

Revista jurídica

nº 28 Jan./Fev./Mar. 2014 – ANO XXXV



aa fdl

Revista jurídica

nº 28 Jan./Fev./Mar. 2014 – Ano XXXV

Directores

João Frazão
Francisca Soromenho
Gonçalo Cardão

Conselho Científico

Carlota Pizarro de Almeida
Sílvia Alves
Eduardo Paz Ferreira
Guilherme W. d'Oliveira
Martins
Miguel Nogueira de Brito
Rui Gonçalves Pinto

Fotocomposição

AAF DL

Paginação

Fátima Rocha
AAF DL

Impressão e Propriedade

Associação Académica
da Faculdade de Direito
de Lisboa

ISSN 2182-9039

ÍNDICE

Artigos Científicos

- A determinação da pena no crime de homicídio qualificado 7
Rui Miguel Lopes da Cruz
- A responsabilidade por incumprimento do mandatário 15
Renato M. Pires
- Costume e Lei 61
Margarida Baptista Matos
- Do limite entre o mandato sem representação e o contrato estimatório 85
Vitor Finizola
- Breve reflexão sobre a problemática de bens com reserva de propriedade a favor do exequente 105
Inês Ribeiro

Crónicas da Atualidade

- Artigo AAF DL 129
André Carrilho
- Faculdade de Direito de Lisboa 133
Tiago Seoane

Prémios Jorge Miranda

- Direito Constitucional em tempos de crise 139
Marco Caldeira
- “O Direito Constitucional em tempos de crise”: esboço crítico na perspectiva resgatada de limites constitucionais ao défice e à dívida pública 161
João Freitas Mendes

ARTIGOS CIENTÍFICOS

ARTIGOS CIENTÍFICOS

A DETERMINAÇÃO DA PENA NO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO

por *Rui Miguel Lopes da Cruz*
[Aluno do Mestrado Científico da FDL]

O crime de homicídio no nosso ordenamento jurídico exige, a nível de tutela de bens jurídicos, uma protecção destacada face à garantia constitucional que é concebida à inviolabilidade da vida humana (cfr. artigo 24º, nº 1 CRP).

Divide-se em três grupos: homicídios simples (artigo 131º CP), qualificado (artigo 132º CP) e privilegiados em sentido amplo (artigos 133º, 134º e 135º CP).

Seguindo AUGUSTO SILVA DIAS, podemos afirmar que esta tripartição tem em conta por um lado as situações de homicídio especialmente censuráveis e, por outro, as situações de homicídios particularmente compreensíveis, aumentando assim o leque de opções punitivas para além da aplicação do tipo previsto no artigo 131º CP: o homicídio simples¹.

Sendo no homicídio qualificado visível um grau de ilicitude mais elevado, tendo em conta a gravidade de culpa (desvalor da atitude) verificada através das circunstâncias em que a morte for produzida, o agente é punido com uma pena de doze a vinte cinco anos de prisão.

Ora para que possa um agente ser punido pela prática do crime de homicídio qualificado não basta, por si só, preencher um dos exemplos-padrão previstos no nº 2 do artigo 132º CP. Necessário se torna também aferir se

¹ AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito Penal – Parte Especial, Crimes contra a vida e a integridade física*, 3ª ed., revista e actualizada, AAFDL, 2011, p. 39.

tal homicídio foi ou não produzido em circunstâncias que revelam especial censurabilidade ou perversidade. No fundo, o preenchimento de um dos exemplos típicos do nº 2 do artigo 132º CP apenas indiciam a prática de um homicídio qualificado, tendo esse indício que ser confirmado através de uma ponderação final da atitude do agente (a qualificação do homicídio qualificado assenta num especial tipo de culpa).

Confirmado esse indício, comprovando pois a especial censurabilidade ou perversidade do agente através da ponderação final da atitude deste, e provado que esteja em juízo o cometimento do crime naquelas circunstâncias o agente será punido com uma pena que variará entre os doze e os vinte cinco anos.

Aqui chegados, cumpre questionar **qual a medida concreta da pena a aplicar tendo em conta a larga amplitude abstractamente prevista (12 a 25 anos de prisão) neste tipo de crime.**

Para obtermos resposta à questão colocada importa invocar e depois interpretar correctamente, os artigos 40º e o 71º CP. Assim faremos.

Nos termos do artigo 71º CP, na fixação em concreto da medida da pena há que atender à culpa do agente e às exigências de prevenção, **levando em conta todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, militam a favor ou contra o agente do crime.** Já quanto às finalidades das penas refere o artigo 40º CP que a aplicação da pena visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração social do agente, mas que, em caso algum, pode ultrapassar a medida da culpa.

Recuando à versão originária do Código Penal de 1982, a jurisprudência defendia que na determinação da pena concreta se deveria utilizar, como ponto de partida, a média entre os limites mínimo e máximo da pena correspondente, em abstracto, ao crime e só de seguida se deveria então considerar as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depusessem a favor ou contra o agente².

² *Verbia gratia*, Acórdãos de 13-07-1983, BMJ nº 239, p. 396; de 19-12-1994, BMJ nº 342, p. 233; de 11-05-1988, processo nº 39401 – 3ª, *Tribuna da Justiça*, nºs 41/42.

FIGUEIREDO DIAS viria a se opor a essa interpretação³, sendo que a 1ª inflexão na jurisprudência teria tido já lugar no Acórdão da Relação de Coimbra de 09-11-1983⁴.

Ainda antes de 1995 começou a generalizar-se na jurisprudência não ser correcto partir-se de um ponto médio dos limites da moldura penal para depois se agravar ou atenuar consoante o peso relativo das respectivas circunstâncias, como vinha sendo entendido, salientando-se que **a determinação da medida da pena não depende de critérios aritméticos**⁵, tendo passado a decidir-se expressamente que na fixação concreta da pena não deve partir-se da média entre os limites mínimo e máximo da pena abstracta⁶. A determinação há-de resultar de a adaptar a cada caso concreto, liberdade que o julgador deve usar com prudência e equilíbrio, dentro dos cânones jurisprudências e da experiência, no exercício do que verdadeiramente é a arte de julgar.

Por outro lado, CLAUS ROXIN, definindo o papel que cabe à culpa na determinação concreta da pena, nos termos da teoria da margem de liberdade, refere que a pena concreta é fixada entre um limite mínimo (já adequado à culpa) e um limite máximo (ainda adequado à culpa), limites esses que são determinados em função da culpa do agente e aí intervindo, dentro desses limites, os outros fins das penas (as exigências de prevenção geral e da prevenção especial)⁷.

Com a revisão do Código Penal em 1995, passando a pena a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, a culpa parece assumir um papel meramente limitador da pena, pois, com a introdução da inovação constante do artigo 40º CP, que veio consagrar que a finalidade a prosseguir

³ FIGUEIREDO DIAS, *As conseqüências jurídicas do crime...*, pp. 210-211.

⁴ Acórdão da Relação de Coimbra de 09-11-1983, in *Colectânea de jurisprudência*, 1983, tomo 5, p. 73.

⁵ *Vide*, Acórdãos STJ de 22-02-1989, BMJ, nº 384, p. 552; de 22-06-1994, processo nº 46701, CJ STJ, 1994, tomo 2, p. 255.

⁶ *Vide*, Acórdão de 27-02-1991, in *AJ*, nºs 15/16, p. 9 (citado no Acórdão de 15-02-1995, CJ STJ 1995, tomo 1, p. 216).

⁷ CLAUS ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal...*, pp. 94-113.

com as penas e medidas de segurança é a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, passou-se então a ter em conta os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação como princípios orientadores que devem presidir à determinação da pena aplicável à violação de um bem jurídico fundamental.

Assim, conforme enuncia o nº 2 do artigo 40º CP, **em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.**

Em consonância, o artigo 71º, nº 1 CP dispõe que a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção, sendo que o nº 2 vem exemplificar algumas das circunstâncias agravantes e atenuantes a atender na determinação concreta da pena.

Para o efeito de determinação da medida concreta ou fixação do *quantum* da pena que vai constar da decisão o juiz serve-se, pois, do critério global contido no último artigo referido, estando vinculado aos critérios de escolha da pena constantes do preceito.

Na dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e os critérios do artigo 71º terão a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena. Tais elementos e critérios (de dosimetria concreta da pena) devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral, como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial, ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.

Acompanhando FIGUEIREDO DIAS é de referir que culpa e prevenção são dois termos do binómio com auxílio do qual há-de ser construído o modelo da medida da pena⁸. A medida da pena há-de ser dada pela medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos face ao caso concreto e referida ao momento da sua aplicação.

Na determinação da medida concreta da pena deve o Tribunal, em conformidade com o disposto no artigo 71º, nº 2 CP, atender a todas as circunstâncias que deponham a favor ou contra o agente, abstendo-se no entanto de considerar aquelas que já fazem parte do tipo de crime cometido. Os critérios deste artigo devem ser interpretados e aplicados em correspondência com o programa assumido no artigo 40º, conforme *supra* referimos e como se diz no Acórdão STJ de 16-01-2008, processo nº 4565/07-3ª, “a norma do artigo 40º condensa em três proposições fundamentais o programa político-criminal sobre a função e os fins das penas: a) protecção de bens jurídicos; b) a socialização do agente do crime; c) constituir a culpa o limite da pena mas não o seu fundamento”.

Nesta dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e critérios do artigo 71º CP devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação de valores), como definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (as circunstâncias pessoais do agente, a idade, a confissão, o arrependimento), **ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.**

A concretização da medida da pena há-de obedecer aos critérios legalmente estabelecidos – artigos 40º e 71º CP – havendo assim que atender à culpa do agente e às exigências de prevenção, **bem como a todas as circunstâncias que não fazendo parte do tipo depuserem a favor ou contra o arguido.**

Nesta conformidade, há que ter em consideração que a culpa para além de constituir o suporte axiológico-normativo da pena, estabelece o limite máximo a que pode chegar a pena concreta, que em caso algum pode ultrapassar a sua medida.

Paralelamente a ela relevam as necessidades de prevenção – com um fim preventivo geral, ligado à contenção da criminalidade e à defesa geral da sociedade e com um fim preventivo especial, ligado à reinserção social do agente.

Deve ainda atender-se, como vimos, a quaisquer outras circunstâncias que não fazendo parte do tipo – sob pena de violação do princípio *ne bis in idem* – deponham contra ou a favor do agente (cfr. artigo 71º, nº 2, als. a) a f) CP).

Tais **circunstâncias não podem ser, contudo, as mesmas que serviram para a qualificação do crime porque a tal se opõe o princípio *ne bis in idem***. Na senda de MARGARIDA SILVA PEREIRA, a dupla valoração deve efectivamente se afastar, excluindo-se a possibilidade de, no domínio da determinação da pena em concreto, o juiz olhar outra circunstância qualificadora para fixar a pena⁹⁻¹⁰. Deve antes, invocar todas as circunstâncias que lhe permitam aferir da existência de uma personalidade censurável em especial plasmada no facto – no fundo construir **uma imagem global do facto**¹¹ – não podendo de novo, à luz do artigo 71º CP, atender a circunstâncias agravantes.

O princípio da dupla valoração da culpa deve, pois, impedir que uma (ou mais) qualificativa actue como factor de ponderação da medida da pena, uma vez que já foi considerada na própria qualificação do crime.

De acordo com o artigo 71º, nº 2 CP, na determinação concreta da pena, não deve ser tomada em consideração as circunstâncias que façam já parte do tipo de crime.

Seguindo FIGUEIREDO DIAS, afirmamos que não devem ser utilizadas pelo juiz para determinação da medida da pena circunstâncias que o legislador já tomou em consideração ao estabelecer a moldura penal do facto – **não apenas os elementos do tipo de ilícito em sentido estrito, mas todos os elementos que tenham sido relevantes para a determinação legal da pena**¹².

⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal II, Os Homicídios*, AAFDL, 2008, p. 77.

¹⁰ Discute-se na Doutrina (esp. alemã) se a dupla valoração deve ser ou não admitida. Uns afirmam que não é admissível a dupla valoração, quer se trate de circunstâncias que integram o tipo ou não; outros circunscrevem a proibição da dupla valoração às circunstâncias típicas; por fim, doutrina há que defende que, face ao funcionamento dos exemplos-padrão, que dada a sua natureza obrigam a um recurso a regras de medida da pena autónomas, deve ser possível a dupla valoração, cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *idem*.

¹¹ A verificação de uma segunda qualificativa permite-nos formular um juízo de acrescido grau de culpa no tipo de homicídio qualificado.

¹² FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas do crime...*, p. 234.

As circunstâncias que façam parte do tipo de crime não devem ser tomadas em consideração na medida da pena, **bem como “constelações jurídico-penais paralelas aos elementos do tipo”**¹³, isto é, os factos que consubstanciam um crime de homicídio qualificado não podem ser novamente valorados na qualificação da culpa para efeitos da medida da pena¹⁴.

Por fim, a determinação concreta da medida da pena, tendo em conta o princípio da igualdade, terá que ter em consideração critérios jurisprudenciais vigentes e aplicáveis a situações semelhantes, fazendo-se a comparação de cada caso concreto com situações análogas equacionadas em outras decisões, não se perdendo de vista a especificidade do caso em causa¹⁵.

¹³ Vide, TERESA SERRA, *Homicídio Qualificado – Tipo de culpa e medida da pena*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pp. 103 e s..

¹⁴ Veja-se a este propósito o Acórdão STJ de 02-02-2010, processo nº 108/08.4 PEPDL.L1.S1-5^a.

¹⁵ Cfr. Acórdão STJ de 29-06-2011, processo nº 21/10.5GACUB.E1.S1-3^a secção.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

A RESPONSABILIDADE POR INCUMPRIMENTO DO MANDATÁRIO

por *Renato M. Pires*

[Aluno do 4º ano de Licenciatura da FDL]

PALAVRAS-CHAVE

“Contrato de Mandato” “Responsabilidade Contratual” “Incumprimento Contratual” “Incumprimento do Contrato de Mandato” “Mandatário”.

RESUMO

O contrato de mandato representa, hoje, uma ferramenta indispensável à gestão das várias situações jurídicas com que nos possamos deparar. Com efeito, o integral cumprimento deste contrato reveste-se de especial importância, na medida em que muitas das vezes se tratam de atuações a ser exercidas num curto espaço de tempo, ou a médio prazo. Nesse sentido, cumpre estabelecer com o maior rigor possível as fronteiras do que é e do que não é passível de ser encarado como incumprimento contratual, já que a figura em causa pressupõe uma vinculação estreita entre o mandante e o mandatário. De facto, a doutrina e a jurisprudência não estão ainda totalmente de acordo relativamente a vários aspetos atinentes a esta problemática, como é o caso, *v.g.*, da admissibilidade do exercício, pelo mandante, da execução específica, por forma a poder reagir conta o inadimplemento do mandatário. Esta, e várias outras questões relativas à responsabilidade por incumprimento do mandatário, serão por nós abordadas neste artigo.

ABSTRACT

The mandate contract represents, today, an indispensable tool to manage the multiple juridical situations that we may face. In fact, the full compliance of this contract has a huge importance, inasmuch as many times we face actions that must be executed in a short or medium term. In this sense, we must establish in the most accurate way possible the boundaries of what can and cannot be considered as a contractual default, since mandatory default liability assumes a narrow bound between the principle and the mandatory. In fact, the doctrine and jurisprudence have not fully agreed on some aspects of this problem, such as, for example, the possibility of the principal to use the specific execution device in order to react against the contractual default of the mandatory. This, and many other questions about mandatory default liability, will be approached in this article.

Introdução

O presente estudo, realizado no âmbito da unidade curricular de Direito dos Contratos II, no segundo semestre do ano letivo de 2012/2013, pretende, de uma forma sintética e analítica¹, analisar, dentro do universo do contrato de mandato (regulado nos artigos 1157º e seguintes do Código Civil², e estando incluído – artigo 1155º CC – na categoria mais vasta de contratos de prestação de serviços, como uma das suas modalidades. Ora, em primeiro lugar, cumpre analisar o contrato ora em estudo em abstrato (definição, características, efeitos, classificação, etc.) para, depois, centrar a análise numa das imensas questões que este contrato nos coloca e que é a *responsabilidade por incumprimento do mandatário*. Contudo, como o âmbito de análise do nosso estudo se centra num particular foco de responsabilidade (a responsabilidade por incumprimento contratual, regulada, como veremos,

¹ Salvo questões em que haja, é claro, divergências doutrinárias, altura em que procuraremos, para além de fazer um estudo relativo aos entendimentos considerados, tomar posição nas mesmas.

² A expressão “Código Civil” será, doravante, substituída pela abreviatura “CC”.

nos artigos 790º e seguintes do CC) consideramos ser importante, antes da análise da sua aplicação prática³, a sua consideração geral, para que melhor se compreenda este estudo.

§ 1. O contrato de mandato

O mandato é definido, no artigo 1157º CC, como o “contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”. Quanto às partes envolvidas no contrato, a parte que se obriga a praticar atos jurídicos por conta de outra tem o nome de “mandatário”, enquanto a parte por conta da qual se praticam esses atos jurídicos tem o nome de “mandante”⁴. Apesar de a sua origem histórica não ser, como nos mostra MENEZES LEITÃO⁵, consensual, é interessante notar que, no domínio do Código de Seabra, o contrato de mandato era, no seu artigo 1318º, definido da seguinte forma: “Dá-se contrato de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer alguma coisa, por mandado e em nome de outrem. O mandato pode ser verbal ou escrito”, o que, como bem nota a propósito MENEZES LEITÃO⁶, à semelhança do Código Civil francês, o associava necessariamente à representação. Aliás, o mesmo é referido por CUNHA GONÇALVES que, na época, até considerava a definição legal como defeituosa, propondo que se definisse o contrato de mandato como *o contrato pelo qual uma pessoa confere a outra o poder, que esta aceita, de a representar num ou em vários atos jurídicos, praticando estes em exclusivo nome e proveito daquela*⁷. Contudo,

³ Que diz respeito neste estudo, como parece ser relativamente óbvio, às consequências do não cumprimento das obrigações a que o mandatário está vinculado através e dependendo dos termos do contrato de mandato em causa.

⁴ Sem prejuízo de existirem vários mandatários, estando nós aí perante a figura – prevista no artigo 1160º CC – da *pluralidade de mandatos*.

⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em Especial*, 7ª ed., 2010, Ed. Almedina, pp. 435 a 437, com uma breve análise sobre a controvérsia sobre a evolução histórica do contrato de mandato.

⁶ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 437.

⁷ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra Editora, 1934, pp 386 a 388. Aliás, este autor – e seguindo

o atual Código Civil (de 1966) abandonou essa perspectiva, dado que veio admitir, nos artigos 1180º e seguintes do CC, casos de mandato sem representação, bem como, no seu artigo 262º, estabelece que a atribuição de poderes representativos resulta de um negócio autónomo, que é a procuração⁸.

No que aos *elementos essenciais* do contrato de mandato diz respeito, temos dois: em primeiro lugar, é elemento essencial do contrato de mandato a assunção, por parte do mandatário, da obrigação de praticar um ou mais atos jurídicos, o que, como bem nota JANUÁRIO COSTA GOMES⁹, é uma exigência acrescida ao disposto no antigo Código, já que nele apenas se exigia (artigo 1318º) que o mandatário fizesse “alguma cousa”, o que leva autores como PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA¹⁰ a concluir que nessa época seria possível a prática de atos intelectuais ou materiais. Contudo, já não é essa a orientação do nosso Código, que apenas admite a prática de *atos jurídicos*. Ora, quando se faz referência a atos jurídicos, estamos a permitir que o mandato recaia, tanto nos *atos jurídicos stricto sensu*, como nos *negócios jurídicos*, o que não deve, contudo, obviar a que se permita a realização de atos materiais: eles podem – e como veremos, *devem* – ser realizados, mas apenas, na feliz fórmula de JANUÁRIO GOMES¹¹, numa relação de *acessoriedade* ou *dependência* relativamente aos atos jurídicos.

o entendimento da época – referia o mandato como uma das principais formas de expressão da *teoria a representação*, e indicando, inclusive, que era o facto de o mandato pressupor a representação que o distingua de outro negócio, chamado *preposição ou mera comissão*, onde, aí sim, existia um mandato sem representação.

⁸ A presunção de gratuidade (prevista no antigo artigo 1331º) também foi alterada, já que, no domínio do Código de Seabra, se considerava que o mandato se presumia gratuito quando não se tivesse estipulado remuneração, exceto nos casos em que o objeto do mandato dizia respeito a atos realizados por profissão do mandatário e, atualmente, no artigo 1158º/1 CC, se restringe essa presunção para os casos em que tenha por objeto atos que o mandatário pratique a título profissional.

⁹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, Ed. AAFDL, reimpressão da edição de 1990 (2007), p. 11.

¹⁰ PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, Coimbra Editora, 1997.

¹¹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 15.

O segundo elemento essencial do contrato de mandato é a *atuação do mandatário por conta do mandante*. Como nota MENEZES LEITÃO, a expressão “por conta” significa a intenção de atribuir *a outrem os efeitos* do ato realizado pelo mandatário, que se projetarão na esfera do mandante¹², dizendo-se até, por isso mesmo, que o mandatário pratica um ato jurídico alheio. Contudo, essa repercussão dos efeitos jurídicos na esfera do mandante pode ocorrer de duas formas, consoante estejamos perante um mandato com ou sem representação:

- a. No mandato *com representação*, os atos jurídicos praticados pelo mandatário em nome do mandante produzem os seus efeitos *diretamente* na esfera do mandante (artigos 1178º e 258º CC);
- b. No mandato *sem representação*, os atos jurídicos praticados pelo mandatário produzem os seus efeitos *na sua esfera jurídica* (artigo 1180º CC), sendo necessário um posterior ato de transmissão para que os direitos correspondentes possam ser adquiridos pelo mandante.

Contudo, e como bem é afirmado por MENEZES LEITÃO, “em ambos os casos existe, no entanto, uma atuação por conta do mandante, já que, *quer por via direta, quer por via indireta* vem a ser o mandante o *destinatário final dos efeitos* dos atos celebrados pelo mandatário” [itálicos nossos].

Já no âmbito das suas *características*, diremos que o mandato é um contrato nominado e típico, já que possui *nomen iuris*, bem como um regime legal próprio, respectivamente; é, também, um contrato, na terminologia de MENEZES LEITÃO, *primordialmente não formal*, já que a lei não exige forma especial, embora a procuração seja sujeita a uma forma especial, atentos os artigos 262º/2 CC e o 116º do Código do Notariado, o que tem a consequência de, quando o mandato está ligado à procuração – artigos 1178º e seguintes – se exigir forma especial, não existindo esta exigência no mandato sem representação (artigo 1180º CC)¹³. No que diz respeito à sua *gratuidade ou onerosidade*, o artigo 1158º/1 CC estabelece

¹² MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 439.

¹³ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 440.

uma presunção segundo a qual, não tendo o mandato por objeto atos que o mandatário realize por profissão, o mandato se presume gratuito, pelo que, na realidade, temos duas presunções: a primeira já foi indicada; a segunda é a que, sendo atos profissionais, o mandato se presume *oneroso*. Contudo – e convém não esquecer – estamos perante presunções *ius tantum* e, portanto, ilidíveis mediante prova em contrário (artigo 350º/2 CC).

Quanto à reciprocidade das prestações, aderimos à posição de MENEZES LEITÃO¹⁴ e JANUÁRIO COSTA GOMES¹⁵ segundo a qual o mandato pode ser um contrato *sinalagmático*, quando seja oneroso, na medida em que só nessa situação gera obrigações recíprocas para ambas as partes (uma vez que à prestação de execução do mandato – artigo 1161º, alínea *a*) CC, corresponde a obrigação do mandante de pagar a retribuição devida – artigo 1167, alínea *b*) CC. O sinalagma será já *imperfeito* quando seja gratuito, já que, embora gere obrigações tanto como o mandante (alíneas *a*), *c*) e *d*) do artigo 1167º CC), como para o mandatário (artigo 1161º CC), a verdade é que as obrigações do mandante “não se encontram num nexo de corresponsabilidade com as obrigações do mandatário, tendo por fundamento factos acidentais, distintos da obrigação de executar o contrato”¹⁶.

Por último, a *extensão* do mandato: este pode, como resulta da distinção feita pelo artigo 1159º CC, ser *geral* ou *especial*. Quanto ao mandato geral, e ao contrário do Código de Seabra (nos seus artigos 1324º e 1325º), não é dada uma distinção legal do seu conteúdo, já que, quando o artigo 1159º fala em “atos de administração ordinária”, estamos ainda no âmbito de um conceito doutrinariamente controverso. Contudo, parece estar correto

MENEZES LEITÃO quando refere que este mandato correspondente àquele que compreende apenas atos que correspondam à normal conservação e frutificação do património, excluindo-se os que se traduzam na extinção de direitos, envolvam alienação ou oneração de bens ou ainda assunção e

¹⁴ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 441.

¹⁵ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 441.

obrigações de relevo¹⁷. Sobre o artigo 1159º/1 a doutrina discute, a propósito, a sua supletividade ou injuntividade. MENEZES LEITÃO, ao contrário da *communis opinio*¹⁸, considera que, para que se possa abranger atos de disposição, terá que haver um mandato especial simultaneamente conferido com o geral; este deve especificar os atos que o mandatário deve praticar (já que não basta, para este autor, que o mandate estipule genericamente essa possibilidade). Contudo, a razão parece estar com a *communis opinio*. Com efeito, não se vislumbram aqui razões de tutela das partes, já que tal poder terá que ser expressamente conferido – e por isso do conhecimento do mandatário, bem como o facto de considerarmos que (tal como PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA) a vontade das partes deve prevalecer¹⁹, fundada no princípio geral da autonomia privada, previsto no artigo 405º CC.

Já o mandato *especial* envolve, para além dos atos nele referidos, todos os demais que sejam necessários para a sua execução (artigo 1159º/2 CC). Ou seja, neste caso, temos não só atos principais, que estão expressamente previstos no contrato, como também temos outros atos que, embora acessórios à prestação principal estipulada entre as partes, são necessárias à sua boa execução, e, por isso, com especial relevância. Exemplo deste tipo de atos é, por exemplo, a prestação de quitação num mandato de compra.

§ 1.1. O incumprimento das obrigações

Antes de iniciar a análise ao tema da responsabilidade por incumprimento do mandatário – o tema central do nosso estudo – é para nós importante que se analise, para ter uma completa compreensão do fenómeno em causa, a dogmática geral (embora em traços necessariamente sumários) do incumprimento das obrigações para que, como se disse *supra* (em § 1) seja mais fácil a sua aplicação prática ao contrato de mandato.

¹⁷ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 445.

¹⁸ Cfr., por exemplo, o que dizem a respeito desta questão PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 791; JANUÁRIO COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, tal como é referido por MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 446, nota (890).

¹⁹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, *loc. cit.*.

Assim, e seguindo a lição de MENEZES CORDEIRO²⁰, estamos perante uma situação de incumprimento, sempre que o devedor não realize, de acordo com as regras aplicáveis, a prestação devida, sendo que é possível distinguir entre o incumprimento *stricto sensu*, que é relativo à não-execução da prestação principal, e o incumprimento *lato sensu*, que é relativo à inobservância de quaisquer elementos atinentes à posição do devedor ou do próprio credor, estando especialmente em causa deveres acessórios; pode, ainda, ser definido, normativamente, como a não realização, pelo devedor, da prestação devida, enquanto essa não realização corresponda à violação da norma que lhe era especialmente dirigida e cominava o dever de prestar²¹. É possível, ainda, distinguir entre as várias modalidades de incumprimento, que são as seguintes:

- a. Incumprimento da prestação principal ou estrito, onde se incluem as prestações secundárias; e incumprimento de deveres acessórios, onde se incluem a violação positiva do contrato²²;
- b. Incumprimento *definitivo* ou *temporário* (mora);
- c. Incumprimento *subjetivo*, que se traduz na não concretização do interesse do credor ou *objetivo*, quando esteja em causa a não realização da atividade devida.

As hipóteses que mais relevam, neste âmbito são, como se antevê, as relativas ao não cumprimento *stricto sensu*, nomeadamente, o incumprimento temporário, ou mora, o incumprimento definitivo, e a impossibilidade, que analisaremos – embora sumariamente – de seguida.

²⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo IV: *Cumprimento e não cumprimento; Transmissão; Modificação e Extinção; Garantias*, Almedina, 2010, pp. 103 e ss..

²¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 103 e 105.

²² Que representa uma “descoberta” feita por HERMANN STAUB, e que se reconduz à figura do cumprimento inexato da prestação principal. Cfr, aliás, a análise dogmática muito bem conseguida sobre esta questão em MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 189 a 203.

§ 1.1.1. O incumprimento temporário (mora); a mora *debitoris* e a mora *creditoris*

Começando a nossa análise pela *mora do devedor*, existe cumprimento retardado (pois que, apesar de ser uma modalidade de incumprimento, pressupõe que a obrigação venha a ser, embora tardiamente, cumprida) quando, no momento do vencimento da prestação, esta não seja cumprida. Sendo necessário que a obrigação subsista, o dever de prestar que cabe ao devedor mantém-se, surgindo, então, o cumprimento tardio. Para isso é, com efeito, necessário que, em primeiro lugar, a prestação seja ainda *possível*, pois que pode suceder que uma prestação só possa ser cumprida no momento contratualmente estabelecido, sendo que, nessa hipótese, a obrigação se extinguirá por impossibilidade. Também é necessário, para que a obrigação devida subsista, que exista *interesse do credor*, uma vez que se este perder o interesse na manutenção, a mesma considera-se como impossibilitada (artigo 792º/2 CC), com uma aplicação consequente do regime do incumprimento definitivo (artigo 808º/1 CC)²³. Note-se que o interesse do credor deve ser apreciado nos termos do artigo 808º/2, ou seja, *objetivamente*. Para que seja aplicável o regime da mora, é necessário, para além da subsistência da obrigação, que se verifiquem três requisitos: Em primeiro lugar, que exista *exigibilidade da prestação*; depois, é necessário que haja sobre a sua existência *certeza*. Em terceiro e último lugar, é necessário que a prestação seja *líquida*, ou seja, tem de ter conteúdo determinado ou conhecido, já que se considera que a prestação ilíquida não seria exequível²⁴. É, no entanto, necessário que se tenha em atenção que o atraso no cumprimento da prestação pode advir de factos diversos (sendo para tal vital que esse atraso tenha, na sua base, um ato *ilícito*): assim, a mora ilicitamente provocada pelo devedor diz-se *mora debitoris* ou *solvendi*; a provocada pelo credor *mora creditoris* ou *accipiendi*, ou pode ainda ser causada por um terceiro.

²³ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 120, sendo que este Autor considera que, apesar de a norma indicada – o artigo 808º/1 – ser relativa à mora do devedor, pode ser generalizada. Cfr., a propósito, no local indicado, a nota (251).

²⁴ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 121.

Engane-se quem, no entanto, pense que o facto de a prestação vir ainda a ser realizada exime o seu causador de indemnizar: com efeito, estamos no domínio da responsabilidade contratual e, causando danos para o credor, obriga o devedor inadimplente a indemnizar, com a agravante de se presumir a ilicitude e a culpa do credor (artigo 799º/1 CC), apesar de – artigo 350º/2 CC – se tratar de uma presunção *ius tantum* e, portanto, ilidível mediante prova do contrário. Cumpre, também, ter em atenção o regime especial previsto para as obrigações pecuniárias, previsto no artigo 806º CC.

Quanto à *mora creditoris*, já se disse que esta ocorre quando o credor, ilicitamente, provoque o atraso no cumprimento da prestação, manifestação do postulado de que as relações obrigacionais vinculam ambas as partes, sendo, por isso, necessária a colaboração do credor. Os pressupostos são, como se imagina, idênticos aos que se apontaram para a *mora debitoris*, com a circunstância de os papéis se inverterem, para além de se exigir, ainda, que a falta da sua colaboração não se traduza numa extinção da obrigação considerada. Havendo, assim, mora do credor, a situação jurídica mantém-se, nascendo diversas obrigações: em primeiro lugar, este deve indemnizar o devedor nos termos do artigo 816º CC. Depois, a obrigação preexistente altera-se, o que pode suceder por duas vias:

- a. Ou *enfraquece o seu direito* (artigo 814º/1 e 2);
- b. Ou se *intensifica o risco* que, normalmente, já corria contra o devedor (artigo 815º/2 CC).

Para além destes efeitos, a lei, no artigo 841º/1, b) CC, possibilita ainda o devedor a extinguir a obrigação através da figura da consignação em depósito, com a seguinte ressalva: como esta apenas é possível nas obrigações de *dare* (e apenas facultativamente) e, não nas de *facere*, o devedor deve, numa solução proposta por CUNHA DE SÁ e seguida por MENEZES CORDEIRO²⁵, fixar ao credor um prazo razoável para que este

²⁵ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 130. Também os regimes e consequências que aqui se consideram aplicáveis resultam do nosso acolhimento da doutrina deste insigne Autor.

coopere no cumprimento, sob pena de extinção da obrigação, ultrapassado o prazo admonitório, por aplicação analógica do artigo 803º/1.

§ 1.1.2. O incumprimento definitivo

Tal como muito bem descreve MENEZES CORDEIRO, o incumprimento definitivo traduz uma situação de desistência, por parte do Direito, em manter em vida o dever de prestar principal, na expectativa que o devedor (ou credor) inadimplente, o cumpra²⁶.

O incumprimento definitivo pode resultar, com efeito, de três situações principais, que são a *impossibilidade da prestação principal*, a *perda do interesse na prestação*, e, finalmente, a *ultrapassagem do prazo admonitório*. Consideremo-las individualmente.

Quando (culposamente!) a prestação principal fique impossibilitada, esta situação não tem alternativa, levando à sua substituição pelo dever de indemnizar. Contudo, quanto às duas outras situações, elas resultam de um processo complexo, a que MENEZES CORDEIRO dá o nome de *iter da definitividade*²⁷. Assim, o credor da prestação pode, nos termos do artigo 808º/2 CC, perder o interesse no cumprimento da prestação. Depois, na terceira modalidade, existe um regime relativo à fixação do prazo admonitório: em primeiro lugar, o artigo 808º/1 CC, 2ª parte exige que se verifique o seguinte percurso – ou *iter* – para o incumprimento definitivo: em primeiro lugar, deve ser fixado um prazo (quando se trate, obviamente, de uma prestação em que este não esteja definido pelas partes). Depois, é necessário, tal como disposto no artigo 805º/1, que se interpele o devedor. Esgotado esse prazo, tem lugar, aí sim, a interpelação admonitória, em que se deve, de acordo com o artigo 808º/1, 2ª parte CC, fixar um *prazo razoável*. E, *só depois de ultrapassado este novo prazo*, é que nos deparamos com um incumprimento definitivo da prestação principal²⁸, numa clara

²⁶ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 135.

²⁷ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 136.

demonstração legislativa de dois postulados: em primeiro, o do brocardo latino *pacta sunt servanda* (segundo o qual os contratos celebrados pelas partes devem ser cumpridos integralmente); e, depois, o postulado de que o Direito pretende, a todo o custo, evitar situações de incumprimento definitivo, estabelecendo, para tal, um regime moroso – e, quanto a nós, talvez demasiado leve para o devedor inadimplente – que visa dar à parte incumpridora a oportunidade de cumprir, embora tardiamente, a sua prestação. Aliás, tal é a posição de MENEZES CORDEIRO, que constata o óbvio: que estamos perante um *calvário burocrático*²⁹. Note-se, contudo, que se trata de um regime supletivo, podendo as partes, ao abrigo da sua autonomia privada (artigo 405º CC), fixar *ab initio* um prazo perentório, findo o qual o incumprimento se considera definitivo. Contudo, como referem os artigos 798º e 804º, ambos do Código Civil, quando esse *iter* cause danos e despesas, estes devem ser indemnizados pelo devedor³⁰.

Para além destes mecanismos, também cumpre notar que existem, pelo facto de os contratos, muitas vezes, possuírem prestações recíprocas, mecanismos específicos, tais como a resolução por incumprimento, tratada no domínio da impossibilidade imputável ao devedor (artigo 801º/2 CC), e a *exceptio non adimpleti contractus*, prevista e regulada nos artigos 428º e 429º CC.

§ 1.1.3. A impossibilidade do cumprimento

Uma vez que o escopo da nossa intervenção diz respeito à responsabilidade por incumprimento do devedor, apenas nos interessa analisar a relevância da impossibilidade como fonte de responsabilidade para o devedor, quando a este seja imputável: artigo 801º/1 CC. Tal não deve fazer com que se esqueça que esta surge como fator extintivo das obrigações (artigo 790º/1 CC), bem como fator de invalidade do negócio (nulo, nos termos do artigo 280º CC), quando relativa ao próprio negócio jurídico.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*.

³⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 137.

Dito isto, cumpre analisar o regime do artigo 801º/1 CC: segundo este, se a prestação se tornar impossível, por causa imputável ao devedor, este é responsável nos mesmos termos em que o seria se não cumprisse culposamente a prestação: ou seja, aplica-se o regime do incumprimento definitivo. Isto tem consequências práticas claramente visíveis: uma vez incumprida a prestação, presume-se a culpa do inadimplente e, se estivermos perante uma impossibilidade superveniente, o artigo 801º/1 tem aplicação, a menos que o devedor ilidida a presunção do artigo 799º/1.

Por outro lado, se estivermos perante um contrato com prestações recíprocas, o artigo 801º/2 permite ao credor dar uso a uma série de remédios, que são³¹:

- a. Resolver o contrato;
- b. Exigir a restituição da prestação que haja efetuado;
- c. Independentemente da opção escolhida, pedir uma indemnização pelos danos causados.

A mesma panóplia de opções altera-se, contudo, se estivermos perante um *incumprimento parcial*, altura em que, segundo o artigo 802º/1 CC, o credor pode³²:

- i. Resolver o contrato;
- ii. Manter – numa expressão do princípio do *favor negotti*³³ – o contrato, exigindo o remanescente que ainda seja possível e reduzindo proporcionalmente a sua própria prestação;
- iii. Em qualquer dos casos, e à semelhança da impossibilidade definitiva, mantém o direito a uma indemnização pelos danos sofridos.

Cumpre, para finalizar, referir o facto que o regime da impossibilidade representa um desvio às regras gerais da repartição do risco nas obrigações, previsto nos artigos 795º e 796º do Código Civil.

³¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 185.

³² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 186.

³³ Cfr., sobre o princípio do *favor negotti*, PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2008, pp. 755 e ss..

§ 2. As obrigações do mandatário para com o mandante, no âmbito da relação contratual do mandato

Vistos os elementos que consideramos ser essenciais à melhor compreensão do nosso estudo – a análise do contrato de mandato e do regime geral do incumprimento obrigacional, chegamos à altura de analisar o tema a que nos propusemos. Ora, como muito bem ensina MENEZES CORDEIRO, a responsabilidade obrigacional intervém perante a inobservância do devedor de uma obrigação. Com efeito, a obrigação é, hoje, considerada uma relação complexa, que compreende o dever de prestar principal, os deveres secundários e os deveres acessórios, cujo não cumprimento se traduz (ou pode traduzir) na não execução definitiva ou na impossibilidade do dever de prestar principal. Contudo, a obrigação subsiste, sendo-lhe enxertado o *plus* da obrigação de indemnizar. Mas essa obrigação de indemnizar será, sempre (no cálculo e na compleição), aferida em relação ao *quid* contrato, isto é, não se reduz ao facto ilícito do incumprimento, mas sim, do contrato considerado ao qual se acrescenta a inexecução da prestação principal. Daí que acompanhemos, claramente MENEZES CORDEIRO, não só na consideração de que a responsabilidade contratual esteja ao serviço do valor contrato, como na consideração de que as responsabilidades aquiliana e contratual são completamente distintas, pois que esta, e não aquela, tem como ponto de partida a constituição primária da obrigação. Como da celebração do contrato resultam, para as partes, deveres *específicos* (e não gerais, como os que são tutelados pela responsabilidade extracontratual dos artigos 483º e seguintes CC), o regime a aplicar aquando do incumprimento destes será, naturalmente, o da responsabilidade contratual, com a nota de que, quando o artigo 799º/1 presume a culpa, está, na realidade, a utilizar o conceito – porventura incorretamente transposto – da *faute* napoleónica, pelo que, havendo incumprimento contratual, nos deparemos com uma presunção não só de culpa, mas, também, de *ilicitude*³⁴. Assim, é necessário verificarmos, com recurso às normas constantes no Código Civil, qual

³⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, pp. 385 a 395.

o conteúdo típico das obrigações por esta parte assumidas, para que indaguemos sobre os termos da sua responsabilidade (quando é que estaremos, ou não, face a incumprimento). Tal constatação implica que nos debruçemos, detalhadamente, sobre as disposições dos artigos 1161º e seguintes do Código Civil, por forma a encontrar e analisar as várias obrigações às quais o mandatário se submete e pelas quais, por incumprimento, irá responder contratualmente, pela via dos artigo 798º e seguintes CC.

§ 2.1. A obrigação de executar o mandato de acordo com as instruções recebidas (artigo 1161º, alínea a), CC)

Como primeira obrigação do mandatário, sediada na alínea *a*) do artigo 1161º CC, temos a obrigação principal do contrato de mandato, que é a de praticar os atos integrados no mandato, segundo as instruções do mandante. Tal como acontece na gestão de negócios – artigo 465º, *a*) CC – o facto de o mandatário praticar atos jurídicos alheios faz com que este (o mandatário) deva realizá-los em conformidade com a vontade do mandante³⁵. Esta disposição presta-se a alguns esclarecimentos. Primeiro, e ao contrário do que acontecia na vigência do Código de Seabra³⁶, não existe nenhuma bitola segundo a qual possamos avaliar a conduta contratual do mandatário. Tal não representa, contudo, qualquer óbice, já que, como PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA³⁷, MENEZES LEITÃO³⁸ e JANUÁRIO COSTA GOMES³⁹ bem notam, não há necessidade de reafirmar um princípio que decorre já das normas gerais dos artigos 799º/1 e 487º/2 do CC, e que impõem ao mandatário o dever de agir com o padrão *bonus pater familia*: o diligente pai de família, no que às instruções que recebe diz respeito. Como, contudo, estamos perante um contrato gestório, no sentido em que, apesar de o

³⁵ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 452.

³⁶ Cfr. o seu artigo 1336º, que assim rezava: “O mandatário deve dedicar à gerência de que é encarregado a *diligência* e cuidado de que é capaz, para o bom desempenho do mandato; se assim não fizer, responderá pelas perdas e danos a que der causa.” (itálico nosso).

³⁷ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 719.

³⁸ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 453.

³⁹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 70.

mandatário se obrigar a atuar segundo as instruções do mandante, isso não inclui a predeterminação de situações inesperadas que possam surgir no seu âmbito, é necessário algo mais: exige-se, portanto, uma atuação avisada, diligente e correta do mandatário, segundo o padrão de um *bom gestor*⁴⁰. O facto de a diligência ser aferida em relação ao caso concreto – e portanto em abstrato – permite incluir uma maior exigência face ao contrato de mandato individualmente considerado. Assim, por exemplo, e seguindo um entendimento já defendido – se bem que em termos necessariamente diferentes, uma vez que era face a um artigo 1336º que consagrava uma avaliação da diligência em concreto⁴¹ através da cláusula “diligência e cuidado que é capaz” – por CUNHA GONÇALVES⁴², quando o desempenho do mandato exija, pela sua natureza, conhecimentos técnicos ou científicos, deve o mandatário agir dentro dessa base, respondendo pelos danos causados em caso contrário.

§ 2.1.1. O artigo 1162º CC e a sua conexão com o dever principal de agir conforme as instruções do mandante

Com uma leitura rápida e superficial do disposto na alínea *a*) do artigo 1161º poderia pensar-se que se estaria a exigir um rigor exacerbado ao nível de conduta do mandatário. É que, em primeiro lugar, não nos devemos esquecer que, ao contrário do trabalhador subordinado⁴³, o mandatário tem uma certa *margem de autonomia na esfera do principal*⁴⁴. Ora, é precisamente nesse contexto que o artigo 1162º vem estabelecer que o mandatário pode deixar de executar o mandato ou afastar-se das instruções que recebeu, *quando seja razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, se conhecesse certas circunstâncias que não foi possível comunicar-lhe em tempo útil*. Ora, isto significa que, quando ocorrerem situações novas que tornem presumível a modificação das intenções do

⁴⁰ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit., loc. cit.*.

⁴¹ A expressão é de MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 453.

⁴² CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 439.

⁴³ Cfr. o artigo 11º do Código do Trabalho.

⁴⁴ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 714.

mandante, o mandatário deve tomar essa situação em consideração, e tomar uma de duas atitudes: ou deixa de executar o mandato, ou afasta-se das instruções previamente recebidas, conforme o que se revele mais conforme ao interesse do mandante.

Contudo, este postulado parece algo curto. Em primeiro lugar, é necessário saber que natureza tem esta imposição da norma contida no artigo 1162º; depois, e porque estamos perante um conceito indeterminado, verificar o que é que, na nossa jurisprudência, se tem considerado como sendo *razoável supor*.

Quanto à questão de saber que natureza tem esta norma, JANUÁRIO COSTA GOMES⁴⁵, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA⁴⁶ e MENEZES LEITÃO⁴⁷ consideram que estamos perante uma verdadeira *obrigação*. E é, de facto, esta a melhor posição a adotar. É que, se, como se viu *supra*, é exigível ao mandatário uma diligência de um bom gestor no exercício do mandato, essa mesma exigência é fundamento suficiente para reconhecermos uma verdadeira obrigação do mandatário. Pode, porém, através de um argumento literal (já que o artigo 1162º apenas refere que o mandatário *pode* afastar-se das instruções ou deixar de executar o mandato), afirmar-se que estamos perante uma norma permissiva. Contudo, não parece ser esse o caminho correto. Para além do facto de que, como bem refere OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁸, do elemento literal não resulta a interpretação da norma jurídica, é facilmente demonstrável que existe uma obrigação e não apenas uma norma permissiva, já que, em nosso entender, a *ratio* da norma é precisamente a de evitar situações em que a vontade do mandatário seja contraposta a uma situação circunstancial que ele não considerou aquando da celebração do contrato de mandato. Nas felizes palavras de PEDRO DE ALBUQUERQUE, “o regime do artigo 1162º foi previsto para tutelar o próprio mandante contra os perigos de o mandato ser executado de acordo

⁴⁵ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁶ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 797.

⁴⁷ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 453, nota (901).

⁴⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., 2010, pp. 397 e ss..

com as próprias instruções do mandante que não previu determinado tipo de acontecimentos ou contingências.”⁴⁹ Assumir a norma do artigo 1162º como permissiva, seria um completo retrocesso face à diligência exigida logo no artigo 1161º, a) CC, pois que abriria caminho a uma maior desresponsabilização do mandatário, que contratualmente se obrigou a agir *por conta do mandante* (artigo 1157º CC). Ou seja, nos casos em que o mandatário não cumpra este dever de agir conforme a vontade do agente irá responder por incumprimento contratual, nos termos gerais do artigo 798º CC. Aliás, esta consideração nem se pode considerar inovadora, já que, ainda no âmbito do Código de Seabra, CUNHA GONÇALVES⁵⁰ defendia que, em paralelo com o artigo 238º do Código Comercial de 1888, quando as instruções fossem inexequíveis e não houvesse tempo para solicitar ao mandante outras, poderia o mandatário agir em conformidade com o que lhe parecesse mais vantajoso com o interesse do mandante (isto porque considerava este insigne Autor – e em termos bem mais restritos que os atuais – que, só na falta das instruções do mandante se exigiria do mandatário a diligência do *bonus pater familias*).

Contudo, como se referiu, o artigo 1162º submete a obrigação de deixar de executar o mandato ou afastar-se das instruções recebidas pelo mandante ao requisito de *ser razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta* (para além do requisito de não ser possível essa comunicação em tempo útil). JANUÁRIO COSTA GOMES diz, a este propósito, que, nos casos do artigo 1162º, se deve utilizar o *próprio juízo do presumível comportamento do mandante*, na medida em que, quando seja razoável supor que o mandante alteraria ou ordenaria a sua não execução, aí poderá o mandatário realizar estes atos; quando, porém, seja razoável supor que o mandante nada faria, então a execução deverá manter-se de acordo com as instruções inicialmente recebidas pelo mandatário⁵¹. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, mais substancialmente, referem algo que, em nosso entender, se afigura como sendo muito pertinente: é que essa razoabilidade

⁴⁹ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária em Direito Civil. (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Almedina, 2004, p. 926, nota (1455).

⁵⁰ CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 440.

⁵¹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 72.

ou idoneidade do comportamento do donatário é apreciada livremente pelo julgador na sua vertente objectiva; contudo, o juiz não pode deixar de atender à pessoa do mandante, procurando restituir a sua vontade, apesar de não ser líquida a sua adequação ao disposto no artigo 236º CC⁵². Concordamos, também, com PEDRO DE ALBUQUERQUE ao considerar que o regime aqui previsto pressupõe a existência de uma *lacuna negocial*: de facto, é necessário que se descubra uma área não prevista contratualmente, face às circunstâncias, através do mecanismo previsto no artigo 239º CC, de onde “a conjugação entre a vontade das partes e a boa-fé, mas com prevalência da segunda, conduz, à vontade hipotética objetiva, isto é a uma ponderação objetiva das situações existentes tendo em conta as declarações de base que as fundamentaram⁵³.”

Aliás, isso mesmo é visível nas decisões dos nossos tribunais. Veja-se, a propósito, o Acórdão STJ, de 04-12-2012⁵⁴, que, apesar de relativo ao mandato forense tem, quanto a nós, algumas considerações transversais à matéria ora em apreço e que devem, por isso, ser consideradas. Este Acórdão, relativo a uma temática que atualmente está em franca expansão – a chamada *perda de chance* – fundamenta o facto de se considerar que o mandatário forense responde por incumprimento contratual quando fosse razoável “alimentar expectativas de êxito”. Aliás, considera-se neste Acórdão – e, quanto a nós, bem – que a prestação do mandatário forense se insere nas denominadas obrigações de *meios*, nas quais o devedor apenas se obriga a praticar ou desenvolver determinada atuação, comportamento ou diligência com vista à produção do resultado *pretendido pelo credor*. Comportamento que, “por vezes, relativamente a certas classes profissionais, se encontra regulamentado por estatutos próprios ou específicos”. Apesar de não ser diretamente relacionado com o tema ora em apreço mostra-nos uma ideia de fundo, que preside também à lógica do mandato, e segundo a qual o mandatário, mesmo na hipótese de, face à circunstancialismos não previstos pelo mandante, deve orientar a sua conduta pelo interesse (na

⁵² PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 797.

⁵³ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 926 a 930.

⁵⁴ Acórdão STJ de 04-12-2012, processo nº 289/10.7TVLSB.L1.S1, disponível em www.dsjj.pt.

vertente da *vontade hipotética objetiva*, como visto *supra*) do mandante. Daí que se considere, neste Acórdão, que, quando o mandatário forense, segundo as *lege artis*, tenha motivos para seguir o interesse do seu “mandante” – e que se reportam, obviamente, ao vencimento da causa ou à absolvição, conforme estejamos perante autor ou réu – responde por incumprimento contratual; a mesma lógica reside no artigo 1162º CC: sempre com base no interesse do *mandante*, o mandatário deve adequar as suas condutas face a circunstâncias novas e imprevisíveis.

§ 2.2. Obrigações de informação e comunicação do mandatário (artigo 1161, alíneas b) e c)); o regime do artigo 1163º

Quanto à obrigação de *informação*, a norma da alínea b) do artigo 1161º CC obriga a que o mandatário, a pedido do mandante, lhe forneça a informações relativas ao *estado da gestão*; já a obrigação presente na alínea c) do mesmo artigo – obrigação de comunicação, obriga o mandatário a, assim que execute – ou não, fundamentadamente – assim o comunicar ao mandante. Em relação à primeira disposição, é interessante notar numa relação que se deteta logo entre o estabelecido no artigo 1161º, alínea c) CC, e o artigo 1162º: é que este exige que não seja possível avisar o mandante em tempo útil das circunstâncias que o fizessem alterar ou extinguir o mandato. *A contrario sensu*, é desde logo possível concluir que, a haver tempo útil, essas mesmas circunstâncias também se devem considerar abrangidas pelo dever de comunicação em causa⁵⁵. As duas obrigações são claramente distinguíveis, pois que enquanto a obrigação de informação da alínea b) é a pedido do mandante, a obrigação de comunicação parte da iniciativa do mandatário. Como nota JANUÁRIO COSTA GOMES, em caso de incumprimento da obrigação de comunicação por parte do mandatário – o que pode acontecer se este a cumprir sem prontidão, ou incompletamente, incorre em responsabilidade – necessariamente contratual – pelos danos que causar ao mandante por esse atraso ou incompletude, apesar de isso

não invalidar a boa execução do ato gestório⁵⁶. Note-se que, contudo, comunicada a execução nos termos da alínea *c*) do artigo 1161º CC, o mandante deve pronunciar-se dentro do prazo estabelecido no contrato ou, na sua falta de acordo, segundo os usos (artigo 3º CC) e, na falta destes, de acordo com a natureza do assunto. E se o mandante *não se pronunciar* o seu silêncio vale como aprovação da conduta: tal é o disposto no artigo 1163º CC, numa clara hipótese de relevância do silêncio como declaração negocial (artigo 218º CC).

Com efeito, o regime previsto no artigo 1163º presta-se a vários esclarecimentos. Em primeiro lugar, deve entender-se, tal como o faz MENEZES LEITÃO, que esta aprovação por parte do mandante apenas se coloca no plano das relações internas, o que quer dizer que não significa uma ratificação de atos do representante praticados sem poderes⁵⁷. Depois, tal como é bem referido por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, a aceitação da conduta do mandatário não decorre da caducidade do direito que o mandante tem de reagir contra o não-cumprimento ou cumprimento defeituoso mas, antes, um reconhecimento de incompatibilidade entre um comportamento inativo do mandante com uma recusa – expressa – de uma prestação inexatamente cumprida⁵⁸.

Depois, atente-se à distinção efetuada pelo artigo 1163º, que diferencia entre *excesso dos limites do mandato* e o *desrespeito das instruções do mandante*. Quanto a isso, VAZ SERRA⁵⁹, de resto, citado por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA⁶⁰ e JANUÁRIO COSTA GOMES⁶¹, distingue da seguinte forma as duas figuras: na hipótese de haver *excesso* de poderes, o representante pratica atos não abrangidos nos poderes que lhe foram outorgados; existe, diferentemente, *abuso* de poderes, quando – ainda praticando atos dentro dos limites formais dos poderes conferidos, age o representante “*contra o fim da representação*”. Ora, como bem parece ter

⁵⁶ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁷ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 454.

⁵⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 799.

⁵⁹ VAZ SERRA, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 100º (1967-1968), p. 177.

⁶⁰ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 798-799.

⁶¹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 75.

sido detetado por JANUÁRIO COSTA GOMES, a definição deste regime dependerá do facto de estarmos, ou não, perante um mandato representativo. Assim, e seguindo a lição deste autor, se o mandato for representativo (cfr. artigos 258º e seguintes CC, aplicáveis *ex vi* do artigo 1178º/1 CC), o negócio que seja feito com *excesso* de poderes de ser ratificado pelo mandante para que seja eficaz para si; ora, no caso do artigo 1163º, estamos perante uma *ratificação tácita*⁶². O que este preceito nos leva a concluir é que, se o mandante deixar correr o prazo para se pronunciar, não pode responsabilizar o mandatário em virtude do seu incumprimento contratual.

Já se o mandato for *não representativo*, a atuação do mandatário fora dos limites do mandato não vincula o mandante, já que o mandatário age em nome próprio e assume a titularidade dos direitos, aceitando-os ou não o mandante se quiser⁶³.

§ 2.3. A obrigação de prestar contas (artigo 1161º, alínea d) CC); a obrigação de entregar ao mandante tudo quanto recebeu em execução ou no exercício do mandato (artigo 1161º, alínea e) CC) e a sua ligação com a obrigação de pagamento de juros do artigo 1164º CC

Tal como no âmbito do Código de Seabra (artigo 1339º: “O mandatário é obrigado a dar contas exatas da sua gerência”)⁶⁴, a alínea *d*) do artigo 1161º obriga a que o mandatário preste contas (segundo o processo previsto nos artigos 1014º e seguintes do Código de Processo Civil). Tal como PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA⁶⁵ e MENEZES LEITÃO⁶⁶ notam, esta

⁶² JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 76.

⁶³ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, *loc. cit.*. Note-se que, para este Autor, pode ocorrer, quanto aos negócios “excedentes”, uma gestão de negócios, sendo aplicável, se preenchidos os respetivos requisitos, o artigo 468º CC.

⁶⁴ Cfr., a propósito, CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 452 a 455. É interessante notar que, entre muitos outros aspetos, se considerava que, quando o mandante, numa base diária, tivesse fiscalizado todas as atividades do mandatário, não haveria lugar à “nova” prestação de contas.

⁶⁵ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 795-796.

⁶⁶ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 454.

obrigação é restringida aos casos em que existam, no âmbito da relação contratual do mandato, débitos e créditos recíprocos entre as partes. Isto porque, no âmbito deste preceito, “prestar contas” não tem o significado corrente de fornecer ao mandante conhecimento dos acontecimentos verificados durante o mandato: essa obrigação decorre já do disposto nas alíneas anteriores (referimo-nos às obrigações de informação e comunicação, previstas nas alíneas *b*) e *c*) do artigo 1161º CC, respectivamente).

Uma nota para referir que, a nível jurisprudencial, o Acórdão STJ, de 05-07-2007⁶⁷ considerou que a norma presente no artigo 1161º, alínea *d*), pode ser, por convenção celebrada pelas partes, afastada, tendo, assim, carácter supletivo. Isto porque, no Acórdão considerado, a procuração em causa continha uma cláusula de “dispensa de prestação de contas, declarada unilateralmente pelo mandante”, e que foi considerada “perfeita” com a receção e uso da mesma pelo mandatário.

Por último, a alínea *e*) do artigo 1161º obriga o mandatário a entregar ao mandante tudo quanto recebeu em execução do mandato, no caso de não o ter gasto normalmente no seu cumprimento. Esta obrigação tem incluído, tal como nota JANUÁRIO COSTA GOMES tudo o que, por qualquer motivo – consumo, cedência a terceiro, alienação, perecimento, inutilização, etc. – não tenha sido utilizado na execução do mandato. Esta disposição é importante, porque dela se infere que, em primeiro lugar, se não for cumprida, gera uma obrigação de indemnizar ao mandatário, nos termos gerais (artigo 798º CC) e que, em segundo, tudo quanto foi recebido pelo mandatário deve ser utilizado *dentro do âmbito das instruções do mandato*, sob pena de, em caso de o mandatário ter despendido anormal ou imprudentemente, este dever indemnizar o mandante pelos danos sofridos, correspondendo o montante indemnizatório ao valor da *diferença entre aquilo que seria entregue ao mandante em caso de dispêndio normal e aquilo que o mandatário está em condições de entregar*⁶⁸. A este propósito, é ainda relevante notar que a obrigação de entrega também engloba as coisas ou valores recebidos de terceiro por execução do mandato, desde que sejam

⁶⁷ Acórdão STJ de 05-07-2007 (JOÃO CAMILO), processo nº 07A1465.

⁶⁸ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 79.

consequência deste, isto é, que exista uma relação de causalidade entre a receção das coisas ou valores e a gestão, tal como defende JANUÁRIO COSTA COMES⁶⁹, o que tem como consequência que fica *fora da obrigação de entrega* tudo o que com ele não tenha uma relação causal, sendo um exemplo pragmático o seguinte: A, mandatário de B, contrata com C. Este, como motivo de reconhecimento das suas especiais capacidades, faz-lhe uma liberalidade. Esta liberalidade está, como se depreende, fora do âmbito da alínea e) do artigo 1161º, pelo que a sua não entrega não faz o mandatário incorrer em responsabilidade.

Cumpre, a este propósito, analisar o artigo 1164º CC, segundo o qual o mandatário deve pagar ao mandante juros legais correspondentes às quantias recebidas por ou por conta do mandante, a partir do momento em que as devia ter remetido, aplicado segundo as instruções ou entregue. Este preceito abrange, tanto as quantias recebidas destinadas à aplicação no mandato como as quantias recebidas por terceiros, no exercício da gestão. Os juros legais são, hoje, fixados nos termos do artigo 559º/1 CC. Contudo, não é pacífica, na doutrina e na jurisprudência, a determinação do *momento a partir do qual são devidos juros pelo mandatário*⁷⁰.

A nível doutrinal, MENEZES LEITÃO considera que, atento o disposto neste preceito, se consagrou a solução segundo a qual a partir do momento em que o mandatário deveria ter dado destino a uma quantia, de acordo com as indicações do mandante, ele se constitui em mora, pelo que o artigo 805º/3, primeira parte CC, não é aplicável, já que, embora a obrigação seja ilíquida, essa falta de liquidez é imputável ao devedor, uma vez que este pode apurar em cada momento, pela compensação dos débitos e créditos, a quantia que deve entregar⁷¹. Aliás, já ANTUNES VARELA, em

⁶⁹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, *loc. cit.*.

⁷⁰ Mas já não a sua qualificação, uma vez que os juros aqui em causa são considerados unanimemente como sendo juros *moratórios*. Cfr., a propósito, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 800: “são devidos em consequência da mora no cumprimento, por parte do mandatário, da obrigação de entregar, remeter ou aplicar certas quantias em dinheiro”; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 456, nota (911).

⁷¹ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 456.

1970⁷², defendia que a mora se verifica logo que o mandatário é interpelado ou se vence o prazo estipulado para a entrega do mandante, com o argumento de que, em primeiro lugar, o preceito alude, na parte final, ao momento em que a obrigação do mandatário se vence e não, como defendia JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ao momento posterior em que o tribunal fixe o saldo a cargo do obrigado. Para além disso, diz este Autor, o princípio *in iliquidis non fit mora*, presente no artigo 805º/3 CC, só se justifica quando, não sendo a iliquidez imputável ao devedor, este falte ou se atrase no seu cumprimento, em virtude do desconhecimento (permitido) do montante da dívida. Contudo, não é essa, dada a proximidade das relações jurídicas que estabelece, a situação do mandatário, daí que, no entender de MENEZES LEITÃO, seguindo ANTUNES VARELA, o momento a partir do qua se determina a mora do mandatário é o do momento *a partir do qual deveria o mandatário ter dado destino*, conforme estabelecido contratualmente.

Já JANUÁRIO COSTA GOMES um entendimento algo diferente, segundo o qual é necessário distinguir duas situações. A primeira situação é aquela em que diz respeito à *obrigação de pagar ao mandante as quantias que lhe deviam ser entregues ou a ele remetidas*. Para este Autor, nesta situação os juros têm natureza de indemnização moratória, já que o mandatário está em mora quanto às obrigações de entrega, não sendo necessária a sua interpelação, uma vez que se trata de uma obrigação com prazo certo (cfr. artigo 805º/2, alínea *a*) CC); ou por força da alínea *e*) do artigo 1161º existe um momento certo para o cumprimento da obrigação. Quanto à hipótese de o mandatário não saber com precisão qual a quantia que deve ao mandante, também rejeita, na maioria dos casos a aplicabilidade do princípio *in iliquidis non fit mora*, já que essa iliquidez será normalmente imputável ao mandatário. Contudo, existe, para este Autor, um segundo grupo de casos, decorrentes do facto de o mandatário *não aplicar* as quantias, quando o devia fazer. Nesta situação, para JANUÁRIO COSTA GOMES, a natureza dos juros é *compensatória*, sem que, contudo, o mandatário possa invocar o facto de o mandante ter sofrido um prejuízo o inferior, com o fundamento

⁷² Cfr. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102º (1969-1970), pp. 91 a 93.

de que, neste ponto, o artigo 1164º estabelece um regime de exceção, *a forfait*, destinado a sancionar o mandatário pela retenção das quantias (quer improdutiva quer para desvio para negócios seus). Assim, nestes casos poderá, aos juros legais, acrescer uma indemnização autónoma, resultante da violação do mandato na sua obrigação de aplicação numa determinada data, reconduzindo-se esta indemnização aos termos gerais (artigos 798º e seguintes do CC)⁷³. Cumpre tomar posição. Quanto a nós, consideramos que a posição defendida por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA e MENEZES LEITÃO é, de facto, a mais correta, já que, do artigo 1664º CC resulta que, tal como bem dizem PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA⁷⁴, “ o legislador consagrou caracteristicamente como moratórios [os juros], pois são devidos em consequência da mora no cumprimento, por parte do mandatário, da obrigação de *entregar, remeter* ou *aplicar* certas quantias em dinheiro”.

§ 3. Casos particulares de responsabilidade do mandatário: o submandato, a pluralidade de mandatários, o mandato com representação e o mandato sem representação

§ 3.1. O substituto e auxiliares do mandatário

Tal como previsto no artigo 1165º CC, o mandatário pode, na execução do mandato, fazer-se substituir por outrem, ou servir-se de auxiliares, nos mesmos termos quem que o procurador o pode fazer (artigos 264º e seguintes CC). Em primeiro lugar, parece importante distinguir a substituição da utilização de auxiliares. Existe *substituição*, quando o mandatário encarrega outro mandatário de praticar os mesmos atos jurídicos a que o mandatário primitivo foi encarregado pelo mandante. Daqui resulta, então, a celebração de um subcontrato de mandato, ou seja, um submandato⁷⁵. A diferença reside no facto de o vínculo estabelecido entre o mandatário e os auxiliares ser

⁷³ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Contrato de Mandato, cit.*, pp. 81 a 83.

⁷⁴ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...., cit.*, p. 800.

⁷⁵ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 457.

uma relação de trabalho subordinado ou uma prestação de serviços⁷⁶. Fazendo uso das regras gerais da procuração, o artigo 264º/1 CC diz-nos, com efeito, que o mandatário só pode fazer-se substituir com a permissão do mandante, salvo se essa permissão resultar da relação contratual ou do conteúdo do mandato. Note-se que a substituição não envolve a exclusão do anterior mandatário, presumindo-se assim que os substabelecimentos são com reserva, salvo declaração em contrário: artigo 264º/2 CC.

Uma vez celebrado o submandato, o mandatário responde pelos atos praticados pelo submandatário, com a seguinte ressalva, feita pelo artigo 264º/3, aplicável *ex vi* do artigo 1165º: é que, havendo autorização do mandante, o mandatário apenas responde perante o mandante por atos praticados pelo submandatário se tiver agido com *culpa* na escolha ou instruções que haja feito, pelo que estamos no domínio da *culpa in eligendo*. Contudo, por força do artigo 799º/1, cabe ao mandatário o ónus da prova relativamente ao facto de não ter incorrido em qualquer uma destas situações, dada a presunção de culpa presente na responsabilidade obrigacional.

Diferente será, contudo, a situação da utilização de auxiliares, já que, seguindo a opinião de MENEZES LEITÃO, em primeiro lugar, a sua utilização é em princípio permitida dado o disposto no artigo 264º/4, aplicável *ex vi* do artigo 1165º, respondendo o mandatário nos termos do artigo 800º CC⁷⁷.

⁷⁶ Apesar de haver domínios onde a designação de auxiliares é diferente, como é o caso do mandato comercial, em que o auxiliar se distingue do *gerente* por este ter um mandato geral (artigos 248º e 249º do Código Comercial) e o auxiliar ter um mandato circunscrito a algum ou alguns dos ramos do tráfego do proponente. Contudo, as figuras não são idênticas; nem o poderiam ser, pelo facto de o mandato comercial pressupor *sempre* poderes representativos. Quando estejamos perante um mandato sem representação, na linguagem “civil”, o contrato comercial em causa é o contrato de comissão (artigo 266º do Código Comercial. Cfr., desenvolvidamente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3ª ed., Almedina, 2012, pp. 630 e ss.; em especial, pp. 649 a 660.

⁷⁷ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 459.

§ 3.2. A pluralidade de mandatários

A pluralidade de partes na reação de mandatos está especialmente regulada no nosso Código Civil, sendo que, quanto à pluralidade de mandatários – que é a que aqui se mostra relevante – está regulada no artigo 1160º CC, que refere que, se alguém encarregar várias pessoas para a prática dos *mesmos* atos jurídicos, haverá tantos mandatos quantas as pessoas designadas, salvo declaração em contrário. Assim, a regra é a do mandato *disjuncto*, isto é, o mandato em que cada mandatário tem o seu próprio dever de executar o contrato, independentemente da situação dos restantes mandatários. Contudo, o mandante pode, se assim quiser, declarar que se realize um mandato *conjunto*, no qual os mandatários adquirem um dever de atuação conjunta na gestão. Note-se, porém, que, no que à responsabilidade do mandatário diz respeito, mesmo na modalidade de mandato conjunto, a regra é a da parciariedade, conforme estabelece o artigo 1166º CC, regra que vigora, por maioria de razão⁷⁸, para os casos de mandato conjunto. Note-se, contudo, que nada obvia a que as partes estabeleçam, nos termos gerais do artigo 513º CC, o regime da solidariedade. Esta regra não é, aliás, inovadora, já que reproduz o artigo 1341º, § único, do Código de Seabra.⁷⁹ e ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico italiano⁸⁰.

⁷⁸ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, *loc. cit.*.

⁷⁹ Que assim rezava: “No caso de inexecução do mandato, será a responsabilidade repartida, por igual, entre os mandatários.”.Cfr., a propósito, CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 441-442.

⁸⁰ Está, aliás, consagrada no artigo 1716 do *Codice Civile*: “Se piú mandatari hanno comunique operato congiuntamente, essi sono obbligati in slido verso il mandante”, tal como nos mostram PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 802-803.

§ 3.3. A contraposição entre o mandato *com* e *sem* representação

§ 3.3.1. O mandato com representação

O mandato com representação está regulado nos artigos 1178º e 1179º CC, onde se dissociam claramente a representação e o mandato. De facto, enquanto a representação requer que, para além da outorga de poderes representativos, através da procuração (artigos 262º e seguintes CC) haja *contemplatio domini* (artigo 258º CC), ou seja, a invocação do nome do representado, do mandato resulta o dever de praticar actos jurídicos por conta do mandante, o que não envolve necessariamente nem uma nem outra. Porém, tal como notam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, os dois negócios aparecem num grande número de casos associados. Assim, a par do mandato, existe a procuração que, uma vez aceita, obriga o mandatário-procurador a celebrar, em princípio, o ato *em nome do mandante*.⁸¹ Assim, tal como dispõe o artigo 1178º/2 CC, a outorga de poderes representativos faz constituir o mandatário no dever de atuar, não apenas por conta, mas também em nome do mandante, salvo estipulação em contrário. Também se deve lembrar – e fá-lo o artigo 1178º/1 – que os regimes devem ser aplicados conjuntamente nestes casos. Tal como bem nota MENEZES LEITÃO, vistos isoladamente os negócios em apreço, o mandato apenas constitui o mandatário no dever de praticar atos jurídicos por conta do mandante, – artigo 1157º CC – enquanto a procuração se reconduz a uma concessão de poderes representativos (artigo 262º CC). Porém, a junção destes dois negócios, faz surgir um dever novo, que é o de exercer o mandato em nome do mandante, como se viu. Também o facto de serem negócios distintos não invalida o seu regime de extinção, previsto no artigo 1179º CC⁸².

⁸¹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 823.

⁸² MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 461.

§ 3.3.2. O mandato sem representação

Tal como dispõe o artigo 1180º, o mandato sem representação é aquele que é exercido por conta do mandante, mas *em nome do mandatário*, isto é, sem *contemplatio domini*, mesmo que o mandatário tenha recebido poderes representativos ou o mandato seja conhecido dos terceiros que se relacionem com este. Numa palavra, o mandatário age *nomine proprio*.

O que caracteriza esta modalidade de mandato é o facto de, em vez de os atos produzirem os seus efeitos na esfera do mandante (artigo 258º CC, aplicável *ex vi* do artigo 1178º/1 CC) produzirem na esfera do *mandatário*. Tal como escreveu PESSOA JORGE, citado por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA⁸³, “o alcance da atuação do mandatário em nome próprio é o de fazer projetar sobre a esfera jurídica do agente, para além dos efeitos característicos da situação de parte, os de natureza pessoal: é ele quem tem legitimidade para exigir e receber o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, é contra ele que a outra parte se deve dirigir, não só para reclamar os seus créditos, como para fazer valer quaisquer ações pessoais derivadas do contrato nomeadamente respeitante à sua validade ou eficácia”. Note-se que, em termos que melhor serão explicitados (nomeadamente, o regime do artigo 1182º), isso significa que o mandatário assume, perante terceiros, todas as obrigações decorrentes dos contratos celebrados; ou seja, é apenas ele o responsável por estes.

Porém, não deve esquecer-se que o mandato é realizado *no interesse do mandante*, pelo que não faria qualquer sentido manter as situações jurídicas do mandatário indefinidamente na sua esfera. Com efeito, o artigo 1181º CC estabelece, no seu nº1, que o mandatário é *obrigado a transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato*. Sobre esta repercussão, na esfera jurídica do mandante, dos negócios jurídicos celebrados entre o mandatário e terceiros são, em abstrato, adotáveis duas teorias: a *tese da dupla transferência*, segundo a qual os efeitos se repercutem na esfera do mandatário, sendo necessário um negócio autónomo para os

transmitir para o mandante, e a tese da *projeção imediata*⁸⁴, que considera que os efeitos se repercutem diretamente na esfera do mandante, sem terem que passar pelo património do mandatário. Para além destas duas teses principais, existe uma tese intermédia, que sustenta a dupla transferência no mandato para adquirir e a projeção imediata no mandato para alinear⁸⁵.

Quanto ao mandato para *adquirir*, a lei não oferece margem para dúvidas: de facto, ao se afirmar que o mandatário, ao agir *nomine proprio*, adquire os direitos e assume as obrigações – artigo 1180º CC – o nosso ordenamento jurídico consagra a tese da dupla transferência: assim, os efeitos repercutem-se diretamente na esfera do mandatário, tendo este, depois, a obrigação de os transferir para o mandante.

O nosso Código Civil apenas consagra expressamente a teoria da dupla transferência no artigo 1181º/1, o que significa que, quando o mandatário adquira direitos, deve transmiti-los para o mandante. A este propósito, apesar de ser unânime que o Código adotou a tese da dupla transferência no âmbito do mandato para adquirir⁸⁶, discute-se na qualificação como *negocial* do ato pelo qual o mandatário procede à segunda transferência, o que radicou no facto de PESSOA JORGE sustentar que o segundo ato transmissivo não poderia ser uma compra e venda ou doação, uma vez que tais contratos seriam forçosamente simulados⁸⁷. Contudo, a doutrina maioritária, tal como JANUÁRIO COSTA GOMES⁸⁸ ou MENEZES LEITÃO⁸⁹, qualifica o segundo ato como *negocial*.

⁸⁴ Defendida por PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* (dissertação de doutoramento) Ed. Ática, 1961, pp. 291 e ss., 334 e ss..

⁸⁵ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 462.

⁸⁶ Apesar de ser muito acesa a discussão relativa à questão de saber se o mandato para alienar. Cfr, detalhadamente, sobre a questão – na qual, e centrando-nos apenas na doutrina nacional, se diverge entre considerar que estamos perante uma hipótese de *projeção imediata*, posição defendida por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 827 e 828, e JANUÁRIO COSTA GOMES, e a doutrina que, tal como MENEZES LEITÃO, considera que estamos aqui perante uma hipótese de *dupla transferência fiduciária*: MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 465 a 469.

⁸⁷ PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 320 e ss..

⁸⁸ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 116.

⁸⁹ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 462 e 463, nota (924).

Quais serão, então, as consequências do incumprimento da obrigação de transmissão dos direitos adquiridos pelo mandatário? No ordenamento jurídico italiano, o *Codice*, seu artigo 1706, I, prevê a possibilidade de o mandante reivindicar as coisas móveis sujeitas a registo. Contudo, essa solução é, face ao artigo 1180º, inadmissível: se o mandatário adquire as coisas objeto do mandato, é ele – e não o mandante – o verdadeiro e exclusivo proprietário delas⁹⁰. Assim, tal como defendido por MENEZES LEITÃO e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA⁹¹, a ação deverá ter carácter carácter *pessoal*, e não real.

Como passo lógico seguinte, pergunta-se: O artigo 830º CC, ao prever a execução específica de contratar, não poderá ser aplicável ao mandato sem representação, já que o que o artigo 1181º/1 faz é estabelecer uma obrigação de transferência dos direitos adquiridos no contrato, e que é feita através de um contrato?

Ao nível dos nossos tribunais, a jurisprudência tem entendido, embora não unanimemente, que a resposta a esta questão é negativa. De facto, o Acórdão STJ de 11-05-2000⁹² considera, nesse âmbito, que ao incumprimento por parte do mandatário não pode ser aplicável o artigo 830º CC, já que, “no quadro dos mecanismos de integração do cumprimento contratual tem carácter excecional”, pelo que, dado o disposto no artigo 11º CC, não comportariam aplicação analógica. Aliás, por considerar que esta norma tem um âmbito de aplicação circunscrito ao à declaração negocial proveniente de um contrato-promessa, como neste caso não é isso que está em causa, não considera possível essa mesma aplicação.

Cumpre, também, notar que o Ac. RE de 3-6-2004⁹³ para além de manter a opinião segundo a qual a execução específica não é possível neste caso, refere que apenas restava ao mandante pedir ao tribunal que condenasse o mandatário no cumprimento do dever omitido de emitir a declaração negocial de transferência para o mandante dos direitos que adquiriu em execução do mandato, bem como fosse, ao mesmo, aplicada uma sanção pecuniária compulsória “adequada,

⁹⁰ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 463.

⁹¹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 827.

⁹² Acórdão STJ 11-05-2000 (ABÍLIO VASCONCELOS), processo nº 00B229.

⁹³ Acórdão RE 03-06-2004 (BERNARDO DOMINGOS), processo nº 621/04-2.

dado estar em causa uma prestação de *facere* infungível não atinente a direitos de personalidade e não susceptível de ação sub-rogatória”.

A favor da suscetibilidade de execução específica da obrigação do mandatário, o Acórdão RL de 02-11-1999⁹⁴ depõe que “o mandatário em nome próprio a quem foi vendido um prédio e assim o adquiriu, tornando-se dono dele, tem subseqüentemente de o alienar ao mandante através de um negócio jurídico”. Note-se que esse negócio “não é uma venda; mas é, em todo o caso, um ato de alienação – uma modalidade alienatória específica, cuja causa justificativa está no cumprimento de uma obrigação advinda do mandato para o mandatário, nas suas relações com o mandante”, considerando, assim, que “seria injustificável que a execução específica prevista no artigo 830º do Código Civil, se limitasse às obrigações fundadas em contrato-promessa, já que, a sua razão de ser abrange as obrigações fundamentadas noutra fonte; em que não havendo uma prévia declaração negocial, há já uma obrigação de contratar ou emitir uma declaração de vontade que pode ser tão carecida de execução como a resultante de contrato-promessa”.

Ao nível da doutrina, MENEZES LEITÃO considera que a posição maioritária – que rejeita a aplicabilidade do instituto da execução específica a este caso – é a mais correta, através do argumento, aludido *supra*, de que esta não pode ter lugar fora dos casos em que seja prevista. Contudo, mitiga a sua posição, ao exigir, quando o mandato sem representação se destine à aquisição de bens imóveis, a forma escrita, nos termos do artigo 410º/2 CC, por forma a permitir a extensão analógica do artigo 830º CC⁹⁵. Contudo, como se afigura como sendo claro, essa execução será impossível quando haja incumprimento definitivo da obrigação, como, v.g., aconteceria se o mandatário alienasse o bem a um terceiro, altura em que restará ao mandante o direito a uma indemnização.

A favor do alargamento da execução específica a outros deveres de contratar e, no caso específico, da execução específica relativa ao incumprimento do dever de transmissão do mandatário *nomine proprio* depõe, contudo, MENEZES CORDEIRO⁹⁶, que – e quanto a nós, bem – refere que importa

⁹⁴ Acórdão RL 02-11-1999 (ROQUE NOGUEIRA), processo nº 0044841.

⁹⁵ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 464.

⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo II, Almedina, 2010, pp. 434 a 437.

verificar se o artigo 830º CC é, realmente, uma norma de exceção ou se, na verdade, corresponde à concretização de princípios e valores gerais. Ora, é (ou parece, quanto a nós) que é pacífico que se trata da segunda hipótese, devendo a interpretação literal ceder a uma interpretação “sistemática e atualista, teleologicamente enformada”. O que não impede que esta não se verifique, é claro, em casos em que tal não seja possível, devido à natureza do vínculo contratual em causa⁹⁷.

Diferente é a questão relativa aos *créditos adquiridos pelo mandatário*. Neste caso, o artigo 1181º/2 CC confere ao mandante o poder de se substituir ao mandatário no exercício dos respetivos direitos. Apesar de JANUÁRIO COSTA GOMES defender que estamos, neste caso, perante uma ação sub-rogatória direta⁹⁸, parece mais correta a posição defendida tanto por MENEZES LEITÃO⁹⁹ como por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA¹⁰⁰, segundo a qual estamos perante uma *ação direta*, através da qual ao mandante é permitido, em substituição do mandatário, cobrar diretamente a terceiros os créditos que o mandatário sobre eles detenha. De facto, como referido por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, apesar de a ação sub-rogatória fazer entrar na esfera do mandatário como garantia da sua responsabilidade, o nº2 do artigo 1181º parece depor noutro sentido: em especialidade face à norma do nº 1 e à semelhança do que é previsto no artigo 1184º, o preceito parece dizer que, relativamente aos créditos, independentemente da transferência, o mandante pode exigir para si a entrega da prestação. Para além disso, pelo facto de ser a ação sub-rogatória (artigos 606º e seguintes CC) exercida no interesse de todos os credores (artigo 609º), colocaria o mandante numa situação numa situação injusta, já que os seus créditos estariam sujeitos a rateio na hipótese de insolvência do mandante¹⁰¹.

⁹⁷ Cujas hipóteses são também consideradas por MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, tomo II, 2010.

⁹⁸ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁹ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 465.

¹⁰⁰ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 828-829.

¹⁰¹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 829.

Quanto às dívidas contraídas pelo mandatário na execução do mandato, o artigo 1182º não deixa margem para dúvidas, ao adotar claramente a tese da dupla transferência, na medida em que o mandante, através do instituto da assunção de dívidas (artigo 595º e seguintes CC) deve assumi-las ou, no caso de esta hipótese não se verificar, o mandatário deve entregar ao mandante os meios necessários para cumprir as obrigações que este contraiu ou reembolsá-lo das despesas efetuadas no cumprimento dessas obrigações. Isto significa que o credor não pode, à semelhança do que é permitido para o mandante, intentar uma ação direta contra o demandante, o que não o impede de se sub-rogar ao mandatário, no caso de este não exercer os direitos sobre o mandante (artigos 606º e seguintes CC). É necessário, porém, e como afirmam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, atentar no seguinte: face ao artigo 1180º CC, o mandatário é o único responsável perante terceiros pela execução do mandato. Contudo, nas *relações internas* entre mandante e mandatário, é o mandante quem é responsável, perante o mandatário, pelas dívidas contraídas, sendo que os remédios estabelecidos pelo preceito visam acautelar precisamente essa situação¹⁰².

Também o disposto no artigo 1183º, inspirado no artigo 269º do nosso Código Comercial, relativo ao contrato de comissão, não levanta dúvidas. Assim, pelas regras gerais do artigo 1181º, nºs 1 e 2, o mandatário tem o dever de transferir os créditos para o mandante, ou pode este exigir diretamente do terceiro o cumprimento dessa prestação. Contudo, em caso de insolvência do terceiro, surgia a dúvida sobre em qual dos contraentes poderia recair o prejuízo; dúvida que está resolvida no artigo 1183º: na falta de convenção em contrário – a chamada convenção *del credere*, prevista no artigo 269º, § 2 do Código Comercial – o risco recai sobre o mandante. Daí que, quanto ao risco pelo não cumprimento das obrigações por parte de terceiro, não haja que fazer distinção entre mandato com ou sem representação já que a posição do mandatário é, em princípio, a da *irresponsabilidade pelas dívidas do terceiro por quem contratou por conta do mandante*¹⁰³. Isto, claro,

¹⁰² PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, *loc. cit.*.

¹⁰³ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 831.

salvo se o mandatário, no momento da celebração do contrato, conhecia, ou devia conhecer (nomeadamente, por falta de diligencia necessária para se ter, tal como lhe cabia, apercebido) do estado de insolvência dos terceiros com quem contratou.

Por último, importa considerar o regime previsto no artigo 1184º, relativo à responsabilidade dos bens adquiridos pelo mandatário e segundo o qual os bens que este haja adquirido e que devam ser transferidos para o mandante, nos termos do artigo 1181º/1, não respondem pelas obrigações deste, desde que o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens e não tenha sido feito – quando sujeita – o registo da aquisição. Este regime foge à plenitude da regra da dupla transferência, já que, nessa situação, os bens adquiridos (artigo 1180º CC) pelo mandatário poderiam ser executados pelos seus credores, sem conceder especial preferência ao mandante. Não pode, porém, ser assim. Daí que o artigo 1184º tenha estabelecido que esses bens não respondem, consagrando-se, na feliz formulação de MENEZES LEITÃO, a “impenhorabilidade dos bens adquiridos em execução do mandato e que se destinem a ser transferidos para o mandante, impenhorabilidade que se justifica pelo facto de que a agressão pelos credores do mandatário frustraria o objetivo final da transferência desses bens”¹⁰⁴.

§ 4. Conclusão

Feita que está a análise do tema a que nos propusemos, consideramos ser adequado, em jeito de conclusão, enfatizar as conclusões a que chegámos, no sentido de demonstrar quais as principais ideias a reter, bem como a nossa visão sobre a temática. Organizaremos, para isso, a conclusão em diversos pontos, que abrangerão os passos lógicos realizados neste estudo.

[I] – *Grosso modo*, a responsabilidade por incumprimento, ou obrigacional, surge devido ao facto de o devedor não realizar a prestação devida, quando a esta estava obrigado, tal como demonstrado por nós em § 1.2. Ora,

no âmbito deste estudo, tal consideração remeter-nos-á para análise das várias obrigações a que o mandatário está, por força da celebração do mandato, adstrito. Essa questão está tratada, com efeito, nos artigos 1161º e seguintes do CC;

[II] – A alínea *a*) do artigo 1161º estabelece a prestação principal do contrato de mandato, segundo a qual o mandatário deve executar o contrato de acordo com as instruções recebidas pelo mandante. Tal como defende a doutrina maioritária por nós referida, e ao contrário do que ocorria com o Código de Seabra, não se prevê nenhuma bitola segundo a qual possamos guiar a diligência do mandatário, mas tal não implica, contudo, dificuldades de maior, já que, com recurso aos princípios gerais dos artigos 799º/1 e 487º/2 CC, chegamos à conclusão de que o mandatário deve agir com a diligência de um bom pai de família. Ou melhor, deverá, como defende JANUÁRIO COSTA GOMES, atuar com a diligência de um *bom gestor*, já que estamos perante um contrato gestório. A referência a um padrão abstrato e relativo ao caso concreto permite superar uma dificuldade que existia no âmbito do Código de Seabra e foi denotada por CUNHA GONÇALVES¹⁰⁵: a de a bitola variar consoante existam, ou não, conhecimentos técnicos, académicos, ou profissionais por parte do mandante – necessariamente superior à diligência do *bonus pater familias*. Assim, quando o mandatário não respeite as instruções do mandante ou, fazendo-o, o faça de forma imprudente, responde contratualmente perante o mandante pelos prejuízos causados ao mandante (artigo 798º).

[III] – Conexionado com o preceito referido em [II] se encontra, de forma clara, o artigo 1162º, através do qual se permite ao mandatário, sob termos bastante restritos – ainda que perfeitamente compreensíveis em virtude de o mandato ser celebrado no interesse do mandante – não execute o mandato ou se afaste das instruções recebidas. Esta norma, em primeiro lugar, deve, sem sombra de dúvidas, considerar-se como uma *obrigação* e não uma permissão: ainda que o preceito em causa se refere a essa situação como uma possibilidade (“pode”), a *ratio* da norma em causa é, precisamente,

¹⁰⁵ CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 439.

acautelar (o que não seria conseguido deixando a atuação na disponibilidade do mandatário) situações não previstas pelo mandante. Assim, caso se verifiquem os requisitos, o não abandono ou a não inobservância das situações imprevisíveis a que o preceito atende, gera responsabilidade obrigacional do mandatário, que assim violou uma obrigação decorrente do contrato, surgindo, então, o dever de indemnizar. A valorização da conduta do mandante deve ser feita segundo termos objetivos, apesar de não se poder descurar a pessoa do mandante. De facto, para além de se pressupor aqui uma lacuna negocial (PEDRO DE ALBUQUERQUE), deve dar-se uso à vontade das partes (sendo os termos do contrato vitais para tanto), bem como a boa-fé, dando azo à figura da *vontade hipotética objetiva*.

[IV] – As alíneas *b)* e *c)* do artigo 1161º estabelecem, respectivamente, as obrigações de informação e de comunicação do mandatário, sendo que não são de confundir estas duas, já que a primeira parte da iniciativa do mandante, ou seja, o dever surge *depois* de um pedido por parte do mandante, e a segunda é uma obrigação que cabe ao mandatário realizar. É interessante notar a relação desta alínea *c)* – com o disposto no artigo 1162º, já que, quando haja tempo útil para informar o mandatário das situações a que esse preceito alude, estamos no domínio do dever de informação do mandatário. Assim, é possível verificar que a ocorrência de novas situações obriga sempre o mandatário, embora o âmbito das prestações seja diferente: nuns casos, de comunicação, noutras, de pautar a sua conduta segundo a vontade hipotética objetiva do mandante. Como obrigação que é, o seu incumprimento levará o mandatário inadimplente a responder pelos danos causados ao mandante, nos termos gerais.

Esta obrigação de comunicação, prevista na alínea *c)* do artigo 1161º CC, deve ainda ser complementada com o regime previsto no artigo 1163º CC. É notar que, em primeiro lugar, este regime apenas se coloca no âmbito das relações internas, e que, depois, consideramos ser o ponto de vista mais correto de análise deste preceito a constatação do facto de este preceito não prever uma caducidade do direito do mandatário reagir contra o cumprimento ou não cumprimento, mas antes a constatação de que a atitude passiva e a recusa de uma prestação por parte do mandante são, aqui, condutas incompatíveis (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA). Concordamos também com a distinção feita por JANUÁRIO COSTA

GOMES, pelo que consideramos que o regime do artigo 1163º deve ser encarado de forma diferente consoante estejamos perante um mandato *com* ou *sem* representação.

[V] – As alíneas *d)* e *e)* do artigo 1161º preveem, respectivamente, as obrigações de prestação de contas e de entrega das coisas recebidas em execução do mandato, sendo de referir que, tal como defendido em Acórdão STJ 05-07-2007, a alínea *d)* estabelece uma obrigação supletiva que pode, portanto, ser afastada pelas partes. Já a alínea *e)* é mais relevante, na medida em que, a não ser cumprida, faz o mandatário incorrer em responsabilidade contratual para com o mandante: esta prevê que se entreguem as coisas recebidas em execução do mandato ao mandante. Defendemos, tal como JANUÁRIO COSTA GOMES, que esta obrigação vale, mas no pressuposto que esses bens tenham uma *relação de consequência* para o mandato em causa. Ligado a esta obrigação (da alínea *e)*) se encontra o artigo 1164º, que obriga o mandatário a pagar juros legais (artigo 559º/1 CC) das quantias recebidas por parte ou por conta do mandante. Apesar de a doutrina divergir – nomeadamente, quando à qualificação dos juros, e à determinação do momento a partir do qual se devem juros pelo mandatário – tendemos a concordar com MENEZES LEITÃO e ANTUNES VARELA, pois que o princípio *in iliquis non fit mora* (artigo 805º/3 CC) só se justifica na medida em que haja desconhecimento (permitido) por parte do mandatário. Ora, dada a sua proximidade no âmbito das relações jurídicas que estabelece, parece forçoso admitir-se o contrário.

[VI] – Existem, depois, casos especiais que, no âmbito da responsabilidade do mandatário, é necessário ter em conta. O primeiro desses casos é o da utilização de substitutos ou auxiliares, por parte do mandato. Na primeira situação – que gera o chamado contrato de submandato – o mandatário responde face ao mandante pelos atos praticados pelo submandatário, apesar de, no caso de haver autorização do mandante “principal”, essa responsabilidade é atenuada, atento o disposto no artigo 546º/3 CC, aplicável *ex vi* do artigo 1165º (apesar de, face ao artigo 799º/1 CC, continuar a correr pelo mandatário o ónus de provar que não está numa situação de *culpa in eligendo*) CC. Quanto ao caso dos auxiliares, o mandatário responderá nos termos do artigo 800º CC.

[VII] – A segunda situação que cumpre analisar com especial atenção é a de pluralidade de mandatários (artigo 1160º e 1166º CC). Podendo distinguir-se entre mandato *conjunto* ou *disjunto*, a regra (ao contrário do que sucede em Itália) aqui é a da parciariedade (artigo 1166º) e não a da solidariedade, embora esta possa, nos termos gerais (artigo 513º CC) ser convencionada.

[VIII] – Por último, é necessário atentar ao facto de o mandato ser com ou sem representação. No caso particular de o mandato ser feito *com* representação, para além de ser necessário aplicar conjuntamente os regimes relativos, tanto ao mandato com representação (artigos 1178º e seguintes CC), como à procuração (artigo 262º e seguintes CC), faz surgir um novo dever na esfera do mandatário, que é o de agir com *contemplatio domini*, sob pena de responsabilidade contratual no caso de incumprimento do mesmo.

[IX] – Já no âmbito do mandato *sem* representação, existem vários aspetos que carecem de explicação. Assim, o mandato sem representação distingue-se do mandato em que esta existe pelo facto de, no mandato sem representação, os efeitos jurídicos se repercutirem diretamente na esfera do *mandatário* e não na do mandante, o que significa que o mandatário assume, perante terceiros, todas as obrigações decorrentes dos contratos celebrados, sendo o único e exclusivo responsável por eles. Contudo, deve ter-se presente que o mandato é realizado no *interesse do mandante*, pelo que não teria sentido as situações jurídicas continuarem, *ad eternum*, na esfera jurídica do mandatário. Com efeito, estabelece o artigo 1181º/1 uma obrigação do mandatário de transferir os direitos adquiridos em execução do mandato, numa clara consagração da tese da dupla transferência, pelo menos no âmbito do mandato para *adquirir*, já que, no âmbito do mandato para *alinear*, a doutrina não é consensual. Este ato de transmissão é, para a doutrina maioritária – salvo o caso de ANA PRATA¹⁰⁶, que discorda com a qualificação do ato como negocial, qualificando-o como ato *causa solvendi obligationis mandati*, posição essa que é quase isolada – parecendo-nos, com efeito, que a razão está com a *communis opinio*.

Face ao incumprimento desta prestação, questiona-se se ela poderá ser alvo de execução específica (artigo 830º CC), questão que tem sido imensamente debatida, tendo votos favoráveis e contra, tanto na doutrina, como na jurisprudência, como procurámos demonstrar. Parece-nos, de facto, que a obrigação assumida pelo mandatário caiba na letra – ou, pelo menos, e aí julgamos ser francamente notório, na *ratio* da norma, já que pretende evitar que alguém que se comprometeu a celebrar um contrato venha, depois, e contra a sua palavra, frustrar as expectativas da contraparte – do preceituado no artigo 830º/1 CC, já que o mandatário se obriga a celebrar um contrato (posto que, como defendemos, o segundo ato transmissivo tem natureza negocial), pelo que concordamos com MENEZES CORDEIRO, quanto à aplicabilidade do artigo 830º/1 CC à inexecução da obrigação prevista no artigo 1181º/1 CC.

Diferente é o caso em que se trate de *créditos* adquiridos pelo mandatário, altura em que o artigo 1181º/2 permite ao mandante substituir-se ao mandatário no exercício dos respetivos direitos. Contudo, e apesar das divergências, adotamos a posição defendida por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA e MENEZES LEITÃO, segundo a qual estamos, neste caso, perante a figura da ação direta, e não da ação sub-rogatória.

Já as dívidas (artigo 1182º) contraídas pelo mandatário não levantam dúvidas, sendo, aliás, patente a referencia à tese da dupla transferência, pelo recurso à assunção de dívidas (artigos 595º e seguintes CC) ou à entrega dos bens necessários ao cumprimento da prestação devida. Este preceito inclui-se ainda no âmbito do nosso estudo devido ao facto de considerarmos, tal como PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, que ela só vale para as relações *internas*, uma vez que nas relações externas, o mandatário é o único responsável: assim, se incumprir – mesmo que por falta de recursos dados pelo mandante – será ele, e não o mandante, a cumprir, sem prejuízo de poder, através de direito de regresso, reaver essas mesmas quantias. Também, e finalizando, os artigos 1183º e 1184º não causam dúvidas: no primeiro caso, trata-se de uma limitação, mais que compreensível, da responsabilidade do mandatário, que não garante, salvo convenção *del credere* ou conhecimento culposo da insolvência dos terceiros, o cumprimento das obrigações por parte dos terceiros; no segundo caso, visa-se criar uma exceção ao princípio geral dos artigos 601º e 817º, segundo o qual

respondem, pelas dívidas, os bens existentes na esfera patrimonial do devedor. Ora, o mandatário *nomine proprio* detém, é certo, o património na sua esfera, mas esse está adstrito à obrigação de entrega desses mesmos valores, podendo falar-se – e dentro, é claro, dos condicionalismos do artigo 1184º – de uma regra de intangibilidade do património do mandante, enquanto na esfera do mandatário *a nomine proprio*.

[X] – Este trabalho surgiu do interesse imediato que nos suscitou a figura do mandatário, na relação contratual do mandato, uma vez que, neste âmbito, a articulação das normas legais, bem como o próprio *status quo* do mandatário, têm particularidades únicas, que normalmente não se verificam noutros contratos. O tema por nós apresentado revela-se, assim, de especial importância, uma vez que, dentro do figurino do incumprimento contratual, que numa primeira análise poderia parecer demasiado rígido, o mandato, particularmente relativamente à parte do mandatário, revela-se como sendo extremamente flexível, atentas as várias normas em que se estabelecem espaços de discricionariedade – baseada, claro está, na confiança *inter partes* – para o mandatário, dando-lhe, assim, um papel decisório e não apenas de cumprimento “cego” de instruções. Esperamos, assim, ter transmitido aos nossos recetores a mesma curiosidade e interesse que nos levaram ao estudo – necessariamente breve e analítico – da responsabilidade por incumprimento do mandatário.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Pedro de

A representação voluntária em Direito Civil (Ensaio de reconstrução dogmática), Almedina, 2004.

CUNHA GONÇALVES, Luiz

Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, vol. VII, Coimbra Editora, 1934.

JANUÁRIO COSTA GOMES, Manuel

Contrato de Mandato, reimpressão da edição de 1990, Ed. AAFDL, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António

Tratado de Direito Civil Português, II, *Direito das Obrigações*, tomo II, Almedina, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António

Tratado de Direito Civil Português, II, *Direito das Obrigações*, tomo IV, Almedina, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António

Direito Comercial, 3ª ed., Almedina, 2012.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de

Direito das Obrigações, vol. III: *Contratos em Especial*, 7ª ed., Almedina, 2007.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro

Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2008.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes

O mandato sem representação (dissertação de doutoramento), Ed. Ática, 1961.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA

Código Civil Anotado, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, 1997.

PRATA, Ana

O Contrato-Promessa e o seu regime civil, parte I, Lisboa, 1993.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

O Direito, Introdução e Teoria Geral, Almedina, 13ª ed., 2010.

- *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 100º (1966-1967).
- *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102º (1969-1970).

Jurisprudência consultada

STJ

- Acórdão STJ de 04-12-2012, processo nº 289/10.7TVLSB.L1.S1.
- Acórdão STJ de 05-07-2007 (JOÃO CAMILO), processo nº 07A1465.
- Acórdão STJ 11-05-2000 (ABÍLIO VASCONCELOS), processo nº 00B229.

RL

- Acórdão RL 02-11-1999 (ROQUE NOGUEIRA), processo nº 0044841.

RE

- Acórdão RE 03-06-2004 (BERNARDO DOMINGOS), processo nº 621/04-2.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

COSTUME E LEI

Por *Margarida Baptista Bastos*

[Aluna do 4º ano de Licenciatura da FDL]

Introdução

O costume, como primeira fonte do Direito existente em Portugal, reveste-se de total importância. De facto, a sua força como criador de Direito tem variado desde os inícios da Humanidade, nomeadamente com o nascimento da função legislativa, que veio transformar a dinâmica do ordenamento jurídico. Com a crescente posituação do Direito, iniciada no século XV, mas verdadeiramente impulsionada aquando do absolutismo de D. José I, com Marquês de Pombal, a lei torna-se, cada vez mais, detentora (quase) única de juridicidade.

Por outro lado, apesar da intenção centralizadora que o Estado tem vindo a assumir, há que se admitir que a Sociedade, embora tenha de se reger por determinadas normas, não se limita a aceitá-las por estas estarem positivadas, pelo que, se toda uma comunidade de indivíduos considerar uma determinada regra imoral ou injusta, simplesmente não a seguirá (seja a interpretação correctiva lícita ou ilícita, dependendo da apreciação feita ao artigo 8º do Código Civil). De outro modo, estar-se-ia a adoptar uma visão puramente positivista.

Nestes termos, e porque a Sociedade é maior do que o Direito, e este só existe, existindo Sociedade, importa atentar à problemática do costume como fonte criadora do Direito: será legítimo que algo praticado reiteradamente pela Sociedade se torne, apenas por isso, jurídico? Tal não constituiria problema se essa prática correspondesse inteiramente à lei. Contudo, maior dificuldade comporta à Filosofia do Direito a admissibilidade da

atribuição de valor jurídico a uma actividade continuada e insistida pela Sociedade, quando esta é contrária à lei.

Surge, deste modo, a dicotomia Estado/Sociedade: no caso de estas duas forças impelirem em sentidos opostos, caberá ao Direito – criado pelas duas – impor a sua autoridade, ou, por outro lado, adaptar os seus preceitos ao exigido socialmente.

Neste estudo seguiremos, então, o seguinte raciocínio: em primeiro lugar, serão enunciadas as diferentes teses relativas à qualificação de uma prática como verdadeiramente costumeira, no sentido jurídico do termo; de seguida, atenderemos à problemática da admissibilidade do direito consuetudinário como fonte criadora de direito; posteriormente, consideraremos a posição do costume em relação à lei: será este uma fonte imediata? Deste ponto, importará considerar, finalmente, a duvidosa força activa de uma norma costumeira (que lhe permitiria revogar uma lei de sentido contrário).

Efectivamente, esta última referência é cara na Ciência e Filosofia do Direito: até que ponto terá a Sociedade legitimidade para, espontaneamente, criar Direito contrário à lei, revogando-a? A esta questão segue-se, conseqüentemente uma outra. Qual importará mais ao ordenamento jurídico: a intenção legislativa da Sociedade, ou a intenção legislativa do Estado?

“E que o costume deve ser sómente o que a mesma Lei qualifica nas palavras (...) Mando, que sejam sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os tres essenciaes requisitos: De ser conforme as mesmas boas razões, que deixo determinado, que constituam o espirito das Minhas Leis: De não ser a ellas contrario em cousa alguma: E de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem annos. Todos os outros pretensos costumes (...) reprovo, e declaro por corruptellas, e abusos.”

Lei da Boa Razão (Carta de Lei de 18 de Agosto de 1769)

I. Costume: conceito

1. Elementos

Inundado de polémica doutrinária e jurisprudencial, o costume não é consensual, sequer, quanto à sua definição. De facto, relativamente à qualificação de uma prática adoptada pelos indivíduos como costume, a doutrina portuguesa diverge.

Em primeiro lugar, cabe fazer menção à posição da doutrina maioritária em Portugal, para a qual o costume tem apenas dois elementos essenciais, a saber:

- i. Uma prática social reiterada (um uso)¹ – ou *corpus* –, que deve incidir sobre algo que tenha relevância jurídica², pelo que, se a prática social reiterada fosse irrelevante para o direito, o costume seria criado, não na ordem jurídica, mas numa outra ordem normativa (como, por exemplo, a ordem do trato social).
- ii. Convicção subjectiva – ou *animus*. Este último elemento, designado, na tradição romana, por *opinio iuris vel necessitatis*, apresenta-se um tanto problemático na doutrina portuguesa: para a maioria dos autores (incluem-se aqui, entre outros, Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, Baptista Machado e Galvão Telles³), a convicção subjectiva que teria

¹ Quanto a este requisito, Galvão Telles acrescenta que o uso deverá ser geral e racional: relativamente à generalidade, o autor esclarece que a prática social reiterada não terá que se estender “a todo o povo (...). A generalidade traduz-se naquele mínimo de consistência que o uso deve ter para que não possa apresentar-se como uma prática individual ou de tal modo restrita que não se chega a atingir o vulto necessário para servir de base a uma norma jurídica”; Quanto à racionalidade, cfr. *infra*. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 10ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 82 e ss..

² Na mesma linha, Oliveira Ascensão menciona o exemplo da prática de oferecer brindes na Páscoa.

³ Sobre a convicção de obrigatoriedade, Galvão Telles sustenta: “O costume não é apenas exterioridade, a simples repetição material de actos; é também interioridade, a presunção de obrigatoriedade dessa conduta como juridicamente necessária, como exigível”. GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 81.

que crescer ao uso, para esse dar origem a um costume, seria a de uma obrigatoriedade, isto é, se a comunidade tiver, na sua consciência, a ideia de que essa actuação é devida, e não meramente voluntária⁴. Em sentido contrário, Miguel Teixeira de Sousa entende que, em vez de obrigatoriedade, deve existir uma convicção de juridicidade da prática constante: “a Sociedade quer que vigore determinada regra, pois que se forma nela a convicção de que só uma certa acção ou omissão é conforme ao Direito”⁵.

Ferrara, por sua vez, tem uma perspectiva distinta: segundo ele, a convicção de obrigatoriedade não poderia ser o elemento que transformaria uma determinada prática reiterada em Direito, pois que tal convicção apenas existirá se essa prática for, efectivamente, Direito. Deste modo, segundo este autor, o costume teria um fundamento meramente objectivo, ou seja, bastar-se-ia com a prática social reiterada. Quanto a esta teoria, autores portugueses se insurgiram afirmando, nomeadamente, que sem a convicção subjectiva que Ferrara descarta, “não seria possível distinguir o costume do mero uso social”⁶, que se sabe ser uma fonte mediata do Direito – artigo 3º CC⁷.

Outros requisitos são apontados, porém, ao costume, para este valer como tal no ordenamento jurídico. Sem pretensão de exaustão, parece indicado mencionar algumas posições que acrescentam elementos ao *animus* e ao *corpus*. Isto porque tais requisitos adicionais importarão, designadamente, à análise da problemática da relação entre o costume e a lei (*infra*). Deste modo:

⁴ Corroborando, Baptista Machado explica: “convicção de se estar a obedecer a uma regra geral e abstracta obrigatória, caucionada pela consciência da comunidade”. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Edições Almedina, Coimbra, 1987, p. 161.

⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 155.

⁶ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 83. Com o mesmo argumento, MENEZES CORDEIRO, *O costume e os usos no século XXI*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Almedina, 2011, nº 3, p. 632.

⁷ Código Civil Português de 1966.

- iii. Pires de Lima e Antunes Varela parecem exigir o reconhecimento legal do costume, o que pressupõe que este esteja subordinado à lei: “o costume constituirá fonte de Direito quando o Estado reconhecer que as normas jurídicas podem nascer directamente da vontade popular, independentemente de toda a consagração directa e expressa pelos seus órgãos legislativos”⁸. Esta exigência subordina, claramente, o costume à lei.
- iv. Para Cabral de Moncada⁹, por outro lado, o costume só seria válido no ordenamento jurídico se o Estado lhe “emprestasse” coercibilidade. Assim, uma norma costumeira só valeria como Direito se a sua violação correspondesse a uma sanção promovida pelo Estado. Refutando esta posição, Oliveira Ascensão e Vieira Cura argumentam por um lado que, esta exigência não é verdadeiramente diferente da necessidade de reconhecimento legal, visto que os tribunais só sancionam com base na Lei. Para além disso, para os autores, não sendo a coercibilidade característica necessária do Direito¹⁰, não faria sentido que o fosse do costume¹¹.
- v. Como mencionado supra, Galvão Telles, acompanhado por Menezes Cordeiro, exigem que o costume seja racional. Tal requisito não é novo na História do Direito Português, pelo que foi sendo exigido nas constituições imperiais romanas (designadamente a constituição imperial de Constantino de 319) e foi realçado na chamada Lei da Boa Razão, em 1769, notando-se a influência do jusracionalismo do século XVIII. No entanto, Galvão Telles sublinha que a razão pela qual se deve pautar o critério não é a mesma que se menciona na lei de 1769, pretendendo, antes, que o uso não fira as exigências morais

⁸ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, 6ª ed., Coimbra, 1973, pp. 89 e ss..

⁹ CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil – Parte Geral*, vol. I, 3ª ed., Coimbra, 1959, pp. 106 e ss..

¹⁰ Devido à existência de “leis imperfeitas” ou seja, leis desprovidas de sanção.

¹¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 266-267.

ou físicas da natureza dos homens, ou princípios fundamentais como o da justiça. Por outras palavras, por maioria de razão, tal como enuncia o artigo 3º CC, “não contrária aos princípios da boa fé”. Oliveira Ascensão e Vieira Cura respondem também a esta exigência, estranhando que os autores que impõem a racionalidade ao costume não o façam também à lei: por outras palavras, este não seria um pressuposto autónomo do costume, mas sim de todas as fontes do Direito.

2. Classificações do costume

Em função do critério adoptado, o costume pode ser objecto de várias classificações¹². De acordo com o âmbito territorial onde se aplica, há que se distinguir o costume: internacional, nacional, regional, local e institucional. Por outro lado, pode ainda discriminar-se o costume quanto ao tipo de normas que cria. Neste sentido, as normas consuetudinárias poderão, então, ser: internacionais, constitucionais, administrativas, penais, civis, laborais, comerciais, etc. (dependendo do ramo de Direito que visem regular).

Porém, a classificação que se reveste de maior relevância é a que se baseia na relação entre costume e a Lei. Consoante a sua afinidade com a lei, o costume poderá ser: i) *secundum legem*; ii) *praeter legem*; iii) *contra legem*.

Mais concretamente, a primeira modalidade mencionada refere-se ao costume que coincide na totalidade com o que está previsto legalmente, isto é, quando uma norma costumeira e uma norma legal dispõem no mesmo sentido. Neste caso, o costume terá apenas uma função declarativa da lei, ou vice-versa. De acordo com Menezes Cordeiro, a generalidade das leis acompanhadas de um costume *secundum legem* serão as chamadas “boas leis”.

¹² Entre outros, FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, p. 375.

Já no costume *praeter legem*, apesar de não existir uma norma costumeira que contrarie a norma legal, há uma relação de complementaridade entre elas, pelo que o costume regula algo não disciplinado pela lei, existindo uma lacuna legal¹³.

Finalmente, relativamente ao costume *contra legem*, pode dizer-se que este contraria a norma legal, pelo que existe uma relação de oposição. De acordo com Teixeira de Sousa, a formação de um costume *contra legem* poderá ocorrer tanto quando se tenha consciência de que está em vigor uma lei contrária, mas se siga, ainda assim, o costume, como quando se suponha erradamente que a lei contrária já não está em vigor. A admissibilidade desta modalidade do costume é muito discutida doutrinariamente, como veremos *infra*.

Antes disso importa, contudo, uma análise da evolução da relação entre o costume e a lei na História do Direito português.

II. Costume na história do Direito

Uma verdadeira compreensão acerca da posição do costume relativamente às restantes fontes do Direito em Portugal na actualidade, apenas poderá ser lograda após um recuo temporal, até aos primórdios do Direito. De um modo muito geral, podemos dizer que o costume, enquanto fonte imediata, criadora de regras jurídicas que visam organizar a comunidade, perdeu grande parte da sua força ao longo da História.

Nas sociedades primitivas, o Direito consuetudinário constituía a única forma de Direito conhecida, “como emanção instintiva da vontade social”¹⁴. Assim foi, até meados do século XIII, já que a função legislativa atribuída a um Estado organizado e centralizado estava ainda longe de existir.

¹³ Neste sentido, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 90 e ss.. Contra: MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 158, já que, havendo uma norma costumeira que regule o caso omissivo, não chega a existir uma lacuna.

¹⁴ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 79.

Com a cúria de 1211 – símbolo do início da actividade legislativa dos monarcas em Portugal – o costume principia a sua convivência com a lei, pese o facto de as primeiras leis não serem muito mais do que uma consagração estadual dos costumes já existentes. Posteriormente, já no século XV, as Ordenações Afonsinas referem-se expressamente ao costume, sendo determinada a sua observância, como fonte imediata, coexistente com a lei e com os estilos da Corte. Neste momento temporal, o costume, estando ao mesmo nível que a lei, poderia contrariá-la. Já as Ordenações Manuelinas, no século XVI, estabelecem uma nova especificação: na medida em que salientam a equiparação dos costumes locais aos costumes gerais, restringem a observância do costume – geral ou local – aos casos em que esse fosse conforme com o direito romano-canónico¹⁵. Neste ponto, ainda que muito primordialmente, nota-se já uma preocupação no controlo do costume enquanto fonte imediata que, sem restrição alguma, poderia originar regras jurídicas que atentassem contra princípios maiores.

Porém, é já no reinado absolutista de D. José I, acompanhado por Marquês de Pombal que, em harmonia com a proliferação dos novos ideais jusracionalistas e iluministas, o costume entra em verdadeira decadência. A afirmação da lei como única fonte de Direito legítima, impede a validade de um costume que a possa contrariar. Tal não é difícil de compreender, se atentarmos às circunstâncias da época: se não se controlasse o costume como criador de regras jurídicas, este constituiria um verdadeiro obstáculo à superiorização do poder legislativo do monarca, na medida em que também o povo teria, espontaneamente, esse mesmo poder. A Lei da Boa Razão¹⁶ vem, nestes termos, impor três requisitos à validade do costume como fonte imediata: i) a sua conformidade com a *recta ratio*; ii) a existência da prática social reiterada há mais de cem anos; iii) a sua conformidade à lei.

¹⁵ Cfr. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 335 e ss..

¹⁶ Excerto da Lei da Boa Razão: “Mando, que sejam sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os tres essenciaes requisitos: De ser conforme as mesmas boas razões, que deixo determinado, que constituam o espirito das Minhas Leis: De não ser a ellas contrario em cousa alguma: E de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem annos”.

A conformidade do costume com a razão consistia, de um modo geral, na sua coerência com os princípios básicos do Direito Natural. Esses seriam influenciados pela Escola Racionalista do Direito Natural que, desvinculando-se dos seus pressupostos metafísicos de anteriormente, refere esse direito como “as normas que disciplinam as relações entre os homens (...) livremente encontradas pela razão, sem necessidade de recurso a postulados teológicos”.

Também a exigência da antiguidade do costume se compreende à luz da época: pretendia-se limitar a aplicação arbitrária do Direito por alguém que não o monarca. Assim, o costume deveria estar já “enraizado” na vida social para merecer validade jurídica.

A conformidade do costume à lei é, dos três requisitos, talvez o que mais importa na análise histórico-jurídica da evolução do Direito consuetudinário. É com a entrada em vigor desta lei, no século XVIII, que se exclui definitivamente o costume *contra legem* das fontes do Direito em Portugal. Marca-se, então, o início da superioridade da lei relativamente ao costume, uma vez que este último apenas poderia resolver casos concretos na medida em que fosse coincidente com a lei ou, no máximo, regulasse algo não regulado pela lei (costume *praeter legem*¹⁷).

Também o primeiro Código Civil português, em 1867, seguiu esta via, nomeadamente nos seus artigos 9º e 16º¹⁸: o costume contrário à lei é afastado, e não se reconhece ao costume o mínimo contributo na interpretação e integração de lacunas. Ainda assim, mantém-se o costume no âmbito das

¹⁷ Cfr. *infra*.

¹⁸ Artigo 9º do Código Civil de 1867: “Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância desta, ou com o seu desuso”; artigo 16º: “Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural conforme as circunstâncias do caso”. Neste sentido, VIEIRA CURA, *O Costume como Fonte de Direito em Portugal*, in *La costumbre, el derecho consuetudinario y las tradiciones populares en Extremadura y Alentejo*, 1ª ed., Editora Regional da Extremadura, Mérida, 2000, p. 57. É de salientar, todavia, que, por exemplo, no domínio do direito internacional público, subsistiram hipóteses de relevância imediata do costume.

fontes mediatas do Direito, sendo que este vincula apenas na medida em que a lei o autoriza. Tal compreende-se, claramente, pela proliferação das ideias liberais do século XIX, que postulavam, entre outros princípios, a segurança jurídica e a igualdade perante a lei. Para além disso, tal como indica Vieira Cura, “o Código de Seabra, ao recusar valor autónomo ao costume (...) apresenta-se, portanto, como um produto acabado da concepção estatista-legalista do direito, postulada pelo positivismo jurídico: o direito identifica-se com a lei”¹⁹. Assim, o movimento codificador crescente na Europa, identifica-se com a perspectiva positivista que o acompanhou, à qual não faltaram críticas apontadas, nomeadamente, pela Escola Histórica de Savigny²⁰.

III. Costume como fonte de Direito em Portugal, na actualidade

Observando o Código Civil português actual – o de 1966 – sabemos que o costume não é expressamente referido na enumeração das fontes de Direito exposta no artigo 1º, nem, tão pouco, a propósito das regras de cessação de vigência ou integração de lacunas, nos artigos 7º e 10º. Sobre o silêncio do legislador a este propósito, várias visões se opõem entre si. Neste âmbito, importa distinguir várias questões:

1. Relevância legal atribuída ao costume como fonte imediata: admitido ou não pelo Código Civil de 1966?

Em primeiro lugar, interessa saber se o costume é, no Direito português actual, verdadeira fonte imediata, equiparando-se, nesse sentido, à lei.

Interpretando o Código Civil actual, a grande maioria dos autores consente na ideia de que o legislador pretendeu, efectivamente, excluir o costume das fontes imediatas da lei, concluindo que não se poderia interpretar extensivamente o artigo 1º, de forma a incluir nele o costume.

¹⁹ VIEIRA CURA, *op. cit.*, p. 58.

²⁰ Cfr. *infra*.

Tal conclusão é, de todo o modo, coincidente com o elemento histórico da interpretação do artigo: como explicam Vaz Serra e Manuel de Andrade, directamente envolvidos na preparação do Código, “admitir o costume como fonte do direito seria introduzir um elemento de indecisão acerca do direito em vigor”.

Nestes termos, é relativamente pacífico que o Código Civil não atribui ao costume e à lei forças equivalentes.²¹ Contudo, tal não impede que a doutrina lhe atribua outra relevância.

2. Relevância doutrinária atribuída ao costume como fonte imediata

Neste ponto, podemos agrupar a doutrina em duas concepções opostas. Porque a relevância do costume como fonte imediata depende do seu fundamento de obrigatoriedade, ou seja, depende do que lhe dá força vinculativa (a lei ou a sociedade), pode fazer-se a seguinte distinção²²:

- i. Quem considera que o costume vincula apenas na medida em que o Estado lhe oferece força vinculativa, subordina as outras fontes (incluindo o costume) à lei, uma vez que, nessa concepção, apenas o Estado poderá reconhecer a sua existência. Assim sendo, nesta perspectiva, o costume *contra legem* seria absolutamente inadmissível.

Neste plano, podemos incluir os defensores da teoria positivista (também chamada tradicional), que sustenta que, sendo todo o Direito estadual e, conseqüentemente, coercivo, nenhuma fonte não criada pelo Estado poderia ter força revogatória ou integradora do Direito legislado. Assim, inserem-se nesta perspectiva os autores já mencionados que

²¹ O costume é, no entanto, admitido como fonte mediata do Direito pelo Código Civil. Como exemplos, poderão ser apontados os artigos 348º, 1400º, 1401º e 737º/1/a), embora se discuta se estará aí em causa um verdadeiro costume ou um mero uso. Para além disso, convém lembrar que o direito costumeiro internacional é admitido pelo artigo 8º CRP, e que o direito canónico, ao qual faz referência o artigo 1625º, também poderá recorrer ao costume.

²² Neste sentido, MARIA LUÍSA DUARTE, *Introdução ao Estudo do Direito. Sumários desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 164 e ss..

impõem, como requisitos adicionais para a validade do costume, o reconhecimento legal e a coercibilidade: Pires de Lima, Antunes Varela, Cabral de Moncada e Galvão Telles²³. É, ainda, importante mencionar nome de Kelsen, dado ser um dos autores que mais contribuiu para a concepção positivista-estatalista. Em conformidade com os autores acima expostos, Kelsen afirma expressamente que uma norma consuetudinária apenas será jurídica se for reconhecida como tal pelos tribunais, aplicadores máximos do Direito: “Uma regra que dá expressão à conduta consuetudinária dos indivíduos somente se transforma em norma jurídica através do seu reconhecimento por parte do tribunal que aplica esta regra e (...), portanto, as normas do Direito consuetudinário somente são criadas pelos tribunais”²⁴. Assentando a validade do sistema jurídico na norma fundamental²⁵, Kelsen ressalva, contudo, que, ainda que a norma consuetudinária seja contrária a uma norma constitucional, poderá ter força revogatória sobre esta, se tal for consentido pela norma fundamental.

- ii. Em sentido oposto, outras teorias assentam o fundamento da vinculatividade do costume na vontade da comunidade.

A chamada Escola Histórica, corrente jusfilosófica de finais do século XVIII e inícios do século XIX, e cujo nome emblemático é Savigny, assenta precisamente neste postulado. Insurgindo-se contra o positivismo subjacente ao movimento codificador, esta concepção identifica o Direito com a cultura e os valores de uma comunidade. De acordo com esta, o Direito corresponde necessariamente ao “espírito do povo” e, por isso, o costume seria uma fonte privilegiada. Então, sustentando

²³ Galvão Telles parece aderir à concepção positivista-estatalista, ao referir que “O costume obriga porque o Estado autoriza. (...) Sem o selo estadual, o costume não existe para o Direito”. GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 88 e ss..

²⁴ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, tradução de Baptista Machado, Arménio Amado – Editor, successor, Coimbra, 1979, pp. 313 e ss..

²⁵ Segundo Kelsen, toda a regra jurídica retira a sua validade de uma outra regra jurídica de hierarquia superior. A regra de hierarquia máxima só poderá retirar a sua validade de uma norma pressuposta e não escrita, que é a norma fundamental.

que a codificação poderia até ser prejudicial, por incorrer no risco de não declarar correctamente o interesse do povo, a Escola Histórica colocaria o costume acima da lei, por este ser a principal expressão da sua vontade. Contrariamente à teoria positivista, que atribui à lei uma função constitutiva de Direito, a Escola de Savigny atribui-lhe uma função meramente declarativa²⁶.

Em moldes semelhantes se afirma a doutrina maioritária em Portugal, assentando em vários argumentos.

Tal como indica Teixeira de Sousa, a omissão efectuada pelo legislador nos artigos 1º, 7º e 10º, não impede que o costume possa ser fonte imediata do Direito. Isto porque, atendendo à própria definição de “fonte imediata do direito”, sabe-se que o costume só o será se esse valor não lhe for concedido por outra fonte. De outro modo, seria apenas uma fonte mediata.

Para além disso, acompanhado de vários outros autores – por exemplo, Santos Justo, António Vieira Cura, Freitas do Amaral e Oliveira Ascensão – Teixeira de Sousa realça que, para que o Direito seja efectivo, não basta que um órgão legislativo ou administrativo o produza: é necessário que o Direito se integre na ordem social e que seja aceite pela comunidade²⁷. No mesmo sentido, Santos Justo afirma: “A *potestas* do legislador não constitui a juridicidade, que não dispensa um princípio normativo que a fundamente: a *voluntas* ou *auctoritas* não podem dispensar a *veritas* ou a *ratio*. Falta à lei legitimidade para atribuir ou excluir a juridicidade das normas consuetudinárias, pois a sua própria juridicidade não resulta do seu título político-jurídico, antes é determinada pelos valores e princípios normativos que a consciência jurídica geral dum comunidade sintetiza e dão o sentido fundamental ao direito”²⁸. Ainda na mesma linha, Oliveira Ascensão sustenta: “O costume exprime directamente a ordem da sociedade. Exprime-a sem nenhuma

²⁶ Cfr. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 436 e ss..

²⁷ A esse fenómeno, o autor chama “*acceptatio legis*”. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 131.

²⁸ SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 218.

tensão entre ser e dever ser: ao contrário do que acontece com a lei, a eficácia do costume está sempre por natureza assegurada, porque exprime uma forma real de vida”²⁹.

Para estes autores, o costume teria, portanto, uma legitimidade própria³⁰ que lhe advém da circunstância de ser criado pela própria comunidade. Assim, apesar de tal não estar consagrado no Código Civil, costume e lei estariam, na prática, colocados no mesmo patamar hierárquico, podendo reciprocamente revogar-se³¹: apenas olhando para o caso concreto se poderia aferir a prevalência de uma destas fontes. De todo o modo, importa ressaltar que um conflito entre lei e costume seria político, não susceptível de ser resolvido por critérios jurídicos.

Nestes termos, para a doutrina maioritária, o costume *contra legem* seria admissível, por mais eficazmente atender à vontade da comunidade.

3. Convenientes e inconvenientes da qualificação do costume como fonte imediata

Referidas as duas principais posições, importará agora proceder a uma síntese das vantagens e desvantagens da potencial força derogatória de um costume *contra legem*.

Como conveniente da força activa do costume, foi já apontado superficialmente o facto de este permitir ao ordenamento jurídico um mais eficaz acompanhamento da evolução da Sociedade. Nas palavras de Oliveira Ascensão, se se impedisse que o costume revogasse a lei, teríamos de “considerar direito actual velharias com que ninguém entra

²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Costume como Fonte de Direito em Portugal*, in *La costumbre, el derecho consuetudinario y las tradiciones populares en Extremadura y Alentejo*, 1ª ed., Editora Regional da Extremadura, Mérida, 2000, p. 35.

³⁰ Ou tal como afirma Oliveira Ascensão, é uma “fonte autojustificada”, já que se fundamenta na sua própria eficácia. *Idem*, *Ibidem*, p. 35.

³¹ Oliveira Ascensão concede, inclusivamente, ao costume a posição de “fonte privilegiada do Direito, precisamente por se aproximar mais da vida social: “A nosso ver, lei e costume têm igual dignidade como fontes de direito. Até podemos dizer que o costume é a fonte prioritária do direito”. *Idem*, *ibidem*, p. 34.

já em conta”³². Isto porque “só tendo como pano de fundo a ordem social podemos entender o Direito”³³. Para além disso, Santos Justo invoca, em defesa do costume, “a tendência para uma adaptação automática que contrasta com a rigidez da lei; a necessidade de eliminar as leis mortas que a proliferação de leis torna indispensável; a ausência de arbitrariedade, risco que a lei pode correr e o costume não raro tem afastado, funcionando como ‘válvula democrática’”³⁴.

Já numa perspectiva positivista, nomeia-se a incerteza e insegurança que a força derogatória do costume traria ao ordenamento: não podendo contar apenas com o Direito positivado, os indivíduos não saberiam, com exactidão, qual o Direito vigente no ordenamento.

Contra o “totalitarismo da Lei”³⁵ e, mais concretamente, o argumento positivista da segurança jurídica, Oliveira Ascensão alega a sua actual insegurança, devido à grande intensidade da produção legislativa que se vive presentemente: “As leis sobrepõem-se e contradizem-se, criando uma teia quase inextricável. Quem acentua as dificuldades de conhecimento do costume devia meditar na dificuldade de conhecimento das leis”³⁶.

Importa, contudo, sublinhar que a admissão de uma força derogatória inquestionável ao costume, sempre que este contrarie uma norma legal, comporta vários riscos, que o Direito deve considerar. Sabe-se que, apesar de existir, de facto, uma desenfreada actividade produtiva de leis, estas são, na actualidade, absolutamente essenciais à vivência da Sociedade. Isto porque a convivência entre os indivíduos requer a existência de regras que dirijam, de forma racional, a sua vivência. Ora, só o Direito positivado poderá, com efectividade, garantir que as normas pelas quais os indivíduos se regem sejam conformes à razão e, ao mesmo tempo, à moralidade.

³² OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 274 e ss..

³³ *Idem, ibidem*.

³⁴ SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 215.

³⁵ Expressão de Vieira Cura. VIEIRA CURA, *op. cit.*, p. 62.

³⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 275.

Poder-se-ia argumentar que, como o costume é um uso reiterado, para ter validade, teria que ser adoptado por um grande número de indivíduos, pelo que, para a maioria da comunidade, a norma costumeira seria racional e moral. Contudo, muitos são os exemplos na História que mostram que, mesmo que a Sociedade considere, em certo momento, que seguir determinada norma costumeira é o que está correcto (ou o que deve ser), tal integridade não existe na realidade. Isto porque, apesar de “razão” e “moralidade” serem conceitos indeterminados, dependentes da evolução das mentalidades, muitas vezes se desejaria, olhando para trás, que existisse uma lei proibitiva de determinada prática.

O que se pretende dizer com o exposto é que, apesar de o costume se adaptar melhor à vontade da comunidade, a lei é, geralmente³⁷, mais ponderada e racional, tendo em vista o bem comum, ao passo que o costume é espontâneo e criado pelos próprios indivíduos. Como exemplo deste facto podemos admitir a prática reiterada da mutilação genital feminina, em muitos países de África e da Ásia, com a respectiva convicção de obrigatoriedade social³⁸: esse costume assentava – e assenta – na concepção de que tal prática é a correcta. Assim, as mães das raparigas consentem a sua mutilação, por razões de higiene, estéticas ou de saúde e por considerarem que, ao fazerem-no, asseguram a preservação da sua virgindade até ao casamento. Esta prática assenta, ainda, em outros conceitos, como a crença de que uma mulher não submetida à mutilação não será tão fértil.

³⁷ Admitem-se, logicamente, várias excepções. Como exemplo, podemos apontar, com Menezes Cordeiro, a prática da celebração dos chamados contratos de “colónia” no Arquipélago da madeira. A lei tentou, sucessivamente, proibir este costume, primeiro pelo Código Civil, e depois pela própria Constituição (cfr. artigo 101º/2 da sua versão original). Não conseguindo por termo à prática enraizada, a lei proibitiva era apenas uma lei “artificial”, pelo que o legislador acabou por reconhecer a prática como legal: o costume *contra legem* revogou a lei.

³⁸ Para mais sobre este assunto, cfr. ALEXANDRE MORAIS CORREIA, *As diferenças étnico-culturais e a culpa em direito penal: o caso especial da mutilação genital feminina*, Lisboa, 2007 – Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Ora, esse costume é, aos olhos do Mundo civilizado, desprovido de qualquer racionalidade. Nessa base, em 2011, foi aprovada uma lei, na Guiné-Bissau, que proíbe e criminaliza a mutilação genital feminina³⁹. Contudo, tal prática mantém-se em segredo, já que quem não a seguir é acusado, pela sociedade, de rejeitar as tradições e a cultura do seu país.

Teria, neste caso, o costume *contra legem* legitimidade para revogar a lei proibitiva da sua prática? É evidente que não, uma vez que a lei é facilmente justificada pelo facto de este ser inquestionavelmente contrário à ordem pública⁴⁰.

Outros casos são, porém, de mais difícil resolução, por não ser tão clara a contrariedade do costume a princípios que se elevam.

4. Análise crítica ao caso do costume contra legem das touradas de morte de Barrancos, e à excepção admitida por lei

Em Barrancos, região portuguesa do baixo Alentejo, mantém-se, desde tempos incertos, a tradição das touradas de morte. Nessa região, contrariamente ao que é usual, os touros são mortos directamente na arena.

Contudo, desde 1928, está em vigor o Decreto nº 15355, de 14 de Abril de 1928, que proíbe expressamente as touradas de morte em Portugal, criado com base na alegação da defesa dos direitos dos animais. Deste modo, não existindo uma norma especial ou excepcional, a regra geral aplica-se a todo o país, sendo o costume local das touradas de morte um costume *contra legem*.

Pese embora esta lei, estando a tradição verdadeiramente enraizada na cultura local, os aficionados continuavam a matar os touros na arena, como parte do espectáculo. Assim, tendo o legislador observado que a

³⁹ Cfr. <http://www.dw.de/guin%C3%A9-bissau-pro%C3%ADbe-mutila%C3%A7%C3%A3o-genital-feminina/a-6544658>.

⁴⁰ Aliás, na concepção de Galvão Telles, que impõe racionalidade a uma prática, para esta ser verdadeiramente um costume, a mutilação genital feminina não seria sequer verdadeira norma costumeira, pelo que seria apenas um uso. Não teria, pois, força revogatória perante a lei de 2011.

lei não se coadunava com a prática social, admitiu, em 2002, as touradas de morte de Barrancos como excepção à regra geral. Assim: “3 – São proibidas, salvo os casos excepcionais cujo regime se fixa nos números seguintes, as touradas, ou qualquer espectáculo, com touros de morte, bem como o acto de provocar a morte do touro na arena e a sorte de varas. 4 – A realização de qualquer espectáculo com touros de morte é excepcionalmente autorizada no caso em que sejam de atender tradições locais que se tenham mantido de forma ininterrupta, pelo menos, nos 50 anos anteriores à entrada em vigor do presente diploma, como expressão de cultura popular, nos dias em que o evento histórico se realize”⁴¹.

Neste caso, o legislador “reconheceu” o facto de ter sido derrotado pelo costume que o contrariava, acolhendo a norma costumeira, e tornando-a legítima, pelo que se pode dizer que o costume *contra legem* revogou a lei que apontava em sentido contrário.

A questão que se põe é a seguinte: será justificada a excepção criada pelo legislador, simplesmente pelo facto de as touradas de morte serem, em Barrancos, uma tradição? Os argumentos utilizados a favor da equiparação do costume à lei baseiam-se, como já vimos, no facto de tal impedir que vigorem “leis mortas”, desajustadas perante o tempo. Contudo, neste caso, surge a seguinte problemática: não será a tradição das touradas de morte a regra desajustada ao seu tempo, ao invés da lei que a proíbe?

Em termos mais gerais: até que ponto não é o costume, em vez da lei, um entrave à evolução do Direito?

Conclusão

Com o presente trabalho pretendeu-se, em primeiro lugar, esclarecer o que significa “costume”, no âmbito do sistema jurídico: viu-se que, para a maioria dos autores, este assenta numa prática social reiterada, acompanhada de uma convicção subjectiva de obrigatoriedade ou juridicidade. Então, é necessário que, ao ser, acresça um dever ser.

No entanto, para alguns autores, a validade do costume no sistema jurídico implica, para além dos requisitos já mencionados, alguns adicionais, como o seu reconhecimento pelo Estado e a existência de coercibilidade. Essa perspectiva, incluída numa visão positivista do ordenamento, faz depender a validade das normas costumeiras da sua consagração legal, pelo que exaltam a lei como *fons fontium* – a fonte das fontes.

Nesta base, poder-se-á distinguir a doutrina que aceita a validade do costume *contra legem*, da que o considera ilícito: enquanto a primeira consente a sua contrariedade à lei e, inclusivamente, lhe admite força revogatória, a segunda não admite que uma lei possa ceder lugar a uma “tradição”.

Importa notar, contudo, que mesmo para os autores que consideram que o costume pode revogar legitimamente uma lei, tal não acontece automaticamente, pelo que se terá que ponderar, no caso concreto, qual a regra que deve prevalecer. Assim, regressando ao exemplo da norma costumeira da mutilação genital feminina, não é difícil concluir que, naquele caso, a lei deverá vencer o costume, não podendo ser por ele revogada.

Já nos casos em que, aparentemente, a lei e o costume estejam equiparados relativamente à justificação da sua existência – no caso das touradas de morte de Barrancos, para a maioria da sociedade, a defesa dos direitos dos animais está no mesmo patamar hierárquico que a defesa da cultura e tradição centenária da região – a ponderação entre eles torna-se mais complexa. Não será, por isso, irrelevante que se recorra ao seguinte raciocínio: nos casos de maior complexidade, importará apreciar se a tradição não está, de certo modo, a ser um obstáculo à evolução da consciência jurídica dos indivíduos. Por outras palavras, sendo o costume justificado por se adequar mais eficazmente ao tempo em que se insere, bem como ao “espírito do povo”, convém ao Direito determinar se, no caso, a lei não constituirá “um passo à frente” da própria norma costumeira.

Sabe-se que isto implicaria que a vontade do legislador se sobrepujasse à vontade geral dos indivíduos de uma comunidade. A essa sobreposição estão, logicamente, inerentes vários riscos, como um “totalitarismo da lei” que descartasse em absoluto o “espírito do povo”, e o conseqüente arbítrio que tal atribuiria ao legislador. Afinal, este seria o detentor total do Direito,

por esse equivaler, nesta perspectiva, à lei. Ainda assim, provou-se já que a vontade do povo pode basear-se em conceitos errados, pelo que manter a tradição, simplesmente por esta corresponder a uma prática antiga e geral, poderá equivaler a um entrave ao progresso do Direito, como regulador da sociedade.

Põe-se, então, uma última questão:

O que deve valer mais: uma tradição antiga e desejada pela maioria da comunidade, que poderá atrasar o desenvolvimento do sistema, ou a vontade do legislador, *maxime*, o Estado, que poderá, por sua vez, monopolizar a criação do Direito?

“Qualquer povo defende sempre mais os costumes do que as leis.”

Bibliografia

ALEXANDRE MORAIS CORREIA

As diferenças étnico-culturais e a culpa em direito penal: o caso especial da mutilação genital feminina, Lisboa, 2007 – Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

ALMEIDA COSTA

História do Direito Português, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

BAPTISTA MACHADO

Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Edições Almedina, Coimbra, 1987.

BRAGA DA CRUZ

O direito subsidiário na história do direito português, Coimbra Editora, 1975.

CABRAL DE MONCADA

Lições de Direito Civil – Parte Geral, vol. I, 3ª ed., Coimbra, 1959.

FREITAS DO AMARAL

Manual de Introdução ao Direito, vol. I, Almedina, Coimbra, 2012.

GALVÃO TELLES

Introdução ao Estudo do Direito, 10ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

HANS KELSEN

Teoria Pura do Direito, tradução de Baptista Machado, Arménio Amado – Editor, sucessor, Coimbra, 1979.

MARIA LUÍSA DUARTE

Introdução ao Estudo do Direito. Sumários desenvolvidos, AAFDL, Lisboa, 2010.

MENEZES CORDEIRO

O costume e os usos no século XXI, in *Revista de Direito das Sociedades*, Almedina, 2011, nº 3, pp. 627 e ss..

TEIXEIRA DE SOUSA

Introdução ao Direito, Edições Almedina, Coimbra, 2012.

OLIVEIRA ASCENSÃO

O Direito – Introdução e Teoria Geral, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.

OLIVEIRA ASCENSÃO

O Costume como Fonte de Direito em Portugal, in *La costumbre, el derecho consuetudinario y las tradiciones populares en Extremadura y Alentejo*, 1ª ed., Editora Regional da Extramadura, Mérida, 2000.

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA

Noções fundamentais de Direito Civil, 6ª ed., Coimbra, 1973.

SANTOS JUSTO

Introdução ao Estudo do Direito, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

VIEIRA CURA

O Costume como Fonte de Direito em Portugal, in *La costumbre, el derecho consuetudinario y las tradiciones populares en Extremadura y Alentejo*, 1ª ed., Editora Regional da Extramadura, Mérida, 2000.

Internet

- <http://www.dw.de/guin%C3%A9-bissau-pro%C3%ADbemutila%C3%A7%C3%A3o-genital-feminina/a-6544658>.

- <http://www.portolegal.com/TourosBarrancos.htm>.
- <http://www.pcp.pt/avante/1307/0703e5.html>.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

DO LIMITE ENTRE O MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO E O CONTRATO ESTIMATÓRIO

Por *Victor Hugo Medeiros Finizola*
[Aluno do 3º ano de Licenciatura da FDL]

1. Colocação do problema

- i. *A compra a B, dono de um stand, um automóvel usado que C o autorizara a vender. C reclama a entrega do veículo a C que, na sequência de uma acção de restituição da posse, passa a deter, recusando-se a entregar o bem, alegadamente por não ter recebido o preço. Não fora conferida nenhuma Procuração¹.*
- ii. *D entrega a E uma colecção de jóias valiosas para que este venda em seu estabelecimento comercial. E aproveita-se do facto de deter as jóias para empenhá-las como garantia de um contrato de mútuo celebrado com F, que julga ser E o proprietário das mesmas. Não fora conferida nenhuma Procuração².*

Enunciadas estas hipóteses, o primeiro tipo contratual que virá à mente do intérprete será, certamente, o contrato de mandato, civil ou comercial; na primeira hipótese, B seria mandatário de C, este seria o proprietário da coisa, cuja venda teria sido efectuada por sua conta; na segunda hipótese,

¹ Um caso a este semelhante foi discutido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (doravante “STJ”) datado de 9 de Outubro 2003, processo nº 03B1585, Relator ARAÚJO DE BARROS, que também será analisado *infra*, ponto 4.

² *Vide*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Maio de 2011, processo nº 4382/06.2TBMTS.P1.SI, Relator SÉRGIO POÇAS, que será analisado *infra*, ponto 4.

E seria o mandatário de *D*, proprietário das jóias, e teria praticado um acto que extravasa o objecto do mandato conferido. Será assim?

Um outro tipo contratual, menos conhecido entre nós, também se pode enquadrar nas hipóteses: o contrato estimatório – ou venda à consignação. Antes de passarmos a exposição deste tipo contratual, adiante-se isto: este contrato, tal como pode ocorrer no mandato, comporta a *autorização para alienar*. Se tivermos em conta que tendo por objecto uma coisa móvel, vigora a regra geral do *consensualismo* (forma) para ambos os contratos, encontrar o limite entre o mandato sem representação e o contrato estimatório será, não raras vezes, um desafio lançado ao intérprete-aplicador, que na ponderação da solução para o caso concreto, será confrontado com estas duas saídas.

Existe aqui todo um interesse prático em estudar estas duas figuras em simultâneo, comparando soluções. E foi esse interesse que nos levou a escrever este estudo, no âmbito das Disciplinas de Direito Comercial I e Direito dos Contratos II.

2. Do contrato estimatório

O contrato estimatório pode apresentar dificuldade de identificação na prática jurídica-comercial e muito se deve à falta de consagração legal no nosso Ordenamento. Contudo, este tipo contratual tem raízes no Direito Romano, onde surgiu como um contrato inominado³; actualmente, é também conhecido como *venda em ou à consignação*. Caracteriza-se por ser o contrato mediante o qual uma pessoa entrega uma *coisa* móvel determinada a outrem com um valor previamente fixado, ficando este vinculado a pagar o valor estimado ou a restituir a coisa no prazo convencionado⁴.

³ Cfr. A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, Coimbra Editora, 4ª ed., 2011, p. 102.

⁴ Sobre o contrato estimatório *vide*, FERNANDO PESSOA JORGE, *Mandato Sem Representação*, Edições Ática, 1961, pp. 253 a 255; PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *in A Autorização*, Coimbra Editora, 1ª ed., 2012, pp. 367 a 380; bibliografia estrangeira *vide* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS ALBERTO DABUS MALUF

Embora **legalmente atípico** em Portugal, o estimatório é um contrato correntemente celebrado no comércio de bens de alto risco comercial, como o das jóias, obras de arte e automóveis de colecção, bem como no comércio livreiro e de automóveis usados. Apresenta, com efeito, uma particular utilidade no Direito Comercial⁵, uma vez que permite ao comerciante vender com uma margem de lucro mercadorias, sem o financiamento da sua compra, assim como evita o risco da não comercialização dos produtos; de igual modo, permite ao *consignante* promover a venda das suas mercadorias, com a importante vantagem de beneficiar da experiência, *know-how*, clientela e toda estrutura comercial do *consignatário*⁶.

2.1. Caracterização

2.1.1. As partes

São partes no contrato estimatório o **consignante e o consignatário**.

O consignante, também designado *tradens*, é alguém interessado em promover a venda dos seus produtos a um público mais vasto; recorre, para o efeito, ao contrato estimatório, com o fim de utilizar toda estrutura

e REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, Editora Saraiva, 40ª ed., 2013, pp. 168 a 170; FLÁVIO TARTUCE, *Direito Civil, Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, 3 (série concursos públicos), 2ª ed., Editora Método, 2007, pp. 290 a 294.

⁵ Nada impede, contudo, a sua celebração entre particulares, com objectos diferentes. No Ordenamento Jurídico brasileiro, esta figura encontra-se disciplinada em legislação civil – artigos 534º a 536º do *Código Civil* brasileiro de 2002; do mesmo modo, o *Codice Civile* Italiano – artigos 1556º a 1558º. Contudo, deve-se entender que este contrato possui, primordialmente, natureza mercantil, apesar de não estar regulado no Código Comercial: é possível a sua qualificação como acto de comércio, para efeitos de aplicação do regime comercial. Existe neste contrato a função de intermediação na troca dos bens, sendo que a actividade do consignatário é necessariamente especulativa, quando busca na venda dos produtos o lucro que fará seu. Acresce, que o recurso à qualificação como acto subjectivamente comercial será, não raras vezes, recorrente, tendo em vista que consignatários são, na generalidade das vezes, comerciantes.

⁶ *Vide*, neste sentido, FERNANDO PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 253; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do contrato*, 2ª ed., Almedina, 2006, p. 278; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, Almedina, 2011, p. 267, para quem o contrato estimatório é uma submodalidade de compra e venda mercantil, em moldes que não concordamos, como adiante se mostrará (ponto 2.1.5).

comercial de outra pessoa; assume, no entanto, o risco da devolução dos bens.

Por outro lado, o consignatário – também designado de *accipiens* – é pessoa a quem é cedida a *posse*⁷ dos bens, ficando autorizado a aliená-los livremente; beneficia da diferença entre o preço acordado (estimado) e o efectuado na venda real a um terceiro interessado (lucro), dentro do prazo acordado.

2.1.2. Objecto

Nem todas as coisas são susceptíveis de ser objecto do contrato estimatório: apenas as coisas móveis⁸.

2.1.3. Forma

No nosso Ordenamento Jurídico a liberdade de forma terá, necessariamente, de ser a regra (artigo 219º do Código Civil), tendo em vista o objecto estar confinado às coisas móveis e a ausência de norma em contrário.

⁷ Dada a similitude de situações, deve-se aplicar analogicamente o regime previsto no artigo 1188º/2 do CC ao consignatário. Não vemos porquê negar tutela possessória ao consignatário, mesmo contra o consignante, antes de decorrido o prazo previsto. O consignatário exerce poderes de facto sobre a coisa e exterioriza um direito pessoal (subjectivo), donde provém o poder de alienação, sendo certo que actua por sua conta e em nome próprio, pelo que a sua situação é diversa do mandatário, que é mero detentor, nos termos do artigo 1253º/b do CC. No sentido da admissibilidade da aplicação de tutela possessória fora dos direitos reais de gozo, *vide*, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 560 a 563; no Direito brasileiro, FLÁVIO TARTUCE, *ob. cit.*, pp. 291-292, admite esta hipótese.

⁸ Cfr. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 379; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS ALBERTO DABUS MALUF e REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 168.

2.1.4. Obrigações das partes

O **consignante** não tem a obrigação de entregar a coisa, visto ser este um contrato real *quoad constitutionem*. Desta feita, a tradição é um elemento constitutivo do contrato estimatório⁹.

O **consignante** tem, no entanto, a obrigação de abster-se de qualquer acto que possa dificultar a disponibilidade do bem. Não pode sequer interferir nos procedimentos e técnicas de venda adoptadas pelo consignatário, salvo disposição em contrário. Note-se que este tipo contratual importa a transferência do poder de alienação da coisa consignada, por tempo determinado. Com efeito, durante este período o consignante, embora mantenha o poder de oneração do bem, vê a sua faculdade de dispor limitada ao transmitir o poder de alienar para o consignatário: fica, por conseguinte, sujeito aos meios coercitivos gerais de tutela do consignatário, se incumprir esta obrigação¹⁰.

O **consignatário**, por sua vez, não tem a obrigação de vender as coisas estimadas, nem sequer está vinculado a diligenciar-se neste sentido; não resta dúvida quanto ao interesse que tem na venda das mesmas, mas este tipo contratual, ao contrário do contrato de mandato, não comporta esta regra¹¹.

⁹ Neste sentido, A. SANTOS JUSTO, *ob. cit.*, p. 103; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS ALBERTO DABUS MALUF e REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 168.

¹⁰ Não concordamos com PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 419, quando entende que esta obrigação não se verifica no nosso Ordenamento Jurídico, mantendo o consignante a possibilidade de dispor dos bens consignados. O prezado autor justifica essa posição no facto de “nenhum tipo contratual próximo do contrato estimatório inclui(r) a proibição do titular alienar os bens na pendência do contrato. Ora, defender – como fazemos – a natureza *sui generis* do contrato estimatório implica necessariamente encontrar traços de regime distintivos de outros contratos, de modo que sem uma base argumentativa mais forte não se deve apoiar este entendimento. Ademais, nos tipos contratuais mais próximos ao estimatório, prever-se uma comissão ao agente, comissário, mandatário, o que não ocorre no estimatório: da possibilidade de vender na pendência do prazo com uma margem de lucro estará a sua remuneração, pelo que defender a não proibição de venda pelo consignante gera um desequilíbrio no contrato, a meu ver. Sublinhe-se isto: o estimatório é um contrato, e não uma mera autorização unilateral, porquanto o equilíbrio deve ser almejado.

¹¹ Neste sentido, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 374.

O *consignatário* tem, contudo, duas obrigações essenciais¹²; (a) obrigação de pagar o preço estimado ou restituir a coisa dentro do prazo estipulado; (b) obrigação de custódia dos bens, respondendo mesmo por factos que não lhes seja imputável¹³.

2.1.5. Natureza Jurídica. Figuras afins

O contrato estimatório é uma figura *autónoma*: apresenta características que não são reconduzíveis a nenhum outro tipo contratual.

I – Contrato estimatório e compra e venda, civil e comercial; condição suspensiva ou resolutiva; venda de bens alheios

A primeira figura que cumpre analisar é a *compra e venda, civil ou comercial* (para revenda), previstas nos artigos 874º e seguintes do Código Civil e 463º e seguintes do Código Comercial (doravante CCom).

¹² Discute-se se esta é uma obrigação alternativa ou uma obrigação com faculdade alternativa. *As obrigações alternativas caracterizam-se por postular, desde o início, duas ou mais prestações, das quais bastará realizar uma para configurar o cumprimento*; as obrigações com faculdade alternativa, pelo contrário, pressupõe determinação, existem uma única prestação, de modo que a sua impossibilidade cessa a obrigação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II (Direito das obrigações)*, tomo I, Almedina, 2009, pp. 613 a 627. Ora, como veremos, em caso de impossibilidade de restituição da coisa, o consignatário continua vinculado a pagar o preço estimado, pelo que a extinção da obrigação de restituir não implica a extinção da obrigação de pagar o preço. Por conseguinte, entendemos que a obrigação do consignatário é alternativa. Neste sentido, FLÁVIO TARTUCE, *ob. cit.*, pp. 291-292.

¹³ O consignatário ou paga o preço, ou restitui o mesmo, pelo que o risco de perda fortuita recai sobre si. Veja-se neste sentido o Código Civil brasileiro, artigo 535º: *o consignatário não se exonera de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integralidade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável*. Neste aspecto, o regime do contrato estimatório difere do contrato de depósito; e ainda o Codice Civile italiano, artigo 1557º: *Impossibilità di restituzione. Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile*.

Na *compra e venda civil ou comercial*, ocorre a transferência do direito de propriedade da coisa para o comprador, por mero efeito do contrato (artigo 409º/1 do CC); no contrato estimatório, pelo contrário, o consignatário não compra os bens: propriedade se mantém na esfera jurídica do consignante, transmitindo-se directamente para o terceiro no momento da compra.

A *compra e venda civil ou comercial sob condição suspensiva*, não poderá ser reconduzida ao contrato estimatório; pese embora a posterior venda a terceiro possa ser considerada um *facto futuro e incerto*, a obrigação de entrega da coisa: ou constitui um pressuposto sem o qual não há contrato, e não seria, assim, uma compra e venda, visto que no nosso Ordenamento Jurídico esta é um contrato real *quoad effectum*; ou, não sendo assim, a obrigação de entrega já produziria o seu efeito, impossibilitando a qualificação da condição como suspensiva. Doutra banda, na *compra e venda civil ou comercial sob condição resolutiva* não deixa de operar a transferência da propriedade para o credor, que não ocorre em relação ao consignatário, a menos que esse deixe passar o prazo, a coisa pereça ou a queira comprar. O mesmo se aplica, com as devidas adaptações, à *venda a retro*.

Na *venda de bens alheios*, embora o regime civil parta do prisma da invalidade (artigo 893º do CC) e o regime comercial do prisma da validade do negócio (artigo 467º do CCom), as soluções consagradas na lei comercial – dever de adquirir a coisa (artigo 467º, § único) – e na lei civil – obrigação de convalidação (artigo 897º do CC) – atingem o mesmo objectivo¹⁴⁻¹⁵.

¹⁴ Neste sentido, *vide Direito Comercial*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 3ª ed., 2012, p. 840.

¹⁵ Não concordamos, nestes termos, com PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 267, quando sugere que o contrato estimatório se reconduz a uma modalidade de compra e venda mercantil. Esta só explica a relação que se estabelece entre o consignatário e o terceiro adquirente da mercadoria consignada, mas ignora todo o regime jurídico que subjaz a relação interna entre consignante e consignatário, que o contrato estimatório trata de regular, em moldes *sui generis*.

II – Contrato estimatório e depósito, civil ou comercial

Outro contrato que importa referir é o *contrato de depósito*¹⁶, em virtude do facto de a coisa ser “depositada” no consignatário e recair sobre este uma obrigação de custódia dos bens, sob pena de ficar vinculado ao pagamento do preço. Para além disso, o depositante mantém a propriedade dos bens, em termos semelhantes ao consignador.

Contudo, não é concebível no nosso Ordenamento Jurídico uma forma de armazenamento em que o depositário é livre para dispor das coisas – quer podendo aliená-la ou não devolvê-la. Decorre, por exemplo, do artigo 406º do CCom que se o depositário puder usar a coisa para outros fins que não seja a guarda da mesma, cessa o respectivo contrato de depósito. O artigo 1889º do CC contém uma regra geral de proibição de uso e de cessão da posição contratual, mas nada prevê quanto à faculdade de dispor. Não obstante, por maioria de razão e tendo em conta o facto que este tipo repousa estruturalmente da obrigação de custódia, pensamos não haver aqui esta faculdade.

III – Contrato estimatório e contratos de distribuição

O contrato estimatório não se enquadra nos tipos de **contratos de distribuição**, como a *agência, concessão e franquia*, porque não existe, como vimos, um dever de promover a celebração de contratos ou a venda dos produtos, típico destes contratos¹⁷.

¹⁶ O *depósito* é um contrato pelo qual uma das partes recebe um móvel com a obrigação de mantê-lo e devolvê-lo em espécie, quando a restituição lhe seja exigida (artigo 1185º CC). No depósito comercial, a coisa depositada se destina à prática de um qualquer acto de comércio (artigo 403º CCom).

¹⁷ Neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência (Anotação)*, Almedina, 5ª ed., 2004, p. 44. Como se sabe, o regime do contrato de agência é o regime quadro dos contratos de concessão e franquia, no nosso Ordenamento Jurídico.

IV – Contrato estimatório e mandato sem representação, civil ou comercial, para alienar

A diferenciação entre o contrato estimatório e o mandato constitui o objecto central deste estudo; depois de autonomizado face a outros tipos contratuais, cabe finalmente traçar o limite entre o contrato estimatório e o contrato de mandato, civil ou comercial.

3. Do contrato de mandato sem representação, para alienar

Actualmente, é comumente aceite pela Doutrina a cisão operada entre mandato e representação, cujo precursor fora LABAND, na sequência da análise de algumas figuras comerciais como o procurador comercial e o administrador de sociedades, que sendo representantes, embora não podem considera-se puros mandatários¹⁸. Com efeito, hoje não choca afirmar que pode existir mandato com ou sem representação¹⁹. Ora, quando se pretende traçar uma comparação entre o mandato e o contrato estimatório, é esta última modalidade de mandato que temos em vista. Dispensamo-nos, neste estudo, de uma exposição aprofundada do mandato representativo.

Em Portugal, a generalidade dos manuais que tratam da matéria do contrato de mandato, costumam inserir a problemática da repercussão no mandante dos negócios celebrados entre o mandatário e o terceiro. Essa discussão tem especial relevo para o nosso estudo, ora vejamos.

No *mandato para adquirir*, a lei parece ter expressamente consagrado a tese da *dupla transferência*, segundo a qual o mandatário adquire os direitos e assume as obrigações resultantes dos negócios que celebra (artigo 1180º do CC). No que concerne ao *mandato para alienar* – única modalidade

¹⁸ Vide, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, AAFDL, reimpressão da edição de 1990, 2007, pp. 31 e ss.; para um estudo mais aprofundado sobre o tema, vide, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária em Direito Civil (Ensaio de Reconstrução Dogmática)*, Almedina, 2004, pp. 313 e ss..

¹⁹ Note-se que o nosso Civil adoptou esta ideia ao prever as Secções V e VI, dedicadas de forma separada ao mandato *com* e *sem* representação, respectivamente.

que pode ser reconduzível, em teoria, ao contrato estimatório – a lei é omissa, dando azo a diversas construções.

Nesta matéria existem duas teses com especial relevo: as teses da *dupla transferência* e a tese da *projeção imediata*; a primeira tese pode ainda se desdobrar em duas, a saber: a tese da *dupla transferência fiduciária* e a da *dupla transferência instrumental*²⁰. Na **dupla transferência fiduciária**²¹ o mandante e o mandatário celebravam um negócio translativo prévio e autónomo, assente numa relação fiduciária, donde surge a obrigação de retransmitir aos terceiros interessados²². Na **dupla transferência instrumental** a transmissão da propriedade do bem fica sujeita à condição suspensiva da celebração de um negócio transmissivo com o terceiro, operando uma dupla transferência contemporânea e simultânea dessa venda²³. Na tese da **projeção imediata** ocorre uma transferência directa do bem alienado do mandante para o terceiro, sem passar pela esfera do mandatário²⁴.

²⁰ Vide, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Contratos em especial*, vol. III, Almedina, 7ª ed., 2010, pp. 465 e ss..

²¹ Entende-se por fiduciário o contrato pelo qual uma pessoa aliena a outra um direito, mas com a obrigação, para esta, de só o exercer em vista a um fim: INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, 4ª ed., 2002, p. 188.

²² Neste sentido, entre nós: LUIS MANUEL TELLES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 468; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 190-191, para quem o mandante deverá previamente transferir fiduciariamente a propriedade ao mandatário, que assume o encargo de a transmitir a terceiro.

²³ LUIGI CARRARO, *Il Mandato ad alienare*, Cedam, Padova, 1947. Referência a esta tese pode ver-se em PESSOA JORGE, *ob. cit.*, pp. 288-289. Aí se diz, nomeadamente, que para LUIGI CARRARO a aquisição pelo mandatário seria puramente formal e instrumental, para tornar possível a execução do mandato, de modo a contornar a falta de poderes de representativos. Insere-se, assim, um resquício de natureza real no contrato de mandato.

²⁴ Entre nós, defensores desta tese são PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. II, Coimbra Editora, comentário ao artigo 1181º do CC, nº 4. Para estes prezados Autores, “o legislador não tinha que resolver o problema [da tese a adoptar] neste lugar. Tudo está previsto noutras disposições. Na verdade, a venda de coisa alheia (...) só é nula se o vendedor carecer de legitimidade para a realizar (artigo 892º). Ora, o mandato, mesmo sem representação, confere ao mandatário essa legitimidade – o poder de vender. A venda é, portanto, válida, embora a coisa seja alheia”; também MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina,

3.1. Críticas

Todas as teses enunciadas são criticáveis.

A tese da **projectão imediata** não é apropriada aos casos em que o mandato tenha por objecto uma coisa imóvel, por razões que se prendem com as regras de solenidade formal impostas pelo artigo 875º do CC. Mas não só, as regras do Registo também poderão ser um eventual entrave na medida em que, não sendo o mandato sem representação um negócio solene, dificilmente um conservador procederá ao registo definitivo do negócio translativo a favor do terceiro – o que impede a realização do objecto do mandato –, tendo em conta a necessidade de apurar que os bens estejam previamente escritos em nome do transmitente (princípio do trato sucessivo) – o que não estará. Só a existência de procuração poderá ultrapassar este entrave, mas essa inexistente no mandato sem representação.

A estes argumentos poder-se-á opor que, como esta tese postula a inexistência de dupla transferência, apenas o contrato celebrado entre o mandatário e o terceiro careceria de respeitar a solenidade formal imposta. Ademais, o facto de o registo no nosso Ordenamento Jurídico ser declarativo/consolidativo importaria o enfraquecimento do argumento anterior²⁵.

Pensamos, não obstante, que não se deve poder conseguir com um mandato sem representação – em que não existe exigência de forma solene – aquilo que num mandato representativo só se conseguiria quando respeitada a solenidade formal exigida numa Procuração. Se o nosso Ordenamento Jurídico impõe uma solenidade especial para Procuração que tenha por objecto um negócio que incida sobre um bem imóvel (artigos 262º/2 e 875º do CC), não vemos como não ser assim no mandato sem representação, até por maioria de razão, sob pena de fraude à lei, proibida.

1989, pp. 123-124, que afirma: “quanto à afirmação de que é o próprio mandato que confere ao mandatário legitimidade para alienar, estamos inteiramente de acordo”. O prezado Autor retira desta tese três consequências: 1º) o mandante mantém o poder de reivindicação da coisa; 2º) o mandato não carece de forma solene; 3º) os credores do mandante podem contar com os bens objecto do mandato para efeitos de garantia dos seus créditos; FERNANDO PESSOA JORGE, *ob. cit.*, pp. 338 a 340.

²⁵ Como sugere MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema...*, p. 125.

Com efeito, a legitimidade para alienar não resulta da criação no mandatário do dever de praticar o acto, mas apenas pode existir numa de duas formas: com a concessão de poderes representativos, ou com a aquisição da propriedade do bem. Esta segunda hipótese ocorre com a tese da dupla transferência.

Contudo, à tese da **dupla transferência instrumental** poder-se-á apontar que peca por recorrer a uma ficção, pelo que se deve ser vista com desconfiança²⁶. Acresce que, mais uma vez, nos deparamos com o problema da legitimidade, que deve existir previamente à declaração de vontade. Mais, a condição suspensiva – cláusula acessória – impede a produção de todos os efeitos do negócio até a verificação do facto futuro e incerto. Ora, pelo menos, a obrigação de alienar supõe, amiúde, a produção dos efeitos do negócio.

Já a tese da **dupla transferência fiduciária** peca pelo demasiado formalismo e impraticabilidade, uma vez que nos casos de alienação de bens imóveis, terá de ocorrer duas operações formais (artigo 875º do CC). Estes dois argumentos, por si só, têm um peso substancial num ambiente comercial, onde se almeja rapidez nas transacções²⁷. Acresce, como bem nota FERNANDO PESSOA JORGE²⁸, que o intuito prático das partes num mandato não é a investidura do mandatário na propriedade da coisa, mas tão só a obrigação de venda da mesma: o mandato é um contrato essencialmente obrigacional, sublinhe-se novamente. Com a transferência da propriedade para o mandante, o mandatário perde pelo menos dois poderes importantes: o de poder de venda da coisa em nome próprio, e o poder de reivindicação da mesma²⁹. Restaria um direito de crédito à restituição, tendo em conta o princípio da tipicidade dos direitos reais (artigo 1306º/1 do CC). Estará alguém interessado que isso aconteça?

²⁶ *Vide*, a importante crítica desenvolvida por FERNANDO PESSOA JORGE, *ob. cit.*, pp. 329 e ss..

²⁷ *Vide*, a contestação feita por FERNANDO PESSOA JORGE, *ob. cit.*, pp. 320 e ss., acerca da admissibilidade de um pacto fiduciário causal ou abstracto, no nosso Ordenamento Jurídico.

²⁸ *In ob. cit.*, pp. 308 e ss..

²⁹ FERNANDO PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 311.

3.2. Posição adoptada

Não nos surpreende o facto de nenhuma teoria ser satisfatória, porque julgamos que a lei é propositadamente omissa nesta matéria. Para melhor explicar a nossa posição, separe-se duas situações: quando o negócio tenha por objecto uma coisa imóvel, e quando tenha uma coisa móvel, por objecto.

No que se refere às coisas imóveis, nenhuma das teses convencem. A tese da **projectão imediata**, como vimos, não se pode admitir: o mandato não é um negócio legitimador, mas essencialmente obrigacional³⁰; sob pena de fraude à lei, não podemos defender o contrário, porque as normas que impõem uma forma legal à Procuração que tenha por objecto coisas imóveis são imperativas³¹. Para nós, o mandato para alienar bens imóveis *só existe* enquanto representativo. A lei não prevê situações de alienação no regime do mandato sem representação: o regime está todo traçado para o mandato para adquirir e aí a lei foi expressa em consagrar a tese da **dupla transferência fiduciária** faz sentido no mandato para adquirir: o mandatário aqui *actua com fundamento na sua própria autonomia privada e titularidade da sua própria esfera jurídica*³², de modo que não se transpõe para esta sede os inconvenientes que vimos quanto ao mandato sem representação para alienar. Contudo, neste é necessário haver poderes representativos, caso contrário o regime a aplicar será o previsto no artigo 268º do CC, da representação sem poderes³³⁻³⁴.

³⁰ Caso contrário não faria sentido o recurso ao instrumento da procuração.

³¹ Razões de tutela da pessoa em cuja esfera jurídicas, actos praticados por terceiros, vão se repercutir assim o impõe.

³² PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 283.

³³ Entendo que ao contrário do que defendem PIREZ DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, o regime da venda de bens alheios só muito excepcionalmente será aplicável, porque tendo o mandatário celebrado um contrato de mandato – mesmo que sem representação – a hipótese mais comum será a de ele invocar estar a agir em nome de outrem, e não omitir que o bem não é seu, com o risco de incorrer em responsabilidade que isso implica.

³⁴ Note-se em outros Ordenamentos Jurídicos, como o brasileiro, o mandato é tão-somente representativo, como tal, não deve ser de espantar que o nosso Ordenamento tenha operado

Já no que se refere às coisas móveis, vigora a liberdade de forma para os dois negócios em questão (artigos 262º/2 e 209º do CC para a procuração, e artigo 209º do CC para o mandato sem representação). Com efeito, o próprio mandato pode conceder os poderes representativos necessários. Mas e se não forem concedidos poderes? Julgamos que nesse ponto se encontra o limite entre mandato para alienar e o contrato estimatório. O contrato estimatório é um tipo contratual onde inexistente representação: o consignatário actua por conta e em nome próprio, embora a sua venda possa reflexamente interessar o consignante. Portanto, no nosso Ordenamento Jurídico, quando as partes tencionam alienar um bem móvel, duas hipóteses se vislumbram: (i) celebração de um mandato para alienar, conferindo poderes para tal; (ii) celebração um contrato estimatório (mandato sem representação para alienar não existe, repita-se ninguém pode dispor sem legitimidade). A saída? Celebração de um contrato estimatório, donde resulta a legitimidade para alienar os bens consignados.

3.3. Mandato mercantil e Comissão

Uma nota ainda acerca do *mandato mercantil e da comissão comercial*, figuras próximas, mas que não se confundem com o contrato estimatório.

Dá-se mandato comercial quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais actos de comércio por mandado de outrem – é o que dispõe o artigo 231º do CCom. Resulta ainda do artigo 236º do CCom que esta fica vinculada ao dever de guardar e conservar a mercadoria, sob pena de responder pelos prejuízos que não resulte de causa fortuita. Ora, resulta desta definição, a título elucidativo, duas consequências: primeiro, que por ser executado em nome e interesse do mandante, se este determina que a mercadoria seja vendida por x e esta vier a ser vendida por x + y,

essa restrição. *Vide*, neste sentido WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS ALBERTO DABUS MALUF e REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 312 e ss.; *vide* ainda, artigo 653º do Código Civil brasileiro, que dispõe: *opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.*

também o excedente lhe deve ser entregue; segundo, que o mandatário não responde pela perda fortuita da mercadoria.

No contrato estimatório tudo se processa de forma diferente: aqui, o consignatário age por conta própria e primordialmente no seu interesse, e age se quiser³⁵, mas é da possibilidade de obter um excedente (lucro) que resultará o seu estímulo. Por outro lado, estando o consignatário obrigado, no prazo determinado, a pagar o preço ou entregar a coisa, em caso de perecimento fortuito da mesma, só restará a primeira alternativa.

O Código Comercial prevê, ainda, como uma das modalidades de mandato, o *contrato de comissão*, nos termos do qual o comissário executa o mandato mercantil sem a menção do mandante, contratando por si e em seu nome, como único contratante (artigo 266º do CCom), como acontece no contrato estimatório. Ocorre, no entanto, que não existe no estimatório nenhum mandato de agir: o consignatário é livre de agir ou não. Ademais, quando o comissário age no exercício do mandato, sem alusão ao mandante, cria relações jurídicas em que este não se inclui, diversamente do que ocorre no contrato estimatório, onde as relações entre o consignado e terceiros repercutem-se no consignante. Ainda no plano do risco, o artigo 269º do CCom estatui que o comissário, em regra, não suporta o risco de incumprimento de terceiros, diversamente do contrato estimatório, onde o consignatário ou devolve o bem ou paga o preço. Sublinhe, ainda, o facto de o regime dos artigos 270º e seguintes do CCom não enquadrarem o contrato estimatório: neste não se prevê, por exemplo, uma remuneração do consignante, mas tão só o pagamento do preço ou devolução da coisa.

³⁵ Veja-se que em termos lógicos, as figuras se contradizem: no contrato de mandato há, necessariamente, um mandado de agir. Já no contrato estimatório, o consignatário é livre de agir ou não. Porquanto conclui-se que são figuras distintas. Ninguém celebraria um contrato de mandato “mandando” outra pessoa agir ou não agir, consoante lhe provar.

4. Abordagem jurisprudencial

Começámos este estudo por enunciar duas hipóteses práticas. Estas hipóteses correspondem a dois casos discutidos no STJ a que faremos agora breve abordagem.

No Acórdão de 9 de Outubro 2003³⁶, acerca da hipótese **i.**, o STJ foi confrontado com a querela “contrato de mandato sem representação vs. contrato estimatório”, e optou por subsumir a situação à primeira hipótese. Neste Acórdão, o Supremo parece adoptar a tese da projecção imediata, quando afirma que *o mandato, mesmo sem representação, confere ao mandatário a legitimidade e o poder de vender, pelo que a venda, embora o bem seja alheio, é válida, perdendo o mandante o domínio sobre ela, como se o mandatário tivesse poderes de representação*. A acção procedeu em relação a A, que adquiriu o bem.

No Acórdão datado de 05 de Maio de 2011³⁷, semelhante à hipótese **ii.**, o STJ volta a tratar da matéria. A par de questões colaterais, relativamente a uma garantia real prestada, que o Tribunal considerou ineficaz perante D, entendeu-se haver um mandato comercial (representativo), depois de ponderada a recondução ao estimatório, continuando as jóias a pertencer a D, visto que não havido venda das mesmas.

O Tribunal da Relação do Porto, por sua vez, no Acórdão de 17 de Março de 2011³⁸, equipara, noutra situação em que alguém coloca um automóvel à venda num *stand*, o contrato estimatório a um mandato sem representação para vender, “com a particularidade de existir uma cláusula de obrigatoriedade de restituição em caso de não venda”. O Acórdão em apreço admite expressamente a possibilidade, em abstracto, de se poder defender a tese da dupla transferência fiduciária ou da projecção imediata. Mas opta, neste caso concreto, pela primeira, com base na celebração de um contrato de seguro entre o mandante/consignante e o mandatário/consignatário,

³⁶ Processo nº 03B1585, Relator ARAÚJO DE BARROS.

³⁷ Processo nº 4382/06.2TBMTS.P1.SI, Relator SÉRGIO POÇAS.

³⁸ Processo nº 8928/09.6TBVNG.P1, Relator TELES DE MENEZES.

que considera visar justamente a defesa da posição do mandatário/consignatário quanto a responsabilidade por eventuais vícios da coisa vendida³⁹.

Também a Relação de Coimbra, no Acórdão de 20 de Abril de 2010⁴⁰, discute a questão. O ponto central da discórdia consistia na correcta qualificação de um contrato celebrado pelos litigantes, que fora objecto de recurso. No caso, a ré reclamava que houvera celebrado com o autor um contrato de compra e venda, e não um contrato estimatório como esta alegou e a 1ª Instância concluiu. Note-se a relevância prática dessa discussão: qualificando o contrato com estimatório, o consignatário, ora réu, só é obrigado a pagar o preço das mercadorias vendidas, podendo restituir as não vendidas; na hipótese de ter sido celebrada a compra e venda, esta tem como efeitos essenciais a transferência da propriedade dos bens e o pagamento do preço: não a sua devolução. A Relação manteve a qualificação como estimatório do contrato celebrado entre as partes, com as consequências aclaradas.

Nestes mesmos termos, o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 11 de Maio de 2006⁴¹, considerou que *no contrato de consignação, não há transmissão da propriedade para o consignatário, estando este obrigado apenas a entregar o preço da mercadoria vendida ou devolver o que não foi vendido*.

5. Considerações finais

Do que aqui foi explanado, pensamos ter por assente que o contrato de mandato para alienar não se confunde com o contrato estimatório, sendo este uma figura *a se*⁴².

³⁹ Tendo em vista o facto de o terceiro estabelecer relações negociais apenas com mandatário/consignatário, seria este, inexistindo o contrato de seguro, o responsável perante o terceiro pela venda defeituosa.

⁴⁰ Processo nº 529/08.2TBPBL.C1, Relator ISAÍAS PÁDUA.

⁴¹ Processo nº 3461/2006-6, Relator OLINDO GERALDES.

⁴² Não se trata, pois, de uma prestação de serviços, como é o mandato, tendo em conta que não há sequer uma obrigação de agir que recaia sobre o consignatário.

Vimos que a existência desta figura – que embora sendo legalmente atípica, é socialmente típica – permite-nos afirmar a irrelevância da discussão doutrinária que se tem travado quanto a tese que explica o mandato sem representação para alienar. De facto, estas teorias apresentam graves falhas, que redundam ou na fraude à lei, ou no excesso de formalismo e impraticabilidade, quando está em causa a alienação de uma coisa imóvel. O legislador foi sensível a isso, não prevendo o mandato para alienar não representativo, como se constata da análise do respectivo regime: mandato para alienar imóveis só pode ser representativo, como de resto já se vigora em outros Ordenamentos Jurídicos.

Quando as partes tencionam a alienação de bens móveis, o contrato de mandato sem representação já é possível, na medida em que sejam concedidos poderes representativos. Contudo, o contrato estimatório também se apresenta idóneo a esta finalidade, razão pela qual é muito utilizado no comércio jurídico.

O contrato estimatório parece estar no meio-termo entre a venda e o mandato, tendo ao mesmo tempo elementos estruturais do acordo de depósito. Num ambiente onde vigora a autonomia privada, que permite às partes celebrarem contratos diferentes dos previstos na lei (artigo 405º do CC), isso não pode chocar o intérprete. O facto de este contrato ter um regime social e doutrinariamente sedimentado, evita o recurso às clássicas teorias da absorção, combinação e da analogia, cujo processo nem sempre é fácil e contrário à lógica comercial que exige rapidez e segurança.

Por esse motivo, também, justificar-se-ia que o nosso legislador oferecesse a consagração legal da figura, outrora requerida na doutrina: INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁴³, já reclamava a necessidade do contrato estimatório constar do elenco dos contratos comerciais, em legislação comercial. Contudo, anos volvidos, não obteve êxito.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

BREVE REFLEXÃO SOBRE A PROBLEMÁTICA DA NOMEAÇÃO DE BENS COM RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO EXEQUENTE

Por *Inês Ribeiro*

[Aluna do 4º ano de Licenciatura da FDL]

1. Introdução

A penhora pode apresentar dois significados distintos. Pode referir-se a um acto processual mas também a um conjunto sequênciade actos processuais. Enquanto acto processual, a penhora consiste numa apreensão judicial de bens do executado que o priva de qualquer poder de gozo ou de disposição, permitindo assim que o bem fique adstrito à satisfação do crédito do exequente¹.

A penhora assume uma função instrumental, na acção executiva, na medida em que permite o efectivo exercício de execução do património do devedor – possibilita a apreensão dos seus bens e ainda a aplicabilidade do regime de inoponibilidade previsto no artigo 819º do Código Civil. Consequentemente, surge a sua função de garantia pois é através da venda ou adjudicação dos bens anteriormente apreendidos que é satisfeito o crédito do exequente².

¹ RUI PINTO, *Manual da execução e despejo*, 1ª ed., Coimbra Editora, 2013, pp. 477-478.

² RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 478-479, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A acção executiva singular*, Lex, 1998, p. 197.

A funcionalidade desta figura permite expressar os seus limites e o respectivo objecto, isto é, permite saber quem são efectivamente as partes na acção executiva e quais os respectivos patrimónios que podem ser afectos ao cumprimento.

Da tripartição legal do objecto da penhora que resulta da lei verificamos que a penhora pode incidir sobre bens imóveis, móveis e direitos. No entanto, e porque a penhora se apresenta como instrumental em relação à venda executiva em que se transmitem os direitos, podemos concluir que a penhora incide imediatamente sobre direitos e só mediatamente sobre bens – através da sua apreensão³.

Podemos assim dizer que o acto de penhora “*tem por objecto toda e qualquer situação jurídica activa e disponível que tenha natureza patrimonial, integrante da esfera jurídica do executado, cuja titularidade possa ser transmitida forçadamente na venda executiva nos termos da lei substantiva*”⁴.

Quanto à sua natureza jurídica, a penhora, pelas especificidades que apresenta não pode ser enquadrada como um instituto unitário mas sim como um acto processual do qual derivam dois efeitos essenciais na acção executiva. O efeito conservatório traduzido numa restrição pessoal de disposição dos bens por parte do executado, que permite a sua conservação até à venda em acção executiva. E o efeito de garantia, que se exprime numa relação de preferência que o exequente tem perante outros credores, quando detenha alguma garantia específica a onerar os bens penhorados em causa⁵.

³ RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 479.

⁴ RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 479.

⁵ RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 478.

II. A penhora de direitos na acção executiva: Penhora de direitos ou expectativas de aquisição

Da tripartição legal que nos apresenta o Código de Processo Civil resulta que o âmbito da penhora de direitos pode ser determinado por exclusão de partes. Não se tratando de um direito de propriedade plena e exclusiva do executado sobre certa coisa corpórea, nem de um direito real menor que acarrete a posse efectiva e exclusiva de uma coisa móvel ou imóvel, estaremos perante uma penhora de um certo direito. Esta repartição justifica-se mais até para acentuar as diferenças práticas de cada um dos diferentes regimes⁶.

A penhora de bens imóveis efectua-se pela comunicação a uma conservatória do registo predial competente, *procede-se à transferência da posse meramente jurídica*, seguindo-se a feitura do auto da penhora, a afixação dum edital na porta ou noutra local visível do prédio penhorado, e, por último, a tradição material da coisa para o depositário através de acto judicial. Também nos casos de penhora de bens móveis sujeitos a registo, a penhora é feita mediante comunicação à conservatória⁷, integrando-se aqueles casos como o do automóvel, da quota em sociedade, o direito real de habitação periódica e outros direitos reais cujo objecto não deva ser apreendido. Após a comunicação, lavra-se o respectivo auto, procedendo-se ainda às notificações necessárias. Quanto à penhora de bens móveis não sujeitos a registo, apenas tem lugar a tradição material da coisa que é levada para um depósito público (ou não) e lavra-se o auto da diligência. Já a penhora de direitos não sujeitos a registo faz-se por notificação a terceiros.

Quanto à penhora de direitos e expectativas reais de aquisição, especialmente regulada pelo artigo 778º do CPC⁸, cabe fazer algumas considerações essenciais. O objecto desta penhora é, em primeiro lugar, uma situação

⁶ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 5ª ed., Coimbra Editora, 2009, pp. 245 e ss..

⁷ Dependendo dos casos seguem-se actos diversos como por exemplo a imobilização do veículo ou notificação às autoridades de controlo de navio e da aeronave.

⁸ Artigo 860º-A do CPC na redacção anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

jurídica activa que determinado titular possui, relativamente a certo bem, por este estar afecto em termos reais possibilitando, desta forma, a sua futura aquisição. Sendo este direito anterior à penhora, estatui o artigo 824º, nº 2 do CC, que o mesmo não caducará aquando da venda executiva.

Exemplificando: Imagine-se que A e B celebram um contrato de compra e venda de um automóvel em que A, vendedor, reserva para si a propriedade do bem até ao pagamento integral do bem, enquanto B, comprador, possuindo a coisa e usufruindo da mesma mantém uma expectativa real de aquisição da propriedade do bem até ao pagamento da totalidade do valor do bem. O que se penhora neste caso não é a propriedade do automóvel, que se mantém na esfera jurídica do vendedor, mas a posição contratual do comprador que se traduz nessa expectativa de aquisição futura do bem – não se penhora o bem, em si mesmo, mas o direito que o executado sobre ele possui.

Aliás, como sabemos, caso fosse penhorado o direito de propriedade, esta penhora seria ilegal. Haveria neste caso um direito incompatível, nos termos do artigo 824º do CC, com a venda executiva, que levaria o seu titular a embargar de terceiro nos termos do artigo 768º do CPC⁹. Poderia a ainda o legítimo proprietário recorrer, alternativamente e não cumulativamente, a uma acção de reivindicação nos termos do artigo 1311º do CC.

No entanto, o âmbito desta penhora afigura-se muito mais vasto do que possa parecer à primeira vista. Aqui é abrangida toda a posição contratual do executado em determinado contrato, razão pela qual se abrange tanto o direito ou expectativa real de aquisição como o conteúdo obrigacional inerente ao mesmo. Assim, e uma vez que, o que é efectivamente levado a venda executiva é a posição contratual do executado em certo contrato, o terceiro adquirente assume a posição do executado, que deixa desta forma de ser parte no contrato que ele próprio celebrou inicialmente.

As situações jurídicas reais que aqui são tratadas têm por fonte, entre outros, os contratos reais *quoad effectum* sujeitos a condição (artigo 274º, nº 1 do CC) ou a reserva, como por exemplo o contrato de compra e venda

⁹ Artigo 351º do CPC na redacção anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

com reserva de propriedade (artigo 409º do CC); os contratos preparatórios de aquisição, por exemplo contratos-promessa com eficácia real (artigo 413º do CC), contratos que atribuem a opção de aquisição, como o pacto de preferência com eficácia real (artigo 421º do CC) e ainda contratos comerciais que atribuem o gozo da coisa, assim como a faculdade de aquisição da mesma, por exemplo o contrato de leasing ou de aluguer de longa duração sendo estes apenas alguns exemplos¹⁰.

No caso do contrato com promessa real e no pacto de preferência real, estamos perante contratos que atribuem verdadeiros direitos reais de aquisição. Esta referência é importante pois naqueles casos em que a eficácia real não seja estipulada, como acontece, por exemplo no contrato de *leasing* ou mesmo de compra e venda com reserva de propriedade sem essa eficácia, estamos perante simples expectativas de natureza obrigacional, que não se incluem, por isso, no âmbito do artigo 778º do CPC¹¹, agora em análise, mas nos termos gerais da penhora de direitos do artigo 773º¹² e seguintes do CPC.

Por último, resta acrescentar que o direito ou expectativa de aquisição para poder ser penhorado, tem de incidir sobre bens determinados como prevê o nº 1 do artigo 778º-A do CPC¹³, isto significa que, não poderá, por exemplo, proceder-se à penhora de duas fracções de um prédio adquiridos por via sucessória, em que ainda não se procedeu a partilha, pois nesse caso os herdeiros são titulares de um direito indiviso indeterminado.

¹⁰ RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 660.

¹¹ Artigo 860º-A do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

¹² Artigo 856º do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

¹³ Artigo 860º-A do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

III. Procedimento; Apreciação da natureza jurídica da apreensão

A penhora de direitos ou expectativas de aquisição, coloca o problema de saber como realizar a penhora, sem prejudicar o direito do legítimo proprietário do bem em causa. Isto porque, como se sabe, o direito que se vai penhorar – pertencente ao executado – incide sempre sobre uma coisa. Mas não é o direito de propriedade, são no fundo os direitos e expectativas de aquisição que incidem sobre um determinado bem¹⁴.

Assim, prevê o n° 1 do artigo 778º-A do CPC¹⁵, que a penhora de direitos e expectativas de aquisição de bens determinados se realize, com as necessárias adaptações, pelo preceituado para a penhora de créditos. Significa isto que a penhora deverá, nestes casos, ser realizada por notificação feita pelo agente de execução à contraparte reservatária no contrato. Bastará para isso informar o outro contraente de que a posição contratual do executado ficará agora à ordem do agente de execução, de forma a permitir a futura aquisição de propriedade, nos termos contratados (artigo 773º, n° 4 *ex vi* do artigo 777º, n° 4 do CPC¹⁶).

No entanto, se o bem se encontrar na posse ou detenção do executado, deverá proceder-se à sua apreensão nos termos do regime previsto para a penhora de coisas imóveis ou móveis, consoante o bem em causa e, terá ainda de ser designado um depositário – normalmente o agente de execução (artigos 756º e 772º do CPC)¹⁷.

Esta apreensão, feita pelo agente de execução ou tribunal, tem, no entanto, sido muito discutida pela nossa doutrina. Consideram certos autores¹⁸ defendem que, neste caso em concreto, é errado falar-se de uma penhora

¹⁴ RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 660.

¹⁵ Artigo 860º-A do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

¹⁶ Artigo 856º, n° 4 *ex vi* do artigo 860º, n° 4 do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

¹⁷ Artigos 756º e 772º CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

¹⁸ A este propósito veja-se, J. REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo executivo comum à face do código revisto*, SPB Editores, 1998, p. 263, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 5ª ed., Coimbra Editora, 2009, pp. 252-255.

pois, o bem em causa pertence a um terceiro (diferente da pessoa do executado). O que no fundo se verifica é uma apreensão de acautelamento do efeito útil da eventual e futura aquisição do bem, isto é, visa-se acautelar o seu eventual extravio ou destruição¹⁹. Assim, como não se verifica a constituição de uma penhora, há uma efectiva ressalva dos direitos da contraparte do contrato inicialmente celebrado. Por último, ocorrendo o cumprimento deste contrato então, a penhora passará automaticamente a incidir sobre o bem – que entretanto se transmitiu para a esfera jurídica do executado (artigo 777º, nº 3 do CPC)²⁰.

Diferentemente desta concepção da doutrina, o Professor Rui Pinto²¹ considera que aqui se verifica a constituição de uma penhora sobre a posição contratual do executado, e que, por sua vez, esta posição incide sobre o bem que é objecto de apreensão. São dois campos totalmente distintos: um é a posição contratual do executado em certo contrato, outra é o bem sobre o qual incide esse mesmo contrato. Veja-se o exemplo dado pelo Professor, a este respeito, no seu manual²².

Aqui é o próprio bem que fica sujeito a actuação do depositário para efeitos de conservação e administração mas é o direito que o executado tem sobre esse bem que será alienado no final. Esta solução apenas se verifica, como refere expressamente o artigo 778º, nº 2 do CPC²³, quando o bem esteja na posse ou detenção do executado²⁴.

¹⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, pp. 255-256.

²⁰ Artigo 860º, nº 3 do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

²¹ RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 663-664.

²² “*Se o executado tiver um carro que comprou com reserva de propriedade, não pode ser penhorada a propriedade que ainda está na esfera jurídica do vendedor reservante, mas, sim, a posição contratual do executado. Percebe-se então que se possa penhorar esse carro do executado, pois, na verdade o que se penhora não é o carro mas, como sempre, o direito do executado sobre o carro, o que é completamente diferente.*”, in RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 660.

²³ Artigo 860º-A, nº 2 na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

²⁴ O preceito é de fácil compreensão uma vez que, o legislador teve em conta aquelas situações em que se poderá verificar a perda da coisa. Estas hipóteses são

Em seguida, e incidindo a penhora sobre um bem imóvel ou móvel sujeito a registo, a penhora deverá ser registada nos termos dos artigos 755^{o25} e 768^o *ex vi* do artigo 783^o do CPC²⁶, esta necessidade visa assegurar a sua oponibilidade e conhecimento face a terceiros.

IV. Vicissitudes posteriores à penhora

Depois de realizada a penhora podem surgir-nos três hipóteses que consequentemente podem levar à alteração do objecto da penhora inicial:

Hipótese 1: O executado cumpre com todas as condições legais ou contratuais que foram estipuladas para a aquisição do direito de propriedade, antes da venda executiva do seu direito ou expectativa de aquisição. Neste caso, o executado passa a proprietário legítimo de bem e assim, consequentemente, o objecto da penhora passa a incidir sobre o seu direito de propriedade (incidente sobre o bem) – artigo 778^o, n^o 3 do CPC²⁷.

Em todo o caso compreende-se que apesar desta situação, o executado necessite de autorização do agente de execução para exercer esse poder de aquisição, pois, embora tal não se enquadre no artigo 819^o do CC como um acto dispositivo, a sua anterior expectativa de aquisição ficou à ordem do agente de execução e, por esta razão, a apreensão a seu favor implica que a actuação dos poderes incluídos nessa mesma posição tenha de ser autorizados previamente.

mais prováveis quando o bem se encontra na posse do executado que, em princípio, não irá ficar com o bem. Já naqueles casos em que o bem se encontra na posse de terceiro, não fará sentido prejudicar a sua actuação (sobre o bem) uma vez que apenas numa eventualidade este será adquirido pelo executado.

²⁵ Artigo 838^o do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

²⁶ Artigo 851^o *ex vi* do artigo 863^o do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

²⁷ Artigo 860^oA do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

Naturalmente que o executado, perante esta situação e na maior parte das vezes, não terá interesse em manter o cumprimento do contrato, pois o bem nunca será adquirido por si no futuro. Por esta razão, tem-se defendido²⁸ a possibilidade de o exequente, utilizando o mecanismo previsto nos n.ºs 2 e 4 do artigo 776º do CPC²⁹, subrogar-se ao executado cumprindo assim todas as suas prestações, de forma a promover a aquisição da propriedade do bem. Neste caso, mais uma vez, a penhora passará a incidir sobre o direito de propriedade do bem que, pode ser vendido em venda executiva permitindo assim que o credor se fazer pagar pelo seu valor.

Hipótese 2: Podem não se encontrar verificadas as condições legais ou contratuais de aquisição antes da venda executiva e, por essa razão, a penhora mantém-se exactamente igual. Assim, o que é levado a venda é essa posição contratual do executado que, sendo adquirida por um terceiro, leva à perda desse direito e consequentemente à sua substituição no contrato inicialmente celebrado com o vendedor reservatário.

Hipótese 3: Pode ainda ocorrer a situação de extinção da penhora por algumas das causas que levem a extinção da posição jurídica contratual do executado, desde logo, a resolução por incumprimento do pagamento do preço. Neste caso, extinguindo-se o direito extingue-se consequentemente a penhora por falta de objecto.

A solução neste caso será a nomeação de outros bens por insuficiência superveniente dos bens inicialmente penhorados (artigo 751º, n.º 3, alínea *a*) do CPC³⁰).

²⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 253, nota de rodapé 19^A.

²⁹ Artigo 859º do CPC na redacção anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

³⁰ Artigo 834º, n.º 3, alínea *a*) do CPC na redacção anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

V. Natureza jurídica da cláusula de reserva de propriedade³¹

Tem sido bastante discutido pela doutrina a qualificação da natureza jurídica da cláusula de reserva de propriedade, sendo que existem seis posições principais sobre a mesma.

a. Teoria da condição suspensiva

De acordo com esta posição, a reserva de propriedade seria qualificada como uma condição suspensiva na medida em que, a transmissão da propriedade ficaria subordinada a um facto futuro e incerto – o pagamento do preço devido – que, conseqüentemente, levaria a que a posição jurídica do comprador pudesse ser qualificada como a de um adquirente condicional³².

b. Teoria da condição resolutiva

Esta teoria considera que aquando da celebração do contrato de compra e venda com cláusula de reserva, a propriedade seria imediatamente transmitida para o comprador, apenas no caso de incumprimento do pagamento do preço ocorreria a resolução do negócio com efeitos retroactivos, sendo esta a forma através do qual o vendedor recuperava a propriedade do bem³³.

³¹ LUÍS MANUEL TELES LEITÃO, *Direito das Obrigações, volume III – Contratos em Especial*, 7ª ed., Almedina, 2010, pp. 61-68.

³² Esta qualificação é afastada pelo Professor Menezes Leitão na medida em que, não existe uma verdadeira condição mas uma alteração da ordem de produção dos efeitos negociais. Regra geral a propriedade transmite-se antes do pagamento integral do preço, por mero efeito do contrato, aqui, com a cláusula de reserva apenas se transmite após o pagamento total das prestações.

³³ Mais uma vez, o facto de se qualificar esta cláusula como condição parece ser de recusar pelos motivos já enunciados, acresce ainda que esta teoria contradiz o próprio artigo 409º, nº 1 do Código Civil que prevê expressamente que o alienante reserva para si a propriedade até ao pagamento do preço.

c. Teoria da venda obrigacional

Consagra esta teoria que nos casos de venda com reserva de propriedade não se verificaria o efeito translativo automático aquando da celebração do contrato, a aquisição da propriedade pelo comprador apenas se verificaria mediante duas condições (i) pagamento do preço e (ii) o cumprimento por parte do vendedor da sua obrigação de fazer o comprador adquirir a mesma³⁴.

d. Teoria da dupla propriedade

Esta teoria defende que, após a celebração do contrato e até ao pagamento integral do preço, ambas as partes se consideram como proprietárias do bem – consagrando uma modalidade de compra e venda como um tipo de propriedade especial³⁵.

e. Teoria da venda com eficácia translativa imediata, associada a atribuição ao vendedor de uma posição jurídica que lhe garante com eficácia real a recuperação do bem em caso de não pagamento do preço

Considera esta teoria que a cláusula de reserva de propriedade destina-se apenas a atribuir ao vendedor uma situação jurídica real que, no caso de não cumprimento do pagamento do preço, lhe permita obter a recuperação da propriedade. Esta situação aproxima-se e distancia-se do penhor uma vez que não pressupõe a entrega do bem. Assim, a propriedade seria transmitida

³⁴ No entanto, esta posição não colhe, pois verificamos que a aquisição de propriedade pelo comprador verifica-se assim que ele cumpre a obrigação de pagar o preço, não ficando por isso essa aquisição dependente de uma posterior obrigação por parte do vendedor.

³⁵ Contudo, constatamos que, esta teoria se afigura juridicamente impossível devido ao facto de a propriedade ser caracterizada como um direito exclusivo sobre determinado bem que apenas cabe a um só proprietário. Ressalva-se, obviamente, os casos de aquisição de bens em regime de compropriedade que seguem um regime específico.

de imediato para o comprador mas enquanto propriedade onerada, e o pagamento do preço não seria, assim, condição de transferência de propriedade mas antes causa de extinção dessa garantia real.

f) Teoria da venda com eficácia translativa diferida ao momento do pagamento do preço, com a atribuição *médio tempore* ao comprador de uma posição jurídica diversa da propriedade.

Sendo esta a tese maioritariamente seguida pela doutrina, configura-se aqui, a venda com reserva de propriedade como uma venda em que o efeito translativo da propriedade é adiado para o momento do pagamento do preço, obtendo, no entanto, o comprador uma posição jurídica específica distinta da propriedade normalmente qualificada como uma expectativa real de aquisição.

Concluimos que o comprador, não sendo o proprietário do bem, detém uma posição jurídica especial que se caracteriza *por um lado* pela expectativa real de aquisição do bem – oponível a terceiros. Por outro lado, o contrato atribui um imediato gozo da coisa que será naturalmente oponível *erga omnes*. Assim, o comprador será titular de uma posição jurídica de natureza real justificada pela inerência e sequela que caracterizam a sua relação com o bem vendido, e isto porque (i) possui em nome próprio, (ii) pode usar e fruir da coisa, (iii) defender o seu direito de gozo através das acções possessórias (artigos 1276º e seguintes do CC) assim como poderá fazer uso da acção de reivindicação (artigos 1311º e 1315º do CC) e, por último (iv) pedir uma indemnização pelos danos causados em caso de violação do seu direito.

VI. Problemática da Penhora de bens com reserva de propriedade a favor do exequente

Perante toda a problemática que envolve a matéria da penhora de expectativas reais de aquisição, surge-nos uma questão muito peculiar. É o caso de saber se é possível um credor exequente nomear à penhora um bem, cuja reserva de propriedade se encontra a seu favor. Imagine-se

o seguinte caso: A, proprietário do automóvel X, celebra um contrato de compra e venda com reserva de propriedade com B, comprador do automóvel, sendo que as partes estipulam, de acordo com os artigos 409º e 413º do CC, que esta promessa de transmissão terá eficácia real, havendo tradição da coisa. B é assim é comprador/possuidor da coisa e beneficiário de uma expectativa real de aquisição sobre a mesma.

Em caso de incumprimento por parte de B, o credor terá uma das seguintes opções:

- a. Pedir a resolução do contrato por incumprimento da contraparte. O credor A ficará assim com o carro, que sempre se manteve na sua propriedade, podendo se for caso disso, recorrer a uma acção de reevindicação se o devedor não proceder à entrega de livre e espontânea vontade;
- b. Recorrer à via executiva para pagamento coercivo das restantes prestações em falta, abdicando assim do automóvel que teria direito pela resolução. Esta solução apresenta-se até como mais plausível pois como é sabido, ao longo do tempo o carro foi utilizado e sofreu um desgaste natural que o levou à sua consequente desvalorização, o valor em dívida poderá assim não ser totalmente coberto com a restituição do carro e, bem mais provável ainda, o credor poderá nem ter interesse no bem ainda que posteriormente realize a sua venda.

A questão é portanto saber se, o exequente (neste caso A), nesta segunda hipótese e, sabendo que lhe é lícito, nos termos do artigo 724º, nº 2 do CPC³⁶, nomear bens móveis à penhora, pode ou não nomear o automóvel X sobre o qual incide uma cláusula de reserva de propriedade registada a seu favor.

³⁶ Artigo 810º, nº 5, alínea b) do CPC na redacção anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

Cabe dizer que apesar de esta solução ser admitida na jurisprudência³⁷, e também na doutrina portuguesa³⁸, pensamos que tal solução seja controversa e dificilmente admissível³⁹.

Tal solução é compreensível uma vez que ao admitir-se situações destas estaríamos simplesmente a violar preceitos legais. Veja-se que estamos perante um bem não pertencente ao executado (artigo 735º, nº 1 do CPC⁴⁰) verificando-se, por isso, uma penhora ilegal por violação dos seus limites subjectivos⁴¹ e, repare-se que a admitir esta solução, o processo prosseguiria no sentido de uma venda de um bem – pertencente ao exequente – a fim de este se fazer pagar pelo produto da mesma, ou seja, nada se vai buscar ao património do devedor, que apenas perde a sua expectativa real de aquisição, sendo que esta nem sequer é objecto da penhora. A situação é totalmente aberrante.

Mas acresce que, com o registo definitivo da penhora, verificar-se-ia uma contradição jurídica por força da presunção de que o bem é propriedade do exequente (artigo 7º do Código de Registo Predial) e em que o executado é, neste caso, apenas possuidor.

Além dos mais, com dois registos simultâneos, gera-se uma incoerência no sentido que no decorrer da execução, mantém-se na esfera jurídica do exequente a faculdade de, a qualquer momento, exigir a restituição do bem bastando-lhe para isso a resolução do contrato. Consideramos por estas razões apresentadas, que a penhora, nestes casos, não pode se registada por existir um prévio registo definitivo da cláusula de reserva de propriedade. Esta situação poderá, no entanto, ser alterada caso se verifique a posterior aquisição do bem pelo executado.

³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-10-2008. Disponível em www.dgsi.pt.

³⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A acção executiva singular*, Lex, 1998, p. 223.

³⁹ Neste sentido RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 661-662.

⁴⁰ Artigo 821º, nº 1 do CPC na redação anterior à reforma introduzida pela Lei 41/2013 de 26 Junho.

⁴¹ RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 480-481.

Foram já apresentadas algumas soluções com vista à resolução deste problema em algumas das declarações de voto do já referido acórdão de 9 de Outubro de 2008⁴². Consideram alguns⁴³ que, nesta situação, o exequente ao proceder à nomeação do bem à penhora, renuncia tacitamente à cláusula de reserva de propriedade estabelecida a seu favor, permitindo assim que o contrato de compra e venda produza o seu normal efeito translativo de propriedade para o comprador/executado.

Contudo, esta solução não nos parece de todo aceitável, razão pela qual seguimos, mais uma vez, o Professor Rui Pinto⁴⁴ e alguma jurisprudência⁴⁵. É fácil de se compreender que, ao se aceitar a renúncia por parte do exequente como forma de transmissão da propriedade, tal significa que se concede uma permissão para que o credor/vendedor proceda à alteração unilateral do contrato de compra e venda inicialmente celebrado. Esta ideia não deve ser tolerada pois repare-se que as partes, quando contrataram, escolheram esta modalidade de compra e venda, especial face à tradicional, tendo por base uma reciprocidade de garantias. Veja-se que o recurso a esta figura permite que o vendedor, apesar de destituído da posse do bem mantenha a sua propriedade, já o comprador fica investido *na garantia* de que pagando a totalidade do preço, a propriedade será transmitida para si, isto é, tem uma expectativa jurídica legalmente tutelada.

É verdade que, regra geral, a propriedade e o pagamento não são correlativos, não têm uma necessária correspondência, nem são obrigatoriamente causa ou consequência um do outro, contudo as partes não optaram expressamente pela regra geral, mas por uma modalidade especial que atribui esta correspectividade. Conceder a possibilidade de alteração do contrato apenas por uma das partes afigura-se abusivo e violador do princípio da segurança jurídica. E isto, ainda que fosse possível argumentar a favor de uma vantagem ou benefício para o devedor na transmissão da propriedade do bem antes

⁴² Disponível em www.dgsi.pt.

⁴³ Na declaração de voto de João L. M. Bernardo.

⁴⁴ RUI PINTO, *ob. cit.* p. 662.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-02-2008, (Luís Espírito Santo), disponível em www.dgsi.pt.

do pagamento do preço⁴⁶. Por esta razão não deve ser admitido que o exequente, por si só, unilateralmente, possa alterar ou renunciar ao que ficou estipulado por ambas as partes, que apenas aceitaram contratar sob estas condições.

Acresce ainda o facto de a renúncia não ser uma forma de transmissão da propriedade que, no caso em análise, apenas pode ocorrer com o pagamento do competente preço. É verdade que pode ser admitida a renúncia ao direito de propriedade, mas tal não implica por si só uma transmissão desse direito para um terceiro⁴⁷.

Prosseguindo com esta análise. Verificamos que do artigo 409º, nº 2 do CC, decorre uma exigência legal para que a cláusula de reserva de propriedade produza efeitos, sendo por isso necessário o seu registo (artigo 2º, nº 1, alínea f) do Código de Registo Predial e artigo 5º, nº 1, alínea b) do Decreto-Lei nº 54/75, 12 de Fevereiro). São preocupações de tutela da segurança jurídica que estão na sua base⁴⁸. Em sede de acção executiva, o registo afigura-se essencial para que os terceiros (credores do executado) possam tomar conhecimento da situação dos bens do executado. Nos termos da lei do registo, surge-nos o artigo 8º nº 1 que prevê uma regra muito importante,

⁴⁶ É fácil de compreender que o devedor terá, à partida, interesse em que a propriedade se transmita para si ainda que o preço não tenha sido integralmente pago, mas parece que apenas no caso em concreto poderemos verificar se este interesse está ou não preenchido. Pensando no caso da acção executiva, será que podemos afirmar que é do interesse do executado que a propriedade do bem se transmita para a sua esfera jurídica? O executado pode ter interesse na manutenção do bem e do contrato nos moldes em que contratou e, a verdade é que o simples facto de manter um contrato com reserva de propriedade afasta esse bem da possibilidade de penhora. É que, para todos os efeitos, o bem não é formalmente seu, não está na sua propriedade e por isso podemos considerar que a manutenção do mesmo lhe concede uma espécie de *protecção contra a penhora*. Repare-se que o devedor pode até ter outros bens susceptíveis de penhora e suficientes para ressarcir o seu credor. Não podemos afirmar que, regra geral, seja do interesse do devedor que a propriedade se transmita sempre antes do pagamento do preço.

⁴⁷ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 441 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, 5ª ed., Coimbra Editora, 2000, pp. 406 e 407.

⁴⁸ Pensamos naqueles casos em que terceiros de boa-fé contratam com o exequente e/ou com o executado e necessitam saber em que condições.

que é a seguinte: Não podem ser impugnados factos em juízo sem que, simultaneamente, seja pedido o cancelamento do registo,

Quer isto dizer que, a penhora de um veículo (propriamente dita) dependeria da extinção da cláusula contratual relativa a reserva do direito de propriedade em causa – e naturalmente do obrigatório cancelamento da sua inscrição no registo. Assim, para que tal ocorra, será necessário o averbamento do facto que comprove que o pagamento foi efectuado na totalidade⁴⁹. Caso contrário, no caso de se admitir que o bem pudesse ser vendido com a cláusula em questão – mesmo que o vendedor a esta tivesse expressamente renunciado – seriam prejudicados os terceiros que conhecendo esta cláusula ou não comprariam o bem ou comprariam por um preço muito baixo e que levaria à penhora e conseqüente venda executiva de outros bens do executado.

Assim, concluímos que a mera declaração de renúncia não pode servir de base ao cancelamento do registo da cláusula de reserva de propriedade, nem poderá produzir o efeito translativo da propriedade para o executado. Admitir o inverso, seria anuir na violação do princípio da estabilidade do regime jurídico aplicável ao contrato em causa e do artigo 8º do Código de Registo Predial, pois não se pode impugnar um facto em juízo sem requerer o respectivo cancelamento no registo.

Cabe ainda referir a hipótese, também admitida pelo Supremo Tribunal de Justiça, de se ter verificado, com sucesso, a penhora definitiva do bem com reserva de propriedade a favor do exequente.

A questão é a de saber se, poderá ou não prosseguir a execução para as fases seguintes de concurso de credores e da venda executiva em concreto. Neste caso, o Acórdão Uniformizador de 9 de Outubro de 2008, colhe a nossa concordância.

⁴⁹ O facto comprovativo do efectivo cumprimento é realizado através de documento autêntico ou autenticado ou com o reconhecimento presencial de assinaturas.

Determina que, nestes casos, não poderá a acção executiva avançar, pois terá obrigatoriamente de ser promovida e comprovada a inscrição da extinção desta reserva pelo exequente. E porquê? Porque a reserva de propriedade, após a venda executiva, não se extingue nos termos do artigo 824º, nº 2 do CC, pois não se trata de um direito real de garantia. O direito de garantia é aquele que confere ao seu beneficiário, o poder de obter, com preferência sobre os demais, o pagamento de certa dívida através do valor da coisa sobre a qual recai a garantia ou pelo valor dos seus rendimentos. Ora, a reserva de propriedade tem uma utilidade diferente, apesar de servir de garantia para o vendedor em caso de incumprimento, é o próprio bem que será restituído materialmente à esfera jurídica do vendedor, e não o seu valor, nem o valor da sua venda. Acresce que, são direitos reais de garantia apenas os previstos taxativamente na lei sendo estes: o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios especiais, o direito de retenção e a consignação de rendimentos previstos no artigo 604º do CC. Assim, apesar da sua função de garantia de cumprimento de uma obrigação pecuniária, a reserva de propriedade não se enquadra no âmbito de uma garantia real, pois não se enquadra no âmbito do artigo 1306º, nº 1 do CC. Além do mais, com a venda executiva do bem, verificar-se-ia que o seu adquirente apenas ficaria com uma expectativa real de aquisição e nunca a propriedade do bem, pois apenas podem ser transferidos para o adquirente os direitos que o executado detenha sobre a coisa vendida que, *in casu*, é apenas uma expectativa real e não a propriedade sobre o bem (artigo 824º, nº 1 do CC).

Por último, conclui assim o Supremo Tribunal de Justiça que, não poderá prosseguir para as fases de concurso de credores e da venda, sem que o exequente promova e comprove a inscrição no registo (automóvel) da extinção da referida reserva de propriedade.

Pensamos que nesse caso a acção executiva estará a ser utilizada indevidamente.

O cancelamento do registo atenta contra o que ficou estipulado pelas partes aquando da celebração do contrato inicial. O que se estipulou foi uma condição suspensiva da transmissão da propriedade até verificação do pagamento integral do preço, por esta razão, não fará sentido que o exequente que decida nomear o seu próprio bem á penhora – através do

cancelamento do registo – obtenha a transferência imediata da propriedade para o executado, de forma a fazer-se pagar.

De *iure condendo*, não deveria ser admitida a penhora de bens com reserva de propriedade a favor do exequente, pelo próprio exequente. Isto porque a lei faculta outros meios para fazer face ao incumprimento⁵⁰.

VII. Conclusão

Após a análise desta problemática a nossa conclusão vai no sentido de:

- i. Não poderá ser nomeado um bem a penhora que se encontre onerado com uma cláusula de reserva de propriedade registada a favor do exequente;
- ii. Não poderá ser admitida a renúncia, tácita ou expressa, como forma de transmissão de propriedade do bem para o executado, nem como forma de cancelamento do registo da cláusula de reserva de propriedade.

Com a ressalva daqueles casos em as partes aceitem a alteração do contrato de forma a extinguir a cláusula e a transmitir a propriedade do bem por mero efeito do contrato, não poderá o bem onerado ser nomeado a penhora como forma de o exequente se fazer pagar. No entanto podem ser nomeados outros bens assim como outras garantias.

Quanto aqueles casos em que o tribunal aceita a penhora de um bem, nestas circunstâncias, pensamos que deva ser de aplicar a suspensão da execução até que o exequente proceda ao cancelamento da inscrição no registo.

Lisboa, 14 de Janeiro de 2013

⁵⁰ Por exemplo, o recurso a determinada garantia real ou a nomeação de outros bens à penhora que sejam suficientes para satisfazer o credor.

Bibliografia

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE

Direito Civil Reais, 5ª ed., Coimbra Editora, 2000.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE

A acção executiva depois da reforma da reforma, 5ª ed., Coimbra Editora, 2009.

REIS, JOSÉ ALBERTO DOS

Direitos Reais, Coimbra Editora, 2008.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES

Direito das Obrigações, volume III – Contratos em Especial, 7ª ed., Almedina, 2010.

MARQUES, J. P. REMÉDIO

Curso de processo executivo comum à face do código revisto, SPB Editores, 1998.

PINTO, RUI

Manual da execução e despejo, Coimbra Editora, 2013.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA

A acção executiva singular, Lex, 1998.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA

A Reforma da acção executiva, Lex, 2004.

CRÓNICAS DA ATUALIDADE

CRÓNICAS DA ACTUALIDADE

ARTIGO AAFDL

por *André Carrilho*

[Aluno do 2º ano de Licenciatura da FDL]

Eliana Fraga, a tranquila sucessora de Marinho e Pinto

Convidou-me a AAFDL para que escrevesse um artigo de opinião sobre a eleição da nova bastonária da Ordem dos Advogados (OA), ora como estudante do 2º ano desta casa aceitei de bom grado e ciente da minha relativa insipiência neste assunto tentei fazê-lo com o maior rigor.

A eleição da bastonária da OA foi um acontecimento que marcou a vida pública portuguesa no final de 2013. O sufrágio de dia 29 de Novembro trouxe uma mulher para a vanguarda desta ordem profissional, entre nós tão familiar como estudantes de Direito.

Eliana Fraga, a recém-eleita bastonária, consagrou uma vitória de 31%, não deixando margem para dúvida sobre a sua elevada legitimidade, pois distanciou-se notoriamente dos seus outros cinco adversários.

A nova bastonária carrega em si a herança e o legado de Marinho e Pinto que cumpriu dois triénios ao serviço da ordem, é uma jurista formada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tal como o seu antecessor. Foi, também, durante os mandatos do anterior bastonário que Eliana Fraga foi vogal e depois 1ª vice-presidente do Conselho Geral. Desta forma, a nova bastonária constitui-se, inequivocamente, como a tranquila sucessora de Marinho e Pinto, dela espero uma certa manutenção da já conhecida postura do seu fiel antecessor.

Marinho e Pinto, durante os seus dois mandatos, conquistou uma popularidade e visibilidade ímpar incomparável com outros bastonários da história da ordem. O seu estilo pautou pela pertinência e pela elevada

intervenção em assuntos de discussão pública, em que muitas vezes não se adivinharia a intervenção de um bastonário da OA, a título de exemplo, lembre-se as declarações sobre o caso Freeport que envolveu o, então, Primeiro-Ministro José Sócrates. Do anterior bastonário lembramo-nos, ainda, dos episódios sobre os exames de acesso à ordem, que teriam um excessivo padrão de exigência, originando taxas de reprovação muito elevadas. Sobre este assunto, contra mim falarei, já que não sou um claro opositor do sistema de exames, até porque são estas provas que permitem uniformizar um padrão mínimo de excelência dos advogados portugueses. Seriam estes exames dispensáveis se todas as escolas de Direito do país se dignassem pela exigência e rigor na formação dos seus juristas, acontece que nem todos os estudantes têm o privilégio de estudar em prestigiadas faculdades, como é o caso da nossa.

Pessoalmente, nunca fui um crítico parcial e assíduo de Marinho e Pinto, talvez por ainda nem ser um jurista formado e muito menos um advogado. Mas parece-me que a sua intervenção como bastonário da OA tenha sido salutar para o aprofundamento do Estado de Direito, lembro-me bem de ouvir Marinho e Pinto condenar os julgamentos disfarçados na praça pública por jornalistas. Admito que da sua conduta pode ter havido, por vezes, uma certa falta de um registo institucional exigível a um titular de um órgão como este, lembremo-nos das declarações, quase bélicas, de Marinho Pinto à atual Ministra da Justiça.

Neste sentido, Elina Fraga tem em suas mãos uma clara influência do seu antecessor. Pelas suas declarações de vitoriosa já se percebeu a sua posição fortemente contra a reforma do mapa judicial, que, de certa forma, distancia o interior do país do acesso à justiça, reiterando o fosso civilizacional com o litoral. Espero da sua ação como bastonária continuidade na defesa dos desígnios do Estado de Direito Democrático, e que trabalhe no sentido de tornar cada vez mais respeitável a advocacia em Portugal.

CRÓNICAS DA ATUALIDADE

FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

Por *Tiago Seoane*
[Aluno do 2º ano de Licenciatura da FDL]

Faculdade de Direito de Lisboa, uma instituição que é marcada por todos os que a frequentam e por todos os que a representam.

Um dos pilares de referência desta casa é sem dúvida o cargo de Director. Ao longo dos últimos 102 anos várias foram as personalidades que ocuparam este lugar na FDL. Personalidades que dedicaram o seu tempo e conhecimento à liderança da melhor faculdade de Direito do País.

O cargo de director não é apenas um cargo a acrescentar na carreira de quem o ocupa. Deve antes ser o exemplo e espelhar os valores da própria instituição que representa.

Vários foram os momentos vividos pelos diversos directores desta casa e todos contribuíram para a construção e para o longo percurso que deve ser recordado e acima de tudo vivido. Um trabalho bom ou mau? Isso é um julgamento que cabe à história e a todos os que presenciaram os vários momentos da FDL.

Não irei aqui fazer nenhum juízo nem nenhuma apreciação aos diversos mandatos nem às diversas personalidades que o exerceram pois, a meu ver, mais importante que o passado é o futuro, pois é nele que podemos fazer a diferença e trabalhar para continuarmos o longo trabalho destes últimos 102 anos.

O que representa o cargo de director? Quem o deve ocupar? E o que deve trazer para esta instituição no futuro?

Estas são algumas das várias perguntas que tentei responder para tentar criar o perfil de director que considero ser necessário e adequado aos momentos difíceis que se avizinham, quer no ensino superior quer, em particular, na FDL.

Este não deve ser apenas um docente que decide candidatar-se porque tem o desejo de exercer este mesmo cargo.

Primeiro que tudo creio que qualquer dos candidatos deverá interrogar-se se é ou não capaz de liderar a Faculdade de Direito de Lisboa, de a defender e acima de tudo deverá interrogar-se sobre o que virá trazer de melhor para o futuro desta casa.

É sem dúvida uma decisão difícil, não só pelo tempo que exige a todos os que exercem este cargo, como é um desafio desgastante mas acima de tudo creio ser altamente gratificante, pois não se trata apenas de representar uma faculdade mas sim representar a Faculdade de Direito de Lisboa.

Um director é aquele que não vacila nos momentos difíceis, é aquele que luta pela faculdade mesmo tendo o poder contra ele.

Deve ser alguém que não só apresenta profundos conhecimentos na sua área mas que acima de tudo tem a capacidade de os aplicar aos diversos desafios que advêm do próprio cargo e das circunstâncias que o rodeiam. Alguém que detém autoridade *de per si*. Autoridade essa, que deve ser reconhecida quer por alunos, como por docentes e funcionários.

O director deve ser igualmente um moderador pois deve ter a capacidade de ouvir todos aqueles que representa e ser capaz de congregar consensos na vida da Faculdade.

Este acima de tudo desempenha um papel que, a meu ver, terá sempre de transcender as funções burocráticas, inerentes ao próprio cargo. Deve, principalmente, ser o motor de união de todos os que fazem parte da FDL, unindo docentes, discentes e funcionários na vida da instituição e em prol do futuro da mesma.

A vontade de liderar é uma característica óbvia e necessária. Quem ocupar este cargo deverá defender indiscutivelmente os interesses da faculdade e não deverá ceder a nenhuma pressão interna ou externa.

Considero ainda que face à conjuntura em que nos encontramos e aos desafios que se advinham se torna premente que o director tenha uma mentalidade aberta e que seja capaz de procurar, principalmente, fora de Portugal, novos métodos e mecanismos que possam melhorar a qualidade de ensino da própria faculdade.

O mundo é a chave do conhecimento e por isso mesmo considero que o novo director deve estar em contacto permanente com essa mesma realidade e diversidade a fim de se projectar e promover a evolução criando novas oportunidades para os alunos e, simultaneamente, permitindo a partilha da nossa própria riqueza junto de outras comunidades de alunos, partilha que certamente permitirá a faculdade crescer, quer internamente, como externamente.

Não podemos prescindir da nossa marca, da nossa identidade, da nossa diversidade, da nossa Instituição. Queremos ser únicos e isso implica não prescindir dos nossos valores e dos nossos princípios. Isso exige um guia, uma inspiração. Um director.

PRÉMIOS JORGE MIRANDA

PRÉMIOS JORGE MIRANDA

DIREITO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE

Por *Marco Caldeira*

[Aluno do 4º ano de Licenciatura da FDL]

1. Ainda que porventura de forma não deliberada, o tema proposto para este texto sugere uma *dupla* leitura, consoante a *realidade* que se considere estar em crise.

Na verdade, diante do mote “*Direito Constitucional em tempos de crise*”, pode, por um lado, considerar-se que tal “crise” se reporta *ao Direito Constitucional*, caso em que se observará que “[O] *Direito Constitucional* [está] *em tempos de crise*”; ou, por outro lado, pode entender-se que a “crise” diz respeito, não ao *Direito Constitucional*, mas *à realidade presente*, caso em que a pergunta que se impõe é a de saber “[Qual o papel do] *Direito Constitucional em tempos de crise* [?]”.

Independentemente de qual seja a melhor interpretação a atribuir a este repto lançado em homenagem ao Professor JORGE MIRANDA, a verdade é que, em nossa opinião, as duas abordagens acima referidas são necessárias e complementares. Com efeito, e como nas linhas seguintes procuraremos evidenciar, é a desmistificação da alegada “crise do *Direito Constitucional*” que permite depois compreender qual o papel que cabe ao *Direito Constitucional* em tempos de crise, como os actuais.

2. Começando, pois, por analisar a alegada “crise do *Direito Constitucional*”, deve notar-se, antes de mais, que esta noção é bastante vaga e imprecisa, o que conduz a que por vezes se fale em semelhante “crise” para aludir a realidades bastante diversas.

Assim, e a título ilustrativo, a “crise do *Direito Constitucional*” pode revestir, pelo menos, os seguintes quatro sentidos:

A. Desde logo, pode falar-se na “crise do Direito Constitucional” enquanto manifestação do fenómeno mais amplo da *crise do Direito*, entendida, *grosso modo*, como a confissão da impossibilidade de o ordenamento jurídico disciplinar antecipadamente e de forma exaustiva as relações sociais que constituem o seu objecto. Neste sentido, pode até constatar-se que o Direito Constitucional “foi, aliás, o que mais cedo e mais profundamente mostrou a sua vulnerabilidade e a sua incapacidade como instrumento de regularização do poder e de ordenação social”¹.

Em qualquer caso, deve contrapor-se que, nesta acepção (imprópria), não chegamos verdadeiramente a estar perante qualquer “crise” do Direito (Constitucional ou não), mas sim, quando muito, perante o reconhecimento dos limites e das fronteiras do jurídico em face da realidade, a qual, sendo dinâmica, invariavelmente se descobre um passo à frente da norma que visa regulá-la². Por muito que o Direito deva assumir um carácter *regulador* e, desse modo, procurar prescrever o “dever ser” e não apenas assistir passivamente ao “ser”, a verdade é que as irreduzíveis pulsões sociais nunca se deixarão capturar inteiramente pela normatividade jurídica.

B. Num sentido próximo da concepção anterior, a “crise do Direito Constitucional” poderá antes ser definida como sinónimo da sua *falta de efectividade*, isto é, como significando a incapacidade de o Direito Constitucional impor a sua aplicação na prática e *sancionar* o seu incumprimento³, *maxime* através da remoção do ordenamento jurídico dos

¹ Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, “O Problema da Constituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento ao vol. XVII, Coimbra Editora, Coimbra, 1970, p. 332.

² O que é particularmente verdade no caso das normas *escritas* aprovadas pelo legislador (constituente ou ordinário), mas já não será exactamente assim no caso das normas que brotam da vivência social, como as que emanam de fonte consuetudinária, isto para quem entenda, como nós também entendemos, que o costume constitui uma fonte de Direito.

³ Note-se que não escrevemos “evitar” o seu incumprimento, isto porque não existe qualquer norma jurídica em abstracto e *a priori* insusceptível de violação. Como refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Toda a ordem normativa é uma ordem violável*”, (ao contrário da ordem natural, v.g., as leis da Física): cfr. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 31.

actos infra-constitucionais que com aquele (Direito) sejam desconformes. No fundo, trata-se da impotência do Direito Constitucional em ser efectivamente *Direito*, isto é, em se assumir como parâmetro perante uma comunidade que nele *se* reconhece e que, por isso mesmo, *lhe* reconhece carácter vinculativo⁴. Tal inoperatividade do Direito Constitucional redunda na existência de Constituições *nominais*⁵, enquanto textos desprovidos de imperatividade e que acabam inevitavelmente por ser suplantados por uma “normatividade não oficial”⁶.

Sem prejuízo de ser impossível não considerar “em crise” um Direito que não logra ter aplicação, sempre se dirá, não obstante, que o que está aqui em causa não é uma “crise” do Direito Constitucional em si, mas sim *de um determinado Direito Constitucional*, positivado numa concreta Constituição, que neste caso se vê afastada por um outro Direito Constitucional que se arroga pretensões de maior legitimidade.

C. Num terceiro sentido, a “crise do Direito Constitucional” pode reportar-se à sua *insuficiência*, *rectius*, à sua *dependência* perante as entidades públicas encarregues de implementar os preceitos constitucionais.

Em bom rigor, a “crise” que se imputa ao Direito Constitucional, neste contexto, engloba três tipos de críticas distintas:

⁴ Sobre o problema da validade do Direito como um problema de (auto-)reconhecimento do sujeito na parametrização normativa que ele próprio interiorizou, cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição – da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, *maxime* pp. 644 e ss..

⁵ Utilizando a célebre terminologia de KARL LOEWENSTEIN, Autor que, como é sabido, classifica as Constituições em normativas, nominais e semânticas: cfr. *Teoría de la Constitución*, trad., Editorial Ariel, Barcelona, 1986, pp. 217 a 222.

⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, *maxime* pp. 183 e 424 e ss.; *idem*, *Direito Constitucional Português*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 180 a 182 e 209 a 211.

- c.1. Por um lado, à falta de densidade normativa de algumas normas constitucionais, que contêm conceitos indeterminados cujo preenchimento é cometido ao legislador e à Administração Pública⁷;
- c.2. Por outro lado, à existência de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, originando um verdadeiro efeito de “cascata”, na medida em que “*a aplicação de uma norma constitucional depende da publicação de uma lei, a aplicação desta depende da edição de um regulamento, a aplicação deste depende, por sua vez, da prática de um acto administrativo*”⁸;
- c.3. Por fim, e em estreita conexão com o ponto anterior, à necessária intermediação administrativa para que o Direito Constitucional tenha aplicação prática, cabendo mesmo perguntar se, no limite, toda a actividade do Estado não estará sempre “refém” da Administração Pública⁹.

Uma vez mais, apesar da pertinência das críticas acima elencadas, pensamos que das mesmas não decorre qualquer “crise” e, de todo o modo, tal “crise”, a existir, nunca seria exclusiva do Direito Constitucional.

⁷ Sem aludir especificamente a uma “crise”, mas sublinhando que esta necessidade de densificação “*corre o risco de uma inversão metodológica geradora de um princípio da legalidade da Constituição*”, ficando os preceitos constitucionais “*prisioneiros*” da densificação interpretativa que deles foi feita pelo legislador ou pela doutrina, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, cit., p. 196.

⁸ Nas palavras de JOÃO CAUPERS, *Direito e outras coisas*, Âncora Editora, Lisboa, 2007, p. 23.

⁹ Como refere PAULO OTERO, “*não basta a Constituição proclamar que todos têm direito à educação ou direito à saúde, tal como não é suficiente a sua transposição para medidas legislativas que, através de uma lei sobre o sistema de ensino ou o serviço nacional de saúde, confirmem execução às respectivas normas constitucionais: se a Administração não elaborar os regulamentos necessários à execução de tais leis ou, tendo-os elaborado, não disponibilizar as verbas necessárias para a construção de escolas e hospitais ou, ainda que tenha disponibilizado as verbas, não existir a decisão viabilizando a sua construção e a posterior abertura de concursos para munir tais estabelecimentos de meios humanos e materiais que permitam o seu efectivo funcionamento, tudo será em vão – os direitos fundamentais materializadores de uma sociedade [de] bem-estar nunca passarão de meras proclamações de papel*”: cfr. *Legalidade...*, cit., p. 30; *idem*, *Direito Constitucional Português*, vol. I, cit., pp. 104 e 105.

Brevitatis causa, quanto ao referido em c.1., não se vislumbra por que motivo a utilização de conceitos indeterminados e o consequente reconhecimento constitucional de uma margem de discricionariedade ao legislador¹⁰ e à Administração Pública¹¹ constituirá um factor de “crise” do Direito Constitucional – para além de semelhante reparo poder igualmente ser formulado contra as normas legais e regulamentares que atribuem poderes discricionários aos órgãos administrativos, afigura-se que a própria posição cimeira da Constituição na hierarquia (interna¹²) das fontes de Direito e a sua tendencial vocação de intemporalidade, aliadas à complexidade dos valores constitucionais, recomendam que as formulações constitucionais sejam abertas e passíveis de múltiplas concretizações⁽¹³⁾. Como nota JORGE MIRANDA, a Constituição “*não é, nem pode ser (por razões jurídicas e políticas bem conhecidas), um código como o Civil ou o de Processo Civil*”¹⁴,

¹⁰ Sobre a discricionariedade legislativa, cfr., em especial, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 215 e ss..

¹¹ As referências bibliográficas são hoje inúmeras. Não obstante, a tese de doutoramento de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA continua a representar um marco incontornável na matéria: cfr. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, em especial pp. 309 e ss..

¹² Sem discutir aqui o alcance do “primado” do Direito Comunitário, pelo menos às normas de *ius cogens* tem a nossa doutrina reconhecido valor supra-constitucional.

Questão mais controversa vem a ser a do valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos do Homem, havendo quem considere que esta também goza de valor supra-constitucional (são os casos de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ e PAULO OTERO, este último em “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Inconstitucionais?”, in *O Direito*, ano 122º, 1990, pp. 613 a 619; *idem*, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 570, 574 e 575); contra tal entendimento, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *cit.*, p. 41.

¹³ Nas sensatas palavras de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “*não deve a constituição transformar-se num código de vida da comunidade, animado do desejo de tudo regular até à minúcia*”, antes “*deve preservar aquela abertura que lhe garante, sob o domínio dos princípios fundamentais que colheu na experiência histórica do povo, a possibilidade de se ir adaptando às mudanças técnicas, económicas e sociais que o processo político da comunidade venha a manifestar*”: cfr. “O conceito ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3744, 1986, p. 72.

¹⁴ Cfr. *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 107.

sendo que, conforme acrescenta JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “o primeiro pecado de uma Constituição é o estilo regulamentar”¹⁵.

Quanto ao referido em c.2., além de também existirem diversos actos legislativos que também carecem de regulamentação para se adquirirem exequibilidade (motivo pelo qual esta crítica não se aplica somente ao Direito Constitucional, mas também ao Direito infra-constitucional), a existência de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas não representa qualquer causa ou sintoma de “crise”, sobretudo porque, como bem assinala JORGE MIRANDA¹⁶, tais normas não deixam de conter verdadeiros comandos jurídicos vinculativos¹⁷. De resto, as normas programáticas – que são sempre, ou quase sempre, não exequíveis por si mesmas¹⁸ – têm a sua importância própria no contexto da Lei Fundamental, na medida em que enformam e enriquecem o corpo de valores e objectivos constitucionalmente relevantes.

Por último, quanto à crítica efectuada em c.3., cabe apenas dizer que o Direito é uma realidade humana e, como tal, está sempre dependente de um sujeito que lhe dê aplicação: trata-se de um limite intrínseco de todo o Direito (e não apenas do Direito Constitucional), ao qual apenas cabe impor, permitir ou proibir condutas, não lhe competindo substituir-se aos seus destinatários na adopção ou abstenção das condutas normativamente previstas. Neste sentido, não há norma jurídica que, por si só, e sem recurso a operações materiais levadas a cabo pelos seus destinatários em seu cumprimento, provoque espontaneamente alterações no mundo físico, pelo que não pode com seriedade acusar-se o Direito Constitucional por, *inter alia*, a previsão de existência de um Serviço Nacional de Saúde não se

¹⁵ Cfr. *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 75.

¹⁶ Cfr. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *cit.*, p. 288.

¹⁷ Embora, em abono da verdade, deva reconhecer-se que a natureza preceptiva das normas em causa é enfraquecida pelos mecanismos destinados a assegurar a sua exequibilidade. Sobre os resultados insatisfatórios da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, cfr., nomeadamente, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 327 a 329.

¹⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *cit.*, p. 289.

traduzir, *de imediato e apenas como consequência da norma constitucional impositiva*, na instituição de hospitais públicos, em pleno funcionamento e dotados de todos os meios técnicos e humanos...

D. Finalmente, num quarto sentido, a “crise do Direito Constitucional” confunde-se com a actual *crise do Estado* moderno, a que acresce, no caso português, o facto de nos encontrarmos em fase adiantada de integração na União Europeia.

De facto, não pode ignorar-se que, até em termos doutrinários, a Teoria da Constituição esteve durante muito tempo umbilicalmente ligada à Teoria Geral do Estado, tendo a sua autonomização dogmática resultado de um processo relativamente moroso¹⁹. Neste sentido, o desaparecimento – ou, talvez melhor, o *apagamento* – do Estado tal como o conhecemos²⁰ não pode deixar de suscitar inquietações quanto à subsistência do Direito Constitucional estadual, que, caso o processo de integração europeia venha a avançar para a instituição de uma estrutura verdadeiramente federalista²¹, nessa data se transmutará porventura numa simples parcela desse Direito

¹⁹ Cfr. a análise de PABLO LUCAS VERDU, “Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político”, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 188, Marzo/Abril de 1973, pp. 8 e ss..

²⁰ Isto, note-se, independentemente dos juízos de valor que possam ser feitos quanto a esta realidade.

Assim, enquanto TONY JUDT salienta a importância do Estado enquanto “*instituição intermédia*” capaz de se interpor entre a economia, forças e padrões de comportamento internacionais e os cidadãos desprotegidos (cfr. *O Século XX Esquecido – Lugares e Memórias*, Edições 70, Lisboa, 2010, pp. 429 e 430) e JORGE MIRANDA afirma não se antever “*um modelo alternativo de organização ou um sistema coerente de entidades públicas ou privadas que substitua o Estado*” (cfr. “Democracia e Constituição para lá do Estado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LI, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 38); já LUÍS PEREIRA COUTINHO, por exemplo, alude a “*um Estado-nação historicamente suspeito e hoje falido*”: cfr. *A Autoridade Moral...*, cit., p. 480.

²¹ Neste momento a União Europeia “*continua a ser um híbrido, resultante da mistura entre uma estrutura de tipo federal com uma estrutura político-institucional de tipo confederal*”: cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 421.

Constitucional Europeu entre nós já almejado por LUCAS PIRES²² e contemporaneamente teorizado, em especial, por MIGUEL POIARES MADURO²³.

Paralelamente às interrogações sobre o *futuro* do Estado e do Direito Constitucional, é já *hoje* pertinente questionar o papel do Direito Constitucional estadual num presente em que, apesar de a Constituição permanecer como a Lei Fundamental que (passe o aparente pleonasma) *constitui* o Estado²⁴, este já não é o principal centro de decisão política e em que grande parte da normatividade vigente no seu território é emanada por entidades externas e não tem por referência directa a Constituição estadual.

No entanto, enquanto tal suceder ao abrigo dos Tratados a que Portugal voluntariamente se vinculou, nos termos constitucionalmente previstos, sempre poderá objectar-se que a relevância acrescida do Direito Comunitário no ordenamento jurídico português ainda resulta de um *consentimento* constitucional, *in casu* vertido no artigo 8º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (“CRP”), pelo que, pesem embora as inquietações levantadas, por enquanto subsistem fundamentos para defender que uma eventual *perda de protagonismo* do Direito Constitucional perante o Direito da União Europeia não é, pelo menos *ainda*, sinónimo de “crise” daquele.

3. Dissipados que estão os quatro “mitos” acima apresentados (porventura os mais comuns) sobre a diversas vezes invocada – mas, salvo melhor opinião, até aqui sempre indemonstrada – “crise do Direito Constitucional”, passamos agora a analisar um outro fenómeno, o da *incompreensão* ou,

²² Para uma síntese analítica do pensamento deste Autor, cfr. PAULO CASTRO RANGEL, *O estado do Estado – Ensaios de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, Publicações Dom Quixote, Alfragide, 2009, pp. 143 a 178.

²³ Sem esquecer ainda os contributos de Autores como JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 201 e ss.; e LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral...*, *cit.*, pp. 450 e ss..

²⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *cit.*, p. 8.

noutros termos, da *instrumentalização* do Direito Constitucional. E fazemo-lo, essencialmente, por dois motivos.

Por um lado, porque, em nosso entender, tal fenómeno constitui (este sim) uma das principais causas da crise do Direito Constitucional entre nós, sendo também, paralelamente, o maior obstáculo à plena compreensão do papel que deve caber ao Direito Constitucional nestes tempos de crise.

Por outro lado, e sendo este um texto oferecido em homenagem ao Professor JORGE MIRANDA, é justo assinalar que as posições seguidamente defendidas têm origem, em grande medida, no ensino do Homenageado, de quem tivemos a honra de ser alunos nos cursos de Licenciatura e de Mestrado, e a quem publicamente agradecemos o exemplo inextinguível de dedicação à Universidade.

4. Sem escamotear que a mais grave crise que hoje atravessamos, mais do que uma profunda crise económica, é, acima de tudo, uma preocupante crise de *valores*²⁵ – cuja solução no plano político, segundo nos parece, deverá forçosamente passar por (embora não se esgote em) uma recuperação da *ética constitucional*²⁶ –, a verdade é que os actuais tempos de crise económica e financeira representam um teste crucial para “pôr à prova” as capacidades e os limites do Direito Constitucional, em particular nos que se refere à aplicação e plena efectividade dos preceitos jusfundamentais.

²⁵ Neste sentido, afirmando que “*A sociedade portuguesa entra no século XXI em crise. Crise moral, com uma extensão e com contornos eventualmente surpreendentes*”, cfr. HENRIQUE MEDINA CARREIRA, *O Fim da Ilusão*, Editora Objectiva, Carnaxide, 2011, p. 93.

De salientar que *esta* crise não é nova, sendo que já há mais de um quarto de século escreveu DIOGO FREITAS DO AMARAL que “*O maior défice que actualmente existe na nossa vida colectiva não é o do Orçamento, nem o da dívida pública, nem o das contas com o exterior – é o défice moral*”: cfr. *Uma Solução para Portugal*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1985, p. 54.

²⁶ Utilizamos o conceito tal como formulado por PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 193 a 201; *idem*, “Ética constitucional: contributo para uma limitação do Poder Político”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 581 a 593.

Ora, a tónica dominante entre nós assenta na alternância entre dois discursos políticos que, sendo contraditórios entre si, comungam porém da mesma incompreensão do papel do Direito Constitucional e da pretensão da sua instrumentalização a favor de propósitos ideológicos ocultos e interesses puramente conjunturais.

Assim, de uma banda, culpa-se a Constituição por ser responsável pelo atraso económico do País, na medida em que os objectivos programáticos nela cristalizados manietam a liberdade dos actuais decisores e dificultam a promoção de políticas agressivas de crescimento (v.g., liberalização dos despedimentos ou privatização de um maior número de empresas detidas ou participadas por entidades públicas).

Em sentido oposto, outro discurso aponta para a necessidade de conferir dignidade (e forma) constitucional de um cada vez maior número de direitos, todos peremptoriamente qualificados de “fundamentais” e todos, claro está, urgentemente carecidos de expressa consagração no texto da Constituição formal para adquirirem suficiente força jurídica para resistirem às ameaças que sobre eles impendem.

Deste modo, oscilando entre “ré” e “salvadora” – ou, noutra perspectiva, entre “causa” ou “solução” da crise –, a Constituição vai-se mantendo constantemente no centro do “debate” político²⁷, sem qualquer vantagem para a estabilidade do regime, para a eficácia da governação ou sequer para as garantias dos cidadãos perante o poder. Pelo contrário, o único resultado visível do confronto entre as duas correntes acima identificadas traduz-se no indefinido perpetuar da “querela constitucional”²⁸, expresso

²⁷ As aspas são, apesar de tudo, benevolentes, uma vez que se revela imperioso concordar com JOSÉ GIL quando este Autor observa friamente que, em Portugal, “*Não há debate político*”, nem tão-pouco existe verdadeiramente espaço público, o qual se encontra “*nas mãos de umas quantas pessoas cujo discurso não faz mais do que alimentar a inércia e o fechamento sobre si próprios da estrutura das relações de força que elas representam*”: cfr. *Portugal, Hoje – O Medo de Existir*, 12ª ed., Relógio D’Água Editores, Lisboa, 2008, pp. 24 e 25.

²⁸ Apesar de esta “querela” ter atingido o auge no período até à revisão constitucional de 1989, a verdade é que, como nota JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, ainda hoje se regista “*a ausência de um consenso constitucional efectivo e de um mínimo de respeito cívico pela lei fundamental*”: cfr. *Elementos de Direito Público Lusófono*, cit., p. 72.

através de um frenético revisionismo que descaracteriza a identidade da Constituição e degrada inevitavelmente a sua força normativa²⁹.

4.1. Apreciando criticamente a primeira corrente de pensamento, concede-se que, na sua versão inicial, a CRP era excessivamente densa e, sobretudo, demasiado marcada do ponto de vista ideológico – não por acaso, a obrigação (prevista no artigo 185º, nº 2 do texto constitucional, na redacção originária) de os Governos deverem definir e executar a sua política “*por forma a corresponder aos objectivos da democracia e da construção do socialismo*” foi até apelidada de anti-democrática³⁰.

No entanto, a verdade é que foi ao abrigo desta mesma Constituição (sobretudo, após as suas três primeiras revisões) que Portugal se afirmou como um Estado de Direito democrático e aderiu, ainda na década de 80 do século passado, à (então) Comunidade Económica Europeia, deste modo abrindo portas a um desenvolvimento económico (apesar de tudo...) significativo.

Salientando “*a diversidade de objectivos que através da revisão da Constituição são perseguidos pelas forças político-parlamentares da direita e da esquerda*”, o que teria ficado patente sobretudo no processo de revisão constitucional de 2004, cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Revisão ou Dissolução Constitucional? Nota sobre as Revisões Constitucionais de 2004 e 2005”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 272.

²⁹ Para uma crítica a este revisionismo, cfr., em especial, JORGE MIRANDA, “Acabar com o frenesim constitucional”, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 653 e ss., MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “A única revisão necessária (comentário ao artigo 284º da Constituição da República Portuguesa”, in *Lusíada, Direito*, II Série, nº 1, Janeiro-Junho de 2003, pp. 159 e ss.; PAULO OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 569; ANTÓNIO ARAÚJO, “A Constituição como “problema””, in *A Constituição Revista* (coord. Nuno Garoupa), e-book da Fundação Manuel dos Santos, pp. 135 a 141 (disponível em www.ffms.pt); bem como JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Elementos de Direito Público Lusófono*, cit., pp. 66 e ss..

³⁰ Cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “Uma Constituição Democrática Hoje – Como?”, in *Estudos de Direito Público*, vol. II (Obra Dispersa), tomo II, Universidade de Coimbra, 2002, p. 154; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Uma Solução para Portugal*, cit., p. 72; e LUÍS BARBOSA RODRIGUES, *Uma Nova Constituição para Portugal*, Media XXI, Porto, 2010, pp. 7 a 9.

Além disso, se, após *sete* revisões (1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005), ainda não foi possível expurgar da CRP as pretensas “barreiras” ao desenvolvimento do País, é de recear que o sucessivo desencadear de novas revisões não seja suficiente para alcançar tal desiderato; no mínimo, não é nada líquido que seja “a próxima” revisão constitucional a conseguir o que todas as anteriores não lograram fazer...

Sobretudo, o que não pode deixar de se denunciar nesta sede é que semelhante proposta de “desideologização” da CRP também não é *neutra*, antes se encontra, ela mesma, ideologicamente comprometida, na medida em que, sob pretexto de tornar a Constituição num referencial asséptico do ponto de vista ideológico, no fundo o que preconiza é, tão-somente, a *substituição de uma determinada ideologia por outra*.

Na verdade, se, perante uma crise económica, se entende que a “culpa” reside nos direitos sociais previstos na Constituição e se considera que a solução passa, por isso mesmo, pela adopção de medidas como, por exemplo, a flexibilização do mercado de trabalho mediante a abolição da proibição constitucional do despedimento sem justa causa (cfr. artigo 53º da CRP), cumpre ter presente que esta proposta corresponde a uma pura opção *política*, que como tal deve ser claramente assumida pelos seus responsáveis. Ainda que se alegue que tal medida é necessária para competir nos “mercados” e sobreviver num Mundo crescentemente globalizado, não se deve esquecer que os mercados são instrumentos *políticos*³¹ e que a própria globalização corresponde a um movimento *ideológico*³².

³¹ Cfr. ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, “Neoliberalismo e Direitos Humanos”, in *Francisco Salgado Zenha – Liber Amicorum*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 354 e 355.

³² Afirmando que “*Esta globalização não é um “produto técnico” deterministicamente resultante da evolução tecnológica, é antes um projecto político levado a cabo de forma consistente e sistemática pelos poderes dominantes, enquadrado e dominado pela ideologia dominante*”, cfr. ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, “Neoliberalismo e Direitos Humanos”, *cit.*, p. 365.

TONY JUDT acrescenta mesmo que “*Nada é mais ideológico, afinal, do que a afirmação de que todos os assuntos e políticas, privados e públicos, têm de voltar-se para a economia globalizada, as suas leis inevitáveis, e a suas exigências insaciáveis*”: cfr. *O Século XX Esquecido*, *cit.*, p. 27.

Não adianta, pois, pretender que determinada alteração constitucional é inócua (se assim fosse, para quê introduzi-la?) e, muito menos, ideologicamente indiferente: mesmo se apresentada sob vestes *tecnocráticas*, nenhuma alteração constitucional deixa de corporizar um projecto político concreto e determinado³³.

Deste modo, porque a toda a escolha subjaz necessariamente um qualquer parâmetro³⁴ e nenhum poder político é moralmente neutro³⁵ – “*não haver Deus é um deus também*” (FERNANDO PESSOA) –, não há que ocultar as crenças ideológicas que presidem a cada decisão política, até para que as mesmas possam ser entendidas até às suas últimas consequências e, nessa conformidade, esclarecidamente escrutinadas pelo eleitorado.

Aliás, a prova do que afirmamos reside justamente no afã com que, após o “triufo” da constitucionalização das alterações propostas, as forças políticas que as propuseram logo se apressam a defender ciosamente o seu “troféu”: depois de uma campanha contra a carga ideológica contida na Constituição, que deveria ser esvaziada de substrato para que maiorias políticas diferentes pudessem também implementar as suas ideias, eis que, constitucionalizada a *sua* ideologia, a Constituição passa a ser subitamente um texto quase sagrado e tendencialmente intocável³⁶. O que

³³ De resto, a consciência tecnocrática dominante é também uma ideologia com fins de legitimar a dominação de uma elite sobre a massa da população cada vez mais despolitizada, como demonstra JÜRGEN HABERMAS, *Técnica e Ciência como “Ideologia”*, Edições 70, Lisboa, 2009, *maxime* pp. 71 e ss..

³⁴ Como afirma ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “*Se não é possível satisfazer todos os interesses, sacrificar a construção duma escola à construção dum estádio supõe já uma opção política. Isto é, supõe que o Estado se representou um certo quadro hierarquizado de valores sociais que pretende defender e cuja realização promove*”: cfr. *Direito Público e Sociedade Técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2009, p. 87.

³⁵ Cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral...*, *cit.*, pp. 72 e 90.

³⁶ Como ironicamente nota ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “O conceito ocidental de Constituição”, *cit.*, p. 73, “*quantas vezes serão aqueles que, por força da sua concepção do mundo e da vida, mais completamente dessacralizaram e relativizaram a constituição, até fazerem dela, como dizia Lassalle, «uma simples folha de papel», justamente os que, obtida uma vitória constitucional, arrebatadamente se transformam em corifeus dos coros laudatórios da santidade do texto*”.

corroborar a ideia da *instrumentalização* do Direito Constitucional: para esta corrente, o verdadeiro problema não é o comprometimento ideológico da Constituição, mas sim a sua discordância face à concreta ideologia constitucionalmente acolhida.

4.2. Como se referiu, em contraponto à corrente acima analisada (que defende a desconstitucionalização de matérias, nomeadamente direitos sociais, como meio de conferir maior amplitude decisória ao legislador no combate à crise económica), existe uma outra corrente que, ao invés, considera que a crise económica impõe a constitucionalização de um cada vez maior número de direitos, de modo a que o seu conteúdo não possa ser atingido por quaisquer actos infra-constitucionais que pretendam implementar “políticas de austeridade”.

No entanto, esta corrente, levada ao extremo, perde a noção do que devem ser os limites de uma Constituição e desconsidera os problemas (inclusive, práticos) provocados pela sobrecarga do texto constitucional com novos e novos direitos.

Como refere OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Proclamar novos direitos sai de graça*”³⁷. Porém, a criação de cada novo direito fundamental obriga à compressão do campo de operatividade dos direitos já existentes, o que frequentemente coloca delicados problemas de concordância prática; e, como assinala PAULO OTERO, num contexto em que tudo é potencialmente fundamental, é a fundamentalidade de cada direito que acaba inevitavelmente por sair fragilizada³⁸. Esta lógica puramente quantitativa de “mais e mais direitos”, este “*discurso superlativo dos direitos fundamentais*”³⁹, além

³⁷ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 76.

³⁸ Cfr. PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária – do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Principia, Cascais, 2001, pp. 154 e ss.; *idem*, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 527 e ss..

³⁹ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 88.

de demasiadas vezes obnubilar a existência de deveres fundamentais⁴⁰, nem sempre atribui suficiente importância à necessidade de “evitar o risco da panjusfundamentalização e da conseqüente banalização dos direitos fundamentais”⁴¹, acabando por ceder à pressão mediática, como se *qualquer* reivindicação devesse ser justa *por natureza*, o que obviamente não sucede⁴²: a concepção de que “tudo é legítimo”, alicerçada numa rawlsiana “neutralidade das concepções do bem”⁴³, conduz inexoravelmente a um relativismo axiológico e, no limite, a uma deriva niilista.

Por outro lado, sabendo-se que todos os direitos fundamentais (não apenas os denominados direitos sociais, mas também os direitos, liberdades e garantias) contêm no seu âmbito pretensões cuja satisfação reclama prestações e implica custos por parte do Estado⁽⁴⁴⁾, cumpre chamar a atenção para o alerta lançado por CASALTA NABAIS de que “*não há direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla*”⁴⁵. E, se todos os direitos fundamentais têm custos, torna-se necessário ponderar seriamente se o novo direito que se pretende constitucionalizar tem efectivamente uma natureza e dignidade jusfundamental e se existem recursos suficientes para garantir a sua satisfação sem restringir intoleravelmente os demais direitos já existentes, pois a imposição constitucional de o Estado satisfazer (mais) esse direito implicará um acréscimo de custos que poderá ser incomportável e que, em última análise, irá sempre repercutir-se sobre os contribuintes. Não basta, pois, instituir um catálogo generoso de direitos fundamentais e esperar que estes direitos se auto-garantam (ou que a sua

⁴⁰ Sobre os deveres fundamentais, cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, pp. 83 a 85, 109 e 110, 165 a 175 e 197 e ss..

⁴¹ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, cit., p. 121.

⁴² A crítica é de MATTHIEU BAUMIER, *A Democracia Totalitária – Pensar a Modernidade Pós-Democrática*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 2007, p. 19.

⁴³ Sublinhando que o “consenso de sobreposição” de JOHN RAWLS encerra o risco de descambar num relativismo axiológico, ao fazer “*esquecer a existência de uma hierarquia entre os valores conflitantes*”, cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, cit., p. 412. *Vide*, ainda, LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral...*, cit., pp. 48 e ss..

⁴⁴ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, cit., pp. 176 a 179.

⁴⁵ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, cit., p. 195. No mesmo sentido, cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, cit., p. 539.

mera consagração constitucional automaticamente os garante): como, realisticamente, os direitos fundamentais não podem ser assegurados por um Estado falido ou incapacitado⁴⁶, a sua constitucionalização, porque desacompanhada da disponibilização dos recursos que permitem dar-lhes plena efectividade, pouco mais fará do que transformá-los em “*promessas piedosas*”⁴⁷.

Por fim, cumpre referir que é ilusório pensar que cabe à Constituição resolver todos os problemas, sendo que a pan-constitucionalização de direitos não constitui solução para qualquer crise económica: não só há realidades que se impõem mesmo contra a previsão constitucional⁴⁸ como, inclusivamente, por vezes a constitucionalização gera mesmo um efeito contraproducente quanto à implementação das matérias constitucionalizadas⁴⁹. Acresce que a mera constitucionalização redundará num esforço inglório de defesa dos direitos quando depois nos depararmos com uma jurisprudência

⁴⁶ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, cit., p. 176.

Enfatizando que o (não) crescimento da economia portuguesa compromete a possibilidade de financiamento do nosso Estado Social, cfr. HENRIQUE MEDINA CARREIRA, *O Fim da Ilusão*, cit., *passim*.

⁴⁷ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, cit., p. 177.

Notando que certos partidos da oposição, “*à margem do poder e do sistema*”, “*fazem propostas que, em muitas situações são irrealistas*”, acentua PAULO TRIGO PEREIRA que tais partidos políticos, “*Dizendo-se e crendo ser defensores do Estado Social, não levam a sério o problema das finanças públicas, contribuindo objectivamente para o agravar, através do apoio a propostas que invariavelmente aumentam a despesa sem contrapartida de aumento do financiamento, o que, paradoxalmente, levará, a prazo, à própria falência do Estado Social que dizem defender*”: cfr. *Portugal: Dívida Pública e Déficit Democrático*, edição da Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2012, p. 86.

⁴⁸ Assim, por exemplo, nunca foi o facto de Constituições de regimes monárquicos proibirem a existência de partidos republicanos que impediu esses mesmos partidos “*se desenvolvessem e, quase sempre, acabassem por derrubar através de movimentos revolucionários as mesmas monarquias que os proibiam*”: cfr. PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária...*, cit., p. 236.

⁴⁹ Neste sentido, sublinhava DIOGO FREITAS DO AMARAL, em 1985 (cfr. *Uma Solução para Portugal*, cit., p. 52), que Portugal “*em regime capitalista teve e aplicou quatro planos de fomento*”, ao passo que, “*desde que optou pelo socialismo não foi capaz de elaborar um único plano económico de médio prazo, apesar de o planeamento ter passado a ser constitucionalmente obrigatório...*”.

que, sobretudo em matéria de direitos sociais, “*conduz quase sistematicamente a um resultado de não inconstitucionalidade*”⁵⁰: parece, por conseguinte, que o próprio facto de a Constituição ser tantas vezes impunemente desrespeitada – até mesmo por quem deveria protegê-la⁵¹ – deveria constituir motivo bastante para desencorajar os adeptos da tese de que a mera inclusão de determinada matéria ou norma no texto constitucional é uma panaceia para todos os males.

5. Enfrentamos actualmente, já o tem sido proclamado, a maior crise económica desde a “Grande Depressão” de 1929 – numa economia capitalista só aparentemente inspirada em ADAM SMITH⁵², o Homem encontra-se hoje “*ao serviço de uma economia que deveria estar ao seu serviço*”⁵³, perdido num Mundo em que o lucro “*se tornou o único valor humano*”⁵⁴.

A partir do momento em que os governos necessitam de recorrer aos mercados para se financiarem, a sua legitimidade deixa de derivar somente do apoio do eleitorado para assentar também na confiança dos seus credores⁵⁵. E, uma vez que os empréstimos (que geram futuros impostos) são

⁵⁰ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 194.

⁵¹ Criticando o que apelida de “*jurisprudência complacente*” do Tribunal Constitucional desde o início da crise financeira e referindo que, ao aceitar “*facilmente o lançamento de impostos retroactivos*” e ao dar “*o seu beneplácito incondicional aos cortes de salários*”, aquele Tribunal vai sucessivamente reescrevendo a Constituição, “*receando-se que em breve nada reste da protecção dos direitos fundamentais*”, cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 396/2011”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 71º, IV, Outubro/Dezembro de 2011, p. 1279.

⁵² Cfr. a dissipação deste equívoco em VÍTOR BENTO, *Economia, Moral e Política*, edição da Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011, pp. 16 a 18.

⁵³ A afirmação é de MATTHIEU BAUMIER, *A Democracia Totalitária...*, cit., p. 144.

⁵⁴ Cfr. NOAM CHOMSKY, *A democracia e os mercados na nova ordem mundial*, Antígona, Lisboa, 2000, p. 75.

⁵⁵ Esta observação, de uma lucidez assombrosa, foi premonitoriamente efectuada por SABINO CASSESE há quase vinte anos: cfr. “Le Privatizzazioni: Arretramento o Riorganizzazione dello Stato?”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Anno 6, tomo 3-4, 1996, p. 583.

efectuados com base em (pretensamente objectivas) “análises de risco” (de incumprimento), o funcionamento da economia é hoje ditado pelas decisões de agências de *rating*, as quais, apesar de não gozarem de qualquer legitimidade democrática (ou mesmo tecnocrática), dispõem todavia de um poder incomensurável e incontrolado⁵⁶, que exercem através de profecias auto-concretizadas⁵⁷.

Embora não se possa mais defender a denominada “hipótese do mercado eficiente”⁵⁸ e se saiba que “*a fé ilimitada nos mercados desregulados mata*”⁵⁹, ainda assim permanecemos tolhidos por uma letárgica incapacidade de conceber alternativas⁶⁰, afigurando-se que “*as bases económicas de toda a*

⁵⁶ Recorde-se a sempre actual advertência de POPPER de que “*Numa democracia não deveria existir nenhum poder político incontrolado*” (cfr. KARL POPPER/JOHN CONDRY, *Televisão: Um Perigo para a Democracia*, Gradiva, Lisboa, 2007, p. 29) e pense-se quão longe está esta situação do desiderato, previsto na alínea *a*) do artigo 80º da Constituição, de subordinação do poder económico ao poder político democrático... Não sendo demais acrescentar que, nos termos da alínea *f*) do artigo 81º da Constituição, cabe ao Estado assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a, nomeadamente, reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.

⁵⁷ De facto, nenhuma avaliação financeira é neutra, pois “*afecta o objecto que mede, compromete e constrói um futuro que imagina. Deste modo, as agências de notação financeira contribuem largamente para determinar as taxas de juro nos mercados obrigacionistas, atribuindo classificações carregadas de subjectividade, contaminadas pela vontade de alimentar a estabilidade, fonte de lucros especulativos. Quando baixam a notação de um Estado, estas agências aumentam a taxa de juro exigida pelos actores financeiros para adquirirem os títulos da dívida pública desse Estado, ampliando assim o risco de incumprimento que elas mesmas tinham anunciado*”: cfr. AA.VV., *Manifesto dos Economistas Aterrados – Crise e Dívida na Europa: 10 falsas evidências, 22 medidas para sair do impasse*, Actual Editora, Lisboa, 2011, pp. 38 e 39.

⁵⁸ Cfr. TONY JUDT, *Um Tratado Sobre os Nossos Actuais Descontentamentos*, Edições 70, Lisboa, 2010, p. 48. Preconizando, por isso mesmo, o abandono da doutrina neoliberal, que “*assenta na hipótese – hoje indefensável – da eficiência dos mercados financeiros*”; cfr. AA.VV., *Manifesto dos Economistas Aterrados...*, cit., p. 75.

No sentido de que o «mito» mais extraordinário da ciência económica é a ideia de que o mercado livre constitui o caminho de passagem para o desenvolvimento, na medida em que “*É difícil encontrar outra situação em que os factos contradigam tão explicitamente uma teoria dominante*”, cfr. PAUL BAIROCH, citado por NOAM CHOMSKY, *A democracia e os mercados na nova ordem mundial*, cit., p. 45.

⁵⁹ Cfr. TONY JUDT, *O Chalet da Memória*, Edições 70, Lisboa, 2011, p. 180.

⁶⁰ Cfr. TONY JUDT, *Um Tratado...*, cit., p. 18; *idem*, *O Chalet da Memória*, cit., p. 180.

nossa vida política se encontram numa situação sem saída aparente ou, pelo menos, com falta de sentido”⁶¹.

Urge, por isso mesmo, reaprender a formular as perguntas políticas fundamentais⁶² e repensar o Estado: se for verdade que o paradigma liberal está “morto”, porque “*mesmo o mais ousado dos neoliberais pensará duas vezes antes de propor o total desmantelamento do Estado providência*”⁶³ – o que, de alguma maneira, é corroborado pelo facto de que, quando os “mercados” falharem, será o Estado novamente chamado a intervir⁶⁴ –, e se quisermos manter o modelo de Estado social de que beneficiámos na Europa durante as últimas décadas⁶⁵, temos, de uma vez por todas, de compreender que “*a questão fundamental não é a de saber se deve escolher-se o mercado ou o estado*”, mas sim “*a de saber que tipo de mercados pretendemos criar e que tipo de estado pretendemos desenvolver*”⁶⁶. Ironizando, poderíamos dizer que não precisamos de uma “troika”, mas sim de uma *perestroika*...

Tal como NEWTON terá afirmado ser “um pigmeu colocado sobre o ombro de gigantes”, também nós devemos lembrar-nos de que somos “*herdeiros parasitas das democracias liberais*”⁶⁷ e que temos, por conseguinte, a responsabilidade histórica de preservar o legado da democracia que nos

Sublinhando o carácter falacioso do “argumento” thatcheriano de que “não há alternativas”, cfr. o mesmo TONY JUDT, *Um Tratado...*, cit., p. 182; *idem*, *O Chalet da Memória*, cit., p. 181, bem como ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, “Uma leitura crítica da atual crise do capitalismo”, in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LIV, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 20 e 47.

⁶¹ Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *Herança e Futuro da Europa*, Edições 70, Lisboa, 1998, p. 13.

⁶² Cfr. TONY JUDT, *Um Tratado...*, cit., p. 17.

⁶³ Como sustenta JOÃO CAUPERS, *Direito e outras coisas*, cit., p. 781.

⁶⁴ Cfr. TONY JUDT, *Um Tratado...*, cit., p. 18.

⁶⁵ E há muito boas razões para que o queiramos: cfr. TONY JUDT, *O Século XX Esquecido*, cit., pp. 417 e ss..

⁶⁶ Cfr. ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, “Neoliberalismo e Direitos Humanos”, cit., p. 355. Afirmando, em termos próximos, que “*A escolha já não será entre Estado e mercado, mas entre dois tipos de Estado*”, cfr. TONY JUDT, *Um Tratado...*, cit., p. 23.

⁶⁷ Na expressão de JOÃO CARLOS ESPADA, *A Tradição da Liberdade*, Principia, Cascais, 1998, p. 149.

foi transmitido pelos nossos antecessores. Pelo que, conhecendo-se como a sobrevivência do regime democrático depende da robustez da economia em que assenta (recorde-se WEIMAR...), não podemos furtar-nos às escolhas políticas que se nos impõem. Ora, é precisamente neste ponto que o Direito Constitucional poderá ter um contributo decisivo na superação da “crise”, conquanto o saibamos colocar no lugar que efectivamente lhe cabe.

Compete-nos assim, desde logo, assentar na necessidade de construir um Estado Social *sustentável*, o que implica um consenso (mais ou menos alargado) sobre a sua dimensão ideal⁶⁸, sabendo de antemão a distância que separa a Utopia de THOMAS MORUS da “utopia” de NOZICK... Num contexto de gritante escassez de recursos ⁽⁶⁹⁾, em que a sustentabilidade do Estado Social está na ordem do dia, claro que “*Até o social-democrata mais idealista tem de aceitar a necessidade de fazer escolhas*”⁷⁰. Contudo, estas escolhas têm de ser *axiologicamente enformadas*, porque – nunca é demais relembrá-lo – o Estado só existe para garantir os direitos humanos⁷¹, pelo que este processo de *reconstrução* do Estado não deve constituir simplesmente uma cedência às imposições dos “mercados”. Não pode por isso aceitar-se qualquer desvalorização *acrítica* dos direitos sociais – que justamente nestas alturas adquirem uma importância acrescida⁷² –,

⁶⁸ Nesta perspectiva, e até numa óptica de solidariedade inter-geracional, poderia fazer sentido debater mais aprofundadamente a proposta de constitucionalização de um limite ao défice orçamental: cfr., sobre este ponto, entre outros, PAULO TRIGO PEREIRA, *Portugal: Dívida Pública e Déficit Democrático*, cit., pp. 110 a 113, bem como JEAN-RAPHÄEL ALVENTOSA, MICHEL BOUVIER e PHILIPPE MARINI, “L’introduction de la «règle d’or» budgétaire dans la constitution”, in *Constitutions – Revue de droit constitutionnel appliqué*, nº 1, Editions Dalloz, Paris, janvier-mars 2011, pp. 23 e ss..

⁶⁹ No caso português, com a particularidade de o Estado ser financiado ao abrigo de um memorando assinado com o FMI por um Governo de gestão e que, como nota EDUARDO CORREIA BAPTISTA, é orgânica e formalmente inconstitucional: cfr. “Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71º, Abril/Junho de 2011, pp. 485 e 486.

⁷⁰ Cfr. TONY JUDT, *Um Tratado...*, cit., p. 198.

⁷¹ Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, cit., p. 487.

⁷² Como refere JORGE REIS NOVAIS, apesar de os direitos sociais estarem naturalmente “*sujeitos a alteração, reforma, retrocesso, adaptação a novas realidades e a problemas*

nem tão-pouco são constitucionalmente legítimas interpretações que pura e simplesmente afastem a aplicação da Constituição apenas com fundamento nas excepcionais dificuldades financeiras vividas pelo Estado⁷³. A Constituição tem de continuar a fornecer o quadro de valores e os mecanismos institucionais da vida política, bem como traçar os limites (parâmetros jurídicos de controlo) das medidas adoptadas pelo poder político democraticamente legitimado, limites estes que se fundam na protecção de valores com dignidade superior e cuja perenidade não se compadece com derrogações episódicas em nome de uma crise conjuntural. Nas felizes palavras de JÓNATAS MACHADO, em homenagem prestada na última aula de GOMES CANOTILHO, “*não pode haver uma constituição global ou nacional dirigida apenas pelas agências de rating. O estatuto político e jurídico dos cidadãos em geral e dos trabalhadores em especial não pode ser definido pelos índices Dow Jones ou Nasdaq. O valor normativo dos princípios constitucionais não pode ver cortada a sua notação para “lixo”*”⁷⁴.

Em suma, a Constituição não é a causa da crise nem pode, por si só, ser a sua solução. No entanto, nem por isso o Direito Constitucional deixa de poder ter um papel importante para a superação dos problemas com que nos deparamos. E percebê-lo, não sendo tudo, é já um começo.

novos”, não pode esquecer-se que “é também nestes períodos [de crise] que, política e socialmente, mais se faz sentir a sua fundamentalidade e, conseqüentemente, no plano jurídico, a importância de uma adequada compreensão da sua relevância”: cfr. *Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 208 e 209.

⁷³ Cfr., a este propósito, o voto de vencido do Juiz Conselheiro CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA ao recente Acórdão do Tribunal Constitucional nº 613/2011, de 13 de Dezembro de 2011, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁴ Texto consultado em www.uc.pt/fduc.

PRÉMIOS JORGE MIRANDA

“O DIREITO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE”: ESBOÇO CRÍTICO NA PERSPECTIVA RESGATADA DE LIMITES CONSTITUCIONAIS AO DÉFICE E À DÍVIDA PÚBLICA

Por *João Freitas Mendes*

[Aluno do 4º ano de Licenciatura da FDL]

0. Indicação de sequência

1. Introdução; 2. Entre a prática constitucional comparada e os propósitos teóricos subjacentes: a crítica das *razões puras*; 2.1. Limites constitucionais e a prova da realidade: alguns antecedentes; 2.2. A crítica à decisão pública: a doutrina *Public Choice* revisitada; 3. Da função da Constituição vigente e da pertinência dos limites constitucionais; 3.1. Da (in)admissibilidade dos limites em face da natureza da Constituição; 3.2. A função constitucional de equilíbrio e os limites (des)caracterizados; 4. E a democracia? Da intenção *responsabilizadora* e das consequências actuais; 4.1. *Causa e consequência*: a responsabilidade política reforçada?; 4.2. Na *vertigem financeira*: efeitos (pouco) democráticos do circunstancialismo procedimental; 5. Síntese conclusiva.

1. Introdução*

Cumpre principiar por apresentar ao leitor uma súmula dos pressupostos em que assentamos a abordagem dos nossos propósitos neste breve escrito. Respondendo ao mote lançado – “O Direito Constitucional em Tempos de

* Agradeço ao Júri do Prémio Prof. Jorge Miranda pela distinção que muito me honra, bem assim como congratulo a AAFDL pela muito oportuna iniciativa. Aproveitando a

Crise” – afigura-se interessante e pertinente trazer à discussão a questão dos limites à dívida pública e ao déficit orçamental, no contexto da sua mais que provável inscrição nas Constituições dos Estados-Membros¹. Assim: parte-se do pressuposto de que esta acontecerá; o que não significa que se concorde com a mesma. Mas, para ousar responder, importa fundamentar.

Quanto à pertinência do tema em sede de Direito Constitucional, significará este *movimento* o reconhecimento implícito da maior adequação do Estado-nação e do ordenamento jurídico interno para fazer aplicar o Direito²? Será (mais) um passo em frente na dissolução dos laços comunitários ou, pelo contrário, o necessário reforço de mecanismos unitários à escala europeia? Ver-se-á no que concerne aos resultados, mas algo parece-nos certo: ressurge o *debate constitucional*, num contexto de urgência. Eis que surge hoje, a par da subalternização dos mecanismos previstos nos Tratados, o recrudescer das Constituições com um novo limite ao *poder político*, imposto do centro para a periferia.

Como tem notado alguma doutrina, este é um tema que não tem merecido a devida *atenção jurídica*, dado o vendaval de implicações constitucionais e meta-constitucionais que se adivinham. Sendo esta uma problemática de grande actualidade, sabemos que a delimitação das suas áreas de influência

circunstância feliz da publicação deste texto, desejo também agradecer publicamente à Professora Doutora Maria João Estorninho e ao Mestre Pedro Lomba, pela disponibilidade e pelo incentivo. O texto é publicado sem quaisquer actualizações ou alterações de fundo face ao trabalho premiado, escrito em Março de 2012, tendo então carácter inovador, que entretanto se perdeu. (v., entre outros, *Revista Direito e Política*, nº 3, Abril-Junho 2013).

¹ Pacto inter-governamental, em que divergiram apenas Dinamarca e Reino Unido. *Vide*, <http://www.ionline.pt/dinheiro/ue-novo-pacto-intergovernamental-coloca-limites-legais-ao-defice-divida>.

² Pois que estes limites à dívida pública e ao déficit, acompanhados do mecanismo de défices excessivos, previsto no artigo 126º TFUE e protocolo anexo nº 12, existem já no Direito da União Europeia desde 1997, na sequência do Tratado de Maastricht, e têm sido incumpridos por Portugal, França e Alemanha, só para citar os exemplos mais sonantes, pelas razões que se conhecem. Haverá aqui verdadeira sanção, se as multas previstas nunca foram aplicadas aos Estados incumpridores? Sobre este ponto, veja-se PAULO TRIGO PEREIRA, *Dívida pública...*, pp. 26-29.

terá um caminho a fazer no sentido da sua expansão³, pelo que pretendemos enquadrar a questão nos termos actuais, à *revelia* de qualquer ambição de exaustividade no tratamento desta temática.

O foco deste trabalho será de Direito Constitucional, sem dispensar contributos necessários de outras áreas em que se adivinham pontos de contacto, como as Finanças Públicas e a Ciência Política.

2. Entre a prática constitucional comparada e os propósitos teóricos subjacentes: a crítica das *razões puras*

2.1. Limites constitucionais e a *prova da realidade*: alguns antecedentes

Não faria sentido escrever estas linhas sem uma referência, ainda que breve, aos limites constitucionais já existentes noutros ordenamentos jurídicos. Registe-se a importância fulcral da identificação das realidades seguintes: a solução alemã inspirou o Pacto de Estabilidade e Crescimento e é sabido da actual predominância da sua *ortodoxia* político-financeira⁴; de outra banda, a qualidade de federação dos Estados Unidos da América, propõe uma identificação com a União Europeia *sonhada*⁵...

Quanto ao caso alemão⁶, o que ressalta é a definição de limites máximos de endividamento. Quanto a resultados práticos, não impressionam: a disposição do artigo 115º, nº 1 contrasta com a realidade de endividamento⁷,

³ Até porque os *pontos de contacto* e as *áreas expostas* a esta realidade (na economia, nas finanças públicas, na ciência política, etc.) tenderão a aumentar exponencialmente nos próximos tempos, acompanhando a *incorporação constitucional* destes limites, que, como é bom de ver, subjaz à *ratio essendi* desta investigação.

⁴ Em tom crítico quanto à ortodoxia financeira e monetária inspirada no Bundesbank, SOUSA FRANCO, *Problemas...*, pp. 35-38, 40, 43.

⁵ Em relação a este propósito muitíssimo interessante aliás e a merecer reflexão inspirada actualmente, v., entre outros, A. W. HERINGA & P. KIIVER, *Constitutions Compared*, Metro, 2009, pp. 47-57, em especial 51; PEDRO LOMBA, *On finality: The European constitutional discourse between finalism and contractualism*, FDUL, 2010.

⁶ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, pp. 114 e ss..

⁷ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, pp. 121-122.

manifestada em especial na violação sucessiva dos critérios do Pacto de Estabilidade e Crescimento.

O Tratado de Maastricht⁸ é o ponto de partida do Direito Financeiro Comunitário até ao momento actual, em que se pretende impor um Direito Constitucional Financeiro Europeu⁹. À parte das diferenças conjunturais, a *natureza* quantitativa das medidas agora em análise não diverge, pelo que é possível que algumas das críticas feitas então¹⁰, se revistam de grande actualidade, até porque referentes a um mesmo fito: *a sempre almejada (e nunca conseguida)* convergência nominal, desta feita por meios mais gravosos, como veremos – pela constitucionalização dos limites, já previstos no PEC¹¹.

MARIA RITA LOUREIRO chega a uma conclusão, já adiantada por PAZ FERREIRA a propósito da realidade alemã: na realidade, os limites tendem a ser torneados por práticas de engenharia financeira¹². Note-se

⁸ Sobre este ponto, veja-se: EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, pp. 124 e ss..

⁹ “Direito constitucional financeiro não escrito”, na opinião de EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, p. 114. Já notado por Sousa Franco no início dos anos 90. Cfr. SOUSA FRANCO, *ob. cit.*, p. 230.

¹⁰ Entre as quais relevam o carácter arbitrário dos números, a desconsideração das diferentes realidades nacionais, etc.. Sobre este assunto, são abundantes as críticas: PAULO TRIGO PEREIRA (*et all.*), *Economia e Finanças Públicas*, Escolar Editora, 2009; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...* Também, com interesse, GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *Sobre o conceito de convergência social na União Europeia, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, vol. I, pp. 89-109, Coimbra Editora, 2006; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Notas sobre a decisão financeira e a União Económica e Monetária, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sousa Franco*, vol. I, pp. 749-760), FDUL, 2006.

¹¹ O pacto intergovernamental assenta na ideia de que a harmonização mínima é perniciosa porque acentua *quebras* de exigência e promove a prodigalidade de práticas consideradas *laxistas*. Portanto, o fito é a harmonização legislativa máxima pela convergência nominal, no PEC como hoje. É, assim, a exigência máxima propugnada que subjaz às intenções de incorporar tais normas na *Lei máxima*, a Constituição. Sobre este ponto, v. JOSÉ MARIA DE ALBUQUERQUE CALHEIROS, *Em torno da revisão do Tratado da UE*, p. 139, Almedina, 1997. Sobre a convergência nominal (no domínio financeiro), de uma perspectiva crítica e apurada, veja-se Sousa Franco, *Problemas...*, pp. 35-38.

¹² Que foi bem identificada, ainda no séc. XX, por Paz Ferreira, com a maior das actualidades: por exemplo, mais privatizações levam a empobrecimento e a perda de bem-estar. Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, pp. 122, 128.

que este tipo de práticas não é abandonada com a imposição de limites constitucionais – até porque, conceda-se, que os propósitos eleitorais continuam a constituir *o incentivo*¹³.

Também no caso da Califórnia, D. R. KIEWIET conclui sem novidade, face ao exposto: “*although effective in limiting full faith and credit debt, state constitutional debt limitations are readily and routinely circumvented*”¹⁴. Paralelamente, o fenómeno representativo pode ser afectado, no pressuposto, provado no caso norte-americano¹⁵, de que o eleitorado tende a ser financeiramente *mais conservador* do que os seus representantes.

A questão é, em suma, aqui eminentemente de jogo político, em termos idênticos aos levantados pela doutrina da *Public Choice*¹⁶: à partida, os governantes dificilmente aprovarão limites que lhes possam dificultar a reeleição nos próximos actos eleitorais. *Ad contrario*, quando se vêm instados a fazê-lo, ainda assim os limites concebidos são-no em termos de poderem ser torneados¹⁷...

Não cabendo desenvolver mais, conclua-se portanto: parece claro então que, ao contrário do que uma leitura *apressada* da proposta de constitucionalização poderia dar a entender, estas normas quantitativas – nas várias experiências conhecidas – não respondem verdadeiramente

¹³ Cfr. MARIA RITA LOUREIRO, *ob. cit.*, p. 16: “*it is better to lie about the budget (and other fiscal rules) than to take the bitter medicine of deficit reduction. These countries have also shared the practice of inventing mechanisms to circumvent their constitutional and legal restrictions over deficit and debt*”. Esta Autora compara as experiências brasileira e norte-americana nesta matéria. Desde logo porque as medidas que aumentem a despesa são em geral populares. Cfr. PAULO TRIGO PEREIRA, *ob. cit.*, p. 66. Como refere Paulo Trigo Pereira, há uma maximização de votos através do défice – e ao que se pode inferir, os limites apenas aparentemente vedam a actividade política aos ciclos eleitorais.

¹⁴ D. R. KIEWIET, *ob. cit.*, p. 381.

¹⁵ “The history of public debt in the United States at all levels tends to show that the electorate is financially more conservative than are its representatives in government”. Cfr. KIEWIET, *ob. cit.*, p. 381.

¹⁶ Como notam FARBER & FRICKEY, “*Public choice very often highlights problems of the political system*”. Cfr. FARBER & FRICKEY, *ob. cit.*, p. 117.

¹⁷ Tal como na experiência europeia do Procedimento de Défices Excessivos, previsto nos Tratados. Neste sentido, EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, p. 123.

aos problemas de responsabilização da decisão política e da limitação das práticas perniciosas para o défice e a dívida, que servem de razões subjacentes à constitucionalização. Não deixa de ser curioso notar que apesar das diferenças entre democracias constitucionais¹⁸, a incorporação dos *limites enquanto norma constitucional* produz semelhantes resultados perniciosos. Nesse sentido, tenderão a acarretar ainda um problema de efectividade da norma constitucional (não aplicada)¹⁹. No fundo, a questão coloca-se: haverá alguma justificação plausível para persistir numa solução que não provou ainda a sua capacidade? Dito isto, não valeria mais romper com o conservadorismo financeiro e ousar novas soluções políticas e económicas para a União Europeia?

2.2. A crítica à decisão pública: a doutrina *Public Choice* revisitada

*“If some equivalent to the rule of law could be extended to apply to the workings of majoritarian politics, many of the excesses observed in modern democracies would be eliminated”*²⁰.

*“Given the basic structure that allows political action to be discriminatory in its effects, political agents cannot be expected to behave different from the way they are observed to behave”*²¹.

James M. Buchanan

¹⁸ Explicada em termos sucintos, com destaque para questões de legitimação que nos acompanham neste excuro: “As democracias constitucionais não são todas iguais, mesmo que sejam substancialmente iguais as constituições em que elas assentam. As condições para a legitimação democrática variam de contexto para contexto”. PINHEIRO & LOMBA, *ob. cit.*, p. 23.

¹⁹ Como refere Vital Moreira, “problema de livre jogo de forças político-económicas transforma-se em problema de aplicação do Direito Constitucional”. Cfr. VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 108 e ss..

²⁰ *Idem*, p. 178, *ibidem*.

²¹ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, “Same players, different game”, p. 177; *Constitutional Political Economy*, vol. 19, n.º 3, pp. 171-179, September 2008.

A tendência liberal dominante assenta na teorização iniciada pela Escola da Public Choice, que vem, com efeito, a desenvolver uma corrente doutrinária inovadora – o constitucionalismo económico. Manifesta-se na intenção de substituir regras procedimentais²² por regras de natureza quantitativa ou numérica, sob uma capa de pragmatismo²³. Porque, argumentam, o “*due process of law making*” é indiferente aos resultados²⁴. Neste sentido, D. A. FARBER e PHILIP P. FRICKEY²⁵: “*due process of law making could only attack the most obvious errors of decisional structure or procedure, and might be limited to cases where vested benefits or other particularly important individual interests were at stake*”. Aqui se distingue claramente outra crítica, desta feita à permeabilidade do processo legislativo²⁶ aos grupos de pressão e aos *lobbies*, que é central no pensamento da Escola da *Public Choice*, que teoriza assim a “rule of law”, para efeitos de restringir a discricionariedade dos agentes políticos: “the principle that each and every citizen has an equal voice in the decision process (...)”²⁷.

No fundo, critica-se a incerteza²⁸ quanto à incidência das reformas políticas, por ser manipulável pelo governante que pode *seleccionar* determinados sectores do eleitorado com o fito de colher os seus votos.

²² Com relevância directa para este tema, veja-se o artigo 161º/h) relativo à autorização da AR ao Governo para emissão de dívida pública fundada e a tendência para “aligeirar” o conceito de “condições gerais”, que traduz o primado do Governo e do Ministério das Finanças em questões orçamentais, num contexto em que o ritual parlamentar é desvalorizado tendo em conta o ritmo dos mercados. Sobre esta questão, EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, pp. 135-196 e 456-461; GEORGE SOROS, *Globalização*, pp. 17-20, *Temas e Debates*, 2002; MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, pp. 32-33, 51, Almedina, 2011.

²³ “L’hypothèse du droit pragmatique renvoie à des modifications de la normativité qui approfondissent la rupture avec la raison juridique classique”. Cfr. V. VALENTIN, *ob. cit.*, p. 262.

²⁴ NAZARÉ COSTA CABRAL, *Orçamentação pública...*, pp. 637-639.

²⁵ DANIEL A. FARBER & PHILIP K. FRICKEY, *Law and Public Choice*, p. 139.

²⁶ DANIEL A. FARBER & P. K. FRICKEY, *ob. cit.*, p. 132: “The rising influence of special interests on the political process is very troubling”.

²⁷ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, “Same players, different game”, p. 177; *Constitutional Political Economy*, vol. 19, nº 3, pp. 171-179, September 2008.

²⁸ Veja-se, desenvolvendo este argumento, o artigo de A. S. PINTO BARBOSA, *Manipulating Uncertainty, Constitutional Political Economy*, vol. 5, nº 3, pp. 255-271, 1994.

Em paralelo, como nota MUSGRAVE²⁹, associa-se a defesa do Estado mínimo, por considerarem que o modelo de Estado de Bem-Estar é mais propício a práticas perniciosas dado o seu carácter mais interventor, equiparado por estes autores ao Estado Leviatã hobbesiano.

Mas o pessimismo vai mais longe: alcança os próprios processos eleitorais.³⁰ Pelo que, assim sendo, a via proposta só pode ser uma: não serve mudar de governantes, há-que mudar as regras. De algum modo, desconfia-se da *humanidade* da política, proporcionando a sua substituição por números que, em si mesmos, podem ser considerados assépticos e puros. BUCHANAN afirma até que estas serão mais fáceis de mudar do que a *personalidade* dos políticos³¹...

Esta teoria é hoje reaproveitada num contexto de “*fundamentalismo de mercado*”, senão vejamos: será que a constitucionalização dos limites ao défice e à dívida pública não radica num raciocínio analógico *sui generis* entre a lógica de funcionamento dos mercados financeiros e dos mercados políticos?³² A questão que se suscita aqui é, pois, em termos amplos, a da “*penetração dos valores do mercado em áreas às quais eles tradicionalmente não pertencem*”³³.

²⁹ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública...*, p. 109, nota 3.

³⁰ “L’illusion électorale” nas palavras de V. VINCENT, *ob. cit.*, p. 317. São olhados sem qualquer expectativa de *renovação* e *legitimação*. Julgam portanto que estes ainda são um instrumento ao alcance dos políticos.

³¹ JAMES BUCHANAN, *Same...*, p. 178.

³² Cfr. STEFAN VOIGT, *ob. cit.*, p. 39. Sobre este aspecto, veja-se V. VINCENT, *ob. cit.*, “La démocratie comme Marché politique”, pp. 157 e ss.. Este Autor detalha a analogia, analisando ponto a ponto as questões típicas (como as da oferta, da procura, etc.). Faça-se a prevenção, em que se pretende fazer notar a diferença ontológica entre ambos, de que, como afirma George Soros, “*os processos políticos são menos eficientes do que os mecanismos do mercado, mas não podemos passar sem eles*” (*vide nota infra*).

³³ GEORGE SOROS, *ob. cit.*, pp. 17-18. Assiste-se hoje, diariamente, à imposição de medidas de austeridade em nome dos mercados. Ainda que a constitucionalização dos limites possa ter por base uma concepção clássica das finanças públicas e haja um poder político legitimado a fazê-lo, não há dúvida de que existem “pressões externas” que se afirmam tributárias do interesse dos mercados. O que colocaria aqui, se quiséssemos ir mais longe, um problema de titularidade do poder..

Em suma, como se perceberá melhor infra, esta doutrina é pessimista quanto à decisão política, dos seus fins *reais* aos seus procedimentos – por serem *insuficientes* para assegurar o exercício do poder com respeito pela delegação de poderes conferida originariamente no contrato social³⁴, que tem expressão no artigo 108º da Constituição.

E, nesse sentido, defendem que as regras escritas e quantitativamente estritas vão, objectivamente, redireccionar as prioridades – que eram subordinadas a fins egoístas³⁵, expressos no eleitoralismo e nos ciclos políticos, na satisfação de lobbies – no sentido da comunidade.

3. Da função da Constituição vigente e da pertinência dos limites constitucionais

Aqui chegados, julgo que já será possível perspectivar, antecipando conclusões, a *constitucionalização dos limites* numa dupla vertente³⁶, com proveito para a compreensão da medida em análise. Se por um lado é *quantitativa* (enquanto política financeira), por outro se pode descortinar também uma dimensão *qualitativa* (por referência à intenção reformista da sua *ratio essendi*, de política simbólica³⁷ no contexto actual). Assim, evidencie-se, a opção de (não) constitucionalizar não é neutra³⁸.

³⁴ PAULO TRIGO PEREIRA, *Dívida pública...*, pp. 106 e ss..

³⁵ Note-se a crítica de Ambrose Bierce, “*Politics are a strife of interests masquerading as a contest of principles. The conduct of public affairs for private advantage*”. Cfr. FARBER & FRICKEY, *ob. cit.*, p. 153.

³⁶ Segue-se aqui a classificação proposta, com detalhe, por SOUSA FRANCO, *ob. cit.*, vol. II, p. 234.

³⁷ Classificação de Ciência Política, quanto às políticas públicas. Cfr. G. PASQUINO, *Curso...*, pp. 311-312. A verdade é que visa dar-se resposta a um problema crónico das Finanças Públicas portuguesas, só resolvido pelo Estado Novo, cuja Constituição regulava ao pormenor esta matéria.

³⁸ Como bem lembra Sousa Franco, “constitucionalizar envolve poderes e processos jurídico-políticos de direitos fundamentais”, Cfr. SOUSA FRANCO, *Finanças...*, p. 103. Este é também um dos argumentos que acompanha a “*fétichisation de la règle: (...) à présenter la règle de droit comme neutre et objective, dans un processus d’effacement des phénomènes de pouvoir*”. Cfr. V. VINCENT, *ob. cit.*, p. 241.

3.1. Da (in)admissibilidade dos limites em face da natureza da Constituição

“Constitucionalizar uma variável endógena como o défice orçamental – isto é, uma variável não diretamente controlada pelas autoridades – é teoricamente muito estranho”³⁹.

Aníbal Cavaco Silva

Cabe responder, com a síntese possível, à questão fundamental e que impeliu o autor destas linhas a escrevê-las: faz sentido a inscrição dos limites nominais no texto constitucional? Como é sabido, os limites máximos ao défice e à dívida visam implementar rigor orçamental⁴⁰ e são, *prima facie*, uma regra com fim de natureza financeira⁴¹. Poder-se-á afiançar que normas com idêntico propósito existem já no ordenamento jurídico português⁴² pelo que esses rigor e os objectivos financeiros não são hoje estranhos à praxis constitucional e à letra da Constituição⁴³.

Assim sendo, porquê constitucionalizar os limites? Segundo os defensores da *incorporação* constitucional, é o facto de estes limitarem permanentemente⁴⁴ o poder político quanto às más práticas (despesismo, prodigalidade, espiral défice–dívida–défice, etc.⁴⁵), com maior escrutínio do resultado – o (in)cumprimento dessa meta mensurável através de resultados numéricos – que deve impor a sua presença na Constituição.

³⁹ Declarações do Presidente da República, em Agosto de 2011.

⁴⁰ EDUARDO PAZ FERREIRA, *ob. cit.*, pp. 124 e ss., nota 46.

⁴¹ SOUSA FRANCO, *Finanças...*, vol. II, p. 225.

⁴² Por exemplo, os artigos 2º, nº 2 e 4º, nº 1 da Lei 7/98.

⁴³ A novidade portuguesa é a vontade do Governo para inscrever a chamada “regra de ouro” na Constituição.

⁴⁴ “No Estado Novo tomou-se a questão como estrutural”, cfr. SOUSA FRANCO, *ob. cit.*, p. 130. Ao contrário da Constituição de 1976, que é de entre todos os textos constitucionais portugueses o que regula de forma menos rigorosa e mais vaga – no que concerne ao regime de autorização política e controlo de recurso ao crédito público, precisamente *em ruptura* com o classicismo financeiro da Constituição de 1933.

⁴⁵ Sobre estas e outras causas da situação actual, PAULO TRIGO PEREIRA, *Dívida pública...*, pp. 21-41.

Referir, como se viu supra, que é dúbio o carácter limitativo destas normas não será novidade. Quer dizer, a própria formulação de normas como as constantes do PEC é já por si criticável e ainda carece de justificação face aos insucessos actuais latentes; ora, em face disto a constitucionalização parece nada resolver quanto ao problema de base e acrescenta renovadas interrogações, em face da natureza da Lei Fundamental.

Assim, só fará sentido constitucionalizar se no (con)texto da Lei Fundamental o preceito for apto a produzir os efeitos que dele se esperam obter⁴⁶. O que parece não acontecer: mesmo que a acção política faça tudo o que está ao seu alcance, tal pode não ser suficiente – como refere JORGE MIRANDA, “há factores externos muito mais fortes que podem impedir o seu cumprimento”⁴⁷.

Vista e afirmada a discordância quanto à *operação: constitucionalização*⁴⁸, surge uma alternativa que chocaria menos, em face da natureza quantitativa e de maior razoabilidade⁴⁹: a inscrição dos limites em Lei de valor reforçado, nos termos do artigo 112º, nº 3 da CRP. Mais especificamente, na Lei de Enquadramento Orçamental⁵⁰ (LEO), prevista no artigo 106º, nº 1 da CRP. Como é sabido, esta última é considerada lei de valor reforçado

⁴⁶ De certo modo, como refere Paulo Otero, “a vigência de qualquer norma depende da efectividade do seu preceito”. PAULO OTERO, *Direito Constitucional...*, p. 180.

⁴⁷ Declarações do Professor, disponíveis em <http://www.ionline.pt/portugal/constitucionalizar-divida-jorge-miranda-contra-luis-amado-favor>. Este argumento é tanto mais válido por se ter verificado repetidamente quanto aos limites do PEC.

⁴⁸ Em sentido diferente, favorável à constitucionalização dos limites, veja-se a posição de PAULO TRIGO PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 107-110.

⁴⁹ Como nota NAZARÉ COSTA CABRAL, *ob. cit.*, pp. 638-639, este novo contexto de imposições de origem externa depende de “*pacto de regime*”. Como tal, sublinhe-se que o líder do PS é apenas favorável à inserção dos limites em lei de valor reforçado (http://www.dn.pt/politica/interior.aspx?content_id=2268459; <http://www.ps.pt/gpps-noticias/noticias/seguro-reitera-que-limites-ao-defice-e-divida-nao-devem-estar-na-constituicao.html>).

⁵⁰ Neste sentido se pronunciou já o Professor Jorge Miranda (<http://www.rtp.pt/noticias/?article=507995&layout=122&visual=61&tm=9&>). Em sentido contrário, Paulo Mota Pinto, deputado do PSD, defende a constitucionalização (<http://www.rtp.pt/noticias/?article=412958&layout=121&visual=49&tm=6&>). Dada a actualidade do assunto, os órgãos de comunicação social são fontes a não enjeitar.

se preencher um dos requisitos do artigo 112º, nº 3 da CRP⁵¹. Sem entrar aqui na discussão, pode afirmar-se como preferível a *solução*: LEO, no âmbito de uma Lei de valor reforçado.⁵²

3.2. A função constitucional de equilíbrio e os limites (des)caracterizados

*“The constitutional rules that remain unchanged constrain the ways in which the rules can be changed. Constitutional rules can channel constitutional change but can hardly be its sole initiator”*⁵³.

Stefan Voigt

Cabe problematizar brevemente a materialidade subjacente à constitucionalização dos limites – normas de direito financeiro – e a sua relação com a Constituição. E porquê? Porque tende a ser obliterado pelos seus defensores que o texto da Lei Fundamental é sempre um compromisso: não só social, mas entre normas e princípios também. Em caso algum a leitura da Constituição permitiria esquecê-lo.

A putativa constitucionalização das *novas normas* em análise, terá que ser pesadas, também, pela consideração mais cabal das *incumbências prioritárias do Estado* (artigo 81º) subordinadas a *princípios da organização económica* (artigo 80º), pelas razões de equilíbrio subjacentes à afirmação de S. VOIGT com que iniciamos esta breve abordagem.

⁵¹ Pese embora existam divergências quanto ao critério mais adequado: entre a consideração desta como *pressuposto normativo necessário* (neste sentido, GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS (*et all.*), *A Lei de Enquadramento Orçamental anotada e comentada*, p. 38. Cfr. PINHEIRO & LOMBA, *ob. cit.*, p. 146, nota 269) e, sob outro ponto de vista, *dever geral de respeito* (neste sentido, A. SOUSA PINHEIRO e PEDRO LOMBA, *Comentário...*, p. 146).

⁵² Sobre o conceito, elenco, conteúdo, etc. veja-se, por todos, JORGE MIRANDA, *Manual...*, tomo V, pp. 353-388.

⁵³ Cfr. S. VOIGT, *ob. cit.*, p. 69.

É verdade que a tradição constitucional posterior a 1976 é fértil em revisões de pendor comunitário⁵⁴, reconhecendo de alguma maneira a prática da *Constituição real*⁵⁵. Mas autores como JORGE MIRANDA⁵⁶ ou PAZ FERREIRA⁵⁷, continuam a perspectivar a Constituição Económica – vertida na Parte II (artigos 80º a 107º) – como intervencionista, pelo que os *instrumentos financeiros* que tratamos não podem ignorar os objectivos de política económica do Estado, no âmbito da denominada Constituição Financeira material⁵⁸ (os objectivos financeiros estão vertidos actualmente na letra dos artigos 2º, 9º e 81º da Constituição⁵⁹).

Pois também parece que o carácter quantitativo de uma norma de Direito Financeiro como esta seria, em todo o caso, temperado pelos princípios constitucionais atinentes às finalidades do próprio Estado. Isto é, cai assim o argumento *messiânico*⁶⁰ da necessidade dos limites, assente

⁵⁴ Quer no que toca à assunção de compromissos no seio da União Europeia, quer na *desideologização* do texto original. Revisões Disponíveis em <http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Pagi.nas/default.aspx>.

⁵⁵ Classificação distintiva que se reveste de grande importância, pelo que se diz e pelo carácter programático do texto constitucional, dependente portanto da sua aplicação pela Administração e pelos Tribunais. Por referência à revisão de 1989, num sentido que permitiu a S. Cassese falar de “*Nova Constituição Económica*”. Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, p. 128, AAFDL, 2001.

⁵⁶ Como assinala JORGE MIRANDA, *Manual...*, tomo I, p. 416. Até porque nesta parte da Constituição persistem ainda normas cujo alcance semântico se julgaria ultrapassado no contexto actual – por exemplo, o artigo 87º em face do artigo 3º/b) do TFUE.

⁵⁷ Neste sentido, EDUARDO PAZ FERREIRA, *Em Torno das Constituições...*, p. 316.

⁵⁸ A política financeira é *inseparável* da política económica, refere PAULO DE PITTA E CUNHA, *Introdução...*, p. 119. Conforme acentua Gomes Canotilho, a propósito da indiferença à análise das questões jurídico-financeiras pelos cultores do Direito Constitucional, “é certo constituírem hoje os problemas da Constituição financeira e da sua articulação com as Constituições económica e política do Estado um dos temas fulcrais da Teoria do Estado”. Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Em Torno das Constituições...*, p. 300, nota 9.

⁵⁹ Cfr. SOUSA FRANCO, *Finanças...*, pp. 246-247.

⁶⁰ Porque importa não esquecer que um puro classicismo financeiro tenderá a quebrar o *contrato social* entre governantes e governados (a parte *mais fraca*, os cidadãos, é a primeira a ceder. PAULO TRIGO PEREIRA, *ob. cit.*, p. 108) e assim sofrerá a própria legitimidade democrática, com o perigo de se enxertar um poder autónomo da própria democracia, atenta a história portuguesa de *défice zero* no período do Estado Novo.

na consideração *isolada* dos mesmos – e conducente, perdoe-se nos o trocadilho, a uma visão *limitada* dos próprios fins de interesse público⁶¹.

Assim, importa conhecer a lei fundamental vigente – porque, note-se, esta deve sempre, qualquer que seja o seu texto, desempenhar uma *função de equilíbrio*⁶², entre políticas conjunturais e políticas estruturais; neoliberalismo e Estado social de Direito⁶³. Mesmo a política financeira prossegue “*finalidades ou objectivos de ordem económico-social*”, como refere SOUSA FRANCO⁶⁴. No fundo, a consideração da Constituição ajuda a prevenir o perigo do *status iustitia vacuus* (*Estado desprovido de Direito*), nos termos em que este era já vislumbrado por KANT⁶⁵. Soa adequada, portanto, no *terminus* deste ponto, a crítica sugestiva de OLIVER WENDELL HOLMES⁶⁶: “*The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics*”.

4. E a democracia? Da intenção *responsabilizadora* e das consequências actuais

4.1. *Causa e consequência*: a responsabilidade política reforçada?

Não podia deixar de enquadrar a questão em análise do ponto de vista da responsabilidade política, temática de grande actualidade (num contexto em que se fala de substituir, em certos casos, a responsabilidade política por

⁶¹ O que se pretende é, portanto, que a finalidade financeira seja temperada pelas finalidades económico-sociais, no dizer de Sousa Franco. SOUSA FRANCO, *ob. cit.*, vol. II, pp. 224-225, 226 e ss..

⁶² Neste sentido, PAULO OTERO, *Direito Constitucional...*, pp. 164 e ss., 174 e ss.. O Autor fala expressamente na necessidade de um compromisso constitucional – *compromisso normativo interno* – entre a abertura constitucional e o sentido dessa mesma abertura.

⁶³ Aqui em conflito o princípio do mercado e o princípio do Estado social, nas palavras de Cristoph Horn. Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas...*, p. 466.

⁶⁴ Cfr. SOUSA FRANCO, *Finanças...*, vol. II, p. 225.

⁶⁵ O Direito é controverso (*ius controversum*) e está assim posto em causa o papel do Juíz, *maxime* Constitucional. Sobre esta temática interessante, ver KANT, *ob. cit.*, pp. 176-177.

⁶⁶ Cfr. FARBER & FRICKEY, *ob. cit.*, p. 153.

formas “*menos flutuantes*” como a criminal⁶⁷), considerando o sentimento popular de *impunidade* em (e pelos) tempos de crise. Pelo que se vem dizendo no que concerne à crítica da decisão política, é de todo o interesse reconhecer o efeito *pretendido* de acrescida responsabilização como um dos reflexos com maior interesse constitucional e que não deixa de estar na *ratio legis* contemporânea dos referidos limites.

O fundamento da responsabilidade política, como lembra PEDRO LOMBA, é a cisão *pós contrato social* entre a titularidade e o exercício do poder, aliás previsto no artigo 108º da CRP. Essa cisão traduz-se na *ratio* destas medidas, pelo que o princípio representativo não pode deixar de ser considerado também, nestes precisos termos: se este está em crise, os representados tenderão a exigir mais dos seus representantes, o que conduz a manifestações populares de responsabilizações extremas, que estão em voga. Como digo, simplificando, é um sintoma de crise da representatividade que leva ao aumento da fiscalização. Pois que, como nota JORGE MIRANDA, a responsabilidade política é representação e fiscalização⁶⁸.

Restrinjam-se desde já os termos da questão: como é evidente, desde já se diga que é duvidoso que a natureza quantitativa dos limites se possa fazer equivaler a uma *obrigação de resultado*. Pois que, à primeira vista, se aumenta a responsabilização, esta terá que ser esvaziada aquando da percepção da concorrência de variáveis de natureza endógena⁶⁹. Se *prima facie* estes limites intentam aumentar a exposição dos políticos ao controlo e à responsabilização (*maxime* eleitoral), a verdade é que, para que tal se repercutisse na efectivação dessa responsabilização seria necessário estabelecer que os *limites constitucionais* reflectem mais a acção política e menos a globalização, os mercados – enfim, a conjuntura. A questão que se coloca é a seguinte: poderá um político responder, politicamente, por algo que está fora do seu alcance?

⁶⁷ PEDRO LOMBA, *A teoria...*, p. 33.

⁶⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, pp. 11-50, 111. A responsabilidade política funciona pois como consequência do exercício do poder político e *conditio sine qua non* para o equilíbrio entre órgãos do Estado e poderes legislativo e executivo.

⁶⁹ Percepcionadas desde logo pelo Presidente da República, já citado.

Em suma, se o benefício dos *limites* encontrar-se-ia na tradução da governação em expressão numérica, que traria acrescido controlo *quantitativo*, publicidade e responsabilização, não se deve acolhê-lo sem mais, pois que tal pode, por vezes, não passar de uma *ilusão de óptica*, à semelhança da engenharia financeira e das manobras dilatórias⁷⁰ que visam conter. Outra não poderia ser a conclusão, dado que a redução da responsabilidade do governante deve andar de mãos dadas com a redução da sua margem de decisão, isto é, da sua liberdade e autonomia funcionais.

4.2. Na *vertigem financeira*: efeitos (pouco) democráticos do circunstancialismo procedimental

Por último, e não menos importantes, há efeitos (re)prováveis para a democracia constitucional que não sendo originais, devem – pelo menos – merecer uma atenção renovada.

De facto, a prática da União Europeia tem sido um factor de erosão do poder material do Parlamento⁷¹ – maxime, o próprio caso da *imposição* franco-alemã (!), do centro para a periferia, da constitucionalização dos limites ao défice e à dívida⁷². Decorre também desta questão o primado funcional do Governo face à Assembleia da República⁷³. A este propósito,

⁷⁰ PAULO TRIGO PEREIRA, *Dívida pública...*

⁷¹ Outro ponto interessante, advém da recordação de Montesquieu: *o poder deve limitar o poder* (cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, vol. III, p. 377). Num contexto em que o governo e, por via da delegação do exercício do poder, o país se encontra ligado umbilicalmente a uma “*burocracia distante e onipotente*”, na expressão de Miguel Moura e Silva (v. *O memorando da troika em análise: Finanças Públicas e Concorrência e Regulação*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano IV, nº 2, pp. 19-25, Almedina, Setembro de 2011), é importante ressaltar o papel do Parlamento.

⁷² Situação que indicia, para alguma doutrina, também a afirmação de uma iniciativa informal de revisão constitucional por parte do Governo. Sobre este assunto, PAULO OTERO, *Direito...*, pp. 237-239.

⁷³ Não será verdadeiro que a *soberania parlamentar* fica hoje em terras portuguesas e é substituída pela *soberania governamental*, que viaja de avião? Sobre este ponto, v. PAULO OTERO, *Instituições...*, p. 467, nota 3310. Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional...*, p. 240. No mesmo sentido, em geral, PASQUINO, *ob. cit.*, pp. 244-248, 271-275.

constata JOÃO MIRANDA⁷⁴: “pela crescente importância dos compromissos políticos assumidos pelo Governo à escala europeia que são apresentados ao Parlamento como factos consumados”.

Pois que hoje assiste-se, porventura, a um sinal preocupante na recuperação de algum do argumentário financeiro clássico⁷⁵ (que se abordou *supra*): o rit(m)o parlamentar tende a ser ultrapassado pela vertigem do *Estado de necessidade orçamental*⁷⁶. O que, bem vistas as coisas, se apresenta como um paradoxo histórico: o Direito Financeiro, substracto material dos *limites constitucionais*, floresceu com o triunfo das revoluções liberais, distintas pelo primado do Parlamento, este associado aos princípios de publicidade e legalidade⁷⁷.

Como se viu já, a escola doutrinária da *Public Choice* propõe o funcionamento de alterações constitucionais numa lógica de *consensos*. A essa luz, não podemos afirmar que estejamos a assistir a uma verdadeira aplicação dessa doutrina: se de um ponto de vista *teórico* podemos falar de uma adesão patente a essas teses, o mesmo não se pode dizer quanto à execução prática destas medidas, que tem acelerado os procedimentos formais de publicidade e consenso⁷⁸ e desrespeitado a própria democracia⁷⁹.

⁷⁴ JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 91.

⁷⁵ Por exemplo, na (consolidação orçamental que assenta na) redução declarada pelo Governo da despesa pública em 2/3; http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content_id=1675231.

⁷⁶ MIGUEL MOURA E SILVA, *O memorando da troika em análise: Finanças Públicas e Concorrência e Regulação*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano IV, nº 2, pp. 19-25, Almedina, Setembro de 2011.

⁷⁷ Entre outros, MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *ob. cit.*, p. 17.

⁷⁸ Não deixa de ser preocupante, do ponto de vista da participação política, a *tendência de inclusão*: todos podem participar mas o poder continua a ser exercido por partidos que representam determinadas propostas, não havendo verdadeira concorrência, porquanto tal se poderá traduzir em fenómenos de revolta *não organizada*. Cfr. G. PASQUINO, *ob. cit.*, p. 360.

⁷⁹ Veja-se o que aconteceu na Itália e na Grécia, que como nota Marina Costa Lobo, “cederam por um motivo ou outro à formação de governos tecnocratas, abdicando de governos legitimamente eleitos” (http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=535531).

Na verdade, a prática constitucional e política actual escuda-se na lógica da “*reserva do financiamento possível*”⁸⁰ aliada à *praxis política* comunitária, de imposições várias do centro para a periferia⁸¹. O que está em causa é, note-se, a legitimidade democrática das próprias medidas em análise. É interessante a questão de saber se é este um dos casos em que, segundo PEDRO LOMBA, “*a democratização da democracia tornar-se-á quase sempre uma “impossibilidade auto-destrutiva”, a propósito do cumprimento integral do princípio da legitimação democrática*”⁸². Parece-me claro que sim, pelo que cumprirá cuidar da *quebra possível*⁸³ entre representante e representado.

Escute-se, por fim, KANT: “*um conjunto de homens (...) necessitam do estado jurídico sob uma vontade que os unifique, ou seja, de uma constituição (constitutio), para se tornarem participantes daquilo que é o Direito*”⁸⁴.

5. Síntese conclusiva

Primeiramente, partindo do conhecimento das fontes primárias do Constitucionalismo Económico, como sejam Buchanan e a Escola da Public Choice, auscultou-se a crítica impiedosa aos políticos. E se é verdade que este é um resgate teórico natural em face da conjuntura, não se encontra aí o ponto de discórdia – o essencial está na discussão da solução adoptada

⁸⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Instituições...*, p. 468.

⁸¹ Como nota paradigmaticamente a Professora Maria João Estorninho (ponderando as vantagens da introdução de regras relativas às liberdades comunitárias e seu reflexo no universo europeu dos Contratos Públicos): “*até, o facto de as regras comunitárias permitirem aos poderes nacionais nela se escudarem, aquando da imposição de medidas menos populares*”. Cfr. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, p. 38, Almedina, 2006.

⁸² Sobre este ponto, v. A. SOUSA PINHEIRO & LOMBA, *ob. cit.*, p. 17, 459.

⁸³ A este propósito, duas observações críticas: a importância das questões de legitimação procedimental das decisões políticas, em democracia; e também, ouça-se o que diz Pedro Lomba: “*o princípio da legitimação democrática do poder político não depende do princípio do Estado social, ainda que se articule com ele*”. Vide, LOMBA & PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 18, 21.

⁸⁴ KANT, *ob. cit.*, p. 175.

para a melhoria da governação. Para tal, compreenda-se a chegada desta norma como tentativa de *upgrade* das regras estritas em matéria orçamental do PEC, mas também de outras realidades constitucionais com resultados infelizmente semelhantes. Se isto não bastasse, há outro elemento fundamental da crítica: a natureza da Constituição. Aí se viu a alternativa possível: a LEO...

Mas tal não impediu a análise da natureza financeira, quantitativa e simbólica de uma medida como esta – daí se extraíram funções de compromisso e equilíbrio da Constituição, em defesa do texto vigente e de uma continuidade axiológico-constitucional. Assim, ainda que os limites fossem constitucionalizados, seria inviável desconsiderar a harmonia de princípios e objectivos de interesse público. Por esta altura, já os defensores de tal medida devem confessar-se desiludidos...

Não se ignora que esta transporta um movimento de contestação e responsabilização, que torna popular a implantação de uma medida como esta, a um nível constitucional. É natural, em face do contexto. No entanto, viu-se que o acréscimo de responsabilidade política será de muito duvidosa aplicação prática – pois que a liberdade e a autonomia estão associadas a responsabilidade. Mais ainda, se quisermos ver a questão analisando as consequências democráticas, se vê que há um *novelo europeu* que importa resolver, sob pena de consequências nefastas.

Bibliografia

Entre outros autores citados em notas de rodapé:

BUCHANAN, James M.

The domain of Constitutional Economics (Constitutional Political Economy, vol. I, nº 1, pp. 1-18), Center for Study of Public Choice, 1990.

CABRAL, Nazaré da Costa

Orçamentação pública e programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português, in *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, pp. 639 e ss., coordenação: Fernando Facury Scaff & Jose Mauricio Conti, Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, Paulo de Pitta e

Introdução à política financeira, FDUL, 1971.

FERREIRA, Eduardo Paz

Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado, Almedina, 1995.

Em torno das Constituições Financeira e Fiscal e dos Novos Desafios na Área das Finanças Públicas, in *Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, pp. 296-338, AAFDL, 2001.

FERREIRA, João Pateira

A União Económica e Monetária e a disciplina das Finanças, Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, FDUL, 2006.

FARBER, Daniel A. & FRICKEY, Philip P.

Law and Public Choice: A critical introduction, The University of Chicago Press, 1991.

FRANCO, António L. de Sousa

Finanças Públicas e Direito Financeiro, vols. I e II, 13ª reimpressão, 4ª ed., Almedina, 2010.

Problemas Financeiros e Orçamentos da União Europeia, in *A União Europeia na Encruzilhada*, pp. 21-44, Almedina, 1996.

KANT, Immanuel

A Metafísica dos Costumes (trad. José Lamego), Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KIEWIET, D. Roderick-

Constitutional Limitations on Indebtedness: The Case of California, in Constitutional Reform in California, Bruce Cain and Roger Noll, Berkeley, California: Institute of Governmental Studies, 1995 (http://www.igs.berkeley.edu/library/research/quickhelp/policy/government/reform_2004-kiewiet.pdf).

LOMBA, Pedro

Teoria da Responsabilidade Política, Coimbra Editora, 2008.

LOUREIRO, Maria Rita

Controlling the public debt in presidential systems: constitutional and legal restrictions in the US and Brazil, in XXIX Encontro Nacional de Economia, Salvador, XXIX ANPEC, 2001 (<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101432.pdf>).

MIRANDA, Jorge

Manual de Direito Constitucional, tomo VI, Coimbra Editora, 2008.

Manual de Direito Constitucional, tomo V, 3ª ed., Coimbra Editora, 2004.

Teoria do Estado e da Constituição, GEN, 3ª ed., 2011.

MOREIRA, Vital

Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica, Faculdade de Direito de Coimbra, 1974.

OTERO, Paulo

Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I, Almedina, 2007.

Direito Constitucional Português, vol. I, Identidade Constitucional, Almedina, 2009.

PASQUINO, Gianfranco

Curso de Ciência Política, Principia, 2^a ed., 2010.

PEREIRA, Paulo Trigo

Portugal: Dívida Pública e Défice Democrático, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

PINHEIRO, Alexandre Sousa & LOMBA, Pedro

Comentário à Constituição Portuguesa (coord. Paulo Otero), vol. III, tomo I, Centro de Investigação da FDUL, Almedina, 2008.

VALENTIN, Vincent

Les Conceptions néo-libérales du Droit, Economica, 2002.

VOIGT, Stefan

Explaining constitutional change: a positive economics approach, E. Elgar, 1999.

XAVIER, Alberto S.

Política orçamental e economia de Mercado, Ciência e Técnica Fiscal, nºs 133 a 135, Janeiro-Março, 1970.