: “(i) que as expectativas de estabilidade do regime jurídico em causa tenham sido induzidas ou alimentadas por comportamentos dos poderes públicos; (ii) que tais expectativas sejam legítimas, fundadas em boas razões, a avaliar no quadro axiológico jurídico-constitucional; por último (iii), que o cidadão tenha orientado a sua vida e feito opções decisivas, precisamente, com base em expectativas de manutenção de um determinado regime jurídico.”

Sobre o interesse público prosseguido pela lei declarada inconstitucional, o TC considerou que:

“Não a justificam, seguramente, os ganhos diferenciais (diferenciais em relação a uma solução que prescindisse da ponderação de outros rendimentos do beneficiário e do seu agregado familiar), em termos de poupança da despesa pública que assim se obteria. Considerando o orçamento no seu todo, eles não são, seguramente, de grande monta; acresce que os valores a afetar a esta rubrica irão gradualmente reduzir-se, pela fatal diminuição do número de beneficiários.”

A decisão contou com uma declaração de voto e cinco declarações de voto de vencido.

1.2. É criticável a argumentação que se baseia no *quantum* que pode ser obtido pela aplicação desta medida e pelos reflexos que possa apresentar na despesa pública. Trata-se de matéria de conformação legislativa por parte de um poder político democraticamente legitimado.

As “poupanças” em causa têm origem e destino de interesse público, pelo que não se apresenta adequada uma argumentação partindo da exiguidade da redução da despesa.

Considera-se, ao invés, pertinente a linha de argumentação assente na transformação da natureza da subvenção. O TC considera não existirem razões para fundar a expectativa de que seria recebido, sem modificações, um determinado valor ao longo do tempo. Os beneficiários não teriam, neste caso, justificação para esperar “não intervenções” públicas restritivas.

A transformação da natureza da subvenção – com a sujeição a condição de recursos – não seria antecipável pelos beneficiários e colidiria com o princípio da proteção da confiança.

Para a linha jurisprudencial vencida – por exemplo Conselheiro Carlos Cadilha –, pode ler-se que:

“Poderá dizer-se que uma subvenção sujeita a condição de recursos em termos de a sua atribuição ou o montante a auferir fiquem dependentes de rendimentos do agregado familiar, e não apenas do beneficiário, poderá não ser ajustado ao estatuto constitucional dos titulares de cargos políticos, mas essa é uma questão que se não reflete na tutela constitucional da proteção da confiança e não pode servir de fundamento a um juízo de inconstitucionalidade com esse parâmetro.”

Se a CRP não obriga ou impõe a prestação em causa, pode perguntar-se: (i) se poderia ser revogada?; se sim, porque não ser sujeita a condição de recursos?

O facto de se tratar de uma prestação de origem legal, não significa que se encontre desprendida de fundamento constitucional. A não ser assim, poderia tratar-se de uma subvenção assente em norma inconstitucional, o que não foi por ninguém discutido.

Desta forma, poderia encontrar-se uma razão de interesse público, que, hasteada na escassez de recursos, permitisse, no limite, extinguir a prestação. Não se demonstrando essa necessidade, ou outra que implicasse maior redução do montante a alteração de natureza da subvenção afeta a posição jurídica do beneficiário assente no princípio da proteção da confiança.

## 2. *Fiscalização sucessiva concreta*

### 2.1. *Legislação da nacionalidade*

2.1.1. O acórdão n.º 106/2016 discutiu e decidiu um recurso obrigatório apresentado pelo MP de uma decisão do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa que julgou inconstitucionais disposições da lei da nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, na redação da Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril) e do regulamento da lei da nacionalidade (Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro).

A alínea b) do artigo 9.º da lei da nacionalidade prevê que constitui fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa: “a condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa.”

A alínea *b*) do n.º 2 do artigo 56.º do decreto-lei regulamentar prevê norma idêntica.

De acordo com os factos constantes do processo, o requerente não tem nacionalidade conhecida, reside em Portugal desde 1976, onde tem laços familiares, vínculos profissionais e contribuições fiscais e para a segurança social.

Foi condenado na pena de um ano de prisão, suspensa na sua execução por um ano, em 1992, por um crime de furto qualificado, cuja moldura penal abstrata se integra nos artigos já referidos da lei da nacionalidade e do decreto-lei que a regulamenta.

O tribunal recorrido considerou que: “(...) o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa, decorrente da condenação em pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos é um efeito “necessário”, no sentido de efeito automático da condenação, na medida que se impõe inexoravelmente *ex vi legis* na esfera jurídica do interessado, não deixando à Administração qualquer margem de apreciação e ponderação!”.

A desaplicação das normas com fundamento em inconstitucionalidade teve como razão a violação o direito à aquisição *ex novo* da nacionalidade portuguesa (artigo 26.º da CRP) e a garantia da não aplicação de penas nem medidas privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (n.º 1 do artigo 30.º da CRP).

O TC não julgou inconstitucionais as normas questionadas pelo tribunal recorrido, mas considerou que a lei da nacionalidade, bem como o decreto-lei que a regulamenta devem considerar a legislação aprovada relativamente ao registo criminal e ao cancelamento das inscrições aí constantes “assim correspondendo a uma reabilitação legal, sob pena de, por essa via, fazer vigorar automaticamente, para aquele efeito, o desvalor da ofensa a bens jurídicos (corporizado na condenação penal) que, por outra via, a mesma comunidade política tem já por superado”.

Tendo já sido cancelada a informação criminal que podia ser causa de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa, o TC emitiu uma decisão interpretativa, com base no n.º 3 do artigo 80.º da LOFPTC no sentido de:

“*a*) Interpretar as normas da alínea *b*) do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade portuguesa e da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 56.º do Regulamento da Nacionalidade portuguesa no sentido de que o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa, nelas previsto, decorrente da condenação em pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos, deve ter em conta a ponderação do legislador efetuada em sede de cessação da vigência da condenação penal inscrita no registo criminal e seu cancelamento e correspondente reabilitação legal.”

Não sendo materialmente uma decisão que mereça contestação, há que atender na pertinente declaração de voto da Conselheira Catarina Sarmento e Castro:

Apreciada a exata interpretação da norma que veio a ser desaplicada pelo tribunal a quo, pronunciar-me-ia no sentido da sua inconstitucionalidade, por violação do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, que proíbe os efeitos necessários das penas.

O disposto na alínea b) do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade portuguesa e na alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º do Regulamento da Nacionalidade portuguesa, interpretadas no sentido, isoladamente considerado, de que “o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa decorrente da condenação em pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos (como) efeito necessário, no sentido de efeito automático da condenação, na medida em que impõe inexoravelmente *ex vi legis* na esfera jurídica do interessado não deixando à Administração qualquer margem de apreciação e ponderação”, viola o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição que estabelece que “Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”.

As disposições da lei da nacionalidade e do decreto-lei que a regulamentam se interpretados no sentido de não existir limite temporal posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória colidem contra o artigo 26.º e n.º 4 do artigo 30.º da CRP.

A decisão recorrida aplicou bem o Direito, particularmente o Direito constitucional.

2.1.2. Questão de Direito semelhante foi tratada no acórdão n.º 331/2016, tendo o TC (2.ª secção) concluindo, agora, no sentido da inconstitucionalidade das normas questionadas:

“a) Julgar inconstitucional a norma que se extrai da alínea b) do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade, aprovada pela Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, na redação dada pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril, e da alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro, segundo a qual constitui fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa a condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa, quando foi aplicado o mecanismo da dispensa de pena, por violação do artigo 30.º, n.º 4 da CRP.”

Nesta decisão, o TC considerou que não havia que recorrer ao n.º 3 do artigo 80.º da LOFPTC, dado que: “ (...) a norma ou interpretação norma-

tiva questionadas devem ser consideradas, para efeitos da fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, como um dado – a menos que se trate de uma interpretação que claramente a letra da lei não comporta e, nesse caso, pode socorrer-se do artigo 80.º, n.º 3, da LTC e proceder à interpretação da norma conforme à Constituição. Esta deve, todavia, ser uma situação excecional, uma vez que, em certo sentido, implica que o Tribunal Constitucional se substitua aos tribunais comuns na interpretação das normas jurídicas por aquelas aplicadas nas decisões concretas.

Ora, no caso em apreço, a interpretação das normas extraídas dos preceitos legais acima mencionados efetuada pela decisão recorrida é perfeitamente plausível em função da letra das mesmas.”

Feita esta interpretação do n.º 3 do artigo 80.º da LOFPTC, o TC pode decidir da conformidade da legislação citada com o n.º 4 do artigo 30.º da CRP, não existindo neste acórdão a possibilidade de recorrer à relação intrasistémica com a legislação aplicável ao cancelamento do registo criminal<sup>2</sup>.

Tratando-se de uma situação de “dispensa da pena”, seria difícil compreender que o legislador pretendesse o não cumprimento de uma pena, e ao mesmo tempo extrair, como efeito da condenação, a “perda automática de direitos civis.”

## 2.2. *Legislação fiscal*

2.2.1. No acórdão n.º 139/2016, esteve em apreciação a Lei n.º 32-B/2002, de 20 de dezembro (que aprovou o Orçamento do Estado para 2003) e conferiu ao artigo 31.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) a seguinte redação:

### “Artigo 31.º

Sociedades gestoras de participações sociais e sociedades de capital de risco

(...)

2 – As mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS e pelas SCR mediante a transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere, de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior

<sup>2</sup> “No caso vertente não ocorre a contradição sistémica que justificou a solução propugnada no mencionado Acórdão n.º 106/2016, uma vez que, à data da prolação da decisão recorrida, ainda não tinham decorrido os 5 anos no termo dos quais, de acordo com o disposto no artigo 11.º, n.º 1, alínea f), da Lei de Identificação Civil – a Lei n.º 37/2015, de 5 de maio –, é cancelado o registo da dispensa de pena.” (declaração de voto do Conselheiro Pedro Machete)

a um ano, e, bem assim os encargos financeiros suportados com a sua aquisição, *não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades.*

3 – O disposto no número anterior não é aplicável relativamente às mais-valias realizadas e aos encargos financeiros suportados quando as partes de capital tenham sido adquiridas a entidades com as quais existam relações especiais, nos termos do n.º 4 do artigo 58.º do Código do IRC, ou entidades com domicílio, sede ou direção efetiva em território sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, ou residentes em território português sujeitas a um regime especial de tributação, e tenham sido detidas, pela alienante, por período inferior a três anos e, bem assim, quando a alienante tenha resultado de transformação de sociedade à qual não fosse aplicável o regime previsto naquele número relativamente às mais-valias das partes de capital objeto de transmissão, desde que, neste último caso, tenham decorrido menos de três anos entre a data da transformação e a data da transmissão.  
(...).”

A norma objeto do recurso foi identificada como: “a contida no artigo 31.º, n.º 3, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho, na redação introduzida pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de dezembro, na interpretação segundo a qual *a isenção prevista no n.º 2 do mesmo artigo para as mais-valias realizadas pelas SGPS mediante a transmissão onerosa de partes de capital de que sejam titulares nunca é aplicável se as partes de capital tiverem sido adquiridas a entidades com as quais existam relações especiais*, nos termos do n.º 4 do artigo 58.º do Código do IRC, caso essas mesmas partes de capital tenham sido detidas, pela alienante, por período inferior a três anos.”

Avaliando a compatibilidade da norma com o princípio da capacidade contributiva, o TC considerou que, nessa sede, seria pertinente questionar as definições de mais-valias, de regras de correção monetária e de regras sobre reinvestimentos dos valores de realização previstas no Código do IRC, o que não constitui objeto do recurso:

“A Recorrente pode discutir se as normas do Código do IRC que regulam os termos da tributação das mais-valias respeitam a regra da capacidade contributiva. *Coisa diferente é, todavia, usar o parâmetro da capacidade contributiva para aferir a validade, face à Constituição, de normas – como são as dos benefícios fiscais – cujos pressupostos, construção e finalidade são, de todo, alheios à ideia de capacidade contributiva.*”

Seguindo a linha jurisprudencial do acórdão n.º 753/14, o TC considerou não se verificar violação do “direito à prova”, não existindo a previsão de uma presunção inilidível. Existe uma opção legislativa de não considerar as operações previstas na norma sindicada para efeitos de benefício fiscal, embora se

reconheça que “a evitação de uma hipotética fraude possa ter sido a razão de política legislativa que levou o legislador a limitar a aplicação do benefício nos termos já assinalados. Daí que, nos presentes autos, devamos igualmente concluir pela não verificação de uma presunção em sentido próprio.”

### 2.3. *Legislação sobre contraordenações*

2.3.1. No acórdão n.º 297/2016, o TC apreciou a compatibilidade do artigo 52.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro (modificada pela Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto) com a CRP, por recurso interposto pelo MP, obrigatório por o tribunal recorrido ter desaplicado a disposição com fundamento em inconstitucionalidade.

Tratou-se de uma decisão em Plenário, determinada por iniciativa do Presidente, nos termos do artigo 79.º-A da LOFPTC.

Relativamente a contraordenações laborais e de segurança social, o citado artigo prevê que:

“Artigo 52.º  
Prescrição do procedimento

Sem prejuízo das causas de suspensão e interrupção da prescrição previstas no regime geral das contraordenações, o procedimento extingue-se por efeito da prescrição logo que sobre a prática da contraordenação hajam decorrido cinco anos.”

O tribunal recorrido julgou a norma inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade. A fixação de um prazo único de prescrição favorece a “inércia da administração (imobilizando os processos de contraordenação durante anos e anos, ainda na fase administrativa), coloca em situação de desfavor os infratores de menor poder económico e os agentes de infrações de menor desvalor ético.”

Estabeleceu ainda a comparação entre prazos de prescrição penal – que podem ser de dois anos para os crimes puníveis com pena de prisão inferior a um ano ou mera multa – mostrando-se a solução do artigo 52.º manifestamente excessiva, desnecessária, desadequada e afrontadora do princípio da proporcionalidade insito no artigo 18.º n.º 2 da CRP.

O TC considerou não existir infração ao princípio da proporcionalidade, entendendo que:

“o concreto prazo de cinco anos consagrado pelo legislador na norma ora sindicada, para o exercício daquele poder do Estado em matéria sancionatória con-

traordenacional, não se mostra (muito menos num juízo de evidência) desproporcionado em face quer das finalidades prosseguidas, em geral, pelo legislador no domínio contraordenacional – a advertência social relacionada com a observância de certas proibições ou imposições legislativas e, assim, com a promoção de determinadas condutas, in casu na área das relações jurídico-laborais –, quer da finalidade apontada pelo legislador de criação de condições para uma maior eficácia da ação fiscalizadora do Estado e da perseguição dos ilícitos (contraordenacionais laborais) em causa.”

Por outro lado entendeu-se que cinco anos não seria um prazo “nem irrisório nem excessivamente longo em face da diversidade das situações de infração que motiva a reação do Estado.”

A decisão foi tomada por unanimidade.

2.3.2. No acórdão n.º 674/2016, o TC (1.ª secção) apreciou a compatibilidade com a CRP dos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, cujo texto é:

“Artigo 84.º

Recurso, tribunal competente e efeitos do recurso

1 – Cabe recurso das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cuja irrecorribilidade não estiver expressamente prevista na presente lei.

2 – Não é admissível recurso de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições.

3 – Das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

4 – O recurso tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem medidas de carácter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º, cujo efeito é suspensivo.

5 – No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.”

O objeto do recurso de constitucionalidade foi definido como:

“a norma extraída do artigo 84.º, números 4 e 5, da LdC, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da AdC que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua subs-

tituição, no prazo fixado pelo tribunal, independentemente da sua disponibilidade económica.”

Na delimitação feita pelo TC, a dimensão normativa dos números 4 e 5, do artigo 84.º desaplicado pelo tribunal *a quo*, com fundamento em inconstitucionalidade, determinam que a atribuição do efeito suspensivo depende da prestação de uma caução cuja fixação não é atribuída a apreciação judicial. Este aspeto vai ser fundamental no juízo do TC:

“a prestação da caução a que alude a parte final do n.º 5, do artigo 84.º representa uma condição *ope legis*, desde que se encontre demonstrado o prejuízo considerável resultante da execução da coima. O juiz é chamado a verificar se a execução da coima causa o prejuízo considerável ao recorrente por este invocado no requerimento de interposição do recurso, mas, demonstrado este prejuízo, a decisão judicial restringe-se à fixação de um prazo para a prestação de caução, “em substituição” do montante da coima, o que inculca a ideia de necessária correspondência entre os dois montantes.

Ora, uma tal automaticidade não consente a devida ponderação circunstanciada do caso, designadamente para efeitos de avaliação da exigibilidade da prestação de uma caução de montante igual ao da coima para prevenção de eventuais perigos que se imponha acautelar”

O TC julgou as normas inconstitucionais por onerar excessivamente o direito de acesso a tutela judicial efetiva, por quase esvaziar de sentido a presunção de inocência, consubstanciando, assim, uma compressão excessiva das garantias de defesa previstas no artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, em articulação com o artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

Em declaração de voto, o Conselheiro Teles Pereira, advertiu para: “Não estando em causa o direito a impugnar judicialmente a decisão administrativa, a possibilidade de requerer a atribuição de efeito suspensivo quando a execução da decisão condenatória causar prejuízo considerável ao arguido, mediante prestação de caução (artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência), não deixa de permitir dar resposta aos casos em que a execução imediata da sanção constitua um obstáculo relevante ao exercício do direito de impugnação, numa ponderação que nada tem de automático, ao contrário do que se afirma no presente acórdão.”

2.3.3. No acórdão n.º 675/2016, o TC julgou inconstitucional, por maioria, a norma extraída dos números 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Setor Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, na interpretação segundo a qual o recurso que visa a impugnação judicial das

decisões finais condenatórias em processo de contraordenação tem, por regra, efeito meramente devolutivo, ficando a atribuição de efeito suspensivo dependente da prestação de caução e da verificação de um prejuízo considerável para o Recorrente decorrente da execução da decisão.

Determinava a disposição que:

“Artigo 46.º

Recurso, tribunal competente e efeito do recurso

1 – Cabe recurso das decisões proferidas pela ERSE, no âmbito do processo de contraordenação, cuja irrecorribilidade não estiver expressamente prevista na presente lei.

2 – Não é admissível recurso de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições.

3 – Das decisões proferidas pela ERSE, no âmbito do processo de contraordenação, cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

4 – O recurso tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem as sanções acessórias previstas nas alíneas *a)* ou *b)* do n.º 1 do artigo 35.º, em que o efeito é suspensivo.

5 – No caso de decisões que apliquem coimas, o visado pelo processo pode requerer, ao interpor recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.”

O TC avaliou a norma ao abrigo do artigo 18.º da CRP, considerando que:

“O princípio da proporcionalidade em sentido estrito veda a adoção de medidas que se apresentem como excessivas (desproporcionadas) para atingir os fins visados. É o caso da solução normativa sob juízo.

Na verdade, ao traduzir a imposição de um ónus de efeitos equivalentes ao cumprimento da coima para evitar a antecipação daquele mesmo cumprimento a norma recusada afronta o princípio da proporcionalidade, por se apresentar como medida excessiva diante dos fins prosseguidos.”

Tendo por base a fundamentação do acórdão n.º 674/2016, o TC julgou inconstitucionais as normas questionadas por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 20.º da CRP, concretizado, no âmbito da justiça administrativa, no artigo 268.º, n.º 4, da CRP, entendido em articulação com o princípio da proporcionalidade implicado no artigo 18.º, n.º 2, e o princípio da presunção de inocência em processo contraordenacional decorrente do artigo 32.º, números 2 e 10, da CRP.

Para esta decisão valem as críticas que fizemos ao acórdão n.º 674/2016. A ponderação do que pudesse ser “prejuízo considerável” pelos tribunais, é condição suficiente para garantir o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

2.3.4. No acórdão n.º 376/2016, da 3.ª Secção, o TC não julgou inconstitucionais as normas da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, apreciadas, posteriormente, no acórdão n.º 674/2016.

Não existe identidade normativa entre ambas as decisões porque esta respeita apenas à questão da inconstitucionalidade da norma do n.º 4 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, na parte em que atribui ao recurso efeito meramente devolutivo, não julgando o conteúdo normativo relativo à necessidade de prestação de caução.

O TC considera justificável a opção legislativa encontrada: “antecipa-se, sem dificuldade, que o legislador, na modelação do regime de impugnação das decisões sancionatórias proferidas por tais entidades administrativas, tenha ponderado a necessidade de conferir maior eficácia aos respetivos poderes sancionatórios, de modo a garantir, no plano substantivo, uma maior proteção aos valores e bens tutelados nos específicos domínios normativos em que atuam. Atribuindo, em regra, efeito devolutivo ao recurso, e condicionando o efeito suspensivo à prestação de caução e à existência de «prejuízo considerável», procura-se minimizar os recursos judiciais infundados cujo objetivo seja protelar no tempo o pagamento da coima.”

Assim, o tribunal não identificou violação do princípio da presunção da inocência, do artigo 20.º da CRP ou do n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

2.3.5. No acórdão n.º 138/2016, o TC decidiu pela não inconstitucionalidade de normas regulamentares que sancionam com coimas a violação das regras de portabilidade dos números de telefone.

Estava em causa o não pagamento de compensação devida ao prestador doador ou detentor, pelo prestador recetor, por não ter cumprido o dever de enviar àquele, dentro do prazo legal estabelecido, os documentos indispensáveis a permitir o processamento dos pedidos de portabilidade.

Numa apreciação de carácter material o TC considerou que:

A lei considerou – e bem, pois só assim se defende e promove a concorrência – que deveria impor ao prestador recetor o dever de facilitar a concorrência, de alguma forma agindo contra os seus interesses (ciente de que beneficiará da mesma norma em futura situação inversa). Ora, a imposição a este do dever de envio ao prestador doador ou detentor de toda a documentação necessária para permitir a mudança de operador (é isto a portabilidade) – dever em cujo cumprimento a

recorrida decaiu múltiplas vezes, sendo, por isso, condenada pela decisão recorrida – apenas é eficaz na medida em que do seu incumprimento possa resultar uma consequência económica desvantajosa para o operador relapso. Daí o mecanismo das compensações entre operadores.

Não é nada indiferente aos direitos dos consumidores que os operadores paguem ou não as compensações devidas a outros operadores. Se o não fizerem, os prestadores recetores poderão incumprir os deveres impostos pela portabilidade sem enfrentar consequências desfavoráveis. Ou seja: o cumprimento de tais compensações é um instrumento indispensável para garantir a portabilidade, que é, como se disse, um benefício dos consumidores. Como poderá ser-lhes indiferente?

#### 2.4. *Legislação em processo penal*

No acórdão n.º 429/2016 esteve em apreciação a alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro:

“Artigo 400.º

Decisões que não admitem recurso

1 – Não é admissível recurso:

(...)

e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos;

(...)”.

Por existirem decisões contraditórias do TC, o Ministério Público interpôs recurso obrigatório para o Plenário, nos termos do n.º 1, do artigo 79.º-D da LOFPTC.

Relevam:

1. O acórdão n.º 163/2015, da 3.ª secção, que confirmou a Decisão Sumária n.º 7/2015, proferida no sentido de que não viola o n.º 1 do artigo 32.º da CRP a interpretação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal (CPP), na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, no sentido da irrecorribilidade, para o Supremo Tribunal de Justiça, do acórdão proferido em recurso, pelo Tribunal da Relação, que aplique pena de prisão não superior a cinco anos, ainda que a decisão da primeira instância seja absolutória;
2. O acórdão n.º 412/2015, da 1.ª secção que julgou inconstitucional idêntica norma, por violação do direito ao recurso enquanto garantia de defesa em processo criminal, previsto no n.º 1 do artigo 32.º da CRP.

O TC decidiu no sentido da inconstitucionalidade da citada disposição, por maioria, porque:

“(…) a Constituição não obriga à previsão de recurso face a uma qualquer decisão desfavorável. No entanto, a discricionariedade do legislador conhece como limite o dever de não ablação do direito ao recurso nas situações referidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. *No presente caso, em que existe uma condenação e uma decisão de privação de liberdade, proferida pela segunda instância, após uma absolvição, pela primeira instância, estamos perante uma violação desse dever.*”

Entende-se que a decisão do TC é a única que responde ao previsto na CRP.

### 2.5. *Legislação sobre custas judiciais*

No acórdão n.º 189/2016, o TC foi confrontado com a norma prevista no n.º 2 do artigo 33.º da Portaria n.º 417-A/2009, de 17 de abril, com a redação que lhe foi dada pela Portaria n.º 82/12, de 29 de março que impõe às partes a obrigação de depositar previamente o valor total das custas como condição de reclamação da conta.

O TC considerou que este regime jurídico afetava o direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da CRP, traduzindo-se numa sua restrição.

Neste contexto, o TC entendeu existir violação de regra de competência parlamentar, logo inconstitucionalidade orgânica:

“tendo em conta que a matéria da reclamação das custas de parte é unicamente regulada por portaria e, mais concretamente, que se impôs o depósito da totalidade das custas de parte para se poder reclamar da nota justificativa apresentada, estando em causa uma restrição ao direito fundamental ao acesso ao direito e não existindo uma habilitação específica para o efeito no RCP nem em qualquer outra lei, a norma constante do n.º 2 do artigo 33.º da Portaria padece de inconstitucionalidade orgânica, por violação do princípio da competência reservada da Assembleia da República, decorrente da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, em conjugação com o artigo 20.º, n.º 1, da CRP.”

**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





