UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

ANO XIX • Nº 36 • 2015

法 律 學 院 學 報

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM

DA FACULDADE DE DIREITO

法 律 學 院 學 報

澳門大學法學院法律研究中心
敬贈
Oferta do Centro de Estudos Jurídicos
da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Periodicidade
Semestral

Número 36, Ano XIX, 2015

Director
Mo Shijian

Subdirectores
Augusto Teixeira Garcia e Tong Io Cheng

Director Executivo
Manuel M. E. Trigo

Coordenação Científica
Membros do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Coordenador Executivo
Chou Kam Chon (Língua Chinesa)
Miguel Quental (Língua Portuguesa)

Conselho Editorial
Mo Shijian, Liu Gaolong, Zhao Guoqiang, Lok Wai Kin, Fan Jianhong,
Manuel M. E. Trigo, Augusto Teixeira Garcia, Paulo Canelas de Castro, Tong Io Cheng,
Cândida Antunes Pires, Paula Nunes Correia, José António Pinheiro Torres,
Paula Ling, Chou Kam Chon e Miguel Quental, da Faculdade de Direito, e
Tou Wai Fong, em representação da Associação de Estudos de Direito, Administração e Tradução.

Colaboradores permanentes
Docentes dos Cursos de Mestrado e Doutoramento da FDUM
Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua portuguesa
Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua chinesa
Outros colaboradores convidados

Colaboradores no presente número
Afonso Costa, Alexandre Libório Dias Pereira, Alcides Malavone Alberto Nobela,
Augusto Teixeira Garcia, Hugo Luz dos Santos, Ícaro Ivin de Almeida Costa Lima,
José Carlos Buzanello, Manuel Trigo, Vera Lúcia Raposo e Zhang Yi.

Propriedade
Universidade de Macau

Capa, Design, Edição, Distribuição e Secretariado
Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Paginação e Impressão
Jimmy Label Co.

Tiragem
500 exemplares

ISSN n.º 8073-98-54

Condições de colaboração: O Boletim da Faculdade de Direito está aberto à colaboração dos interessados sem prejuízo da apreciação dos trabalhos a publicar por parte do Conselho Editorial. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos seus autores. O Boletim da Faculdade de Direito reserva-se ao direito de editar os textos recebidos para, sem lhes alterar o conteúdo, os fazer corresponder aos critérios gráficos adoptados.

ÍNDICE

Nota de Abertura 13
Estatuto Editorial 15

DOUTRINA

Pufendorf: Felicidade e *Entia Moralia*. Um pensamento de compromisso
Afonso Costa 19

Casino Law in Macau: from competition to consumer protection?
Alexandre Libório Dias Pereira 43

Quando o paciente diz não: sobre o artigo 150.º do Código Penal de Macau (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)
Vera Lúcia Raposo 59

LIÇÕES

Regime da participação nos adquiridos: aceitam este regime de bens do casamento?
Manuel Trigo 83

Do enquadramento do arrendamento: Apontamentos para os alunos
Augusto Teixeira Garcia 101

ESTUDOS DE PÓSGRADUAÇÃO

CISG Applicability: a particular case on impact of an Article 95 Reservation
Alcides Malavone Alberto Nobela 205

Reconhecimento de Estados e Governos: o caso do Kosovo
Ícaro Ivin de Almeida Costa Lima 233

Os desafios decorrentes da falência das empresas associadas e a introdução do princípio da subordinação equitativa
Zhang Yi 259

VARIA

Responsabilidade civil de danos provocados por multidão
José Carlos Buzanello 281

A criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau: subsídios para a interpretação da lei do branqueamento de capitais e da responsabilidade penal das pessoas colectivas (art.º 5.º, n.º 1. 2, da Lei n.º 2/2006)
Hugo Luz dos Santos 311

VIDA DA FACULDADE

Notícia dos Doutoramentos e Mestrados 375
Actividades da Faculdade de Direito (Julho – Dezembro 2014) 382
Outras actividades 383

NOTA DE ABERTURA

Continuando o trabalho de publicação de textos jurídicos com relevo, directo ou indirecto, no direito da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), o Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau leva a cabo a publicação do n.º 36 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, relativo ao 2.º semestre de 2014.

Este número contém um acervo muito significativo de escritos, cobrindo áreas diferentes do direito e continuando a reforçar a colaboração entre docentes da Faculdade de Direito de Macau e autores de diversas proveniências, uns com ligações à nossa instituição de ensino, outros sem esses vínculos presentes ou passados.

Na secção da Doutrina são dados a conhecer três textos de docentes actuais ou pretéritos da nossa Faculdade. Com a preocupação de cobrir diferentes áreas da ordem jurídica, um dos artigos debruça-se sobre a filosofia do direito, mais exactamente sobre o pensamento de Pufendorf; o outro sobre a lei do jogo de Macau e as suas relações com a protecção do consumidor; o terceiro, finalmente, é dedicado ao tema do direito médico, mais concretamente às intervenções médicas arbitrárias.

Na secção "Lições" é dado a conhecer aos leitores um estudo breve relevante, igualmente de um docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, sobre a disciplina de bens do casamento, em concreto do regime da participação dos adquiridos, e um estudo extenso sobre o regime do arrendamento à luz do Regime do Arrendamento Urbano antes da entrada em vigor do actual Código Civil de Macau.

Nos Estudos de Pós-Graduação são publicados três trabalhos, relativos a três temáticas diferentes, reforçando o carácter interdisciplinar do Boletim: um em língua inglesa, no domínio do direito comercial internacional, incidente sobre o tema da aplicabilidade da Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias; outro debruçado sobre o direito internacional público, que trata a questão do reconhecimento de Estados e Governos, apresentando o caso do Kosovo como exemplo de estudo; e, por último, uma discussão sobre alguns dos desafios suscitados por empresas filiadas na China e

a introdução, nesse domínio, da regra de subordinação equitativa.

Na rubrica Vária são apresentados dois textos de um autor brasileiro e de um autor português, o primeiro dedicado ao tema da responsabilidade civil de danos provocados por multidão, que tem vindo a ser colocado com bastante enfase no direito brasileiro; e o segundo sobre o direito da RAEM, mais exactamente ao nível do tão relevante tema da criminalidade económico-financeiro da nossa Região Administrativa Especial, com subsídios para a interpretação da lei do branqueamento de capitais.

Por último, são dadas informações sobre a Vida da Faculdade, com notícias dos doutoramentos e Mestrados (quanto a estes agora tanto em língua portuguesa, como chinesa, como inglesa), das principais actividades levadas a cabo na Faculdade de Direito durante o ano de 2014 e, ainda, de protocolos celebrados entre a Universidade de Macau e outras instituições, com relevo para a vida da nossa Faculdade.

José Eduardo Figueiredo Dias
Director Interino
Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito

ESTATUTO EDITORIAL
BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU



O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em língua Chinesa 澳門大學法律學院學報, e em língua Inglesa Bulletin of the Faculty of Law, é uma revista jurídica académica de periodicidade semestral, em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa.

O Boletim pode ser publicado noutras línguas, designadamente em Língua Inglesa, ou incluir textos na língua em que tenham sido apresentados ao público, em encontros académicos e científicos. A publicação em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa será feita em volumes separados e em simultâneo ou com a maior proximidade possível.

Adopta-se uma estrutura flexível, que poderá incluir doutrina, lições, estudos jurídicos, assuntos vários e a vida da Faculdade, admitindo-se, em continuidade, a publicação de números temáticos ou de estudos.

Pelo Boletim da Faculdade de Direito visa-se privilegiadamente dar expressão aos estudos académicos, fruto da actividade docente e de investigação, bem assim como à divulgação das comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá inserir outros estudos, convidando à participação a comunidade jurídica.

O Boletim da Faculdade de Direito rege-se pela autonomia académica e editorial e pela regra da retribuição da publicação dos artigos nele incluídos, sem prejuízo de, na impossibilidade de retribuição, poder prosseguir com a gratuitidade das participações, devendo respeitar o princípio da igualdade de tratamento, decidindo os órgãos do Boletim sobre a estrutura e elementos de publicação.

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende contribuir para dar continuidade ao Direito de Macau, ser expressão da dinâmica da sua comunidade jurídica em geral e, em particular, da comunidade académica, e propõe-se ser um instrumento de afirmação e consolidação dos estudos e investigação jurídica em Macau.

DOUTRINA

PUFENDORF: FELICIDADE E *ENTIA MORALIA*. UM PENSAMENTO DE COMPROMISSO

Afonso Costa
Professor Associado em tempo parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo

O objectivo central deste texto é o de procurar encontrar na obra de Samuel Pufendorf as justificações para a oscilação ideológica, que parece que a sua obra ostenta, entre o voluntarismo e o racionalismo. E ao mesmo tempo propor uma explicação para as contradições daí decorrentes. O conceito de felicidade aparece (apenas) como conceito de referência, uma vez que ele é um bom barómetro para o estabelecimento do diagnóstico final. O labor construtivo do texto estabelece-se numa zona de convergência conceptual entre as clássicas dicotomias: voluntarismo versus intelectualismo, jusnaturalismo versus jusracionalismo e a moderna utensilagem teórica que opõe internalismo a externalismo, assim como a oposição Autonomia versus Heteronomia, inferida esta a partir justamente das oposições estruturais antes enunciadas e desconstruídas. O texto tem ainda em conta os desenvolvimentos sobre os mesmos temas de outros autores contemporâneos ou não.

Palavras Chave: Jusnaturalismo; Volunrarismo; Felicidade; *Entia Moralia*.

1. Introdução

Uma das questões mais discutíveis relativamente à obra de Samuel Pufendorf prende-se com a questão de saber se o jusnaturalismo pufendorfiano se integra na linha do pensamento voluntarista e sendo assim heterónomo, ou se é possível, sobretudo a partir da análise das *entia moralia*, situar o jusnaturalista alemão na corrente de pensamento mais secularizante e humanista. Para Charles

Taylor, por exemplo, Pufendorf adoptou o ponto de vista voluntarista, na linha de Locke: "The Law of Nature is normative for us, (...) because it is God's command"[1]; assim como para Schneewind, que não tem dúvidas de que a posição de Pufendorf "develop a voluntaristic position", salientando ainda que a sua posição voluntarista aparece bem contextualizada polemicamente, na medida em que ele não deixou de criticar reiteradamente Grócio sobretudo pelo facto de que este "not holding such a view, and discuss the possibility o attaining certainty in moral matters"[2]. Mas a posição de Pufendorf e a ambiguidade que pode eventualmente originar está muito bem sintetizada no texto que se segue:

"Natural law, Pufendorf believed, can be studied without appeal to revealed religion or theology, but he did not think religious truth irrelevant to the subject. Reasoning from our experience of the world leads us to understand that there is an all-powerful and benevolent creator who has definite plans for the way in which his creation is to operate. The purely physical things God has created carry out his will automatically, but the human part is under a special kind of direction, which Pufendorf explained in his discussion of moral entities. God imposes certain directives on us (...). God imposes obligations by legislating for us, and from his laws arise natural duties and rights"[3].

Por um lado a utilização da benevolência de Deus ao lado da omnipotência de Deus, torna o voluntarismo de Pufendorf mais suave e mais potável que outros voluntarismos muito mais radicais. Por outro lado, o expediente das *entia moralia*, faz supor, qualquer coisa como uma actuação de Deus através de causas segundas e intelectualiza um pouco o voluntarismo *tout court*. Mas não pode haver ilusões, em todas as circunstâncias em que Pufendorf é obrigado a fazer uma opção de fundo, o primado voluntarista e o consequente positivismo moral e jurídico vem ao de cima sem apelo, como de resto espero evidenciar em cima do texto.

É, porém, o momento de, em jeito de propedêutica, salientar a enorme dificuldade que o pensamento de Pufendorf oferece no que diz respeito a uma sistematização que visa o enquadramento ideológico do autor. Voluntarista por um lado, racionalista por outro. Penso que Pufendorf é um caso singular ao qual se pode aplicar o conceito estruturalista de «sobredeterminação em última instância». Por muito apelativos que possam ser os argumentos racionalistas e científicos, por muito peso que possua na economia do seu pensamento a artificialidade construtiva das *entia moralia*, mantenho que Pufendorf é um voluntarista pelo menos em última instância. O voluntarismo teológico «sobredetermina» o seu pensamento.

Para isso enuncio alguns pontos que acabam por se fixar como verdadeiros

---

1 Taylor 1989: 235.

2 Schneewind 1990: 235.

3 Schneewind 1990: 157 e 158.

critérios prévios para a análise:

Ponto prévio 1. O que distingue os homens dos outros seres reside no facto de o homem agir em função de princípios que assim dirigem a vontade. São os *entia moralia* (valores).

Ponto prévio 2. O princípio motor de todos os outros princípios é o princípio da sociabilidade.

Até aqui parece que se vai numa direcção. Mas...

Ponto prévio 3. (...) A sociabilidade de Pufendorf tem um sabor utilitarista (hobbesiano). O ser humano pelo facto de ser racional e pelo facto de ser inteligente percebe que deve ter o cuidado de se conservar. No cruzamento deste raciocínio pragmático aparece naturalmente a necessidade de formar uma sociedade pacífica com os outros. A sociabilidade aparece assim como resultado de uma dupla tomada de consciência: a consciência da natureza racional do homem e a consciência das condições precárias da vida. Portanto, o Direito Natural enraíza na natureza do homem e esta, como se sabe, é obra de Deus. E assim, em última instância, é a vontade de Deus que cria não só o Direito Natural como ainda a determinação do homem para a sociabilidade. Nisto, Pufendorf está muito próximo de Richard Cumberland[4].

Ponto prévio 4. Deste modo, o Pacto desempenhará um papel nuclear no sistema de Pufendorf, já que é ele que assegura o compromisso da sociabilidade com a liberdade individual e a felicidade de todos.

Ponto prévio 5 (e fundamental). Em Pufendorf não há propriamente uma inclinação para a sociabilidade, como bem se viu, mas antes a percepção racional de uma semelhança e de uma vantagem intimamente ligadas a uma espécie de benevolência universal à moda de Cumberland.

Esta benevolência universal assemelha-se ao mandamento que estabelece o amor ao próximo (O nexo com o voluntarismo teológico anda sempre por perto). Pufendorf é muito escrupuloso no combate ao subjectivismo antropológico que predomina por exemplo em Hobbes, mas também ao intelectualismo moral internalista e autonomista de Grócio. Pufendorf terá arte suficiente para indexar o amor pelo próximo a um amor-próprio esclarecido, pelo que a própria sociabilidade aparecerá assim como instrumental[5]. A precariedade e o carácter contingente da lei erguida sobre este utilitarismo falível, acabará por conduzir Pufendorf a várias

---

4 Os dois filósofos são contemporâneos. Cumberland nasceu em 1631 e publica o De Legibus Naturae em 1672. Pufendorf nasceu em 1632 e publica o De jure naturae et gentium, justamente também em 1672, embora tenha já publicado uma obra de fôlego jurídico, Os Elementorum iurisprudentiae universalis em 1660. Há, contudo, pelo menos uma referência de Pufendorf a Cumberland. Isso ocorre na obra *Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III,XIII, na página 190 da edição da Universidade de Caen, de Goyard-Fabre 1987.

5 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, II, III § 18].

recaídas no voluntarismo e no externalismo[6].

Ponto prévio 6. Não há autonomia em Pufendorf: "La théorie des *entia moralia* ne se conçoit que dans son rapport avec la loi naturelle qui, elle-même, renvoie à la volonté d'un Dieu Providence tout ensemble créateur et législateur du monde"[7].

Ponto prévio 7. Todos os alicerces do sistema ético-jurídico remontam, em última instância, ao império divino assim como à sua perfeita Providência, desde a própria fundamentação da lei natural, em si mesma, até à sua legitimação coerciva, passando pelo imperativo da sociabilidade:

"La loi naturelle que Dieu, par un acte de sa volonté, a inscrite dans le monde et, tout spécialement, imposée aux hommes avec un caractère d'obligation, leur enjoint de «former et entretenir autant qu'il dépend (d'eux) une société paisible avec tous les autres, conformément à la constitution et au but de tout le genre humain sans exception»"[8]. Em Pufendorf, a sociabilidade – longe de ser uma inclinação – é essencialmente a expressão de uma regra de acção imperativa e da vontade de Deus. É a máxima de um dever. É quase um mandamento. "S'adressant à la volonté libre de l'homme, elle l'oblige parce qu'elle exprime «la volonté d'un Supérieure d'agir d'une certaine manière qu'Il prescrit»"[9].

A razão em Pufendorf aparece sempre reportada à natureza das coisas, o que quer dizer, que o mundo da liberdade está sempre ancorado no mundo da necessidade e, portanto, subordinada à ordem ontológica da Natureza e à Criação originária, porque a vontade divina é a vontade primeira. "Dans la ligne volontariste dont Pufendorf ne s'écarte jamais, il est d'ailleurs assez remarquable que la loi naturelle, en tant que commandement de la volonté d'un Supérieur, n'aille pas sans «sanction» (Ce que Cumberland dénomme justement les «récompenses et punitions naturelles»)"[10]. A evolução do Direito Natural posterior estará sempre muito ligada à formação destas duas genealogias. Leibniz por exemplo inflectirá no sentido de Grócio e Barbeyrac no sentido de Pufendorf. É aqui que nasce a bifurcação essencial a partir do fim do século XVII e ao longo do século XVIII:

A. De um lado o racionalismo leibnitz-wolfiano que irá conduzir aos Príncipes esclarecidos do século XVIII e às teses de Vattel.

B. Do outro lado Barbeyrac, reencontrando a inspiração clássica de Domat, ajudará à filiação das ideias de Burlamaqui relativamente à obra de Pufendorf[11].

---

6 Pufendorf [Direitos do homem e do cidadão, I, 2, § 5] e Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, II, 3, § 21].

7 Simone Goyard Fabre [Loi naturel moderne], in Canto-Sperber 1997: 870.

8 Simone Goyard Fabre [Loi naturel moderne], in Canto-Sperber 1997: 870.

9 Simone Goyard Fabre [Loi naturel moderne], in Canto-Sperber 1997: 870.

10 Simone Goyard Fabre [Loi naturel moderne], in Canto-Sperber 1997: 871.

11 Hespanha 1997.

Mas Burlamaqui é, todavia, um caso difícil. Sob muitos aspectos ele está próximo da tradição intelectualista, embora mais grociana que leibniz-wolfiana.

De uma maneira geral acentua-se mais o elemento da sociabilidade no pensamento de Pufendorf, isto é o elemento que o aproxima de Cumberland e Grócio, mas esse é apenas um dos pilares do Direito Natural do autor, porque, por outro lado, ele enfatiza também o elemento da auto-preservação, como faz notar: "The basic features of human nature are a constant concern for self-preservation"[12]. No fundo, Pufendorf baseou a lei em dois fundamentos essenciais: um, hobbesiano da necessidade da auto-preservação (na tradição da *oikeosis* estóica), outro, grociano, da natureza social do homem e pelo meio introduziu, por necessidade mais religiosa que jurídica ou mesmo moral, a vontade de Deus e a lei. Mas esta intrusão descaracteriza as possibilidades humanistas da sua obra ao mesmo tempo que hipoteca seriamente a autonomia, que contudo estava muito presente em potência nas *entia moralia*.

2. Pufendorf: um voluntarismo *sui generis*

Como diz Schneewind "The voluntarism that Pufendorf articulated in his doctrine of moral entities has been variously interpreted"[13], salvaguardando que, porém, Pufendorf, mesmo no seu voluntarismo, teve em conta o carácter genuíno da cultura do homem, o que determinaria uma orientação especial na investigação, prometendo para as ciências do homem uma especificidade própria e inconfundível relativamente às ciências da natureza. Por outro lado ele estabelece através da *entia moralia* uma clivagem que é ontológica mas que pode ser também metodológica entre o mundo do ser (*sein)* e o mundo do dever (*sollen*). Mas a fundamentação clara das *entia moralia* em Deus, associado ao seu voluntarismo explícito, impõe apenas uma leitura e é essa que faz Schneewind e bem; a de que "his voluntarism is certainly a way of making clear that without God's will there would be no such thing as morality"[14].

E para mim é esta a linha de fractura decisiva no pensamento moral e no pensamento jusnaturalista no advento da modernidade. Pufendorf ficará irremediavelmente do lado oposto ao de Grócio, Cumberland e Kant por exemplo e do mesmo lado de Hobbes, Locke, Barbeyrac, Heinécio e Thomasius[15] entre outros, etc. E o que é que faz, de uma vez por todas, toda a diferença? Simplesmente

---

12 Haakonssen 1996: 38.

13 Schneewind 1990: 158.

14 Schneewind 1990: 158.

15 Em duas ou três linhas Haakonssen fixa a família voluntarista germânica quase toda: "Gottlieb Heineccius (or Heinecke), on the basis of a modified voluntarism in the Pufendorfian-Thomasian tradition – though he also expresed much sympathy with Cocceji's theocratic version of voluntarism – most effectively systematized the tripartite duties (to God, oneself, and others)", in Haakonssen 1996: 59 e 60).

o facto de que se pode conceber a existência de uma moralidade independente da vontade divina, uma moralidade intrínseca, por oposição às doutrinas extrínsecas, com a consequência maior de que se pode reconhecer ao homem uma capacidade intelectual para conhecer e ter acesso, ainda que, por hipótese, por pura intuição, a verdades de natureza moral, associada, esta, ao reconhecimento de uma capacidade de auto-governo e auto-deliberação no campo dessas realidades, capacidade, essa, que não posso deixar de associar e mesmo conotar com uma orientação autónoma. E é, convém lembrá-lo mais uma vez, essa possibilidade de autonomia que, como consequência final, incomoda todos os voluntarismos positivistas. (Isto é um pouco discutível nos casos de Hobbes e Locke onde a par do voluntarismo se pode verificar a emergência de uma autonomia bastante acentuada. O voluntarismo teológico não foi suficiente para arrastar para aí o resto do sistema, quer dizer todo o sistema, tanto num caso como noutro). De todo o modo se o barómetro da autonomia for dado pelo internalismo, também Hobbes e Locke não se salvam, uma vez que o seu sistema, se é internalista no plano das motivações é puramente externalista no plano das obrigações.

Pufendorf teve uma educação luterana e pode-se dizer que fez parte da reação luterana movida ao pensamento de Grócio. E importa não esquecer que Grócio na questão ideológica que opôs luteranos a arminianos optou pelos segundos, o que talvez explique a natureza das suas posições anti-voluntaristas posteriores ao *De jure pradae* e que exemplificam muito bem a já referida rejeição do calvinismo.

Para os luteranos, e nunca é demais repeti-lo, só a fé e a graça podem guiar os homens no seu processo salvífico e, portanto também, só a fé e a graça podem ajudar o homem ao conhecimento das orientações morais e políticas que lhe são úteis, ou necessárias, relativamente ao seu modo de comportamento terreno. Os luteranos rejeitam a possibilidade de que os homens possam, através da razão, ter acesso a qualquer tipo de conhecimento verdadeiramente determinante e, em particular, ao conhecimento racional da natureza de Deus. Ora, para um crente, só a partir desse conhecimento se podem tirar ilações importantes para a vida dos homens em si mesmo. Se esse conhecimento é impossível ficam os homens coarctados da possibilidade de encontrarem razões e modelos próprios enquanto agentes sociais globais, isto é morais, políticos etc., pelo que ficam à mercê das normas estipuladas através da revelação por Deus.

Segundo as teologias luterana e calvinista, os homens não são dotados de autonomia relativamente a questões tão sensíveis como a sua orientação moral, por exemplo, e se o fizerem, baseando-se na razão, correm sérios riscos de perdição assim como de avançarem erraticamente através do mal, atendendo ao facto de que a razão é uma faculdade demasiado frágil, débil e que só pode conduzir mal a vontade. Ainda por cima essa faculdade após a queda é totalmente maligna e

com uma inata propensão para o mal.

Logo no princípio de *O Direito da natureza e das gentes*, depois de uma série de considerações sobre as *entia moralia* e de considerações, onde parece que Pufendorf pretende compatibilizar elementos arbitrários com elementos racionais, encontra-se a primeira formulação coerente do seu voluntarismo moral e legal. Para Pufendorf não é necessário que haja coisas honestas ou desonestas por si mesmas, porque de facto isso são propriedades das accções humanas que resultam da conveniência ou inconveniência dessas acções com uma regra ou com uma lei: "En effet l'honnêteté et la deshonnêteté morale étant de certaines propriétés des actions humaines qui résultent de la convenance ou de la disconvenance de ces actions avec une certaine règle ou avec la Loi; et la Loi étant une ordonnance d'un supérieur par laquelle il défend ou il prescrit quelque chose"[16], e exclama com estupefação: "je ne vois pas comment on pourrait concevoir l'honnête ou le deshonnête, avant la Loi ou l'institution supérieur"[17]. Nesta estupefação, como noutras afirmações, evidencia-se bem a filiação de Pufendorf no nominalismo voluntarista de Ockham. Ele afirma, como já mostrei, por exemplo, que não passa de um tremendo erro considerar-se que algumas coisas são nobres ou baixas por elas mesmas sem nenhum tipo de imposição, e que, por outro lado, também não se pode julgar da licitude ou da ilicitude de uma acção à margem da lei: "il n'ya point d'acte humain obligatoire ou illicite par lui-même, avant que la Loi le rend tel"[18]. De facto o que se conclui é que sem lei não é possível sequer imputar a moralidade, seja que moralidade for, às acções humanas. E noutro lugar eu encontrei as coisas tal qual como desejaria que estivessem para que o seu voluntarismo não deixasse margem para dúvidas. Pufendorf diz sobre as acções humanas que:

"on appelle donc moralement bonnes, les actions conformes à la Loi; et moralement mauvaises, celles qui y sont contraires. C'est-à-dire, que la bonté et la malice des actions consistent essentiellement dans un rapport à la règle qui doit les diriger, je veux dire, à la Loi. Car toutes les fois qu'on agit de dessein formé suivant la direction de la Loi, de sorte que ce qu'on fait se trouve exactement conforme à cette règle, l'action est appelée bonne. Au lieu que si l'on agit de propos délibéré contre la direction de la Loi, ou que ce qu'on fait ne se trouve pas exactement conforme à la règle, l'action est appellée mauvaise; ou en un mot, péché. Et ici il faut bien se souvenir, que par la Loi dont la comparaison rend les actions bonnes ou mauvaises, on entend toujours une Loi qui oblige indispensablement à quelque chose, et non pas à une Loi qui permette simplement; et s'il s'agit de

16 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, II, vi], in Goyard-Fabre 1987: 27.

17 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, II, vi], in Goyard-Fabre 1987: 27.

18 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, iv], in Goyard-Fabre 1987: 174.

Lois humaines, une Loi qui n'ait rien de contraire aux Lois divines"[19].

Diria que o dispositivo está completamente elucidado e se não se fala de remunerações e prémios eles estão sobejamente intuídos na expressão 'lei que obriga' e não apenas aquela que permite. Por outro lado estendi a citação para que ela contivesse a relação intrínseca entre o nominalismo voluntarista por um lado e o voluntarismo teológico por outro. Finalmente apraz-me dizer que, explanado assim completamente, o texto me parece uma espécie de *vademecum* para o ensino do voluntarismo positivista. É muito evidente que o voluntarismo de Pufendorf é desde logo um voluntarismo ontológico (de tipo 1) uma vez que se visa na formulação que nos oferece uma clara intenção de desessencializar, de desubstancializar o problema do bem e do mal, não deixando a mínima margem de manobra para qualquer posição intuicionista e / ou cognoscitiva sobre o assunto. E é ainda ontológico (de tipo 2) porque, como a seu tempo se verá, foi através do acto da criação que a natureza do homem, e em particular a sua natureza moral, ficou de uma vez por todas determinada, através do livre arbítrio total e absoluto da divindade.

Portanto, configuram-se no autor todos os tipos de voluntarismo, voluntarismo ontológico, voluntarismo teológico e finalmente voluntarismo moral, pela imputação da obrigação a um superior, à sua lei, isto é à sua vontade[20].

---

19 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, iv], in Goyard-Fabre 1987: 115. Na obra, Os deveres do homem e do cidadão (Les devoirs de l'homme et du citoyen), o dispositivo voluntarista torna-se ainda mais claro se bem que mais seco do ponto de vista da sua formulação. Seco quer dizer, objectivo, incisivo, sem rodeios, directo ao assunto sem ambiguidades. Assim: (...) O dever é uma acção humana exactamente conforme às leis que impõem essa obrigação ou dever, (...) A regra da conduta humana é aquilo a que chamamos Lei, que não é mais do que a vontade de um superior, (...) e impõe aos que dela dependem a obrigação de agir segundo a prescrição dessa Lei, (...) A obrigação só comporta dois fundamentos: a vontade capaz de se conformar a qualquer regra e a existência de um soberano (poder superior), (...) e a Lei comporta sempre duas partes: aquilo que se prescreve e o castigo que se inflige a quem não obedecer à prescrição, (...) Uma acção é boa se covém exactamente e completamente à Lei, (...) Pufendorf [Os deveres do homem e do cidadão], in Goyard-Fabre 1984: 1 a 89.

20 Mas é verdade que tanto no *Direito da natureza e das gentes* como nos Deveres do homem e do cidadão, se encontram desenvolvimentos teoréticos que parecem impedir uma análise tão categórica do voluntarismo e do nominalismo de Pufendorf. Em particular nesta última obra avultam algumas contradições embaraçosas e de uma forma também mais óbvia e genuína que no Jus gentium. Assim é possível vislumbrar como referirei à frente alguns elementos do intelectualismo socrático-platónico e neoclássico no domínio de uma moralidade ligada a questões de comportamento (ético portanto, de ethos). E isso é relevante para uma compreensão alargada da ideia de felicidade em Pufendorf. E é ainda muito embaraçosa a presença nesta obra de elementos, em minha opinião, aquinianos, sobretudo nas questões que se prendem com a problemática do pecado ou em sentido mais amplo na abordagem da questão sempre delicada do bem e do mal. Porque paralelamente à posição voluntarista de base e portanto positivista, encontram-se alguns

Mas é claro que o voluntarismo moral, positivista portanto, e o voluntarismo ontológico, visam ambos fundamentar a natureza moral do homem na natureza da criação. Deus quis que os homens, diferentemente dos outros seres naturais, fossem dotados de uma vida moral e, dentro desse contexto, tudo aquilo que na obra de Pufendorf apresenta um sabor dedutivo e relacional não é mais do que a expressão da natureza humana que por sua vez não é mais do que expressão da vontade divina. Como salienta Knud Haakonssen: "once he had included a human nature of the sort he did, a certain set of moral entities was naturally fit to provide guidance for this nature"[21]. E sendo assim não existe em Pufendorf uma faculdade moral ou consciência separada e autónoma e portanto "moral judgment consists in nothing more than the correlation of action, legal prescription, and reaction of the lawgiver", o que está perfeitamente definido por Pufendorf quando afirma a propósito da consciência que ela não é senão "le jugement intérieur que chacun

---

elementos espúreos. Assim quando o autor enfatiza que a acção sem o conhecimento de que se faz bem ou mal comporta um dessein formal de pecar ou pelo menos um desprezo indirecto pela lei, filia-se justamente na actualização do argumento ontognoseológico, que dizia simplesmente que na ignorância não havia lugar para o pecado, levada a cabo por S. Tomás de Aquino que adiantava a ideia de que o não saber ou o não querer saber andam muitas vezes de braço dado e denunciam uma leviandade face à regra que já é em si pecaminosa. (Pufendorf [Os deveres do homem e do cidadão], in Goyard-Fabre 1984: 13). Ao mesmo tempo que condena esse desrespeito indirecto pela lei, Pufendorf valoriza o papel do entendimento, que tem a obrigação moral de esclarecer o mais possível a vontade.O entendimento que não se preocupa com a regra e que leva a acção no quadro de uma ignorância da lei, absoluta ou relativa, é um entendimento insensato. Agir sem respeito pela regra é o mesmo neste caso que agir contra a regra. Agir não tendo a regra em conta, assim como quem se fia nas suas próprias capacidades, é o mesmo que não respeitar a regra, é o mesmo que agir contra ela, em última instância. Tudo isto é aquiniano. A completa imputação só ocorre para as acções que foram completamente produzidas pelo entendimento e pela vontade. Cf. Pufendorf [Os deveres do homem e do cidadão], in Goyard-Fabre 1984: 36 e 37, até que na página quarenta e cinco da mesma obra cai completamente na alçada do argumento ontognoseológicoao afirmar que não há responsabilidade quando se actua em pura ignorância.

21 Haakonssen 1996: 39. O que corresponde a "A l'égard de la première opinion, je remarque qu'il a bien dépendu de la Volonté Divine de produire ou de ne pas produire une Créature de telle constitution, que la Loi Naturelle lui convienne nécessairement. Mais depuis qu'il a créé actuellement un Animal tel que l'Homme, qui ne saurait se conserver sans l'observation des Loix Naturelles, il n'est plus permis de croire que Dieu veuille les abolir ni les changer, tant qu'il ne sera aucun changement à la Nature Humaine, et tant que les Actions prescrites par ces Loix contribueront, par une suite nécessaire, à l'entretien de la Société, d'où dépend le bonheur temporel Humain, et que les Actions opposées tendront aussi nécessairement à la destruction de cette Société", in Pufendorf [O *Direito da natureza e das gentes*, Livre II, Chap. III, § V. 3.Tomo Primeiro], in Goyard-Fabre 1987: 175.
Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, iv], in Goyard-Fabre 1987: 41.du Genre Humain, et que les Actions opposées tendront aussi nécessairement à la destruction de cette Société", in Pufendorf [O *Direito da natureza e das gentes*, Livre II, Chap. III, § V. 3.Tomo Primeiro], in Goyard-Fabre 1987: 175.

porte des actions morales, en tant qu'il est instruit de la Loi, et qu'il agit comme de concert avec le Legislateur dans la détermination de ce qu'il faut faire ou ne pas faire. (...) la conscience n'a quelque part à la direction des actions humaines, qu'entant quelle est instruite de la Loi; car c'est à la Loi seule qu'il appartient proprement de diriger nos actions"[22].

Mas desta vez Pufendorf não se limita à proposição ideologicamente afirmativa, ressalva sob forma condicional uma intencionalidade advertencial exortativa que tem a função retórica de acentuar pragmaticamente as vantagens, ou no caso as desvantagens, que resultariam da cedência aos caprichos da autonomia humanista: "E si l'on établissait ici le jugement pratique ou la conscience de chacun pour règle fondamentale et indépendante de la Loi, on érigerait en Loi toutes les fantaisies des hommes, et l'on introduirait une grande confusion dans les affaires du monde"[23].

Quando se discutem estas questões devemos estar preparados para o facto de que um certo voluntarismo ontológico de tipo 2, digamos assim, é comum a todos os teóricos morais ou jusnaturalistas de formação religiosa, cristã, independentemente da sua posição teológica concreta, uma vez que está no homem como condição o carácter de criatura e estará nele de uma forma ou de outra a marca da criação. Assim também em Grócio e assim também no Neoplatonismo de Cambridge e na Escolástica, tanto na aristotélico-tomista, quanto na peninsular, e ainda no Intuicionismo moral racionalista. A questão é sempre uma questão de prioridade.

Nas posições intelectualistas, tendencialmente essencialistas, faz parte da natureza do homem – enquanto natureza sua, própria – uma intuição do bem e do mal, uma consciência instrumental senão mesmo cognoscitiva da moralidade e é isso que lhe confere autonomia, liberdade de escolha e concomitantemente auto-governo e auto-regulação. Isso incomoda o integrismo religioso e o nominalismo franciscano por motivos diferentes, mas convergentes, de facto, para a recusa tanto do essencialismo como do intuicionismo intelectualista, uma vez que só no quadro de um voluntarismo puro, e eu diria arbitrário, se evidencia plenamente a omnipotência divina ou, para o dizer nos termos em que o faz Schneewind, "only voluntarism leaves God untrammeled"[24]. E sendo assim o perigo nem está na existência ou não de vida moral, ou no reconhecimento de uma capacidade racional para compreender o fenómeno moral, que de resto está implícita inevitavelmente, e Pufendorf não deixa de o reconhecer. O que é determinante, e é isso que compromete cada autor com as suas escolhas, é que esse universo

22 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, iv], in Goyard-Fabre 1987: 41.

23 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, iv], in Goyard-Fabre 1987: 41.

24 Schneewind 1998: 139.

da moralidade, das escolhas, das obrigações, dos direitos (no sentido de *rights*), possa ser entendido na perspectiva de que tem prioridade sobre a legislação moral de Deus, e que, bem entendido, através dessa prioridade (temporal, quer dizer, estar antes), inevitavelmente se insinua corrosivamente uma prevalência, quando não mesmo, e isso acabaria por ser a última etapa dessa jornada, a pura e simples independência. Assegurar que o perigo da independência, da autonomia, da autarcia do homem, desenhando consigo toda uma filosofia, não só moral, mas existencial de auto-governo e autodeterminação total, não ocorra, coloca na agenda a questão da prevalência e a questão da prevalência coloca o problema da prioridade. Portanto a Lei tem de estar primeiro, tudo o resto, deveres, direitos, escolhas etc., deverá vir depois. Mas para que a Lei venha primeiro é necessário neutralizar duas bases estruturais do essencialismo intelectualista a saber:

1. intercovertibilidade do bem com o ser (*ens bonum convertuntur*), que desde a ontologia socrático-platónica fez caminho até ao século XVIII através da patrística e da escolástica e, claro
2. a concepção que promovia a existência de essências reais e eternas.

E é por isso que se negam os universais na perspectiva realista, já que todas as coisas dependem, para a sua existência, da vontade contingente de Deus.

Ora, e faça-se uma síntese, é do efeito conjunto, mas articulado, destes preconceitos que os autores voluntaristas são conduzidos à não existência de uma natureza objectiva dos valores. E se não há valores separados da arbitrariedade instituidora da vontade divina, e se não há essências, também não há qualquer coisa como um bem e um mal inerentes à realidade ou mesmo àquilo a que se poderia chamar a essência imanente do homem e, portanto, nada que se possa parecer com uma capacidade de autodeterminação imanente também, algo como uma faculdade capaz de escolhas morais, porque tudo se subsume na capacidade inviolável e arbitrária de um Legislador que institui ele, e apenas ele, um domínio axiológico. É o seu acto inaugural que circunscreve imediatamente na realidade, antes amorfa, uma fronteira e uma linha separadora, onde passa a fazer sentido falar de bem e de mal e onde passa a fazer sentido a determinação moral de uma escolha. E, muito menos ainda faz sentido falar de uma realização da natureza humana, no sentido de uma perfeição, uma vez que essa realização de uma perfeição da natureza humana pressupõe justamente já uma essência do homem e uma essência das virtudes, à disposição do homem para a realização dessa perfeição, e sendo assim uma capacidade moral para fazer escolhas, as mais convenientes, para realizar essa putativa natureza, o que obviamente pressupõe, ou um conhecimento prévio do bem e do mal anterior a toda a ordem axiológica, ou a capacidade para escolher entre o bem e o mal, o que desde logo pressupõe

a existência substancial desse bem e desse mal. Ora nada disso fica de pé com o triunfo do voluntarismo enquanto ideologia ontológica, moral e teológica. Nada existe de substancial à margem da vontade descricionária do Legislador. Tudo o resto não passa de um epifenómeno que a Legislação põe em marcha. Portanto só a Fé e a Graça colocam o homem no caminho da sua própria salvação. Em qualquer alternativa, por muita bondade que possua, espreita sempre a heresia.

De facto, o finalismo metafísico da tradição da escolástica, sobretudo tomista, pressupõe a realização de uma natureza que, simplesmente, o nominalismo arruinou. Algo como uma noção realista de uma natureza humana eterna e imutável não cabe nos padrões metafísicos do nominalismo. O homem, a sua vida moral, o seu destino como criatura, participam da pura contingência e são completamente determinados pela vontade de um ser que lhe é extrínseco e com o qual o homem não tem nenhuma linha de continuidade.

Em minha opinião é justamente neste ponto que a posição de Pufendorf, sendo genuinamente protestante e portanto genuinamente voluntarista, não acompanha as exigências nominalistas e protestantes até às suas últimas consequências. Haakonssen escreve:

"Protestant natural law's answer to scepticism started from its most fundamental objection to scholastic natural law, that it seemed to presuppose a moral continuity and interdependence between God and humanity. For Protestant thinkers the starting point was the complete discontinuity between God and man, a discontinuity which made it impossible to give a rational account of human morality by reference to God and his eternal law"[25].

E nesse ponto, deve reconhecer-se que a posição de Pufendorf cede aos prestígios da racionalidade a que eu já me referi, pois após a criação, Deus fica naturalmente ligado à sua obra e por outro lado a criação, quer dizer a criatura que o homem representa, é capaz de proceder dedutivamente e agir no quadro de um mundo de normas, elas próprias dedutíveis a partir de uma normatividade transcendente. Ou seja, o pensamento voluntarista de Pufendorf não o inibiu de reconhecer que existem fundamentos para o Direito Natural à semelhança do que fizeram Grócio e Hobbes, simplesmente pelo meio ele enfatizou talvez excessivamente a componente legal e a vontade de Deus, embora pelos motivos que já evidenciei.

E o que nos demonstra que a posição do jurisconsulto alemão procurou encontrar um espaço para integrar alguma cientificidade na sua construção ético-legal reside no facto de que a sua posição relativamente às faculdades humanas não é absolutamente pessimista. Vamos seguir a corrente da sua argumentação:

---

25 Haakonssen 1996: 25.

"Pour travailler donc avec plus de succès à découvrir ce principe si important (Le fondement du droit naturel), il faut remarquer d'abord qu'il y a un chose en quoi la plupart des moralistes conviennent, c'est que les règles du droit naturel découlent des maximes d'une raison éclairée. D'où vient que l'Écriture Sainte même nous représente la Loi Naturelle comme écrite dans le cœur des hommes"[26].

O esquema é antigo, estóico na sua génese, o *logos spermatikos* explica essa centelha divina no coração do homem. Trata-se de uma lógica seminal que a tradição teológica tanto da patrística quanto da escolástica explorou bem. Aliás, neste passo, Pufendorf cita a Epístola aos Romanos. E sabe-se como a posição de S. Paulo neste particular domínio é estóica. Neste domínio como em muitos outros.

"J'avoue que les Écrivains Sacrés nous fournissent de grandes lumières pour connaître plus certainement et plus distinctement les principes du droit naturel. Mais cela n'empêche pas qu'on ne puisse découvrir et démontrer solidement ces principes sans le secours de la Révélation, par les seules forces de la raison naturelle dont le créateur a pourvu tous les hommes, et qui sans contredit subsiste encore aujourd'hui"[27].

Também aqui o alcance da contradição é atenuado pela presença, também clássica, do «dont le créateur a pourvu tous les hommes», que se limita a colocar no devido lugar a faculdade tal como se havia colocado a lei natural. Na circunstância o lugar não é espacial mas protocolar, digamos assim. Finalmente:

"Ainsi lors que nous soutenons que la loi naturelle est fondée sur les maximes de la droite raison, nous voulons dire par là, que l'entendement humain a la faculté de découvrir clairement et distinctement, en réfléchissant sur la nature et la constitution des hommes, la nécessité qu'il y a de conformer la conduite aux lois naturelles; et qu'il peut en même temps trouver un principe fondamentale d'où ces lois se déduisent par des démonstrations solides et convaincantes"[28].

Neste passo não deixa de ser interessante o facto de que o autor cita Cumberland e a obra clássica do género, o *De legibus naturae*, uma vez que a posição de Cumberland, ainda que contendo alguns elementos voluntaristas, muito ténues no entanto, é deliberadamente situada noutro quadrante jurídico, moral e religioso. Cumberland esteve sempre muito próximo dos neoplatónicos

---

26 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, XIII], in Goyard-Fabre 1987: 189. "Lors donc que ceux des nations qui n'ont pas la Loi pratiquent naturellement ce qu'ordonne la Loi, ceux-là, sans avoir la Loi, se tiennent lieu de loi à eux-mêmes; ne montrent-ils pas en effet, inscrite dans leur cœur, l'œuvre voulue par la Loi" (Romanos, 2, 15).

27 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III,XIII], in Goyard-Fabre 1987: 189.

28 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III,XIII], in Goyard-Fabre 1987: 190.

de Cambridge que, como se sabe, defenderam com fervor e até com acrimónia posições anti-voluntaristas e anti-puritanas. Tudo isto, contudo, não anula nada do que eu disse demoradamente a propósito do voluntarismo pufendorfiano, simplesmente, este tipo de posições ajuda a compreender melhor a tentativa muito frustre e muito tímida que Pufendorf apresenta para superar o carácter acientífico do voluntarismo. A ideia foi, e através sobretudo do recurso às *entia moralia*, proceder a uma separação estratégica entre dois planos do seu pensamento, um, o luterano ortodoxo, em polémica contra os luteranos do seu tempo, recuperando o sentido radical do nominalismo voluntarista, enquanto o outro, o tratadista do direito natural, visando a sustentação e o desenvolvimento da lei natural na perspectiva de uma ciência moral autónoma da teologia moral e análoga às ciências dedutivas[29].

Mas a sua posição fica ainda mais comprometida se tivermos em conta que reconhecendo embora que o entendimento ficou um pouco obnibulado pelo pecado na situação ontológica pós-lapsária, de modo nenhum perdeu a acuidade suficiente para reconhecer o papel da razão e de uma autonomia mínima. Sublinhem-se os dois tempos da sua posição: Primeiro, descobrindo num objecto a conveniência e a inconveniência, "le bien et le mal de cet objet"[30], depois "après avoir examiné et comparé ensemble le bien ou le mal que l'on voit de part et d'autre dans plusieurs objets différents, décide de ce qu'il faut faire ou ne pas faire, règle le temps et la manière de l'action, et détermine enfin les moyens les plus propres pour arriver au but que l'on se propose. Sur quoi il faut remarquer, que régulièrement toute action volontaire de l'homme à pour principe l'entendement"[31]. Um pouco mais à frente o autor insistirá sobre esta dimensão em que se recomenda que se deve considerar um objecto segundo todas as suas vicissitudes, pesando os prós e os contras, quer dizer na linguagem de Pufendorf, «le bien et le mal qu'il y découvre», com o objectivo de penetrar todos os aspectos e ir até ao fundo da questão de modo a ser capaz de conseguir um juízo seguro. Este tipo de preocupação prática parece muito semelhante à suspensão do juízo e da acção lockeana e, portanto aparenta um esforço centrado numa *agency,* subordinada a um *practical reasoning*, que claramente estimula o sentido de um internalismo autonomista de auto-determinação. E o entendimento aparece aqui um pouco considerado à semelhança de uma faculdade prática. Mas o que parece colocar em dúvida todo o sentido do seu externalismo toma uma forma mais especificamente polémica quando Pufendorf se refere expressamente à lei:

---

29 Segui de perto Haakonssen 1996: 37.

30 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, I], in Goyard-Fabre 1987: 38.

31 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, I], in Goyard-Fabre 1987: 38

"De là il paraît, pour le dire en passant, jusqu'où cette faculté est susceptible de culture, et soumise à la direction des Lois. Toute l'industrie humaine ne viendra jamais à bout de faire en sorte que l'entendement apperçoive les choses autrement qu'elles ne lui paraissent. Comme donc l'assentiment ou l'acquiescement doit nécessairement être proportionné à l'idée que l'on conçoive; on ne saurait juger d'une chose que selon qu'on a crû l'apercevoir. Ainsi on ne peut, sans injustice, être astreint par aucune Loi à contredire ses propres lumières: et il serait aussi ridicule de vouloir y obliger quelqu'un, que de prétendre le rendre sage par un simple commandement"[32].

Parece-me, sem exagero, que Pufendorf se aproxima neste texto muito do tipo de formulação explorada por Grócio nos Prolegómenos ao *De jure belli ac pacis*. A retórica é mais tímida e comedida mas nalguns aspectos apresenta a mesma eficácia. E culmina num elogio incondicional à faculdade do entendimento o que nos garante que neste ponto pelo menos Pufendorf não segue de perto o pessimismo antropológico nem o integrismo teológico do lutero-calvinismo mais ortodoxo. As faculdades mostram uma vitalidade insuspeita. E o autor chega a dizer: "De plus, comme l'entendement nous sert de flambeau dans toutes nos actions et que, s'il ne nous éclairait pas bien, nous nous égarerions infailliblement; il faut poser pour maxime incontestable, qu'il y a, et dans la faculté d'apercevoir, et dans celle de juger, une droiture naturelle, qui ne permet pas de tomber dans l'erreur, en matière de choses morales"[33].

3. Pufendorf e o problema da Autonomia

Mas Pufendorf vai ainda mais longe no estabelecimento de uma relação de relativa autonomia do homem relativamente à sua vida moral quando acaba por dizer que qualquer homem dotado apenas de bom senso tem a capacidade suficiente para aceder às verdades morais e possui a capacidade suficiente para se auto-determinar, embora não deixe de ser verdade que o nosso jusnaturalista considera que estas questões e aquelas que se prendem com a fundamentação transcendente do bem e do mal são questões distintas o que ele salvaguarda quando afirma que: "je ne prétends point parler de ce qui dépend d'une Révélation particulière de Dieu, ni des forces que notre Esprit peut avoir à cet égard, sans le secours d'une Grâce extraordinaire. Cette discussion appartient à une autre Science"[34].

É um dado adquirido que Pufendorf pretendeu separar a teologia moral do direito natural, simplesmente parece-me que para ele, no plano dos fundamentos, elas não eram separáveis. E ao pretender separar as duas coisas o que ele pretendeu

---

32 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, I], in Goyard-Fabre 1987: 39.

33 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, I], in Goyard-Fabre 1987: 39 e 40.

34 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, I, III, I], in Goyard-Fabre 1987: 40.

foi deixar aberto um campo de manobra para a construção de um Direito Natural por via racionalista. Alguns autores chegam a falar de um voluntarismo racional como é o caso de James Henderson Burns na sua *História do pensamento político moderno* para explicar esta coabitação da razão com o voluntarismo. E a razão, em boa verdade são duas razões, uma teorético-dedutiva de influência cartesiana e uma razão prática muito semelhante à usada no expediente de um Cudworth ou de um Locke e que provavelmente tem no estoicismo, um antepassado comum.

Pessoalmente, a mim parece-me mais que o sistema pufendorfiano foi construído a duas dimensões, e pretendeu-se que essas dimensões fossem como vasos não comunicantes. A duas dimensões e a dois tempos. Mas é explorável a ideia de que Pufendorf não aceitou o voluntarismo na sua asserção mais arbitrária e nesse sentido irracional, como aparece nalguns teóricos do voluntarismo radical. As suas hesitações são patentes no Livro II, Cap. III, § III, nas páginas 173, 174 e 175, na versão de Barbeyrac que tenho vindo a usar. O autor enreda-se nas contradições habituais em que se enredam todos os autores quando querem compatibilizar o puro voluntarismo com alguma racionalidade e bom senso[35]. O

35 Trago aqui apenas uma parte da urdidura das aporias em que Pufendorf se embrulha quando pretende aceitar o voluntarismo e não aceitar ao mesmo tempo as ilações intelectualmente absurdas a que o voluntarismo radical naturalmente conduz: "Mais dit-on, si toute la moralité des actions humaines dépend de la Loi, Dieu aurait donc pû former la Loi Naturelle de telle sorte que les maximes en fussent contraires à celles qu'elle renferme aujourd'hui; qu'on mit, para exemple, au nombre des Devoirs mutuels des hommes, le meurtre, le larcin, l'adultère, la calomnie; et au rang des choses défendus, la reconnaissance, la fidélité à tenir la parole, l'exactitude à rendre ce que l'on nous a prété, et autres choses semblables ?", in Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, IV], in Goyard-Fabre 1987: 174. E o que é que faz Pufendorf? em vez de aceitar naturalmente essa possibilidade irracional do voluntarismo, procura racionalizá-la mostrando que atendendo à natureza de Deus, à natureza da criação, e dentro da criação, à natureza especial do homem, tal não faz nenhum sentido. Mas tudo isso não é mais do que afinal restringir momentaneamente a omnipotência de Deus e a expressão da sua vontade soberana. O esforço de racionalização atenta tanto contra o voluntarismo como o voluntarismo atenta contra qualquer tentativa de racionalização. O voluntarismo racional é uma contradição nos termos. Pode aceitar-se apenas, penso eu, a teoria dos dois tempos. O sistema moral é inaugurado pela lei mas a partir daí pode ser construído todo o sistema por via racional. Para que no entanto o sistema seja racional é necessário que os fundamentos sejam já racionais e contenham potencialmente uma lógica racional. Ora isso pressupõe que Deus é racional e que a racionalidade da sua obra possa ser totalmente compreendida pela racionalidade da sua criatura. É o que Burns quer dizer quando afirma que: "Pourtant Pufendorf ne suivait pas Ockham dans les réflexions paradoxales que celui-ci faisait sur le caractère impératif du décalogue. Cela venait de ce que, selon lui, il semblait que si Dieu est libre de créer, il est néanmoins lié par sa création. Ainsi, s'il a créé l'homme comme un être raisonnable et social, il est nécessairement obligé d'accepter un ordre défini de valeurs. Cette nécessité est sans aucun doute relative et tout à fait distincte de celle qui est posée par le réalisme métaphysique réaliste, mais elle fait ressortir le fait que le volontarisme de Pufendorf est par nature rationnel", in Burns 1997: 515. Ora o busílis

voluntarismo occamista abriu as portas a um renascimento do estoicismo. Esse neo-estoicismo tomará a forma de uma tentativa de conciliação da teoria dos deveres de Cícero com a ideia de um Deus transcendente e criador, autor da lei natural.

Penso que Pufendorf se enquadra nessa linha. Ele tem uma clara consciência de que consoante a lei natural se baseia na razão ou na vontade divinas assim se desenham orientações muito distintas e opostas. Ele faz notar no *Direito Natural e das gentes* (*De jure naturae et gentium*), no livro oito, o seguinte:

"Ceux qui cherchent en Dieu même le modèle du Droit Naturel, se partagent en deux opinions. Car les uns établissent pour premier principe de ce Droit, la Volonté Divine, qui étant souverainement libre leur donne lieu de conclure que Dieu peut changer la Loi Naturelle, et ordonner même le contraire, comme cela a lieu en matière de loix positives. Les autres posent pour fondement la Sainteté et la Justice Essentielle de Dieu, lesquelles ne pouvant souffrir aucune altération ni aucun changement, rendent le Droit Naturel absolument immuable"[36].

E é neste ponto justamente que o seu entendimento procura encontrar uma posição arquimédica entre voluntarismo e intelectualismo, o que no caso significa, e é bom que se deixe isto muito claro, uma posição arquimédica também no plano teológico entre o inequívoco primado da omnipotência de Deus ou então da sua bondade, intelectualmente fundamentada, ao dizer que:

"À l'égard de la première opinion, je remarque qu'il a bien dépendu de la Volonté Divine de produire ou de ne pas produire une Créature de telle constitution, que la Loi Naturelle lui convienne nécessairement. Mais depuis qu'il a créé actuellement un Animal tel que l'Homme, qui ne saurait se conserver sans l'observation des Loix Naturelles, il n'est plus permis de croire que Dieu veuille les abolir ni les changer, tant qu'il ne sera aucun changement à la Nature Humaine, et tant que les Actions prescrites par ces Loix contribueront, par une suite nécessaire, à l'entretien de la Société, d'où dépend le bonheur temporel du Genre Humain, et que les Actions opposées tendront aussi nécessairement à la destruction de cette Société"[37].

---

está no «il est nécessairement obligé d'accepter un ordre», que atenta de uma forma escandalosa tanto contra a epistemologia nominalista como contra o voluntarismo teológico-moral. Dizer que Deus fica pela criação obrigado a uma ordem é o mesmo simplesmente que dizer que Deus é obrigado sem mais. Contrariamente ao que diz Burns, esta cedência é tão grave do ponto de vista de uma lógica do autoritarismo da omnipotência divina e do voluntarismo que o conforma com a posição intelectualista e realista ou, o que vai dar no mesmo, com a posição do intuicionismo moral, racional ou do senso. O voluntarismo não pressupõe meias tintas.

36 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, v], in Goyard-Fabre 1987: 175.

37 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, V], in Goyard-Fabre 1987: 175.

É muito claro que Pufendorf procurou conjugar a transcendência divina assim como a sua omnipotência com a imutabilidade intrínseca da lei natural. Exerce assim um voluntarismo mitigado. A argumentação lembra bastante a argumentação das «causas segundas» de S. Tomás, uma vez que é em função de uma certa natureza humana, criada por Deus, que o homem dispõe de formas de adequação à lei natural. Deus criou a lei natural e criou o homem de tal forma que a compatibilidade entre os dois acaba por ser um reflexo, em última instância, da sua vontade. Mas essa vontade não vai ao ponto de ser tão caprichosa que possa decretar uma incompatibilidade que seria contra natura; e contra natura, em última análise, até contra a própria natureza divina. Estamos assim a meio caminho entre os fundamentalismos voluntaristas e os fundamentalismos intelectualistas. A posição de Pufendorf é assim uma espécie de média aritmética entre a posição voluntarista de Hobbes e a posição racionalista de Grócio (O Grócio do *De jure belli ac pacis*).

Se é verdade que a obra de Pufendorf pode ser acusada de algum eclectismo e de uma preocupação de compromisso e cumplicidades de vária ordem, oscilando entre as implicações positivistas ditadas pelo nominalismo e pelo voluntarismo e uma preocupação racionalista e científica, procurando construir uma exacta *iuris naturalis scientia*, em que, a partir de princípios racionais axiomáticos, evidentes, se pudesse deduzir com coerência – *more geometrico* – a construção sólida de um «sistema», capaz de fundamentar a ética individual e a ética social. Se tudo isso é verdade, dizia eu, e a obra de Pufendorf autoriza todas estas abordagens, há um ponto em que a sua recusa do essencialismo escolástico e portanto a sua adesão epistémica ao nominalismo voluntarista teve resultados inequívocos.

4. A ideia de felicidade permite judicar sobre Pufendorf

Estou a pensar na ideia de felicidade que se pode rastrear na obra deste tratadista do direito natural, porque há de facto um aspecto que não sofre contestação. Tal como todos os grandes teóricos do Direito Natural moderno, Hobbes, Locke ou Thomasius etc., e talvez com a única grande excepção de Grócio, Pufendorf sustenta que não há moral ou *political meanings* inerentes à estrutura das coisas. Todo o significado ou valor, é desejado ou construído e impõe-se ao mundo natural que em si mesmo é amoral ou apolítico. Este esvaziamento axiológico, corroendo a essencialidade de uma estrutura humana inerentemente valorizável, possuidora de uma normatividade imanente põe termo à velha equação ontognoseológica por um lado e à interconvertibilidade do ser com o bem por outro e finalmente à perspectiva de uma natureza humana teleologicamente orientada para a perfeição, para a felicidade e para o bem, uma vez que os contém já em potência e portanto enquanto *telos*. É o fim do eudemonismo inerente ao finalismo metafísico e mesmo de uma concepção da felicidade ligada à virtude ou melhor

ao exercício das virtudes e à natureza como modelo.

Suarez e Cumberland ainda seguiram no essencial S. Tomás relativamente ao princípio da ordenação da lei natural no sentido do bem comum. A coerência nominalista de Pufendorf, ao pôr termo à conexão com o bem, irá conduzir à neutralização de qualquer relação entre o bem do ponto de vista moral e o bom do ponto de vista natural. Neste plano, a separação radical entre as duas esferas antecipa curiosamente o pensamento moral kantiano sobre esta matéria. Os actos justos e bons podem não ter nenhuma compensação no plano da felicidade e do bem natural. E vice-versa. Mas a esfera mais digna é a esfera moral uma vez que as *entia moralia* são o que verdadeiramente confere a dignidade específica do ser humano. Por outro lado, elas nada têm a ver com os bens naturais porque elas são instituídas e, assim sendo, pertencem à dimensão artificial da «natureza» humana. Este é obviamente o domínio mais moderno do pensamento de Pufendorf que ele se esforça por compatibilizar com o voluntarismo residual de natureza essencialmente teológica mas que contamina o edifício da sua moralidade e da sua jurisprudência.

Pelo seu voluntarismo e pela referência constante da lei natural ao decreto divino coloca-se Pufendorf numa linha filosófica ante(i)moderna. Sendo, contudo, verdade que os *entia moralia* aparecem como qualquer coisa de artificial que se impõe à natureza. E neste plano a modernidade está lá.

Ao contrário de Grócio, Pufendorf teria antes seguido a via do subjectivismo (chega-se a falar de solipsismo normativo), aberto pelo nominalismo occamista. É um facto que Pufendorf teme o individualismo humanista que pressente em Hobbes e em Grócio, pelo que subordina sempre toda e qualquer vontade ou razão individual a uma ideia de totalidade, de tipo claramente neo-estóico, criada por Deus. Não pode haver para Pufendorf ruptura entre o mundo da normatividade e a ordem ontológica do mundo. O Direito Natural não pode conduzir à autonomia. Mas, e pela última vez, o carácter sistemático da sua obra e o papel que já se viu que afinal pode ser atribuído à razão e ao entendimento dão ao jusnaturalismo pufendorfiano um vago sabor jusracionalista aqui e ali, que nunca se encontra em Hobbes por exemplo.

O seu sentido da totalidade que se infere da ideia da Criação empurra-o para uma mais ampla promoção da felicidade pública (não confundir com bem comum), que ele exprime como se viu atrás e por isso limito-me a considerar apenas parte da citação referida:

"Mais depuis qu'il a créé actuellement un Animal tel que l'Homme, qui ne saurait se conserver sans l'observation des Loix Naturelles, il n'est plus permis de croire que Dieu veuille les abolir ni les changer, tant qu'il ne sera aucun changement à la Nature Humaine, et tant que les Actions prescrites par ces Loix contribueront, par une suite nécessaire, à l'entretien de la Société, d'où dépend

le bonheur temporel du Genre Humain"[38].

Mas é claro que há o sentido de uma felicidade individual, simplesmente ela é inseparável da estrita obediência ao criador. No Livro II, Cap. I, § V fica muito claro desde logo que "la dignité et l'excellence de l'homme par dessus le reste des animaux demandait sans contredit qu'il conformat ses actions à une certaine Règle; sans quoi on ne saurait y concevoir aucun ordre, aucune beauté, ni aucune bienséance"[39].

Mas Pufendorf não foge à responsabilidade de assumir que de todo o modo o homem é dotado de faculdades que também os outros animais não possuem. Passa portanto em revista as luzes do entendimento e a sua faculdade de julgar, mas sempre na perspectiva não só da sua origem divina mas também das suas funções mais relevantes, à cabeça das quais se coloca a obrigação para com Deus: "En effet, les choses où la grandeur et la force de notre Esprit se font le plus sentir, ce sont celles qui concernent le culte de la Divinité, et les devoirs de la société civile"[40]. Para que serve, diz o autor, todo o arsenal de possibilidades criativas, industriosas, construtivas das faculdades humanas e nas quais se inclui, a compreensão da Ordem, a capacidade para dominar as paixões, etc., quer dizer "toutes choses qui n'auraient que peu ou point d'usage dans une vie sauvage, sans Loi, sans société"[41]. Para que serviriam afinal? Na pergunta está sobejamente subentendida a capacidade humana para usar das suas faculdades no quadro de uma organização social da qual ele próprio é agente e utilizador, o que não obsta a que o autor lembre reiteradamente que a fundamentação tanto destas faculdades como desta ordem[42] é a expressão da obra e da vontade de Deus. E é daí que vem

---

38 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, V], in Goyard-Fabre 1987: 175.

39 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, V], in Goyard-Fabre 1987: 145.

40 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, V], in Goyard-Fabre 1987: 146.

41 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, V], in Goyard-Fabre 1987: 146.

42 É um aspecto muito interessante na obra de Pufendorf que, aliás se reforçará nos Deveres do homem e do cidadão (Les devoirs de l'homme et du citoyen), este léxico, chamemos-lhe neoclássico, da ordem, da medida, da contenção e domínio das paixões, do equilíbrio e até da proporção e da medida, isto por um lado, mas não apenas, uma vez que o léxico se evidencia num quadro intelectual em que as qualidades que o léxico exprime, moderação, prudência, temperança estão também promovidas explícita ou implicitamente. Na obra citada o autor irá mais longe e articulará à boa maneira apolínea uma ideia de felicidade em estreita articulação com este dispositivo. Chamo a atenção para o que Pufendorf desenvolve desde a página 137 até à página 145 da referida obra. Aí o autor roça mesmo a promoção de uma aurea mediocritas cristã. Este universo medíocre em Pufendorf tem como alicerces, a perseguição de objectivos determinados, possíveis e legítimos, (...) a valorização sistemática da razão, da recta razão, sobre as paixões (de sentido neo-estóico), (...) o uso moderado das faculdades, segundo os ditames da recta razão (porque é aí que reside simultaneamente a felicidade e o mérito), (...) o culto de uma felicidade sem grandes expectativas uma vez que essa é a felicidade possível na terra, (...) um acentuado

a obrigação:

"Or plus les talents que nous avons reçûs du Créateur sont considérables et en grand nombre; plus il serait honteux de les laisser enfouis faute de culture, ou de les employer et de les épuiser inutilement à agir au hazard sans règle ni mesure. Et ce n'est pas en vain que Dieu nous a donné, avec une Âme capable de se former des idées d'un bel ordre, le pouvoir de nous y conformer dans toute notre conduite, Il veut sans doute que, par un bon usage de nos facultés, nous fassions éclater la gloire de notre Créateur, et que par-là nous travaillons aussi à nous rendre nous-mêmes plus heureux"[43].

E é sempre neste contexto que a ideia de felicidade aparece na obra de Samuel Pufendorf[44]. E sendo assim, até pela posição decisória que a concepção sobre a felicidade incarna, penso que Pufendorf não foi capaz de se separar completamente da matriz voluntarista e religiosa.

BIBLIOGRAFIA ESSENCIAL

Afonso Costa, M.,

2008 A ideia de felicidade em Portugal no século XVIII entre as Luzes e o Romantismo. Eticidade, moralidade e transcendência, Lisboa, ed. Policopiada.

Burns, J. H. (ed.)

1991 *The Cambridge history of political thought* (3 Vols.), Cambridge: Cambridge University Press.

1997 *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris: Presse Universitaires de France.

---

sentido neo-estóico da resignação (Après avoir fait tout ce qui dépendait de nous, il faut de bonne heure se consoler des accidents imprévus; ne pas se reposer trop d'assurance sur le présent, mais n'anticiper pas non plus l'avenir par des inquiétudes et des craintes superflues; éviter également de s'enougueillir dans le prospérité, et de perdre courage dans l'adversité", cf. Pufendorf [Os deveres do homem e do cidadão], in Goyar-Fabre 1984: 140-141. Não resisti a integrar nesta nota esta citação uma vez que ela exprime muito do sentido da «maitrisation de soi», que sendo estóica é também puramente apolínea e exprime bem o sentido da contenção, da moderação, da «retenue», e mesmo da prudência que melhor exemplifica a apolinicidade medíocre. E não deixa de ser curioso o facto de que este tipo de linguagem e articulação ideológica se encontre na obra de um autor indiscutivelmente voluntarista. Talvez que isto ajude a compreender o sentido ecléctico e de compromisso da obra de Samuel Pufendorf.

43 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, v], in Goyard-Fabre 1987: 146.

44 Pufendorf [*Direito da natureza e das gentes*, Tomo Primeiro, II, III, v], in Goyard-Fabre 1987: 175. A mesma posição pode ser vista em Pufendorf [Os deveres do homem e do cidadão], in Goyard-Fabre 1984: 120.

Canto-Sperber, Monique (dir.)
1997 *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris: Presses Universitaires de France.

CUMBERLAND
Cumberland, Richard
1969 «A treatise of the laws of nature», in *Raphael, D.D. (ed.), The british moralists* (2 Vols.), Oxford. [1672]
1995-97 «A treatise of the laws of nature», in *Schneewind, J. B. (ed.) Moral philosophy from Montaigne to Kant* (2 Vols.), Cambridge. [1672]

Darwall, Stephen
1995 *The british moralists and the internal 'ought' (1640-1740)*, Cambridge: Cambridge University Press.
Haakonssen, Knud
1996 *Natural law and moral philosophy, from Grotius to the scottish enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press.
Hespanha, António Manuel
1997 *Panorama do pensamento jurídico-político europeu*, Lisboa: Europa-América.
Macpherson, C.B.
1971 *La théorie de l'individualisme possessif. De Hobbes a Locke*, Paris: Éditions Gallimard.
Piovani, Pietro
1961 *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari: Laterza.

PUFENDORF
Goyard-Fabre, Simone (coord.)
1984 *Samuel Pufendorf: Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui font prescrits par la loi naturelle*, tradução de Jean Barbeyrac (2 Vols.), Caen: Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen. [1741]
1987 *Samuel Pufendorf: Le droit de la nature et des gens,* traducção de Jean Barbeyrac (2 Vols.), Caen: Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen. [1732]
1990 *Christian Wolff: Principes du droit de la nature et des gens, par Jean-Henry-Samuel Formey*, Caen: Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen. [1758]

Schneewind, J. B.
1998 *The, invention of autonomy. A history of modern moral philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press.
Taylor, Charles
1989 *Sources of the self: The making of modern identity*, Cambridge: Cambridge University Press.
Tuck, Richard
1998 *Natural rights theories*, Cambridge: Cambridge University Press. [1979]
Villey, Michel
1968 *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Les Éditions Montchrestien.



CASINO LAW IN MACAU: FROM COMPETITION TO CONSUMER PROTECTION?

Alexandre Libório Dias Pereira
Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Abstract

Macau became a world-wide major gaming market with a specific renewed regulatory framework. Based upon the theory of the 'privileged business', gaming is a legal monopoly of the Executive of Macau SAR (China), and the exploitation of this activity is only available to some concessionaires that comply with strict requirements concerning suitability of actors and financial capacity. In return for gaming concessions, the concessionaires pay significant premiums, taxes and contributions, and they are bound to a program of relevant investments in the Region. In the operation of casinos, concessionaires are subject to a high degree of control by the Executive within a relationship ruled by a principle of full disclosure and straight cooperation, and they have to comply with anti-money laundering regulations. Moreover, in order to assure accomplishment of their obligations to the Region, concessionaires provide significant financial guarantees. Despite the restrictive regulatory framework in the sense that gaming business still remains a public monopoly, the new legal framework of casino gambling has introduced competition in the gaming marketplace. Monopoly has been replaced by oligopoly and, moreover, casino regulations provide that junket promoters can work with more than one concessionaire, and that casino credit operations are not considered game usury under certain circumstances.

The introduction of competition in the casino marketplace may improve consumer welfare in the gaming sector, according to the rationale of traditional theories that justify the supremacy of free competition over monopoly in terms of promoting consumer welfare. However, the sensitive nature of casino gambling, regarding the status of consumer irrational choice, could perhaps justify a more protective legal environment from a viewpoint of consumer protection. This is

regulatory model, following the theory of gaming as a "privileged business". At the same time, the regulatory model in force in Macau seems to be influenced by the evolution of the gaming industry, in which the gaming enterprise becomes a "tourism enterprise"[7]. However, it does not mean the full liberalisation of casinos, as casino gaming is still perceived as a "privileged business", in the sense that, as a Nevada Court ruled in 1931, the "State may regulate or suppress it without interfering with any of those inherent rights of citizenship which is the object of government to protect and secure" (*Grimes v. Board of Commissioners*, 1931)[8].

In today's complex societies old approaches that used to base the restriction or even eradication of gaming upon moral notions of sin and evil are gradually replaced by new perspectives that approach gaming regulation from the view point of public health concerns, in the sense that gaming can be an addiction and become an illness, as gamblers can get addicted to the adrenaline of gaming (recalling *The Gambler*, from Dostoiewski). These concerns, instead of justifying the full prohibition of gaming, only provide arguments in favour of restrictive regulatory models. Nowadays, casino gaming is considered an entertainment industry, i.e., an ordinary leisure industry and it is even argued that it should "be treated as an ordinary business".[9] The movie *Casino*, with Robert de Niro and Sharon Stone, provides an illustration of the evolution of the casino industry.

This appears to be the conclusion of a number of studies made by the Royal English Commission, and ended with the Gaming and Lotteries Act in 1984. But this is only the last step of a campaign of legalization and administrative regulation, whose priorities are especially the prevention of criminal exploitation and individual excess. These studies show the real situation of this kind of activity and of its market. In the English market there are large gaming and bookmaking companies that transformed their business by applying standard marketing techniques to betting. Accordingly, gaming became a "legitimate part of the leisure industry, rather than a source of social problems"[10].

However, the sensitive nature of casino gaming justifies restrictive public policy approaches and regulation models. There are several actors of casino

---

7 Sasaki Kazuaki, *Application of Balanced Scorecard in Gaming Enterprise as Tourism Enterprise*, Conference Paper, *First Asian Academic Network Conference on Commercial Gaming*, jointly organized by the Osaka University of Commerce (Japan) and the University of Macau (PR China), in 2005 July 21 to 25.

8 See Anthony Cabot, *Casino Gaming: Casino Gaming: Policy, Economics and Regulation*, 1996, pp. 320 ff.

9 Dixon, *From Prohibition to Regulation: Bookmaking, Anti-Gambling and the Law*, Oxford, 1991.

10 Dixon, *From Prohibition to Regulation*, cit., 1991; see also A. Pereira, 'Gaming in European Economic Law: Advertising and Betting Services in the EC', *Boletim da Faculdade de Direito* 16 (2003), pp. 113-120.



gaming, namely: corporations that exploit casinos and their shareholders and administrators (1), Junket promoters or agents (2), players or gamblers (3), and regulators and Government bodies (4). These are the main characters of casino gaming and their role on stage is a matter of gaming law.[11] All gaming actors share the same common purpose: to make money - not to mention those who rob casinos as illustrated by the movie *Ocean's Eleven*. Gamblers want to make money trying their luck and placing their bets. Casino corporations want to make money by offering games. Promoters want to make money earning commissions from concessionaires for the clients they arrange. Governments want to make money allowing corporations to run casinos and paying taxes, premiums and making contributions.

Like any commercial activity (according to the Commercial Code of Macau, Art. 2(1)), this industry is about making money. However, the sensitive nature of gaming has to do not only with the purpose of making money but also with the risk that is related to it. The analogy could be drawn with the risk of banking, insurance or stock exchange, as the considerable level of risk of financial activities also justifies their sensitive nature for purposes of regulation.

Nonetheless, the hazardous nature of gaming justifies public policy approaches that favour restrictive regulatory models, as the calculation of probability of chance is not available for normal human beings and moreover gaming rules usually prohibit "counting cards" (recalling *Rain Man*, with Dustin Hoffmann and Tom Cruise), i.e. the incertitude of gaming makes it hazardous and dangerous, not only for casinos but also and mainly for gamblers, who can be in a situation of complete irrationality. On the other hand, there is a risk of jeopardising State regulations, not to mention that gambling can be associated with illegal activities, namely by serving as an instrument of money laundering, as gaming activities involve large sums of money and a risk exists that the money on the table is not accounted.

In short, the sensitive nature of gambling places several limits and restrictions to freedom of enterprise and its exercise is deemed as an exceptional privilege rather than as a right of prospective gaming operators. The sensitive nature of casino gambling is at the heart of the theory of gaming as a "privileged business", in the sense that, as a Nevada Court ruled in 1931, the "State may regulate or suppress it without interfering with any of those inherent rights of citizenship which is the object of government to protect and secure" (*Grimes v.*

11 For example, in Macau the Role of the Gaming Inspection and Coordination Bureau is, namely, to collaborate in the definition and execution of the economic policies for the operations of casino gaming, to control casino gaming concessionaires (eligibility, financial capacity, compliance with legal and contractual obligations), and to issue licenses for junket promoters of casino gaming and to control their activities.

Board of Commissioners, 1931)[12].

§ 4. Basic Principles of Macau Casino Law

The regulation of casino games of fortunes provided by Law 16/2001 is aimed to achieve several objectives, such as, namely: that those involved in the supervision management and running of casino games are suitable persons to exercise their functions and assume those responsibilities, and that the operation of casinos is fair, honest and free of criminal influence (1); that those involved in the supervision, management and operations of casino games of fortune have appropriate qualifications to carry out their duties and functions (2); to protect the right of Macau SAR to collect gaming tax from the casino games of fortune (3); to enhance the development of tourism, social stability and economy of Macau (4).

To begin with, gaming is a legal monopoly of the Executive of Macau SAR, and the exploitation of this activity is only available to three concessionaires that comply with strict requirements concerning suitability of actors and financial capacity. In return for gaming concessions, the concessionaires pay significant premiums, taxes and contributions, and are bound to a program of relevant investments in the Region. In the operation of casinos, these concessionaires are subject to a high degree of control by the Executive within a relationship ruled by a principle of full disclosure and straight cooperation; in order to assure accomplishment of their obligations to the Region, concessionaires provide significant financial guarantees.

Then, casino junket promoters need to be licensed by the Executive of the Region and therefore they have to demonstrate adequate suitability. In conducting their activities they are subject to a high level of control not only by the Executive but also by concessionaires with which they work, for concessionaires are jointly liable for the acts of their promoters. Another relevant aspect of casino gaming law in Macau is that it does not deem as game usury casino gaming credit operations that are conducted by the concessionaires, sub-concessionaires and authorized managers and promoters.

Despite restrictive, this legal framework has introduced competition in the gaming marketplace. Casino gaming is now exploited by three concessionaires and two sub-concessionaires. Monopoly has been replaced by oligopoly, Junket promoters can work with more than one concessionaire, and moreover casino credit operations are allowed under certain circumstances. In fact, the new legal framework has introduced competition in the casino marketplace.[13] Only

12 See Anthony Cabot, *Casino Gaming: Casino Gaming: Policy, Economics and Regulation*, 1996, pp. 320 ff.

13 See Ricardo Siu and William Eadington, *Between Law and Custom - Examining the Interaction*

a few years ago gaming services were provided by one single concessionaire in a situation of monopoly. The new legal framework has created room for three gaming concessionaires, and several sub-concessionaires are also operating. This places new concerns regarding fair competition among casino gaming operators, as well as casino consumer protection.

§ 5. The Concession of Casinos

1. Law 16/2001 provides that the exploitation of certain games of fortune is an activity that can only be exercised in Casinos by Macau SAR or by its concessionaires, up to 3, upon obtaining a gaming license from the Executive.[14] 24 games of fortunes are approved as games of chance, but additional games and respective rules may be approved by the Executive.[15] The Executive does also define the places of exploitation of casinos (location and premises). The term of concession is provided in the concession contract and cannot be longer than 20 years, although it can be renewed.

Three casino gaming concessions have been granted by the Executive of Macau SAR. Concessions contracts in force are with: Sociedade de Jogos de Macau (SJM), S.A. (1/4/2002 - 31/3/2020), with a sub-concession to MGM Grand Macau, S.A.; Galaxy Casino S.A. (27/6/2002 – 26/6/2022), with a sub-concession to Venetian Macau, S.A. (19/12/2002 – 26/6/2022); and Wynn Resorts (Macau), S.A. (27/6/2002 – 26/6/2022), also with sub-concession.

In order to achieve their concession contracts, these gaming companies had to follow a special procedure. There was a public tender for the award of a concession to exploit casinos, although it should be noted the special nature of this public tender, for access to which could be restricted by pre-qualification. In *Casino Gaming*, Cabot remarks that this solution corresponds to the understanding that gaming is a "privileged business", as the Nevada Court ruled in a leading case (*State v. Rosenthal*, 1977) and consequently applicants do not have a right to a license nor even a protected expectation that justifies procedural safeguards of due process, because no prospective licensee acquires a "protected property interest" until obtaining the license (*Jacobson v. Hannifin*, 1980).

---

between Legislative Change and the Evolution of Macau's Casino Industry, Conference Paper, First Asian Conference, cit., 2005).

14 Interactive games cannot be exploited by the concessionaires of casinos and their exploitation is not related to the exploitation of casinos. It does not mean that the interactive gaming business, namely Internet Gambling, can freely be conducted, as any commercial gaming activity requires public authorisation.

15 Despite their soft legal value, these rules represent "hard law" of gaming as they account for much of the fairness of the game, as evidenced by the Conference Paper of Jason Zhicheng Gao, *Fairness of Macau Casino Games*, Conference Paper, First Asian Conference, cit., 2005.

2. Moreover, in order to qualify to the concessions, casino concessionaires had to comply with several requirements. These grant a high level of control of the Executive over the concessionaires. Qualifying requirements for eligible applicants are, namely:

a) These companies have to be public companies incorporated in Macau (see Commercial Code, Art. 174(1), providing several types of commercial companies, namely: unlimited partnerships, limited partnerships, private companies and public companies; for requirements of the incorporation act see Commercial Code, Art 179);

b) There are suitability requirements (experience and financial capacity, e.g.) of the applicant and of substantial equity holders (5% shareholders) and key employees and directors;

c) The exclusive object of these companies is to exploit casino games of fortune;

d) Minimum capital must be MOP 200 millions, which must be fully accomplished in money by deposit in a credit institution legally operating in the Region;

e) Corporate capital must be fully represented by nominative shares (not shares to bearer);

f) The executive manager (delegate administrator) must be a Macau resident who owns at least 10% of the capital and he is subject to approval by the Executive;

g) Concessionaires must offer adequate financial guarantees of payment of premiums and taxes, and accept to provide special contributions.

3. The operation of casino gaming by concessionaires is subject to several rules that provide great control powers to the Executive. These are, in special:

a) Transfers of company shares and voting or other rights are subject to authorization from the Executive (the same goes for the increase of corporate capital by public subscription, the emission of privileged shares and bonds and the admission to listing on the stock exchange of the concessionaire or a dominant shareholder thereof);

b) Transfer by any means or sub-concession, total or partial, of the exploitation of casino games of fortune requires previous authorization from the Executive (in the SJM concession contracts, penalties range from 1 billion MOP in case of unauthorized transfer of full exploitation to 300 million MOP in case of unauthorized sub-concession of partial exploitation);

c) Agreements outside the company among shareholders have to be searched for by the concessionaire and must be communicated to the Executive (Art. 185 of the Commercial Code provides several limits to these agreements);

d) Concessionaires have to comply with corporate rules on legal reserves (at least ¼ of 200 million MOP);

e) Concessionaires have to install in casinos and other gaming areas electronic surveillance devices approved by the Gaming Inspection and Coordination Bureau;

f) Concessionaires must pay premiums and taxes, and to offer adequate guarantees of payment;

g) Concessionaires are bound to provide contributions to the development of Macau as established in the concession contract;

h) Concessionaires must keep casinos running continuously and to advertise and promote casinos;

i) Concessionaires have to comply with public regulations and intellectual property rights, such as patents, marks, and copyright;

j) When the gaming concession expires, all assets and cash deposits revert to the Macau SAR.

§6. Casino Duties: Premiums, Taxes, Contributions, and Investments

Casino Concessionaires have to pay a premium of concession which is composed of a fixed portion paid yearly plus a variable portion paid monthly. For example, the concession contract of SJM provides a yearly premium of 30 million MOP, and as variable portion at least yearly 30 million MOP for special gaming tables, 15 million MOP for free gaming tables and 1 thousand MOP for each slot machine. Moreover, casino concessionaires have to pay a *special gaming tax* of 35% of gross revenue (Law 16/2001, art. 27), and assigned contributions of 1.6% of gross revenue to the Macau Foundation, and 1.4% to 2.4% of gross revenue to Infrastructures, Tourism and Social Security Fund.

On the other hand, concerning investments in Macau SAR, the concession contracts in force provide around 4.7 billion MOP for *SJM*, 8.8 billion MOP for *Galaxy/Venetian*, and 4 billion MOP for *Wynn*. It means that only in investments Macau SAR will receive approximately MOP 17.5 billion from concessionaires. In carrying out these investments, concessionaires are bound by several duties, namely to use materials and systems that comply with international quality standards.

§ 7. Casino Transparency: Full Disclosure

In order to fulfil their obligations to the Region, concessionaires are subject to a rule of full disclosure. This is evidenced by several obligations of information and cooperation, special gaming accounting rules and investigative procedures, as well as to submission to daily supervision of gaming revenues.

Each year the concessionaire must provide the Executive the *structure*



of shareholders that own 5% of more of the capital, including the membership structure of companies that hold such shares in the capital of the concessionaire. Moreover, the concessionaire must inform the Executive about any person that is designated to the corporate bodies of the concessionaire (general assembly, board of administration, supervision council and any other corporate body). Concerning agreements outside the company (or would-be agreements), they have to be searched for by the concessionaire who must communicate them to the Executive. Then, casino enterprises are run by an executive manager approved by the Executive and the concessionaire cannot grant powers of attorney to any other persons concerning the exercise of the enterprise in the name of the concessionaire.

As for *obligations of information*, concessionaires must inform the Executive about any circumstances that may affect their operation (concerning namely their solvency), any remunerations paid to administrators, financiers and main employees, forms of profit distribution, as well as any management and service contracts; concessionaires also have to provide the Executive with a list of gaming promoters they want to work with in the following year. This allows Public Authorities to control who is taking money from the casino and why. In order to carry out the obligation of information, concessionaires have to submit each year to the Gaming Bureau a document with all their banking accounts.

Concerning *accounting*, concessionaires have to keep proper accounting books according to the Official Accounting Plan of the Region. In special, concessionaires are bound to provide to certain Public Authorities, namely the Gaming Inspection and Coordination Bureau, free access to any parts of their premises as well as free access to and examination of bookkeeping and accounting, including all relevant documents. Moreover, concessionaires are subject to external auditing by internationally recognized auditing firms, and must allow extraordinary auditing.

In order to provide *public disclosure* of their activities, casino concessionaires also have to publish in the Official Bulletin of Macau several elements, such as balance sheets, report of gains and losses, activity report summary, opinion of the supervision board and summary of opinion of external auditors, list of qualified shareholders having 5% or more of the capital in any period of the year, and names of holders of positions in corporate bodies.

§ 8. Financial Provisions and Guarantees

In order to be eligible for running casino gaming, companies need to comply with strict financial requirements. To begin with, they must have a minimum corporate *capital* of 200 million MOP fully accomplished in money deposited in a credit institution legally operating in Macau. Moreover, concessionaires must comply with corporate rules on mandatory reserves. It means that until they reach

an amount equal to a ¼ of the capital (minimum 200 million MOP), no less than 10% of exercise profits have to retained as legal reserves (Commercial Code, art. 432, 2). Then, concessionaires have to communicate to the Executive any loan they grant higher than 30 million MOP or equivalent contract, and they must achieve required financing for proper operation.

Another financial aspect concerns *insurance*. In fact, casino concessionaires have to take several insurance contracts that cover the risks of operation of their activities in the Region. These insurance contracts include, namely, labour accidents and illness, transports (cars, boats, planes), advertising, specific insurance for gaming, insurance of premises, equipment and other goods used in the exploitation of casinos.

There are *financial guarantees* to be provided by casino gaming concessionaires. First, concessionaires have to provide guarantee of accomplishment of their legal or contractual obligations to the Executive. In special, they are bound to keep in favour of the Executive an *independent banking guarantee on first demand* (see Commercial Code, Arts. 942 ff). For example, SJM has to keep in favour of the Executive an independent banking guarantee on first demand the amount of which is 700 million MOP until March 2007 and 300 million MOP thereafter. Moreover, concessionaires have to provide a specific banking guarantee of payment of the *special gaming tax*, which is also an independent banking guarantee on first demand. The Executive can also demand the *dominant shareholder* or other shareholders of the concessionaire to provide a guarantee concerning the obligations of the concessionaire, which can be provided for example by deposit in money, banking guarantee or insurance-bail. These are instruments to reinforce the accomplishment of the obligations by the concessionaires, as the Executive can use these guarantees independently of court decision whenever the concessionaire does not fulfil any of its legal or contractual obligations (e.g. do not pay in time concession premiums or the special gaming tax).

§ 9. Casino Junket Promoter

Administrative Regulation No 6/2002, amended by Administrative Regulation No 27/2009, provides the regulation of access and exercise of the activity of (Junket) *promoters of casino games of fortunes*. Gaming promoters are important actors. They promote casino games of fortunes to potential gamblers, by providing facilities, including transportation, hosting, food and entertainment, in exchange for a commission or other remuneration to be paid by the casino concessionaire.

In order to be eligible for the exercise of this activity, promoters have to be commercial entrepreneurs or companies and comply with certain requirements. In

case of commercial companies, their object can be only the promotion of games of fortune and their capital can be owned by human persons only. In case they are public companies, their shares have to be nominative and their capital must be fully accomplished at the moment of the act of incorporation of the company. Registration of gaming promotion companies and entrepreneurs is dependent upon previous obtaining of the gaming promoter license.

The Executive grants a license of gaming promoter through the Gaming Inspection and Coordination Bureau. Applicants must demonstrate suitability for this activity submitting special application forms. In order to appraise the suitability of applicants the Executive has access to all their documents and information as deemed necessary, and applicants have a special duty of cooperation. The Executive can also demand a risk evaluation report. In case the suitability of the applicant is positive, he can be granted a license of promoter of games of fortune for one year renewable upon request.

In the exercise of their activity, licensed gaming promoters can choose collaborators and must communicate to the Gamming Bureau their identities for approval. Gaming promoters have to be registered by a gaming concessionaire, upon approval of the Executive. Unless otherwise stipulated, their activity is not exercised in conditions of exclusivity, as they can act with more than one concessionaire.

Gaming promoters are also subject to full disclosure and to strict control by public authorities. In fact, they have to communicate any change of corporate structure to the Gaming Bureau and agreements outside the company also have to be searched for by the concessionaire and communicated to the Executive. Moreover, transfers of company shares and voting or other rights are subject to authorization from the Executive. On the other hand, the promoter cannot exercise the activity through another person and cannot transfer by any means his contract with the concessionaire.

Promoters exercise their activity with the concessionaires according to the contract concluded by them and which seems an agency contract (Commercial Code, Art. 581). This is of special importance, as concessionaires are jointly liable with promoters for the activity of promotion they conduct in their casinos. Moreover, concessionaires have an obligation to control gaming promoters and to communicate to the authorities any fact that may indicate the criminal offences by gaming promoters, such as money laundering. The same goes for gaming promoters, as they are jointly liable for the activity conducted by their employees and collaborators in the casino.

Administrative Regulation No 27/2009 empowered the Secretary of Economy and Finances to fix a maximum limit for commissions and other remunerations to be paid by concessionaries to junket promoters, as well as the

obligation to disclose it. Order 83/2009 of the Secretary of Economy and Finances fixed it in 1.25% of the net rolling regardless of the basis of calculation.

§ 10. Casino Gaming Credit Operations

Law 5/2004 provides the regulation of *casino gaming credit operations*. In short, there is a casino credit operation where a gambler or a promoter receives casino chips without immediate payment in money. Only concessionaires, sub-concessionaires and authorized in writing managers and promoters are allowed to grant credit for casino gaming. Casino credit granters have to provide all solicited information to Public Authorities, and their workers are bound by confidentiality.

As provided in the regulation of casino gaming credit operations, this activity is not considered gaming usury, i.e. lawful casino gaming credit operators are not deemed extortionate money-lenders, as provided in Law 8/96/M, of July 22, on gaming crimes (Art. 13). Nonetheless, perhaps some criterion limitation of interest rates should apply, not to mention that gaming credit operations are subject to the general regulation of legal transactions and the specific rules of such operations provided by the Civil Code (Art. 1171º).

§ 11. Final Remarks

Gaming is a sensitive activity from the viewpoint of consumer protection, as gaming consumers can easily lose rational control. Therefore, commercial gaming, especially casino gambling, is prohibited in several jurisdictions, or it is submitted to restrictive regulatory models that are based upon the understanding of gaming as a "privileged business", even within a context of evolution of the gaming industry from a marginal activity to a business of leisure and entertainment. Nowadays, consumer protection becomes a major concern of the regulatory framework.

This paper overviewed the regulatory framework of casino games of fortune in Macau. Gaming remains a legal monopoly of the Executive of Macau SAR, and the exploitation of this activity is only available to three concessionaires that comply with strict requirements concerning suitability of actors and financial capacity, and pay significant premiums, taxes and contributions, and are bound to a program of relevant investments in the Region, submitting to a high degree of public control and providing significant financial guarantees of accomplishment of their obligations, not to mention compliance with anti-money laundering regulations. The new legal framework of Macau has introduced competition in the gaming market, at least in the sense of oligopoly. Moreover, it has "liberalised" the activity junket promoters, however with some restraints, and exempted from game usury casino credit operations under certain circumstances.

Consumers can benefit from the new regulatory framework, as competition



is capable of promoting consumer welfare. But the sensitive nature of casino gambling, from the viewpoint of consumer protection, could justify a more protective legal environment. Such an enhanced legal environment of casino consumer protection, namely in what concerns interest rates of casino credit operations and gaming fairness, would certainly favour consumer confidence and improve the gaming market.



QUANDO O PACIENTE DIZ NÃO: SOBRE O ARTIGO 150.º DO CÓDIGO PENAL DE MACAU (INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO-CIRÚRGICOS ARBITRÁRIOS)

Vera Lúcia Raposo (黎慧華)
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo

Se tradicionalmente a prática de actos médicos prescindia do consentimento do paciente, hoje em dia o cenário é completamente distinto e qualquer acto médico carece do prévio consentimento informado do paciente. Esta revolução ficou a dever-se, por um lado, a novas concepções no plano das legis artis médicas; por outro lado, ao reconhecimento no plano jurídico de novos direitos do paciente, nomeadamente o direito à autodeterminação em matéria de saúde.

No ordenamento jurídico de Macau, e por força da influência do ordenamento português, este entendimento foi aceite em toda a sua plenitude, levando inclusivamente à consagração de um específico tipo legal de crime, o crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, previsto no artigo 150.º do Código Penal de Macau.

Palavras chave: consentimento informado; responsabilidade criminal médica; autodeterminação; eutanásia.

1. A exigência de consentimento como boa prática médica

Tradicionalmente o exercício da medicina permitia ao médico actuar sem prestar ao paciente qualquer esclarecimento, nem, muito menos, pedir a sua autorização. Afinal, o médico era uma espécie de *pater familias*, que sabia o que

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal
vraposo@umac.mo, vera@fd.uc.pt

era melhor para o paciente, sendo este um enfermo, ou seja, "aquele que não está firme". Uma vez que o paciente se apresentava como um ser frágil e desprovido de conhecimentos, cabia ao médico tomar todas as decisões acerca do tratamento a aplicar, orientando as suas escolhas com vista a assegurar a manutenção da vida do paciente, muitas vezes a expensas do seu bem-estar, da qualidade de vida e da própria dignidade humana.

Em sintonia com a veneração prestada ao conhecimento do médico e ao seu poder de decisão, os processos judiciais envolvendo má-prática médica eram raros e quase sempre destinados ao insucesso, sobretudo se fundados num suposto acto médico praticado contra a vontade do doente, uma realidade que se pensava nem sequer existir, dado que o paciente não teria uma "vontade juridicamente relevante" susceptível de se opor à decisão do médico.

Porém, uma autêntica revolução coperniciana ocorreu na sociedade, no direito e na medicina, de tal forma que um dos principais motivos da litigância actual se prende precisamente com questões relativas ao consentimento informado (mais propriamente, com a sua ausência).

Várias razões contribuíram para este estado de coisas: por um lado, a crescente consciencialização dos pacientes face aos seus direitos; por outro lado, o facto de ser relativamente simples para o suposto lesado ganhar um processo cível nesta matéria (já em sede criminal as probabilidades de sucesso são substancialmente mais reduzidas), dado que o ónus da prova reside no médico-réu[1] e os tribunais se têm revelado cada vez mais exigentes para este efeito. Em contrapartida, em termos criminais revela-se mais difícil fazer prova da ausência de consentimento informado (desde logo pela vigência do princípio da presunção da inocência) e, consequentemente, obter uma condenação. Ainda assim, o Código Penal de Macau (doravante CP) criminaliza as intervenções médicas sem consentimento, logo, não está afastada a possibilidade de uma condenação criminal, cuja probabilidade de ocorrência é cada vez mais elevada.

2. Breve enquadramento do regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários no ordenamento jurídico da RAEM

No ordenamento macaense a realização de um acto médico sem consentimento (informado, acrescente-se já) do paciente configura um ilícito típico, previsto e punido no artigo 150.º do CP, em termos muito semelhantes ao artigo 156.º do Código Penal português[2], ao qual o legislador macaense foi

---

1 PEREIRA, 2004: 187 ss. e 2008; RAPOSO, 2013: 242 ss.

2 Dada a analogia existente entre ambas as normas, a riqueza doutrinal que existe em Portugal sobre este tema e as varias decisões da jurisprudência portuguesa que se pronunciaram sobre este preceito, iremos fazer várias referências à doutrina e jurisprudência portuguesas neste estudo,

buscar inspiração.

Esta não deixa de ser uma opção curiosa num ordenamento que mantem a criminalização de boa parte das práticas eutanásias, a titulo de homicídio privilegiado (artigo 130.º CP), homicídio a pedido da vítima (artigo 132.º CP) e auxilio ao suicídio (artigo 133.º CP)[3].

Ainda assim, não deixou de fazer predominar o respeito pela vontade do paciente em não ser sujeito a tratamentos médicos, mesmo que isso implique a sua morte, o que pode configurar uma forma de eutanásia passiva, cuja legitimidade legal é ainda controvertida[4]. A classificação do comportamento médico como eutanásia passiva terá lugar naqueles casos em que o paciente não está sujeito a um prévio processo causal de morte, sendo esta provocada pela não intervenção do médico. Em contrapartida, quando tal causa se puder reportar a um processo prévio de morte natural, à qual o médico se limita a assistir passivamente, já não estaremos perante uma qualquer forma de eutanásia, mas sim perante ortotanásia, a qual é hoje aceite como uma boa prática médica[5].

O artigo 150.º do CP traduz uma criminalização inexistente na maioria dos ordenamentos jurídicos. De facto, a posição tradicional - segundo a qual o princípio da beneficência obriga sistematicamente a salvar a vida do paciente, ainda que com a oposição deste – continua a influenciar dramaticamente as opções do legislador. Daí que a maior parte das ordens jurídicas não sancione esta conduta do médico, a não ser que da sua intervenção tenham resultado danos para a saúde, corpo ou vida do paciente. Mas em tal caso o tipo de ilícito aplicado acaba por ser o de ofensas corporais[6], e não um tipo autónomo, como sucede em Macau (e em Portugal).

2.1. A criminalização da actuação médica sem consentimento

O artigo 150.º/1 do CP estipula que "As pessoas indicadas no artigo 144.º que, em vista das finalidades nele referidas, realizarem intervenção ou tratamento sem consentimento eficaz do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa". Ou seja, o profissional de saúde que assim actue incorrerá

---

até porque em Macau o tema não foi ainda explorado, nem pela doutrina, nem pelos tribunais.

3 Sendo certo que a mesma crítica se aplica ao sistema jurídico português.
Sobre as correspectivas normas no Código Penal português, ALBUQUERQUE, 2008: 363 ss.

4 Porém, parece-nos que ainda aqui se trata de uma prática legitima. Cfr. RAPOSO 2011a: 169-217 e 2012, 115-144. É esta também a posição de DIAS, 1999:13 e DIAS, 2012: 1-34.

5 Sobre o enquadramento jurídico-criminal da ortotanásia, RAPOSO 2011a: 169-217 e 2012: 115-144.

6 Segundo ANDRADE, 2012b: 597, 598, essa é a solução vigente, por exemplo, no ordenamento alemão.

em responsabilidade criminal[7] (e também em responsabilidade civil, mas desta não trataremos no presente ensejo[8]).

O consentimento a que o artigo 150.º CP se refere não se confunde com aquele outro previsto no artigo 37.º do CP como causa de justificação da ilicitude. De facto, e ao invés do que sucede com a maioria das condutas previstas no CP, os actos médicos aos quais se reporta o artigo 150.º do CP não se traduzem numa conduta *prima facie* ilícita que se torna lícita por força do consentimento do sujeito, mas sim numa conduta *prima facie* típica, mas que se torna atípica devido a esse consentimento. De modo que em bom rigor estamos perante um acordo e não um consentimento, isto é, perante uma causa de exclusão da tipicidade da conduta e não uma causa de exclusão da sua ilicitude (mais à frente voltaremos a este ponto)[9].

O artigo 150.º CP não deixa de ser uma incriminação *sui generis* num sistema jurídico norteado pelo principio de *favor vitae*, dado que esta punição faz prevalecer a autodeterminação do paciente sobre a sua vida[10]. Atendendo ao teor textual da norma não é possível sustentar outra interpretação da mesma, nomeadamente, não há fundamento legal para concluir que a protecção da vida opera como limite ao conteúdo desta norma[11].

Na doutrina portuguesa há quem sustente – ainda que em posição minoritária – que a protecção da autodeterminação pessoal sempre teria como limite a salvaguarda da própria vida[12], mesmo que passando por cima do consentimento do paciente. Esta posição funda-se, por um lado, no respeito pela vida humana como princípio básico do ordenamento jurídico, conclusão que não contestamos, embora façamos da mesma uma compreensão mais restrita; por outro lado, numa errónea interpretação da alínea b) do n.º 3 do artigo 148.º CP, que, todavia, não encontra sustento nem no texto das normas em presença, nem na respectiva teleologia.

O artigo 148.º/1 CP começa por considerar a coacção uma conduta criminalmente punida, para de seguida, no n.º 3/b, afastar a sua punibilidade quando se destine a "evitar suicídio ou a prática de facto ilícito típico". Ora,

---

7 Sobre os pressupostos da responsabilidade criminal e civil médica, veja-se, DIAS & MONTEIRO, 1984: 239 ss.; GÓMEZ JARA, 2007; PINA, 1998; IADECOLA & BONA, 2009; RAPOSO, 2013a: 45-145; VIEIRA & RAPOSO, 2013: 89-207.

8 Sobre a responsabilidade civil derivada da prática de um acto médico sem o necessário consentimento informado do paciente veja-se, FAGNART, 2006; OLIVEIRA, 1995: 70-72 e 101-104; PEREIRA, 2004; PARZELLER et al., 2007: 576-586; RAPOSO, 2013a: 213 ss.

9 ANDRADE, 2012b: 601, 607 ss. Sobre esta dicotomia *vide*, por todos, ANDRADE, 1991.

10 RAPOSO, 2011a: 198-204 e ainda 2012: 125 ss.

11 Esta é uma posição que já defendemos em RAPOSO, 2007: 59 ss., 2011a: 199-201, 2011b e 2012: 116.

12 BRITO, 2002: 403 ss., 408 ss. e 2005: 584. Ainda Teresa Quintela de BRITO, et al., 2007: 58 ss.

há quem entenda que semelhante preceito impõe práticas coactivas – logo, necessariamente contra a vontade paciente – sempre que esta visarem impedir a morte do paciente.

Obviamente que esta interpretação não conta com fundamento legal, dado que o artigo 148.º/3 do CP está longe de impor qualquer conduta. Efectivamente, a pedra de toque do direito criminal consista na proibição de condutas que violem bens jurídico-criminalmente relevantes, só muito excepcionalmente impondo comportamentos. Ou seja, os crimes são tendencialmente praticados por acção, por um *facere*, sendo os crimes por omissão a excepção, apenas admitidos quando expressamente previstos pela lei (*vide*, por exemplo, o crime de recusa de médico, previsto no artigo 271.º CP) ou, nos termos do artigo 9.º CP, quando o agente esteja imbuído de um dever de garante que o leva a praticar uma comissão por omissão. Fora destes casos excepcionais apenas comete crimes quem faz o que não deve, não quem não faz o que supostamente deveria. O artigo 148.º CP não se encontra no leque destes casos excepcionais dos crimes por omissão, pelo que não é possível fazer decorrer do seu texto qualquer imposição de actuar.

Nem sequer é legitimo entender que a norma fornece cobertura ao médico que actua para preservar a vida do paciente às custas do consentimento deste, impondo-lhe à força um tratamento que este rejeita. Ou seja, para além de não estar perante uma imposição de actuação do médico, tão-pouco estamos perante uma norma que justifique ou descriminalize a conduta do médico que assim actue. Primeiro, porque a recusa de um acto médico não pode ser considerada um suicídio nos termos enunciados pelo artigo 148.º/3/b CP, sendo, ao invés, uma manifestação de autodeterminação pessoal, que a própria ordem jurídica reconhece como legítima. Segundo, porque se assim fosse o artigo 150.º CP teria incluído uma ressalva nesse sentido - por exemplo, remetendo para o artigo 148.º/3/b CP - o que não sucedeu. Pelo contrário, o artigo 150.º do CP impõe uma proibição absoluta de actuação do profissional de saúde, sem qualquer ressalva nem condicionalismo.

A questão tem sido discutida em Portugal especialmente a propósito de pacientes Testemunhas de Jeová, que recusam qualquer transfusão sanguínea, mesmo quando esta se revele um *life-saving treatment*, sendo praticamente pacifico que em tal caso o médico não deve actuar contra a vontade do paciente. No seu parecer 46/CNECV/05 o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)[13] esclareceu esta questão, estipulando o seguinte: por um lado, que a recusa de uso de sangue e derivados por motivos religiosos somente pode ser tida em consideração

13 Parecer n.º 46 do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida – Parecer Sobre Objecção ao Uso de Sangue e Derivados Para Fins Terapêuticos por Motivos Religiosos.
O CNECV é um órgão consultivo existente em Portugal, que opera em questões de ética médica e de saúde. Conquanto os seus pareceres não disponham legalmente de poder vinculativo, certo é que acabam por ter grande influência na delineação da legislação portuguesa nesta matéria.

quando seja manifestada pelo próprio e não por um seu representante ou tutor, uma questão que assume particular relevo no caso de menores; por outro lado, que sempre que expressa pelo próprio e este disponha de capacidade para o fazer, deve a mesma ser respeitada[14], sob pena de preenchimento do tipo de lícito do artigo 150.º CP.

Desde há vários anos que era corrente em Portugal (bem como noutros países) que as Testemunhas de Jeová se apresentassem portadoras de um documento denominado "Isenção de Responsabilidade", onde expressamente manifestavam a recusa de qualquer transfusão sanguínea; desde que não existissem dúvidas quanto à sua autoria pelo próprio paciente e ao facto de ter actuado livre de coacção tais documentos eram considerados válidos[15].

2.2. Delimitação do âmbito de aplicação do artigo 150.º do CP

2.2.1. Concatenação entre o artigo 150.º e o artigo 144.º do CP

O artigo 150.º CP começa por delimitar o seu âmbito de aplicação, remetendo para o artigo 144.º do CPP, que trata das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos[16]. Trata-se de uma norma destinada a definir as condições de atipicidade de determinadas condutas médicas, listando as exigências – todas elas cumulativas – necessárias para que o comportamento em causa não seja considerado típico, ainda que dele advenham danos para o corpo ou saúde do paciente[17].

Para efeitos de excluir a tipicidade da conduta em causa o artigo 144.º do CP enumera quais as características que tais actos devem preencher, incluindo a identidade do respectivo agente. Assim, a norma começa por definir em termos subjectivos tais actos como aqueles que, entre outras notas caracterizantes, são praticados por "um médico ou outra pessoa legalmente autorizada".

Paralelamente delimita, desta feita em termos finalístico-funcionais, a conduta que visa incriminar, ao determinar que a punição ocorrerá sempre que os referidos agentes actuem com vista às finalidades referenciadas naquela outra norma, isto é, "com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental". Por exemplo, não estarão abarcadas pela definição do artigo 144.º do CP esterilizações, intervenções plásticas de carácter puramente estético ou intervenções para mudança de sexo[18]

---

14 Também defendendo esta solução, FRESA, 2008: 66 ss.

15 ARS NORTE, 2009: 3, 4.

16 Sobre esta norma, ANDRADE, 2012b: 601, 607 ss.; RAPOSO, 2013a: 163 ss.

17 Ao invés, se o bem jurídico lesado for a vida do paciente, isto é, se este vier a falecer, o artigo 144.º do CP não afasta a aplicação do crime de homicídio.

18 Elencando estes exemplos, ANDRADE, 2012a: 465-469.

por alegada falta do seu cariz terapêutico, embora pessoalmente questionemos esta conclusão, por nos parecer que se continua a identificar em tais actis uma finalidade terapêutica.

Por outro lado ainda, o artigo 144.º do CP só funciona quando o acto médico "se mostrar indicado e for levado a cabo, de acordo com as regras da profissão", ou seja, for levado a cabo de acordo com as *leges artis*, que mais não são do que as boas práticas médicas[19].

Finalmente, exige-se que o acto em causa seja praticado "segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina", o que equivale a dizer, seja conforme à medicina institucionalizada, o que exclui tratamentos alternativos[20] e procedimentos experimentais.

Logo, e ao invés da maioria dos preceitos contidos no CP, o artigo 144.º CP não cria um ilícito típico mas, ao invés, exclui certas condutas de um potencial ilícito típico[21] . Mas esta *umbrella* de atipicidade apenas vale para alguns actos médicos – exactamente aqueles que reúnam os requisitos referidos no preceito – não para todos os actos médicos em geral. Apenas estes são condutas atípicas desde que praticados segundo as *leges artis* médicas, ainda que o paciente venha a sofrer um dano no seu corpo ou saúde.

É aos actos médicos descritos nos termos cominados pelo artigo 144.º do CP que o artigo 150.º do CP se aplica, isto é, são estes os actos aí criminalizados quando sejam levados a cabo contra ou sem o consentimento do paciente. Por outras palavras, a exigência de consentimento e a autónoma criminalização da sua ausência, tal como consta do artigo 150.º CP, apenas vale para actos médicos que se enquadrem na definição plasmada no referido artigo 144.º CP.

A contrario, serão considerados actos típicos e potencialmente ilícitos os actos que não sejam praticados por profissionais de saúde credenciados, que não visem uma intenção terapêutica em sentido amplo, que não sejam conformes à medicina convencional e institucionalizada ou que sejam praticados com desrespeito das boas práticas médicas. Nestas hipóteses tratar-se, em primeira linha, de condutas típicas, punidas no âmbito do tipo legal de ofensas corporais, que, porém, poderão ver a sua ilicitude excluída por força do consentimento do paciente, que aqui se afirma como um autêntico consentimento e não como um consentimento-acordo. Em relação a estes actos vale a regra geral segundo a

---

19 Quanto à definição de *leges artis*, RAPOSO, 2013a: 17 ss.

20 Sublinhe-se, porém, que em sistemas de saúde como o de Macau, onde a tradicional medicina chinesa faz parte da corrente medicina hospitalar, coloca-se a questão de saber se esta ainda pode ser classificada de "medicina institucionalizada".

21 De facto, se não fosse o artigo 144.º CPP, as intervenções médicas poderiam ser sancionadas a titulo de ofensas corporais.



qual, caso causem danos ao corpo, saúde ou vida do paciente, serão punidos à luz dos vários tipos legais de crimes contra a integridade física e conta a vida. Obviamente que também para eles pode funcionar o consentimento do paciente, mas já não como causa de exclusão da tipicidade, mas sim como causa de exclusão da ilicitude, nos termos do artigo 37.º do CP.

Ao invés, tratando-se de actos incluídos na descrição do artigo 144.º do CP, tratar-se-á de actos atípicos (logo, necessariamente lícitos) se e na medida em que cumpram os requisitos estipulados nessa norma e, além do mais, contem com o consentimento do paciente, que, nesta medida, será um consentimento-acordo, logo, uma causa de exclusão da tipicidade das condutas[22]. Logo, não consagra uma causa de exclusão da ilicitude, mas uma causa de exclusão da tipicidade, a qual intervém num momento antecedente àquela outra.

Em suma, o consentimento traduz uma exigência omnipresente para todos os actos médicos. Porém, com uma diferença relevante: face aos actos descritos no artigo 144.º do CP tem como efeito a exclusão da tipicidade da conduta e a sua ausência configurará um crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (artigo 150.º/1 CP); ao passo que face aos restantes actos médicos o consentimento tem por efeito a exclusão da ilicitude da conduta e, na sua ausência, estaremos perante um crime de ofensas corporais (artigos 137.º ss CP, em particular artigo 142.º do CP) ou de homicídio (artigos 128.º ss CP, especialmente o artigo 130.º CP[23]).

2.2.2. Ofensas corporais e intervenções arbitrárias: punição conjunta ou alternativa?

Uma posição que tem sido defendida em Portugal sustenta que o médico não pode ser cumulativamente sancionado pelo crime de ofensas corporais e pelo crime de intervenções médicas arbitrárias. Segundo Manuel da Costa Andrade, um dos autores que mais se tem debruçado sobre o tema, "a violação das *leges artis* afasta sem mais a subsunção nas Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. E, por princípio, converterá o facto em ofensa corporal negligente, a que se aplicará, nomeadamente, o disposto no n.º 2, al. A), do artigo 148º [o autor refere-se ao artigo 142.º/2/a do CP]"[24]. No entendimento deste autor, a violação

22 Apesar de, em bom rigor, o artigo 150.º do CP se referir a uma causa de exclusão da tipicidade denominada "acordo", o legislador manteve a terminologia genética de "consentimento" (nem sequer existe no CP qualquer referencia ao termo "acordo"). Aliás, a expressão usada é sempre a de "consentimento informado do paciente" e não "acordo informado do paciente".

23 Esta especificação justifica-se pelo facto de a actuação médica, quando se traduz num crime de ofensas corporais ou de homicídio, preencher em regra os respectivos tipos negligentes.

24 ANDRADE, 2012b: 393.

da integridade corporal consome o atentado à autonomia pessoal, pelo que o profissional de saúde que, no circunstancialismo descrito no artigo 144.º CP, actue sem o consentimento informado do paciente e, além do mais, cause danos à sua integridade corporal, somente será punido por esta última conduta. Semelhante posição parece ter sido acolhida pela jurisprudência portuguesa (sendo certo que apenas demos conta de um acórdão sobre este cenário), o que levou a que, no âmbito de um caso em que o assistente pedia a pronuncia dos arguidos pelos crimes de ofensas corporais e de intervenções medicas arbitrárias, o Tribunal da Relação de Lisboa tenha entendido que este último seria consumido por aquele primeiro[25].

Contudo, parece-nos que não se trata aqui de um concurso aparente, mas sim de um concurso efectivo, a reclamar a punição conjunta por dois ilícitos típicos[26]: o de ofensas corporais, por um lado[27]; e o de intervenções médicas arbitrárias, por outro lado. É certo que a maior gravidade da pena que corresponde àquele primeiro tipo de crime poderia levar a pensar numa relação de consumpção. Contudo, cremos que tal conclusão é afastada pela circunstância das duas incriminações se referirem a bens jurídicos distintos, e nem sequer correlacionados, sendo que na verdade ambos os bens jurídicos assumem o mesmo grau de relevância penal. Até se diria que a autonomia pessoal ganha predomínio no ordenamento criminal de Macau (e no português), como se deduz no facto de o artigo 150.º CP autorizar o sacrifício da integridade pessoal, e mesmo da vida, em nome da autonomia. Estes argumentos justificam assim a punição à luz das regras do cúmulo jurídico.

Na verdade, o artigo 150.º CP afirma-se como uma incriminação absolutamente autónoma das que regem em termos de defesa da integridade física ou da vida da pessoa. Tanto assim é que esta norma deve ser aplicada sempre e quando, não obstante o sucesso do acto médico em causa, o mesmo não foi devidamente consentido pelo paciente. Isto porque se trata de incriminações distintas, subordinadas à tutela de bens jurídicos distintos e autónomos. O tipo legal de ofensas corporais está preordenado à protecção do bem jurídico "integridade física", e actua caso o paciente sofra um dano no seu corpo ou saúde; paralelamente, o tipo de homicídio destina-se à tutela do bem jurídico "vida". Questão diferente é a que se prende com danos na sua autodeterminação pessoal (no fundo, na sua integridade moral), derivados da violação do consentimento informado, e que pode verificar-se mesmo sem um dano paralelo no corpo ou na saúde, ou até mesmo existindo um beneficio para o corpo ou saúde do paciente.

Para além de a autonomia entre o tipo legal do artigo 150.º do CP e os tipos legais que protegem a vida e a integridade física determinar que cada uma

---

25 TRL, Acórdão de 18/12/2007, Pprocesso n.º 5965/2007-5.

26 RAPOSO, 2013a: 170-171.

27 Ou o de homicídio, caso daquele acto médico não consentido decorra a morte do paciente.

destas incriminações possa perfeitamente sobreviver sem a outra, tal autonomia dita igualmente que a mera obtenção do consentimento informado do paciente não seja suficiente para justificar condutas médicas que lesem a vida ou a integridade corporal daquele. Como afirmou o Tribunal da Relação de Lisboa num acórdão de 2007, "ainda que houvesse indícios suficientes de que os arguidos iniciaram o tratamento da assistente com o consentimento esclarecido dela, isso não significaria que dispunham de carta-branca para realizar esse tratamento sem o rigor, a cautela, a diligência e a perícia que ele exigia ou que estivessem a coberto de qualquer responsabilidade pelos erros ou omissões em que incorressem nesse tratamento"[28].

2.2.3. Afastamento do artigo 150.º do CP face a condutas promotoras da saúde?

Apesar do que ficou dito, certo é que mesmo em ordenamentos jurídicos que aceitam genericamente a imposição do consentimento informado se tem assistido a decisões judiciais que preterem esta exigência sempre que se trate de uma actuação conforme às *leges artis* e que não lese o corpo ou a saúde do paciente[29].

Tanto quanto sabemos, em Portugal nunca foi discutida pelos tribunas superiores[30] uma situação na qual o paciente requeresse a condenação do médico por ter actuado sem consentimento no âmbito de uma intervenção médica conforme às *leges artis* e que não tenha causado danos físicos ao paciente. Porém, tudo leva a crer que, mesmo no âmbito de uma ordem jurídica que reconhece plenamente a imposição de consentimento informado, uma eventual decisão judicial irá no sentido da absolvição do médico, não apenas em nome do princípio *in dubio pro reo* (neste caso, o médico), mas igualmente com base no principio *in dubio pro vita* (neste caso, a favor do tratamento)[31], ambos princípios basilares da ordem jurídica portuguesa, bem como da macaense.

Em Macau tão-pouco conseguimos encontrar um processo que versasse sobre este cenário mas, e por maioria de razão, suspeitamos que a decisão não poderia ser diferente daquela já referida. Não apenas por força dos supra mencionados princípios, mas também, e mesmo sobretudo, porque, apesar do teor do artigo 150.º do CP, a doutrina do consentimento informado ainda não adquiriu aqui o relevo de que disfruta na ordem jurídica portuguesa.

---

28 TRL, Acórdão de 18/12/2007, Processo n.º 5965/2007-5.

29 Veja-se a decisão da Corte di Cassazione, de 21/01/2009, Processo n.º 2437/2009, *apud* IADECOLA & BONA, 2009: 33-36.

30 São conhecidos vários litígios em Portugal que envolvem profissionais de saúde e testemunhas de Jeová, contudo, não temos conhecimento sobre eventuais decisões judiciais de primeira instância que se tenham pronunciado sobre este tema.

31 Cfr. as nossas obras RAPOSO, 2011a: 201, 2012: 118 e 2013: 172.

2.4. O tipo de culpa exigido pela norma

A punição cominada no artigo 150.º/1 do CP apenas funciona caso a conduta do profissional de saúde seja dolosa ou, ao menos, praticada com negligência grosseira (artigo 150.º/3 CP). A exigência do dolo não pretende circunscrever a criminalização aos casos em que o médico tenha a intenção de causar danos ao paciente, mas sim apontar aquelas situações em que o médico está consciente de que actua sem o consentimento do paciente (elemento intelectual o dolo) e, não obstante, decide seguir em frente (elemento volitivo do dolo).

A este respeito já se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa: "Atendendo às contradições entre as declarações da assistente e às dos arguidos e ao resultado inconclusivo do exame à letra e assinatura do documento supra referido, embora se possa afirmar que o procedimento informativo dos médicos não consegue fugir ao manto da suspeita (suspeita quanto ao conteúdo e à forma da informação prestada à assistente), não poderá concluir-se que há indícios suficientes de que os arguidos sabiam que estavam a tratar a assistente com Remicade sem o consentimento esclarecido dela ou que, só por negligência grosseira, representaram falsamente os pressupostos do consentimento" [32].

1.5. O consentimento presumido

Uma das grandes preocupações que atormenta os profissionais de saúde quando confrontados com a exigência de consentimento prévio do paciente prende-se com pacientes temporariamente incapazes de consentir[33]. Porém, o legislador foi sensível a estas preocupações ao prever, no n.º 2 do artigo 150.º CP, a figura do consentimento presumido.

O consentimento presumido permite ao médico actuar sem o consentimento prévio do paciente desde que preenchidos os requisitos que a norma requer para cada um dos dois cenários aí descritos. Assim, é possível presumir o consentimento do paciente quando o consentimento efectivo possa fazer incorrer o paciente em perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde, tal como descrito no artigo 150.º/2/a do CP. Será o caso quando o paciente tenha perdido a consciência e não seja viável aguardar que a recupere, sob pena de o fazer incorrer nos supra mencionados perigos. Por outro lado, será ainda possível presumir o consentimento quando o paciente haja prestado o seu consentimento efectivo

---

32 TRL, Acórdão de 18/12/2007, Processo n.º 5965/2007-5.

33 Note-se que apenas falamos de incapacidades temporárias, como por exemplo pacientes em estado comatoso ou apenas momentaneamente inconscientes, e não de incapacidades permanentes, como sucede com os incapazes em razão da idade ou de anomalia psíquica. Relativamente a estes últimos o consentimento será prestado pelo respectivo representante legal, tal como se fosse prestado pelo próprio, sem que haja espaço para recorrer à figura do consentimento presumido.

para determinado acto médico, no decurso do qual se vem a revelar necessário alargar o seu alcance ou realizar outro acto médico distinto, não sendo todavia possível aguardar que o paciente reitere o seu consentimento, pelo perigo que tal implica para a sua vida, corpo ou saúde, segundo a descrição constante do artigo 150.º/2/b CP. Em qualquer dos casos exige-se ainda um requisito adicional: que não se verifiquem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

O teor destas normas merece alguma reflexão.

Primeiro, note-se o funcionamento do requisito do perigo: na alínea a) distingue-se entre um perigo simples para a vida e um perigo qualificado ("grave") para o corpo ou para a saúde; ao passo que a alínea b) se basta com um perigo simples para qualquer das situações nela descritas.

Em segundo lugar, sublinhe-se que mesmo na ausência de um qualificativo para o perigo nunca nos poderemos bastar com um perigo tão hipotético que não tenha correspondência na realidade prática, sob pena de se tornar sistematicamente admissível recorrer ao consentimento presumido. De facto, um tal perigo hipotético existirá sempre porque faz parte da própria natureza da medicina, de modo que poderíamos por esta via abrir a porta a intervenções médicas não consentidas, camufladas sob a capa da suposta legitimidade da intervenção.

Depois, sublinhe-se um limite essencial imposto por estas disposições: independentemente de quão premente seja o perigo em presença, apenas se pode presumir o consentimento desde que não existam motivos insistentes para supor que o paciente o recusaria, ou, nas palavras do legislador, "não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado". A norma poderia ter utilizado uma formulação distinta, dizendo, por exemplo, que se pode presumir o consentimento caso seja de supor que o paciente consentiria se estivesses em condições de o fazer. À primeira vista esta fórmula parece muito semelhante àquela utilizada pelo legislador e, aparentemente, com as mesmas consequências jurídicas. Contudo, o sentido de ambas é, na realidade, distinto, sendo a formulação da lei mais favorável à actuação do médico, dado que permite presumir o consentimento sempre que estejamos convictos de que o paciente não se oporá a tal, ao invés de que exigir a convicção de que o paciente igualmente autorizaria. A margem de diferença entre ambas as situações revela-se naqueles casos em que não seja possível ter qualquer convicção devidamente fundada sobre qual seria a atitude do paciente, pois em tal cenário poder-se-á supor que o paciente não se oporia, mas já será temerário presumir que o paciente consentiria. No fundo, a expressão usada pela lei é aquela mais conforme à ideia de *favor vitae* que anima todo o ordenamento penal, ao facilitar a actuação do médico e, por conseguinte, promover a actualização do tratamento médico, excepto quando haja fundadas razões para acreditar que o paciente se oporia.

Finalmente, eis quiçá a nota mais importante desta disposição: a convicção sobre qual seria a decisão do paciente caso estivesse em condição de decidir deverá fundar-se na perspectiva pessoal do paciente (critério subjectivo) e não na opinião do médico (critério objectivo). Ou seja, por mais imprudente, irrazoável e mesmo irracional que seja a posição que se possa assacar ao paciente (por exemplo, a recusa de um tratamento simples e pouco doloroso que permitiria salvar a sua vida), será esta a posição que deve ser tomada em consideração. O médico está impedido de se hastear em atitudes paternalistas que imponham ao paciente um acto médico que vai contra as convicções e valorações pessoais daquele.

Em suma, o artigo 150.º/2 do CP não pode ser entendido como uma *carte blanche* que permita ao médico presumir todo e qualquer consentimento para uma intervenção médica, na assunção paternalista de que o paciente deseja sempre manter a sua existência, seja qual for o custo para tal (amputações, perda de mobilidade, perda de capacidade intelectual). Na verdade, o paciente mantem inteira liberdade de recusar qualquer tratamento que lhe seja proposto, mesmo que tal implique a sua morte, pois como sublinha Costa Andrade, "a recusa do tratamento não está limitada pela cláusula dos bons costumes, nem por qualquer sucedâneo que apele v.g., para razão ou a aprovação moral"[34].

No ordenamento jurídico português, onde o regime existente é praticamente idêntico ao macaense (aliás, é nele que este último se funda), a interpretação do artigo 150.º CP (que ali corresponde ao artigo 156.º do Código Penal português) sofreu algumas alterações por força da publicação da Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho, que regula as directivas antecipadas de vontade, seja na vertente de testamento vital, seja na vertente de procurador de cuidados de saúde[35]. Isto porque a partir da entrada em vigor da referida lei o paciente pode manifestar o seu consentimento por via de um testamento vital ou de um procurador de cuidados de saúde, o que diminui bastante a margem de incerteza que rodeia a figura do consentimento presumido.

É claro que mesmo na ausência desta lei não seriam irrelevantes os escritos deixados pelo paciente, manifestando a sua hipotética decisão para determinados actos médicos ou atribuindo poderes a alguém para decidir em seu nome. Contudo, tais escritos apenas deveriam ser tidos em consideração para efeitos de aferir um eventual consentimento presumido do paciente, sem que a lei lhes outorgasse força vinculativa alguma. Assim, o profissional de saúde poderia actuar em contra de tais elementos, alegando, por exemplo, que não lhe mereciam credibilidade bastante. Em contrapartida, o artigo 6.º/1 da Lei n.º 25/2012 veio expressamente conferir força vinculativa às directivas antecipadas de vontade, desde que

34 ANDRADE, 2012b: 604.

35 Em particular sobre o regime desta lei, RAPOSO, 2013b: 79-109.

respeitem os requisitos formais e materiais legalmente impostos[36]. Significa isto que actualmente em Portugal, caso um profissional de saúde despeite o conteúdo legitimamente estipulado por uma directiva antecipadas de vontade, arrisca-se a ser condenado pelo crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, com todas as consequências daí decorrentes.

Uma vez que em Macau não existe presentemente qualquer regulamentação relativa às directivas antecipadas de vontade, a solução será aqui distinta. Assim, caso um paciente que se encontra incapaz de temporariamente manifestar a sua vontade seja portador de um documento escrito no qual manifesta os seus desejos quanto aos cuidados de saúde que deseja ou não receber, ou se apresente alguém munido de uma procuração para decidir matérias de saúde em nome do paciente, tais elementos são desprovidos de força vinculativa. Em bom rigor, nem sequer poderão ser classificados de directiva antecipada de vontade, dada a inexistência de um regime legal que determine os respectivos requisitos e lhes reconheça estatuto jurídico. Logo, serão meros elementos – juntamente com vários outros, tais como a religião professada pelo paciente, o testemunho dos seus amigos e familiares, o seu modo de vida – a ser levados em consideração pelo profissional de saúde no momento de estabelecer aquela que presume ser a possível (presumida) vontade do paciente.

1.6. O bem jurídico subjacente ao artigo 150.º CP

Conquanto o artigo 150.º CP se relacione com a prestação de cuidados de saúde, não é a vida, nem sequer a integridade física, o bem jurídico aí tutelado, ao invés do que uma leitura mais apressada da norma poderia levar a pensar. Bem pelo contrário, o bem jurídico em causa é a autodeterminação pessoal[37], mais propriamente a liberdade da pessoa em matérias atinentes ao corpo e à saúde, mesmo a expensas da integridade corporal e da própria vida.

A atestar esta conclusão está desde logo um elemento formal e sistemático, derivado do título do capítulo onde se insere este tipo legal, pois o Capítulo IV denomina-se "Crimes contra a liberdade pessoal".

Reconhece-se que a inserção sistemática não é, em si e por si, impositiva desta conclusão, tanto mais que algumas vezes o legislador inclui algumas incriminações penais em títulos que não correspondem, em bom rigor, ao bem

---

36 "Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei".

37 ANDRADE, 2012b: 599-601. Sobre este ponto *vide* RAPOSO, 2007:59-87, 2011a: 169-217 e 2011b.

outros fins lícitos (v.g, arrendamento de uma garagem para recolha de automóvel próprio), contanto que, neste caso, o arrendatário não fosse nenhuma das entidades indicadas na al.d) do n.° 1 do art.° 10.°, quando não sujeitos a registo.

Recapitulando:

À face da LIU, o contrato estava sujeito à forma *escrito particular* se se tratasse de arrendamento para habitação ou para quaisquer outros fins lícitos, desde que, neste caso, o arrendatário não fosse nenhuma das entidades indicadas na al. d) do n.° 3 do art.° 10.° LIU, quando não sujeitos a registo, ou seja, quando não celebrados por prazo superior a 6 anos; e a *escritura pública* em todos os demais casos.

O legislador do RAUM, como se disse, não distinguiu e impôs a mesma forma para todas as modalidades de arrendamento urbano, trate-se ou não de arrendamento sujeito a registo.

No que diz respeito às consequências da não observância da forma prescrita, manteve a solução propugnada no art.° 8.°, n.° 2 da LIU para os arrendamentos habitacionais e para os arrendamentos para outros fins lícitos, mas agora alargada a todas as modalidades de arrendamento.

Na vigência da LIU, a sanção para a inobservância da forma legalmente prescrita era a nulidade (art.° 10.°, n.° 3 da LIU); no entanto, permitia-se que determinados arrendamentos pudessem, não obstante a falta de redução a escrito, subsistir: os arrendamentos para habitação e os arrendamentos para outros fins lícitos, desde que, neste caso, não fossem tomados por nenhuma das entidades referidas na al. d) do n.° 1 do art.° 10.°.

Para estes arrendamentos, como se disse, a lei, para além de se bastar com a mera redução a escrito, ainda permitia que a falta de forma não obstasse à validade do contrato, quando a mesma fosse exclusivamente imputável à contraparte de quem dele se pretendesse prevalecer (art.° 8.°, n.° 2 LIU). Todavia, o legislador, neste último caso, excepcionava, no n.° 2 do art.° 8.° LIU, todos aqueles casos que se não incluíssem na 1ª parte do n.° 3.° do art.° 10.° LIU.

Esse n.° 3.° do art.° 10.° LIU tinha duas partes. Na primeira, estabelecia-se uma solução particular para os arrendamentos habitacionais. Dizia-se que, nas situações previstas na al. a) do n.° 1 do art.° 10.° –arrendamentos sujeitos a registo–, tratando-se de arrendamento para habitação –restrição que decorria do facto de, na referida al. a), não estarem abrangidos apenas arrendamentos habitacionais–, a falta de título bastante (escritura pública, já que era a forma imposta pelo n.° 1) não obstaria ao reconhecimento e à validade do contrato, desde que este constasse, ao menos, de escrito particular ou a sua falta fosse imputável à contraparte. Neste caso, o prazo do contrato seria reduzido a seis meses, nos termos do art.° 10.°, n.° 3, 1ª parte da LIU.

Portanto, se a falta de redução a escrito do contrato fosse apenas imputável

Como não há regras privativas para qualquer das várias modalidades de arrendamento urbano, segue-se que, independentemente do fim do arrendamento (v.g, habitacional, comercial ou industrial), a forma a observar é sempre a mesma: necessidade de documento particular, devidamente assinado pelas partes.

Não era assim à face da LIU. Na vigência deste diploma, havia que distinguir consoante se estava perante um arrendamento para habitação ou outros fins lícitos, contanto que, neste caso, o arrendatário não fosse uma das entidades indicadas na al. d) do n.° 1 do art.° 10.° da LIU[129], e as demais modalidades de arrendamento. Naquelas duas situações bastava, mas era obrigatória, a observância da forma escrito particular assinado por ambos os contratantes (art.° 8.°, n.° 1 da LIU); em todas as demais situações era, em princípio, necessária a observância da forma: escritura pública (art.° 10.°, n.° 1 da LIU).

O art.° 8.°, n.° 1 da LIU dispunha: *"salvo o disposto no art.° 10.° o arrendamento será feito por escrito com a assinatura do senhorio e do inquilino"*, a redução a escrito era, pois, a forma exigida em geral para o contrato de arrendamento. Mas depois, no art.° 10.°, n.° 1 da LIU, estabeleciam-se exigências acrescidas de forma - necessidade de escritura pública -, quando se tratasse de arrendamentos sujeitos a registo[130] para fins comerciais ou industriais, para o exercício de profissões liberais, ou tomados por quaisquer corporações, fundações, associações ou agremiações de utilidade pública ou particular, legalmente organizadas.

No entanto, à excepção dos sujeitos a registo, todos os arrendamentos indicados no n.° 1 do art.° 10.° da LIU, quando a renda estipulada não fosse superior a 4.000$00 (800 patacas, por força da aplicação do valor oficial da pataca, D/L n.° 33/77/M), seriam válidos mediante simples redução do contrato a escrito (art.° 10.°, n.° 2 da LIU).

Assim, tinhamos:

a) contratos referidos no n.° 1 do art.° 10.°[131]: era necessário escritura pública para serem válidos;

b) contratos que não coubessem dentro das várias alíneas do n.° 1 do art.° 10.°: bastava o mero escrito particular.

E quais eram os contratos não incluídos no n.° 1 do art.° 10.° da LIU? Eram, precisamente, os contratos de arrendamento para habitação e os arrendamentos para

---

129 Os arrendamentos tomados por qualquer das entidades indicadas na referida al. d) do n.° 1 do art.° 10.° da LIU, independentemente quer do fim (v.g., instalação da sede, habitação de um funcionário, etc.), quer do prazo, estavam sempre sujeitos a escritura pública.

130 Os arrendamentos sujeitos a registo são aqueles que, independentemente do fim, são celebrados por prazo superior a seis anos - cfr. art.° 2O, n.° 1, al. p) do Cód.Reg.Pred..

131 Ainda que, pelo que diz respeito aos arrendamentos referidos nas als. b) a d), e desde que não celebrados por prazo superior a seis anos, só se a renda ultrapassasse os 4.000$00 (800 patacas).

seu funcionário. Na primeira e segunda situações, o arrendamento reger-se-á pelas disposições privativas dos arrendamentos para fins comerciais ou industriais[128], na terceira, pelas disposições do arrendamento habitacional.

Questão diferente da de saber quem é que pode ser sujeito de uma relação jurídica de arrendamento urbano é a de saber quem é que pode intervir validamente, por si ou através de representante voluntário, neste contrato. Trata-se agora de saber quem é que tem capacidade de agir. Mas, porque as incapacidades relevam negativamente, saber quem não tem essa capacidade; por outras palavras, saber quem é que está inibido, em razão da falta de uma qualidade pessoal, de participar no contrato de arrendamento, por forma tal que, participando, o contrato seja inválido.

Assim, são incapazes de dar ou tomar de arrendamento por si, ou por intermédio de um representante voluntário, os menores, os interditos e os inabilitados, ainda que estes apenas quando o prazo do arrendamento for superior a seis anos.

Na verdade, de acordo como o art.° 5.°, n.° 1, o arrendamento por prazo não superior a seis anos, arrendamento não sujeito a registo, constitui, para o senhorio, um acto de administração ordinária. Ora, estando, regra geral, o inabilitado apenas inibido de praticar actos de disposição (art.° 153.°, n.° 1 do CCivil), em princípio poderá dar de arrendamento os seus bens imóveis. Só assim não será no caso de o arrendamento ser um dos actos cuja prática lhe esteja vedada pela sentença que decretou a inabilitação (art.° 153.°, n.°l do CCivil), ou de a administração do seu património, pelo menos na parte respeitante aos seus bens imóveis, ter sido entregue pelo tribunal ao curador (art.° 154.°, n.° 1 do CCivil).

O suprimento das incapacidades far-se-á nos termos gerais, através do instituto do poder paternal, da tutela ou da curadoria, consoante o tipo de incapacidade em causa.

12. Forma do contrato

A validade eficácia do contrato de arrendamento urbano está dependente de as declarações de vontade do senhorio e do inquilino terem sido vertidas num documento particular, e de, em certos casos, que têm que ver com o prazo do arrendamento, o contrato ter sido registado. Não vigora, pois, nesta matéria a regra da consensualidade.

Assim, nos termos do disposto no art.° 21.°, n.° 1, o contrato de arrendamento deve ser celebrado por escrito e conter as assinaturas do senhorio e do arrendatário.

---

128 Embora na primeira situação o fim do arrendamento não seja o do exercício de uma actividade comercial ou industrial, a verdade é que está directamente relacionado com o exercício de uma actividade comercial ou industrial (art.° 105.°) e, nessa medida, será um arrendamento comercial ou industrial (cfr. M.Januário Gomes, "Arrendamentos comerciais", cit., pp. 25 ss).

encontram a sua compensação nas vantagens que com o contrato obtêm: o senhorio encontra na renda a compensação da desvantagem da não utilização do prédio; o arrendatário encontra na utilização do prédio a compensação da desvantagem representada pelo pagamento da renda. Ambas as partes lucram, não apenas uma, sendo pois o arrendamento um contrato comutativo, não aleatório.

Do ponto de vista das prestações a que se obrigam os contratantes, na medida em que a prestação do senhorio é essencialmente continuada ou duradoura e a do arrendatário de execução periódica ou repetida, o arrendamento é um contrato de execução continuada ou periódica[127]. Classificação, esta, que se reveste de particular importância para efeitos dos art.°s 277.°, n.° 1 e 434.°, n.° 2 do CCivil.

2.1. Requisitos do contrato de arrendamento urbano

O arrendamento urbano é um contrato, pelo que a sua validade está dependente da verificação de três requisitos: que as partes tenham capacidade para contratar; que se verifique mútuo consenso ou consentimento; que o objecto seja fisica e legalmente possível. Como ensinava Manuel de Andrade, a capacidade, a declaração de vontade e o objecto possível são os elementos essenciais de todo e qualquer negócio jurídico, os seus requisitos ou pressupostos gerais de validade.

2.1.1. Requisitos de fundo

2.1.1.1. Capacidade

Em matéria de arrendamento urbano não existem particularidades dignas de registo quanto à matéria da capacidade, quer para dar, quer para tomar de arrendamento, valem pois as regras gerais sobre a matéria.

Quanto às pessoas humanas, o princípio em matéria de capacidade encontra-se consagrado no art.° 67.° do CCivil:«(...) podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário.». Ora, o arrendamento não é uma das relações jurídicas excepcionadas, por disposição legal, da medida dos direitos e obrigações de que uma pessoa humana possa ser titular, logo qualquer pessoa fisica tem capacidade para ser sujeito de uma relação juridica de arrendamento.

Pelo que diz respeito às pessoas morais, a regra é a de que a sua capacidade abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins (art.° 160.° CCivil). Assim, qualquer pessoa moral tem capacidade para dar ou tomar de arrendamento, contanto que este se afigure necessário ou conveniente à prossecução dos seus fins. Por exemplo, uma sociedade comercial não só tem capacidade para tomar de arrendamento um imóvel para instalação dos seus serviços administrativos, ou de uma unidade fabril, como para habitação de um

127 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 17.

a entrega do prédio. Para se ver que assim não é, basta atentar no disposto no art.° 9.°, al. a) que impõe ao senhorio a obrigação de entregar o prédio ao arrendatário. Ora, esta obrigação é uma obrigação contratual, pressupõe a prévia celebração do arrendamento. A não entrega do arrendado constituirá o senhorio em responsabilidade contratual, não em responsabilidade pré-contratual[125]. O contrato de arrendamento é assim um contrato consensual, não um contrato real *quod constitutionem,* como, por exemplo, o comodato (art.° 1129.° do CCivil).

A despeito de o contrato de arrendamento urbano não ser um contrato real *quod constitutionem,* a maior parte dos seus efeitos não deixa de estar dependente da entrega do prédio, desde logo, pelo que toca à obrigação de pagar a renda; mas não só, outros efeitos há que só se produzem uma vez que o arrendatário tenha entrado na detenção do prédio. Assim, por exemplo, no que diz respeito ao art.° 91.°, n.° 1, cessão coerciva dos direitos e obrigações do senhorio ao adquirente do direito com base no qual foi celebrado o contrato.

Na verdade, a protecção conferida ao arrendatário neste preceito só tem razão de ser uma vez que ele esteja a utilizar o arrendado, pois só nesse caso se verifica uma suficiente publicidade quanto à situação do prédio. Não tendo o arrendatário entrado no uso do prédio, não deve o terceiro de boa fé, que porventura o tenha adquirido, ver-lhe ser oposto o arrendamento; arrendamento que ele não tinha possibilidade de conhecer. Aliás, a não ser assim, facilmente se defraudariam os interesses do adquirente de boa fé: para tanto, bastaria que o anterior proprietário, após a alienação do prédio, celebrasse com um terceiro um contrato de arrendamento apondo-lhe uma data anterior à transmissão[126].

O contrato de arrendamento urbano é também um contrato do qual derivam obrigações para ambas as partes, obrigações que se encontram numa relação de correspectividade: é o facto de o senhorio permitir o gozo de um prédio seu ao arrendatário que justifica e explica o pagamento da renda; a qual representa justamente a contrapartida da obtenção das utilidades que o prédio permite e das quais, pelo contrato, o senhorio, temporariamente, abdica a favor do arrendatário. O contrato de arrendamento urbano é assim um contrato de bilateralidade perfeita ou sinalagmático.

E também um contrato oneroso, na medida em que a soma das utilidades, de que pelo contrato o senhorio se despoja a favor do arrendatário, tem o seu equivalente no montante da renda convencionada que o arrendatário deve pagar. Há pois um equilíbrio, do ponto de vista das partes, entre as prestações a que pelo contrato se obrigam.

É, ainda, um contrato em que as desvantagens suportadas pelas partes

---

125 Ib., p. 16.

126 Cfr. M.Henrinue Mesquita, ob. cit., p. 141, nota 19.

acordo com aquele Professor, o promitente-senhorio não estará obrigado a dar de arrendamento aos herdeiros do promitente-arrendatário falecido, nem sequer aos familiares referidos no art.° 104.°, por analogia com o estabelecido neste preceito. Isto, porque não estão cumpridas as condições de uma aplicação analógica da lei, dado que, no caso do art.° 104.°, trata-se de proteger a estabilidade de uma habitação familiar que, na hipótese em estudo, ainda não se constituiu.

Já na segunda situação, parece que o promitente-senhorio estará obrigado a dar de arrendamento aos herdeiros do promitente-arrendatário falecido, por aplicação analógica do art.° 106.°, n.° 1, «(...) o qual, tratando-se de arrendamento comercial ou equiparado, consagra um princípio amplo de transmissão *mortis causa* do direito ao arrendamento aos"sucessores" do arrendatário, conferindo a esse direito, neste aspecto, carácter fundamentalmente "patrimonial".»[122].

Estas conclusões, pelo que toca à obrigação de dar de arrendamento por banda do promitente-senhorio. Mas já no que diz respeito aos herdeiros do promitente-arrendatário falecido, parece que a melhor solução é a de que estes não estarão obrigados a tomar de arrendamento. Com efeito, que sentido teria obrigar o herdeiro, que, por hipótese, é magistrado, a tomar de arrendamento um prédio para o exercício do comércio, profissão que ele está proibido de exercer (art.° 13.° da Lei n.° 21/85, de 30/7 e art.° 60.° da Lei n.° 47/86, de 15/10), ou para sua habitação se ele já estiver servido quanto a essa necessidade[123].

Por outro lado, poderiam criar-se situações verdadeiramente inconvenientes, pense-se no caso de o herdeiro ser pessoa de parcos rendimentos e o arrendamento prometido ter uma renda muito elevada. Além do mais, e pelo que diz respeito aos arrendamentos para comércio ou indústria ou exercício de profissão liberal, esta solução é a que melhor se coaduna com a possibilidade conferida aos herdeiros de renunciarem ao arrendamento definitivo no caso de morte do arrendatário (art.° 106.°, n.° 1)[124].

2. Contrato de arrendamento

Regra geral, porém, as partes celebram imediatamente o contrato de arrendamento definitivo; contrato definitivo, este, que é o que o art.° 3.° tem em vista.

O contrato de arrendamento, diz o art.° 3.°, é aquele em que uma das partes concede à outra, temporária e onerosamente, o gozo de um prédio urbano. Não se pense, no entanto, que, para a existência e perfeição do contrato, seja necessária

---

122 Pereira Coelho, ob. cit., p. 92.

123 Cfr. Pinto Furtado, ob. cit., p. 175.

124 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 92.

Outra questão que se coloca é a de saber se os direitos e obrigações decorrentes do contrato-promessa de arrendamento se transmitem, ou se, pelo contrário, se extinguem no caso de morte de qualquer dos promitentes. Isto porque, nos termos do disposto no art.° 412.°, n.° 1 do CCivil, apenas os direitos e obrigações resultantes do contrato-promessa, que não tenham natureza exclusivamente pessoal, se transmitem aos sucessores dos promitentes.

Há, nesta matéria, que distinguir consoante se trate da hereditabilidade da posição do promitente-senhorio, ou do promitente-arrendatário. No primeiro caso, os direitos e obrigações resultantes do contrato-promessa transmitem-se aos sucessores, que assim continuarão obrigados a celebrar o contrato de arrendamento com o promitente-arrendatário. Estando, por outro lado, o promitente-arrendatário obrigado a cumprir a promessa; ou seja, a tomar de arrendamento o prédio aos herdeiros do falecido promitente-senhorio[119].

Nem a solução representa uma violência para os herdeiros, que, se for o caso, poderão exercer o direito de denúncia do arrendamento, contanto que se verifiquem os respectivos requisitos. Direito de denúncia, este, cujo exercício se encontra particularmente facilitado pelo facto de os herdeiros não terem que esperar pelo decurso do prazo de cinco anos previsto no art.° 80.°, al. a)[120].

Se quem morre é o promitente-arrendatário, haverá que distinguir, de acordo com Pereira Coelho[121], consoante o arrendamento seja para habitação ou para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal. No primeiro caso, e ainda de

---

arrendamento, com os consequentes efeitos para a hipótese em estudo. A resposta afirmativa dependerá de se considerar o arrendamento como uma oneração do prédio, pois, nos termos do art.° 413.° CCivil (na redacção que se encontra em vigor em Macau), só é possível atribuir-se eficácia real à promessa de alienação ou *oneração* de bens imóveis (cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 90, nota 1). Admitindo a atribuição de eficácia real à promessa de arrendamento, mesmo à face da nova redacção do art.° 413.°, resultante do D/L n.° 379/86, de 11 de Novembro (redacção esta que não está em vigor em Macau), surge-nos M.Henrique Mesquita (ob. cit., p. 185), que, partindo da concepção da natureza jurídica do direito do arrendatário como um direito de regime dualista ou misto *(ibidem,* pp. 175 ss), nem real, nem obrigacional, ou melhor, comungando de características obrigacionais e reais, nos vem dizer ser este justamente um dos aspectos, a par de outros, v.g, para efeitos de usucapião, em que a faceta real do direito do arrendatário prevaleceria. Contra Pereira Coelho *(ob.loc.ul.cit.)* que, face à nova redacção do art.° 413.°, que apenas permite às partes atribuir eficácia real à promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, entende não sofrer dúvidas a impossibilidade de atribuição de eficácia real à promessa de arrendamento. No mesmo sentido M.Januário Gomes, ob. cit., p. 48.

119 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., pp. 90 e 91; Pinto Furtado, ob. cit., p. 174.

120 Cfr. Pereira Coelho, loc. ul. cit..

121 Opinião expressa, na ob. cit., pp. 91 ss, quanto às disposições do CCivil pertinentes, os art.°s. 1111.° e 1113.°, respectivamente. Hoje esta matéria é regulada nos art.°s 85.° e 112.°, respectivamente, do D/L n.° 321-B/90, de 15 de Outubro, que o legislador de Macau seguiu muito, mesmo muito, de perto.

1. Contrato-promessa de arrendamento

A celebração do contrato de arrendamento, como qualquer outro contrato, pode ser precedida de um contrato-promessa de arrendamento, a que se aplicarão as regras gerais dos art.°s. 410.° e seguintes do CCivil.

Pelo que respeita a forma, o contrato-promessa de arrendamento, na medida em que a lei exige para a celebração do contrato de arrendamento urbano documento particular (art.° 21.°, n.° 1), só é válido se constar de documento escrito assinado pelos promitentes (art.° 410.°, n.° 2 CCivil).

O contrato-promessa de arrendamento está também sujeito a execução específica nos termos gerais (art.° 830.° CCivil). Não sendo de afastar a possibilidade de execução específica, mesmo quando o direito de arrendamento tenha sido constituído *intuitus personae,* dado que não parece tratar-se do cumprimento de obrigações cuja natureza a tal se oponha. Assim, pode o promitente não faltoso, através da competente acção judicial, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do promitente faltoso[115].

Com a execução específica, pretende-se que o tribunal profira uma decisão que produza os efeitos da declaração negocial do promitente faltoso, em ordem à celebração do contrato prometido: o contrato de arrendamento. Mas, com esta sentença, não se obtém também o cumprimento do próprio contrato de arrendamento por parte do promitente faltoso, neste momento já senhorio: desde logo, a entrega do prédio ao agora arrendatário para que este possa iniciar o gozo do mesmo.

Neste caso, ou seja, se o senhorio permanecer renitente e não fizer a entrega do prédio, o locatário não poderá invocar a sentença, proferida na acção destinada a obter a execução específica do contrato prometido, para exigir a entrega do prédio, pois aquela já produziu todos os efeitos legais a que ia dirigida: a substituição da declaração negocial do faltoso. Terá agora, como em qualquer outra situação de não entrega do prédio pelo contraente locador, de obter o cumprimento coercivo, intentando a competente acção judicial condenatória[116] [117].

A execução específica pressupõe que o prédio continua disponível, mas o que é que sucede se entretanto o senhorio o tiver arrendado a outrem? Nesse caso, o arrendamento será válido e eficaz e ao promitente não faltoso apenas restará o direito a pedir uma indemnização pelos danos sofridos com a falta de cumprimento[118].

---

115 Cfr. Pereira Coelho. *ob. cit.*, p. 91; Pinto Furtado, *ob.cit.*, p. 168.

116 Cfr. M.Henrique Mesquita, ob. cit., p. 163; Pinto Furtado, ob. loc. ul. cit..

117 Isto sem prejuízo de cumulativamente, poder pedir uma indemnização pelos prejuízos sofridos, ou, em alternativa à obtenção do cumprimento coercivo, poder pedir a resolução do contrato. Todas estas possibilidades constavam expressamente do art.° 29.° da LIU.

118 Questão que se pode colocar é a de saber se é possível atribuir eficácia real à promessa de

O regime consagrado demonstra uma preferência pela aplicação da teoria da combinação. De facto, apesar de o n.° 3 do art.° 7.° começar por dizer que se há um fim principal se vai aplicar, em princípio, esse regime, imediatamente se ressalva que, caso seja compatível a aplicação do regime particular de cada um dos tipos contratuais, se prefere esta.

A diferença do regime dos arrendamentos com pluralidade fins da LIU face ao regime actual do RAUM reside no facto de neste se desconsiderar a relevância do maior valor da renda, respeitante aos prédios ou partes do prédio afectadas aos vários fins.

Capítulo II

Constituição da relação de arrendamento urbano

Introdução:

Como dissemos, o contrato constitui quase que a fonte exclusiva do arrendamento urbano. Por isso iremos estudar nas suas várias facetas o contrato de arrendamento.

---

uso". Isto é: *"Conforme o fim a que se destine o arrendamento, ser-lhe-ão aplicáveis as disposições especiais respectivas deste diploma, se as houver, além das restantes que por aquelas não sejam contrariadas"*. Prevalecia, assim, o regime da combinação: aplicava-se a cada um dos tipos contratuais o regime que lhe era próprio.

Quando as partes afectadas aos vários fins não fossem discriminadas, então o procedimento a seguir era o seguinte: a) verificar se a renda tinha sido discriminada; se sim, aplicava-se a todo o contrato o regime jurídico respeitante ao arrendamento a que correspondesse a parte da renda mais elevada - art.° 6.°, n.°2 da LIU; b) se a renda fosse global, sem discriminação pois, avaliavam-se as partes utilizadas no prédio para os diversos fins e aplicava-se o regime da parte que maior valor tivesse - art.° 6.°, n.° 3 da LIU; c) se resultasse explicitamente do contrato que um dos fins era prevalecente em relação aos demais, então aplicava-se o regime desse fim principal - art.° 6.°, n.° 4 da LIU (teoria da absorção) - sendo que, no entanto, o regime dos fins subordinados seria também aplicado em tudo quanto não contrariasse, ou fosse incompatível, com o regime do fim principal (teoria da combinação). Isto é: em caso de oposição, aplicava-se sempre o regime do fim principal; não havendo oposição de regimes, aplicava-se o de cada um dos tipos contratuais.

O legislador demonstrava já então algum favoritismo pela teoria da combinação. De facto, apesar de no n.° 4 do art.° 6.° da LIU dizer que se há um fim principal se vai aplicar, em principio, esse regime, imediatamente se dizia também que, caso fosse compatível a aplicação do regime particular de cada um dos tipos contratuais, então preferir-se-ia essa aplicação. Portanto, *"os outros regimes só se aplicarão na medida em que não contrariem o primeiro e em que essa aplicação se não mostre incompatível com o uso prevalecente"*.

fundo representa a aceitação de uma certa autonomia entre os vários fins acordados, ou, por outras palavras, entre as várias modalidades de arrendamento envolvidas, prescreve-se, no n.° 2 do art.° 7.°, que as causas de nulidade, anulabilidade e resolução que respeitem a um dos fins não afectam a parte restante do arrendamento.

Suponha-se que determinado prédio é arrendado para habitação e para o exercício de profissão liberal, sem subordinação de um fim ao outro, e que o arrendatário recebe na parte destinada a habitação mais de três hóspedes. Este facto integra a causa de resolução do arrendamento prevista na al. e) do n.° 1 do art.° 67.°, no entanto, dada a autonomia existente entre os vários fins contratuais, o senhorio apenas poderá resolver o contrato quanto à parte relativa à habitação.

Para que funcione esta autonomia das causas de nulidade, anulabilidade e resolução, não basta que estejamos perante um arrendamento com pluralidade de fins sem subordinação de um ou uns a outro, é também necessário que do contrato ou das circunstâncias que o acompanham resulte uma suficiente identificação e autonomização dos prédios ou das partes do mesmo prédio afectadas aos vários fins. Quer dizer, é necessário que a autonomia relativa das várias modalidades de arrendamento envolvidas tenha correspondência ao nível dos espaços adstritos à respectiva finalidade (art.° 7.°, n.° 2, 2ª parte).

Sendo que, mesmo quando exista essa discriminação, nem por isso se pode concluir sem mais pela existência de autonomia das causas de invalidade e resolução dos vários fins, porque é ainda necessário que os prédios ou partes do prédio arrendados para fins plúrimos não sejam solidários. Por outras palavras, não basta uma mera autonomia formal, sendo necessária uma autonomia material. Pense-se no exemplo, acima apontado, do arrendamento de um prédio com rés-do-chão e 1.° andar, para o exercício do comércio e para habitação, respectivamente. Para que exista a falada autonomia das causas de nulidade, anulabilidade e resolução dos vários fins, não basta que esteja discriminado que o rés-do-chão é para o exercício do comércio e que o 1.° andar é para habitação, pois pode acontecer que o acesso ao 1.° andar só seja possível através do interior do rés-do-chão, ou que exista apenas um contador de água e electricidade[112]. Nestes casos as várias partes do prédio são solidárias, não são independentes uma da outra[113], pelo que as causas de invalidade ou resolução que respeitassem apenas a um dos fins envolvidos repercutir-se-iam inelutavelmente sobre os demais fins contratuais[114].

---

112 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 53, nota 1.

113 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., pp. 52 ss.

114 Era idêntica a doutrina que informava o art.° 6.° da LIU: *"Se o arrendamento for convencionado para diversos fins, sem subordinação de uns a outros e com suficiente discriminação das porções correspondentes do prédio"* - arrendava-se X para habitação e Y para uma actividade agrícola, pecuária, etc. - «*aplicar-se-á a regra do artigo anterior às porções a que respeite um ou outro*

de arrendamento que estão combinados, há que, também, resolver a questão do regime jurídico.

A situação está prevista no art.° 7.°, que nos fornece o critério para a determinação do regime a aplicar. Esse critério consiste em se determinar se, dos vários fins envolvidos, existe ou não um fim principal a que os outros se devam considerar subordinados. Se for este o caso, aplica-se o regime do fim que se considera principal, independentemente de existir ou não discriminação dos espaços adstritos a cada um dos fins envolvidos. O regime particular de cada um dos demais fins envolvidos só se aplicará se e na medida em que não contrarie nem seja incompatível com o regime do fim principal (art.° 7.°, n.° 3).

Por exemplo, arrenda-se um prédio com rés-do-chão e 1.° andar, em que o rés-do-chão é utilizado para o comércio e o 1.° andar para habitação, sendo a habitação o fim principal. Nesta hipótese, não poderia o arrendatário transmitir a sua posição contratual, ainda que tão-só parcialmente quanto à parte utilizada para o exercício do comércio, em caso de trespasse do seu estabelecimento comercial sem consentimento do senhorio[111], não obstante o disposto no art.° 109.°, n.° 1. Com efeito, como o fim principal é o habitacional, a transmissão da posição contratual do arrendatário está sujeita às regras da transmissão da posição do arrendatário habitacional, que não dispensam a necessidade do consentimento do senhorio (art.° 16.°, n.° 1, al. f)).

Caso não haja nenhum fim que se deva considerar como principal, ou seja, não havendo subordinação de um ou uns a outro, aplicar-se-á a cada um dos fins envolvidos o respectivo regime particular (art.° 7.°, n.° 1). Suponha-se que determinado prédio é arrendado para habitação e para o exercício de profissão liberal, sem subordinação de um a outro, e que o arrendatário pretende ceder a sua posicão contratual sem consentimento do senhorio. Como a transmissão da posição de arrendatário sem consentimento do senhorio apenas é possível quanto ao arrendamento para o exercício de profissão liberal (art.° 110.°, n.° 1), apenas quanto à parte do arrendamento relativa a esse fim poderia o arrendatário exercer essa faculdade.

No n.° 3 do art.° 7.° consagra-se, pois, a teoria da absorção, e no n.° 1 a teoria da combinação. Como consequência da aplicação da teoria da combinação, que no

111 Repare-se que o que o arrendatário não pode fazer é transmitir a sua posição contratual, caso pretenda trespassar o seu estabelecimento, não transmitir o seu estabelecimento para ser exercido noutro local. Com efeito, o arrendatário é livre de negociar o seu estabelecimento sem necessidade de qualquer autorização do senhorio. Quer dizer, a autorização do senhorio a que se refere a al. f) do n.° 1 do art.° 16.° não é respeitante ao trespasse, à negociação do estabelecimento, mas tão-só à transmissão da posição contratual do arrendatário. O que quer dizer que o arrendatário é perfeitamente livre de trespassar o seu estabelecimento sem necessidade de obter autorização do senhorio, desde que o trespassário não pretenda exercê-lo no mesmo local.

mobiladas. Quer dizer que, ao contrário do que sucedia à face da LIU, a partir da entrada em vigor do RCPU a discriminação do preço locativo deixou praticamente de ter qualquer sentido útil[110].

Mas, fora destes casos excepcionais, o regime dos contratos mistos, face à abstenção da lei, tem sido estabelecido pela jurisprudência e pela doutrina, tendo-se basicamente construído com base na teoria da absorção ou na teoria da combinação.

A teoria da absorção diz que se deve aplicar a todo o contrato o regime de um dos tipos contratuais utilizados; a teoria da combinação diz que se deve aplicar, a cada um dos tipos contratuais utilizados, o regime que lhe é próprio.

Em determinadas situações aplica-se a teoria da absorção, noutras a da combinação. Qual o critério?

Se um dos tipos contratuais utilizado é prevalecente em relação aos demais, aplica-se a teoria da absorção. Quer dizer: sendo um dos tipos preponderante, abrange os demais, absorve os demais, aplicando-se a todo o contrato o seu regime privativo, é o que se passa, como vimos, com o arrendamento de casas mobiladas.

Se nenhum dos tipos contratuais é preponderante, então combinam-se os vários regimes; isto é, aplica-se o regime próprio de e a cada um dos vários tipos contratuais.

Para além destas situações, em que nos surgem elementos de vários contratos típicos, encontram-se ainda combinações de várias modalidades de arrendamento. Arrenda-se um prédio para fins habitacionais e para fins de comércio e indústria ou arrenda-se um prédio para fins habitacionais e para o exercício de profissão liberal, etc.. Outra situação possível é aquela em que há vários tipos contratuais misturados sem nenhum deles estar sujeito ao outro: arrendou-se um prédio para habitação e outro prédio para fins rurais Nestas situações, em que são vários tipos

---

110 Não pode deixar de se registar negativamente a assimilação prevista no referido art.° 14.°, n.° 2, al. b) do RCPU. Com efeito, a contribuição predial é por natureza um imposto directo especial que incide sobre o rendimento, determinado pela origem do rendimento: um prédio urbano. Ora, na retribuição devida pelo arrendamento de uma casa mobilada, nem tudo é rendimento proveniente do prédio. Parte há que é devida como contrapartida pela utilização dos cómodos. Pelo que, apenas a parte da retribuição que tem origem no gozo do prédio, e que representa o rendimento deste, deveria estar sujeita a este imposto.

Infelizmente o legislador fiscal continua a legislar de costas voltadas para o ordenamento jurídico, como se não existisse direito para lá dos limites manifestamente acanhados da sua sanha taxadora, o que por vezes dá lugar a equívocos lamentáveis. Recorde-se a célebre celeuma quanto à natureza do trespasse do estabelecimento comercial «(...) conceito largamente perturbado pela forma como a legislação fiscal procurou impedir todas as tentativas de evasão ao imposto devido no caso de trespasse» (Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., vol. 11, p. 565), vide sobre esta temática O.Carvalho, ob. cit., p.89, nota 50 e pp. 596, 597 e nota 283; ou a ideia subliminar, e perigosa, da identificação do prédio com o estabelecimento comercial, subjacente ao art.° 14.°, n.° 2, al. a), quando sujeita a contribuição predial a retribuição devida pelo locatário do estabelecimento ao respectivo dono.

de trabalho. É o caso típico dos porteiros que têm um contrato de trabalho num dado edificio com direito a ter aí a sua habitação, mas também de todos aqueles contratos de trabalho em que a entidade patronal proporciona habitação aos seus trabalhadores. Os dois contratos estão ligados por forma tal que terminado o contrato de trabalho extinguir-se-á o contrato de arrendamento para habitação (art.° 67.°, n.° 1, al. j)) [108].

Nestes casos, é necessário definir-se o regime a que o contrato fica sujeito. O legislador, salvo raras excepções, não estipula nenhum regime específico para os contratos mistos.

Um dos casos em que a lei, excepcionalmente, prevê o regime de um contrato misto é o caso do arrendamento de casas mobiladas, cuja disciplina o legislador estabelece no art.° 100.°. Aí se dispõe, com efeito, que quando o arrendamento do prédio é acompanhado do aluguer da respectiva mobília é considerado como arrendamento todo o contrato e renda todo o preço locativo.

No entanto, diz o art.° 100.° *in fine,* no preço locativo, a parte respeitante ao arrendamento do prédio deve ser discriminada da parte respeitante ao aluguer da mobília. O mesmo acontecia na vigência da LIU (art.° 74.°), só que aí expressamente se dizia que a discriminação da renda tinha por fundamento o disposto no art.° 103.° do mesmo diploma. No qual se estabelecia que a importância da renda anual serviria de base à fixação do rendimento ilíquido do prédio, para efeitos de determinação da contribuição predial[109].

A razão de ser da exigência da discriminação prende-se pois com questões fiscais, pelo que se entende quando a contribuição predial é calculada apenas com base no rendimento do prédio, ou seja, com base naquilo que efectivamente é rendimento predial. Acontece que, nos termos do art.° 14.°, n.° 2, al. b) do RCPU (D/L n.° 19/781M, de 12 de Agosto), é considerada como renda a totalidade da retribuição que o senhorio receba do inquilino pelo arrendamento de casas

---

108 Esta hipótese, actualmente considerada como causa de resolução do arrendamento, não era prevista como causa de rescisão do contrato na vigência da LIU. Com efeito, o art.° 46° da LIU, que indicava as causas de resolução do contrato, ali denominadas causas de rescisão, não se referia a esta situação. No entanto, o art.° 92.° permitia, com base nesses factos, o despejo a título especial.

A razão de ser desta solução prendia-se com o facto de se entender que o despejo é o meio processual próprio para pôr termo a um arrendamento e nas situações indicadas no art.° 92° da LIU, aquelas a que se refere a actual al. j) do n.° 1 do art.° 67°, não necessariamente se estar perante um arrendamento, dado que em muitas dessas situações o ocupante não pagaria renda (cfr. J.Nepomuceno, ob. cit., p. 82, nota 125).

109 A LIU não estabelecia qualquer sanção no caso de as partes não terem efectuado a necessária discriminação; só que então todo o preço locativo seria tido em conta para efeitos de determinação do rendimento colectável, com o inevitável agravamento da contribuição predial; cfr. J.Nepomuceno, ob. cit., p. 78, nota 104.

5.1.3 Arrendamento para o exercício de uma profissão liberal

Pode também o arrendamento ter como fim o exercício de uma profissão liberal, considerando-se como tais todas as actividades lucrativas que não se reconduzam ao comércio e indústria.

O regime destes arrendamentos é, salvo o caso da transmissão da posição de arrendatário (art.° 110.°), o mesmo dos arrendamentos para fins comerciais ou industriais (art.° 105.°)

5.1.4 Arrendamento para outros fins lícitos

Finalmente, o arrendamento pode ser celebrado para quaisquer fins lícitos (v.g., garagem doméstica), quando o fim contratualmente acordado, sendo lícito, não se reconduza nem à habitação, nem ao comércio ou indústria, nem ao exercício de uma profissão liberal.

5.2 Arrendamentos mistos

O facto de a lei discriminar os vários destinos susceptíveis de serem dados ao arrendado, não significa que em concreto o fim tenha que ser forçosamente uno. O arrendamento pode ter um fim plúrimo v.g, arrendamento para habitação e exercício de profissão.

Também é possível, por força do princípio da liberdade contratual (art.° 405.° CCivil), que se combine um contrato de arrendamento com outros tipos contratuais, v.g., com um contrato de trabalho[107]. Nada impede, pois, a existência de contratos mistos, em que o arrendamento é um dos tipos contratuais utilizados.

Assim, por exemplo, é conhecido de toda a gente, e em Macau particularmente, o arrendamento de casas mobiladas. Ora, o arrendamento de uma casa mobilada é justamente um exemplo de um contrato misto, em que se combinam o contrato de arrendamento e o contrato de aluguer: arrendamento do imóvel, aluguer dos móveis.

Outro exemplo muito comum é o de contrato misto de arrendamento e

---

arrendatário comercial, não poderia ter deixado de pé o direito de preferência do senhorio, cuja única razão de ser era, como se disse, uma vaga ideia salomónica.

Registe-se que, na República, onde o direito de preferência do senhorio em caso de trespasse foi reintroduzido pelo RAU, a solucão é objecto de contundentes críticas pela maioria da doutrina (cfr. Oliveira Ascensão, " Subarrendamento e direitos de preferência no novo regime do arrendamento urbano", ROA, ano 51, I, 1991, p. 59; M.Januário Gomes, "Arrendamentos comerciais", 2a ed., Almedina, 1991, pp. 177 ss). Isto, apesar de não se ter retirado o direito de preferência ao arrendatário.

107 Muito comum no caso dos porteiros de prédios.

Outra especialidade do regime destes arrendamentos consiste no direito de o arrendatário, caso o arrendamento cesse por caducidade ou por denúncia do senhorio, a receber uma compensação, fixada pelo tribunal segundo juízos de equidade, não superior a cinco vezes o montante da renda anual, quando o prédio por facto seu tenha aumentado de valor locativo (art.° 107°)[104].

Esta medida visa minorar os prejuízos decorrentes da cessação do arrendamento, principalmente se o arrendatário não conseguir encontrar novas instalações nas proximidades. Prejuízos que decorrem da perda da clientela, essencialmente ligada ao estabelecimento comercial ou industrial em razão da sua concreta localização[105].

Nestes arrendamentos, quando o contrato tenha durado mais de um ano, tem ainda o arrendatário direito ao diferimento da desocupação do prédio por um ano ou dois anos consoante o arrendamento tenha durado menos ou mais de dez anos (art.° 108)[106].

---

104 A epígrafe do artigo não está em conformidade com o conteúdo do preceito, já que apenas refere a denúncia por parte do senhorio, mas não a caducidade do arrendamento.

105 Registe-se que em França o senhorio, se se quiser opor à renovação do contrato, e salvo as excepções consagradas nos art.°s 9.°, 10.°, 14.° do decreto de 30 Setembro de 1953, tem que pagar ao arrendatário, nos termos do art.° 8.° do mesmo decreto uma indemnização de evicção igual ao prejuízo sofrido com a perda da clientela, o qual é considerado como sendo igual ao valor do próprio estabelecimento *(loi n.° 57 - 6 du 5 janvier 1975);* cfr. François Collart Dutilleul, Philippe Delebecque, *"Contrats civils et commerciaux"*, Précis Dalloz, 1991, pp. 266, 267; Orlando de Carvalho, pp. 407 ss e nota 38, p. 540 e nota 194.

106 Na vigência da LIU, as especialidades dos arrendamentos para fins comerciais ou industriais eram em maior número: desde logo, para a validade contrato exigia-se a sua celebração por escritura pública (art.° 10.°, n.° 1, al. b) da LIU); além disso, atribuía-se ao arrendatário comercial ou industrial um direito de preferência na venda do prédio arrendado (art.° 84.°, n.° I da LIU). A atribuição do direito de preferência ao arrendatário comercial ou industrial, que recorde-se foi introduzido na ordem jurídica portuguesa pelo art.° 11.° da Lei n.° 1662, de 4 de Setembro de 1924, tinha por fim permitir que o arrendatário pudesse aceder à propriedade do local onde se encontrava instalado o seu estabelecimento, libertando-o assim da inata fragilidade do arrendamento, consolidando o mesmo. Era pois uma ideia de tutela do estabelecimento comercial que informava a solução. Por uma questão de simetria, já que não existiam razões ponderosas a justificá-lo, atribuiu-se também ao senhorio direito de preferência no trespasse do estabelecimento (cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., vol. II, p. 562, n.° 3).
Acontece que o RAUM, esquecendo a génese dos direitos de preferência atribuídos ao arrendatário comercial ou industrial e ao senhorio, extinguiu o direito de preferência do arrendatário comercial ou industrial, mas manteve o direito de preferência do senhorio. Ora, como vimos, o direito de preferência do senhorio no trespasse do estabelecimento do arrendatário apenas foi criado por um mero efeito de espelho, que está presente na especificação actualmente feita de que apenas vale quando o trespasse ocorra por venda ou dação em cumprimento, que eram justamente os negócios que faziam actuar o direito de preferência do arrendatário comercial ou industrial. Mas, tendo o legislador entendido que não se justificava a manutenção do direito de preferência ao

imediatos ao decesso do *de cujus* (art.° 106.°, n.° 1). A solução é bem diferente da prescrita para os arrendamentos habitacionais; pois nestes o arrendamento só não caduca por morte do arrendatário se lhe sobreviver alguma das pessoas indicadas no art.° 104.°, n.° 1, quando com ele vivessem há um certo tempo, variável em função das pessoas[101]. Nos arrendamentos para o exercício do comércio ou indústria a transmissão do arrendamento obedece às regras sucessórias, não assim nos arrendamentos para habitação; nestes, a transmissão é efectuada por critérios independentes da sucessão legítima. A razão de ser da diversidade de regimes reside no facto de se ter querido tutelar a perenidade da empresa[102] [103].

---

estabelecimento e, portanto, de um trespasse (ibidem).
Mas não parece que tenham razão. Não parece que a atribuição do estabelecimento comercial a um dos sócios em sede de extinção da sociedade seja equiparável a um acto de transmissão entre vivos. A extinção da pessoa colectiva equivale juridicamente à morte, pelo que as equiparações que hajam de efectuar-se têm que ocorrer dentro deste entendimento. Aliás, é pacífico que «À dissolução da sociedade abre-se necessariamente uma relação de sucessão: os sócios vêm a suceder à pessoa jurídica social na titularidade dos seus bens e direitos.» (cfr. Ferrer Correia, ob. cit., p. 92). Donde que não parece razoável pretender-se a aplicação à situação do disposto no art.° 1118° do CCivil (correspondente, como é sabido ao art.° 109°, n.° 1), antes que do art.° 1113°, como pretendem aqueles autores (cfr. Orlando de Carvalho, ob. cit., p. 599, nota 285).
Solução aquela (da pretensão de aplicação nesta sede do art.° 1118° do CCivil) que poderia conduzir em face dos dados actuais do problema à pretensão de aplicação da regra do n.° 4 do art.° 109°. Pretensão esta que, como nos informa Orlando de Carvalho (ob. cit., p. 600), encontrou algum eco junto dos nossos tribunais. E, se é verdade que, com a entrada em vigor do CCivil, esse perigo desapareceu, pois o senhorio deixou de ter o direito de preferência que lhe era concedido pelo art.° 55° do Decreto n.° 5411 e mantido pelo art.° 64°, n.° 2 da Lei n.° 2030, não é menos verdade que esse perigo sempre se pôs em Macau, onde como é sabido o senhorio sempre gozou de direito de preferência, primeiro por força do disposto no n.° 3 do art.° 85° da LIU, e agora por força do citado n.° 4 do art.° 109°, como foi repristinado na República com a reintrodução pelo art.° 116°, n.° 1 do RAU do direito de preferência do senhorio em caso de trespasse. Pelo que hoje, como ontem, cá, como lá, recobram especial acuidade as soluções de enquadramento normativo da transmissão do arrendamento no caso de extinção de pessoa colectiva (cfr. Orlando de Carvalho, ob. cit., pp. 598 ss).

101 Assim: se for o cônjuge não separado de pessoas e bens ou de facto o arrendamento transmite-se, independentemente de qualquer prazo de convivência; transmite-se também aos descendentes ou afins na linha recta com menos de um ano de idade; tratando-se de descendentes ou afins na linha recta com mais de um ano de idade ou ascendentes, transmite-se se convivessem com o arrendatário há mais de um ano: finalmente, transmite-se também à pessoa que com o arrendatário vivesse em união de facto há mais de dois anos, contanto que o arrendatário não fosse casado ou estivesse separado judicialmente de pessoas e bens.

102 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., pp. 72 e 225.

103 Aliás, como argutamente nota Orlando de Carvalho (ob. cit., p. 601, nota 287), a matéria da sucessão *mortis causa* tem gozado sempre de um especial favor, «(...) explicável talvez pelo primado tradicional desse tipo de sucessão na burguesia mercantil, bem como pelo desejo de permitir a continuação do estabelecimento no mesmo círculo de pessoas que o fizeram».

A importância da qualificação do arrendamento como comercial ou industrial prende-se com a existência de um regime específico para estes arrendamentos. Assim, o arrendamento para fins comerciais ou industriais não caduca por morte do arrendatário, transmitindo-se aos seus sucessores de acordo com as regras da sucessão universal[100]. Podem é os sucessores renunciar à transmissão nos trinta dias

---

arrendamentos para habitação, quer dos arrendamentos para profissão liberal. Ainda que quanto a estes últimos a diferença de regimes seja muito pequena, essencialmente quanto à questão da transmissão da posição de arrendatário, como veremos.

100 Esta regra vale também, com as devidas adaptações, para a hipótese de extinção da pessoa colectiva arrendatária, maxime sociedade. Com efeito, apesar de o art.º 106º, n.º 1 não mencionar a hipótese da extinção da pessoa colectiva arrendatária, tal não deve ser visto como significando uma recusa da aplicação deste preceito a esta hipótese. O art.º 106º, n.º 1, tal como o art.º 112º, n.º 1 do RAU da República (cfr. Menezes Cordeiro, outro, ob. cit., p. 150), teve por fonte o art.º 79º, n.º 1 da LIU e o art.º1113º do CCivil (preceito, este, de cuja redacção está, aliás, mais próximo), preceitos que, por sua vez, tiveram por fonte o art.º 58º do Decreto n.º 5411. Ora, na vigência do art.º 58º do Decreto n.º 5411, entendia-se que o mesmo se aplicava à hipótese transmissão do arrendamento em sede de extinção da pessoa colectiva. Neste sentido, Alberto dos Reis, em anotação ao acordão do STJ de 4/11/58 (in RLJ, ano 81º, p 330), defendeu que o arrendamento dado a uma sociedade não caducava com a extinção desta; transmitia-se à pessoa ou entidade para a qual passasse o estabelecimento (cfr. Orlando de Carvalho, Critério..., cit., p. 595 e nota 282; Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 558, anotação ao art.º 1113º, n.º 2).
A mesma posição adoptou Orlando de Carvalho (ibidem), propugnando-a também em face do art.º 1113º do anteprojecto de CCivil, 2ª revisão ministerial (que, como é sabido, veio a converter-se no art.º 1113º do actual CCivil). Ao argumento, de que tal interpretação extensiva do art.º 58º do Decreto n.º 5411 deixaria de ser possível em face do novo CCivil, caso viesse a ser adoptado o art.º 1059º do anteprojecto, 2ª revisão ministerial, que também mencionava a hipótese da extinção da pessoa colectiva, podendo assim invocar-se o argumento de que se previu ali e não aqui é porque não quis a solução para esta hipótese, respondia com a história do preceito. O art.º 1113º não fazia parte do projecto de Galvão Teles, o qual não pretendeu regular a matéria do arrendamento para fins comerciais ou industriais, que, na perspectiva deste último autor, continuariam a ser objecto das leis especiais até aí vigentes. Pelo que o referido art.º 58º do Decreto n.º 5411 continuaria em vigor, e, logo, a interpretação extensiva, que dele era proposta à hipótese da extinção de pessoa colectiva arrendatária, válida para os dados do novo direito. A decisão de o novo Código disciplinar a matéria do arrendamento para comércio ou indústria só foi tomada depois, sendo apenas no projecto do CCivil que aparece tratada essa matéria. Daí que, o disposto no art.º 58º do Decreto n.º 5411 tenha sido transposto literalmente para o art.º 1113º do projecto do CCivil, sem se tomarem em conta as eventuais implicações sistemáticas. Concluindo com a ideia de que, nessas circunstâncias, a interpretação, que até então vinha sendo dada ao art.º 58º do Decreto n.º 5411, continuaria válida pelas mesmas razões em face do futuro art.º 1113º do CCivil (ibidem).
Pires de Lima e Antunes Varela, referindo a solução preconizada por Alberto dos Reis em face do art.º 58º do Decreto n.º 5411, também aceitam a solução de o arrendamento se transmitir, mas por diferentes fundamentos. Escrevem estes autores que a doutrina defendida por aquele autor era e é válida em face do CCivil, mas não com base no art.º 1113º do CCivil, mas sim com base no art.º 1118º do CCivil, por se tratar, no seu entender, de uma transmissão entre vivos do

pessoas que podiam residir no arrendado com o arrendatário, todos os que vivessem com ele em economia comum e um máximo de três hóspedes, referindo-se o n.° 4 ao disposto no artigo e não no número anterior, pareceria à primeira vista que, salvas as pessoas excepcionadas no n.° 4, todas as demais, inclusive pois os hóspedes, poderiam ser impedidas, por convenção nesse sentido, de viverem no arrendado. A verdade, no entanto, é que o legislador *majus dixit quam voluit,* pois basta olhar para o segundo parágrafo do n.° 4 do art.° 72.° da LIU, para nos apercebermos de que o legislador apenas tinha em vista regular a matéria do âmbito das pessoas que podiam viver em economia comum com o arrendatário e, logo, referir-se apenas ao disposto no número anterior.

5.1.2 Arrendamentos para comércio ou indústria

O arrendamento urbano pode também ter por fim a actividade comercial ou industrial, diz o art.° 6.°, n.° 1. Preceito este que há que aproximar do art.° 105.°, que nos esclarece que não é necessário, para que o arrendamento se considere como comercial ou industrial, que o objecto do contrato seja exclusivamente o comércio ou indústria, basta que o arrendamento esteja directamente relacionado com uma actividade comercial ou industrial. Quer dizer: é necessário, mas suficiente, que o arrendamento tenha como causa ou concausa o exercício de uma actividade comercial ou industrial[97]. Ou seja: o exercício de qualquer actividade de interposição nas trocas, de mediação entre a oferta e a procura, bem como de qualquer das actividades previstas no art.° 230.° do Código Comercial, e ainda toda e qualquer actividade de produção (extracção, transformação) ou circulação de riqueza[98][99].

---

97 Cfr. M.Januário Gomes, ob. cit., p. 24.

98 Cfr. Pereira Coelho, *ob. cit.,* pg. 41. Em princípio deve ser satisfeita através do pagamento de prestações pecuniárias (art.° 2005.°, n.° 1), no entanto, e caso o obrigado a prestar alimentos não tenha possibilidades de os prestar pecuniariamente, mas apenas em sua casa e companhia, assim podem os alimentos ser decretados (art.° 2005.°, n.° 2 do CCivil).

99 A LIU, no art.° 4.°, n.° 2, presumia *"convencionado para comércio ou indústria, salvo se estiver abrangido na al. c) do artigo 10.°"* - *ou* seja, o arrendamento para o exercício de profissão liberal - "o *arrendamento tomado para fins directamente relacionados com alguma das actividades sujeitas à contribuição comercial e industrial ".*
Estabelecia-se aqui um critério fiscal. O que determinava a natureza do arrendamento, ou o fim do arrendamento, era justamente o tipo de contribuição a que estava sujeita a actividade em questão; sendo que, no entanto, se excluíam as situações previstas na al. c) do n.° 1 do art.° 10.° - os arrendamentos para o exercício de profissão liberal.
Porquê? Porque, à data da entrada em vigor da LIU, em determinadas províncias ultramarinas as profissões liberais estavam sujeitas a contribuição comercial ou industrial e não ao imposto profissional. Qual o interesse da ressalva? Precisamente o facto de o legislador ter previsto um regime específico para os arrendamentos para o comércio e indústria, que é distinto quer dos

É conhecida a prática, nomeadamente nos centros urbanos onde se encontram estabelecimentos de ensino, de os habitantes da zona "arranjarem hóspedes"[94] para utilização dos quartos eventualmente disponíveis na casa[95].

Pode, pois, concluir-se que no fim do arrendado, sendo, embora, a habitação, se pode incluir, também, a hospedagem desde que se não exceda um máximo de três hóspedes.

O legislador, no entanto, e ao contrário do que sucedia no direito pretérito, permite que esta faculdade possa ser excluída por convenção das partes (art.° 101.°, n.° 1, al. b) *in fine*).

Na verdade, o art.° 72.°, al. b) da LIU também permitia que o arrendatário pudesse dar hospedagem até um máximo de três hóspedes. No entanto, esta faculdade, na medida em que representava um benefício para o arrendatário, não podia, por força do art.° 78.° da LIU, ser afastada por vontade das partes.

Esta a melhor interpretação, apesar da dificuldade criada pelo diposto no n.° 4 do art.° 72.° da LIU. O primeiro parágrafo deste preceito, que foi introduzido na LIU por sugestão da, então, Província Macau[96], dispunha o seguinte: «Em Macau, o disposto neste *artigo* entende-se com ressalva das estipulações em contrário que não respeitem ao cônjuge do inquilino, nem a seus pais, nem a seus filhos solteiros.» (os itálicos são nossos). Ora, dado que o art.° 72.° da LIU dispunha sobre quais as

---

limite imanente, qual seja: o de que o recebimento de hóspedes pressupõe disponibilidades de espaço. Se o arrendado, não dispõe de disponibilidades em termos de espaço individualizável, não poderá o arrendatário aproveitar desta faculdade. Pense-se na hipótese figurada por Mário Frota, « Arrendamento urbano», 1987, p. 454, de o arrendado ser um T0. É evidente que não é possível ter-se um hóspede num T0, muito menos três. No mesmo sentido, cfr. Pinto Furtado, ob. cit., p. 246.

Parece-nos que se está aqui perante uma situação em que a lei se alheou do tempo. O recebimento de hóspedes pressupõe não só as velhas casas de muitas assoalhadas, mas também um outro tempo e ritmo de vida. O tempo em que as pessoas, mais do que por dificuldades económicas, buscavam uma certa comodidade *(maxime os* homens evitando as dificuldades da gestão doméstica, para a qual o homem tradicional português não tinha sido preparado), mas também companhia. Por isso, o hóspede era regra geral alguém solteiro, vivendo fora do ambiente paterno, *maxime* nas grandes cidades. É esse modo de vida brilhantemente retratado no ambiente em que se desenrola a acção desse magnífico filme de António Lopes Ribeiro "O Pai Tirano". É pois uma visão algo romântica do *modus vivendi* dos portugueses que o legislador tem em vista ao admitir a possibilidade de o arrendatário dar hospedagem.

94 Muitas vezes estamos, de facto, perante uma verdadeira situação de subarrendamento e não de hospedagem, por faltar a prestação de serviços que esta implica para além da habitação.

95 Já não permite a lei que o inquilino, ou um seu familiar, possa utilizar o arrendado para fins industriais domésticos, como sucedia na vigência da LIU (art.° 73.°, n.° 2) contanto que não utilizasse mais do que três empregados. Faculdade esta que também estava prevista no art.° 1108.° CCivil. O RAU da República manteve esta faculdade no art.° 75.°.

96 Cfr. J.Nepomuceno, ob. cit., p. 78, nota 102.

de convivência por força de lei– o cônjuge (art.° 1672.°, 1673.°, 1675.°, n.° 1 do CCivil), como exemplo das segundas –obrigação de convivência por força de negócio jurídico– os empregados domésticos[88].

No entanto, este benefício pode ser afastado em relação a todas as pessoas que se não reconduzam às indicadas no n.° 3 do mesmo preceito: cônjuge, pais[89] e filhos solteiros[90]. Quer isto dizer que as partes podem reduzir, convencionalmente, o âmbito das pessoas susceptíveis de serem tidas como vivendo em economia comum com o arrendatário.

Por outro lado, no arrendamento para habitação, permite ainda a lei que o inquilino possa dar hospedagem[91] até um máximo de três hóspedes (art.° 101.°, n.° 1, b)). Ou seja: admite que o arrendatário possa utilizar o arrendado para fim diverso do contratualmente estabelecido, que é a sua habitação, contanto que não tenha mais do que três hóspedes. A partir do momento em que tenha um número superior de hóspedes, quer porque admitiu novos hóspedes, quer porque, por hipótese, nasceu um filho a um dos hóspedes[92], está a infringir as suas obrigações contratuais e sujeita-se a ver o contrato resolvido pelo senhorio (art.° 67.°, n.° 1, al. e)).

E por que é que o legislador criou esta possibilidade? Precisamente para resolver, ou diminuir, o problema da falta de habitações, mas também para que pessoas de parcos recursos, mas inquilinos de uma casa com disponibilidade de espaço[93], possam obter alguns recursos patrimoniais.

---

prestar pecuniariamente, mas apenas em sua casa e companhia, assim podem os alimentos ser decretados (art.° 2005.°, n.° 2 do CCivil).

88 Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 548.

89 Quer se trate dos pais do arrendatário, quer dos pais do cônjuge do arrendatário.

90 E se o filho/filha solteiro tiver um filho, estará este abrangido pela cláusula de salvação, ou não? Não temos dúvidas em afirmar que está. A ideia do legislador é evitar que fiquem desprotegidas as pessoas que normalmente têm uma ligação mais directa e menos independente face ao arrendatário. Daí a limitação aos filhos solteiros, supostamente menos independentes do que os filhos casados, em quem se pressupõe uma maior autonomia, quer moral quer económica. O nascimento de um filho ao filho/a solteiro do arrendatário não lhe aumentará, bem pelo contrário normalmente até lhe diminuirá, a margem de autonomia face ao arrendatário.

91 Só se consideram hóspedes aqueles a quem o arrendatário proporcione habitação e preste habitualmente serviços relacionados com esta (v.g., limpeza e arrumação do quarto, lavagem de roupas, etc.) ou forneça alimentação normal, mediante retribuição (art.° 101.°, n.° 4); cfr. Ac. RL, de 12/6/1984, CJ, III, p. 153.

92 Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 548; Ac. Rl, de 1213/1971, BMJ, 205.° - 252; Ac. RL, de 2/2/1982, CJ, I, p. 166. Em sentido contrário, Pinto Furtado, ob. cit., p. 247, entendendo que o nascimento de uma criança a um dos hóspedes não determinará a ultrapassagem do limite legal, porque uma criança não se pode considerar um hóspede, já que este conceito pressupõe um adulto.

93 Não temos dúvidas que é esta a situação que a lei pressupõe, pelo que, nesta matéria existirá um

encargos da vida em comum, v.g. despesas de alimentação, utensílios domésticos, manutenção da habitação (art.° 101, n.° 1, al. a) e n.° 2).

Não se considera como vivendo em economia comum aquele que, em vez de contribuir para as despesas e encargos da habitação, paga uma retribuição ao arrendatário[83]. Aquele que paga uma retribuição ao arrendatário ou é um subarrendatário ou é um hóspede. A única excepção refere-se aos parentes ou afins em linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral, os quais a lei considera como vivendo sempre em economia comum com o arrendatário, mesmo que lhe paguem uma retribuição.

A lei não estabelece qualquer limite quanto ao número das pessoas que podem viver com o arrendatário em economia comum, ainda que, bem evidente, tenham de ser respeitados os limites impostos pela própria capacidade habitacional do arrendado[84]. Tão-pouco exige a existência de qualquer especial relação entre o arrendatário e aqueles que com ele vivem em economia comum[85]. Do mesmo modo, não importa que a situação de vida em economia comum se tenha criado antes ou depois da celebração do arrendamento.

A lei presume[86], no entanto, como vivendo sempre em economia comum com o arrendatário as pessoas indicadas no n.° 2 do art.° 101.°; ou seja: os parentes ou afins na linha recta e até ao terceiro grau da linha colateral, e as pessoas relativamente às quais, por força da lei ou de negócio jurídico que não respeite directamente à habitação, haja obrigação de convivência ou de alimentos.

A bondade do preceito é evidente. Com efeito, a não existir este preceito, o direito de utilizar o arrendado apenas competiria ao arrendatário, donde que todas as pessoas que com ele vivessem, *maxime* o seu cônjuge e os seus filhos, ou se demonstrava que viviam em economia comum, o que, nomeadamente em relação aos filhos menores, seria impossível, ou estariam impedidos de residir com ele.

Quanto à determinação das pessoas a que se refere a 1ª parte deste n.° 2 não se levantam dúvidas, bastando para tal fazer aplicação dos critérios previstos nos art.°s. 1578.° a 1586.° do CCivil. Quanto às referidas na 2ª parte do mesmo preceito, pessoas que por força da lei ou de negócio jurídico haja obrigação de convivência ou de alimentos[87], temos como exemplo paradigmático das primeiras –obrigação

---

83 Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 548.

84 Cfr. Pinto Furtado, ob. eit., pp. 251, 252; M.Januário Gomes, ob. cit., p. 22.

85 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 197.

86 Trata-se de uma presunção *iure et iure* de vivência em comum com o arrendatário por parte das referidas pessoas; cfr. Pinto Furtado, ob. cit., p. 251; Ac. RC, de 30/1/1979, BMJ, 284.° - 291.

87 As pessoas obrigadas a alimentos estão indicadas no art.° 2009.° do CCivil. A obrigação de alimentos princípio deve ser satisfeita através do pagamento de prestações pecuniárias (art.° 2005.°, n.° 1); no entanto, caso o obrigado a prestar alimentos não tenha possibilidades de os

sempre não só que indicar qual o fim para que pode ser utilizado o prédio, como especificar se é para habitação, para escritórios, para estabelecimentos comerciais, para indústria, para indústria hoteleira e similar ou para equipamentos colectivos (art.° 50.°, n.° 1 e 3 do RGCU). Pode também acontecer que, tendo sido emitida a licença de utilização, esta se limite a dizer que o prédio está em condições de ser utilizado, mas não especifique qual o fim ou fins a que o mesmo se destina[80]. Nestes casos, em que não é possível saber-se qual o fim ou fins para que o prédio pode ser utilizado, está o arrendatário obrigado a utilizá-lo para o fim a que o mesmo tenha estado afectado na utilização anterior[81]. Se não for possível determinar-se qual esse fim, o mesmo acontecerá quando nunca tenha sido utilizado, então poderá o arrendatário utilizá-lo para qualquer fim lícito (art.° 6.°, n.° 2).

5.1.1 Arrendamentos para habitação

O arrendamento para habitação, como as próprias palavras o indicam, é aquele que é efectuado para o prédio ser utilizado como habitação do arrendatário, quer se trate da habitação principal, caso em que o prédio será utilizado como centro da sua vida familiar, o local onde dorme, onde toma as suas refeições, onde descansa, onde recebe os seus amigos, onde convive, onde passa grande parte do seu tempo livre, no sentido de sua residência habitual ou permanente, quer como habitação secundária ou eventual[82]. Será este o caso dos arrendamentos para habitação por curtos períodos em praias, termas ou outros locais de vilegiatura.

No entanto, apesar de o fim em ambas as situações ser a habitação, estão sujeitos a regimes jurídicos diferentes. Com efeito, os arrendamentos indicados na segunda situação estão fora do domínio de aplicação do RAUM, por força do disposto na al. a) do art.° 2.°.

Contudo, nos arrendamentos urbanos para habitação, a utilização do arrendado não está obrigatoriamente restrita ao arrendatário. Isto, porque o legislador permite que possam viver no arrendado todas as pessoas que vivam em economia comum com o arrendatário; ou seja, aquelas que entre si suportam os

---

Indicando-se os meios de suprir a falta da mesma.

80 Cfr. M.Januário Gomes, ob. cit., p. 14.

81 A fonte da utilização do prédio pode ser a mais diversa; v.g., um usufruto, um comodato, um arrendamento, etc.; no entanto, será justamente a utilização que tenha sido dada ao prédio pelo anterior ocupante que determinará o fim do novo arrendamento, e não, na hipótese de ter existido, a anterior utilização titulada por um arrendamento.

82 Habitação secundária não é o mesmo que uma segunda residência permanente, com carácter estável e habitual; cfr. Ac. RL, de 15/211990, CJ, I, p. 167. Com efeito, facilmente se concebe que o mesmo sujeito possa ter duas habitações principais, pense-se no caso de alguém que, atenta a plurilocalização da sua actividade profissional, tem uma residência permanente em Macau e outra em Shangai.

utilização. Licença de utilização, esta, cuja existência constitui uma das menções que devem constar obrigatoriamente do contrato de arrendamento (art.° 22.°, n.° 2, al. e)).

Como, por um lado, o prédio não pode ser arrendado para fim diverso do autorizado na licença de utilização (art.° 23.°, n.° 1), e como, por outro lado, para que o prédio ou fracção, se for o caso (art.° 50.°, n.° 2 RGCU), possa ser utilizado para fim diverso do autorizado é necessário que seja emitida a competente licença pela D.S.O.P.T.[78], quando exista licença de utilização, parece que o fim do arrendamento seria sempre aquele para cuja utilização o prédio tivesse sido considerado como tendo as necessárias condições de aptidão (art.° 23.°, n.° 1; art.° 50.°, n.° 1 e 3 do RGCU). E, regra geral, assim sucederá. Mas, pode acontecer que a despeito da licença de utilização mencionar um determinado fim o prédio venha a ser arrendado para outro fim. Neste caso, o arrendamento não deixará de ser válido, o que acontece é que o senhorio se sujeitará às respectivas sanções previstas no art.° 68.° RGCU.

Quer isto dizer que se, por hipótese, em estipulação ulterior à assinatura do contrato, do qual não consta o destino do arrendado, as partes acordarem em que o arrendado será utilizado para habitação, não pode o arrendatário pretender utilizá-lo para o exercício do comércio arguindo que é esse o fim a que se destina o prédio, de acordo com a licença de utilização. Nem tão-pouco, no mesmo circunstancialismo, poderá o senhorio, escudando-se na mesma argumentação, pretender resolver o contrato com o fundamento da utilização do arrendado para fim diverso do legalmente fixado, se o arrendatário o estiver a utilizar para habitação.

Pode, no entanto, suceder que não seja possível determinar-se qual o fim a que o prédio se destina, o que em princípio apenas poderá suceder quando não exista a competente licença de utilização[79]; pois, como vimos, a licença de utilização tem

---

78 A qual só será emitida se o prédio ou fracção tiver as condições de aptidão necessárias ao novo fim (art.° 51.°, n.° 1 RGCU).

79 A licença de utilização só é obrigatória para os novos arrendamentos de prédios construídos após 31 de Dezembro de 1946 (art.° 4.°, n.° 1). O n.° 2 do art.° 4.° refere que a licença de utilização pode ser substituída por certidão da Conservatória do Registo Predial donde conste a finalidade do prédio. Apesar dos termos amplos em que está redigido o preceito, parece que o mesmo tem em vista apenas as situações indicadas no número anterior. Quer isto dizer que não pode o senhorio substituir a seu bel-prazer a apresentação da licença de utilização pela certidão da Conservatória, mas apenas quando a licença de utilização, atenta a data de construção do prédio, não existir.

Mas, mesmo tratando-se de prédio construído após 31 de Dezembro de 1946, pode não existir licença de utilização (vide a primeira parte do art.° 23.°, n.° 2) por várias razões: desde logo não ter sido pedida, ou tendo sido pedida não ter sido concedida. O art.° 23.°, n.° 2 refere justamente uma situação em que, a despeito de inexistência de licença de utilização, pelo facto de o prédio não ter as condições de utilização necessárias para o fim pretendido, o mesmo foi arrendado.

que entrar em linha de conta não apenas com o conteúdo das declarações de vontade das partes tal qual estavam exaradas no documento, mas também com as circunstâncias contemporâneas ou anteriores à celebração do contrato[73], ou não constava. Se fosse este o caso, funcionava sempre a cominação: o arrendatário apenas poderia utilizar o arrendado para fins habitacionais[74]. Quer isto dizer que não poderia aproveitar ao arrendatário a estipulação sobre o destino do arrendado efectuada depois da assinatura do contrato[75].

A mesma argumentação poderia ser aduzida face ao art.° 9.° da LIU, dada a similitude de redacção entre este e o n.° 2 do art.° 1086.° do CCivil; pois a única diferença de redacção residia na substituição do vocábulo «contrato» pelo vocábulo «título» que, quiçá, até reforçaria a oportunidade da referida argumentação.

De acordo com um autor[76], a referência que, no art.° 3.°, n.° 2 do RAU da República, agora se faz: «Quando nada se estipule (...)» teria justamente o sentido de permitir que a convenção do destino do arrendado pudesse ser efectuada depois da assinatura do contrato. Dada a semelhança da redacção do n.° 2 do art.° 6.° do RAUM com o n.° 2 do art.° 3.° do RAU da República, com efeito, dizer-se « Na falta de estipulação (...)», vale exactamente o mesmo que «Quando nada se estipule (...)», parece-nos de aceitar, face ao nosso preceito, a referida interpretação. Por conseguinte, o fim do arrendamento não tem que constar obrigatoriamente do contrato, podendo ser acordado ulteriormente à sua celebração. Se assim for, não haverá lugar ao funcionamento do disposto no n.° 2 do art.° 6.°.

Como se disse, as partes normalmente fixarão o destino do arrendado; pode, contudo, suceder que assim não aconteça: isto é, pode ser que as partes nada estipulem quanto ao fim do arrendamento. Quando assim aconteça, há necessidade de se saber qual a utilização que o arrendatário pode dar ao prédio. A lei intervém nesta matéria, dizendo, no art.° 6.°, n.° 2, que o arrendatário poderá utilizar o prédio para o fim a que o mesmo se destina[77].

O fim a que se destina o prédio, por força do art.° 50.°, n.°s 1 e 3 do D/L n.° 79/85/M, de 21 de Agosto (RGCU), constará necessariamente da licença de

---

73 Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 494.

74 Cfr. Menezes Cordeiro, Castro Fraga, "Novo regime do arrendamento urbano", 1990, p. 53, *apud* M.Januário Gomes, ob. cit., p. 14; Ac. STJ, de 17/4/1980, BMJ, 296.° - 276; Ac. RE, de 24/2/1983, CJ, I - 296.

75 Cfr. M.Januário Gomes, ob. loc. ul. cit. e autores aí citados.

76 Cfr. M.Januário Gomes, loc. ul. cit..

77 Não era esta, como vimos (*supra* em texto) a solução da LIU. Sob o império deste diploma, sempre que o destino do arrendado não estivesse estabelecido, quer porque não existia documento escrito, nas hipóteses excepcionais do n.° 2 do art.° 8.° (vide infra pp. 33 ss), quer porque o documento em que o arrendamento estava exarado não o mencionava, a cominação era sempre a mesma: o arrendatário apenas podia utilizar o arrendado para sua habitação (art.° 9.° da LIU).

se se aplica ou não o RAUM, é o valor relativo das duas partes que compõem o prédio: o arrendamento será urbano quando o valor da parte urbana for superior ao valor da parte rustica (art.° 4.°, n.° 1).

Mas como é que sabemos se a parte urbana tem ou não um valor superíor ao da parte rústica? Para o efeito, socorremo-nos do valor da renda estipulada pelos contratantes para cada uma das partes o arrendamento será urbano se a renda respectiva for superior à fixada para a parte rústica (art.° 4.°, n.° 2). Caso os contratantes não tenham discriminado a renda, proceder-se-á a avaliação (art.° 4.°, n.° 2 in fine)[7071].

A lei prevê, no art.° 6.°, n.° 1[72], que o arrendamento possa revestir quatro modalidades, consoante o fim a que se destina:

a) o arrendamento para habitação;
b) o arrendamento para comércio ou indústria;
c) o arrendamento para o exercício de profissão liberal;
d) o arrendamento para quaisquer outros fins lícitos.

Normalmente as partes indicarão qual o fim a que se destina o prédio, sendo que esta indicação não tem que constar, forçosamente do documento inicial, podendo ser efectuada depois. Na verdade, ao contrário do que acontecia na vigência da LIU, e sucedia no regime arrendatício do CCivil, a lei já não se refere ao título ou ao contrato, mas ao facto de as partes nada terem estipulado, onde quer que o tenham feito, sobre a matéria, o que tem reflexos importantes.

Na República, face ao disposto no art.° 1086.°, n.° 2 do CCivil: «Se o prédio for urbano e do contrato não constar o fim a que ele se destina, o arrendatário só pode utilizá-lo para habitação», havia quem entendesse que de duas uma: ou o fim do arrendado constava do documento, ainda que para estes efeitos houvesse

---

70 Na vigência da LIU o legislador, para resolver esta questão, dispunha, no art.° 1.°, n.° 2, *"entende-se por prédio urbano o edifício incorporado no solo mais o terreno que lhe sirva de logradouro e não tenha valor venal superior ao daquele"*. Para se determinar o valor venal de cada uma das partes envolvidas recorria-se: a) à matriz; b) na falta ou insuficiência da matriz, ao valor que resultasse da discriminação da renda; c) não tendo sido efectuada esta discriminação, procedia-se: c 1) a avaliação proporcionalmente ao valor matricial de todo o prédio; c 2) ou, na sua falta, proporcionalmente à renda global estipulada (art.° 1.°, n.° 3 da LIU).

Estavam também sujeitos ao regime jurídico da LIU, por força do art.° 2.°, os *"arrendamentos de prédios rústicos qu e nã o se destinem a fins produtivos ou em que funcionem, com assentimento do senhorio, estabelecimentos comerciais ou industriais, desde que os respectivos contratos revistam a forrna externa que por esses motivos lhes competir segundo o art.° 10.°"*.

71 Este art.° 4.° corresponde quer ao art.° 1084.° do CCivil quer ao art.° 2.° do RAU da República, com a diferença de, ao contrário do que sucede com estes, não atender, para efeitos de determinação do valor das partes envolvidas, ao valor que resulta da matriz.

72 E também o art.° 1086.°, n.° 1, do CCivil. O mesmo constava do art.° 4.°, n.° 1 da LIU.

cumprimento do domínio directo (art.° 1501.°, als. a), c) e d) CCivil). O arrendatário apenas pode utilizar o prédio dentro dos limites assinalados pelo fim contratual, não pode transmitir a sua posição contratual sem autorização do senhorio, não tem direito de preferência na alienação do prédio arrendado.

4.5 Locação e consignação de rendimentos

Na consignação de rendimentos o titular do direito não tem o direito de usar a coisa, salvo expressa autorização do dono (proibição do pacto anticrético) (art.° 661.° do CCivil), tem apenas o direito a perceber os rendimentos que a coisa produza para satisfação do seu crédito (art.° 656.° do CCivil). A consignação de rendimentos pode não só ser constituída por contrato, bem como por testamento ou sentença judicial (art.° 658.°, n.° 2 do CCivil).

4.6 Locação e comodato

Como já se disse o comodato é um contrato gratuito, sendo ainda de natureza real *quod effectum.* Aquela é obrigacional e necessariamente onerosa.

4.7 Locação e hospedagem

Este é um contrato misto de arrendamento e de prestação de serviços. Relativamente a um prédio arrendado para habitação, a lei permite a hospedagem até três hóspedes (art.° 101.°, n.° 1, al. b). Mas não permite o subarrendamento. Assim, não havendo prestação de serviços (v.g., limpeza e arrumação do quarto, lavagem de roupas, fornecimento de refeições, etc.) estaremos perante uma situação de subarrendamento (art.° 94.°). Como tal, se não autorizada pelo senhorio, fundamento de resolução do contrato (art.° 16.°, al. f), 67.°, n.°l, al. f)).

5. Modalidades do arrendamento urbano. Arrendamentos mistos

5.1 Modalidades do arrendamento urbano

Como vimos, o arrendamento é uma espécie de locação: a que incide sobre um prédio (art.° 1025.° do CCivil). De acordo com o art.° 204.°, n.° 1, al. a) do CCivil os prédios podem ser urbanos ou rústicos; no entanto, apenas o arrendamento de prédios urbanos é objecto de regulamentação pelo RAUM (art.° 1.°, n.° 1 e art.° 3.°). Assim, o arrendamento de uma casa de habitação com o seu quintal (logradouro) será um arrendamento urbano, como tal, sujeito ao império do RAUM. Já o arrendamento de uma quinta com as suas adegas, celeiros ou estábulos será um arrendamento rústico, como tal, fora do âmbito de aplicação do RAUM.

Pode, contudo, suceder que se tenha arrendado um prédio que tenha uma parte urbana e uma parte rústica (art.° 4.°, n.° 1). Nestes casos, o critério a utilizar para se saber se o arrendamento é urbano ou rústico, o mesmo é dizer para se saber

Desde logo, o usufruto pode ser perpétuo, o arrendamento é sempre temporário. O usufruto, tal como o arrendamento, pode ser constituído por contrato, mas também por testamento, usucapião ou disposição da lei - cfr. art.° 1440.° do CCivil - o que já não acontece com o arrendamento.

O usufruto é um direito real típico, o arrendamento, como se apontou, um direito obrigacional.

O usufruto pode ser gratuito, enquanto que o arrendamento é sempre oneroso.

O usufrutuário pode usar, fruir e administrar a coisa, como um bom pai de família, respeitando seu destino económico (art.° 1446.° CCivil); o arrendatário só pode gozar a coisa dentro dos limites assinalados pelo fim contratual.

O usufrutuário pode transmitir livremente o seu direito (art.° 1444.° CCivil); o arrendatário necessita do consentimento do senhorio, sob pena de resolução do contrato(art.°16.°,al.f); 67,n 1,al.f)).

4.4 Locacão e direito de superfície

O direito de superficie consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações (art.° 1524.° CCivil).

Apontam-se, também aqui, desde logo, as diferenças quanto à forma de constituição, já que o direito de superficie pode ser constituído por contrato, testamento e usucapião, podendo ainda resultar de alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente do solo - cfr. art.° 1528.° CCivil.

O direito de superficie pode ser perpétuo ou temporário, a locação é sempre temporária. O direito de superficie pode ser gratuito ou oneroso, o arrendamento é sempre oneroso. O direito de superficie é um direito real, o arrendamento é um direito obrigacional. O direito de superficie é livremente transmíssivel (art.° 1534.° CCivil), ao contrário do arrendamento.

4.4 Locação e enfiteuse

A enfiteuse consiste no desmembramento do direito de propriedade em domínio directo e domínio útil (art.° 1491.°, n.° 1 CCivil). O titular do domínio útil denominase enfiteuta (art.° 1491.°, n.° 3 CCivil). É um direito real.

A enfiteuse pode ser constituída por contrato, como o arrendamento, mas também por usucapião ou testamento (art.° 1497.° CCivil).

A enfiteuse tem carácter perpétuo (art.° 1492.°, n.° 1 do CCivil); o arrendamento é temporário.

O enfiteuta tem direito de usar e fruir o prédio como coisa sua; a alienar o seu dominio por acto inter vivos ou mortis causa, a preferir na venda ou dação em

pelo que se, por hipótese, a coisa for destruída completamente, o contrato de locação financeira não caducará, continuando pois o financiado/locatário obrigado a pagar as rendas até final do contrato. E, pela mesma razão, não terá direito a qualquer redução de renda no caso de perda apenas parcial ou no de deterioração da coisa.

Tão-pouco, vale para a locação financeira a regra da prorrogação forçada do contrato (art.° 78.°). Com efeito, chegado o seu termo, caso o financiado/locatário não exerça a opção de compra, o contrato caducará. Podem é as partes acordar na celebração de um novo contrato de locação financeira (art.°12.° do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro).

No arrendamento, o senhorio responde também pelos vícios ou defeitos da coisa anteriores à locação ou surgidos posteriormente por culpa dele (art.° 10.° e 12.°).

Diferentemente se passam as coisas na locação financeira. Na verdade, o financiador/locador não responde pelos chamados vícios redibitórios, salvo se tiver agido contra os princípios da boa-fé (art.° 16.° do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro).

4.2 Arrendamento e locação-venda

Tão-pouco se identifica o arrendamento com a locação-venda. Esta representa uma união alternativa de contratos[68] e traduz-se em se alugar ou arrendar uma coisa por certo tempo mediante prestações que, no seu total, somarão o preço da coisa, com transformação automática do contrato em compra e venda no momento do pagamento do último aluguer/renda. O pagamento da última renda funciona assim como condição resolutiva da locação/arrendamento e suspensiva da aquisição da coisa (art.° 936.°, n.° 2, do CCivil)[69].

Em sede de resolução do contrato, por incumprimento do locatário, o locador está obrigado a devolver todas as importâncias recebidas, sem que seja admíssivel convenção em contrário, sem prejuízo do direito a indemnização fixada nos termos gerais e nos do art.° 935.°. Ao contrário do vulgar arrendamento em que a resolução não obriga à devolução do que houver sido prestado (art.° 434.°, n.° 2 CCivil).

4.3 Locação e usufruto

O usufruto como é sabido é o direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância (art.° 1439.° CCivil).

O usufruto, quando incida sobre prédio urbano, não se confunde com o arrendamento.

---

68 Cfr. Galvão Teles, "Manual dos contratos em geral". p. 398, nota 2, apud Pereira Coelho, ob. cit., p. 24, nota 3.

69 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., pp. 24 ss.



arrendamento; mas, porque representam a amortização do financiamento pedido, são tidas em conta a final, caso o financiado/locatário queira adquirir a propriedade do bem, já que apenas terá que pagar o valor residual[63]; ou seja, a parte do preço que resta amortizar (art.° 7.°, n.°s. 3 e 4 do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro).

A diferente função desempenhada pela renda na locação financeira é particularmente demonstrada pelo n.° 2 do art.° 7.° do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro. Nos termos deste preceito, se, por força da mora ou cumprimento defeituoso, houver uma redução do preço da coisa, terá o financiado/locatário direito a uma redução proporcional da renda, independentemente de o seu gozo sobre a coisa ter sido ou não afectado. Ora, no arrendamento urbano, o locatário só terá direito à redução da renda caso haja privação ou diminuição do gozo da coisa (art.° 39.°, n.° 1).

Se a renda fosse a mera contrapartida do gozo da coisa, então só deveria ser reduzida quando esse gozo sofresse diminuição. A verdade é que a renda na locação financeira não representa apenas, nem sequer preferencialmente, se é que algo mesmo representa, a contrapartida do gozo da coisa, mas sim a fracção representativa do produto da divisão do valor do financiamento[64] pelo número de unidades temporais[65] consideradas no prazo de amortização[66]. Assim sendo, facilmente se compreende que havendo uma redução do preço da coisa, o qual determina o valor do financiamento concedido, essa redução se repercuta automaticamente sobre o valor de cada fracção da amortização.

Mas a diferente natureza destes dois tipos contratuais ressalta também com nitidez de várias outras soluções. No arrendamento, em caso de perda ou destruição da coisa, sem culpa do arrendatário, funciona a regra *res perit domino;* quer dizer: quem suporta o risco da perda da coisa é o proprietário (art.° 18.°). Pelo que se, por hipótese, a coisa dada em locação for destruída por um incêndio, o contrato de arrendamento caducará (art.° 71.°, n.° 1, al. e)), não tendo o locatário, como é óbvio, de pagar mais qualquer renda[67].

Na locação financeira, o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do financiado/locatário (art.° 21.° do D/L n.° 52/93/M de 20 de Setembro);

---

63 Cfr. E.Maria Leo, ob. cit., p. 886.

64 Ou seja, o preço por que foi adquirido o bem, mais as despesas inerentes e o lucro da instituição locadora (cfr. E.Maria Leo, ob. cit., p. 884).

65 Cuja periodicidade pode ser o mais variada possível: mensal, trimestral, semestral, etc.

66 Cfr. E.Maria Leo, *ob. cit.,* pp 841 *ss,* e nota 13.

67 Aliás, mesmo que a coisa pereça por culpa do locatário, nem por isso o contrato de locação deixará de caducar e consequentemente de o locatário deixar de ter que pagar rendas ou alugueres. Terá é que indemnizar o locador pelos prejuízos causados (cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 203; Pires de Lima, Antunes Varela, *"Código Civil anotado", vol.* II, 2a ed., p. 369).

que se dedique à comercialização ou construção desse tipo de bens, e depois a conceder-lhe, mediante retribuição, a sua utilização durante um certo período de tempo, normalmente equivalente ao período presumível de vida útil do bem, ficando o utilizador com a opção de, findo o contrato, adquirir o bem pelo valor residual[58].

A locação financeira, quando incida sobre um imóvel[59], não se confunde com o arrendamento, a despeito de se encontrarem nela os elementos essenciais deste: obrigação de proporcionar o gozo de um imóvel; carácter temporário; retribuição.

Com efeito, quando se olha ao conteúdo destes elementos numa e noutro imediatamente nos damos conta de se tratar de realidades diferentes. Assim, se na locação financeira, tal como no vulgar arrendamento, o financiador/locador se obriga a proporcionar o gozo de um imóvel a outrem, esse imóvel, ao contrário do que sucede neste, foi especificamente adquirido ou construído por solicitação e de acordo com as instruções do financiado/locatário (art.° 1.° do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro)[60].

Por outro lado, a despeito de o gozo proporcionado sobre o imóvel ser temporário, o prazo não pode exceder o período presumível de utilização económica do bem (art.° 8.°, n.° 2 do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro). Além disso, ao contrário do vulgar arrendamento, são fixados prazos mínimos obrigatórios[61]: cinco anos, se incide sobre coisa imóvel (art.° 8.°, n.° 1 do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro)[62].

Finalmente, se na locação financeira também se nos depara uma contrapartida que deve ser paga periodicamente, essa contrapartida não visa retribuir o mero gozo da coisa, mas sim permitir, dentro do prazo contratual, a amortização do investimento efectuado pelo financiador/locador (art.° 7.°, n.° 1). Por isso, na locação financeira, as rendas não são pagas em pura perda, como sucede no vulgar

---

58 O valor residual que ou é estabelecido no contrato ou é fixado de acordo com os critérios estabelecidos no próprio contrato (vide o art.° 1.°do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro: «(...) mediante o pagamento de um preço determinado ou *determinável(...)*»), corresponde ao diferencial entre o valor de aquisição e demais despesas inerentes à aquisição, v.g., sisa, emolumentos notariais, e o das rendas pagas durante o prazo do contrato de locação financeira, não podendo ser inferior a 10% do valor de aquisição e das demais despesas (art.° 70, n.° 4 do mesmo diploma).

59 As considerações que se vão tecer valem pela mesma razão para a locação financeira que tenha por objecto bens móveis; a razão da limitação à locação financeira que incida sobre bens imóveis decorre do facto de o arrendamento ter forçosamente por objecto um imóvel.

60 Cfr. Ezio Maria Leo, "Essenza del credito e «Leasing» finanziario", in Le operazioni bancarie, a cura de Giuseppe B. Portale, Giuffrè Editore, Milão, tomo II, p. 838 e nota l0.

61 A existência de um prazo mínimo obrigatório apenas vale, como sabemos, para os nóveis arrendamentos urbanos de duração limitada para habitação (art.° 111.°, n.° 2).

62 Um ano, se incide sobre coisa móvel (art.° 8O, n.° I do D/L n.° 52/MI93 de 20 de Setembro).

como real o direito do arrendatário, ele também valeria pela mesma razão para o caso do comodatário e do depositário. A verdade, no entanto, é que é praticamente unânime[56] a doutrina de que o direito destes sobre a coisa comodatada ou depositada tem natureza meramente obrigacional.

Parece-nos, pois, que, a despeito de existirem notas de realidade no direito do arrendatário, este permanece no essencial um direito face ao senhorio, um direito relativo, não absoluto. Não quer isto dizer que aqui e ali a lei, aliás a exemplo do que acontece com outros direitos pessoais de gozo, não possa estabelecer soluções que quadram melhor com a natureza real, aproximando o direito do arrendatário aos direitos reais. É o que acontece, por exemplo, quando o legislador consagra a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para dar de arrendamento bens imóveis próprios ou comuns, se não vigora o regime de separação (art.° 1682-A, n.° 1, al. a)), com a sujeição a registo do arrendamento por prazo superior a seis anos (art.° Cód. Reg. Pred., art.° 2.°, n.° 1, al. m)).

4. Arrendamento urbano e figuras afins

4.1 Arrendamento e locação financeira

A locação financeira é, nos termos do art.° 1.° do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro, «(...), *o contrato pelo qual uma instituição de crédito se obriga a proporcionar a outrem, contra retribuição, o gozo temporário de uma coisa, adquirida ao próprio locatário ou a terceiro de acordo com as suas instruções, ou construída por indicação do mesmo locatário, e que este pode comprar, total ou parcialmente, findo o prazo, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável, nos termos do próprio contrato.*».

A locação financeira é, assim, concebida como uma técnica jurídica que permite a um interessado na utilização de certo bem, que pode ser móvel ou imóvel, e que normalmente[57] é um bem de equipamento, obter o gozo desse bem mediante o acordo celebrado com uma instituição de crédito, nos termos do qual esta se compromete a adquirir, ou a mandar construir, o referido bem a uma empresa

---

56 A única voz discordante entre nós é a de Menezes Cordeiro, *"Direitos reais", vol.* II, n.° 318, que qualifica o direito do comodatário e do depositário, assim como todos os direitos pessoais de gozo *(ob. cit., vol.* I, n.° 166; vol. II, n.° 315 ss), como direitos reais. Em França, segundo informa M.Henrique Mesquita, ob. cit., p. 137, nota 16, também J.Derruppé, *"La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance"*, Thèse, Toulouse, 1952, n.° 299, entende que o direito do comodatário tem natureza real.

57 Dizemos normalmente, porque a locação financeira de bens móveis pode ter por objecto bens de consumo duradouros (art.° 2.°, n.° 1 *in fine* do D/L n.° 52/93/M, de 20 de Setembro) e a de bens imóveis pode ter por objecto imóveis destinados a habitação (art.° 2.°, n.° 2 *in Jine* do DL n.° 52/93/M de 20 de Setembro).

adquirente originário, qualquer terceiro[51]. Ora, o arrendatário não pode opor o seu direito *erga omnes,* mas tão-só àqueles que sucederam na posição jurídica do senhorio e, consequentemente, nos seus direitos e obrigações[52] [53]. A alienação do prédio arrendado implica uma cessão coerciva, como a designa M.Henrique Mesquita[54], para o adquirente, da posição contratual de locador.

Diz-se também que o arrendatário goza do direito de preferência, por isso que, caso o dono do prédio celebre sobre o prédio mais do que um arrendamento, prevalece o arrendamento mais antigo em data, sem prejuízo das regras de registo. No entanto, o princípio de preferência não é privativo dos direitos reais, vale também para os conflitos entre direitos pessoais de gozo, por força do art.° 407.° do CCivil[55].

Aduz-se também que o arrendatário tem posse, pois pode usar contra quem o prive do gozo do prédio, ou tão-só perturbe o exercício dos seus direitos, dos meios facultados ao possuidor para defesa da sua posse (art.° 15.°, n.° 2). Mas parece que do disposto naquele preceito não se pode retirar a conclusão de que o arrendatário tem a posse do prédio. Isto porque, se ele tivesse a posse sobre o prédio, seria escusado o legislador vir-lhe facultar expressamente os meios comuns de defesa da posse, já que os mesmos estariam à sua disposição exactamente na mesma medida que para qualquer outro possuidor: pelo facto de ter uma posse.

O que significa que o legislador quis foi dar uma tutela mais eficaz ao arrendatário, permitindo-lhe o recurso a meios que, não fora a concreta autorização do n.° 2 do art.° 15.°, de outro modo lhe estariam vedados. E estar-lhe-iam vedados pela razão simples, mas determinante, de não ter a posse do prédio. O arrendatário não é um possuidor em nome próprio, mas em nome alheio, possui em nome do senhorio; ele é, pois, um simples detentor.

Acresce que, para que o argumento fosse procedente, seria necessário demonstrar que os meios de defesa da posse constantes do art.° 1276.° e seguintes do CCivil são privativos de quem é possuidor em nome próprio. Ora, o legislador também permite v.g, ao comodatário (art.° 1133.°, n.° 2 CCivil) e ao depositário (art.° 1188.°, n.° 2 CCivil) valerem-se dos meios comuns de defesa da posse. Quer isto dizer que, a ser procedente o argumento do art.° 15.°, n.° 2, para qualificar

---

51 Cfr. M.Henrique Mesquita ob. cit., p. 146.

52 Cfr. M.Henrique Mesquita *ob. cit.,* pp. 146 ss; Pereira Coelho, *ob. cit.,* pp. 19 e 20.

53 Aliás pode suceder que o adquirente possa ter direitos que o senhorio alienante não tinha ou viceversa. Pense-se na hipótese, apresentada por Pereira Coelho *(ob. Ioc. ul. cit.,* nota 1) de o senhorio alienante não poder exercer o direito de denuncia para habitação por não ter necessidade do prédio, mas já poder exercê-lo o adquirente por ter necessidade do mesmo, ou vice-versa.

54 Cfr. ob. cit., p. 146

55 Cfr. Mota Pinto. ob. cit., pp. 150 e 151; Pereira Coelho, ob. cit., p. 20.

essencialmente, não tem um conteúdo positivo, mas sim negativo: fica sujeito a suportar o gozo do prédio pelo arrendatário, devendo abster-se de todo e qualquer acto que o possa impedir ou dificultar.

Aceitar-se que o direito do arrendatário tem natureza real significaria pretender que aquele tem um poder directo e imediato sobre o prédio, a que corresponderia uma obrigação passiva universal. A verdade é que, a ser assim, não se compreenderia que ele possa exigir ao senhorio, mas só a este possa, que lhe assegure o gozo do prédio, ou proceda às reparações que se afigurem necessárias a manter o prédio em condições de cumprir o fim contratualmente acordado. Apenas a ideia de que o direito do arrendatário é relativo, relativo ao senhorio, permite compreender soluções como esta[46].

Tão pouco a ideia de que o direito do arrendatário é um direito real explicaria porque é que o arrendatário apenas pode utilizar o prédio para o fim ou fins acordados[47] e não pode permitir o seu gozo a terceiro sem consentimento do senhorio[48]. Se o seu direito tem a natureza de um direito real sobre o prédio, o arrendatário deveria poder fazer do mesmo a utilização que muito bem entendesse, bem como permitir a sua utilização por terceiros. Ora, nenhuma destas soluções é possível sem autorização do senhorio, sob pena de resolução do arrendamento (art.° 67.°, n.° 1, als. b) e f)).

A natureza de direito real do direito do arrendatário é normalmente escorada com o argumento de que este direito goza dos atributos característicos dos direitos reais: a sequela e a preferência.

Goza do direito de sequela, diz-se, porque, nos termos do art.° 91.°, n.° 1, o adquirente do direito (direito de propriedade, direito de usufruto, direito de superfície), com base no qual foi celebrado o arrendamento, sucede nos direitos e obrigações do senhorio. Quer isto significar que o arrendatário não vê prejudicado o seu gozo sobre o prédio pelo facto da alienação do direito com base no qual foi celebrado o contrato. Pode continuar a utilizar o prédio apesar de o mesmo ter sido vendido, ou por qualquer outra forma alienado. O que significa que o seu direito tem eficácia face ao adquirente[49]. Donde que estaríamos em presença de uma manifestação do direito de sequela[50].

Mas parece que não é assim, porque, para que existisse sequela, seria necessário que ela funcionasse em relação a toda a gente: um subadquirente, um

---

46 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 18..

47 Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, p. 68.

48 Cfr. M.Henrique Mesquita, *ob. cit.*, p. 174.

49 Face ao adquirente derivado, já não quanto ao adquirente originário, v.g., aquele que adquire por usucapião; cfr. M.Henrique Mesquita. ob. cit., p. 139, nota 18.

50 Cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto *"Direitos Reais"*, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 149.

3. Natureza jurídica do direito do arrendatário

A questão da natureza jurídica do direito do arrendatário reside essencialmente em saber se se trata de um direito de crédito ou se, pelo contrário, se trata de um direito real.

A solução desta questão tem grande importância, na medida em que as lacunas de regime seriam integradas de acordo com a natureza jurídica do direito de arrendatário. Se, por hipótese, um contrato de arrendamento for nulo por falta de observância da forma legal[43] e, não obstante, a relação contratual se tiver desenvolvido normalmente durante o prazo necessário, poderá o arrendatário adquirir o seu direito por usucapião?

O RAUM, aliás no seguimento do art.° 1022.° do CCivil, parece conceber o arrendamento urbano como contrato com efeitos obrigacionais, não reais. Isto, porque considera o arrendamento como o contrato através do qual uma pessoa (o locador) concede, o mesmo é dizer, atribui, proporciona, o gozo de um prédio urbano a outrem.

Não se diga que o legislador ao ter substituído a expressão: *(...)obriga a proporcionar(...),* utilizada na noção de locação do art.° 1022.° do CCivil, pela expressão: *(...) concede (...),* teria querido usar um termo anódino por forma a demarcar-se da questão da natureza do direito do arrendatário[44], sabido que um dos argumentos contra a sua natureza de direito real residia justamente na referida expressão[45]. Pois é claro que, ao não pretender comprometer-se, estaria a demonstrar algum favor pela natureza real desse direito, por isso que substituiu a expressão utilizada no art.° 1022.° do CCivil.

Não cremos, no entanto, que tais argumentos sejam relevantes. Isto, porque basta ler o art.° 9.° para verificarmos que, afinal, as obrigações do senhorio continuam a ser as mesmas: entregar o prédio ao arrendatário; assegurar o gozo do prédio para os fins contratuais, o que demonstra que o legislador não quis, nem deixou de querer, tomar qualquer posição sobre o problema.

A utilização do verbo conceder, quando muito, demonstraria apenas a intenção de o legislador querer destacar a ideia de que a prestação do locador,

---

43 Muitas vezes ardilosamente predeterminada pelo senhorio: pense-se nessa prática tão comum em Macau à face da LIU em matéria de arrendamentos para fins comerciais ou industriais, dos ditos *contratos provisórios*. Com base neles, a relação arrendatícia iniciava-se e desenvolvia-se normalmente até que o senhorio arbitrariamente, visando obter uma melhor renda ou pura e simplesmente a desocupação do imóvel para o transaccionar, vinha, passados anos (às vezes dezenas de anos !!!), arguir a nulidade do contrato decorrente da falta de celebração da escritura pública (art.° 10.°, n.° 1, al. b) e n.° 3, 2ª parte da LIU).

44 *Supra* nota 11.

45 Cfr. Pereira Coelho, *ob. cit.,* p. 18.

a fixação da renda em moeda estrangeira com curso prático no território. Pelo que, não é mais possível às partes fixarem a renda em dólares de Hong Kong[37]. Compreende-se a bondade da solução, duvida-se é da sua eficácia.

Não exige o art.° 31.° que a renda seja certa, nem tão pouco que seja determinada. Mas não se creia que o facto de não se exigir que seja certa permite deixar-se a fixação da retribuição na dependência de acontecimento o de verificação incerta. Tal, comportando a possibilidade da verificação de situações em que o arrendatário ficasse dispensado de remunerar o gozo do prédio, brigaria frontalmente com a natureza do arrendamento urbano como um contrato oneroso[38]. Por outro lado, o legislador, ao considerar como elemento essencial do contrato a retribuição, pretendeu dizer, duma forma breve, que a contrapartida deve sempre existir, e logo que é certa[39].

Do mesmo modo, também não exige o legislador que a retribuição seja determinada. O que não quer dizer que não tenha que ser determinável de acordo com as regras gerais (art.° 280.° CCivil)[40]. Havendo mesmo quem admita que, na falta de indicação dos critérios convencionais que permitam a determinação do montante da renda, se possa, subsidiariamente, recorrer à aplicação do disposto no art.° 883.° do CCivil[41].

Finalmente, podem as partes fixar retribuições variáveis no tempo. Na verdade, podendo a renda ser actualizada por acordo das partes (art.° 41.°, al. a)), esta actualização tanto pode ser efectuada caso a caso, como no próprio contrato, estabelecendo-se desde logo qual a nova renda e a partir de que momento é devida.

Note-se que, na República, a questão da admissibilidade de serem fixadas retribuições variáveis é controvertida, sendo a doutrina maioritária no sentido de que nos arrendamentos habitacionais não é admissível a fixação de rendas variáveis, mas já não quanto aos arrendamentos para fins não habitacionais (v.g, arrendamentos para fins comerciais ou industriais)[42].

Em Macau, como se disse, não vemos obstáculo à estipulação de rendas variáveis por força da citada al. a) do art.° 41.°, preceito que não tem correspondente na legislação em vigor na República.

---

37 Na Região Autónoma dos Açores, é lícita a fixação da renda em moeda estrangeira, quando se trate de arrendamentos não rurais e o arrendatário não tenha a nacionalidade portuguesa (art.° 9.° do Dec.Leg.Reg. n.° *24/82/A).*

38 Cfr. Pinto Furtado, ob. cit., p. 52.

39 *Idem*, p. 53

40 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 14.

41 Cfr. Pinto Furtado, *ob. Ioc. ul. cit.*.

42 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., pp. 176 ss; Pinto Furtado, ob. cit., p. 55; Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 330.

Na opção da lei terá pesado a ideia da protecção do valor da estabilidade da habitação. O senhorio, querendo, pode denunciar o contrato para o fim do prazo; não o tendo feito, não pode manter a possibilidade de poder pôr termo ao arrendamento a todo o tempo ou dentro de um prazo muito curto. Porque isso causaria grave instabilidade no gozo do prédio pelo arrendatário, sujeito a ver-se despejado a qualquer momento, ou dentro de um período de tempo que, por pequeno, lhe não permitisse encontrar nova habitação adequada às suas necessidades e comportável financeiramente.

Concluindo, o legislador quis, efectivamente, fixar um prazo mínimo para as renovações, o qual apenas poderá ser reforçado. Assim, se, por hipótese, as partes estipularem que o prazo das renovações será de seis meses, esse prazo será automaticamente aumentado para um ano[28].

Quanto aos arrendamentos de duração limitada para o comércio, indústria ou exercício de profissão liberal não funciona a regra da renovação automática, valendo aqui, como em tudo o demais, o que em concreto as partes acordarem (art.° 115.°, n.° 1). Não tendo as partes estipulado, expressamente, sobre a possibilidade de renovação do contrato, este caducará uma vez verificado o termo do prazo estipulado[29].

2.3. Retribuição

O último dos elementos essenciais do contrato consiste na imprescindibilidade de o gozo da coisa, que é proporcionado pelo locador ao locatário, ser por este retribuído. A existência da retribuição permite-nos distinguir o arrendamento de um comodato que incida sobre o prédio.

A retribuição deve consistir sempre em certa soma de dinheiro fixada em patacas (art.° 31.°, n.° 1). Este preceito transcreve o preceito correspondente da LIU (art.° 23.°, n.° 1), limitando-se a especificar a moeda –pataca–, em virtude

---

28 António Pais de Sousa (cfr. "*Anotações ao regime do Arrendamento Urbano (R.A.U.)*", 4ª edª, Editora Rei dos Livros, p. 271) entende, face ao art.° 100°, n.° 1 do RAU (que corresponde ao nosso art.° 113°, n.° 1), que a renovação automática se efectua por períodos mínimos de três anos, sem prejuízo de as partes poderem convencionar um prazo diferente, o qual pode ser inferior ao prazo legal. Mas, pelas razões indicadas em texto, não parece que tenha razão (cfr. Jorge Alberto Aragão Seia "*Arrendamento urbano, anotado e comentado*", Almedina, Coimbra, 1995, p. 407; Januário Gomes, "*Arrendamentos para habitação*", cit., p. 206).

29 Questão que se levanta é a de saber o que é que sucede se porventura, uma vez verificado o termo do prazo, as partes continuarem, não obstante, a cumprir a relação contratual? Nesse caso, e desde que o arrendatário se mantenha no gozo do prédio pelo lapso de um ano, sem oposição do senhorio, funcionará a regra do art.° 75.°, considerando-se o contrato renovado por período igual ao do contrato, se este for igual ou inferior a um ano, ou pelo prazo de um ano, se o prazo inicial for superior a um ano.

Apesar de o arrendamento urbano estar sujeito a prazo, o contrato não caduca uma vez verificado o seu termo. Com efeito, em matéria de arrendamento urbano, findo o prazo estipulado, ou, não havendo prazo estipulado, o prazo supletivo de 6 meses, se o arrendatário[27] não denunciar o contrato nos termos legais, o arrendamento renova-se por períodos sucessivos iguais, se o prazo do contrato for igual ou inferior a um ano, ou, sendo o prazo superior a um ano, por períodos de um ano (art.° 25.°). A isto se chama regra da prorrogação forçada do contrato.

A prorrogação forçada do contrato, no entanto, não se aplica aos arrendamentos regulados no capítulo IV do RAUM: os arrendamentos de duração limitada.

Relativamente aos arrendamentos de duração limitada para habitação qualquer das partes pode denunciar o contrato para o fim do prazo (art.° 113.°, n.° 1). Esta regra, como se disse, apenas vale para os arrendamentos de duração limitada para habitação em virtude de se referir expressamente aos arrendamentos regulados no art.° 111.°.

No que diz respeito aos arrendamentos de duração limitada para o comércio, indústria ou exercício de profissão liberal, dado estarem fora do âmbito de aplicação do art.° 113.°, n.° l, funcionarão as regras gerais da caducidade; pelo que, o contrato, verificado o seu termo, extinguir-se-á por caducidade, sem necessidade, pois, de qualquer manifestação de vontade nesse sentido por parte de qualquer dos contratantes (art.° 71.°, n.° 1, al. a)).

Quanto aos arrendamentos de duração limitada para habitação, se e enquanto nenhuma das partes lhe resolver pôr termo denunciando-o, o contrato renovar-se-á automaticamente por períodos mínimos de um ano (art.° 113.°, n.° 1).

Apesar de a lei permitir que as partes possam estipular um prazo diferente do estabelecido na lei para a renovação automática (art.° 113°, n.° 1), isso não significa que o prazo que venham a fixar possa ser inferior a um ano. Pois, se assim fosse, a última parte do preceito: «(...), se outro não estiver especialmente previsto» tornaria inútil e destituída de sentido a especificação de que a renovação é «(...) por períodos *mínimos* de um ano, (...)».

Ao dispor que a renovação se efectua por períodos mínimos de um ano, a lei quis estabelecer um limite negativo à intervenção das partes. Quer isto dizer que as partes apenas podem franquear positivamente o limite estabelecido na lei (v.g, estabelecendo que a renovação será por períodos de dois anos), mas não o podem franquear negativamente (v.g, dispondo que a renovação é por períodos de seis meses). Por outras palavras, a faculdade atribuída às partes de conformarem o período da renovação apenas funciona para mais, não para menos.

---

27 Ou o senhorio nos casos em que excepcionalmente a denúncia para o termo do prazo ou da renovação lhe é permitida (art.° 78.°).

A não existência de um prazo mínimo para estes contratos levanta um problema, qual seja: o de saber qual o prazo de duração efectiva do contrato caso as partes, tendo expressamente clausulado que se tratava de um contrato de duração limitada, tenham, não obstante, silenciado a matéria do prazo. No caso dos arrendamentos de duração limitada para habitação o problema não se coloca, dado que, então, funcionará o prazo mínimo fixado no art.° 111.°, n.° 2, como prazo supletivo[26].

Três soluções são, em tese geral, passíveis de ser consideradas para efeitos de resolver o problema: a) aplicação analógica do prazo mínimo fixado no art.° 111.°, n.° 2; b) aplicação do prazo geral do arrendamento urbano fixado no art.° 24.°, n.° 1; c) considerar-se sem efeito a cláusula relativa à duração efectiva do prazo, passando o contrato a ser havido como contrato sujeito à regra da prorrogação forçada. Embora com dúvidas, e sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, pensamos que será de aplicar a primeira solução. Em síntese, pelo seguinte: a última deve considerar-se prejudicada porque as partes claramente significaram não querer o contrato no regime comum, pelo que tal solução contrariaria aberta e frontalmente a vontade delas; a segunda, porque está posta para o arrendamento urbano no regime comum e do que aqui se trata é de um arrendamento especial. Com efeito, no regime comum ou geral, o valor da estabilidade do arrendamento é assegurado pelo facto de o prazo do arrendamento estar sujeito a prorrogação automática, pelo que a respectiva duração depende essencialmente da vontade do arrendatário. Ora, no caso de que curamos, a aplicação do prazo de seis meses seria absolutamente insuficiente para assegurar o valor da estabilidade no exercício da empresa ou da actividade liberal em causa, não sendo, por isso razoável, supor que as partes contaram com a aplicação desse prazo. O contrário é que é de supor: na verdade, atento o fim do arrendamento, as partes deverão pretender que o prazo do contrato seja adequado a permitir o exercício da empresa ou da actividade liberal respectiva em termos suficientemente estáveis por forma a permitir a consolidação do exercício respectivo; a primeira solução é a que está mais conforme à natureza deste arrendamento, pois trata-se de uma solução pensada para o caso paralelo do arrendamento de duração limitada para habitação, cujo prazo mínimo obrigatório pretende resolver satisfatoriamente a necessidade de estabilidade da habitação, estabilidade essa que, como vimos, com igual ou maior intensidade se faz também sentir nos arrendamentos de duração limitada de que agora curamos, sendo por isso mais adequada a resolver o problema, a demais de ser aquela das soluções que, atenta a especialidade do arrendamento, com que mais razoavelmente podiam e deviam contar as partes.

---

26 Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, *"Arrendamentos para habitação"*, Coimbra, 1994, p. 199.



para o comércio, indústria ou exercício de profissão liberal. Ainda que agora o interesse da estabilidade não se refira, como é óbvio, à habitação, mas sim ao local de exercício da respectiva actividade.

A criação e sedimentação, seja de uma empresa, seja de uma actividade liberal, ainda que naquela com mais premência do que nesta, clamam um mínimo de estabilidade. Pois que, para além dos prejuízos resultantes da inactividade inerente ao desmantelamento, transferência e reconstituição da empresa ou do exercício da actividade liberal noutro local, o local onde aquela está instalada, ou esta é exercida, é um dos mais importantes factores de atracção da clientela (pense-se nos estabelecimentos de bairro[23] [24]), que, por sua vez, é um dos índices mais importantes da capacidade lucrativa ou aviamento da empresa[25]. Isto, porque a recuperação do investimento e a própria rentabilidade da empresa passam necessariamente pela existência de uma clientela. Ora, a criação e consolidação de uma clientela passa, por sua vez, por um mínimo de estabilidade no exercício da empresa ou actividade liberal, e logo por uma duração mínima da respectiva exploração ou exercício, em determinado local.

E tanto mais se estranha esta solução quanto o legislador não desconhece a importância de que se reveste o local em sede de atracção de clientela. Por isso é que permite a transmissão da posição de arrendatário sem dependência de autorização do senhorio em sede de trespasse do estabelecimento mercantil (art.° 109.°, n.° 1); e permite que o dono do estabelecimento, instalado em prédio arrendado, faça a locação do seu estabelecimento, com o que vai permitir a um terceiro – o locatário do estabelecimento – o gozo do prédio, sem que, para tal atribuição do gozo do prédio ao locatário, tenha de obter autorização do senhorio (é este o sentido a atribuir à fórmula «(...) não é necessária autorização do senhorio para a cessão de exploração (*rectius:* locação do estabelecimento) (...)» utilizada no art.° 8.°, n.° 3; pois, como é óbvio, o senhorio não tem nem deixa que ter de dar autorização para a celebração de qualquer negócio sobre o estabelecimento, do mesmo modo que não tem nem deixa que ter de dar autorização para a negociação de qualquer outra coisa de que o arrendatário seja proprietário); ou obriga o senhorio, quando o arrendamento cesse por caducidade ou por sua denúncia, a compensar o arrendatário, quando por facto deste o prédio tenha aumentado de valor locativo (art.° 107.°, n.° 1 *in fine*).

Vejamos agora os problemas de regime.

---

23 Cfr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, "*Da Empresarialidade - as Empresas no Direito*", Almedina, Coimbra, 1996, p. 330.

24 Para a tipologia dos estabelecimentos e importância da sua ligação com um determinado local, cfr. Orlando de Carvalho, "*Critério e estrutura do estabelecimento comercial*", Centelha, Coimbra, 1967, pp. 297 ss.

25 Cfr. Ferrer Correia, *"Lições de Direito Comercial"*, vol. I, Coimbra, 1973, pp. 203 ss.

dos pressupostos de funcionamento do art.° 292.° CCivil[20].

O art.° 24.°, n.° 2 apenas refere a hipótese de ser fixado um prazo superior ao máximo legal, mas não, ao contrário do que sucede com o art.° 1025.° CCivil, e sucedia com o art.° 21.° do Decreto n.° 43525, de 7 de Março de 1961, que constituía o regime do inquilinato no Ultramar (de ora em diante designado pela sigla LIU), o caso de as partes estipularem o contrato como perpétuo. O que é que acontece se as partes estipularem o contrato como perpétuo? O contrato é nulo? Ou, pelo contrário, o contrato é válido, reduzindo-se o prazo ao máximo legal, previsto no art.° 24.°, n.° 2? Haverá que fazer apelo aos critérios gerais de redução do negócio jurídico estabelecidos no art.° 292.° do CCivil. Quer isto dizer que a não menção, no n.° 2 do art.° 24.°, da hipótese do arrendamento perpétuo subtraiu-o à redução automática aí consagrada. Ora, sendo a estipulação do prazo como perpétuo nula por ofensa à ordem pública (proibição das vinculações perpétuas), o contrato será ou não inquinado na sua totalidade, consoante a vontade hipotética ou conjectural das partes não fosse ou fosse no sentido da manutenção do contrato. Trata-se, cremo-lo bem, de uma solução pouco feliz, se querida, ou de uma distracção lamentável, se não querida.

Em sede de estipulação de prazo as partes não estão sujeitas a nenhum limite mínimo. Tanto podem celebrar um contrato por um ano, como por alguns dias ou horas até[21]. As partes podem, pois, fixar livremente, dentro dos limites apontados, o prazo do arrendamento; mas, caso o não façam – isto é, se não estipularem qual o período de tempo por que há-de durar o contrato –, funcionará o prazo supletivo, que o legislador fixou em 6 meses (art.° 24.°, n.° 1).

A única excepção à inexistência de um prazo mínimo obrigatório para o arrendamento urbano prende-se com os arrendamentos regulados na secção I do capítulo IV do RAUM: os arrendamentos de duração limitada para habitação (art.°s. 111.° a 114.°), que estão sujeitos ao prazo mínimo de dois anos[22] (art.° 111.°, n.° 2).

---

20 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 10.

21 Neste último caso, estaríamos perante um arrendamento para fim especial transitório, como tal fora do âmbito de aplicação do RAUM, por força do art.° 2.°, n.° 1, al. a); cfr. António Pais de Sousa, "*Extinção do arrendamento urbano*", 2ª ed., Almedina, p. 30; Ac. RP, de 28/1 1/1985, CJ, V, p. 177.

22 Os arrendamentos de duração limitada tiveram por fonte o regime dos arrendamentos de duração limitada do D/L n.° 321-B/90, de 15 de Outubro (RAU da República), art.°s. 98 a 101.°. Na República, inicialmente, os arrendamentos de duração limitada apenas eram admitidos para fins habitacionais; o alargamento dos arrendamentos de duração limitada aos arrendamentos para comércio, indústria, exercício de profissões liberais, bem como aos demais fins não habitacionais apenas foi introduzido em 1995, pelo D/L n.° 257/95, de 30 de Setembro.

Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, registe-se que o RAUM se afastou da sua fonte quanto ao prazo mínimo do contrato de arrendamento de duração limitada. Com efeito, no regime da República o prazo mínimo dos arrendamentos de duração limitada é de cinco anos (art.° 98.°,

esporadicamente, se afigurem necessários à manutenção da aptidão da coisa para cumprir o fim contratualmente acordado (obrigação *de facere)*[17].

O gozo do prédio urbano, o seu aproveitamento dentro e no respeito dos limites contratuais, pode consistir no uso e fruição do prédio ou apenas no seu uso. O normal é que apenas consista no uso. Por exemplo, se o arrendatário tem a faculdade de sublocar, então tem não só direito ao uso do prédio, mas também à sua fruição, já que, como é sabido, os prédios urbanos apenas proporcionam frutos civis, cuja apropriação está dependente da celebração de uma relação jurídica com um terceiro. Mas, se, como é a situação normal, o locatário não tem autorização para sublocar, então apenas tem direito a usar o prédio[18].

O gozo proporcionado ao inquilino tanto pode ser total como parcial, consoante abranja todo o prédio ou apenas parte dele (v.g., arrendamento de um quarto).

2.2. Carácter temporário

O segundo elemento essencial da locação, e por consequência do arrendamento urbano, é o carácter temporário do gozo concedido sobre o prédio. Com efeito, o arrendamento está sujeito a prazo; o que, desde logo, permite distingui-lo da enfiteuse, que é perpétua.

O prazo do arrendamento será em princípio fixado pelas partes. Na fixação do prazo, as partes estão sujeitas a um limite máximo: o prazo que estipularem não pode ser superior a 30 anos[19] (art.° 24.°, n.° 2); se o arrendamento for estipulado por prazo superior, considera-se automaticamente reduzido àquele limite. Trata-se de uma redução do contrato que opera *ope legis*, independentemente da verificação

---

17 Cfr. M.Henrique Mesquita, ob. cit., p. 135.

18 Pinto Furtado (ob. cit.), louvando-se na faculdade concedida ao arrendatário habitacional de poder receber até três hóspedes (art.° 101°, n.° 1, al. b)), considera que, nos arrendamentos habitacionais, o arrendatário tem sempre o uso e fruição do prédio.

19 O legislador entende haver inconvenientes de ordem económica e social quando o gozo da coisa é concedido por um período de tempo demasiado dilatado a quem não seja o seu proprietário ou usufrutuário (cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, *"Código Civil anotado"*, vol. II, 2ª edª Coimbra, 1981, p. 336).

Note-se que, nos arrendamentos vinculísticos, aqueles a que o senhorio não pode pôr termo livremente para o fim do prazo, este limite máximo é de parca ou nula consideração, pois que a duração do contrato ficando na estrita disponibilidade do arrendatário, prolonga-se indefinidamente, tornando-se, praticamente, de duração ilimitada (cfr. João de Matos, ob. cit., p. 23).

No entanto, há quem entenda (Pinto Furtado, ob. cit., pp. 46 ss) que a regra da prorrogação automática funciona sem prejuízo da regra geral quanto à duração máxima do arrendamento; quer dizer: a regra da renovação forçada do contrato só funcionaria dentro do limite de 30 anos; uma vez atingido este limite, o contrato caducaria.

testamento[13]. A verdade, no entanto, é que não apenas o contrato pode constituir fonte da relação locativa, pois no caso do art.° 1793.°, n.° 2 do CCivil: «*Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada de família, quer esta seja comum quer própria do outro, (...)*», não existe qualquer contrato, tão-só a decisão do tribunal[14]. Por outro lado, tendo a lei substituído a locução «(...) Obriga-se a proporcionar (...)» por «(...) concede (...)», por pretender demarcar-se da *vexata quaestio* da natureza jurídica do direito do arrendatário, é bom de ver que nenhuma indicação se pode agora retirar, quanto a essa questão, do facto de a lei regular a locação como contrato.

Da noção constante do art.° 3.°, retiram-se como elementos essenciais do contrato de arrendamento urbano, aquilo que temos vindo a designar por *código genético* do contrato em causa, os seguintes elementos:

a) a obrigação de conceder ou proporcionar o gozo de um prédio urbano;

b) carácter temporário do gozo concedido;

c) que o gozo do prédio urbano seja retribuído.

2.1 Obrigação de conceder ou proporcionar o gozo de um prédio urbano

Pelo contrato fica o senhorio obrigado a conceder à contraparte o gozo de um prédio urbano. Esta obrigação desdobra-se em duas obrigações principais: uma, a de entrega do prédio, outra, a de assegurar o gozo do prédio no âmbito do contrato. A primeira destas obrigações esgota-se com a entrega, já a segunda permanece durante todo o tempo por que durar o arrendamento *(quotidiae et singulis momentis)*.

Tradicionalmente encarava-se esta segunda obrigação como uma obrigação continuada do locador, traduzida em fazer o locatário gozar o prédio, como uma prestação *de facere* pois[15]. Mas não parece que esta, por demasiado artificiosa, seja a melhor construção. O locador, pelo contrato, obriga-se essencialmente a suportar que o locatário utilize o prédio dentro dos limites contratuais (prestação de *pati)*, abstendo-se de todos os actos que possam impedir, diminuir ou dificultar o gozo do mesmo (obrigação de *non facere)*[16], e praticar os actos de conservação que,

---

13 *Ibidem.*

14 Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.* pp. 30 ss.

15 É esta ideia que, segundo nos dá conta Manuel Henrique Mesquita *("Obrigações e ónus reais"*, Almedina. Coimbra, 1990, p. 135, nota 11), está presente no art.° 1709.° do Código Civil francês onde se estabelece que a locação é o contrato pelo qual uma das das partes «(...) *s'oblige à faire jouir* l'autre d'une chose pendant un certain temps (...)», e no Código Civil italiano de 1942, como já antes no Código de 1865 (art.° 1569.°), que no art.° 1571.° preceitua que a locação é o contrato pelo qual uma parte «(...) *si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo,* (...)».

16 *Ibidem,* pp. 35 ss.



devedor obriga-se a proporcionar o seu trabalho (*rectius*: a estar disponível para a realização de certa actividade intelectual ou manual no tempo e local próprios); e, na locação, o devedor obriga-se a proporcionar o gozo de uma coisa.

2. Elementos essenciais do contrato de arrendamento urbano

O arrendamento urbano é definido pelo art.° 3.°[9] como «o *contrato pelo qual uma das partes concede à outra o gozo temporário de um prédio urbano, no todo ou em parte, mediante retribuição*»[10].

Trata-se de uma adaptação da noção geral de locação constante do art.° 1022.° CCivil à concreta modalidade de locação que o diploma visa regular. Por isso, a noção do art.° 3.° deve ser aproximada da noção geral do contrato de locação constante do art..° 1022.° do CCivil. Dessa aproximação ressaltam como notas específicas: a natureza do imóvel sobre que incide a locação (prédio urbano), a substituição da expressão: «(...) obriga-se a proporcionar (...)», por «(...) concede (...)», e o aditamento da expressão: «(...) no todo ou em parte (...)».

A despeito destas ligeiras modificações, não há repercussões a nível do objecto do contrato. Com efeito, a substituição da expressão: obriga-se a proporcionar o gozo, por: concede (...) o gozo, não tem reflexos, pois que uma e outra valem sensivelmente o mesmo[11], aliás o legislador continua a utilizar a expressão «proporcionar o gozo» no art.º 12.º, n.º 1, al. a). Do mesmo modo, a especificação de que o gozo concedido pode ter por objecto a totalidade do prédio ou apenas parte do mesmo não parece que traga nada de novo, pois que se se pode proporcionar o gozo da totalidade do prédio por maioria de razão se há-de poder proporcionar o gozo parcial[12], nem vemos que se levantassem dúvidas a tal respeito.

O art.° 3.°, a exemplo do que sucede com o art.° 1022.° CCivil, começa por enfatizar que o arrendamento urbano é *o contrato* (...), podendo assim sugerir que fonte da relação locatícia é o contrato, não, por exemplo, a usucapião ou o

---

9 De ora em diante as disposições legais citadas sem indicação do diploma a que pertencem referem-se ao RAUM.

10 Tem por fonte o art.° 1.° do D/L n.° 321-B/90, de 15 de Outubro (regime do arrendamento urbano da República), o qual transcreve na íntegra.

11 A alteração, ao que parece, encontra a sua razão de ser no facto de o legislador se ter querido distanciar da questão da natureza jurídica do direito do arrendatário, adoptando uma formulação anódina sob esse prisma (cfr. António Menezes Cordeiro, Francisco Castro Fraga, "*Novo regime do arrendamento urbano* - anotado", Almedina, 1990, p. 52). Doutra opinião são Pires de Lima, Antunes Varela ("*Código Civil anotado*", vol. IV, 2ª ed., p. 303) que entendem que a redacção do art.º 1º do RAU da República sugere que o direito do arrendatário é "um direito real de fruição sobre a coisa arrendada".

12 Cfr. Pereira Coelho, *ob. cit.*, p. 9.

A *locatio conductio operis* era o contrato pelo qual uma pessoa se obrigava a entregar a outra, não os seus serviços, mas o resultado do seu trabalho.

Vemos assim que a *locatio conductio operarum* corresponde ao moderno contrato de trabalho (art.° 1152.° CCivil) e a *locatio conductio operis* ao contrato de prestação de serviços (art.° 1154.° ss CCivil).

No nosso direito anterior ao Código Civil de 1867 ainda existia a locação-condução, que era o contrato pelo qual uma pessoa concedia a outra o uso de uma coisa não fungível, ou se obrigava a fazer algumas obras por certo preço, renda ou aluguer, denominando-se na primeira hipótese locação de coisas e na segunda locação de obras. Quando incidia sobre coisa imóvel a locação-condução dizia-se arrendamento, quando incidia sobre coisas móveis dizia-se aluguer[6].

Com o Código Civil de 1867, «(...) a locação (art..°s 1595.° e 1596.°) ficou limitada ao trespasse por certo tempo e mediante certa retribuição, do uso e fruição de certa coisa, tomando a designação especial de arrendamento, se respeitava a coisa imóvel, e de aluguer se respeitava a coisa móvel (...)»[7] . Quer dizer que o Código Civil de 1867 apenas designava como locação a locação de coisas. A mesma orientação manteve o Código Civil actual, pelo que o vocábulo locação apenas abarca o contrato que descende da *locatio conductio rei.*

Com efeito, embora em todas as situações enquadráveis na figura da *locatio conductio* as partes possam utilizar coisas no cumprimento das suas prestações, a verdade é que apenas na locação o proporcionar a utilização de uma coisa constitui o objecto da prestação do devedor. Por isso, a prestação do locador, depois de cumprida a obrigação de entrega da coisa (prestação de *dare),* é essencialmente passiva: reduz-se a nada fazer que possa perturbar o gozo da coisa e suportar a utilização que o locatário faça da coisa dentro dos limites e para os fins contratuais (prestação de *non facere* e de *pati*).

Já no contrato de prestação de serviços *(locatio conductio operis)* e no contrato de trabalho *(locatio conductio operarum),* a prestação do devedor consiste sempre num *facere*: quer o prestador de serviços, quer o trabalhador desenvolvem uma actividade. Ainda que a obrigação do primeiro consista na entrega do resultado dessa actividade e a do segundo apenas na sua disponibilidade para a realização dessa actividade, que pode ser intelectual ou manual. Mas, e pelo que aqui nos importa, as coisas de que eventualmente se sirvam são apenas meios ou instrumentos para o correcto cumprimento das suas obrigações, mas não o próprio objecto das suas prestações[8]. No contrato de prestação de serviços, o devedor obriga-se a proporcionar o resultado do seu trabalho; no contrato de trabalho, o

---

6 Cfr. João de Matos, *"Manual do Arrendamento e do Aluguer",* vol. I, Porto, 1968, pp. 10 ss.

7 *Ibidem.*

8 Cfr. Pereira Coelho, *ob. cit.,* p. 8.

versa[2]. Por sua vez, o arrendamento é uma modalidade do contrato de locação: locação que incide sobre coisa imóvel[3] (art.° 1023.° CCivil).

O contrato de locação encontra-se regulado no Código Civil, no Livro II, Título II, Capítulo IV (art.° 1022.° ss), imediatamente a seguir ao contrato de sociedade (Capítulo III) e antes do contrato de parceria pecuária (Capítulo V).

O legislador define a locação no art.° 1022.° como «(...) *o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa mediante retribuição.*».

Como se disse, o *arrendamento* é uma locação que incide sobre um imóvel, sendo que a locação quando incide sobre um móvel diz-se *aluguer* (art.° 1023.° CCivil).

No entanto, e ainda que incorrectamente, na linguagem vulgar os termos *arrendamento* e *aluguer* são usados indistintamente para significar a mesma realidade. E, assim, é comum ouvir-se dizer: – *aluguei uma casa.* Esta indiferenciação terminológica da linguagem corrente estende-se à designação da retribuição que o locatário deve pagar ao locador pelo gozo do imóvel: normalmente fala-se em *renda,* mas é também muito vulgar o uso do termo *aluguer* ou da forma arcaica *aluguel. A* terminologia correcta, no entanto, quanto à designação da retribuição do arrendamento urbano, é a de renda (art.° 16.°, al. a) e 31.°); aluguer é a designação da retribuição do contrato do mesmo nome (art.° 1038.° CCivil). Quanto aos contratantes, diz-se *senhorio* ou *locador* aquele que dá o imóvel de arrendamento e *inquilino, arrendatário* ou *locatário* aquele que toma o imóvel de arrendamento. Finalmente, registe-se a equivocidade do próprio verbo arrendar, que tanto significa *dar* como *tomar* de arrendamento.

A locação tem a sua origem histórica na *locatio conductio*[4] do direito romano. Sob esta figura os pandectistas[5] enquadraram três tipos contratuais: a *locatio conductio rerum,* a *locatio conductio operis,* e a *locatio condutio operarum.* Ao contrato de locação corresponde apenas a primeira.

A *locatio conductio operarum* era um contrato nos termos do qual uma pessoa se obrigava para com outra a prestar certos serviços, mediante remuneração.

---

2 O prédio urbano é definido, no art.° 204.° CCivil, como «(...) qualquer edificio incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro».

3 A locaçao que incide sobre coisa móvel denomina-se aluguer (art.°1023.°, CCivil).

4 A designação *locatio conductio «(...)* visava exprimir o acto de cada uma das partes: *locatio,* por banda do detentor da coisa, que deste modo a trazia ao lugar, a colocava, por assim dizer, e a *conductio,* por parte do receptor, que então a conduzia para a sua esfera jurídica, a fim de se servir dela.» (cfr. Pinto Furtado, *"Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos",* 2ª edª., Almedina, 1988, p. 16).

5 Cfr. Pereira Coelho, *"Arrendamento, direito substantivo e processual',* Coimbra, 1988, p. 8; Pinto Furtado, *ob. cit.*, p. 17.

DO ENQUADRAMENTO DO ARRENDAMENTO: APONTAMENTOS PARA OS ALUNOS

Augusto Teixeira Garcia
Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo:
"O presente texto tem por objecto a exposição dos aspectos mais relevante da disciplina do arrendamento urbano, em vigor em Macau antes de 1999. Foi preparado com intenção meramente didática, visando servir de apoio aos alunos na disciplina de Direito Comercial II.

O texto enquadra o contrato de arrendamento, a sua noção, modalidades, os direitos e obrigações das partes, modificações subjectivas e objectivas, e extinção."

Palavras-chave: acção de despejo; arrendamento; arrendatário; contrato; locação; locador; locatário; senhorio; subarrendamento.

Introdução

1. Noção e raízes históricas da locação

O arrendamento urbano, disciplinado pela Lei n.° 12/95/M, de 14 de Agosto[1], é uma espécie de arrendamento determinado pela natureza do prédio sobre que

---

* O presente texto corresponde aos apontamento que foram facultados como auxiliar da preparação dos alunos sobre o contrato de arrendamento na disciplina de Direito Comercial II, entre 1991 e 1999. O horizonte legislativo tinha por referência, primeiro o Decreto n.° 43525, de 7 de Março, a designada Lei do Inquilinato no Ultramar, e depois a Lei n.° 12/95/M, de 14 de Agosto (Regime do arrendamento urbano), a par com as disposições do Código Civil.
A publicação deste estudo, necessariamente simples e com carácter meramente didático, por vezes em tom quase coloquial, enquanto memória de alguns aspectos do regime do arrendamento urbano em Macau, poderá ser um modesto contributo para a discussão pública.

1 De ora em diante designada pela sigla RAUM.



política legislativa, terão aqui aparentemente uma opção que não está a provar ser a preferida, não pela falta de bondade relativa da solução, mas pela sua desnecessidade em face da adopção de outras medidas que tornaram esta medida desnecessária e, por isso, inadequada, e portanto não mais um bem ou remédio para um problema, mas um problema em si, um problema novo a carecer de uma solução. Solução essa que pode ser, no âmbito do regime de bens em sentido estrito ou estatuto patrimonial secundário do casamento, o retorno ao regime de bens supletivo da comunhão de adquiridos, ainda que a demonstrar de novo ou no contexto atual da realidade social e do regime jurídico em vigor[27], pois a solução do problema que se queria tratar já foi no essencial encontrada no regime de bens em sentido amplo ou no estatuto patrimonial primário do casamento. E faltaria reestabelecer a solidariedade familiar da comunhão conjugal prevalecente na sociedade em que nos encontramos e a que o regime de bens pretende servir.

E além disso, se mais não fosse, para desonerar o conservador de perguntar, os advogados de aconselhar e, sobretudo, os nubentes de ter de se defrontar com essa opção da lei, e a correspondente questão, em última instância, do conservador, uma vez que continuarão a ter de se deparar com uma qualquer escolha do regime de bens do casamento[28]. Pois, se quem casa quer casa, em matéria de regime de bens, quem casa quer um regime de bens razoável e justo, ou mesmo vantajoso, de modo que ou escolhe o regime de bens ou aceita a escolha do legislador razoável (p)receit(u)ada no regime supletivo!

---

27 Cuja bondade se pode encontrar analisada na doutrina, designadamente em PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito de Família,* 2003, *cit.*, pp. 521 e ss, I, 2008, cit., pp. 479 e ss, e ADRIANO PAIVA, *A Comunhão de bens Adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges,* 2008, *cit.*, pp. 136 e ss, e a bibliografia citada, incluindo, dos trabalhos preparatórios do Código Civil Português, designadamente em BRAGA DA CRUZ, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no Código Civil Português (estado actual da questão)*, BMJ, n.º 53, 1956, pp. 173 e ss.

28 Recorde-se que a concepção prevalecente do regime supletivo é a de opção do legislador pelo regime do casamento considerado mais vantajoso do ponto de vista social, ver PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito de Família*, cit., I, 2003, p. 525, e I, 2008, p. 483.

adoptar um regime de separação.

E, neste caso, se não é necessário para o trato jurídico em geral um regime de separação como o da participação nos adquiridos, salvo razões de opção especial dos membros de um casal, um regime de comunhão como a comunhão de adquiridos, por opção cultural, por tradição social, pelos usos da terra ou da região, pode continuar a ser opção prevalecente para os membros da comunidade.

Socorrendo-nos de uma terminologia sugestiva, o legislador não terá diagnosticado bem o problema e ter-se-á excedido na receita prescrita, pois parece que não era necessário ir tão longe! Ainda que haja remédio, não seguindo a receita, por auto-medicação, pela opção por outro regime de bens.

O que aliás tenderá a suceder também quando a receita é ilegível ou de difícil inteligibilidade. De facto, o regime da participação nos adquiridos também não será opção, além de não ser de comunhão, por ser um regime novo e acrescerem as razões próprias da alteração num sistema jurídico, por sua natureza conservador e resistente à mudança, ainda para mais em matéria de relativa complexidade, com um regime novo e de linguagem e conceitos desconhecidos das pessoas comuns e dos próprios profissionais do sistema jurídico e judiciário.

O facto de se ter perdido o regime supletivo como regime de bens em que se assegurava o regime de bens anterior e se estruturar o novo regime de bens num regime supletivo novo e desconhecido, para além das alterações do sistema jurídico interno trouxe uma alteração do sistema jurídico externo que dificultou a acessibilidade e a compreensão e, por isso, a aceitação e a adesão dos titulares e candidatos às profissões jurídicas e a divulgação e aceitação das pessoas em geral do novo regime legal de bens[25].

A experiência legislativa, nem de experimentalismo legislativo se deveria falar ou ser tentado a falar[26], dadas as bem intencionadas razões de

---

25 Tal como sucedeu em outros sistemas jurídicos, e como relatam os Autores citados na nota 2.

26 Lembre-se, a propósito, a referência de JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo,* cit., pp. 531 a 53, a um "sinal de preferência pelo regime da participação nos adquiridos, manifestado pelos juristas portugueses, quando no período final da administração portuguesa, a legislação de Macau consagrou esse regime como supletivo".
Ora, descontada a referência aos sujeitos da preferência não se deve ignorar, pois disso se tratou, que foi a preferência do legislador de Macau, expressa pelos órgãos legislativos competentes, com o acordo das partes representantes da República Portuguesa e da República Popular da China no Grupo de Ligação Conjunto Luso-chinês; cfr. LUIS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. VII a XIII. Como aliás bem referem PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito de Família*, cit., I, 2003, p. 525, e I, 2008, p. 483.
E o legislador, a presumir um legislador razoável, estava consciente de ser um dos pontos mais delicados da reforma do Direito da Família, e de que não há soluções óptimas, e que optou procurando prosseguir a conciliação e o equilíbrio mais ajustados entre os interesses da família e os interesses da celeridade e segurança do comércio jurídico.

5. Adequação ou desadequação do regime da participação nos adquiridos

As opções sobre o regime de bens são expressivas dos interesses e das preferências dos residentes e não residentes que casam em Macau, como demostram os dados estatísticos disponíveis[23].

No entanto, em relação aos fins da opção do legislador sobre o regime de bens, nada obsta a que tenha atingido os fins a que se propunha e para que foi adoptado, designadamente os fins do reforço de autonomia e do comércio jurídico e da solidariedade familiar considerada possível para o momento da ruptura, esta em face da alternativa da separação de bens, que era o regime alternativo, como é em geral em muitas sociedades[24].

Porém, a análise estatística demostra que a opção do legislador não coincide com a opção dos nubentes ou da população em geral sobre as orientações preferenciais segundo a compreensão do casamento e a percepção do melhor regime de bens para o modelo de família constituída pelo casamento.

E, em concreto, demostra uma preferência pelos regimes de comunhão em relação aos regimes de separação. Portanto, pelos regimes de comunhão onde há maior integração patrimonial e solidariedade familiar conjugal.

E demostra também que ao casar os interesses da autonomia e do individualismo ao serviço do comércio jurídico não são a preocupação da maioria das pessoas para o casamento. Porquê? Porque não sejam relevantes, ou tenham deixado de ser relevantes? Não, continuarão a ser relevantes! Mas não para a maioria das pessoas.

São prosseguidos por outra via? É de crer que sim, pois era o que parecia ser reivindicado ou requerido para a alteração da *comunhão* para a *separação*! E como terá isso sido assegurado? Por certo, *por outras alterações do pacote de medidas adoptado*, designadamente dos poderes de disposição, do mandato geral de um cônjuge ao outro, dos poderes de administração e disposição do cônjuge empresário comercial, ou da responsabilidade por dívidas, que tornaram indiferente continuar a ter como regime de bens um regime de comunhão ou

---

23 Para uma demostração e uma análise dos dados estatísticos recentes, ver PAULA CORREIA, *Regime Matrimonial de bens: Uma reformulação no desenvolvimento de Macau?*, cit., e, já antes, ADRIANO PAIVA, *Breves notas sobre o regime da participação nos adquiridos vigente no Direito de Macau,* cit., pp. 65 e 66, e MANUEL TRIGO, *Regime da participação nos adquiridos*, cit., pp. 226 e 227. Ver ainda LEONG TAK FU, *Dados sobre o Registo Civil, Estudos de Direito da Família e Menores, já citados.*

24 Ver a questão em PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito de Família*, cit., I, 2003, pp. 523 e ss, e I, 2008, pp. 481 e ss.

em vista directamente o *socorro do cônjuge mais sacrificado*, pois, se há bens partilham-se, mas se não há não se podem partilhar, não podem ser solidários entre eles por essa via, uma vez mais, pois que só se há bens a partilhar poderá haver solidariedade. Os bens servem a sua função, podem vir de encontro ao socorro do cônjuge mais sacrificado no casamento, por não ter podido cuidar dos seus interesses patrimoniais. Os regimes de comunhão, designadamente da comunhão de adquiridos, tenderão, pela meação de cada um dos cônjuges, a assegurar bens que integram um património com aptidão para assegurar a continuidade de vida em separado de cada um dos ex-cônjuges que lhes assegure o mínimo essencial ou um padrão de vida condigno com a vida conjugal anterior.

Porém, se há um cônjuge necessitado, em função do padrão de vida do casal, ou necessitado no essencial à sua subsistência, com a ruptura da vida em comum a questão já não é resolúvel pelo regime de bens do casamento em sentido estrito, podendo ser já uma questão de alimentos (cfr. arts. 1555.º, 1630.º e 1857.º).

E se a dissolução se dá por morte? A sucessão pode contribuir para a resolução da questão, na medida em que o cônjuge sucede em regra como sucessor legítimo e legitimário, dependendo não só ou não tanto do regime de bens mas do regime sucessório e dos bens em herança, mas na medida em que a questão se não altere ou resolva, continua a ser uma questão de alimentos (cfr. arts. 1864.º e ss, 1971.º e ss e 1994.º e ss, e 1859.º).

Só que, em qualquer dos casos, a solidariedade proporcionada pelo regime de bens, qualquer que seja o regime de bens, quer como regime de bens em sentido estrito quer em sentido amplo, incluído mesmo o regime de alimentos, não é uma garantia segura, mas uma possibilidade que depende de uma *reserva do possível*[22]. Nem para o cônjuge mais sacrificado no casamento. Nem para o cônjuge no momento da cessação do casamento.

O casamento por si mesmo não é um modo de adquirir em primeiro lugar, mas de adquirir em comum, no regime de comunhão de adquiridos, sendo por morte uma causa de sucessão, mas depende do património a partilhar, quer por cessação do regime de bens, quer pela cessação do casamento, quer pela abertura da sucessão por morte.

---

22 No sentido em que são possíveis as prestações sociais, aqui as prestações de solidariedade de um membro ao outro da sociedade conjugal cessante. Ver a propósito, o direito de livre procriação como direito a prestações sociais, bem assim, mais próximo ainda, o direito a alimentos, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, cit., respectivamente, 1.5.2. *Direito de livre procriação*, e 2.1.3.3.1. *Princípios de procriação assistida no direito de Macau,* e 5.2. *Noção de alimentos, sujeitos e obrigação de alimentos;* e *Dos alimentos em geral*, BFDUM, N.º 35, pp. 319 e ss, em particular 3. *Fundamento dos alimentos*, 3.1. *Fundamento e natureza dos alimentos. Direito à vida e alimentos a familiares*, e 3.2. *Direito a alimentos e direito a prestações sociais*; ver ainda a bibliografia citada a este propósito.

A solidariedade conjugal familiar *própria* ou *natural* do casamento não é alvo de qualquer medida de concretização positiva, em matéria de regime de bens, quer em sentido amplo que em sentido estrito, orientando-se no sentido minimalista, privilegiando os valores e interesses individualistas, capitalistas, dos interesses do comércio em expansão, tendo como contrapartida a retracção da solidariedade e em especial da solidariedade conjugal familiar, que se pretenderia proteger em caso de ruptura da relação conjugal assegurando o socorro do cônjuge mais sacrificado.

Aliás, pode sacrificar-se o interesse da família aos interesses dos credores e do comércio, mesmo quando vigore um regime de comunhão, supletivo ou convencional.

O regime da participação, pese embora a declaração a propósito, especialmente a propósito, tem de demostrar que é solidário e vem em socorro do cônjuge mais sacrificado com a ruptura do casamento, o que não parece suceder: pode sucede, mas essa não é a intenção da lei, embora se aceite que poderia ser no contexto histórico uma intenção do legislador[21].

Claro que consagra um direito de crédito na participação que o regime da separação de bens não consagra.

Mas qual é a verdadeira natureza deste direito? Como participação, como partilha do valor dos ganhos, do enriquecimento, é isso. Se os houver, um direito eventual! Tenderá a haver! Pode ser frequente, mas pode não haver, e ser difícil de apurar, sendo esta uma crítica frequente e à opção por este regime de bens.

Se um cônjuge é sacrificado no casamento porque não investe na actividade profissional, se não dispõe de tempo e formação ou disponibilidade para investir, administrar, trabalhar por conta de outrem, na exploração de bens e direitos de outrem, ou de bens e direitos próprios, constituir e administrar capitais numa ou mais empresas... e investe na formação dos filhos, no apoio ao marido ou à mulher, na família conjugal, *como é socorrido pelo regime de bens supletivo*?

Claro que os cônjuges partilham na sua vida em comum os meios de que dispõem, capital, trabalho, rendimentos do capital e do trabalho para os encargos da vida em comum, na medida dos seus meios e capacidades, comungam na sorte e no infortúnio, e podem ser mais ou menos bem-sucedidos.

Num regime de comunhão geral ou de bens adquiridos os bens entram na mesma medida para uma comunhão de bens, além da comunhão de disponibilidades para fazer face aos encargos de vida em comum, e esse património comum, além de servir as necessidades durante a vida em comum, por morte ou ruptura em vida, no momento da dissolução deve ser partilhado. E só pode ou deve ser partilhado o que houver disponível após a liquidação das dívidas do casal. Também não tem

---

21 Expressa por LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XXXIX.

um regime como o que vigorava supletivamente no Código de 1966 – o da comunhão de adquiridos – colocava à livre disposição dos bens"?[17]

Que "particularidades do sistema económico do Território –ligados ao peso do seu sector imobiliário, bem como à sua inserção no contexto das economias vizinhas (em particular a de Hong Kong, largamente influenciada pela matriz anglo-saxónica)"[18] eram essas?

De que estrato da população se tratava ou ainda se trata? Do estrato dominante, capitalista, de empresários e comerciantes? Ou de toda a população, maioritariamente assalariada, urbana e de rendimentos médios ou baixos?

De população há muito tempo radicada em Macau, ou mesmo em Hong Kong, que pretende casar em Macau, ou de população recém-chegada, designadamente do Interior da República Popular da China?

A quem se destina a opção pelo regime supletivo? A todos, se possível, à maior maioria possível! Sobretudo àqueles *a quem o legislador se pretende substituir e regular as suas relações patrimoniais*[19].

4.2 Interesses de solidariedade na sociedade conjugal

E a solidariedade conjugal? O equilíbrio foi atingido?

Recorde-se que essa era uma orientação essencial da reforma: "A coerência da reforma está neste conjunto de disposições que tornam a vida negocial de cada cônjuge mais simples e independente. A lucidez destas opções está, creio eu, na consideração de que este regime patrimonial vai ser aplicado no seio de uma comunidade naturalmente influenciada pelo regime anglo-saxónico, individualista e desburocratizado, como o que se pratica em Hong Kong. Mas tudo isto sem perder a ideia europeia continental portuguesa da solidariedade conjugal que tem justificado a participação nos valores adquiridos durante o casamento. Aí está, para garantir a solidariedade matrimonial, a partilha segundo o regime da participação nos bens adquiridos."[20].

Depende do que se pretendia, que seria de uma solidariedade conjugal de menor consistência, embora não necessariamente minimalista, mas não de comunhão de bens, nem geral nem de bens adquiridos. Não de um casamento que é a causa de adquirir. Embora se não suspeite do casamento por interesse patrimonial ao não considerar imperativo o regime de separação, em qualquer caso.

---

17 Ver também LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XXXVI.

18 LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa,* cit., p. XXXVII, continuação da nota 26 e da p. XXXVI.

19 LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa,* cit., p. XXXIX.

20 GUILHERME DE OLIVEIRA, *A reforma do direito da família de Macau*, BFDUM, N.º 8, p. 168.

Código Comercial)[16];

– Exclusão da moratória da execução de bens comuns por dívidas próprios de um dos cônjuges, com possibilidade de exigir a separação de bens e promover a execução imediata para pagamento aos credores, em favor do comércio jurídico (cfr. art. 1564.º); e a

– Adopção como regime de bens supletivo do regime da participação nos adquiridos, como regime separatista, com mais liberdade de disposição e administração pelo cônjuge proprietário, em que só há bens próprios, e em que este tem o domínio e a fruição dos bens presentes e futuros (art. 1581.º e ss). Este o seu contributo adicional.

Antes de questionar se se prossegue a solidariedade conjugal ou a solidariedade conjugal que se pretende garantir, é caso para se questionar: *seria necessária a adopção de um regime de bens de separação para proteger a liberdade e a flexibilidade de gestão dos interesses patrimoniais dos cônjuges e a celeridade e a segurança do comércio jurídico*?

O que acrescenta o regime supletivo adoptado a estes interesses? A liberdade de disposição e de administração de bens sem necessidade de consentimento do outro em relação aos bens que não poderia dispor se estivessem casados em regime de comunhão de bens adquiridos, agora apenas dos bens imóveis comuns cuja disposição não seja considerada de administração ordinária.

Valeria a pena essa alteração apenas para prosseguir estes benefícios?

Não estaria no essencial já garantida a liberdade e a flexibilidade da gestão de interesses patrimoniais dos cônjuges, a celeridade e a segurança do comércio jurídico? Do cônjuge empresário comercial, mesmo no sector imobiliário? Das dificuldades de mobilidade, com o mandato geral? Mesmo num regime de comunhão, pela responsabilidade imediata dos bens comuns, dada a previsão da imediata separação das meações e execução dos bens para pagamento das dívidas próprias do cônjuge devedor? E pelo regime de dívidas comuns, pelas quais respondem os bens comuns e subsidiariamente os bens próprios.

Uma vez que a adopção do novo regime de bens se consumou com a sua consagração legal, eventualmente, além de outros aspectos em análise, pode ainda ser relevante colocar algumas questões para reflexão.

De quem eram as "imensas dificuldades e incompreensões que em Macau

---

16 Artigo 11.º (Poderes do empresário comercial):
O empresário comercial, casado num regime de comunhão, não carece do consentimento do seu cônjuge para: a) No curso normal da sua actividade, alienar e onerar os bens que compõem a empresa comercial; b) Praticar actos de oneração ou disposição relativamente aos bens, independentemente da respectiva natureza, que representam o resultado da actividade da empresa comercial.

alimentos, se a ele houver lugar, para a eventualidade de a ele haver direito e na medida em que a obrigação puder ser exigida e satisfeita.

Mas se a necessidade deriva do sacrifício para o casamento e para a família constituída, também significa que o mais sacrificado não beneficia da solidariedade conjugal que o regime de bens da participação proporciona ou não proporciona.

4. Os fins de política legislativa na reforma dos efeitos patrimoniais do casamento e a necessidade ou desnecessidade da alteração do regime supletivo

4.1. Interesses de tutela da livre circulação dos bens

Os fins visados pela reforma do novo regime de bens ou efeitos patrimoniais eram encimados pela *liberdade de disposição durante o casamento e pela manutenção da solidariedade conjugal para o momento da sua cessação.*

Perante o diagnóstico feito, considerando quer os efeitos patrimoniais independentes do regime de bens quer os efeitos do próprio regime de bens, terá o legislador atingido os objectivos de política legislativa a que se propunha?

Foram várias as medidas adoptadas de um *pacote de medidas* liderado pelas alterações em matéria de regime de bens do casamento que iremos enunciar, de alguma forma por ordem inversa, designadamente:

– Ampliação da liberdade de convenção, incluindo a liberdade de mudança de regime de bens, como o afastamento da regra da imutabilidade das convenções antenupciais, quer por via notarial quer registral, mediante convenção formalizada no registo civil (art. 1566.º e ss, 1574.º e 1578.º e 1579 e ss);

– Admissibilidade dos negócios entre os cônjuges, como a compra e venda[15];

– Admissibilidade de mandato geral de um cônjuge ao outro (art. 1552.º);

– Maior liberdade de disposição de bens e direitos sobre imóveis sem necessidade de consentimento do outro cônjuge, incluindo agora dos imóveis próprios em regime de comunhão (cfr. art. 1548.º);

– Expressa consagração da natureza de administração ordinária dos actos praticados no exercício da empresa comercial e da desnecessidade de consentimento do cônjuge do empresário comercial (nos termos do art. 11.º do

15 Como exclusão das limitações do art. 1714.º do Código Civil de 1966, segundo a Reforma de 1977, anteriormente em vigor em Macau, mesmo na interpretação mas restritiva da doutrina; cfr. PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 2003, pp. 532 e ss, em particular pp. 534 e ss (e sobre os contratos entre os cônjuges, pp. 490 e ss), I, 2008, pp. 489 e ss, em particular pp. 492 e ss (e sobre os contratos entre os cônjuges, pp. 449 e ss).

solidariedade, uma sociedade em transformação da família tradicional[14].

Por isso, não surpreende, embora suscite algumas preocupações, que a orientação largamente prevalecente seja a de protecção dos interesses do comércio, do individualismo capitalista, em face de uma aparente e continuada protecção de solidariedade familiar conjugal, que o regime de participação nos adquiridos não oferece de *per si*, ou não oferece como virtualidade própria, nem oferece especialmente ao cônjuge mais sacrificado, quando haja ruptura em vida, que pode ou não garantir, mas que nem tem como objectivo garantir, pese embora a bem intencionada declaração de objectivos de política legislativa.

De facto, trata-se de um regime de propriedade de bens, de disposição, administração e fruição individual e livre, separada, não orientado para a comunhão de bens. Para o que, é certo, não se orientam os regimes de separação.

A solidariedade por igualação nos acréscimos patrimoniais ou nos ganhos é eventual, e a eventual necessidade de um dos cônjuges ou o socorro do cônjuge mais necessitado *não são considerados em concreto* a qualquer título para a determinação do direito de crédito na participação. Haverá muitas razões a favor do regime da participação nos adquiridos, mas esta não parece ser uma delas. O que está em causa parece ser uma solidariedade conjugal entre cônjuges em socorro do sacrificado ou do mais sacrificado *em abstrato*, em que cônjuge *mais sacrificado* ou cônjuge *menos sacrificado* significa cônjuge *menos enriquecido,* ou cônjuge *mais enriquecido* ou mais literalmente, *cônjuge cujo acréscimo patrimonial for menor e cônjuge cujo acréscimo patrimonial for maior*.

Qual será o *fim principal do regime de participação nos adquiridos,* será o equilíbrio de patrimónios no momento da cessação do regime ou da dissolução do casamento?

A ter como finalidade o equilíbrio dos patrimónios dos cônjuges, não seria de todo o património, mas apenas dos patrimónios adquiridos durante o casamento. Mas trata-se apenas de um equilíbrio patrimonial durante o casamento no regime de participação nos adquiridos.

É necessário determinar o que se considera o *cônjuge mais sacrificado*. Mais sacrificado para o casamento, em favor do casamento, por causa dos interesses do casamento, de família constituída pelo casamento.

Não se trata, não é ou não é sempre uma solidariedade do menos para com mais sacrificado dos cônjuges, nem é, em qualquer caso, uma solidariedade para com o cônjuge mais necessitado economicamente, mesmo que essa necessidade também resulte de sacrifícios por causa do casamento.

Dir-se-ia que, para este efeito, lá está o regime de alimentos e o direito a

---

14 CÂNDIDA PIRES, *Família, Parentesco e Casamento. Assimetrias especiais e temporais*, Administração – Revista de Administração Pública de Macau, N.º 48, pp. 617 e ss.

De qualquer forma, a questão deve colocar-se perante a questão global do sistema ou regime de bens do casamento em sentido amplo, um sistema capitalista, numa sociedade plural, aberta e liberal, que respeita a autonomia privada e individual, e que respeita e protege a família, sobretudo o direito de constituir família livremente, e o direito de casar[12], e em geral em que se concebem os direitos fundamentais mais como direitos de liberdade[13], mais do que direitos de

---

*org/Doc*ument/Default.aspx?DocumentUid=6362382A-D7DA-4D27-B9A4-06E32BDA11F0; e ainda HU TIANYE, *Regime do casamento e do casamento de facto, Regime de bens do casamento em especial*, in *Estudos de Direito da Família e Menores,* coordenação de MANUEL TRIGO, CFJJ, em vias de publicação.

Sobre regime de bens em Hong Kong, em que se estabelece um regime de propriedade dos cônjuges equiparável a um regime de separação de bens, sem se estabelecer um regime legal de bens ou regime legal supletivo propriamente dito, e sem se admitir um regime de convenções nupciais, ver a *Matrimonial proceeding and property ordinance (http://www.legislation.gov.hk/eng/home.htm?SearchTerm=marriage),* e LEONARD PEGG, *Family Law in Hong Kong,* cit., pp. 165 e ss. Ver ainda CHAN CHAN KOK, *A família, o Casamente e o Regime de bens em Hong Kong*, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, cit., e, designadamente, THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG (Entry N.º 26), *Money, Matrimony and Autonomy: The Way Forward for Prenuptial Agreements in Hong Kong* (http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/essay03_2014.pdf).

Sobre o regime de bens em Taiwan, ver o Código Civil de Taiwan de 1930, com as alterações posteriores, nomeadamente em matéria de família e sucessões, nos arts. 1004.º e ss, em especial nos arts. 1016.º e ss, adoptando um regime legal supletivo da participação nos adquiridos, em 2002, substituindo um regime de comunhão de bens (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwetai.htm); ver LIN HSIU HSIUNG, *Alterações e questões de Direito da Família de Taiwan*, e *Regime de Bens do casal em Taiwan*, in *Estudos de Direito da Família e Menores,* cit. e, designadamente, *The Adjustment on the Amount of the Equalization Claim for Surplus of Matrimonial Assets under the Statutory Matrimonial Property Regime: A Comparative Study of the Art. 1030 a paragraph 2 of the Civil Code of Taiwan with the relevant provisions in the Swiss ZGB and the German BGB* (https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=Yi-Tien+Lin%2C+The+Adjustment+of+matrimonial%E2%80%A6+BGB); e ainda CHUNG-YANG CHEN, *Bridging cultures and traditions in the reconceptualization of the value of non-finacial contributions to the marriage relationship*, 2011, *4.3.3.2. Matrimonial property regime*, pp. 101 e ss.

Com interesse geral para os vários regimes, ver JIANG YI WA (EVA), *Regime de bens supletivo no Código Civil de Macau*, *Estudos de Direito da Família e Menores*, cit., e bibliografia citada, e, designadamente, *World Map of Matrimonial Property Regimes*, Notarius International, 1-2/2005 (http://212.63.69.85/DataBase/2005/notarius_2005_01_last.pdf), e XIA YINLAN, *Estudo sobre o Livro "Direito da Família" do Novo Código Civil de Macau*, Perspectivas do Direito, N.º 8, Volume V, 2000, 1.º, pp. 33 e ss.

12 Como se estabelece no n.º 1 do art. 38.º da Lei Básica, que prevê que a liberdade de contrair casamento e o direito de constituir família e de livre procriação dos residentes de Macau são legalmente protegidos.

13 JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, pp. 101 e ss (3.7. *Os elementos materiais estruturantes do sistema* (de direitos fundamentais de Macau).

Terá o legislador feito o diagnóstico correcto da situação? Serão esses fins aqueles que dominam as motivações ou finalidades prevalecentes das pessoas que compõem a comunidade a que se destina?

No contexto da intervenção legislativa sobre os efeitos patrimoniais do casamento, ou regime de bens em sentido amplo, incluindo os tradicionalmente designados efeitos patrimoniais independentemente do regime de bens ou efeitos patrimoniais gerais, ou ainda regime patrimonial primário, e os efeitos patrimoniais especiais, ou regime de bens em sentido estrito, ou ainda o regime patrimonial secundário, a intervenção relativa à opção pelo regime supletivo da participação nos adquiridos terá sido uma *intervenção necessária e adequada*?

A opção pelo regime da participação nos adquiridos apresenta-se como uma opção ideal, entre as opções dos regimes de bens, está entre as opções modernas, coerentes e equilibradas[9], e, entre os regimes de bens supletivos adoptados mais próximos jurídica e até geograficamente à data, respectivamente, da comunhão de adquiridos em Portugal e na República Popular da China, e da separação ou equivalente em Hong Kong[10]. Opção que entretanto se vem a consagrar em Taiwan, onde, curiosamente, um regime deste mesmo tipo da participação nos adquiridos é o adoptado como regime supletivo[11].

---

9 LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XXXIX, 1ª §, e GUILHERME DE OLIVEIRA, *A reforma do Direito da Família de Macau,* cit, p. 168, e GIL DE OLIVEIRA, *Regime de participação nos bens adquiridos,* cit, p. 173.

10 Ver LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XXXVI e XXXVII e nota 27, com reponderação e orientação a seguir, GUILHERME DE OLIVEIRA, *A reforma do Direito da Família de Macau, cit.,* p. 168, e GIL DE OLIVEIRA, *Regime de participação nos bens adquiridos, cit.,* p. 173.

11 Sobre o regime de bens no ordenamento jurídico de Portugal, veja-se o estabelecido nos arts. 1671.º e ss, 1698 e ss e 1721.º e ss, em que se adopta como regime legal supletivo o regime de comunhão de adquiridos, e a bibliografia relevante citada, designadamente em PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito de Família, cit., I, 2003, pp. 517 e ss, e I 2008, pp 474 e ss, e ADRIANO PAIVA, *A Comunhão de Adquiridos, Das Insuficiências do regime no quadro da regulação das relações matrimoniais entre os cônjuges,* Coimbra Editora, 2008.

Sobre o regime de bens na República Popular da China, veja-se a *Lei do Casamento*, em especial os arts 17.º, 18.º e 19.º, e as *Interpretações Judiciais sobre a Lei do Casamento do Supremo Tribunal Popular da RPC*, (http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/2011-02/11/content_21897930.htm) e (http://www.lawinfochina.com/search/SearchLaw.aspx), e, designadamente, TAM PENG CHUN, *Regimes matrimoniais de bens no ordenamento jurídico chinês após a publicação do Código Civil de 1931: sua relevância no ordenamento jurídico de Macau*, RAPM, N.º 41, 1998, pp. 743 e ss, ou ainda WANG CHENWANG e ZHANG XIANCHU, *Introduction to Chinese Law,* cit., pp. 311 e 312 (305 e ss) ou TIAN XU, APRIL REN, XIAOYU LIU e LLOYD G. ROBERTS III, *China International Estate Planning Guide,* Individual Tax Private Client Committee, 2012 (*Marital property,* pp. 6 e 7), disponível em *http://www.ibanet.*

apenas de um crédito eventual relativo a metade do acréscimo ou dos ganhos patrimoniais durante o casamento[8].

3. Algumas questões e o relevo do socorro do cônjuge mais sacrificado em caso de ruptura de relação conjugal

Algumas questões nos ocorrem. Terá o regime de bens supletivo reais condições para atingir os fins para que se propõe ou para que se propõe face ao diagnóstico feito?

---

o regime da separação de bens e, por outro lado, o regime da comunhão de adquiridos.
Assim, numa primeira fase (durante a vigência do casamento, ou mais correctamente durante a vigência desse regime de bens) segue-se basicamente o modelo do regime de separação de bens, pelo que cada um dos cônjuges tem, relativamente ao património que leve para o casamento ou adquira posteriormente, quer a título oneroso, quer a título gratuito, o poder de livremente o gerir e alienar, sem necessidade de qualquer consentimento por parte do outro cônjuge.
Apenas que numa segunda fase (aquando da dissolução do casamento por morte ou divórcio, ou da eventual modificação do regime de bens durante a vigência do casamento – ou seja, no momento que à falta de melhor termo designaríamos por dissolução ou "partilha") procede-se, *grosso modo*, a uma avaliação do património que cada um dos cônjuges haja adquirido onerosamente na vigência desse regime de bens e que nele permaneça integrado nessa data, para que se determine qual o cônjuge que obteve um maior enriquecimento e se proceda à compensação – normalmente de cariz pecuniário – do outro cônjuge, de modo a que se obtenha uma igualação do valor dos acréscimos patrimoniais derivados do casamento.
Ou seja, através deste regime de bens atribui-se um direito – que se efectiva à data da cessação do casamento ou do regime de bens – de os cônjuges participarem no património adquirido onerosamente pelo outro cônjuge durante o casamento, através de um mecanismo dirigido a distribuir igualitariamente esse enriquecimento. Se se quiser, este regime de bens procura conseguir distribuir a cada um dos cônjuges, no momento da partilha, um valor patrimonial semelhante ao que lhes caberia caso o casamento tivesse sido sujeito ao regime da comunhão de adquiridos (regime em que o enriquecimento patrimonial obtido onerosamente durante o casamento por qualquer dos cônjuges compõe um património que pertence em comunhão a ambos os cônjuges).", LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. XXXVII e XXXVIII.

8 Em conformidade, inscreveu-se o seu conteúdo na lei, nos termos dos n.ºs 1 e 2 (cfr. n.º 3, 4 e 5, e artigos seguintes) do art. 1582.º do Código Civil:
1. No regime da participação nos adquiridos cada um dos cônjuges tem o domínio e fruição, tanto dos bens que lhe pertenciam à data da celebração do casamento ou da adopção superveniente desse regime de bens, como dos que adquiriu posteriormente por qualquer título, podendo, salvas as excepções previstas na lei, dispor deles livremente.
2. Aquando da cessação do regime da participação nos adquiridos, e com vista a igualar o acréscimo patrimonial obtido por cada um dos cônjuges durante a vigência do regime de bens, é atribuído ao cônjuge cujo acréscimo patrimonial for menor o direito de participar pela metade na diferença entre o valor do acréscimo do património do outro cônjuge e o valor do acréscimo do seu próprio património, designando-se tal direito por crédito na participação.

ainda impostas pela República Popular da China à livre circulação das pessoas no seu país[6].

Com o regime da participação nos adquiridos, como regime misto da separação de bens durante a vigência do regime e a participação nos bens adquiridos *através de uma partilha e igualação do valor dos acréscimos patrimoniais durante o casamento*, o legislador esperava as vantagens dos dois regimes modelo, respectivamente, dos regimes de separação, o da separação de bens, e dos regimes de comunhão, o da comunhão de bens adquiridos, concluindo:

"Daí a mistura de regimes atrás referida, a qual faculta durante a vigência do regime de bens a flexibilidade própria do regime da separação de bens quanto à administração e disposição de bens, ao mesmo tempo que, na fase de dissolução, procura obter um *resultado próximo* do que se obteria caso o casamento estivesse sujeito ao regime da comunhão de adquiridos.".

Um *resultado próximo*, sublinhamos, não o mesmo; e continuava:

"Pensamos conseguir assim uma via *per mezzo* capaz de conciliar de forma equilibrada os *interesses de tutela da livre circulação dos bens* (durante toda a duração desse regime) com os *interesses de solidariedade na sociedade conjugal* (os quais é exactamente *em caso de ruptura da relação conjugal* que mais se fazem sentir e é precisamente aí que o regime de bens em causa *vem em socorro do cônjuge mais sacrificado*).".

Ora, é isso mesmo, em último lugar, o que falta demostrar neste ou em qualquer outro regime de bens, como assegurar a devida solidariedade conjugal no momento da ruptura, como, na fórmula utilizada, *o regime de bens em causa vem em socorro do cônjuge mais sacrificado*[7]. Lembre-se, desde já, que se trata

---

6 Citando, nem sempre taxativamente, LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. XXXVI e ss; cita-se, no todo ou em parte, no texto assinalado a itálico.
Recorde-se, a propósito, que, além da adopção de um novo regime de bens supletivos, se afastou o princípio da imutabilidade do regime de bens e se passou a admitir a mudança do regime bens na vigência do casamento, e portanto a possibilidade de cessação do regime de bens da participação nos adquiridos na vigência do casamento e a sua continuidade em outro regime de bens (cfr. n.ºs 1 e 4 do art. 1578.º); e, de igual modo, pode dar-se a mudança de outro regime de bens convencionado e a adopção do regime da participação nos adquiridos na vigência do casamento.

7 Sim, concluindo, como o sublinhado nosso, pois antes, para justificar a bondade de solução, argumentava-se com a modernidade e as virtualidades da satisfação dos interesses em causa, nos termos seguintes:
"Para tanto, baseámo-nos num modelo de regime de bens que tem tido cada vez mais seguidores no direito comparado, e que normalmente é designado por "participação nos adquiridos".
De forma necessariamente tosca, poderíamos dizer que esse regime – modelo adoptado – basicamente se limita a operar uma mistura, aplicada a duas fases distintas, entre, por um lado,

escolhido pelos nubentes e que lei a estabelece na falta da sua escolha, que fins deverá prosseguir? Que fins presidem à escolha do regime legal supletivo?

O regime de bens supletivo, em geral, cujos fins foram evoluindo ao longo do tempo, de acordo com as concepções da família e do casamento, no presente, de prevalência da autonomia privada familiar, da pequena família, fundada na relação afectiva, predominantemente urbana, da igualdade e autonomia progressiva dos cônjuges, mais do que assegurar a comunhão de vida conjugal como comunhão para a vida, ou para a cessão por divórcio ou por morte, pode promover a igualdade material dos cônjuges, a protecção do mais pobre, do menos preparado profissionalmente ou do menos disponível em razão da necessidade de assegurar as responsabilidades familiares da maternidade ou da paternidade, de assegurar a sua formação profissional, ou menos saudável física e psiquicamente, em momentos de crise do casamento[5].

O regime da participação nos adquiridos foi adoptado como regime supletivo tendo em vista, no caso das opções do legislador do Código Civil de Macau, o seguinte:

– *O reforço da liberdade e da simplicidade na disposição de bens durante o casamento*;

– A superação das limitações do regime de bens supletivo da comunhão de adquiridos à livre disposição de bens, e de bens imóveis em particular;

– *O equilíbrio mais ajustado entre os interesses da família e os interesses da celeridade e da segurança do comércio jurídico*;

– A conciliação da *liberdade de disposição* de bens durante o casamento com a *solidariedade* familiar conjugal para o momento da sua cessação;

– A superação das outras dificuldades locais, factores *especificamente culturais*, não especificados; *particularidades do sistema económico ligadas ao peso do sector imobiliário*, *inserção no contexto das economias vizinhas*, especial influência de *Hong Kong, largamente influenciada pela matriz anglo-saxónica*; dificuldades de *reunião de membros do casal em Macau derivadas, quer da extrema mobilidade das suas populações propiciada pela pequenez física do Território, quer das dificuldades, de sinal contrário, decorrentes das restrições*

---

5 Sobre a consideração das concepções e das opções sobre o regime de bens supletivo, no âmbito dos efeitos patrimoniais do casamento, ver PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 2003, cit., pp. 405 e 406, 517 e ss e 521 e ss, em especial p. 526, e I, 2008, cit., pp. 365 e 366, 474 e ss e 479 e ss, em especial p. 484, e, entre outros autores, ADRIANO PAIVA, *A Comunhão de bens Adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., pp. 55 e ss e pp. 127 e ss, e *Breves notas sobre o regime de patrimónios adquiridos vigente no Direito de Macau*, cit., pp. 67 (65) e ss.

sucede com os notáveis, bem-queridos ou mal-queridos, parece estatisticamente ameaçado, como uma espécie de regime de bens em risco, ou mesmo em risco de extinção[3].

2. As razões da opção pelo regime da participação nos adquiridos

No espírito de legislador havia uma orientação ou um objectivo primordial quanto ao regime ou aos efeitos patrimoniais do casamento, o que o levou a declarar o seguinte: "Relativamente à matéria associada aos efeitos patrimoniais decorrentes do casamento, foi criado um pacote de medidas dirigidas ao reforço, quer das notas de liberdade e flexibilidade na gestão dos interesses patrimoniais dos cônjuges, quer da celeridade e segurança do comércio jurídico."[4]. Referia-se aos efeitos patrimoniais do casamento ou regime de bens em sentido amplo, não apenas ao regime de bens em sentido estrito.

Embora respeite apenas a um aspecto, se bem que determinante, desses efeitos patrimoniais ou regime de bens, precisamente ao regime de bens em sentido estrito, o regime que define a propriedade sobre os bens do casal, que pode ser

---

com/?gws_rd=ssl#q=marriages+legal+assets+regime+china), in Pravni Život – *Legal Life, Journal for Legal Theory and Practice of The Jurists Association of Serbia* – 10/2008, volume II, Belgrade, Serbia, pp. 289 e ss, ou *Matrimonial Finances in the Context of the Macanese Legal System: General Principles and Issues, in Family Finances*, edited by Bea Verschraegen, published by Jan Sramek Verlag, Wien, Austria, 2009, pp 415 e ss.

Sobre o tema, ver também, LUIS MIGUEL URBANO, *Breve nota justificativa,* Código Civil, Versão Portuguesa, Imprensa Oficial de Macau, 1999, em especial pp. XXXVI a XXXIX, e *O Código Civil de Macau de 1999*, BFDUM, N.º 8, pp. 37 e ss; e ainda GILHERME DE OLIVEIRA, *A reforma do Direito de Família de Macau*, e JOÃO GIL DE OLIVEIRA, *Regime da participação nos adquiridos*, também publicados no BFDUM, N.º 8, respectivamente, pp. 161 e ss, em especial, pp. 167 e 168 e pp. 171 e ss; e, por fim, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito de Família e das Sucessões,* 3.1.4.3.1.1. *Princípios gerais e o regime de bens supletivo*, e 3.1.4.2.1.3.1. *Regime da participação nos adquiridos*, e bibliografia citada, e *Regime da participação nos adquiridos,* BFDUM, N.º 21, pp. 223 e ss, e, em geral, Direito da Família de Macau na Reforma de 1999, Repertório do Direito de Macau, 1.ª Reimpressão, 2012, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, pp. 553 e ss, e The 1999 Family Law Reform in Macau, Report on Macau Law, University of Macau and Lexis Nexis, 2014, pp. 466 e ss.

3 Vejam-se os dados mais recentes em PAULA CORREIA, *Regime Matrimonial de bens: Uma reformulação no desenvolvimento de Macau*? VII Seminário Conjunto, Universidade de Macau e Universidade Eduardo Mondlane, Macau, 21 de Novembro de 2014; podem ainda ver-se os dados antes publicados em, designadamente, ADRIANO PAIVA, *Breves notas sobre o regime da participação nos adquiridos vigente no Direito de Macau*, cit., pp. 66 e 67, e MANUEL TRIGO, *Regime da participação nos adquiridos*, cit., pp. 226 e 227.

4 LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. XXXV e XXXVI; LUÍS MIGUEL URBANO foi o Coordenador e o principal responsável pelo Projecto do Código Civil de Macau.

concluir, mas de ser o regime da comunhão o regime preferido e o regime a preferir pela sua bondade, por corresponder não só a uma opção maioritária, mas também por corresponder ao ideal de comunhão de vida e ao modelo preferível de solidariedade conjugal e familiar.

Palavras-chave: casamento; cônjuges; regime de bens supletivo; separação de bens; comunhão de adquiridos; comunhão geral ; participação nos adquiridos; partilha; crédito na participação; cônjuge sacrificado, solidariedade conjugal.

1. Introdução

Além de obter o consentimento dos nubentes para casamento, perguntando a cada um dos nubentes se aceita o outro por consorte, na falta de convenção sobre o regime de bens, terá o conservador antecipadamente de perguntar a cada um dos nubentes: – Aceitam o regime da participação nos adquiridos como regime de bens do casamento?

Assim será, perante omissão na declaração para casamento e antes do despacho a autorizar a sua celebração, sem prejuízo da liberdade de convenção até à celebração do casamento. Uns responderão sim. Outros responderão não. Outros mudarão de opinião antes ou após a celebração do casamento[1].

O regime da participação nos adquiridos, o inovador e então inesperado regime de bens supletivo adoptado pelo legislador no Código Civil de Macau tem sido causa de controvérsia, como em outros sistemas jurídicos, e uma das causas de notoriedade do novo direito civil da família[2]. Sendo objecto de atenção, como

---

1 As formalidades do casamento, o processo, a celebração e o registo do casamento ou matrimónio e das convenções matrimoniais regulam-se no Código Civil, nos arts. 1485.º e ss, 1490.º e ss, 1523.º e ss, e 1566.º e ss, e no Código de Registo Civil, nos arts. 106.º e ss e 139 e ss. Por sua vez, o regime de bens em sentido estrito e em particular o regime supletivo, é o previsto no art. 1570.º e regulado nos arts. 1581.º e ss do Código Civil. Na falta de outra referência, as normas citadas são do Código Civil de Macau.

2 Como se pode verificar pelas referências que merece, designadamente, em PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 2003, 3.ª Edição, Coimbra Editora, pp. 523 a 526 e I, 2008, 4.ª Edição, Coimbra Editora, pp. 479 e ss, 481 a 484, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo, Lições,* 4.ª Edição, AAFDL, 2013, pp. 531 a 533, ADRIANO PAIVA, *Breves notas sobre o regime da participação nos adquiridos vigente no Direito de Macau,* "Lex Familiae", Ano 3, 2006, n.º 5, pp. 65 e ss, *e A Comunhão de bens Adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, 2008, pp. 75 e ss, em particular pp. 87 a 90; ou ainda PAULA CORREIA, *Basics on Macanese Matrimonial Finances* (on line: https://www.google.

REGIME DA PARTICIPAÇÃO NOS ADQUIRIDOS: ACEITAM ESTE REGIME DE BENS DO CASAMENTO?

Manuel Trigo
Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo

O código Civil de Macau adoptou o regime da participação nos adquiridos como regime legal supletivo de bens do casamento. Este regime tem vindo a ser afastado pelos nubentes sendo preterido pelos regimes convencionais, quer da separação quer da comunhão geral e de adquiridos. Perante essa evidência, já analisada em outros estudos, interrogamo-nos sobre as razões da opção do legislador, a partir do enunciado do legislador histórico, procurando indagar sobre a bondade das razões invocadas e da efectiva necessidade da alteração do regime de bens supletivo.

Concluímos que, aparentemente, o legislador poderia e efectivamente conseguir atingir o essencial dos objectivos da *liberdade e flexibilidade da gestão dos interesses patrimoniais dos cônjuges e da celeridade e da segurança do comércio jurídico* sem ter de alterar o regime de bens supletivo, pelas alterações introduzidas em matéria dos poderes de administração e disposição e responsabilidade por dívidas, no âmbito do designado estatuto patrimonial primário do casamento.

Pelo menos por essas razões e face à rejeição do regime da participação nos adquiridos, parece que não se confirmam como razões da sua adopção, sendo um regime de separação, não obstando, na prossecução dos fins visados, nem, do fim também tido em vista, da solidariedade conjugal, à continuidade do anterior regime supletivo da comunhão de adquiridos.

O que seria interessante e importante estudar e demonstrar, não apenas pela negativa, de não ser o regime da participação nos adquiridos o preferido, e de não ser necessário para os fins prevalecentes tidos em vista, como se pode



LIÇÕES

Jurisprudência Constitucional, 14, 2007

RAPOSO, Vera Lúcia - "Directivas Antecipadas de Vontade: Em Busca da Lei Perdida", Revista do Ministério Público, 125, 2011a

RAPOSO, Vera Lúcia - "Self-Determination in the End of Life: A New Understanding of Human Dignity", in *Third European Conference on Health Law - Book of Proceedings*, 2011b

RAPOSO, Vera Lúcia - "Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida", *Lex Medicinae,* 9(18), 2012

RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico ao Problema Jurídico (Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Profissional na Jurisprudência Nacional),* Almedina, Coimbra, 2013a

RAPOSO, Vera Lúcia - "No Dia em que a Morte Chegar (Decifrando o Regime Jurídico das Directivas Antecipadas de Vontade)", *Revista Portuguesa do Dano Corporal,* 24, 2013b

RAPOSO, Vera Lúcia - *"Filhos de um Deus Menor: As Relações entre Pais e Filhos no Contexto Médico e Genético", a publicar brevemente em obra colectiva coordenada pelo senhor Professor Manuel Trigo*

SANDOR, Giulia – "Obbligo di Informazione Medica e Diritto Penale", *L'Indice Penale,* anno VII, n.º 2, 2004

VIEIRA, Duarte Nuno; RAPOSO, Vera Lúcia – "Professional Medical Responsibility in Portugal: The Juridical Perspective", in *Malpractice and Medical Liability - European State of the Art and Guidelines* (S. Davide FERRARA ed.), Springer, Berlin, 2013.

Figueiredo DIAS dir.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012

DIAS, Jorge Figueiredo, MONTEIRO, Jorge Sinde - *Responsabilidade Médica em Portugal,* Separata do Boletim Ministério da Justiça, 332, 1984

DING Chunyan - "Family Members' Informed Consent to Medical Treatment for Competent Patients in China", *China: An International Journal*, 8(1), 2010

ERS, Entidade Reguladora da Saúde, - "Consentimento Informado (Relatório Final)", Maio de 2009, at https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf (15/04/2010)

FAGNART, Jean-Luc - "Information du Patient et Responsabilité du Médecin", in *Actualités de Droit Médical* (Eric THIRY coord.), Bruylant, Bruxelles, 2006

FRESA, Ricardo - *La Colpa Professionale in Ambito Sanitario,* Wolters Kluwer Italia, Torino, 2008

GÓMEZ JARA, M. – *La Responsabilidad Profesional Sanitaria,* Atelier, Barcelona, 2007

IADECOLA, Gianfranco; BONA, Marco – *La Responsabilità dei Medici e delle Structure Sanitarie (Profili Penali e Civili),* Giuffrè Editore, Milano, 2009

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves - "*Metáfora do Vegetal* ou Metáfora do Pessoal?", *Cadernos de Bioética*, 8, 1994

MELO, Helena Pereira de - "Directivas Antecipadas de Vontade", http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_MA_7777.doc. (03/03/2015)

OLIVEIRA, Guilherme de - "O Fim da Arte Silenciosa", *Revista de Legislação e de* Jurisprudência, 128, 3852 (1Jul1995) / 3853 (1Ago.1995)

PARZELLER, Markus; WENK, Maren; ZEDLER, Barbara; ROTHSCHIL, Markus – „Patient Information and Informed Consent before and After Medical Intervention", *Dtsch Arztebl*, 104(9), 2007

PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

PEREIRA, André Dias - "Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade", 2008, at http://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf (02/11/2014)

PINA, J. A. Esperança - *A Responsabilidade dos Médicos*, 2ª ed. revista, ampliada e actualizada, Lidel cop, Lisboa, 1998

RAPOSO, Vera Lúcia – "Da Moralidade à Liberdade: O Bem Jurídico Protegido na Criminalidade Sexual", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (Manuel da Costa ANDRADE et al. org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2003

RAPOSO, Vera Lúcia - "O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo",

sem primeiro ele ter dado a você a cura da alma. O grande erro dos nossos dias no tratamento do corpo humano é que os médicos separam a alma do corpo."
Platão (380 a.C.)

Referências bibliográficas:

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal (Á Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008

ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista),* Coimbra Editora, Coimbra, 1991

ANDRADE, Manuel da Costa - "Art. 150.º", in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial,* Tomo I, 2.ª ed., (Jorge de Figueiredo DIAS dir.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012a

ANDRADE, Manuel da Costa - "Art. 156.º", in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial,* Tomo I, 2.ª ed., (Jorge de Figueiredo DIAS dir.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012b

ANDRADE, Manuel da Costa - "Art. 157.º", in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial,* Tomo I, 2.ª ed., (Jorge de Figueiredo DIAS dir.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012c

ARS NORTE - Documento-Guia sobre Consentimento Informado, 2009, http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Comiss%C3%A3o%20de%20%C3%89tica/Ficheiros/Consentimento_Informado_Doc_Guia.pdf (04/04/2015)

BRITO, Teresa Quintela de - "Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12, 2002

BRITO, Teresa Quintela de - "Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Permanente", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 15, 2005

BRITO, Teresa Quintela de, et al. - "Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares", in *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos* (Teresa Quintela de BRITO coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2007

DIAS, Jorge Figueiredo - "Art. 131.º", in *Comentário Conimbricense do Código Penal,* Parte Especial, Tomo I, (Jorge de Figueiredo DIAS coord.), Almedina, Coimbra, 1999

DIAS, Jorge de Figueiredo - "Livro II, Parte Especial", in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial,* Tomo I, 2.ª ed., (Jorge de

com o artigo 7.º/1 da lei portuguesa n.º 25/2012, cinco anos após a respectiva assinatura[49]), de forma a garantir que aquela continua a ser a vontade do paciente. Por outro lado, e ainda como forma de atestar a actualidade do consentimento expresso no testamento vital, pode entender-se que todo o consentimento continua actual, isto é, válido, enquanto o testamento vital não for alterado pelo paciente[50].

4. Conclusão

O mundo mudou muito nas últimas décadas e com ele a relação médico-paciente, a concepção da dignidade humana e o papel assegurado à vontade do paciente, conferindo ao respeito pelo consentimento informado o papel de *lex artis* autónoma.

Numa reviravolta surpreendente (ou talvez não) qualquer acto médico está hoje sujeito a intenso escrutínio público (desde logo dos *media*) e a um não menor controlo judicial, que tem culminado muitas vezes em condenações. Tais condenações podem materializa-se em indemnizações que em alguns países se arriscam a ser milionárias (apesar de tudo, um cenário pouco frequente na Europa em geral e em Portugal em particular, e mais raro ainda em Macau), ou no cumprimento de uma sanção penal (hipótese esta nunca verificada na prática em Portugal ou em Macau, mas que teoricamente é uma possibilidade, e cada vez mais forte com a crescente importância conferida à autodeterminação pessoal do paciente). Estas são consequências previstas para qualquer desrespeito pelo consentimento informado, ainda que o paciente não tenha sofrido nenhum dano físico e, ao invés, tenha sido curado ou mesmo a sua vida haja sido salva. Embora esta última hipótese sofra contestação por parte dos que entendem que a salvaguarda da vida funcionaria como limite à autodeterminação, tal conclusão não tem qualquer suporte na letra da lei portuguesa ou macaense.

Conquanto Macau não disponha ainda de jurisprudência sobre este tema, nem tão pouco de estudos doutrinais conclusivos, certo é que enquanto o CP não for alterado toda a actuação médica que não se funde no consentimento informado do paciente se arrisca a sofrer uma condenação penal. Como, aliás, não poderia deixar de ser num ordenamento jurídico que se afirma fundado na dignidade da pessoa humana (artigo 36.º da Lei Básica da RAEM).

> *"Não podemos curar o corpo sem considerar a alma; e devemos começar curando a mente porque tanto a mente com o corpo devem ser saudáveis. Não deixe ninguém persuadi-lo a curar a mente*

49 A lei permite ainda que o paciente revogue o seu consentimento a qualquer momento, salvaguardado assim o seu direito ao arrependimento.

50 Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2008: 171.

regra excepcional, um comportamento que o CP veemente vetou. Certamente que qualquer pessoa fica abalada com uma informação negativa acerca do seu estado de saúde; todavia, não basta o mero abalo, antes se exigindo que a informação cause no paciente consequências profundas e irreversíveis.

2.3 Consentimento actual

O consentimento do paciente deve ser prestado na altura da prática do acto médico em causa[46]. Esta afirmação merece, porém, alguns esclarecimentos.

Antes de mais, o consentimento não tem que ser prestado imediatamente antes, sendo que pode até suceder que um consentimento prestado num exíguo espaço temporal anterior ao acto médico se arrisque a ser apressado e, por conseguinte, pouco ponderado. Existem inclusivamente decisões judiciais que excluíram a relevância de um consentimento prestado sem a devida antecedência[47], por exemplo, poucos minutos antes de uma intervenção cirúrgica delicada, eventualmente estando já o paciente sob intensa pressão psicológica ou mesmo sob o efeito de tranquilizantes[48].

Pode suceder que a urgência do acto médico não se compadeça com mais delongas, de modo que o paciente disporá de pouco tempo para ser informado e reflectir, mas esta possibilidade deve ficar reservada para situações de extrema urgência. Em regra a informação deve ser fornecida ao paciente em tempo útil para que este a possa avaliar, esclarecer as suas dúvidas e decidir em consciência, sendo que a razoabilidade do "tempo útil" deve ser aferida em função da situação concreta (a urgência da intervenção, os respectivos riscos, a personalidade do paciente), pelo que não existe uma tabela matemática que determine um prazo rígido.

O consentimento deve ser próximo do momento da realização do acto médico, o que exclui consentimentos prestados com anos, meses ou semanas de antecedência. Este requisito foi um dos principais obstáculos à admissibilidade legal de testamentos vitais, os quais, pela própria natureza das coisas, são sempre preparados antes do acto médico e, muitas vezes, vários anos antes. Esta exigência tem sido contornada pelos ordenamentos jurídicos mediante a imposição de revalidação do testamento vital após determinado número de anos (de acordo

---

46 RAPOSO, 2013a: 220-221.

47 BGH, VI ZR 131/02. Nesta sua decisão o Supremo Tribunal Federal Alemão condenou (embora em processo cível) a prestação de informações sobre os riscos de uma intervenção cirúrgica na tarde do mesmo dia em que o paciente foi submetido à intervenção.

48 Ontario Hight Court of Justice, 1983, *Ferguson v. Hamilton Civic Hospitals*, 144 BLR (ed) 214. Desta feita a condenação (também ela cível) do tribunal fundou-se no facto de o paciente ter sido informado dos riscos envolvidos no acto médico em causa já após estar sob os efeitos de Valium.

efeitos colaterais, entre outras informações que se possam considerar relevantes no caso concreto. A isto se chama "consentimento informado" [44].

A particularidade do ordenamento criminal macaense, igualmente presente no ordenamento português, é que esta exigência não decorre das meras boas práticas médicas, mas, mais do que isso, do próprio CP. Na verdade, o artigo 151.º CP estipula que, para efeitos do consentimento exigido pelo já referido artigo 150.º CP, o consentimento do paciente deverá ser precedido da informação necessária a uma decisão esclarecida, sob pena de ser inválido (em sintonia com a exigência decorrente do artigo 37.º do CP). Se assim não fosse a exigência de consentimento seria mera formalidade, despojada de sentido, pois o paciente, leigo em questões médicas, não poderia saber o que estava a autorizar ou a recusar.

A informação a providenciar ao paciente deve ser fornecida em tempo útil (isto é, com a devida antecedência para o paciente a ponderar, exceptuando os casos de urgência) e em linguagem adequada ao nível emocional e intelectual do paciente (pelo que a linguagem utilizada deve variar de acordo com as particularidades do concreto paciente).

Em Macau esta exigência assume especificidades derivadas do facto de se tratar de uma ordem jurídica com duas línguas oficiais de direito (mandarim e português) e duas línguas predominantes de facto (cantonense e inglês). É frequente que os profissionais de saúde e os pacientes não partilhem o mesmo idioma de origem, e por vezes têm mesmo dificuldade em encontrar uma língua comum onde ambos consigam expressar-se e compreender-se sem dificuldades. Não raro os formulários de consentimento informado são disponibilizados apenas em caracteres chineses, o que tão-pouco facilita o cumprimento da exigência penal. Contudo, no especifico domínio da informação médica é particularmente fácil incorrer em casos de "lost in translation", pelo que tudo aconselha a que as instituições de saúde e os respectivos profissionais tomem cautelas adicionais de forma a cumprir os requisitos legais e se protejam de uma eventual responsabilidade criminal (e igualmente civil).

Por força da exigência de consentimento informado está vedado ao médico omitir informação relevante do paciente e, muito menos, socorrer-se de artimanhas ou artifícios que levem o paciente a consentir um acto médico que de outro modo recusaria[45]. Todavia, é o próprio artigo 151.º do CP que, na sua parte final, permite ao médico ocultar informação ao paciente, desde que o conhecimento da mesma lhe possa causar tão grave comoção que prejudique a sua recuperação, uma figura jurídica conhecida como privilégio terapêutico. Trata-se de uma possibilidade a ser interpretada muito restritivamente, sob pena de se permitir, por via de uma

44 Cfr. ANDRADE, 2012c: 394-400; SANDOR, 2004: 529 ss.

45 ERS, 2009: 28.

A segunda possibilidade – a instituição de um procurador de cuidados de saúde - apenas é admitida em ordenamentos jurídicos que confiram estatuto jurídico a esta figura, como sucede, por exemplo, com os artigos 11.º e seguintes da já referida lei portuguesa, Lei n.º 25/2012. Trata-se de um representante escolhido pelo próprio paciente, cujos poderes de representação se restringem a questões relacionadas com a prestação de cuidados de saúde[41]. A exigência da natureza pessoal do consentimento foi durante muito tempo um dos principais obstáculos ao reconhecimento jurídico desta figura, mas na verdade a pessoalidade nunca seria óbice a tal reconhecimento, dado que a instituição de uma procuração, desde que feita de forma livre, representa um acto de liberdade pessoal, pelo que manifesta ainda a "pessoalidade" do consentimento do paciente[42]. Tanto assim é que a figura do representante legal não está excluída face a outros actos também eles eminentemente pessoais, como sejam por exemplo o casamento (artigo 1495.º CC) e a perfilhação (artigo 1704.º CC).

No ordenamento jurídico da China continental admite-se que o consentimento possa ser prestado por familiares, uma regra que se prende, por um lado, com questões culturais, por outro, com razões pragmáticas[43]. Esta solução parece influenciar substancialmente a prática médica em Macau, onde é habitual pedir o consentimento aos familiares do paciente. Porém, a lei vigente na RAEM – ainda de forte inspiração portuguesa - é totalmente contrária a esta perspectiva, pelo que o consentimento prestado por terceiro é ineficaz, mesmo que seja familiar próximo do paciente. Logo, não protege o profissional de saúde do crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias. Bem pelo contrário, pode inclusivamente fazê-lo incorrer no crime de violação de segredo, previsto e punido no artigo 189.º CP, dado que os dados de saúde fazem parte da esfera privada da vida da pessoa e não podem ser revelados a terceiros – nem mesmo a familiares - sem o consentimento do próprio titular, tal como resulta da Lei n.º 8/2005, a lei de protecção de dados pessoais.

2.2. Consentimento informado

O consentimento do paciente de nada vale se não for devidamente esclarecido quanto ao diagnóstico, prognóstico, tratamentos possíveis, riscos e

---

nosso estudo "Filhos de um Deus Menor: As Relações entre Pais e Filhos no Contexto Médico e Genético", a publicar brevemente em obra colectiva coordenada pelo senhor Professor Manuel Trigo.

41 Sobre o regime jurídico desta figura no ordenamento português, RAPOSO, 2013b: 79-109.

42 Neste mesmo sentido, LOUREIRO, 1994: 41; MELO, 2010: 13; PEREIRA, 2006: 250, 251; RAPOSO, 2011a: 178, 184.

43 Sobre as motivações desta solução, DING CHUNYAN, 2010: 139-150.

jurídico neles tutelado[38]. Porém, hipotéticas dúvidas são esclarecidas pelo teor do preceito, que categoricamente permite a recusa de actos médicos por parte do paciente, sem colocar como limite a salvaguarda da vida ou mesmo a protecção da integridade física.

Daqui se conclui que o valor da autodeterminação do paciente assume, em sede criminal, uma dupla relevância: por um lado, criminaliza actos médicos (entenda-se, actos médicos no sentido descrito pelo artigo 144.º do CP) praticados contra, ou mesmo independentemente, do consentimento do paciente; mas, por outro lado, impede a criminalização de actos médicos que conduzam a prejuízo para a saúde, corpo ou vida do paciente, desde que tais actos se destinem a respeitar a recusa do paciente em receber tratamento médico.

2. Requisitos do consentimento do paciente

2.1. Consentimento pessoal

O consentimento para intervenções médicas tem que ser prestado pelo próprio paciente, apenas se admitindo duas excepções a esta regra: por um lado, no caso de pessoas juridicamente incapazes de consentir; por outro lado, quando exista um procurador de cuidados de saúde legitimamente instituído. Analisemos cada uma das destas possibilidades.

Segundo o Código Civil carecem de personalidade jurídica os menores de 18 anos (artigos 111.º e 112.º CC) e os interditos por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, que se mostrem incapazes de governar a sua pessoa e bens (artigo 122.º ss. CC)[39]. Em qualquer destes casos o consentimento para actos médicos caberá aos respectivos representantes legais, que serão, em regra, os pais, na primeira hipótese, e um tutor, na segunda hipótese. Em ambas as hipóteses poderá a decisão do representante legal ser juridicamente desafiada, caso vá contra o melhor interesse do paciente. Será o que sucede quando um acto médico *live saving* seja recusado sem justificação relevante, o que leva a concluir que, quando o consentimento seja prestado por terceiro, se colocam limitações acrescidas ao seu conteúdo[40].

---

38 Veja-se, a titulo de exemplo, o artigo 162.º do CP (Procriação artificial não consentida), inserido no Capítulo V, relativo aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, quando na realidade o bem jurídico aí tutelado é a liberdade e autodeterminação reprodutivas. Cfr. RAPOSO, 2003: 949-995.

39 Obviamente que no caso dos interditos não basta que se alegue a sua incapacidade junto do médico, é ainda necessário que a mesma se encontre judicialmente reconhecida, sob pena de amigos e familiares poderem facilmente ultrapassar a vontade do paciente alegando motivos falsos e mesmo fraudulentos.

40 Sobre o consentimento para actos médicos prestados pelos pais face a filhos melhores, veja-se o

a uma das partes, a lei tutelava a parte não responsável pela falta de forma, criando a referida excepção[132]. Tanto o inquilino como o senhorio se podiam prevalecer do arrendamento desde que lhes não pudesse ser imputável a falta de forma, podendo, para o efeito de fazer a prova do contrato, valer-se de qualquer outro meio de prova[133] (art.° 8.° n.° 2 LIU).

Havia assim que verificar consoante a falta da forma legalmente prescrita era imputável a ambos os contraentes ou apenas a um deles. Se a falta da forma legalmente prescrita fosse imputável a ambos, o arrendamento seria reconhecido se constasse de escrito particular; caso não tivesse sido reduzido a escrito, o contrato seria inválido. Se a falta de forma apenas fosse imputável a uma das partes, então a contraparte poderia sempre prevalecer-se do arrendamento, quer o contrato tivesse sido reduzido a escrito quer não; podendo o interessado, nesta última situação, fazer prova do contrato por qualquer meio.

Mas porque é que o legislador reduzia o contrato ao prazo de seis meses? Tratava-se, de facto, de uma redução do negócio, que operava *"ope legis"*. O contrato teria de ser por prazo superior a seis anos (art.° 2.°, al. p) do C.R.P.), pois só assim estava sujeito a registo e, como tal, caberia dentro da al. a) do n.° 1 do art.° 10.° da LIU. Salvando o negócio, o legislador reduzia o prazo para seis meses por ser o prazo supletivo - art.° 22.°, n.° 1 da LIU. Tudo se passava como se as partes não tivessem convencionado o prazo do arrendamento.

Mas, repare-se, já nos demais casos referidos nas várias alíneas do n.° 1 do art.° 10.° da LIU a excepção não funcionava; nem sequer, ao contrário do que acontecia no âmbito do n.° 2 do art.° 8.° da LIU, no caso de o fim do contrato

---

132 Se bem nos dermos conta, esta era uma excepção a uma excepção. Isto é: a regra, como sabemos, é a liberdade de forma; a excepção é a exigência de uma dada forma; a excepção que apontamos é uma excepção a esta última excepção pois, afinal, diz-se que para aqueles casos particulares o contrato não é nulo mas válido nas condições indicadas, verificando-se os requisitos exigidos: tratar-se de arrendamento habitacional; ser a falta da escritura pública imputável apenas a uma das partes ou haver documento escrito particular.

133 Não é correcto dizer-se aqui *"por qualquer meio de prova"*, pois desde logo resultava do n.° 3 que se fosse o inquilino a invocar o contrato de que não existe documento, imputando, embora, essa falta ao senhorio, ele só era admitido a fazer prova da existência do contrato se apresentasse *"recibo de renda, passado por quem tenha direito ao gozo do prédio ou pelo seu representante "*, isto é, recibo devidamente assinado ou, em Macau, com a assinatura substituída pelo *"selo em caracteres chineses usado pelo senhorio ou pelo seu cobrador"* - n.° 4. Afinal, o inquilino não podia provar por qualquer meio o contrato, pois, para o poder fazer, teria sempre de exibir, primeiro, o recibo de renda ou, então, socorrer-se do depósito referido no n.° 5.
Quer isto dizer por exemplo, que não lhe aproveitava ter testemunhas que o tivessem visto pagar a renda ao senhorio. Se não tivesse um recibo de renda, ou se este não estivesse assinado, não podia fazer prova. Do que se conclui que só o senhorio podia aproveitar de *"qualquer outro meio de prova"*. Sobre esta questão vide *infra* em texto.

ser qualquer outro fim lícito. Em todos esses casos, a falta de escritura pública determinava sempre a nulidade[134] do contrato, que não poderia ser admitido em juízo, nem invocado perante qualquer autoridade ou repartição pública, ainda que a falta de forma fosse exclusivamente imputável a uma das partes (2ª parte do n.° 3 do art.° 10.°).

Actualmente, dispõe o n.° 2 do art.° 21.° que «O arrendamento será, não obstante a falta de título escrito, reconhecido em juízo, por qualquer outro meio de prova, quando se demonstre que a falta é imputável ao senhorio ou ao arrendatário». O que quer dizer que a falta de observância da forma legalmente prescrita apenas pode ser sanada quando for imputável apenas a um dos contraentes e desde que o outro nisso esteja interessado, que assim poderá fazer valer o arrendamento ou invocar a nulidade. Por outras palavras, o destino do contrato ficará na dependência exclusiva do critério do contraente que não deu causa à falta de forma.

Caso o contraente a quem não for imputável a falta de forma queira prevalecer-se do contrato, então poderá, a exemplo do que sucedia à face da LIU (art.° 8.°, n.° 2), efectuar a prova do contrato por qualquer outro meio de prova admitido em direito (art.° 21.°, n.° 2).

No entanto, e também de acordo com o que sucedia à face do art.° 8.°, n.° 3 da LIU, se o contraente que se pretende prevalecer do contrato é o arrendatário, então não lhe basta imputar a inobservância da forma prescrita ao senhorio, e depois recorrer a qualquer meio de prova para efeitos de provar o arrendamento. Isto, porque a imputação ao senhorio da inobservância da falta de forma só releva se acompanhada da apresentação de recibo de renda, passado por quem tenha direito ao gozo do prédio (art.° 21.°, n.° 3).

Mas agora, e ao contrário do que sucedia sob o império da LIU (art.° 8.°, n.° 5), já não se pode valer o arrendatário do depósito, feito dentro dos três meses subsequentes ao vencimento da primeira renda, para efeitos de substituir a falta do recibo de renda.

Na verdade, na vigência da LIU, o legislador admitia que, quando o arrendatário não tivesse recibo de renda passado por quem tivesse direito ao gozo do prédio, pudesse substitui-lo pela apresentação do duplicado da guia do depósito da renda efectuado nos três meses posteriores ao vencimento da primeira renda, contanto que o depósito não viesse a ser impugnado ou, se impugnado, a impugnação viesse a ser julgada improcedente (art.° 8.°, n.° 5 da LIU).

Pretendia-se com esta solução obviar às gravosas consequências da inexistência do recibo de renda para o arrendatário –impossibilidade de se

134 O legislador usava, aqui, a expressão "absolutamente nulo" porque na altura da elaboração da LIU ainda a doutrina distinguia entre nulidades absolutas e nulidades relativas, que correspondem, na moderna teoria geral do negócio jurídico, à nulidade e à anulabilidade, respectivamente.

prevalecer do arrendamento–, sabido que, não tendo o contrato sido reduzido a escrito por causa imputável ao senhorio, este, normalmente, não estaria interessado em passar recibo de renda; pois pretenderia manter a possibilidade de, a todo o tempo, abrigando-se à sombra do vício de forma, que tornava o arrendamento ininvocável em juízo, reivindicar o prédio do arrendatário por falta de título legitimador da ocupação e, assim, obter a restituição do mesmo.

No fundo, com a admissibilidade da substituição do recibo de renda pela apresentação do duplicado da guia do depósito da primeira renda, vinha-se a permitir num segundo momento aquilo que se havia impedido num primeiro momento: que o arrendatário pudesse fazer prova do arrendamento recorrendo a qualquer meio de prova, *maxime* à prova testemunhal, caso o senhorio impugnasse o depósito da renda. Ora, era justamente o facto de o arrendatário, no âmbito do processo de impugnação do depósito, poder recorrer à prova testemunhal, que fazia levantar um coro de protestos contra esta medida[135].

Já que, dizia-se: «Se um indivíduo que se instala abusivamente na casa tiver o cuidado de depositar a primeira renda, lá teremos o proprietário caído nas dificuldades inerentes à prova testemunhal para ilidir a presunção ínsita no depósito e demonstrar que não existe contrato algum, mesmo verbal.»[136].

Aliás argumentação semelhante, pelo que toca aos inconvenientes da admissibilidade da prova testemunhal em sede de prova do arrendamento, foi esgrimida na República para se justificar o regresso à regra da consensualidade no art.° 36.°, n.° 1 da Lei n.° 2030, de 22 de Junho de 1948. Dêmos a palavra a Tito Arantes: «(...) Por um lado, exigia-se a redução do contrato a escrito; mas, por outro, permitia-se, na sua falta, provar do mesmo modo a existência do contrato quando um outorgante demonstrasse que cabia ao outro a culpa da carência do título. Daí o espectáculo, tanta vez pouco dignificante, a que se assistia nos tribunais, *de aparecerem sempre duas testemunhas a afirmar que realmente a não redução a escrito do arrendamento era devida à parte contrária*. Ora, a verdade é que, determinando a lei a necessidade de título escrito, o facto de qualquer pessoa concordar em ir habitar uma casa, como arrendatária, e de o locador concordar nessa ocupação, sem prévia outorga do documento requerido por lei, demonstrava

---

135 Cfr. Ac.TSJ de 3/11/94, Proc. n.° 209, in Acordãos do TSJ, Tomo II, P. 829, que esclarece que: «Como é referido na "Revista dos Tribunais" 66.°, 194, pelo Dr. J.G.Sá Carneiro, a razão de ser da lei (a opinião era expressa face ao art.° 36.° da Lei n.° 2030, de 22 de Junho de 1948, que pela primeira vez veio exigir a necessidade de o arrendatário, para efeitos de se prevalecer do arrendamento não reduzido a escrito por facto imputável ao senhorio, apresentar recibo de renda) está em ter querido afastar a prova testemunhal, admitindo apenas a prova documental, em apertados termos.»; vide infra em texto.

136 Cfr. Joaquim Nepomuceno, *"Lei do inquilinato no Ultramar"* (Decreto n.° 43525), anotada, Imprensa Nacional de Moçambique, 1963, p. 58, nota 13.

que, na generalidade dos casos, a culpa da falta de título era imputável aos dois. E sendo-o, haveria a impossibilidade legal de provar o contrato. Ora, na prática dos tribunais não se julgava assim. Os Juízes, impressionados pela evidência de um arrendamento de facto, eram levados a facilitar a prova de que a culpa de inexistência do título era realmente da parte contrária» (os itálicos são nossos).

Como decorre cristalinamente dos dois excertos transcritos, era essencialmente uma desconfiança visceral pela prova testemunhal que estava na base da solução de se exigir ao arrendatário a exibição de recibo de renda, sempre que pretendesse arguir a existência de um arrendamento formalmente inválido por causa imputável ao senhorio.

Parece-nos, no entanto, claro que se o problema se prende com a falibilidade da prova testemunhal a sede da sua resolução não é esta, mas o Código de Processo Civil, onde este tipo de prova é regulado.

Por outro lado, é exagerada e desproporcionada a solução, na medida em que parte de um facto de verificação incerta, para estabelecer uma solução particularmente gravosa: o não reconhecimento do arrendamento; mas, repare-se, apenas pelo que toca ao arrendatário. O que se nos afigura não só injusto, mas também discriminatório.

Na verdade, pelo simples facto de se temer que as testemunhas possam mentir, correndo-se o risco de se reconhecer assim um arrendamento inexistente, afasta-se *in limine* a possibilidade de o arrendatário se valer de prova testemunhal. Esquecendo-se que não está demonstrado que as testemunhas mintam sempre; bem pelo contrário, a admissibilidade em geral deste meio de prova demonstra justamente que normalmente as testemunhas dizem a verdade.

Tão-pouco se demonstra, partindo-se do princípio (perigoso!) de que mentem, que as testemunhas mintam mais nestas situações do que em qualquer outra, pois só a ser assim é que a solução não seria exagerada. Aliás, sempre se poderia dizer, caricaturando, que nem tão-pouco está demonstrado que, mentindo, mintam no sentido de demonstrar que existe o que nunca existiu, pois pode bem suceder que mintam, sim, para demonstrar que existe o que na verdade existe *(direito escrito por linhas tortas!)*.

Como é sabido, a prova testemunhal é avaliada pelo Juiz, decisor em última instância quanto à fiabilidade da referida prova. Ora, não é a intervenção do Juiz, pessoa especialmente preparada para apreciar as provas que lhe são submetidas, garantia suficiente da desmontagem de testemunhos fabricados? O que nos leva a questionar se, verdadeiramente, o que o legislador temeu foi o falso testemunho ou se foi a competência dos nossos juízes[137].

137 Esta ideia de uma certa desconfiança pela capacidade dos nossos juízes parece, aliás, estar presente subliminarmente, ainda que seja absolutamente inaceitável, na opção por certas soluções do

Por outro lado, o recurso à prova testemunhal apenas está vedado ao arrendatário em sede de prova do contrato, mas já não em sede de contestação do contrato de que se pretenda prevalecer o senhorio. O que não deixa de ser uma incongruência, algo esquizofrénico mesmo, pois se admite para umas coisas e não para outras, ainda que o que esteja em causa seja a mesma questão: a prova de um arrendamento. Ou será que em sede de contestação de um arrendamento, que o senhorio pretende existir, a prova testemunhal apresentável pelo arrendatário passa a estar isenta de pecado venial?

Acresce que, ao exigir-se *ne varietur* a exibição de recibo de renda, inviabilizar-se-á, na generalidade das situações, e para a generalidade das situações se faz a lei, que o arrendatário prove um arrendamento quanto ao qual não existam dúvidas relativamente a ninguém da sua existência.

Quer isto dizer que visando-se impedir a prova de arrendamentos inexistentes, acabou por se cair na solução não menos gravosa, se não mesmo mais, de se impedir a prova de arrendamentos existentes. O que, sabido que o arrendatário só se pode valer do contrato inválido por falta de forma quando a mesma for imputável ao senhorio, se traduz num nítido benefício ao infractor e numa coonestação de uma manifesta injustiça.

Mas, para além de injusta, a solução prescrita é discriminatória, pois ao senhorio estão abertas todas as possibilidades de prova, inclusive a falível prova testemunhal, a tal prova que não se admite possa ser utilizada pelo arrendatário para o mesmo efeito, a tal prova tão falível que justifica a exigência de um documento formal, o recibo de renda, quando se trate da invocação do arrendamento pelo arrendatário.

E não se diga que o senhorio não terá normalmente interesse em invocar a existência de um contrato de arrendamento que de facto não existe; por isso que quando se apresenta a invocar a existência de um arrendamento é porque de facto esse contrato foi celebrado, e só não foi reduzido a escrito porque o arrendatário não quis. Basta pensar na invocação, face a um terceiro de amplos recursos, de um pseudo-arrendamento com rendas muito elevadas. E só para demonstrar a pertinência do argumento *ad absurdum,* pense-se na hipótese de se arguir que o prazo desse arrendamento é de 10 anos, agravado com a possibilidade de actualizações da renda.

Dir-me-ão que se trata de hipótese demasiado inverosímil, mas não será do mesmo modo inverosímil que alguém se encontre a ocupar, por hipótese, um apartamento para fins habitacionais, sem que tenha um título? Isto porque se alguém

---

nosso legislador: recorde-se a não inclusão no Código Civil da possibilidade, metodologicamente correcta, de aplicação analógica das normas jurídicas excepcionais (cfr. A. Castanheira Neves, "*Metodologia Jurídica*", Studia Iuridica, Coimbra, 1993, p. 275).

se encontra na detenção de um imóvel é porque conseguiu lá entrar; ora, para tal, ou utilizou chave, caso em que, a não a ter furtado ou duplicado ilicitamente, terá título, ou usou de meios violentos. Se foi este o caso, o normal[138] é que o dono reaja imediatamente pelas vias competentes. Mas se não só não reaje, como ainda aceita a situação, só há que concluir tratar-se de detenção titulada. A questão será então saber-se qual o título: se um arrendamento, se um comodato[139].

Na esmagadora maioria das situações será certamente uma situação arrendatícia, já que muito raramente se admitirá a alguém a utilização gratuita de um espaço do qual se pode retirar um rendimento, arrendando-o. Aliás, a lição da experiência vai até no sentido de que as situações que se apresentam sob a capa de um comodato, não serem mais do que um estratagema, em fraude à lei, para tornear as imposições da legislação vinculística. Por isso, as situações de comodato, muito embora existam, tendem a ser excepcionais; e, mais do que isso, baseadas numa

---

138 Dizemos o normal, porque pode acontecer que o dono não tenha tido conhecimento da ocupação.

139 Disto mesmo se dava conta a Câmara Corporativa quando, para justificar o regresso à regra da consensualidade na Lei n.° 2030 (art.° 36.°) no seu parecer n.° 15, de 5 de Fevereiro de 1947 dizia: «Há um elemento de excepcional relevo a atender: a facilidade de prova do contrato de arrendamento. Quem habita um prédio alheio e paga uma renda não pode ocupar em relação ao proprietário senão uma posição jurídica - a de arrendatário do prédio. Não pode essa situação confundir-se com qualquer das propriedades imperfeitas admitidas em direito, porque essas são facilmente identificáveis. E não pode confundir-se com a cedência gratuita do uso do prédio (comodato), desde que é efectivamente paga uma renda. Por outro lado, a autenticidade e seriedade da vontade por parte do proprietário está também assegurada por uma série de manifestações representadas pelo recebimento das rendas (...). Parece, nestas condições, à Câmara Corporativa que não há inconvenientes, e antes há vantagens, em se regressar abertamente ao sistema da oralidade prescrito no art.° 1.° do projecto. Mas entende que devem estabelecer-se duas limitações: Uma delas resulta um pouco do que está dito. Se o proprietário não recebe rendas nem assina recibos, o contrato pode confundir-se com o de comodato, e não é conveniente que a cedência gratuita de uma casa possa transformar-se num contrato de arrendamento pelo simples depoimento de duas testemunhas. É preciso evitar essa possibilidade de fraude, que até pode prejudicar aquelas cedências, pelos perigos a que os proprietários naturalmente se não quererão sujeitar)).

Como se vê, admite-se que, se alguém ocupa sem oposição, o título será ou um arrendamento ou um comodato. O que se não percebe é porque é que a possibilidade de alguém se poder aproveitar despudoradamente de um empréstimo para pretender ter um arrendamento, tenha que justificar uma solução que limita drasticamente a possibilidade de o arrendatário poder fazer prova do contrato, quando a despeito de pagar renda não tem recibo da mesma, por o senhorio se recusar a passá-lo. E é este o vício de raciocínio de que, quanto a nós, enferma o passo transcrito do citado parecer: com efeito, parte do princípio de que se o senhorio recebe a renda, passa recibo. Ora, não há nada donde se possa retirar tão apodítica conclusão. Na verdade, o senhorio se se recusou a reduzir o contrato a escrito, normalmente também se recusará a passar recibos. Pois, caso contrário, estaria a deixar entrar pela janela aquilo que quis proibir que entrasse pela porta: o reconhecimento do arrendamento.

particular relação de confiança pessoal, que ainda mais raramente suscitarão tão reprovável comportamento; qual seja o de alguém, a quem determinado prédio foi emprestado, visando manter a utilização do mesmo, vir invocar a existência de um arrendamento.

De todo o modo e admitindo, como não pode deixar de se admitir, que semelhantes comportamentos patológicos possam verificar-se, não pode deixar de se concordar tratar-se de situações absolutamente excepcionais, pelo que, não justificam a necessidade de soluções particulares, muito menos serem erigidas em regra geral, e muito menos ainda quando estas se traduzem na drástica limitação dos meios de prova do arrendamento de que se pode valer o arrendatário.

São conhecidos os nefastos resultados destas incongruências na República: o legislador não só afastou a necessidade de exibição do recibo de renda, para efeitos da prova do arrendamento, quando este fosse invocado pelo arrendatário, admitindo-o, desde que nisso estivesse interessado, a fazer prova do contrato por qualquer meio, como acabou por ser mais papista que o Papa, criando, no dizer de Pires de Lima, Antunes Varela[140], uma verdadeira aberração jurídica ao decretar que, acontecesse o que acontecesse, a falta de observância da forma legalmente prescrita seria sempre imputável ao senhorio, sendo que a respectiva nulidade apenas poderia ser invocada pelo arrendatário [141].

Com efeito, o D/L n.° 188/76, de 12 de Março, no seu art.° 1.°, n.° 3, veio permitir ao arrendatário a faculdade de provar o arrendamento por qualquer meio, incluindo, pois, a prova testemunhal e a prova por presunções. Faculdade esta de que o arrendatário se podia valer para fazer prova mesmo dos contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor deste diploma legal, por força do disposto no art.° 2.°, n.° 1 do mesmo.

No n.° 2[142] do art.° 1.° do citado D/L n.° 188/76, estabelecia-se que a falta de redução a escrito se presumia imputável ao senhorio e a respectiva nulidade apenas poderia ser invocada pelo arrendatário. Regra esta que, de acordo com a maioria da doutrina[143], não poderia deixar de ser aproximada da regra paralela

---

140 Cfr. ob. cit., p. 343.

141 Esta solução foi consagrada pela primeira vez quanto aos arrendamentos indicados na al. b) do n.° 1 do art.° 1029.° CCivil, na redacção dada a este preceito pelo D/L n.° 67/75, de 19 de Fevereiro.

142 Inspirado (ou talvez devêssemos dizer antes desinspirado!) pela solução consagrada no n.° 3 do art.° 1029.° CCivil, na redacção resultante do D/L n.° 67/75, de 19 de Fevereiro.

143 Efectivamente, a maioria da doutrina (cfr., por todos, M.Januário Gomes, ob.cit., p. 57 e autores aí citados) considerava que, apesar de a redacção do art.° 1.°, n.° 2 do D/L n.° 188/76, de 12 de Março não ser tão clara quanto a do n.° 3 do art.° 1029.° CCivil, se estabelecia aí uma presunção absoluta. Em sentido contrario, dizendo tratar-se de mera presunção *iuris tantum* quer a estabelecida no art.° 1.°, n.° 3 do D/L n.° 188/76, quer a estabelecida no n.° 3 do art.° 1029.°

do n.° 3 do art.° 1029.° CCivil, na redação resultante do D/L n.° 67/75, de 19 de Fevereiro, pelo que se trataria de uma presunção *iure et iure.*

O que em muitos casos, como observava José Gualberto Sá Carneiro[144], significava que o legislador havia decretado uma mentira. Na verdade, decretar-se que a falta de contrato escrito é sempre imputável ao senhorio, mesmo que seja pacífico que a culpa é do arrendatário, é decretar- se algo em nítida contradição com a verdade, logo, uma mentira.

Mas, do mesmo modo, não se admitir que o arrendatário, e só para este o problema se coloca, mais uma vez o advertimos, possa prevalecer-se de um arrendamento quanto ao qual não existem dúvidas da sua existência – porque o arrendatário está na detenção da casa sem oposição do senhorio que recebe as rendas, embora não passe recibo, só porque não tem nenhum recibo de renda –, é admitir-se que não existe aquilo que existe, é admitir-se e coonestar-se uma mentira.

Parece-nos, pois, que muito embora a solução, consagrada no art.° 21.°, n.° 3, esteja em consonância com o direito pretérito, nem por isso é a mais justa, bem pelo contrário, sabido que na esmagadora maioria das situações, e para estas, mais uma vez o repetimos, se faz a lei, a falta da redução a escrito do contrato é imputável ao senhorio[145].

Ora, esta última consideração justificaria até que, se algum desvio houvesse que introduzir em matéria de prova, esse desvio fosse no sentido de se presumir a falta de forma como imputável ao senhorio, mas admitindo-se prova em contrário[146].

Por isso, propendemos para entender que, não se querendo aceitar a lição do *id quod plerumque accidit,* a solução mais justa seria a de colocar ambos os contraentes em pé de igualdade quanto à possibilidade de fazerem prova do contrato, admitindo-se-lhes a utilização de qualquer meio de prova e deixando ao

---

CCivil, pronunciou-se Pinto Furtado, ob. cit., pp. 273 ss.

144 *In "Breves reflexões sobre a nova legislação locativa",* Rev.Trib., ano 93.°, pp. 93 e 94. Note-se que a opinião deste autor foi emitida face à solução consagrada no n.° 3 do art.° 1029.° CCivil, na redacção resultante do D/L n.° 67/75, de 18 de Fevereiro, mas vale por igualdade de razão para a solução consagrada pelo n.° 3 do art.° 1.° do D/L n.° 188/76, de 12 de Março, bem como face ao D/L n.° 13/86, de 23 de Janeiro, já que os n.°s. 1, 2 e 3 do art.° 10.° deste último diploma correspondem exactamente aos n.°s. 1 e 3 do D/L n.° 188/76, de 12 de Março.

145 Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 343.

Aliás, recorde-se que a possibilidade de o contrato ser reconhecido, não obstante a falta de redução a escrito, foi instituída pela primeira vez pela Lei n.° 1662 (art.° 4.°), quando a mesma fosse devida a negligência, coacção, dolo ou má fé do senhorio. Quer dizer, para o legislador de então, a falta de observância de forma era, regra geral, imputável ao senhorio. Só com o D/L n.° 22661, de 13 de Junho de 1933, se passou a admitir a possibilidade de qualquer dos contraentes poder fazer prova de que a falta de contrato escrito era imputável à contraparte.

146 Neste sentido, Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., p. 343; M.Januário Gomes, ob. cit., p. 61.

Juiz a apreciação da respectiva credibilidade[147].

Na República, a situação é diferente. Com efeito, o art.º 7º, n.º 1 do RAU impõe a obrigatoriedade da celebração por escrito e o n.º 3 do mesmo preceito dispõe que: «No caso do n.º 1, a inobservância da forma escrita só pode ser suprida pela exibição do recibo de renda e determina a aplicação do regime de renda condicionada, sem que daí possa resultar aumento de renda.»; assim, a não redução a escrito determina, em princípio, a nulidade do arrendamento por vício de forma; excepcionalmente permite-se ao arrendatário suprir a falta de contrato escrito com a exibição do recibo de renda. Não havendo recibo de renda, a falta de forma não pode ser suprida, sendo o contrato nulo. A novidade deste regime reside no facto de, por um lado, se impor a obrigatoriedade da redução a escrito do contrato de arrendamento de prédios urbanos; por outro lado, no facto de apenas se permitir ao arrendatário suprir a falta de forma do contrato com a exibição do recibo de renda. Quer isto dizer que o senhorio, no caso de o contrato não ter sido reduzido a escrito, não pode, ao contrário do que acontecia no direito pretérito e acontece ainda hoje em Macau, suprir a falta de forma, mesmo que esta seja imputável à contraparte, sendo o contrato nulo. O novo regime da República, em matéria de inobservância da forma prescrita, faz aplicação das regras gerais quanto à falta de forma prescrita: nulidade (art.º 220º CCivil), excepcionando apenas a possibilidade da apresentação de recibo de renda pelo arrendatário, que pretendeu salvaguardar os arrendamentos celebrados essencialmente no interior do país onde são vulgares ainda hoje os arrendamentos ajustados verbalmente[148].

Como a exigência de recibo de renda se destina a fazer prova da declaração do senhorio poderá este ser substituído por confissão expressa do senhorio constante de documento escrito, nos termos do art.° 364.°, n.° 2 CCivil[149]. Neste sentido, a jurisprudência, na República, tendia a considerar como confissão expressa a declaração do arrendamento na Repartição de Finanças, nos termos dos art.°s 116.° e 118.° do Cód.Cont.Pred.[150]. Orientação esta que se nos afigura merecedora

147 Era esta a solução que, no dizer de Pais de Sousa, parecia resultar do n.° 3 do art.° 7.° do RAU na República. Com efeito, dispõe este preceito que: «No caso do número 1, a inobservância da forma escrita só pode ser suprida pela exibição do recibo de renda e determina a aplicação do regime de renda condicionada, sem que daí possa resultar aumento de renda»). A exigência da exibição de recibo de renda é feita pois em termos perfeitamente genéricos, pelo que tanto valeria quando quem se quer prevalecer do contrato é o arrendatário, como quando quem se pretende prevalecer do contrato é o senhorio (cfr. Pais de Sousa, ob. cit., p. 68).

148 Cfr. Menezes Cordeiro, outro, ob. cit., p. 59.

149 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 118, nota 1. Vide Ac. RP, de 2916/1973, BMJ, 228.° - 273. Neste sentido se pronunciou recentemente o TSJ no seu Acordão de 3/11/94* in Acordãos do TSJ, Tomo II, p. 828.

150 Cfr. Pereira Coelho, ob. cit., p. 118, nota 1. Vide Ac.RP, de 30/411969, 1R, 15.° - 471; Ac. RP,

de aplauso e válida para Macau face ao disposto no art.° 17.°, n.° 2 do RCPU[151].

Em nossa opinião, deve também valer como confissão expressa do senhorio, a propositura de uma acção de despejo para o efeito de obter a entrega do prédio. Com efeito, a acção de despejo é o meio processual idóneo para pôr termo a um contrato de arrendamento (art.° 116.°), pelo que a propositura da acção de despejo tem de ser considerada como admissão inequívoca da existência do arrendamento e logo da declaração respectiva do senhorio.

Afigura-se-nos também que, quando a renda seja paga por meio de cheque emitido a favor do senhorio, o desconto dos respectivos cheques deva ser considerado como um índice da existência do arrendamento, e, logo, deva ser equiparado a confissão. Índice que se consolidará com cada novo desconto. Isto porque, ao depositar o cheque, o senhorio está a demonstrar inequivocamente a sua aceitação do pagamento da renda, e, consequentemente, do arrendamento, sendo que essa sua declaração consta de documento escrito, a guia de depósito e o registo bancário da operação.

É claro que do simples depósito de um cheque emitido a favor do senhorio pelo arrendatário não decorre sem mais a prova do arrendamento. Isto porque, sendo o cheque um título de crédito, por força do princípio da abstracção, a causa da sua subscrição não transparece dele, pelo que não se pode pretender, sem mais, que essa causa é a liquidação da dívida de renda. Mas a frequência e regularidade do desconto de cheques do mesmo valor sacados pelo arrendatário a favor do senhorio serão índices demonstradores da existência, e aceitação pelo senhorio, da mencionada relação arrendatícia.

Sendo a falta de forma imputável a ambos os contraentes, ou não sendo possível determinar-se a qual dos contraentes é imputável, o contrato será irremediavelmente nulo, não podendo nem o senhorio nem o arrendatário dele prevalecer-se.

Ao contrário do que sucedia na vigência da LIU (art.° 8.°, n.° 4), não

---

de 25/6/1969, BMJ, 194.° - 285; Ac.RP, de 19/6/11970, JEt, 16.° - 57; Ac.RP, de 26/10/1973, BMJ, 230.° 158.

151 De acordo com este preceito, na redacção dada pelo D/L n.° 19/87M, de 13 de Abril, devem ser participados à Repartição ou Delegação de Finanças competente, no prazo de quinze dias, mediante apresentação da declaração de modelo M/4, os contratos de arrendamento titulados por escritura pública ou instrumentos fora de notas e os contratos meramente verbais (art.° 17.°, n.° 1 e 2 do RCUM), e os contratos de arrendamento titulados por documento particular? Na redacção anterior ao D/L n.° 19/87/M, de 13 de Abril deste preceito, previa-se no n.° 3 que os contratos de arrendamento titulados por documento particular deveriam ser participados às Finanças no prazo de 30 dias.

Recorde-se que com a entrada em vigor do RAUM a forma exigida para a celebração do arrendamento passou a ser uniformemente a mera redução a escrito, independentemente do fim ou prazo do contrato. Já não existem pois arrendamentos sujeitos a escritura pública.

especifica a lei que a assinatura do recibo possa ser substituída pela aposição do selo em caracteres chineses usado pelo senhorio ou seu representante. Pelo que se coloca a questão de saber se esta prática continua ou não a ser permitida. Não parece que tenha sido intenção da lei exigir que o recibo seja obrigatoriamente assinado pelo punho do senhorio ou pelo seu representante, já que sendo uma prática corrente, entre a comunidade chinesa, que a assinatura autógrafa seja substituída pela utilização de um selo com os caracteres chineses correspondentes ao nome do sujeito, seria, no mínimo, estranho tal proibição numa lei que se pretende ser especialmente vocacionada para as necessidades e especificidades do Território.

13. Menções obrigatórias do contrato de arrendamento

A lei não se basta com o afastamento da regra da consensualidade, exigindo a redução a escrito do contrato, impõe ainda um conteúdo mínimo[152] ao contrato. Com efeito, nos termos do art.° 22.°, do contrato devem constar obrigatoriamente os elementos indicados nas várias alíneas do n.° 1, e, sempre que o objecto ou fim contratual o determinem, os elementos indicados nas várias alíneas do n.° 2.

A primeira das menções que o contrato deve conter, por força da al. a), é a identidade das partes (corresponde aos sujeitos do contrato da al. a) do n.° 1 do art.° 2.° do D/L n.° 13/86, de 23 de Janeiro), de acordo com o que for necessário e suficiente para ficarem correctamente identificados. Pretende a lei que pelo simples exame do contrato se fique a saber quem são o senhorio e o arrendatário.

Não é necessária a identificação do cônjuge do arrendatário, se for o caso, dada a exigência da indicação da identidade se restringir às partes do arrendamento.

A segunda das menções que devem obrigatoriamente constar do contrato, por força da al. b), é a identificação e localização do prédio arrendado, ou, quando o arrendamento não incida sobre todo o prédio, da parte a que diga respeito. O disposto nesta alínea, que, quando for caso disso, deve ser integrado com o disposto na al. a) do n.° 2, tem por fim patentear de forma clara e simples o que é que se dá e o que é que se toma de arrendamento. Esta menção assume particular importância,

---

152 A exigência de um conteúdo mínimo para o contrato de arrendamento foi introduzida na República, relativamente aos arrendamentos habitacionais, pelo D/L n.° 13/86, de 23 de Janeiro, que, no seu art.° 2.°, enunciava justamente quais eram esses elementos. A intenção da legislador, tal como confessada no preâmbulo do diploma, era a de «(...) especificando as menções que os contratos devem obrigatoriamente conter, por forma a contribuir para a clarificação e registo dos contratos de arrendamento e a ultrapassar progressivamente a actual situação de completo caos na matéria».

A exigência manteve-se e foi alargada a todos os arrendamentos urbanos pelo art.° 8.° do RAU, que constitui a fonte próxima do nosso art.° 22.°, sendo o art.° 2.° do D/L n.° 13/86, de 23 de Janeiro, a sua fonte remota.



por razões óbvias, no caso de o arrendamento não incidir sobre todo o prédio.

A terceira das menções obrigatórias diz respeito ao quantitativo da renda, que, nos termos do n.° 1 do art.° 31.°, deve ser fixada em patacas, sem prejuízo da validade do contrato quando seja fixada em moeda estrangeira ou em moeda específica[153].

A quarta menção respeita à data de celebração do contrato, pela qual se aferirá, desde logo, a capacidade das partes ao momento da celebração, bem como qual o regime jurídico aplicável. Mas não só, vários outros efeitos do contrato dependem da data da celebração, v.g, vencimento da primeira renda (art.° 34.°), actualização anual das rendas (art.° 41.°, al. b)).

A quinta e última menção obrigatória para todos os contratos de arrendamento é a indicação do prazo do contrato. A não indicação de prazo determinará a aplicação do prazo supletivo, que é de seis meses (art.° 24.°, n.° 1), se se trata de arrendamento sujeito ao regime geral; de dois anos (art.° 111°, n.° 2), se se trata de arrendamento de duração limitada: directamente se o fim do contrato é o habitacional, analogicamente se é o exercício do comércio, indústria ou exercício de profissão liberal.

A estas menções, de indicação obrigatória em todos os contratos de arrendamento, podem acrescer as indicadas nas várias alíneas do n.° 2 quando o objecto ou o fim do contrato o justifiquem.

Assim, quando o arrendamento não incida sobre todo o prédio, é necessário completarem-se as indicações referidas na al. b) do n.° 1, identificando os locais de uso privativo do arrendatário (pense-se no arrendamento de um quarto), dos de uso comum que ele tenha direito a utilizar (casas de banho, sala de estar, cozinha, etc.) e os anexos (v.g., garagem) que sejam arrendados com o objecto principal do contrato.

A última parte desta alínea tem particular importância à face do RAU na República, já que os arrendamentos a que diz respeito, por força do disposto na al. e) do n.° 2 do art.° 5.°, estão fora do âmbito de aplicação do RAU. Por isso, quando dependentes de um arrendamento sujeito ao império do RAU, houve necessidade de os sujeitar, excepcionalmente, à disciplina deste, para evitar uma diversidade de regimes legais quanto ao mesmo objecto[154].

Mas em Macau os arrendamentos dos espaços a que se refere a última parte da al. a) do n.° 2 do art.° 22° (correspondente à al. e) do n.° 2 do art.° 5° do RAU da República) não estão excluídos do império do RAUM, já que não se trata de uma das hipóteses abrangidas no art.° 2.°.

Acontece que pretendeu a lei que o regime do arrendamento fosse o mesmo

153 Supra p , nota.

154 Cfr. Menezes Cordeiro, outro, ob. cit., pp. 55 e 61.

para o prédio, objecto principal, e para os respectivos anexos, objecto secundário, o que não sucederia forçosamente. Pense-se na hipótese do arrendamento de um prédio para habitação com um anexo para garagem: à não existência da referida al. a), o prédio, objecto principal do contrato, ficaria sujeito às disposições gerais do arrendamento e às disposições particulares dos arrendamentos habitacionais, mas o anexo, objecto secundário, ficaria apenas sujeito às disposições gerais. Pelo que, entre outras consequências, estaria sujeito ao mesmo regime de cessação do contrato. Dado que não se pode exercer o direito de denúncia para habitação de um anexo arrendado autonomamente para garagem, está bem de ver que o senhorio tendo exercido o direito de denúncia quanto ao prédio, continuaria obrigado pelo arrendamento da garagem.

A lei obrigando a indicar os anexos arrendados com o objecto principal do contrato quis seguramente evitar situações como a acabada de descrever, sujeitando todo o objecto contratual, quer o principal quer o secundário, ao mesmo regime arrendatício[155].

A menção exigida pela al. b) do n.° 2 vai manifestamente dirigida a esclarecer o arrendatário da extensão do direito do senhorio e logo da extensão do seu próprio direito, evitando situações de erro. Na verdade, nas várias situações indicadas o direito com base no qual foi concedido o arrendamento está sujeito a extinguir-se ou pelo decurso do prazo ou pela verificação de certos factos, pelo que o arrendamento caducará (art.° 71.°, n.° 1, al. c)), com as consequências negativas daí resultantes para o arrendatário.

Por outro lado, para que o arrendatário fique consciente de que se trata de um arrendamento em que pode exercer, verificada a extinção do direito com base no qual o contrato foi celebrado, a faculdade consagrada no art.° 71.°, n.° 2.

O disposto na al. c): indicação do número da inscrição na matriz ou declaração de se encontrar omisso, é mais uma das menções destinadas a uma completa e rigorosa identificação do prédio, objecto do contrato.

A obrigatoriedade de se mencionar a existência de regulamento da propriedade horizontal, o qual deve ser assinado pelas partes e anexado ao contrato, nos termos do n.° 3, visa clarificar os exactos contornos do objecto contratual. Será o caso de o regulamento da propriedade horizontal prescrever limitações, quer à utilização e fruição das partes comuns, quer à utilização das próprias fracções autónomas. O dono do prédio está sujeito a elas e do mesmo modo estará

155 Note-se, contudo, que o facto de o legislador não ter excluído os arrendamentos de espaços não habitacionais em geral do RAUM, determina a aplicação do regime deste, nomeadamente em sede de cessação do contrato. Entre outras coisas, isso significa que o senhorio não poderá pedir a denúncia do contrato. Recorde-se que foram justamente consequências como esta que justificaram na República a exclusão deste tipo de arrendamentos do regime do RAU (cfr. Menezes Cordeiro, outro, ob. cit., p. 55).



o arrendatário. Quer isto dizer que o arrendatário não pode obter, pelo contrato, maiores possibilidades de gozo sobre o objecto do que aquelas que tem o próprio dono do prédio. Pense-se na hipótese, vulgar, de os condóminos proibirem a existência nas fracções de animais domésticos.

Esta menção cobra também sentido nos casos em que as partes, ao abrigo do disposto no art.° 57.°, n.° 1, acordam em que todas ou parte das despesas correntes necessárias à fruição das partes comuns e ao pagamento de serviços de interesse comum fiquem a cargo do arrendatário.

A penúltima menção que deve constar do contrato é a da existência de licença de utilização. A licença de utilização é um elemento importante na medida em que o prédio só pode ser arrendado para um fim quanto ao qual demonstre, de acordo com a licença de utilização ter aptidão (art.° 23.°, n.° 1). Não podem pois as partes convencionar, como finalidade do arrendamento, um fim não admitido na licença de utilização. Por outro lado, a licença de utilização cobra ainda importância no caso de o contrato ser omisso quanto ao destino do arrendado, já que então está o arrendatário obrigado a utilizá-lo para o fim a que o mesmo se destina (art.° 6.°, n.° 2, 1ª parte), fim esse que consta da licença de utilização (art.° 50.°, n.° 1 RGCU).

A última indicação obrigatória do contrato é a do acordo celebrado entre o senhorio e o arrendatário relativo à transferência para este das despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do prédio (v.g., electricidade, manutenção de elevadores) e ao pagamento de serviços de interesse comum (v.g., limpeza, vigilância).

Trata-se das despesas que, no regime da propriedade horizontal, estão a cargo dos condóminos (art.° 1424.°, n.° 1 do CCivil) e, que, consequentemente, deveriam ser suportadas pelo dono do prédio, o senhorio. Por isso, este acordo só é válido quando o arrendamento incidir sobre fracção autónoma de prédio constituído em regime de propriedade horizontal (al. b) do n.° 1 do art.° 58.°).

Por este acordo que, sob pena de nulidade, deve: a) constar de escrito devidamente assinado pelas partes, quer esse escrito seja o próprio contrato, quer seja um documento adicional (art.° 58.°, n.° 1 al. a)); b) referir-se a uma fracção autónoma de prédio urbano em regime de propriedade horizontal (art.° 58.°, n.° 1, al. b)); c) e serem especificadas as despesas a cargo do arrendatário (at.° 58.°, n.° 1, al. c)), tais encargos são transferidos para o arrendatário.

Neste caso, a menção do regulamento da propriedade horizontal permitirá ao arrendatário saber qual a verdadeira dimensão e medida das obrigações assumidas contratualmente. Com efeito, como, por um lado, as referidas despesas são suportadas, salvo convenção em contrário, pelos condóminos na proporção do valor das suas fracções, e, por outro lado, as despesas a suportar pelo arrendatário têm que estar especificadas (al. c) do n.° 1 do art.° 58.°), não poderá o senhorio pretender impor ao arrendatário o pagamento de uma quantia diversa daquela que

resulta da aplicação destes critérios.

A falta de algum ou alguns dos elementos, que não possam ser supridos nos termos gerais (v.g, falta da indicação do prazo (art.º 24º, n.º 1); ou do fim do contrato (art.º 6º, n.º 2)) ou, podendo, os motivos determinantes de forma não estejam satisfeitos, determina a invalidade do contrato de arrendamento (art.º 22º, n.º 4).

Capítulo III

1. Posição jurídica do senhorio

A posição jurídica do locador, o seu estatuto jurídico, é um somatório ou, se quisermos, em linguagem contabilística, um deve e haver dos seus direitos e obrigações. Quando se pergunta da posição jurídica de um dado contratante, pergunta-se dos seus direitos e das suas obrigacões. Que direitos tem? Que obrigações assumiu?

1.1. Obrigações do senhorio

1.1.1 Obrigação de entrega do prédio

Sabemos que do contrato de locação deriva para o locador, essencialmente, a obrigação de facultar o gozo da coisa. É a obrigação principal do senhorio, pois dela decorre toda uma outra série de obrigações que são desenvolvimentos dela.

A obrigação de assegurar o gozo da coisa, sendo a obrigação principal do senhorio, não é a primeira das obrigações deste. Com efeito, o cumprimento desta obrigação pressupõe que o arrendatário entra na detenção do prédio, por isso, a primeira das obrigacões do senhorio indicadas no art.° 9.° é justamente a obrigação de entrega do prédio.

Esta obrigação não é, todavia, um elemento do contrato. É uma obrigação decorrente da celebração do contrato, já que este não é um contrato real, pelo que não é elemento constitutivo do contrato a entrega do prédio. Sê-lo-ia se o contrato fosse um contrato real *quod constitucionem.* Se o senhorio está obrigado à entrega do prédio é porque esta obrigação tem o seu fundamento em momento anterior, que é justamente a celebração do contrato. Isso decorre, desde logo, do art.° 9.°, al. a), que refere expressamente a obrigação do senhorio *"entregar ao arrendatário o prédio arrendado"*, o que, como se disse, pressupõe que esta obrigação foi assumida nos termos contratuais.

O modo de cumprimento da obrigação do senhorio é essencialmente passivo. Deve permitir o gozo da coisa e abster-se de todos os actos que impeçam, dificultem, diminuam ou privem o gozo da coisa, no âmbito do contrato, por parte do locatário. Esta é a primeira obrigação do senhorio: assegurar o gozo da coisa

ao arrendatário no âmbito e para os fins contratualmente acordados.

1.1.2. Obrigação de assegurar o gozo do prédio

Sendo, porém, essencialmente passiva, a sua obrigação tem, também, alguns desenvolvimentos positivos, obrigações de *facere*: a obrigação de assegurar que a coisa se mantenha em estado de proporcionar ou de satisfazer o fim para que foi arrendada.

Assim, por exemplo, deve efectuar as reparações que, tendo em conta o fim contratualmente acordado, se justifiquem. Estas reparações, normalmente, fá-las-á a requerimento do próprio inquilino, que será a pessoa que habitualmente tomará conhecimento dos vícios da coisa que a torne inapta para satisfazer o fim contratualmente acordado ou que, pelo menos, dificultem esse fim. E de tal modo assim é que, inclusive, a lei impõe ao locatário a obrigação de avisar o senhorio desses vícios. Esta obrigação do inquilino resulta directamente da primeira parte da al. h) do art.° 16.°.

E, no art.° 11°, al. d), a lei, regulando a responsabilidade do senhorio pelos vícios da coisa, diz que essa responsabilidade está afastada «se o arrendatário não avisou do defeito o senhorio, como lhe cumpria». Isto diz-nos que o arrendatário está obrigado a avisar o senhorio dos defeitos da coisa e que, se não o fizer, o senhorio não é responsável pela reparação desses defeitos.

Não sendo responsável o senhorio pelos vícios da coisa, de que não foi atempadamente avisado pelo arrendatário, desde logo decorrem outras consequências, *v.g.* se esse defeito privar ou diminuir o gozo da coisa, o arrendatário não pode pedir indemnização ou redução da renda, como o podia fazer por força do art.° 39°. Neste caso, se o arrendatário não avisou do defeito e se a diminuição ou privação do gozo por aquele provocada é consequência directa do facto de o não ter feito, é claro que não poderá beneficiar dessa redução.

O senhorio está, pois, obrigado a efectuar reparações. Mas é evidente que não são todas, mas não sendo todas, são aquelas que, de acordo com a boa fé, se lhe impõem, tendo em conta que ele aproveita do gozo do prédio por um terceiro através da retribuição que lhe é paga. Se o prédio foi atribuído para um determinado gozo, é justo que a coisa seja mantida em estado apto a proporcionar esse gozo, a satisfazer o fim contratualmente acordado. É claro que isto não significa que o senhorio seja obrigado a manter a coisa no exacto estado em que a arrendou durante todo o tempo de vigência do contrato, como era o que se exigia na lei que vigorava antes do CCivil de 1966.

Não é tanto. Mas, sendo menos, são aquelas que sejam imprescindíveis para manter o gozo do prédio dentro do fim contratualmente acordado. Tem, pois, que funcionar aqui o princípio da boa fé, tendo em conta o fim acordado e o tipo de reparação que é exigida.

Por outro lado, o senhorio poderá, também, ser compelido a efectuar obras administrativamente (art.º 54º, n.º 2 do RGCU). Neste caso, se as obras se destinam a evitar o risco de ruína, o senhorio não tem direito a aumentar a renda, ao contrário do que sucede se o senhorio for administrativamente compelido a fazer obras que não sejam imprescindíveis a evitar a destruição do prédio ou a sua derrocada. É justamente o que resulta do art.° 41º, al. c).

Há, assim, que distinguir quanto às obras que são impostas administrativamente: a) se são as previstas no art.° 41º, al. c), o senhorio pode *"repercutir"* a despesa efectuada no inquilino, através do aumento de renda; b) mas se não se enquadram naquele apertado condicionalismo, o senhorio já não pode aproveitar do aumento de renda.

Porquê? Porque, justamente, são obras que são imprescindíveis para o gozo da coisa. Se são obras para evitar o ruir do arrendado ou eliminar defeitos de construção é sempre o próprio aproveitar da coisa que está em causa e, portanto, o senhorio não deve, já que a culpa da situação lhe é imputável, aproveitar-se dessa situação e muito menos para fazer lançar esses encargos sobre o inquilino.

Por outro lado, o senhorio estando obrigado a manter a coisa em estado apto a satisfazer os fins que foram acordados, não tem que reparar todas as deteriorações, nomeadamente todas aquelas que resultem de actos que forem permitidos ao inquilino. Não faria sentido que, sendo esses actos permitidos ao inquilino, tivesse que ser o senhorio a custear os correspondentes encargos de reparação. Ora são permitidas ao inquilino as pequenas deteriorações necessárias a uma maior comodidade (art.° 26.°, n.º 1), como, por exemplo, colocar um prego numa parede para pendurar um quadro. Trata-se de uma pequena deterioração de que o inquilino é responsável e, por isso, quando deixar o arrendado deve repará-la, repondo o prédio no estado em que o recebeu (art.º 26º, n.º 2). Como dissemos, os arrendatários podem fazer pequenas deteriorações (no soalho, no tecto, nas paredes, etc.) que sejam necessárias a uma maior comodidade, mas isso implica, sempre, que devam, com o fim do contrato e antes da entrega do arrendado, recolocar a situação no estado inicial.

Mais grave se o inquilino fizer obras que alterem a estrutura externa do prédio ou a estrutura interna das divisões. Estas são apenas permitidas com autorização do senhorio, sob pena de lhe assistir o direito de resolução do contrato - art.° 46.°, d). Mas, mesmo sendo permitidas pelo senhorio - e têm de sê-lo sempre - findo o contrato o inquilino tem de repor a coisa no estado em que a recebeu. Não pode entregar a coisa conforme a recriou, mas sim como ela existia ao tempo em que lhe fora entregue, sendo que a lei presume que ele a recebeu em óptimo estado se não declarou o contrário no acto da entrega (art.° 17.°, n.° 2).

A reparação destas pequenas deteriorações também não incumbe, portanto, ao senhorio, mas antes ao inquilino. Aquelas que são inerentes ao uso normal e

prudente do arrendado, conaturais ao uso da própria coisa, não tem que as reparar o inquilino, nem o senhorio. Fora destas situações, temos que atender à regra segundo a qual o senhorio está obrigado a assegurar o gozo da coisa para o fim que foi contratualmente acordado.

O senhorio tem ainda uma obrigação negativa relativamente ao gozo da coisa: deve abster-se de perturbar esse gozo, de todos os actos que possam impedi-lo ou diminuí-lo. Por exemplo, apesar de ter o direito de verificar o estado da coisa, ou, mais genericamente, se o inquilino está as cumprir as suas obrigações (art.° 16°, al. b)), não deve *"andar a correr a todo o tempo"* para casa do inquilino para o fazer. É evidente que para verificar se o inquilino alterou a estrutura interna do arrendado ele terá que poder entrar nele. Não pode é fazê-lo quando quer. Não pode contender com os interesses do inquilino. Mas este está sujeito a ter de suportar essa vigilância do senhorio. Por isso há que compatibilizar os interesses de ambos de acordo com o princípio da boa fé.

Mas o senhorio já não está obrigado a assegurar o uso da coisa por parte do inquilino contra actos de terceiros. Se o arrendatário for esbulhado da posse por acto de terceiro não compete ao senhorio assegurar-lhe essa posse. Deve é, ele próprio, usar dos meios possessórios normais - art.°s 1276.° ss do CCivil. - para garantir o seu direito. Ainda que o esbulho proceda do próprio senhorio. É o que resulta do art.° 15.°, n.° 2.

7.1.1 Responsabilidade do senhorio pelos vícios da coisa

Como consequência de o senhorio estar obrigado a assegurar o gozo do prédio, considera a lei o contrato não cumprido, caso o prédio apresente vícios que impossibilitem a realização do fim contratual. Os vícios em causa podem respeitar ao prédio (vícios de facto) ou ao direito com base no qual foi celebrado o arrendamento (vícios de direito), e encontram-se previstos, respectivamente, nos art.°s.10.° e 12.°.

Os vícios de facto, os quais afectam o prédio, podem resultar de: a) um defeito que implique a inaptidão do prédio para o fim acordado (v.g., o prédio está inabitável, não tem telhado, etc.); b) não ter as qualidades necessárias a esse fim (v.g., o prédio carece das condições necessárias para a indústria ou comércio que nele se pretendia instalar); c) não ter as qualidades asseguradas pelo senhorio (v.g. falta de insonorização das paredes para instalação de uma estação de rádiodifusão; trata-se de um prédio arrendado a um deficiente motor e o prédio, ao contrário do que assegurara o senhorio, não tem os acessos preparados para a sua utilização por um deficiente motor, por exemplo rampas, sistema de transporte de cadeira de rodas no corrimão das escadas, etc.).

São, pois, três as situações previstas no art.° 10.°. Em todas estas situações o senhorio é responsável pelo incumprimento do contrato nos termos do art.°

798.° do CCivil, sem prejuízo de, se se verificarem os respectivos pressupostos, o arrendatário poder pedir a anulação do contrato por erro ou dolo (art.º 13º). Há necessidade, porém, de alguns esclarecimentos para se compreender a correcta dimensão da responsabilidade do senhorio.

Assim é necessário distinguir consoante o defeito é contemporâneo da celebração do arrendamento, ou ulterior. No primeiro caso, a lei presume que o senhorio o conhecia. É razoável, de facto, que, sendo ele o proprietário, conheça suficientemente a coisa e os vícios de que padece. Por isso, para se livrar da responsabilidade do incumprimento do contrato, o senhorio terá de provar que não conhecia, sem culpa, o defeito (art.° 10.°, a)). Terá, pois, de provar que não conhecia o defeito e que esse não conhecimento não lhe é imputável a título de culpa. Se não provar um destes elementos continua a ser o responsável pelo incumprimento do contrato.

No entanto, não se pense que, se o senhorio provar que desconhecia o defeito sem culpa, o arrendatário fica sujeito a ter que suportar o vício em questão. A prova do desconhecimento não culposo do vício contemporâneo da celebração do contrato apenas releva para efeitos de não se ter o contrato como não cumprido e, logo, de não ficar o locador sujeito a ter que indemnizar o arrendatário pelos danos decorrentes do incumprimento, mas já não para efeitos de dispensar o senhorio da reparação do defeito em causa. Com efeito, o senhorio está obrigado a eliminar o defeito, no âmbito da sua obrigação de assegurar o gozo do prédio[156]. Caso o não faça, fica obrigado a indemnizar o arrendatário pelos prejuízos resultantes da não eliminação do vício[157].

O facto de o contrato se considerar como cumprido, não havendo assim direito a indemnização contra o locador pelo vício, não obsta a que o arrendatário, na hipótese *sub judice*, possa aproveitar da redução da renda (art.º 39º, n.º 1); e, se a dimensão do defeito for de molde a isso, poder ainda o arrendatário resolver o contrato, com fundamento na al. b) do art.º 66º[158].

Se o defeito surgir posteriormente à celebração do contrato[159], o senhorio será ainda responsável pelo incumprimento do contrato, mas agora só se tal defeito surgir por culpa sua (art.º 10º, al. b)). Neste caso, quem tem de provar a culpa do senhorio é o inquilino. Nesta situação, o senhorio só será responsável se o inquilino provar que o defeito superveniente da coisa ocorreu por sua culpa. São as regras gerais do ónus da prova (art.° 341.° e segs. do CCivil), quem pretende valer-se de um direito tem de provar os factos que o fundamentam.

---

156 Cfr. Aragão Seia, ob. cit., p. 64; Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., vol. II, 2ª edª, p. 349.

157 Cfr. auts. obs. locs. cits.; Ac.STJ de 23/2/1973, BMJ, 224º-148.

158 Cfr. auts. obs. locs. cits.

159 Para alguns exemplos interessantes, vide Aragão Seia, ob. cit., p. 64.

Se o inquilino provar que o defeito surgiu por culpa do senhorio (v.g, o senhorio de um local de lavagem de automóveis, ao mesmo tempo que manda reparar a instalação eléctrica, ordena o desvio da conduta de água para a cave, que entretanto arrendou para lavandaria), o arrendatário tem os mesmos direitos que na hipótese anterior: o contrato considera-se não cumprido e o locador sujeita-se a indemnizar o arrendatário nos termos do art.º 798º, sem prejuízo de o arrendatário poder pedir a anulação do contrato por erro ou dolo, se se verificarem os respectivos pressupostos, bem como a poder resolver o contrato se se verificar o circunstancialismo da al. b) do art.º 66º.

Caso o defeito sobrevenha sem que haja culpa do senhorio, o que acontecerá na generalidade dos casos – dado que após a entrega do arrendado o senhorio não tem acção directa sobre o prédio –, o defeito será irrelevante para efeitos de se ter o contrato como cumprido, mas o arrendatário tem direito a pedir as obras de conservação ordinária, extraordinária ou de beneficiação (art.ºs. 27º e 28º), que se afigurem necessárias a minorar os inconvenientes da situação[160].

O art.º 33º, n.º 1 da LIU continha ainda uma al. c), que não tem correspondente no art.º 10º do RAUM, em que se considerava também o contrato como não cumprido «Se o senhorio não cumpriu a obrigação de fazer desaparecer o defeito»; o que pressupunha: primeiro, que se tratasse de um defeito que incumbisse ao senhorio reparar[161]; depois, que o inquilino efectivamente o tivesse avisado para efectuar a reparação; e, finalmente, que, depois de avisado, o senhorio o não tivesse reparado. O RAUM não prevê esta hipótese no art.º 10º, o que não quer dizer que o senhorio, como vimos, não esteja obrigado a proceder à respectiva reparação.

A responsabilidade do senhorio é, contudo, afastada, deixando pois de se considerar o contrato como não cumprido, caso se verifique alguma das situações indicadas nas várias alíneas do art.º 11.º. Nas alíneas a) e b), trata-se de hipóteses em que o vício foi conhecido ou era facilmente cognoscível (vícios aparentes, melhor se diria patentes) pelo arrendatário, que poderia e deveria assim ter reagido considerando o contrato não cumprido; se não só não reage como recebe o prédio é porque se conforma com o cumprimento defeituoso. No caso da alínea c), é perfeitamente compreensível a irresponsabilidade do senhorio, pois o vício decorre de comportamento do próprio arrendatário. Finalmente na alínea d), a irresponsabilidade do senhorio decorre do facto de a falta de aviso consubstanciar um incumprimento de uma obrigação do arrendatário: a indicada na al. h) do art.º 16.º.

Em todos estes casos o contrato considera-se cumprido, mas ficará o

160 Cfr. Aragão Seia, ob. cit., p. 65.

161 Quer porque se tratava de um defeito contemporâneo da celebração do arrendamento (art.º 33º, n.º 1, al. a) da LIU), quer porque se tratava de um defeito surgido ulteriormente à celebração do contrato por culpa do senhorio (al. b) do n.º 1 do art.º 33º da LIU).

senhorio obrigado a reparar os defeitos ou a indemnizar o arrendatário pela falta da sua eliminação? Não parece. Com efeito, em todas as situações indicadas no art.º 11.º ou existe assentimento do arrendatário ou culpa do mesmo, pelo que se deve considerar afastada a responsabilidade do senhorio.

b) Em relação ao próprio direito (art..°s 12..°).

O vício pode verificar-se ainda em relação ao próprio direito:

1.°. Se o senhorio não tiver a faculdade de proporcionar a outrem o gozo do prédio arrendado (v.g. é um simples usuário, sem poderes para arrendar o prédio – art.º1488.º do CCivil);

2.°. Se o direito do senhorio não for de propriedade ou estiver sujeito a algum ónus ou limitação que exceda os limites normais inerentes a este direito (v.g. sujeição de passagem que afecte o gozo exclusivo do prédio);

3.°. Se o direito do senhorio não possuir os atributos que ele assegurou ou estes atributos cessarem posteriormente por culpa dele (v.g. que o prédio não é atingido pelas cheias do rio, quando efectivamente é; que não serão prejudicadas as vistas do prédio e é o próprio locador que constrói um prédio que tira as vistas ao primeiro)[162].

Quando se trata de vício que diga respeito ao direito com base no qual foi celebrado o contrato, o contrato apenas se considera não cumprido se o vício determinar uma «(...) privação, definitiva ou temporária, do gozo do prédio ou a diminuição dele por parte do arrendatário».

Ao contrário do que sucede com os vícios sobre o prédio, não basta que se verifique uma das três situações referidas, é ainda necessário que delas resulte a privação, definitiva ou temporária do gozo do prédio ou diminuição dele, para que haja responsabilização do senhorio no que toca a vícios do próprio direito[163]. Quer-se afastar a relevância de circunstâncias de pequena importância, sem repercussões directas no gozo do prédio[164].

7.1.3 Indemnização por benfeitorias

Está ainda o senhorio obrigado a indemnizar o inquilino pelas benfeitorias que este tenha efectuado. Mas não por todas. Em primeiro lugar há que distinguir

---

162 Os exemplos aqui utilizados foram recolhidos em Pires de Lima, Antunes Varela, ob. cit., vol. II, 2ª ed^a., p. 138.

163 Para além destas situações, a LIU considerava o senhorio também responsável no caso de evicção (art.° 31.° LIU). Por exemplo: se, depois do contrato, o arrendatário vinha a ser privado do gozo da coisa por decisão judicial que ordenasse a entrega da coisa a um terceiro que tivesse melhor direito que o inquilino, este poderia responsabilizar o senhorio pelos prejuízos causados.

164 Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, ob. Cit., vol. II, 2ªed^a, p. 353.

as reparações urgentes das demais reparações ou benfeitorias eventualmente feitas.

A obrigação de o locador assegurar o gozo do prédio, na medida em que o contrato se destina a perdurar no tempo, assume aqui a dimensão de efectuar as obras e reparações, bem como suportar as despesas que se considerem necessárias para assegurar esse gozo. No caso de se tratar de reparações ou outras despesas que, pelo seu carácter de urgência, se não compadeçam com as delongas do procedimento judicial, a lei permite que o arrendatário, estando o senhorio em mora, as possa efectuar extrajudicialmente, tendo direito ao seu reembolso. Se o carácter de urgência for incompatível com qualquer dilação, pode o arrendatário efectuá-las de imediato, mesmo que o senhorio não esteja em mora, avisando ao mesmo tempo o senhorio (art.º 14.º, n.º 2)[165]. Neste caso, tal como na situação regulada no n.º 1 do art.º 14.º, o arrendatário tem direito de reembolso[166].

O disposto no art.º 14.º não pode ser visto autonomamente, antes tem de ser articulado com o disposto na secção VI, respeitante a obras no arrendado. Com efeito, os art.ºs 27.º a 30.º regulam especificamente o problema da realização de obras no arrendado, sendo que o art.º 14.º também supõe obras a realizar no arrendado é necessário fazer-se a respectiva articulação.

Verifica-se, portanto, que o arrendatário tem o direito a ser compensado pelas despesas efectuadas. Esta compensação - pelos meios ordinários - pode ser levada a cabo de duas formas:

Extrajudicialmente: Se o senhorio, aceitando o custo das obras, reembolsar voluntariamente o inquilino; ou mediante a compensação nas rendas em dívida até ao montante da despesa efectuada.

Através da correspondente acção.

Fora destas situações de reparações ou outras despesas urgentes, imprescindíveis para que a coisa se mantenha em estado de cumprir o fim para

---

165 O conteúdo normativo do art.º 14.º é o mesmo do art.º 1036.º do CCivil que é uma disposição geral do contrato de locação, assim, tendo em conta a remissão para as disposições gerais da locação, operada pelo n.º 2 do art.º 1.º, o mesmo afigura-se desnecessário.

166 Era idêntico o regime da LIU: se se tratasse de uma reparação urgente, considerando-se como tal a que fosse imprescindível ser realizada de imediato para assegurar o gozo da coisa para o fim contratualmente acordado, o senhorio devia ser avisado pelo inquilino para efectuar a respectiva reparação, como em qualquer caso normal. Porém, se o senhorio a não efectuasse dentro de um prazo razoável, tendo em conta o tipo de reparação exigida, o inquilino podia mandar fazê-la por conta do próprio senhorio, recorrendo, para tanto, aos meios previstos nos art.ºs 933 e sgs. do C.P.C. - art.º 36.º, n.º 1 da LIU.

Se fossem tão urgentes que o recurso aos meios judiciais, pela morosidade que implicam, inviabilizasse o uso da coisa, então o inquilino podia fazê-las extrajudicialmente mas devendo avisar logo o senhorio, fazendo-se, depois, reembolsar pelos meios ordinários. Mas ao senhorio, neste caso, assistia "o *direito de discutir a necessidade, a urgência e o custo das obras*" - art.º 36.º, n.º 2 da LIU.

que foi arrendada, podem ainda verificar-se outras situações em que o arrendatário efectuou despesas com benfeitorias em relação à coisa. Para esses casos, vale o disposto no art.º 20.º do RAUM[167], nos termos do qual o arrendatário é equiparado ao possuidor de má fé, sendo-lhe aplicável o regime estabelecido nos art.ºs 1273.º e 1275.º do CCivil: o arrendatário tem direito a ser indemnizado, mesmo antes do termo do contrato, das benfeitorias necessárias que tenha feito, embora só depois de obter sentença que lhe reconheça esse direito. Se se tratar de benfeitorias úteis, é necessário distinguir consoante o arrendatário as possa ou não levantar sem detrimento do prédio: no primeiro caso, pode fazê-lo, no segundo não, restando-lhe o direito ao respectivo valor calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa. Se as benfeitorias forem voluptuárias, o arrendatário não só as não pode levantar, mas também não tem direito a qualquer indemnização[168-169].

Nos casos em que tenha direito a indemnização por benfeitorias, parece que o arrendatário goza do direito de retenção, a despeito de o legislador não ter incluído no RAUM uma norma com o conteúdo do art.º 37.º, n.º 4 da LIU. Com efeito, nos termos do art.º 37.º, n.º 4 da LIU, quanto às benfeitorias expressamente autorizadas pelo senhorio - art.º 37.º, n.º 2 da LIU- ou despesas com reparações urgentes ou que, por natureza, fossem exigidas para que o fim da coisa se cumpra - art.º 36.º, n.ºs 1 e 2 da LIU- o arrendatário tinha o "direito *de retenção do prédio até haver a importância, imediatamente provada, das despesas feitas com as ditas benfeitorias ou reparações*"[170].

---

167 Tal como o art.º 14.º também o art.º 20.º tem correspondente directo nas disposições gerais da locação, o art.º 1046.º, n.º 1 do CCivil, pelo que, atenta a remissão do n.º 2 do art.º 1.º, se afigura desnecessário.

168 Cfr. Pereira Coelho, ob. Cit., p. 139.

169 Na vigência da LIU, o regime era algo diverso: a regra era a de que o senhorio não estava obrigado a indemnizar o arrendatário (art.º 37.º, n.º 1). Só o estaria se tivesse autorizado, por escrito, a realização dessas despesas (art.º 37.º, n.º 2). Nesse caso era obrigado a pagar uma indemnização igual ao valor das despesas efectuadas ou ao valor dessas benfeitorias ao tempo da restituição do prédio, *"conforme for menos a primeira ou a segunda destas importâncias"*. Todavia, o arrendatário podia optar pelo levantamento das benfeitorias, se daí não resultasse prejuízo para o prédio e o senhorio o consentisse, caso em que não haveria lugar a indemnização (art.º 37.º n.º 3). Não sendo as benfeitorias autorizadas, podiam ocorrer as seguintes situações (cfr. art.º 37.º, n.º 3):

1.º O arrendatário não queria levantá-las - não tinha direito a qualquer indemnização;

2.º O arrendatário, apesar de querer, não podia levantá-las, porque daí resultaria prejuízo para o prédio, também não tinha direito a qualquer indemnização;

3.º O arrendatário, apesar de querer, também não podia levantá-las quando, não obstante não haver qualquer prejuízo para o prédio, o senhorio pretendesse retê-las. Neste caso, o arrendatário tinha direito a uma indemnização nos mesmos moldes que os previstos para as benfeitorias autorizadas.

170 Escrevíamos, em face deste regime, que se configurava, aqui, uma excepção ao art.º 42.º da

Não cremos que a omissão tenha qualquer significado, a não ser a de mais uma desatenção pelas boas soluções do direito pretérito. Na verdade, a solução ora consagrada limita-se a uma transposição do disposto no artigo 1046.º do CCivil e à luz deste considerava-se que, por força do princípio geral consagrado no art.º 754.º do CCivil, a solução mais consentânea era a de se admitir que o arrendatário, com direito a indemnização por benfeitorias, goza de direito de retenção, nos termos enunciados. A história do art.º 754.º corrobora este entendimento, pois a redacção deste preceito corresponde à do preceito correspondente do Anteprojecto de Vaz Serra (in *Direito de Retenção*, separata do BMJ, n.º 65, p. 155), o qual entendia estar abrangido o caso do locatário com direito a indemnização por benfeitorias[171].

Para além destas obrigações o senhorio estava ainda obrigado a dar preferência, na venda ou dação em cumprimento do prédio arrendado, aos arrendatários que nele exercessem o comércio ou indústria há mais de um ano.

Esta obrigação de preferência só existia se se verificassem certos requisitos, a saber: a) que o contrato de arrendamento para fins comerciais ou industriais era válido; b) que no arrendado se exercia efectivamente o comércio ou indústria[172]; c) que o exercício efectivo do comércio durava há mais de um ano[173].

Por outro lado, esta obrigação apenas existia em caso de venda ou de dação em cumprimento do prédio arrendado, já não em caso de troca; ou seja, não existia em todo e qualquer caso de alienação do prédio arrendado, mas apenas nas hipóteses indicadas.

Também só existia esta obrigação quando o objecto da venda ou da dação em cumprimento seja o prédio, não o domínio útil do prédio.

Este direito era graduado em último lugar da cadeia dos preferentes e, entre eles, se fossem vários, por ordem decrescente de rendas - art.° 84.°, n.° 1 da LIU. Se as rendas fossem iguais, abria-se licitação entre eles.

Repare-se que a referência feita no n.° 2 do art.° 84.° da LIU para o art.° 2309.° do CCivil teria de, agora, considerar-se feita para os art.°s 416.° e sgs., 1117.° e 1410.° do actual Código Civil.

LIU. De facto, à fruição pelo gozo da coisa corresponde, por parte do inquilino, o pagamento da renda. Se este, após a extinção do contrato, não devolve o gozo do arrendado ao senhorio, fica obrigado a pagar-lhe uma importância igual ao dobro da renda. Todavia, se essa não restituição se verificasse por exercício legítimo do direito de retenção por parte do inquilino, nos termos do art.° 37.°, n.° 4 da LIU, já essa indemnizacão não seria devida. A aceitar-se que, a despeito de não expressa previsão, o arrendatário continua a gozar de direito de retenção pelas indemnizações devidas pelas benfeitorias realizadas, continua a ser válida esta última asserção, embora referida ao art.º 19.º, n.º 1 do RAUM.

171 Cfr. Pereira Coelho, ult. ob. loc. cit.

172 Cfr. A.Varela, Dias Fonseca, "Inquilinato", p. 88.

173 Ibidem.

Em face da LIU, o senhorio estava ainda obrigado a satisfazer os encargos da coisa locada, v.g. pagar as contribuições prediais, taxas de saneamento, etc. Esse tipo de encargos que incidem sobre a coisa locada deviam ser suportados pelo senhorio e não podiam, mesmo que as partes assim tivessem convencionado, ser suportados pelo inquilino. Já o mesmo não ocorria na República onde, muito embora a lei os atribua ao senhorio nada na lei impede que por convenção entre as partes seja o inquilino a suportar tais encargos.

Era o que se podia concluir do confronto do art.° 30.° da LIU com o art.° 1030.° do CCivil. De facto, a formulação daquele primeiro preceito parecia não deixar dúvidas de que serão sempre encargos do locador mesmo que houvesse convenção em contrário - excepção feita a diferente disposição da própria lei. Já na redacção metropolitana está ressalvada a hipótese de estipulação em contrário.

A situação modificou-se com o RAUM, tendo o art.° 57.°, n.° 1 consagrado a solução vigente na República. Pelo que actualmente as partes podem convencionar que os encargos da coisa locada sejam da conta do arrendatário, com excepção dos de natureza fiscal (n.° 2 do art.° 57.°).

7.2 A posição jurídica do arrendatário

Vimos anteriormente que a principal obrigação do locatário consiste no pagamento da renda. Obrigação essa a que já tivemos oportunidade de nos referir quando se enunciaram os traços essenciais do contrato de locação. Vimos, pois, que o contrato de locação implicava a existência de uma retribuição, sendo essa uma das características que nos permitia distingui-la, por exemplo, do contrato de comodato[174].

Antes de nos debruçarmos especificamente sobre cada uma das obrigações que incumbem ao locatário no âmbito do contrato de arrendamento, procuraremos averiguar se a primeira das obrigações do arrendatário não é a de utilizar o arrendado para o fim contratualmente estabelecido.

Sendo o contrato celebrado para o gozo de uma coisa mediante retribuição, não estará o arrendatário desde logo obrigado a utilizar imediatamente a coisa? Esta questão tem sido bastante debatida nos tempos mais recentes.

Há quem defenda esta ideia à face do disposto no art.° 1038.° do Código Civil que nos indica quais as obrigações do arrendatário, sendo a questão colocada nos seguintes termos:

Não está indicado no art.° 1038.° a obrigação de o locatário utilizar efectivamente a coisa para os fins contratualmente indicados. Daí que, durante o

---

174 Com efeito, no contrato de comodato também há a atribuição do gozo de uma coisa mas não há qualquer contrapartida por parte do beneficiário do gozo da coisa.



período de duração do contrato, o arrendatário esteja obrigado a pagar a renda, bem como a todas obrigações que se encontram discriminadas no art.° 1038.°, mas não tenha, na verdade, qualquer obrigação de ocupar a coisa, de a utilizar.

Como poderá entender-se, então, pelo que aqui nos interessa, que o encerramento do prédio por mais de um ano determine a possibilidade de resolução do contrato? A explicação avançada é a de que, neste caso, há efectivamente lugar à resolução do contrato, não porque exista qualquer violação contratual, mas sim porque de uma situação que objectivamente apreciada torna injustificável a perduração do arrendamento por vontade unilateral do arrendatário[175].

Do que se trata, pois, é da existência de uma causa objectiva de resolução do contrato, exigida pela falta de locais arrendáveis. Havendo por isso que privilegiar a ocupação efectiva desses locais e a respectiva utilização, daí decorrendo evidentes benefícios para o país, evitando-se que continuem desocupados espaços que são necessários.

Dizem outros que o art.° 1038.° do CCivil não tem carácter taxativo, e que, consequentemente, nada impede que sobre o arrendatário possam incidir outras obrigações, que não as enunciadas nesse preceito. Por outro lado, tendo em conta o carácter vinculístico dos contratos de arrendamento – sujeitos a prorrogação forçada –, não parece que tal se compadeça com a faculdade de utilização ou não utilização do arrendado. E alegam que nos contratos vinculísticos o inquilino está protegido contra a denúncia do contrato por parte do senhorio, e só se compreende essa tutela especial do inquilino quando se trate de locais que estejam a ser efectivamente utilizados. Quando o inquilino não queira utilizar o arrendado, não fará sentido conferir-se-lhe a tutela dos arrendamentos vinculísticos. E, portanto, se não decorresse essa obrigação de efectiva utilização, não haveria sequer razão para se falar de resolução, mas sim de denúncia do contrato[176].

Sabe-se que a resolução não tem necessariamente de encontrar a sua causa numa violação contratual (pode ter por base, por exemplo, um acordo contratual). Mas é verdade que, na maioria das situações, pressupõe uma violação contratual.

Parece que a solução mais razoável é a primeira, porque ao enunciar as obrigações do arrendatário no art.° 1038.° do CCivil o legislador parece ter tido o manifesto propósito de esclarecer quais as obrigações do arrendatário, de modo a pedagogicamente limitar o potencial de conflitualidade da relação arrendatícia. Quer dizer, o legislador quis evitar dúvidas sobre o alcance das obrigações do arrendatário como meio para evitar situações de conflito.

Por outro lado, sabido que não é qualquer violação das obrigações enunciadas

---

175 Cfr. Almeida Costa, Henrique Mesquita, *"Acção de despejo. Falta de residencia permanente"*, *CJ*, IX-I, pp. 20 e 21.

176 Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pp. 302 ss.

no art.° 1038.° do CCivil que dá direito ao senhorio a resolver o contrato, mas apenas aquelas que se reconduzam a alguma das situações previstas no art.° 1093.°, seria, no mínimo, bizarro que o legislador, em relação a obrigações contratuais do arrendatário cuja violação dá direito ao senhorio a resolver o arrendamento, não as tivesse claramente referenciado no art.° 1038.° do CCivil.

Acresce que nem todos os motivos de resolução do contrato de arrendamento previstos no art.° 1093.° do CCivil se reconduzem a hipótese de violação contratual: v.g. al.j).

7.2.1 Obrigações do arrendatário

7.2.1.1 Obrigação de pagar a renda

Passando agora a analisar as questões que se prendem com as obrigações do arrendatário, começaremos pela obrigação de pagamento da renda.

Sabemos já que a renda é sempre fixada em patacas (n.° 1 do art.° 31.° RAUM). Contrariamente ao que sucedia ao abrigo da LIU, onde a renda devia ser fixada em moeda que tivesse curso legal (ou, no caso de Macau, curso prático) e ser determinada.

A renda pode ser actualizada, nos termos da lei (art.° 40.° RAUM). A lei prevê a actualização por acordo das partes (al. a) do art.° 41.° RAUM); mesmo sem acordo das partes, anualmente por aplicação dos coeficientes aprovados pelo Governador (al. b) do art.° 41.° RAUM); em função de obras de beneficiação do prédio, que o senhorio seja compelido administrativamente a realizar, e que não sejam determinadas por defeitos de construção, caso fortuito ou de força maior (al. c) do mesmo preceito).

Quando o senhorio pretenda actualizar anualmente a renda, de acordo com o coeficiente de actualização, deve comunicar a nova renda, e o coeficiente utilizado para o efeito, ao inquilino por escrito, com a antecedência de 30 dias, relativamente ao momento em que passará a ser devida (art.° 42.°, n.° 1 RAUM). Se o arrendatário não aceitar a nova renda (n.° do art.° 42.° RAUM), o que só pode suceder por erro nos factos relevante ou de aplicação da lei (n.° 1 do art.° 45.° RAUM), sob pena de mora (n.° 5 do art.° 45.° RAUM), deve comunicar por escrito ao senhorio, devidamente fundamentadas, as razões da sua recusa, no prazo de 15 dias, a contar da recepção da comunicação da nova renda, indicando qual o montante que entende ser o correcto (n.° 2 do mesmo preceito). O senhorio pode rejeitar o montante indicado pelo inquilino, devendo fazê-lo por escrito no prazo de 15 dias, a contar da recepção da comunicação de recusa do inquilino (n.° 3). O silêncio ou a não observância da forma escrita ou do prazo para a comunicação de rejeição do senhorio valem como aquiescência do montante da renda indicado pelo inquilino (n.° 4). Questão que a lei não esclarece é o que sucede quando o senhorio

rejeita, na forma e tempo próprio, a indicação do inquilino sobre o montante da renda. Prevalece a nova renda tal como calculada pelo senhorio? Parece que, nesse caso, apenas o tribunal poderá esclarecer a situação.

Era diverso o regime da LIU. A renda podia ser quinquenalmente actualizada - art.° 80.° LIU - por iniciativa do senhorio. Verificando-se uma actualização nestes termos, o novo montante da renda devia ser acordado entre as partes ou, não havendo acordo, seria necessário recorrer a uma avaliação nos termos do art.° 107.° LIU.

Podia, também, suscitar-se a questão de saber se, antes de decorrido aquele período de 5 anos, o senhorio poderia aumentar a renda. E a resposta, aqui, não parecia oferecer dúvidas: o senhorio não podia unilateralmente aumentar a renda antes de decorrido o citado prazo. E tal não lhe era permitido porque o legislador entendera privilegiar uma certa estabilidade do preço locativo como forma de tutelar o interesse do inquilino.

Porém, se as partes tivessem acordado no aumento da renda antes do decurso dos 5 anos, será que se estaria perante uma convenção válida?

É certo que o legislador estabelecera inequivocamente um período que devia ser observado antes de o senhorio poder unilateralmente aumentar a renda. Provavelmente por ter pensado ser esse o período adequado a preservar a referida estabilidade do preço locativo. Não é menos verdade, no entanto, que se verificaria uma modificação objectiva do contrato. Sendo as partes livres de acordar na modificação de algum dos elementos objectivos do contrato, entre os quais a renda, salvos os limites inerentes a um eventual abuso de direito. Importaria, naturalmente, é que esse acordo respeitante à modificação fosse devidamente formalizado.

7.2.1.1.1 Local e tempo de pagamento da renda

A renda deve ser paga, salvo estipulação em contrário, no domicílio do inquilino, nos termos do disposto no artigo 33.°, n.° 1 do RAUM. Incumbe, pois, ao senhorio, receber ou promover o recebimento da renda em casa do arrendatário. Normalmente, porém, a maioria dos contratos de arrendamento contém uma cláusula estipulando que o pagamento da renda deve ser efectuado na casa do senhorio. É na verdade muito comum que as partes estipulem neste sentido, afastando portanto as normas supletivas que regulam esta matéria.

Porém, repete-se, caso não haja estipulação das partes, a renda deverá ser paga em casa do inquilino. O que significa que a lei aplicou aqui a regra geral das obrigações (art.° 772.°, n.° 1 do Código Civil), mas não a relativa às obrigações pecuniárias, que determina como lugar da prestação o domicílio do credor ao tempo do cumprimento (art.° 774.° do Código Civil).

Daqui decorre que, não sendo a renda paga, verifica-se em princípio uma situação de incumprimento do devedor, pelo que haveria que aplicar a regra contida no art.° 799.°, n.° 1, do Código Civil. Ora, se incumbisse ao inquilino demonstrar

que o senhorio não veio (ou não mandou) receber a renda, ser-lhe-ia as mais das vezes impossível efectuar prova disso, atentas as dificuldades inerentes à prova de factos negativos. Atendendo a estas circunstâncias, será ao senhorio que incumbe fazer prova de que foi pessoalmente ou mandou alguém efectuar o recebimento, e que o inquilino não pagou.

Trata-se, portanto, de uma situação de excepção à regra geral consagrada no Código Civil (presunção de culpa do devedor).

Em Macau esta situação encontra-se tutelada pelo art.° 33.°, n.° 2 do RAUM, que estipula que, se o arrendatário não pagou a renda, deve presumir-se que foi o senhorio que não veio nem mandou recebê-la.

7.2.1.1.2 Momento do pagamento da renda

Em Macau a renda deve ser paga do primeiro ao quinto dia útil do mês a que respeita (art.° 33.°, n.° 1 do RAUM). Não em relação ao mês anterior. E isto tem importantes reflexos.

Com efeito, durante esses cinco dias (desde o primeiro dia útil até ao quinto dia útil de cada mês) o inquilino tem de estar disponível para efectuar o pagamento da renda quando ela lhe seja exigida pelo senhorio ou pelo seu representante. A faculdade de interpelar o devedor pertence, em termos gerais, ao credor (art.° 777.°, n.° 1 do Código Civil). Ora, nesta relação o credor é o senhorio, pelo que, no momento em que ele interpela o inquilino, este ou paga a renda ou constitui-se em mora (art.°s 804.°, n.° 2 e 803.°, n.° 1 do Código Civil).

Se a renda deve ser paga na casa do senhorio (ou de um seu representante) e nada se estipulou quanto ao momento do pagamento, então é lícito ao inquilino efectuar o pagamento em qualquer um dos primeiros cinco dias úteis de cada mês.

Note-se que a lei não impõe que se atenda ao calendário gregoriano para efeitos de determinar o vencimento das rendas. Limita-se a prever que, se as rendas estiverem em correspondência com aquele calendário, então a primeira renda vencer-se-á com a celebração do contrato, e cada uma das seguintes no primeiro dia útil de cada mês (art.° 34.° RAUM). Não obstante, as partes podem convencionar diversamente, mesmo neste caso. Ao não impor a observância do calendário gregoriano, a lei quis atender à possibilidade de as partes atenderem ao calendário lunar (art.° 32.°, n.° 2 do RAUM). Essa possibilidade estava também expressamente prevista na LIU, para o caso de Macau, a despeito de a regra ser a de que todas as contagens de prazos se deviam fazer em conformidade com o calendário gregoriano.

7.2.1.1.3 Antecipação do pagamento da renda

A antecipação do pagamento da renda não pode ser superior ao valor correspondente a um mês de renda, nem por período superior a um mês. É o que

resulta do art.° 32.° do RAUM. Se eventualmente se convencionar antecipação do pagamento de renda por um período superior (por exemplo dois ou três meses) deve entender-se que esse período é reduzido ao limite legal que é, como se disse, de um mês (n.º 1, in fine, do art.º 32.º do RAUM). A lei permite que as partes acordem, conjuntamente com a antecipação de renda, que não pode ser superior a um mês como vimos, com o depósito de dois meses de renda, a título de caução. O que significa, em termos práticos, que podem as partes acordar no pagamento de três meses adiantados de renda: um, a título de antecipação, e dois a título de caução. No regime da LIU, permitia-se que o depósito a título de caução fosse de três meses de renda. Era a regra constante do art.° 27.°, n.º 2 LIU: *"Quando se convencione antecipação do pagamento da renda, é nula toda a garantia desta obrigação que não seja a fiança. Em Macau é, porém, lícita tal convenção com o depósito, a título de caução, da importância correspondente a três meses de renda, no máximo."*

Este depósito de dois meses funciona como uma mera garantia para uma resolução imediata do contrato que ocorra antes do termo e também para obviar, por exemplo, a dificuldades em encontrar uma pessoa, em obter o pagamento, etc. Mas, não se verificando este condicionalismo, é evidente que o gozo do prédio foi devidamente retribuído pelos meses por que durou, e, consequentemente, aquela caução deixará de ter razão de ser. A caução apenas tem sentido enquanto for previsível um eventual incumprimento. Não se verificando incumprimento deve, naturalmente, ser devolvida. Na prática as coisas passar-se-ão de um dos seguintes modos, caso para além do depósito tenha sido convencionado a antecipação de renda:

a) nos três últimos meses de locação o inquilino não necessita de pagar a renda;

b) o inquilino paga regularmente a renda e, nesse caso, dever-lhe-á ser devolvida a quantia correspondente a três meses de renda anteriormente entregue a título de antecipação e de caução.

Conclui-se, do exposto, que no caso de Macau o senhorio pode receber, no início do contrato, uma quantia equivalente a quatro meses de renda, sendo:

a) um mês de renda propriamente dita;

b) um mês a título de antecipação de renda;

c) dois meses a título de caução.

É comum, em matéria de arrendamento, exigir-se um fiador, isto é: alguém que garanta o cumprimento das obrigações do arrendatário. E, quando referimos "o cumprimento das obrigações", estamos naturalmente a referir-nos ao pagamento da renda, embora possa não ser apenas essa a obrigação afiançada. A fiança, como

se sabe, encontra-se regulada nos art.° 655.° e seguintes do Código Civil.

Se a fiança for assumida sem limitação temporal, caducará ao fim do primeiro período contratual e imediatamente depois de haver qualquer alteração legal ou contratual do arrendamento, excepto se expressamente as partes acordarem diferentemente como resulta directamente do disposto nos n.°s 1 e 2 do art.° 655.° do Código Civil.

7.2.1.1.4 Não pagamento da renda: consequências

Não sendo a renda paga, o inquilino constitui-se em mora, imediatamente após o não pagamento no dia que esteja contratualmente acordado, ou após ter sido interpelado pelo credor para pagar a renda sem que, contudo, a tenha pago, facto que motivará uma das seguintes consequências:

a) o senhorio pede as rendas em dívida e uma indemnização igual ao dobro do montante das rendas em dívida, ou

b) pede a resolução do contrato com fundamento na alínea a) do art.° 67.° do RAUM.

Não pode, todavia, pedir as duas coisas cumulativamente. Se pretende resolver o contrato com fundamento na falta de pagamento das rendas, só pode aproveitar da resolução do contrato e, claro, das rendas que estejam em dívida. Se opta por reclamar a indemnização, não poderá, então, aproveitar da resolução do contrato. Poderá apenas pedir a renda em dívida, acrescida de uma indemnização igual ao dobro da renda (art.° 35.°, n.° 1, in fine do RAUM). Tenha-se presente que a indemnização aqui fixada é bem mais gravosa do que a decorrente do regime geral, que consistiria no pagamento dos juros legais correspondentes ao montante em dívida, dado tratar-se de obrigação pecuniária (art.° 806.°, n.° 2 do Código Civil).

No entanto, qualquer destes direitos podem ser "paralisados" caso o inquilino, no prazo de oito dias, a partir da sua constituição em mora, efectue o pagamento ou, caso o senhorio se recuse a recebê-la, o depósito da renda em dívida (art.° 35.°, n.° 2 do RAUM). Se a mora ultrapassou 8 dias, o arrendatário, para obviar às consequências daí resultantes, terá que acrescer o pagamento ou o depósito da renda em dívida da indemnização legal, nos termos do disposto no art.° 35.°, n.° 1 do RAUM.

Atendendo à existência deste prazo de oito dias durante os quais se pode, por assim dizer, "paralisar" os direitos do senhorio, torna-se da maior relevância a determinação do momento exacto a partir do qual o inquilino se constituiu em mora.

Note-se que o inquilino não se constitui em mora a partir do 8 .° dia subsequente ao 5.° dia útil de cada mês. O inquilino constitui-se em mora a partir do dia em que é interpelado para pagar a renda e o não faz (art.° 805.°, n.° 1 do Código Civil), sendo certo que, na falta de estipulação em contrário, pode ser interpelado para o pagamento em qualquer um dos primeiros cinco dias úteis de cada mês.

Em face do exposto, se o senhorio interpelar o inquilino logo no primeiro dia útil do mês em causa, que por hipótese é o dia 2, e este não pagar a renda, só poderá "paralisar" os direitos do senhorio se efectuar o pagamento da renda até ao dia 10, ou se, tendo o senhorio recusado o pagamento, promover o respectivo depósito até essa data.

Se o contrato de arrendamento estipular um dia fixo para efeitos de pagamento da renda, a situação não apresentará qualquer dificuldade: os oito dias contam-se, como é óbvio, a partir da data estipulada no contrato para o pagamento.

Se se tiver estipulado que o inquilino deve proceder ao pagamento em casa do senhorio, mas não se tiver estipulado um dia para o efeito, os oito dias contar-se-ão a partir do quinto dia útil do mês em causa. É que, na ausência de estipulação das partes, diz a lei que o pagamento pode ser efectuado entre o primeiro e o quinto dia útil de cada mês. Logo, nada obsta a que o inquilino aproveite o prazo mais longo que a lei lhe faculta (quinto dia útil), sendo só a partir dessa data que se contarão os oito dias de que dispõe para pôr termo à sua mora sem quaisquer consequências.

7.2.1.1.5 Depósito de rendas

O depósito de rendas funciona nos termos do art.° 841.° e seguintes do Código Civil e também dos art.° 970.° e seguintes do Código de Processo Civil.

O inquilino pode recorrer ao depósito de rendas nos mesmos casos em que o devedor se pode desobrigar validamente mediante depósito. No entanto, não está obrigado a fazê-lo. Mas é óbvio que tem interesse em o fazer, dado que, se não depositar a renda em dívida acrescida da indemnização legal, o juiz pode decretar o despejo provisório no despacho saneador, nos termos do art.° 974.°, n.° 1 do Código de Processo Civil. E não aproveita ao inquilino que, no final da acção, venha a provar-se que afinal não havia culpa da sua parte no que se refere ao pagamento da renda. É que terá sido entretanto despejado por ordem do juiz no despacho saneador. Para evitar o despejo, ainda que não tenha culpa, o inquilino tem todo o interesse em proceder ao depósito das rendas.

Durante o referido prazo de oito dias o inquilino pode opor-se aos direitos do senhorio, bastando-lhe para tanto proceder ao depósito da renda. Só que então, caso o senhorio não se conforme e impugne o depósito (art.° 53.°, n.° 1 do RAUM), incumbir-lhe-á provar que o senhorio se encontra em mora (*mora creditoris*), pois ao devedor não é lícito escolher o depósito como meio de cumprimento da obrigação, se não se verificam os respectivos pressupostos legais (art.° 49.°, n.° 1 do RAUM). Com a consequência de que, se não conseguir provar a *mora creditoris* será despejado, se o senhorio tiver intentado acção de despejo por falta de pagamento de renda. Isto, se entretanto e até à contestação da acção de despejo, o arrendatário não efectuar o depósito da indemnização (art.° 70.°), a título condicional, pois o da renda já tinha efectuado. Expirado aquele prazo de oito dias, porém, já só pode

opor-se aos direitos do senhorio se depositar não só o valor da renda ou rendas em dívida, mas também o montante da indemnização devida, que é igual ao dobro do devido (art.º 35.º, n.ºs 1 e 2).

Resumindo: o inquilino deve proceder ao pagamento da renda no dia em que está obrigado a fazê-lo, já que, se o não fizer, fica constituído em mora. O que acontece é que, se não efectuar o pagamento, a mora pode cessar, por acto do inquilino e sem qualquer sancionamento, no prazo de oito dias. O que sucede com frequência é que grande número de pessoas costuma pagar a renda até ao oitavo dia subsequente ao dia contratualmente acordado para o pagamento da renda, ou, no caso de nada ter sido estipulado, ao quinto dia útil do mês respectivo sem que daí decorra qualquer sanção, o que não significa que esteja a pagar dentro do prazo! É claro que está a pagar fora de prazo. O que se passa é que o está a fazer dentro do período em que o legislador lho permite fazer, sanar a mora, sem que daí decorra qualquer sanção.

Se porventura o inquilino entender que não tem de pagar (designadamente por entender que não é ele próprio o culpado) nem por isso deve deixar de depositar a renda, atendendo ao que anteriormente se disse quanto à possibilidade de o juiz ordenar o despejo provisório no despacho saneador. Por isso, o inquilino tem vantagem em proceder ao depósito da renda em dívida mais a correspondente indemnização, para obviar àquele inconveniente. Só que, o legislador presume a existência de culpa do inquilino nos casos em que este faça o simples depósito da renda e do montante correspondente à indemnização legal (art.° 36.º, n.º 1 do RAUM). Para afastar essa presunção de culpa contra si, a lei permite-lhe a efectuação de um depósito condicional (art.° 36.º, n.º 2, *in fine* do RAUM). Já a simples oferta do triplo da renda não equivale a confissão de mora (n.º 3 do mesmo preceito).

O arrendatário pode efectuar este depósito até à contestação da acção de despejo (art.ºs 50.º e 70.º do RAUM e art.º 974.º, n.º 1, al. c) do Código de Processo Civil). A partir da data da entrega da contestação da acção de despejo, o arrendatário já não pode valer-se desta faculdade de efectuar o depósito da renda. Significa isto que, se vier a provar-se que a culpa era sua, será irremediavelmente despejado. Assim, se pretender manter o contrato, deverá efectuar o depósito, como já foi referido, até à data da entrega da contestação da acção de despejo (art.º 70.º do RAUM).

A solução era a mesma ao abrigo do art..° 97.° da LIU, que estabelecia o seguinte:

"Se a sua mora exceder oito dias, o arrendatário pode ainda livrar-se depositando, além da renda em falta, a indemnização a que se refere o parágrafo 1 do artigo 41.° contanto que o faça até ao momento indicado no artigo 47.° ".
Ora este, por sua vez, dizia-nos que "O *direito à rescisão do contrato por falta*

de pagamento de renda caduca logo que cesse a mora do arrendatário, uma vez que este facto se produza pelo pagamento ou depósito da renda ou da renda e indemnização, conforme for o caso, até à contestação da acção tendente a fazer valer aquele direito. "

Para além da observância do prazo referido, o inquilino deve ainda ter a precaução de notificar judicialmente o senhorio, no prazo de cinco dias, de que efectuou o depósito. Com efeito, se esta notificação for efectuada, o inquilino beneficiará da presunção de que a falta de pagamento é imputável ao senhorio (art.° 36..°, n.° 1, *in fine* do RAUM). Daqui decorre que, feita a notificação nos termos do mesmo preceito, competirá ao senhorio ilidir aquela presunção de culpa. Não obstante, a notificação do depósito ao senhorio é facultativa (art.° 51.°, n.° 1 do RAUM). Apesar da efectuação do depósito, tal facto não exonera o inquilino de continuar a pagar regularmente a renda acordada, já que continua a ocupar o arrendado. Contudo, enquanto subsistir a causa do depósito, o arrendatário pode depositar as rendas subsequentes, sem necessidade de as oferecer de novo ao senhorio e de o notificar (art.° 52.°, n.° 1).

Havendo mora no pagamento da renda (e enquanto lhe não seja posto termo) pode o senhorio recusar-se a receber as rendas respeitantes aos meses seguintes, que serão consideradas em dívida para todos os efeitos (art.° 36.°, n.° 2 do RAUM). Mas, se as receber, tal não significa que se considere extinta a dívida da renda correspondente àquele particular mês. Pelo contrário, esses montantes serão imputados nos montantes anteriormente em dívida, pelo que, para todos os efeitos, se considera que a renda ou rendas anteriores foram pagas, mas as actuais continuam por pagar, pelo que o senhorio vai adquirindo ou renovando o direito à resolução do contrato com fundamento no não pagamento de rendas[177].

Exemplificando: suponhamos que não foi paga a renda dos meses de Janeiro e Fevereiro e que o inquilino se apresenta a pagar a renda correspondente ao mês de Março; daí em diante paga sempre a renda, com regularidade.

O que sucede é que, a despeito de o inquilino ter entregue a renda em Março (e lhe ter eventualmente atribuído exactamente esse sentido, isto é: cumprir a sua obrigação contratual referente ao mês de Março) o legislador consagrou uma solução legal que imputa essa entrega nos montantes em dívida. Logo, aquela entrega teria satisfeito a mais antiga das obrigações que estava por cumprir (a de Janeiro) continuando por solver as referentes a Fevereiro e Março.

Semelhante fenómeno se verifica em relação às quantias devidas a título de indemnização. Se o senhorio não opta pelo direito de resolução do contrato mas sim pelo recebimento das rendas em atraso acrescidas da indemnização (e já

177 Cfr. Pereira Coelho, p. 182; Pires de Lima, Antunes Varela, *ob.cit.*, vol. II, anotação n.°s 3 e 4 ao art.° 1041.°, p. 363.

sabemos que esta possibilidade é alternativa) as rendas que sejam oferecidas em momento posterior à constituição em mora, são imputadas na dívida da renda e no montante da indemnização devida.

Exemplificando uma vez mais: suponhamos que é a renda referente a Janeiro que se encontra em atraso, sendo a renda de MOP 1.000. Como sabemos, o senhorio poderá exercer o direito de resolução do contrato com fundamento em falta de pagamento da renda, ou o montante da renda de Janeiro (MOP 1.000, mais a indemnização correspondente ao dobro dessa renda. Logo: MOP 2.000 a título de indemnização). Significa isto que o senhorio terá direito, face ao atraso de pagamento de um mês, a receber o triplo do valor da renda. Se o inquilino comparecer a pagar as rendas de Fevereiro, Março e Abril, num montante total de MOP 3.000, essa quantia será imputada da forma seguinte: MOP 1.000 no montante respeitante à renda do mês de Janeiro; MOP 2.000 referentes à indemnização devida pela falta de pagamento da renda de Janeiro. Em consequência, encontrar-se-iam em falta os pagamentos das rendas de Fevereiro, Março e Abril, que o inquilino poderia julgar ter satisfeito. E, para além disto será ainda responsável pelo pagamento das indemnizações correspondentes a cada um dos meses em atraso!

Este é o regime legal que resulta do disposto do n.°s 3 e 4 do art.° 36.° do RAUM[178].

7.2.2 Obrigação de não utilizar nem permitir que outrem utilize o prédio para fim diverso do contratualmente acordado

O inquilino está obrigado a respeitar o fim contratual, não utilizando o arrendado para fim diferente do acordado - ainda que não seja qualquer diversa utilização do arrendado que legitime o direito à resolução do contrato.

Exemplo:

O arrendado destina-se a um estabelecimento comercial. Aí fica, em determinado dia a dormir um funcionário. A dormida não está no fim do contrato. Mas não dá direito à resolução, a menos que essa dormida do funcionário, ao invés de esporádica, passe a ser quotidiana.

Por outro lado, e por maioria de razão, está obrigado a não permitir que um terceiro utilize o prédio para fim diverso do acordado (art.° 16.°, al. f) do RAUM).

7.2.3 Obrigação de fazer uma utilização prudente do prédio

O arrendatário tem de utilizar o arrendado prudentemente, ou seja, como o faria um bom pai de família. A utilização imprudente do prédio só é, no entanto, causa de resolução do contrato quando se traduza em obras que alterem a estrutura

178 Cfr. Pereira Coelho, ib.; Pires de Lima, Antunes Varela, ib.

externa do prédio ou a divisão interna das suas divisões (art.° 16.°, al. d) e art.° 67.°, n.° 1, al. d) do RAUM). Nos demais casos, será apenas fonte da obrigação de o arrendatário indemnizar o senhorio pelos danos causados, nos termos gerais (art.° 798.° do Código Civil).

7.2.4 Obrigação de não permitir o gozo do prédio a outrem sem consentimento do senhorio

Também não pode autorizar que outrem utilize o prédio, quer essa utilização seja total, parcial, onerosa, gratuita, temporária ou definitiva, sem consentimento do senhorio (art.° 16.°, al. f)).

8. Modificações do contrato de arrendamento

Na última aula terminamos o estudo da posição jurídica do arrendatário. Fizemos a inventariação dos seus direitos e das suas obrigações. Passaremos, agora, a analisar, embora sumariamente, as modificações que se podem operar na vida de um contrato de arrendamento.

As modificações do contrato de arrendamento podem ser, em termos muito simplistas, de ordem subjectiva e de ordem objectiva.

São de ordem subjectiva se são os sujeitos que mudam; são de ordem objectiva se é nos elementos do conteúdo do próprio contrato que se verifica a modificação.

8.1 Modificações subjectivas

8.1.1 Modificação da posição do locador

A modificação subjectiva verifica-se, ou pode verificar-se, em várias situações. Desde logo no caso de haver uma substituição da pessoa do locador, como, por exemplo, na hipótese de transmissão do prédio arrendado.

Se o locador transmitir para outrem o prédio arrendado verifica-se uma transmissão na pessoa do locador. Porquê? Porque o legislador impõe que a transmissão do prédio não implica a caducidade do arrendamento. É uma regra que se exprime com o brocardo latino *"emptio non tolit locatio"*: quer dizer, a venda não tolhe a locação, ou a venda não prejudica a subsistência da locação.

Esta regra pretende tutelar a posição do locatário que fica particularmente assegurada perante estas situações. E nesta cessão *"automática"* - não é uma cessão contratual que se identifique nos termos dos arts 424.° e ss. do CCivil, é uma cessão que se verifica por efeito do próprio acto que origina a transferência da titularidade do direito em que se funda o arrendamento -, que se verifica independentemente da vontade das partes, sem necessidade de consentimento da

contraparte, que, neste caso, seria o inquilino, produz-se aí uma substituição de um dos contraentes: o locador.

Por um lado, e de acordo com as regras gerais, o contrato, tendo efeitos inter partes, não se imporia ao adquirente do direito com base no qual foi celebrado o arrendamento. A lei, contudo, e como se disse, impõe ao adquirente a sucessão na posição de senhorio, salvaguardando a subsistência do arrendamento. O arrendatário, por seu lado, vê impor-se-lhe uma mudança na posição da contraparte, o senhorio, sem nela ter consentido, como sucederia de acordo com as regras gerais (art.º 424.º do Código Civil).

Aquele que adquire o direito, com base no qual foi celebrado o contrato de arrendamento, passa a ser o locador, independentemente da vontade das partes nesse sentido (art.° 91.°, n.° 1 do RAUM).

Mas tem algumas consequências esta modificação:

Pode suceder que não assistisse, por exemplo, um direito de denúncia do contrato ao anterior titular e vir a assistir esse direito ao adquirente. De algum modo poderá essa modificação projectar-se na posição do arrendatário.

Suponhamos que o primitivo locador não tem motivos para proceder à denúncia do arrendado. Já sabemos que, por exemplo, ele pode denunciar o contrato porque necessita do prédio para nele exercer actividade económica (art.° 78.°, n.° 1, al. d) do RAUM). Suponhamos que o locador primitivo não tem esse direito porque, por exemplo, tem casa própria e desocupada na localidade. Quanto ao adquirente, porém, já podem verificar-se todos os requisitos de que a lei faz depender o exercício do direito de denúncia, pelo que este poderá exercer esse direito, verificando-se, então, que a modificação subjectiva da posição de locador veio "mexer" com a posição do arrendatário[179].

Isto para dizer que o adquirente passa a ter, automaticamente, a posição de locador em face do locatário, mas pode ser que, de facto, a situação deste último se altere, pois o adquirente pode vir a exercer direitos que o anterior locador não tinha.

Para além disso, e porque sucede na posição de locador, aproveita de quaisquer causas de resolução que aproveitassem ao anterior proprietário, mas de que este não tenha feito uso, muito embora não tenha renunciado ao exercício do direito de resolução, contanto que, como é óbvio, se esteja dentro do prazo durante o qual essa causa de resolução é susceptível de arguição, e que é de um ano a contar do facto que serve de fundamento à resolução (art.º 68.º, n.º 1 do RAUM), ou,

---

179 Esta faculdade, aliás era - e é - um estratagema muito utilizado pelos senhorios para porem cobro aos contratos de arrendamento, em Portugal. Faziam-se vendas fictícias a favor de pessoas que possuíssem todos os requisitos indicados na lei; essa pessoa tinha que aguardar cinco anos até que pudesse exercer o direito de denúncia art.° 1098.°, n.° 1, a), CCivil - mas, depois, podia exercê-lo. E entre esperar uma vida inteira ou esperar cinco anos, sempre era melhor esta opção. Este requisito dos cinco anos não era, todavia, imposto pela LIU.



tratando-se de factos continuados ou duradouros, da cessação do facto-fundamento (art.º 68.º, n.º 2 do RAUM).

Suponhamos que o arrendatário para comércio e indústria, desocupou o prédio há mais de um ano e o senhorio, tendo conhecimento disso, nada fez para a resolução do contrato - art.° 67..°, n.º 1, al. i). Entretanto vende o prédio. Ora o adquirente pode usar dessa faculdade e resolver o contrato, não obstante o anterior proprietário o não ter feito, desde que, como é evidente, esteja em tempo de invocar esse motivo de resolução do contrato[180].

Por outro lado, e ainda nesta matéria da transmissão da posição do locador, convém dizer que não é oponível ao adquirente a liberação de rendas não vencidas à data da transmissão (art.° 92.° do RAUM).

Exemplo: O senhorio diz ao inquilino que este não precisa de lhe pagar renda durante os próximos seis meses. Entretanto vende o prédio. Tal declaração, que tem toda a eficácia entre as partes, pois o senhorio tem toda a liberdade de dispor dos seus créditos, não pode ter eficácia em face do adquirente. Uma vez que este adquira o prédio, o inquilino terá de lhe pagar a renda, não lhe valendo a liberação concedida pelo anterior proprietário, para além do momento da transmissão.

Resta dizer que essa posição do locador se transmite independentemente do título consubstanciar uma sucessão a título singular ou a título universal.

8.1.2 Modificação da posição de arrendatário

Por outro lado, é susceptível também de se verificar uma modificação subjectiva, mas, agora, do lado do arrendatário.

Assim, em caso de morte do arrendatário, o arrendamento para o comércio e indústria transmite-se aos seus herdeiros - art.° 106.°, n.° 1 do RAUM- que, no entanto, podem renunciar ao direito de arrendamento comunicando-o ao senhorio no prazo de 30 dias - 2a parte do referido n.° 1 - ou, então, restituindo o uso do prédio no mesmo prazo - n.° 3. Não acontecendo isso, então transmite-se para eles o direito ao arrendamento, podendo eles passar a exercê-lo conforme o exercia o "de cujus".

Para além destas situações, existem outras em que se pode verificar uma modificação subjectiva da posição do arrendatário.

Desde logo, em caso de cessão da posição de arrendatário efectuada nos termos dos art.°s 424.° e sgs. do CCivil. Só que essa cessão está dependente da autorização do locador, sob pena de ser ilícita e fundamentar uma acção de resolução do contrato com base na al. f) do art.° 67.° do RAUM.

---

180 Suposto que a causa da inércia do senhorio se não funda na renúncia do direito à resolução, porque se assim for então o adquirente não pode valer-se dessa causa de resolução por força do princípio *nemo plus juris*....

Pode ainda verificar-se uma situação de sublocação ou subarrendamento. Subarrendamento é o contrato de arrendamento que se celebra com base no direito de arrendamento de um prédio (art.º 94.º do RAUM). É um subcontrato, é um contrato subordinado, que está dependente em todos os seus aspectos da existência de um outro, denominado principal.

O subarrendamento, que pode ser total ou parcial, está sujeito a algumas regras para ter eficácia em face do senhorio. Porque se trata da utilização da coisa por pessoa diversa do arrendatário, é claro que só pode ter efeitos em face do senhorio se tiver sido por este autorizado (art.º 96.º, n.º 1 do RAUM).

O senhorio pode autorizar o subarrendamento em geral ou especificamente. No primeiro caso, por exemplo, pode permitir no contrato de arrendamento que o arrendatário tenha o direito de subarrendar. Mas pode também exigir que o subarrendamento, sendo embora permitido, dependa da sua prévia anuência.

Mas, nada havendo sido estipulado, pode, a todo o tempo, ser consentido.

Se, não sendo consentido, o arrendatário o leva a cabo, estamos perante um subarrendamento ilícito, sendo motivo de resolução do contrato de arrendamento - art.° 67.°, n.º 1, al. f) do RAUM.

Sendo consentido, a despeito de lícito, tem de ser comunicado ao senhorio no prazo de 15 dias, sob pena de ser ineficaz perante ele e fundamentar uma acção de resolução do contrato - art.°s 96.°, n.° 1 e 67.°, n.º 1, al., f) do RAUM.

Dissemos atrás que o subarrendamento pode ser total ou parcial, e isto tem alguma importância. Desde logo porque a lei permite que o sublocador cobre do subarrendatário, em caso de subarrendamento total, uma renda superior em 20% da renda paga pelo primitivo contrato. Se o subarrendamento é parcial, uma renda superior em 10% da renda original correspondente à parte subarrendada - art.° 97.° do RAUM. Quer dizer: tendo em conta a avaliação global desta parte do arrendamento. Para a determinar, temos de nos socorrer das regras previstas no art.° 4.° do RAUM, se for o caso, e aferir, a partir daí, do valor global das partes em termos de renda. Se determinarmos que, por hipótese, a parte subarrendada corresponde a 1/3 do arrendado e que a renda é, por hipótese, $3.000,00, quer isso dizer que o sublocador não poderá cobrar uma renda superior a $1.100,00. Se o subarrendamento é total, nesta mesma hipótese, não poderia cobrar uma renda superior a $3.600,00.

Outra consequência importante desta distinção entre subarrendamento total e parcial é a decorrente do facto de o senhorio se poder fazer substituir ao sublocador total, produzindo a resolução do contrato de arrendamento, e assumindo-se directamente como locador em face do subarrendatário, que passará, assim, a ser arrendatário (art.º 99.º, n.º 1 do RAUM). Quer dizer: extingue-se o primeiro contrato de arrendamento; o contrato de subarrendamento caduca; e passa a haver um contrato de arrendamento directo entre o dono da coisa - o locador - e



o subarrendatário.

Qual é a explicação desta situação? É, desde logo, o desfavor com que a lei encara o subarrendamento total. Se o arrendatário subloca totalmente a coisa, não está ele a usá-la mas outrem, não fazendo sentido que o arrendatário esteja a aproveitar dela quando demonstra não ter necessidade da coisa. Daí que o legislador lhe não dê tutela, permitindo que o locador se faça substituir ao sublocador.

O mesmo não acontece com o subarrendamento parcial para se tutelar a posição do subarrendatário, a quem poderia ser absolutamente insuportável a convivência com outras pessoas que o senhorio lá pudesse colocar. Quer dizer: se o senhorio pudesse substituir-se ao sublocador e colocasse no arrendado, na parte não subarrendada, outras pessoas, isso poderia tornar-se absolutamente insuportável para o subarrendatário, sobretudo, por exemplo, nos arrendamentos habitacionais, mas não só, designadamente em termos de convivência, ainda que esta passasse a ser com o próprio senhorio. Daí que a lei não permita que nos subarrendamentos parciais - autorizados, como é evidente - o senhorio se possa substituir ao sublocador.

Já o mesmo se não verifica, como vimos, no caso de subarrendamento total porque aí é o subarrendatário que ocupa todo o locado, e, pois, não há problemas de convivência ou de conflitualidade com terceiros e daí que se permita a substituição.

É o que resulta do art.° 99..°, n.° 1 do RAUM.

Dado que o subarrendamento é um contrato subordinado, dependente do contrato principal, a extinção do contrato de subarrendamento, por caducidade, verificar-se-á sempre que se verifique a extinção do contrato de arrendamento art.° 98.°, n.° 1 do RAUM.

Mas, para além desta causa de extinção, pode ainda extinguir-se em todas as situações por que se pode extinguir um contrato de arrendamento.

Quando o subarrendamento não é autorizado pelo senhorio - e este pode, pois, resolver o contrato de arrendamento - será que a autorização do senhorio é condição de validade do subarrendamento?

Não é. O subarrendamento entre as partes é válido. Mas não produz efeitos perante o senhorio que, por o não ter autorizado, pode resolver não o contrato de subarrendamento - pois relativamente a ele é "res inter alios" - mas o contrato de arrendamento. E resolvendo o contrato de arrendamento produz a sua extinção, a qual vai determinar a caducidade do contrato de subarrendamento. Quando muito pode dizer-se que essa autorização do senhorio é uma mera condição de eficácia do contrato de subarrendamento, e, mesmo isso, com algumas dúvidas, pois, efectivamente, se o senhorio não reagir o contrato é perfeitamente válido e eficaz.

Se o contrato de arrendamento se extinguiu, por qualquer razão, o contrato de subarrendamento extingue-se, também, por caducidade. Mas, se após esta extinção do contrato de arrendamento e consequente caducidade do contrato

de subarrendamento, o senhorio aceitar o pagamento de qualquer renda do subarrendatário e passar recibo, então passa a existir novo contrato de arrendamento entre o senhorio e o sublocatário, agora na posição de arrendatário (art.º 99.º, n.º 2 do RAUM).

E isto não é susceptível de trazer qualquer complicação. De facto, já sabemos que, a despeito do contrato de arrendamento ser um contrato formal, a falta de título, contanto que estejamos no domínio do arrendamento para habitação, não impede que as partes façam prova do respectivo contrato, sendo que se a falta é imputável à contraparte e é o inquilino que se pretende fazer prevalecer, tem de provar que possui um recibo de renda. Mas isto no referido domínio do arrendamento para a habitação.

Já no arrendamento para o comércio e indústria as coisas poderão ser um pouco mais complicadas. No entanto, a lei é expressa em dizer, no art.º 99.º, n.º 2:

"Se o senhorio receber alguma renda do subarrendatário e lhe passar recibo depois da extinção do arrendamento, será o subarrendatário havido como arrendatário directo."

A verdade é que se não distingue neste preceito entre sublocação para qualquer fim específico. Pergunta-se, então: valerá isto para o arrendamento comercial e industrial?

Exemplo: O sr. A arrendou um determinado espaço para fim comercial e, depois, subarrendou uma determinada parte a B (também para fim comercial), com autorização do senhorio a quem fez a devida notificação. A, a partir de dada altura, deixa de pagar as rendas e é resolvido o seu contrato. Após esta resolução, como consequência imediata, dá-se a caducidade do contrato de subarrendamento, pelo que B ficaria sujeito a ser despejado.

Todavia, B, após a resolução do arrendamento, apresenta-se perante o senhorio e paga-lhe a renda, que este recebe, passando-lhe recibo.

Quid Iuris?

Temos, então, um novo contrato de arrendamento, pois a lei não distingue, no art.º 99.º, n.º 2 quanto à finalidade do contrato. Já era assim no regime da LIU, por força do seu art.º 69.º, o que permitia a conclusão de que este preceito da LIU continha uma excepção ao princípio do art.º 10.º da LIU que exigia, sempre, sob pena de nulidade, a existência de escritura pública, ou, pelo menos, escrito particular, para os arrendamentos comerciais ou industriais. Este arrendamento passa, no império da LIU, a ter o prazo de seis meses, por aplicação do regime supletivo do art.º 22.º da LIU. Continua a ser este o prazo neste caso, no actual regime do RAUM, por força do art.º 24.º, n.º 1.

Trata-se, de facto, de um contrato novo, para o qual não é exigida qualquer forma. O primeiro contrato de arrendamento extinguiu-se; como consequência, caducou o contrato de subarrendamento; a posição de arrendatário que a lei atribui,

em tal situação, ao subarrendatário, só pode decorrer da existência de um novo contrato de arrendamento, isento de forma e pelo prazo de 6 meses, nos termos do art.° 24.°, n.° 1 do RAUM.

Parece que o legislador aceitou uma projecção da forma observada para o subarrendamento. Com efeito, como se disse, o subarrendamento para ser válido necessita de observar a forma prescrita para o contrato de arrendamento respectivo, pelo que a forma então observada como que se projectará no novo contrato.

8.1.2.1 Subarrendamento, cessão da posição de arrendatário, trespasse e locação de estabelecimento

Importa, ainda, distinguir as figuras de subarrendamento, cessão da posição de arrendatário, trespasse e locação de estabelecimento.

Esta questão gira toda à volta de saber se o objecto do contrato é o prédio ou é o estabelecimento.

a) No trespasse e na locação do estabelecimento o objecto é o estabelecimento;

b) Na cessão da posição de arrendatário e no subarrendamento o objecto do contrato é o prédio.

No subarrendamento o sublocador mantém a sua posição de arrendatário em face do senhorio. Não se desliga, portanto, da relação contratual sobre o prédio.

Na cessão da posição de arrendatário este desliga-se dessa relação. Quem vem a ser o novo utilizador do bem é o cessionário, que ocupa o lugar do cedente, passando, pois, ele a ser o arrendatário.

Do que decorre que, na cessão, o arrendatário sai fora da relação; no subarrendamento ele mantém-se nessa relação, na posição de arrendatário, ainda que, concomitantemente, venha a entrar uma nova pessoa para o gozo do prédio mas não, é claro, em face do senhorio.

Entre subarrendamento e trespasse a situação é exactamente a mesma. No trespasse o arrendatário sai fora da relação de arrendamento e o trespassário passa a ser o novo arrendatário. Por outro lado, como já se disse, o objecto do trespasse é o estabelecimento e não o prédio ou o direito ao arrendamento, sendo que este integra aquele como um dos seus elementos.

No caso do subarrendamento e da locação de estabelecimento comercial a destrinça é, justamente, o objecto. No subarrendamento é o prédio e na locação de estabelecimento o próprio estabelecimento comercial.

No regime da LIU, colocavam-se algumas questões à volta da locação do estabelecimento comercial:

O legislador não lhe chamava locação de estabelecimento ou sequer cessão da exploração. O art.° 3.° da LIU considerava exclusivamente como

arrendamento esse contrato[181]. Mas a situação estava prevista para o caso de o dono do estabelecimento ser o dono do prédio, por isso que o legislador a considerava exclusivamente arrendamento. É claro que para a situação em que o estabelecimento estivesse instalado em prédio arrendado, deveria entender-se que era exclusivamente havido como subarrendamento, muito embora a lei não permitisse a prorrogação do prazo, e, consequentemente, em excepção às regras gerais do arrendamento, se permitisse a denúncia para o termo do prazo.

O que há aqui que proteger essencialmente é a utilização do local por parte do dono do estabelecimento. Ele quis aproveitar da coisa e, portanto, locou-a. Se, findo o prazo, ele recebesse o estabelecimento, mas não o local onde este estava instalado isso seria fonte de graves prejuízos, e, consequentemente, desmotivá-lo-ia de aproveitar das suas virtualidades.

O legislador da LIU, fazendo grandes confusões em sede de conceitos, mas não querendo evitar essa consequência desastrosa que seria a sujeição do contrato ao regime dos arrendamentos vinculísticos (portanto à prorrogação automática do prazo), apesar de dizer que era exclusivamente arrendamento, veio, no entanto, tutelar o interesse do dono do estabelecimento, dizendo que, nesse caso, em excepção aos princípios gerais, não se produziria a prorrogação automática do contrato - art.° 52.°. n.° 3 da LIU.

Mas, vistas agora as coisas do ponto de vista do dono do estabelecimento que estivesse instalado não em prédio próprio, mas em prédio arrendado, a leitura tinha de ser outra. E tinha de ser outra desde logo porque se não podia dizer que se tratava exclusivamente de arrendamento, já que, neste caso, a transferência do gozo do prédio para outrem era feita com base num prévio direito de arrendamento e, consequentemente, a situação teria de ser integrada dentro da figura de subarrendamento, logo deveria ler-se como se dissesse: «é havido exclusivamente por subarrendamento».

Agora a questão que se colocava era esta: poderia dizer-se que, neste caso, seria desnecessária a autorização do senhorio para que o locatário do estabelecimento pudesse utilizar o prédio arrendado no âmbito e para os fins do estabelecimento, como dizíamos em face dos art.°s 1118.° e 1085.° do CCivil em Portugal?

A dificuldade, como facilmente se alcança, decorria do facto de, como se disse, se ter que ler o preceito do art.° 3.°, n.° 1 LIU, para estas hipóteses, como se dissesse «é havido exclusivamente por subarrendamento»; ora, estando o subarrendamento, para ser lícito (art.° 62.° LIU), sujeito a autorização do senhorio, parece que, ao contrário do que sucedia em face aos art.° 1118.° e 1085.°, n.° 2 do CCivil, sempre seria preciso obter a autorização do senhorio para que o arrendatário

---

181 Cfr. com o art.° 1085.° CCivil: "*Não é havido como arrendamento...*".

comercial pudesse permitir ao locatário do seu estabelecimento o gozo do mesmo no prédio arrendado.

No entanto, a dificuldade facilmente se evadia se tivessemos em conta que ao legislador não compete a tarefa de qualificar dogmaticamente os institutos jurídicos que se permite regulamentar, pelo que as qualificações que se permite efectuar não são vinculantes para o intérprete[182].

Assim sendo, a letra do art.° 3.°, n.° 1 LIU não constituía qualquer limite para a resolução do problema, e, logo, nada obstava, pelo contrário, a que se recorresse ao argumento de maioria de razão, para que, com base no art.° 85.°, n.° 1 LIU, se considerasse desnecessária a autorização do senhorio nos casos de locação de estabelecimento.

Em todo o caso, a situação encontra-se completamente ultrapassada no actual regime, porquanto o art.° 8.°, n.° 1 do RAUM prescreve, a exemplo do art.° 1085.°, n.° 1 do Código Civil, que não é havido como arrendamento de prédio urbano o contrato pelo qual alguém transfere temporária e onerosamente para outrem, juntamente com o gozo do prédio, a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado. E mais diz, que essa cessão de exploração, *rectius* locação de estabelecimento, não carece de autorização do senhorio (n.° 3 do art.° 8.° do RAUM).

9.3 Resolução do contrato por parte do senhorio

Na última aula falamos da resolução do contrato de arrendamento e fizemos uma abordagem muito rápida das várias causas. Por isso, voltando um pouco atrás, vimos que o direito de resolução do contrato apenas é reconhecido ao senhorio em determinados casos - os expressamente indicados no art.° 67.° da LIU. Esta resolução do contrato tem de ser decretada pelo tribunal, em acção de despejo intentada pelo senhorio para o efeito (art.° 65.°, n.° 2 e art.° 116.° do RAUM)[183]. O prazo para intentar esta acção é de um ano (art.° 68.°, n.° 1 do RAUM).

De entre as várias razões que permitem ao senhorio resolver o contrato interessa dizer o seguinte:

A al. c) - "aplicar o prédio, reiterada ou habitualmente, a práticas ilícitas, imorais ou desonestas" - é uma alínea que tende, cada vez mais, a ver o seu âmbito

---

182 Registe-se que esta qualificação, a ser, vinculante, implicaria soluções particularmente inconvenientes: pense-se na limitação do valor da renda aplicável ao subarrendamento por força do art.° 70.° LIU; ou na possibilidade de substituição do senhorio ao sublocador nos subarrendamentos totais, como seria o caso da locação do estabelecimento (art.°67.° da LIU).

183 Acção de despejo imediato, em contraposição à acção de despejo diferido, que vigora para as situações em que haja lugar à denúncia do contrato, quando permitida ao senhorio (art.° 119.°, n.° 1 do RAUM).

de aplicação restringido com a permissividade inerente às modernas sociedades. Ainda não há muito tempo mereceu algumas palavras cruas ao Doutor Antunes Varela, nas páginas da RLJ, a propósito de uma célebre decisão[184] que considerava não existirem práticas ilícitas ou imorais numa determinada situação em que o inquilino utilizava o arrendado - que era para fins comerciais (venda de artigos ópticos) para encontros com pessoas do sexo feminino, diferentes da sua esposa, a horas e a desoras. O Tribunal entendeu não haver aí práticas ilícitas, imorais e muito menos desonestas porque, tendo em conta a permissividade da sociedade, não era algo que pudesse causar grande repulsa ao sentimento de moralidade dominante. Isso levou a que o Professor Antunes Varela, como se disse, escrevesse algumas páginas ácidas na RLJ.

A "estrutura" de que fala a al. d) não é a considerada para efeitos de engenharia civil. É também uma certa estrutura estética. Tudo o que contenda com isso pode constituir fundamento de resolução do contrato, sendo que, no entanto, a nossa jurisprudência tem entendido não se verificar isso a propósito das célebres marquises. Entende que não há alteração da estrutura externa, contanto que sejam amovíveis - isto é, que não sejam colocadas com carácter de perpetuidade ou definitividade, mas tão só como uma instalação que pode ser retirada a todo e qualquer momento, sem qualquer prejuízo para a coisa.

A al. f) abrange não só todas as situações em que exista uma sublocação mas também aquelas em que exista qualquer cessão da posição de arrendatário, quer temporária quer definitiva, quer onerosa, quer gratuita, e abrange aí, bem entendido, sublocações ou cessões ilícitas - as que não são autorizadas pelo senhorio - inválidas - as que não obedecem aos requisitos de forma prescrita na lei - e ineficazes - aquelas que não foram comunicadas ao senhorio, como deviam. Efectivamente, em todas as situações em que se permite o gozo da coisa por um terceiro - quer seja um gozo temporário, quer definitivo, consentido ou não consentido - tem de ser comunicado o facto ao senhorio (art.º 16.º, al. g)). É o caso do trespasse, é o caso do subarrendamento, que, para além de serem autorizados pelo senhorio e serem celebrados na forma prescrita na lei, devem, depois de celebrados, ser comunicados ao senhorio no prazo de 15 dias, sendo que releva o conhecimento dado ao senhorio pela própria pessoa que vem gozar o prédio - por exemplo, tanto o trespassário como o subarrendatário podem validamente comunicar eles próprios, ao senhorio, que são eles, agora, que se encontram no gozo do prédio. Não sendo feita a comunicação, é ineficaz em face do senhorio e, consequentemente, dará azo a este fundamento para o despejo.

Quanto às demais alíneas do art.° 67.° do RAUM, de que também já falamos noutra altura, não oferecem dúvidas quanto à sua interpretação.

---

184 Conhecida como o "Caso da Marinha Grande".

São estas as razões que o legislador entendeu constituirem fundamento de despejo.

Para além destas previu outras, nomeadamente no domínio do arrendamento habitacional que não nos interessam, agora, aqui.

Verificado um destes vários fundamentos de resolução do contrato, e caso o senhorio pretenda resolver o contrato, deverá recorrer a tribunal para obter sentença decretando essa resolução. A acção de resolução do contrato deve ser proposta no prazo de 1 ano a contar do conhecimento do facto pelo senhorio, nos termos já visto do art.º 68.º, n.º 1 do RAUM.

Em face do art.º 1094.º do Código Civil, o prazo de propositura da acção levantou alguma celeuma quer na doutrina quer na jurisprudência. Efectivamente a redacção deste preceito foi entendida por vários modos. Havia a questão dos "factos instantâneos" e a dos "factos duradouros ou continuados[185]. Quanto aos primeiros era a partir do conhecimento do momento da sua verificação que se começava a contar o prazo para a propositura da acção. Quanto aos últimos, porém, havia uma corrente que defendia que relevava o conhecimento do senhorio do facto - portanto o prazo iniciava-se a partir do conhecimento, pelo senhorio, desse facto, independentemente de ele ser continuado ou não - e havia outra corrente que defendia que, por o facto ser continuado, só a partir do momento em que ele tivesse terminado é que o prazo para a caducidade da acção de resolução começaria a contar-se.

Esta última posição era defendida pelo Dr. Pereira Coelho, mas veio a ser afastada pelo Assento do S.T.J. de 3 de Maio de 1984, que dispôs o seguinte: '|Seja instantâneo ou continuado o facto violador do contrato de arrendamento, é a partir do seu conhecimento inicial pelo senhorio que se conta o prazo de caducidade estabelecido no art.° 1094.°do Código Civil".

A melhor interpretação do preceito é a que era defendida pelo Dr. Pereira

---

185 Note-se que, como ensina o Prof. Orlando de Carvalho, há factos instantâneos e de duração continuada. Mas há factos instantâneos que perduram no tempo - como a alteração da estrutura externa do imóvel. A violação é instantânea, mas os seus efeitos perduram enquanto não for reposta a situação. Neste caso, tendo o senhorio tomado conhecimento da violação e não reagindo no prazo de 1 ano, já não pode mais reagir.
Todavia há factos cuja relevância depende de uma sucessão acumulada de factos. Por exemplo, no caso de práticas ilícitas, imorais ou desonestas, é evidente que só a partir de uma determinada acumulação de violações é que passam a ser relevantes para efeitos de resolução do contrato.
Pensemos, também, no caso da alínea h) do art.° 67.° do RAUM. Ter o prédio encerrado só é fundamento de rescisão ao fim de um ano consecutivo. O senhorio, neste caso, só pode propor a acção a partir da data em que tenha conhecimento de que o prédio esteve encerrado por um ano consecutivo. Não pode propô-la quando o prédio esteve encerrado apenas por 3 meses. Tem de haver uma certa acumulação de factos para que se desencadeie a relevância jurídica daquela situação como causa de rescisão do contrato.

Coelho, à qual alguns outros argumentos costumam ser dados: se o facto é de execução continuada, o prazo está continuamente a decorrer, não se esgotando, existindo uma situação paralela a propósito da caducidade da acção de divórcio - art.° 1786.° do CCivil. De todo o modo, o S.T.J. assim o não entendeu e consagrou a solução apontada, muito embora reconheça que, em determinadas situações, a doutrina do Assento possa dar azo a soluções menos razoáveis, nomeadamente no caso das alíneas c) e h) do art.° 1093.° do Código Civil, que correspondiam às als. c) e h) do art.° 46.° da LIU, e agora às als. c) e h) do n.º 1 do art.º 68.º do RAUM.

Note-se, porém, que em Portugal a Lei n.° 24/89 veio alterar a redacção daquele preceito consagrando, agora, a doutrina do Dr. Pereira Coelho. E é agora também a consagrada no art.º 68.º, n.º 2 do RAUM.

A doutrina do Dr. Pereira Coelho funda-se no facto de que obrigar o senhorio a propor a acção mal tenha conhecimento do facto continuado, é pressioná-lo contra os interesses do arrendatário. O senhorio ainda não terá um conhecimento perfeito da situação e, na dúvida, recorrerá sempre à resolução do contrato, o que irá prejudicar o inquilino. Consequentemente seria mais razoável que o senhorio pudesse valer-se do momento em que o facto continuado terminasse para propor a acção de despejo.

Suponhamos que o senhorio tem conhecimento que o prédio arrendado é reiteradamente usado para práticas ilícitas, imorais ou desonestas. Tomou conhecimento do facto no dia 1 de Janeiro de 1993. Se não propuser a acção até ao dia 2 de Janeiro de 1994, nunca mais a poderá propor, pois o direito de acção terá caducado.

Já na redacção actual, e que corresponde à vigente em Portugal, que consagrou a doutrina do Dr. Pereira Coelho, isso não acontece, pois se o inquilino põe continuamente em crise esse contrato não deve aproveitar da caducidade da acção

A acção é uma acção de despejo imediato. Após a sua propositura o juiz obrigatoriamente marca uma tentativa de conciliação. Nesta as partes devem estar presentes ou fazer-se representar por mandatário com poderes especiais para transigir (art.º 972.º, al. a) do CPC). Não havendo conciliação, o arrendatário tem um prazo de 10 dias para contestar a acção de despejo (art.º 783.º, ex vi art.º 972.º, al. a) do CPC), sob pena de este ser decretado.

9.4 Resolução do contrato por parte do arrendatário

Até aqui falamos da resolução do contrato por parte do senhorio. Mas é evidente que ela também pode acontecer por parte do arrendatário. A lei refere-se expressamente a esta situação no art.° 65.° do RAUM.

É manifesto que este art.° 65.°, n.º 1 por comparação com o art.° 67.°, não

indica taxativamente as situações em que o arrendatário pode, de facto, resolver o contrato.

Porque o art.° 65.°, n.° 1 não é taxativo quanto aos motivos que fundamentam a possibilidade de rescisão do contrato por parte do arrendatário, o sistema não funciona como funciona em relação ao senhorio - para quem a violação do contrato que se não reconduza às situações previstas nas alíneas do art.° 67.° do RAUM não lhe dá o direito de resolver o contrato, embora lhe dê o direito de pedir responsabilidade contratual. Toda e qualquer violação do contrato por parte do senhorio pode atribuir ao arrendatário o direito de resolver o contrato, embora nos termos gerais.

9.5 A caducidade do contrato

A primeira das causas de caducidade de um contrato é o decurso do prazo, legal ou contratualmente estipulado. O decurso do prazo é um facto cuja verificação determina a caducidade do contrato, operando automaticamente nos termos da lei.

No entanto, no direito de arrendamento, nós sabemos já que as coisas não se passam bem assim. Só se passam assim em relação ao inquilino e contanto que este efectue a denúncia do contrato atempadamente. Mas em relação ao senhorio, para além de se exigir a denúncia atempada do contrato, esta apenas é possível nas situações indicadas no art.° 78.° do RAUM. Fora dessas situações não tem o senhorio direito à denúncia do contrato, pelo que não há lugar à caducidade do contrato no seu termo.

Onde se verifica essa caducidade pelo decurso do tempo é justamente naqueles arrendamentos que estão subtraídos ao regime vinculístico, ou seja, naqueles em que se não verifica a prorrogação forçada e automática do contrato. Quais são? São precisamente os arrendamentos previstos no art.° 2.° do RAUM, - caso dos arrendamentos para vilegiatura de praia, de férias, arrendamento de prédios do estado, etc., nos quais, no termo do contrato, o arrendamento se extingue por caducidade. É também o caso agora dos arrendamentos de duração limitada para habitação (art.° 111.° do RAUM). Nestes arrendamentos, que não podem ter duração inferior a dois anos (art.° 111.°, n.° 2 do RAUM), as partes podem estipular que o prazo é efectivo.

O arrendamento também se extinguirá por caducidade nos casos em que cessem os poderes legais de administração com base nos quais o contrato foi celebrado - art.°s 71.°, n.° 1, al. c) do RAUM. Nestas situações, o locador arrenda o imóvel com base num direito que não é o de propriedade, como, por exemplo, no caso de ser apenas o usufrutuário do imóvel. Consequentemente, terminado o direito com base no qual foi celebrado o contrato de arrendamento, este caduca pois dele está dependente.

Assim, o arrendamento que os pais ou o tutor ou o administrador de bens do menor façam de bens imóveis do menor, caducam coma maioridade deste, bem como caduca o arrendamento celebrado com base num usufruto, se é temporário.

Nos casos em que se sabe qual é o prazo de duração do direito, o contrato - diz a lei - não deve ser celebrado por prazo superior, e, sendo-o, considera-se reduzido ao prazo de duração do direito com base no qual é concedido. É o caso do pai que vai arrendar um imóvel do filho menor de 7 anos e celebra o contrato por 30 anos. Ora o menor atinge a maioridade aos dezoito anos, e, por isso, considera-se o contrato reduzido ao prazo de 11 anos, que era o prazo máximo por que podia ser celebrado[186].

Noutras situações em que se não sabe qual é a duração deste direito, então não funciona esta limitação. É o caso do usufruto vitalício. Nesta situação o arrendamento durará enquanto durar o usufruto.

Este regime também se aplica nas situações em que o imóvel é dado de arrendamento pelo cabeça-de-casal. Sendo este obrigado a administrar a herança como bom pai de família, pelo que se nela houver imóveis para arrendamento, deverá arrendá-los. Feita a partilha, porque cessam os poderes do cabeça de casal, cessam os poderes com base nos quais o arrendamento foi efectuado e produz-se a extinção do contrato.

Situação idêntica se coloca para os arrendamentos celebrados pelo administrador da massa falida.

Nos casos em que o arrendamento está sujeito a caducidade por cessação dos poderes com base nos quais o mesmo foi celebrado, o arrendatário pode impedir a caducidade, notificando judicialmente o senhorio, no prazo de três meses após o conhecimento do fundamento da caducidade, de que pretende manter a sua posição contratual (art.º 71.º, n.º 2 do RAUM).

Também o mesmo regime se aplica a todas as situações que a ele se possam reconduzir. Por exemplo, o contrato de subarrendamento - que é um verdadeiro contrato de arrendamento entre o arrendatário e o subarrendatário, dependente do contrato de arrendamento daquele com o senhorio - caduca com a extinção do contrato de arrendamento. Outra situação que determina a caducidade do contrato é a morte do arrendatário - art.° 70.º, n.º 1, al. d) do RAUM. No entanto, no caso de arrendamento para comércio e indústria - art.° 106.°, n.º 1 - a lei excepcionalmente permite a transmissão do contrato de arrendamento para os herdeiros do arrendatário, que só não se verificará se estes comunicarem ao senhorio no prazo de 30 dias que não querem a transmissão ou lhe restituirem o prédio no

---

186 No regime da LIU, por força do art.º 10.º, al. a), este contrato de arrendamento estava sujeito a escritura pública, pois sendo superior a 6 anos estava sujeito a registo, nos termos do art.º 2.º, n.º 1, al. p) do Código do Registo Predial.

mesmo prazo (n.º 3).

A regra é, pois, a caducidade por morte do arrendatário. Mas, no caso de se tratar de arrendamento para comércio e indústria e o arrendatário deixar herdeiros, a lei permite, excepcionalmente, a transmissão para estes se eles não renunciarem ao arrendamento.

Outro motivo de caducidade do contrato é a perda da coisa. A regra geral é que, desaparecendo o objecto, extingue-se o contrato - art.° 790.°, n.° 1, do CCivil e 71.°, n.° 1, al. e) do RAUM.

Outro ainda é a expropriação por utilidade pública do arrendado, a não ser que a subsistência do arrendamento seja compatível com a expropriação - art.° 71.°, n.° 1, al. f) do RAUM.

No regime da LIU, a caducidade devia ser verificada em acção intentada para o efeito e não obrigava à entrega do imóvel senão após 90 dias a contar do facto que a determinou - art.° 90.° n.° 1 da LIU. Este facto era o que tinha determinado a caducidade. "Nos casos em que a caducidade ocorrer em data certa, o aviso pode fazer-se e a acção proporse antes dessa data" - n.° 2 daquele preceito. Eram variadíssimas as situações que podiam ser contempladas no preceito. Desde logo a situação de imóvel dado de arrendamento pelo pai ou tutor durante a menoridade do filho ou tutelado. Sabendo-se que a caducidade ia ocorrer no dia em que o menor perfizesse 18 anos, podia propor-se a acção de despejo antecipadamente. Nos demais casos em que não se sabia em que data ocorrereria a caducidade, não se podia propor a acção de despejo antes dela se verificar - n.° 3 do art.° 90.° da LIU.

Actualmente, a lei não impõe a necessidade de intentar acção de despejo nos casos de caducidade. Na verdade, diz o art.º 116.º, n.º 1 que a acção de despejo destina-se a fazer cessar a situação jurídica do arrendamento, sempre que a lei imponha o recurso à via judicial para o efeito. Ora, a lei não impõe o recurso à via judicial para a efectivação da caducidade, contrariamente ao que sucede nos casos de resolução pelo senhorio (art.º 65.º, n.º 2 do RAUM).

Sem prejuízo, o Código de Processo Civil determina no art.º 970.º, n.º 1 que se aplicará o regime da acção de despejo para obter a entrega do prédio com fundamento na caducidade do arrendamento. Não sendo necessário aguardar o fim do prazo do contrato ou da renovação. Mas isso não significa que o senhorio tenha de, obrigatoriamente, de intentar acção de despejo para obter a entrega do prédio. A caducidade opera *ipso iure*. Não obstante, se o arrendatário se recusar a entregar o prédio, apesar de verificada a caducidade do arrendamento, então o senhorio terá à sua disposição a referida acção de despejo, regulada no art.º 970.º do Código de Processo Civil, por força do art.º 116.º, n.º 2 do RAUM. Por outras palavras, em caso de recusa do arrendatário, a acção de despejo será o meio processual próprio para obter a entrega do prédio no caso de caducidade (art.º 116.º, n.º 2 do RAUM), e não o processo comum.

10. Diferimento da desocupação e indemnizações

O arrendatário para comércio e indústria, mesmo verificada a caducidade, e mesmo não podendo ser exigida a desocupação antes de decorridos rês meses (art.º 74.º do RAUM), beneficia ainda de um prazo especial de diferimento da desocupação que é de um ano se o arrendamento dura há mais de um ano e há menos de 10 anos, e 2 anos se o exercer por mais de 10 anos (art.° 108.°, n.ºs 1 e 2 do RAUM). Estas regras valem também para as situações de denúncia do contrato por parte do senhorio.

Em caso de caducidade ou denúncia, o arrendatário comercial ou industrial, sempre que por facto seu o imóvel tenha aumentado de valor locativo, terá direito a uma compensação (art.° 107.°, n.° 1 do RAUM), calculada segundo juízos de equidade, no limite máximo de cinco vezes o valor da renda anual (n.º 2). E isto independentemente de o senhorio o arrendar ou não arrendar de novo. Quer dizer, não é condição da atribuição da compensação o efectivo novo arrendamento por parte do senhorio que, aliás, só se poderia verificar nos casos de caducidade do contrato, pois nos casos de denúncia não pode haver novo arrendamento já que tem de ser o senhorio a ir ocupar o arrendado. Esta compensação acresce à indemnização que o arrendatário tenha direito, nos termos do art.º 85.º do RAUM.

No regime da LIU, o senhorio que tivesse exercido o direito de denúncia de prédio arrendado para o exercício de comércio ou indústria, não poderia ir exercer no arrendado o mesmo tipo de actividade do inquilino despejado (art.° 53.°, n.° 4 da LIU). Pretendia-se desencorajar o oportunismo dos senhorios que iludidos com o sucesso dos seus arrendatários pretendessem aproveitar da clientela angariada. No entanto, se o senhorio já exercia a mesma actividade há mais de três anos, o legislador já não proibia o senhorio de aí passar a exercer a mesma actividade. Para o legislador, a exigência de um período de três anos de exercício efectivo pelo senhorio da mesma actividade do inquilino despejado, para que pudesse ir exercer tal actividade no arrendado, seria suficiente para despitar eventuais oportunismos do senhorio.

Se contra a proibição legal o senhorio fosse exercer no arrendado a mesma actividade do inquilino ficava obrigado a indemnizar o inquilino pelo valor correspondente a três anos de renda (art.º 53.º, n.º 4, in fine da LIU). Esta indemnização apenas era devida, como parece mais razoável, pelo senhorio que não exercia há mais de três anos a actividade em causa, ou que nunca a exerceu. De outro modo, a sanção a aplicar seria a mesma e consequentemente não faria sentido a exigência do período de três anos de exercício efectivo da mesma actividade.

Actualmente, a lei não faz semelhante exigência, pelo que o senhorio pode sempre denunciar o contrato de arrendamento e ir exercer no imóvel a mesma actividade comercial ou industrial do anterior arrendatário. Contudo, a

lei atribui ao arrendatário, contrariamente ao direito pretérito, sempre o direito a uma indemnização até dez vezes o valor da renda anual à data da propositura da acção de despejo (n.º 1 do art.º 85.º do RAUM). Ao montante da da qual assim determinado acrescerá um vigésimo (do mesmo montante) por cada ano de duração do contrato até à propositura da acção de despejo, no limite de vinte anos (n.º 2).

ESTUDOS DE PÓSGRADUAÇÃO

CISG APPLICABILITY: A PARTICULAR CASE ON IMPACT OF AN ARTICLE 95 RESERVATION

Alcides Malavone Alberto Nobela
Master Candidate, Intenartional Business Law Program,
Faculty of Law, University of Macau

Abstract

The rules of private international law have been playing a very important role in international trade transactions which historically has been subject to numerous domestic legal systems. Therefore, when disputes arises from those transactions the parts always wonder which law will be applicable to solve the dispute due to the diversity of the various legal systems resulting in a uncertainty and additional transactional costs on the contracting parties. In this context, the Vienna Convention on the Contracts for the International Sale of Goods (CISG) is seen as a very important tool towards legal harmonisation in order to enable certainty, predictability and reduce transaction costs. Although this important role of the CISG, the reservation forseen in the article 95 may "apparently" hinder one of the most precious objectives of the CISG, uniform application of the legal instrument and the particular case in stake is: What is the solution if the parties (which place of business are Art. 95 reservatory Contracting States – and one is the forum State) choose as applicable law the law of a third country, which also is Contracting State. Will the CISG apply?. This is not a very easy question to assess and a reference to "choice of forum" is crutial as also some particular references to the implications of the reservation under Article 95 CISG bearing in mind the objectives of the Convention. So, it is worth to understand that the Convention tends to prevail over recourse to the forum´s private international law rules, meaning that the CISG will still be applicatble although the forum is located in an Article 95 reservatory Contracting State.

Key Words: CISG applicability; Article 95 reservation; Conntracting States; transactional costs; Legal Harmonisation.

1. Introduction

International trade historically has been subject to numerous domestic legal systems, mainly by virtue of the rules of private international law. The disputes arising out of international sales contracts have been settled at times according to the *lex loci contractus*, or the *lex loci solutionis*, or the *lex fori*. This diversity of the various legal systems applied has hindered the evolution of a strong, distinct, and uniform modern *lex mercatoria*. Such legal diversity creates legal uncertainty and imposes additional transactional costs on the contracting parties[1].

The reduction of costs and assurance of certainty in international business transactions was always a concern for the merchants. This concern led to creation of international organizations to deal with legal harmonization regarding business transactions in order to reach that aim. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods is a result of that international effort and provides a uniform law for international sales of goods. But, as FRANCO FERRARI[2] said, in order to create uniformity, it is insufficient to merely create and enact uniform law instruments since these instruments can still be interpreted and, thus, applied differently by the judges of different countries. The problem we will try to analyze in this paper is also a matter of interpretation.

In this paper, with the topic "*CISG Applicability: A Particular Case on Impact of an Article 95 Reservation*" we will try to analyze a specific problem among many others that rise from the problem of the alternative applicability of the CISG when reservation under Article 95 has been made. The particular case is: *What is the solution if the parties (which place of business are Art. 95 reservatory Contracting States – and one is the forum State) choose as applicable law the law of a third country, which also is Contracting State. Will the CISG apply?*

To answer this question we will first present the background of the CISG (historical remarks and its structure) to easily understand the objectives of the Convention. Then questions regarding the applicability of CISG will be addressed, but in general basis. Following this analyze, a reference will be made to the question of "choice of forum" as part of rules of Private International Law once the answer to this question is fundamental for the solution of the whole problem. Last but not least, the particular problem presented above will be analyzed with particular reference to the implications of the reservation under Article 95 CISG

---

1 FELEMEGAS, John, *An International Approch to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 1.

2 FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 8.

bearing in mind the objectives of the CISG as a Whole.

For this paper, books, articles and some electronic resources were consulted. The idea of the paper result from the classes of Commercial Contracts addressed in the *Master and Postgraduate Programme in International Business Law*, conducted in Faculty of Law, University of Macau, academic year of 2012/2013.

2. CISG Background[3]

Conventions are a world apart from domestic laws, and the differences must be understood to fully appreciate the value of an international unified law. The first observation is that conventions are not codes; they are, by necessity, political instruments, a compromise of the desires of the various and diverse drafters, though the 'texts themselves often represent masterpieces of diplomatic negotiations and draftsmanship'[4].

In this section we will address some notes regarding historical remarks and structure of CISG, since we believe that doing so will be easy to understand the main purposes of the Convention. Understanding the objectives of the Convention is half way to solve the particular problem aimed to be analyzed in the paper and draw up a reasonable opinion over the hypothetical case.

2.1. Historical Remarks

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods provides a uniform text of law for international sales of goods. The preparation of the legal document began in 1930 at the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)[5]. The Convention was prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)[6] and then adopted by a diplomatic conference on 11 April 1980.

The final adoption of the Convention by UNCITRAL was after a long

---

3 The basic information of this section is from http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf, accessed on 20th June 2013.

4 ZELLER, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law - Current Controversies in Law Series,* [e-book], Fountoulakis, Christiana, Taylor & Francis, 2007, p. 8. Available at: MyiLibrary. <http://lib.myilibrary.com?ID=125951>, last visited on 7th July 2013.

5 For more details regarding UNIDROIT visit http://www.unidroit.org.

6 This Commission was formed in 1966 with the task of promoting the progressive harmonization and unification of the law of international trade, to attempt the revision the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) and the other was the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF). See FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 6 .

interruption in the work as a result of the Second World War, the draft was submitted to a diplomatic conference in The Hague in April 1964, which adopted two conventions, one was the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) and the other was the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF). Twenty-eight participating states approved the conventions; but the laws were not as successful as expected once they came into force only in nine countries[7].

Almost immediately upon the adoption of the two conventions there was widespread criticism of their provisions as reflecting primarily the legal traditions and economic realities of continental Western Europe, which was the region that had most actively contributed to their preparation. But when it became apparent that a revision of the aforementioned Uniform Laws would not be successful without substantial modifications, a working group was established with the task of drafting a new text[8].

As a result, and during the process of revision, one of the first tasks undertaken by UNCITRAL on its organization in 1968 was to enquire of States whether or not they intended to adhere to those conventions and the reasons for their positions. In the light of the responses received, UNCITRAL decided to study the two conventions to ascertain which modifications might render them capable of wider acceptance by countries of different legal, social and economic systems. The result of this study was the adoption of CISG by diplomatic conference held in Vienna from 10 March to 11 April 1980 which wider acceptability is evidenced by the fact that the original eleven States for which the Convention came into force on 1 January 1988 included States from every geographical region, every stage of economic development and every major legal, social and economic system[9]. The original eleven States were: Argentina, China, Egypt, France, Hungary, Italy, Lesotho, Syria, United States, Yugoslavia and Zambia.

Today, 79 States are parties to the Convention. The current updated status of the Convention is available on the UNCITRAL website[10]. Authoritative

---

7 FERRARI, Franco, op.cit., p. 6.

8 FERRARI, Franco, op.cit., p. 7.

9 "The compromises in the drafting stage ran along many dimensions, such as between civil law and common law, between developed and developing nations and the old Soviet Bloc and North/South/East and West.26 With the demise of the Soviet Bloc and the change in the strategic development of China, and with the increased emergence of independent states, it is obvious that the CISG is not a compromise along ideological lines but a compromise among markets and regulations". See: ZELLER, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law - Current Controversies in Law Series,* [e-book], Fountoulakis, Christiana, Taylor & Francis, 2007, p. 8. Available at: MyiLibrary. <http://lib.myilibrary.com?ID=125951>, last visited on 7th July 2013.

10 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, visited on 20th June 2013.

information on the status of the Convention, as well as on related declarations, including with respect to territorial application and succession of States, may be found on the United Nations Treaty Collection on the Internet.

Since the Convention came into force more States adhered to (from 11 member States to 79 States). Although the CISG is from eighties, it does not mean that is a frozen legal instrument and in this line BRUNO ZELLER[11] affirmed that "the CISG is not an instrument that was developed in 1988 and is now 'frozen in time'. On the contrary, article 7 specifically allows the convention to adapt to changing market situations and is, therefore, a sales law for the 'real world'."

2.2. CISG Structure

The preamble introduces the 101 articles of the Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG) and provides the broad justification for the drafting of the Convention as well as the motivation of the signatory parties[12]. The Convention is divided into four parts. Part One deals with the scope of application of the Convention and the general provisions (Articles 1-13). Part Two contains the rules governing the formation of contracts for the international sale of goods (Articles 14-24). Part Three deals with the substantive rights and obligations of buyer and seller arising from the contract (Articles 25-88); is by far the longest and provides the main body of provisions for the Sale of Goods. Part Four contains the final clauses of the Convention concerning such matters as how and when it comes into force, the reservations and declarations that are permitted and the application of the Convention to international sales where both States concerned have the same or similar law on the subject (Articles 89-101).

According to LOUKAS MISTELIS[13], commenting on the Convention's structure, with particular focus to the Preamble of CISG, which is very important since introduces the main objectives of the Contracting States:

---

11 ZELLER, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law - Current Controversies in Law Series,* [e-book], Fountoulakis, Christiana, Taylor & Francis, 2007, p. 8. Available at: MyiLibrary. <http://lib.myilibrary.com?ID=125951>, last visited on 7th July 2013.

12 "*the importance of the Preamble for the application of the CISG is not yet clarified. This is particularly due to the generally diverging approaches of legal systems towards preambles. While lawyers from continental Europe regard preambles primarily as expressing certain intentions and against their methodological background are rather reserved in attributing greater value to preambles, this is different with lawyers from Common Law legal systems where preambles set the frame for the following provisions of a contract or a law and are thus awarded greater – at least – interpretative value.*" (SCHWENZER, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* Third Edition, Oxford University Press, 2010, p. 14).

13 KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, p. 19-20.



The Convention fits well with the main objectives of UNCITRAL: i.e. the facilitation and development of international trade and the promotion of friendly relations among States on the basis of equality and harmonization of law. In this regard, harmonization of law is also the convergence of legal systems: one should consider different social, economic and legal backgrounds. It is for this reason that Conventions, such as the CISG, aim at lifting barriers imposed by different legal systems and creating a level playing field amongst nations and their traders. The preamble of the CISG clearly spells out the said objectives.

The most important issue in relation to the Preamble is whether it has any role in the interpretation of the Convention it introduces. Different views have been expressed. Leading commentators have correctly indicated that the Preamble has as its main objective to manifest the "goals of the signatory states" and hence is of no use for interpretation of normative substantive provisions. Moreover, the CISG ultimately has a "technical" character and specific rules of interpretation, such as those found in Article 7, so that "the scope for interpretation in light of the Preamble may not be very wide". However, the contrary view that the Preamble "informs many other provisions" of the Convention also exists in the literature. In this vein, "the spirit of the Preamble should also be taken account of when agreed texts of sales contracts are to be interpreted."

There are references to the Preamble in the case law. In a 2002 case from the United States, the court states that "[t]he intent of the contracting parties to the CISG can be discerned from the introductory text." The issue in question was to decide what law governed the sales contract: state law or the CISG. The court found that the Convention's "expressly stated goal of developing uniform international contract law to promote international trade indicates the intent of the parties to the treaty to have the treaty pre-empt state law causes of action."

Despite the character of the Preamble as an expression of political declaration of the Contracting States which may well contrast with the technical/normative nature of the substantive provisions of the Convention, it may be used for the compliance of the possible interpretations with the spirit of the Convention, especially in legal cultures where the Preamble is looked at customarily.

Although the importance of the Preamble for the application of the CISG



is not yet clarified, the prevailing and correct view under the CISG holds that the Preamble has interpretative value and can help to avoid the interpretation problem of *homeward trend*[14]. It is common knowledge, and has been for some time, that "drafting uniform words is one thing; ensuring their uniformity is another", since "even when outward uniformity is achieved (...), uniform application of the agreed rules is by no means guaranteed, as in practice different countries almost inevitably come to put different interpretations upon the same enacted words." In order to reduce the risk of diverging interpretations of one and the same text, that text must also be interpreted in a uniform way [15]. The intentions of the drafters of the Convention expressed in the Preamble provide guidance in regard to the often difficult task to interpret the CISG in a manner promoting 'good faith in international trade' (Article 7(1)). An interpretation of the Convention's rules under Article 7(1) must therefore ultimately lead to results which are in conformity with the intentions of their drafters and the spirit of the Convention as laid down and embodied in the Preamble[16].

As we can see, the main concern and objective with the enactment of CISG was and still is to have a uniform law regarding international sales of goods, a law broadly applicable. This is what we are going to try to find out if is accomplished when in face of the previous presented problem of reservation under Article 95 CISG.

3. Sphere of application

As mentioned in previous section, Part One of CISG deals with the scope of application of the Convention and the general provisions (Articles 1-13). But our

---

14 "the CISG is to be interpreted "autonomously", not "nationalistically", i.e. not in the light of domestic law, as difficult as this may be. Consequently, one should not have recourse to any domestic concept in order to solve interpretive problems arising from the CISG, as also" stated in a recent Swiss court decision, since this nationalistic approach" would not only lead to divergences, but, ultimately, to the promotion of forum hopping,20 which, however, the CISG wants to reduce". See MEYER, Olaf, JANSSEN, Andre, *CISG Methodology*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, p. 173-174. eBook available at http://ehis.ebscohost.com/ehost/detail?sid=7534fc9a-8222-49a5-9bde-16f176ddf4a4%40sessionmgr115&vid=1&hid=106&bdata=JnNpdGU9ZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=nlebk&AN=283445&anchor=tocAnchor, visited on 9th July 2013.

15 MEYER, Olaf, JANSSEN, Andre, *CISG Methodology*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, p. 171-172. eBook available at http://ehis.ebscohost.com/ehost/detail?sid=7534fc9a-8222-49a5-9bde-16f176ddf4a4%40sessionmgr115&vid=1&hid=106&bdata=JnNpdGU9ZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=nlebk&AN=283445&anchor=tocAnchor, visited on 9th July 2013.

16 SCHWENZER, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* Third Edition, Oxford University Press, 2010, p. 14.

concern is regarding the scope of application: "This part contains two groups of provisions: Articles 1, 2, 3, and 6 lay down which contracts fall within the scope of the CISG; Articles 4 and 5 determine the extent to which they are governed by the Convention, ie which parts of sales law and general contract law are to be governed by the CISG. Article 6 also belongs in the second group in so far as it makes it possible for the parties partially to exclude the CISG"[17].

The articles on scope of application indicate both what is covered by the Convention and what is not covered. The question of *what is covered* is related to the substantive sphere of application, and is not relevant for the purpose of this paper and which answer is: "the Convention applies to contracts of sale of goods"[18] [19]. What really concern for the particular case we are about to solve is not what is covered by the Convention but *to whom the Convention is applicable* regarding their places of business in a particular case (when the parties from different Contracting States have the *forum* located in a reservatory Contracting State and they choose applicable law of other Contracting State). Apparently, the easy answer according to the Convention itself is: "the Convention applies to contracts of sale of goods *between parties whose places of business are in different States and either both of those States are Contracting States or the rules of private international law lead to the law of a Contracting State*. This answer still has to be clarified since concerns regarding its interpretations may arise.

The Part four of the Convention can also have some impact on the sphere of application of the Convention, particularly the Article 95 reservation according to which a Contracting State declare not to be bound by Article 1(1)(b). Detailed

---

17 SCHWENZER, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* Third Edition, Oxford University Press, 2010, p. 19. See also HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 73.

18 Is not our intent to discuss what is "goods" or "sale of goods" but just for reference: goods include "all personal chattels other than things in action and money". And sale of goods is "a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called price". So, "a sale of goods differs, for example, from a contract for hire of goods because the property in the goods (the title to the goods) changes hands. It differs from a gift of the goods because the buyer pays the seller money for goods in sale contract. It also differs from a contract of barter, in which goods are exchanged for goods or a combination of goods and money." (See: LONGSHAW, Alex & TOOKEY, Michael, *Commercial Law and Practice,* College of Law Publishing, Great Britain, 2009, p. 13).

19 "From a combined reading of Art. 1 with Arts. 2 and 3 it is concluded that not all sales contracts will be covered by the CISG. (...) certain restrictions exist in respect of certain goods and certain kinds of contracts of sale". (See: KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, p. 22).

analyze of this reservation will be addressed later.

3.1. Notes regarding Article 1 CISG

Article 1 introduces a number of criteria regarding the scope of application of CISG. *First*, the CISG requires the underlying transaction to be a contract of sale, but stops short of providing an express definition of such contract[20]. *Second*, it applies to the international sale of goods: the internationality is established on the basis that the contracting parties have their place of business in different States (Art. 1(1)[21]). This is a relative internationality and has to be assessed at the time of conclusion of contract. *Third*, the CISG requires that the parties of the sales contract relate to more than one Contracting State (Art. 1(1)(a)); such internationality may well be established by operation of private international law which may refer the matter to the law of a Contracting State (Art. 1(1)(b)).

Even if the CISG has to be applicable following the mentioned criteria we still have concern regarding its interpretation. So, two problems can be readily discovered. The first one is that domestic courts are interpreting international instruments; despite the mandate of article 7, ethnocentric interpretation is and will remain a concern. The second problem is that since conventions are not codes, gaps within the Convention will exist. It has been argued that the reason for such phenomena is the fact that conventions are seeking to legislate for the ordinary law, such as sales law, and often 'do so in a piecemeal fashion'[22]. This two problems can undermine the uniformity of the Convention and uncertainty can emerge. But, being the Convention a tool, it is as good as the hands that use it, like happens with most tools.

3.1.1. Substantive application (Contract of Sales of Goods[23])

---

20 This definition may be deduced from Articles 30 and 53 of CISG, which goes in line with the definition presented in *supra* note 12.

21 See Article 1(1) CISG: "This Convention applies to contractgs of sale of goods between parties whose places of business are in different states:

(a) When the States are Contracting States; or

(b) When the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State."

22 ZELLER, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law - Current Controversies in Law Series,* [e-book], Fountoulakis, Christiana, Taylor & Francis, 2007, p. 9. Available at: MyiLibrary. <http://lib.myilibrary.com?ID=125951>, last visited on 7th July 2013.

23 "The determination that the Convention applies by virtue of Article 1(1) presupposes that the transaction in question can be classified as a 'sale' of 'goods'. Although neither of these key concept is defined in the treaty text, we know that a CISG transaction involves the 'delivery' of 'goods' and also the 'transfer the property' in them". See LOOKOFSKY, Joseph, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Third (worldwide) Edition, Published by Kluwer Law International,

Adding what was said earlier regarding the subject matters covered by CISG, the *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*[24] clarify that:

> *Contracts of sale are distinguished from contracts for services in two respects by article 3. A contract for the supply of goods to be manufactured or produced is considered to be a sale unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for their manufacture or production. When the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services, the Convention does not apply.*
> *The Convention contains a list of types of sales that are excluded from the Convention, either because of the purpose of the sale (goods bought for personal, family or household use), the nature of the sale (sale by auction, on execution or otherwise by law) or the nature of the goods (stocks, shares, investment securities, negotiable instruments, money, ships, vessels, hovercraft, aircraft or electricity). In many States some or all of such sales are governed by special rules reflecting their special nature. Several articles make clear that the subject matter of the Convention is restricted to formation of the contract and the rights and duties of the buyer and seller arising from such a contract. In particular, the Convention is not concerned with the validity of the contract, the effect which the contract may have on the property in the goods sold or the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.*

3.1.2. Territorial Application

The relevant criterion, for the purposes of this paper, is the third one, particularly in what concerns to Art. 1(1)(b); since our presented problem is linked to Article 95 reservation, according to which a contracting State may prefer not to be bound by the Art. 1(1)(b). A few States have availed themselves of the authorization in article 95 to declare that they would apply the Convention only

---

Netherlands, 2008, p. 17.

24 Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf, p. 35. Las visited on 25 June 2013.

in the situation of Art. 1(1)(a) [25] and not in the case of Art. 1(1)(b)[26]. So, these two paragraphs deserve more explanatory notes.

Art. 1(1) provides that the basic criterion for the application of CISG to a contract for the sale of goods as well as to its formation is that the parties' places of business are in different States[27]. For the CISG to be applicable as part of the law of forum, it is not *per se* sufficient that the sales contract is an international one, unlike under the 1964 Hague Uniform Sales Laws, which had adopted a 'universalist' approach[28] pretending "to avoid the uncertainty inherent in general rules of private international law"[29]. This is apparent from Article 1(1) CISG which lists, as we saw, two alternative applicability requirements[30]. One alternative criterion can be found in Art. 1(1)(a) – direct application – and the other alternative application is found in Art. 1(1)(b) – indirect application.

i. CISG's Direct Application (Article 1(1)(a))

According to Article 1(1)(a) of the Convention, it is applicable when place of business of the seller and the buyer are in different Contracting States. In other words, it means that the CISG directs de *fora* of all Contracting States to apply the Convention in such cases. So, Article 1(1)(a) establishes the principle of *direct application of the Convention*. Of course the domestic *lex forum* can still be applicable simultaneously with the Convention for those issues not covered by the Convention like, for instance, the validity of the Sales Contract. In the words of BRUNO ZELLER[31] "Article 7(2)

---

25 "(...) Art. 1(1)(a) makes the application of the Convention 'automatic' or 'autonomous' or 'direct', withoutany need for recourse to private international law rules". (See KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, p. 35.)

26 The CISG apply "where only one (or neither) party has its relevant place of business in Contracting States, if the rules of private international law lead to the law of a Contracting State"

27 KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, p. 23.

28 In the sense that "Contracting States would apply the to international sales without regard to whether there was any connection between the transaction and any State that had adopted the Convention". See HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 80.

29 HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 80.

30 FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 59.

31 ZELLER, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law - Current Controversies in Law Series,* [e-book], Fountoulakis, Christiana, Taylor & Francis, 2007, p. 29. Available at:

has recognized that there are gaps within the Convention which need filling and, at least indirectly, it clarifies the relationship between the CISG and domestic law".

Article 7(2) is a significant, albeit elusive rule which provides a tool for plugging certain 'gaps' in the CISG text. According to JOSEPH LOOKOFSK[32] if in a given case a CISG 'general principle' is discerned and deemed capable of filling a gap in the Convention text, that principle may obviate the need to find and apply a potentially 'competing' domestic rule. Article 7(2) affects only matters which are 'governed' by the Convention, but which are not expressly 'settled' in it. Other matters *not* 'governed' by the Convention must be 'settled' by resort to *non*-Convention rules and principles. In other ('borderline') situations, it may be difficult to draw a clear line between matters which are 'governed' by the Convention and those that are not.

In this section first we will address some notes related to the genesis of Article 1(1)(a) and then focus attention to its applicability.

a. Genesis of Article 1(1)(a) [33]

As all the CISG, this subparagraph was developed in framing the previous two 1964 Hague Conventions, ULIS and ULF. So, the drafts for ULIS and ULF that were laid before the 1964 Hague Conference provided, as we mentioned before, that Contracting States would apply the law to international sales without regard to whether there was any connection between the transaction and any State that had adopted the Convention. This was done by providing that the uniform Law 'shall apply' to transactions between parties whose places of business were in two '*different* States'; the fact that neither State had adopted the Convention was irrelevant (ULIS Art. 1; ULF Art. 1). To drive the point home, both uniform laws provided: 'Rules of private international law shall be excluded for the purpose of the application of the present Law…'. ULIS Art. 2; ULF Art. 1-9.

Many delegates criticized this 'universalist' approach as 'legal imperialism'. To overcome this impasse a provision was added permitting Contracting States, by reservation, to amend the definition of international sale so that it would refer to transactions between parties 'whose places of business are in the territories of different *Contracting States*…'. For the CISG approval there was prompt agreement that the Convention would apply when the places of business of the

---

MyiLibrary. <http://lib.myilibrary.com?ID=125951>, last visited on 7th July 2013.

32 LOOKOFSKY, Joseph, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Third (worldwide) Edition, Published by Kluwer Law International, Netherlands, 2008, P. 38-39.

33 For more information see: HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 80.

seller and buyer were in different Contracting States (Sub (1)(a)).

The convention's central objective was, as said earlier, to reduce the legal uncertainty that plagued trade between different legal systems – uncertainty as to which legal system was applicable under rules of private international law and uncertainty that inherent in the likelihood that the applicable domestic law would be unknown to at least one of the parties. Applicability based on Sub (1) (a) responds to this central interest in certainty in two ways: (1) Applicability is not subject to the uncertainties inherent in general rules of conflicts (Private International Law); and (2) When the parties have their places of business in different Contracting States, the applicable domestic law, whether chosen by agreement or pursuant to conflicts rules, is likely to be unknown to at least one of the parties; these uncertainties are replaced by the applicability of a single uniform law to which both countries (among many others) have agreed.

b. Article 1(1)(a) Applicability

According to Article 1(1)(a) CISG the Convention is directly applicable provided that the parties in the sale of goods contract are from different Contracting States. "In such cases the Convention directs the *fora* of all Contracting States to apply the Convention"[34]. In other words, the application of the CISG is autonomous or direct when the States in which the parties have their relevant places of business are Contracting States. According to this criterion, is not required to the parties to be aware to the fact that the States where their place of business is located are Contracting States. So, whenever the mentioned requirements are met and the forum is located in a CISG Contracting State and *the parties have not excluded the Convention*[35], the CISG is applicable irrespective of the law applicable by virtue of the rules of private international law.

But where, however, the parties have their places of business in different Contracting States, but the forum is located in a non-Contracting State and its rules of private international law lead to the application of either the law of the forum or the law of a non-Contracting State, the CISG will not be applicable automatically. According to FRANCO FERRARI[36], when the number of Contracting States was

---

34 HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 80.

35 "the CISG will not be automatically applied if a third country's law would apply because of a choice of law agreement by which the parties to the sales contract express their intention to exclude the CISG, a right the parties have pursuant to Art. 6 of the Convention". (KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, p. 36)

36 FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 62.

still rather small, the mentioned criterion of applicability rarely led to the CISG's application. Today, however, as there are *seventy-nine*[37] Contracting States already, this criterion is the one which most often leads to the CISG's application.

In principle, this criterion causes no problems. Problems may only arise in respect of whether a State is considered a Contracting State or not[38]. It is important to fix and bear in mind when a State becomes a Contracting State. This is to be determined by Art. 99; inter-temporal rules about the application of the CISG pursuant Art. 1(1)(a) are contained in Art. 100. In addition, one should also ascertain whether the States in which the parties have their relevant places of business have made either an Art. 92 or an Art. 93 reservation[39].

For purposes of this paper we will focus more on the indirect application, so there is no need to deeply analyze all problems concerning the direct application of CISG.

ii. CISG Indirect Application (Article 1(1)(b))

Article 1(1)(b) establishes the second ground of applicability of the Convention, according to which the Convention is applicable only if the rules of Private International Law of the *forum* leads to application of the Law of a Contracting State; but the State where the *forum* is located only apply the Convention if is not an Article 95 reservatory Contracting State. So, because the Convention is therefore indirectly applicable by virtue of Article 1(1)(b) we are in face of the principle of *indirect application of the Convention*. Again, the domestic law of the State to which the rules of Private International Law led to application can still be applicable simultaneously with the Convention for those issues although 'governed' by the CISG are not 'settled' therein, and issues not covered by the Convention like, for instance, the validity of the Sales Contract[40].

In this section first we will address some notes related to the genesis of

---

37 Available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, visited on 26 June 2013.

38 Generally, a Contracting State is any State which has implemented the Convention by ratification or accession pursuant to Art. 91(2) and Art. 91(3) and by its entry into force in accordance with Art. 99(2) and Art. 91(4). For more discussions regarding this kind of problems see: FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 63ss.

39 KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, p. 36.

40 Regarding *gap-filling methodology* see also FELEMEGAS, John, *An International Approch to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 22-27.

Article 1(1)(a) and then focus attention to its applicability.

a. Genesis of Article 1(1)(b)

Though there was prompt agreement on Sub 1(a) of Article 1, as mentioned in previous section, the same did not occur regarding the second ground for applicability, Sub 1(b) since was sharply contested on the ground that basing applicability on rules of private international law would undermine the legal certainty that was the CISG's central goal. So, to meet this objection the Conference added Article 95 which permitted Contracting States to reject Sub (1)(b).

c. Article 1(1)(b) Applicability

As expressly stated by Article 1(1)(b) CISG, the Convention can be applicable, despite some statements to the contrary, where one or even both parties do not have their place of business in Contracting States, provided that the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

With the following example, given and explained by JOHN HONNOLD[41], we can understand the reasons behind this subparagraph: *Seller's place of business is in State A and the Buyer's place of business is in State B. State A is a Contracting State; State B is not. Buyer brings an action against Seller in State A; State A has retained Sub (1)(b). The rules on private international law of State A point to the law of Seller's state – State A.*

In this example, Sub (1)(a) is not applicable since the parties do not have their places of business in two different *Contracting* States. However, Sub (1)(b) does invoke the Convention, since 'the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State'; in this event Article 1(1) states that 'This Convention Applies.'

It is not always clear which rules of private international law would be relevant, but it is reasonable to assume that they will be those of the forum, at least in the context of litigation[42]. According to the OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE[43] it appears that the "*law* of a Contracting State" referred to in Article 1(1)(b) is the substantive law.

---

41 HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 84.

42 KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, p. 37.

43 *Apud* FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 73 *note* 360.

4. Choice of forum as Part of Private International Rules

As we mentioned in previous sub-section, to understand how the Article 1(1)(b) operates and, so, when it can lead to the application of CISG, it is fundamental to first determine what is meant by 'private international law', a concept which the Convention does not define.

There are differences between the rules of private international law in different countries. Whilst, for instance, the parties' freedom to choose the law applicable to their contract has long been accepted in many countries, such as all Member States of the European Union, in other countries, a similar choice does not necessarily produce any effect.

Other difference between States, regarding private international law in respect to contracts, is that many countries have, as have many international conventions, rejected the doctrine of renvoi; nevertheless, there are a few countries which still accept that doctrine.

In the opinion of FRANCO FERRARI[44] the concept of 'private international law' is one of the concepts which is to be construed in the light of domestic law. 'Private international law' (i.e., choice of law) rules continue to play a role even if the CISG is in force[45]. And this is why it is not surprising that in some Contracting States, which have acknowledged party autonomy as a connecting factor, the CISG has been applied by virtue of a choice of law in cases where it was not applicable by virtue of Article 1(1)(a). In practice this means, for instance, that where the forum is located in a Contracting State in which the relevant rules of private international law of sales contracts are based upon the *Rome Convention*[46] or the Regulation as in many European countries, the Convention will generally be applicable when the law either chosen by the parties or, absent choice of law, that having the *closest connection*[47] with the contract, is the law of a Contracting State. As result of this common understanding, several courts as well as arbitral tribunals have already relied upon the parties' designation of the applicable law to make the CISG applicable by virtue of Article 1(1)(b).

---

44 FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 75.

45 SPANOGLE, John A., WINSHIP, Peter, *International Sales Law: A Problem-Oriented* Coursebook, Second Edition, West, A Thomson Reuters business, 2012, P. 57.

46 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations – opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC). Available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:EN:NOT, visited on 9th July 2013.

47 For details regarding the principle read Article 4 of the Rome Convention.

In His conclusions regarding this matter, FRANCO FERRARI[48] suggests one general rule: "provided that the parties have not excluded the CISG and that no *election iuris* occurred, the CISG should be applicable in the courts of Contracting States – which did not limit the scope of Article 1(1)(b) by means of an Article 95 reservation – *at least* to most international sales contracts involving a seller who has its place of business in a Contracting (non-reservatory) State."

The *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*[49], in the same vein, states that the Convention may also apply as the law applicable to the contract if so chosen by the parties. In that case, the operation of the Convention will be subject to any limits on contractual stipulations set by the otherwise applicable law.

The basic principle of contractual freedom in the international sale of goods is recognized by the provision that permits the parties to exclude the application of this Convention or derogate from or vary the effect of any of its provisions. This exclusion will occur, for example, if parties choose the law of a non-contracting State or the substantive domestic law of a contracting State as the law applicable to the contract. Derogation from the Convention will occur whenever a provision in the contract provides a different rule from that found in the Convention.

Choice of Law clauses are very common in international sale of goods contracts[50]. Normally, the choice will be expressly contained in a choice of law clause in the contract. According to FAWCETT/HARRIS/BRIDGE[51] the choice of law made by the parties in a contract of international sale of goods can have different effects *in a forum which is a Contracting State to the CISG* and *in a forum which is a non-Contracting State of the CISG*.

4.1 Effect in a forum which is a Contracting State to the CISG

One question that has emerged in the case law concerns the significance of a choice of law clause in the contract selecting as the applicable law the law of a state that happens to be a Contracting State to the CISG. The parties might choose the law of a Contracting State where otherwise the CISG is applicable

---

48 FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 83ss.

49 Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf, p. 35ss. Las visited on 25 June 2013.

50 "An express choice of law clause will be valid, even if the contract is otherwise wholly unconnected with the law chosen". (FAWCETT, James, HARRIS, Jonathan, BRIDGE, Michael, *International Sale of Goods in the Conflict of* Laws, Oxford University Press, 2005, p. 690).

51 FAWCETT, James, HARRIS, Jonathan, BRIDGE, Michael, *International Sale of Goods in the Conflict of* Laws, Oxford University Press, 2005, p. 680 ss.

because the parties are resident in different Contracting States to the CISG. If their choice, as interpreted by the forum of a Contracting State to the CISG, were to lead to the CISG by way of Article 1(1)(b), then the result would be the same as if the applicable law clause had been disregarded and the CISG applied by way of Article 1(1)(a).

Where they are resident in different states, where neither or only one of these is a Contracting State to the CISG, the effect of that choice in a forum that accepts the autonomy of the parties to select their own applicable law is that where the forum is a Contracting State to the CISG, it will be bound to apply the Convention on the basis of Article 1(1)(a).

4.2. Effect in a forum which is a non-Contracting State to the CISG

If the forum is not a Contracting State to the CISG the position is more difficult. This forum is under no obligation to apply the CISG directly. The CISG could only be reached by way of the forum's private international law rules (an approach similar to the Article 1(1)(b) route taken by Contracting States to the CISG). This would mean giving effect to the clause as leading into the CISG in so far as the forum respects the parties' freedom to choose their own applicable law.

5. Reservations Under Article 95 CISG

As previously mentioned, the CISG's "*indirect*" application has been criticized, mainly by so-called socialist countries, which "*wanted to avoid the excessive restriction of the applicability of their domestic statutes governing the relationships with foreign parties*", but also by the United States. As a consequence of such criticism, the drafters of the CISG provided for a reservation clause, Article 95 CISG, which gives the Contracting States the option not to be bound by Article 1(1)(b)[52].

As we said earlier, the Part four of the Convention (Final Provisions) permits a certain number of declarations. There is a special declaration for States that have different systems of law governing contracts of sale in different parts of their territory. Further, a State may declare that it will not be bound by Part II on formation of contracts or Part III on the rights and obligations of the buyer and seller. According to SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HACHEM[53] the

---

52 FERRARI, Franco, *Overview of Case Law on the CISG's International Sphere of Application and Its Applicability Requirements (Articles 1(1)(A) and (B))*, in: International Business Law Journal 961, 2002, p. 967. Available at http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ibuslj18&id=963&collection=journals&index=journals/ibuslj, visited on 2nd July 2013.

53 In SCHWENZER, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of*

provisions of Part four can be divided into different groups which are diplomatic clauses, clauses containing or dealing with reservations, clauses dealing with temporal aspects of the Convention, and clauses intending to clarify the relationship of the CISG to other legal instruments.

The provisions concerning reservations are contained in Articles 92-97, but for purposes of this paper the relevant declaration is that of Article 95. A State's article 95 declaration, made at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession of the Convention, excludes the application of the Convention via article 1 (1) (b) – i.e., if the rules of private international law lead to the law of a Contracting State. Accordingly, if there is a dispute between a party from a Contracting State that has made an article 95 declaration and a party located in a non-contracting State, the applicable law is determined based on the domestic conflict of laws rules. The declaration does not impact the application of the Convention between two Contracting States under article 1 (1) (a)[54].

Back to the example given by JOHN HONNOLD (*Supra note* 30) in which State A, the place of business of the seller, was a Contracting State but State B, where the buyer was located, was not a Contracting State. Now let us assume that State A in ratifying the Convention made the declaration permitted by Article 95. State A will now apply the Convention only to the sales covered by Sub (1) (a) – transactions between parties in two *Contracting* States. Since Sub (1)(b) is excluded, State A's rules of private international law designating the law of State A now invoke its domestic law rather than the Convention.

Logically, as effect, an Article 95 declaration narrows the applicability of CISG and enlarges the applicability of the domestic law of the declaring State, where the Convention does not apply by virtue of Article 1(1)(a) upon which the Article 95 reservation does not impact. So, in certain sense, the Article 95 declaration undermines the pretended uniformity and universality of the Convention. Unfortunately, however, there is no agreement on the extent to which the Article 95 reservation narrows down the CISG's applicability[55].

Currently, the following States have made an Article 95 declaration: the People's Republic of China, Armenia, Czech Republic, Saint Vincent and the

---

Goods (CISG), Third Edition, Oxford University Press, 2010, p. 1171.

54 See UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2012 Edition, p. 442. Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf, last visited on 3rd July 2013.

55 FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 87.



Grenadines, Singapore, Slovakia, and the United States of America[56].

Interesting questions arise from the interplay of these differing choices[57]. Three main situations are discussed regarding the consequences of Article 95 reservations[58]: 1) the *forum is located in a reservatory State* the rules of private international law of which lead to the applicability of the law of a Contracting State – independently from whether this State declared a reservation or not; 2) the *forum is located in a Contracting non-reservatory State* the rules of private international law of which lead to the applicability of the law of a Contracting State that has declared an Article 95 reservation; 3) the *forum is located in a non-Contracting State* the rules of private international law of which lead to the law of a Contracting State that declared an Article 95 reservation.

Although according to JOHN HONNOLD[59] "*Sub (1)(b) is irrelevant when both the seller and the buyer are in Contracting States*" we think that this assertion is apparently true, and besides the previous three main situations one can be added as the fourth one. This is the case where the *forum is located in a reservatory State* the rules of private international law of which (*the choice made by the parties*) lead to the application of the law of a Contracting State – independently from whether this State declared an Article 95 reservation or not. This is the main problem we assumed to try to solve and purpose of this paper.

5.1 Forum Located in a Reservatory State and Lead to Application of the Law of a Contracting State Regardless if is Reservatory One or Not

In this line of cases the CISG cannot apply at all in those instances, since the Contracting reservatory States are bound to apply the CISG only where both parties have their places of business in Contracting States according to Article 1(1)(a). It is certainly true that in this line of cases the courts of reservatory States cannot apply the CISG by virtue of Article 1(1)(b). Nevertheless, it is here suggested that even the courts of a reservatory State should apply the CISG in the aforementioned line of cases – not by virtue of Article 1(1)(b), of course – but

---

56 For more information see http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, visited on 3rd July 2013.

57 HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 89.

58 For reference to this three cases see: FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 88-92; & HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 90-94.

59 HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991, p. 89.

as part of the law of Contracting State to which the conflict of law rules lead. There is, however, a limit: if it is true, as it has been suggested, that the rationale behind the possibility of Article 95 reservation is to promote the application of domestic law, it must be concluded that in cases where the forum is located in a Contracting reservatory State the private international law rules of which lead to the law of the forum, the CISG is inapplicable.

5.2 Forum Located in a Contracting Non-Reservatory State and Lead to Application of the Law of a Reservatory State

Here also, according to some commentators, the CISG should not be applicable because the judges from the reservatory States would themselves not apply the CISG. Consequently, for instance, in the situation where State A has not taken the reservation under Article 95 and State B has done so, and where the parties have their places of business in State B and in non-Contracting State C, consistency would appear to require that a court in State A should, if it finds of State B to be applicable, select the domestic law of that State as the law governing the contract rather than the Convention. But the preferable view, however, seems to be the contrary, not only because generally a reservation of the kind at hand made by one State cannot bind another State, but also because all the prerequisites for the applicability of the Convention set forth in Article 1(1)(b) are met.

5.3 Forum Located in a Non-Contracting State and Lead to Application of the Law of a Reservatory State

In this line of cases the CISG should be applied. Obviously, in this cases the application cannot be based upon Article 1(1)(b); rather, it must be based upon the CISG being part of the applicable (foreign) law. One should, in other words, adopt the same solution employed in those cases where the rules of private international law of the non-Contracting State lead to application of the law of a Contracting State that did not declare a reservation. In this line of cases the courts have to apply the CISG for the very same reasons, *i.e.*, not by virtue of Article 1(1)(b), as wrongly stated by very many courts, by which they are not bound, but rather by virtue of the CISG being part of the applicable foreign law. This view is not only held by commentators, but it has already found judicial application in many instances.

FRANCO FERRARI[60] summarizes his opinion, regarding this three line of cases, saying that "the Article 95 reservation impacts on the application of the CISG – by excluding it – solely in those cases where the forum is located in a

60 FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 92.

reservatory State the private international law rules of which lead to the forum State's own law. In this case the CISG cannot be applied, as this would violate the rationale behind the Article 95 reservation".

5.4 Forum is located in a Reservatory State and the Choice of the Parties Lead to the Application of the Law of a Contracting State Regardless if is Reservatory One or Not

As we already assumed earlier, the choice of applicable law by the parties in a contract is broadly considered part of the rules of private international law. So, if in an international contract of sales of goods the parties choose, as applicable law, the law of a certain State, this choice is deemed to be done on the ground of rules of private international and the law of the chosen State will be applicable by virtue of this rules.

In this case, what is the solution if the parties in the contract have their place of business, each, in reservatory States (one of them is the forum) and they choose as applicable law the law of other Contracting State. In other words, does an Article 95 reservation impact in this kind of cases? If yes, in what extent? If not, in which basis? These are the questions we can make and try to solve. To answer this questions two other problems have to be discussed: **a.** *The meaning of the choice made by the parties* and **b.** *The impact of the Article 95 reservation.* This problems are also analyzed by FAWCETT/HARRIS/BRIDGE[61].

5.4.1 Construction of a choice of law clause for a Contracting State to the CISG

The question is what do the parties mean when they stipulate that the *law* of a country, which happens to be a Contracting State to the CISG, shall apply to their contract? Clauses of this sort are highly ambiguous. Do they signify an intention to select the domestic law of that state minus the CISG?

In view of the freedom given to the parties to oust the application of the CISG, the matters to be considered are, first, whether the Convention may be excluded by implication or must be excluded expressly, and second, whether the parties by designating a national law have thereby indicated an intention to exclude the Convention in favour of the rules applicable to non-international sale transactions.

In the CISG context a number of tribunals have rejected in principle the possibility of implied exclusion. The better view, in a Convention that eschews formal requirements for a contract of sale, is that the parties may achieve by

61 FAWCETT, James, HARRIS, Jonathan, BRIDGE, Michael, *International Sale of Goods in the Conflict of* Laws, Oxford University Press, 2005, p. 682-686.

implied means an exclusion or derogation from the provisions of the CISG. The clarity of an implied exclusion is of course a different matter.

So the question that has to be faced is what the parties mean when they select the law of a Contracting State to the CISG to govern the contract. The question is not easy and depends upon varied circumstances. Nevertheless, the case law heavily favours the view that they do not intend thereby to opt out of the CISG under Article 6. First of all, if they are not resident in different Contracting State to the CISG, the selection of the law of a Contracting State is the most effective way of reaching the CISG since it brings them in under Article 1(1)(b). The solution is the same in cases where the parties are from different Contracting States. "This is an issue of considerable importance, and numerous CISG precedents confirm that an express contractual choice of (e.g.) 'Austrian law', 'the laws of Switzerland' ... should all be understood/interpreted – not as *only* a reference to domestic sales law, but rather – as the parties' express contractual reaffirmation of the applicability of the CISG"[62]. It would take quite compelling additional evidence to show that their intention was to oust the CISG in this instance.

The position is very difficult to unravel and the only practical advice to give is that parties, if seeking to avoid the application of the CISG, should do as is done by the various commodities trading forms and exclude the Convention in express terms. However, inadvisable it might be to seek such a result impliedly by reference to a stated national law, sound contractual practice should not be necessary as a matter of law for the CISG to be excluded between the parties.

With this solution is stressed the idea that the objective of the CISG is to be largely applied in order to reduce transaction costs and achieve uniformity.

5.4.2 The impact of the reservation permitted by Article 95 CISG

As we said previously, in this paper we are trying to find a solution to a given case: *what is the solution if the parties in the contract have their place of business, each, in reservatory States (one of them is the forum) and they choose as applicable law the law of other Contracting State. In other words, does an Article 95 reservation impact in this kind of cases? If yes, in what extent? If not, in which basis?.*

The first answer to the problem is that the choice made by the parties has to be seen as part of rules of private international law, and so, despite being both place of business from Contracting (reservatory) States the Convention will be applied but not on the ground of Article 1(1)(a) because their choice of law lead

---

62 Italic is our. See: LOOKOFSKY, Joseph, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Third (worldwide) Edition, Published by Kluwer Law International, Netherlands, 2008, p. 28



to application of other Contracting State fulfilling the requirement of Article 1(1)(b) although both parties have their place of business in Contracting States. As affirmed earlier, *the selection of the law of a Contracting State is the most effective way of reaching the CISG since it brings them in under Article 1(1)(b)*.

But, what if the *forum* State made an Article 95 reservation? In this case will the CISG still be applicable? In other words: what is the impact of Article 95 reservation in these situations? Is true that the *forum* State, as Contracting State is always bound to apply the CISG when the parties have their place of business in a Contracting State, as is the case. But at the same time the choice made by the parties is relevant to take in account since according to the principle of contractual freedom[63] they can always choose the applicable law to their contract[64]. Just to clarify, although some restrictions to the principle, Article 3 of Rome Convention provides the parties with ample freedom to select the law they wish to govern their agreement. Specially, the chosen law need not have any connection with the transaction or the parties[65].

Apparently, with this choice of applicable law the *forum* State is exempted to apply the CISG because made Article 95 reservation. Have to be noted that the Article 95 reservation is relevant only when one of the parties in a contract of international sale of goods have its place of business in a non-Contracting State, and this is not the case.

In this scenario, we do not see other solution than to conclude that the CISG will still be applicable because, as we said, the *selection of the law of a Contracting State is the most effective way of reaching the CISG since it brings them (*the parties*) in under Article 1(1)(b)*. So, the fact that the *forum* State made Article 95 reservation will not be taken in account since could undermine the *will of the parties*[66] and the *uniformity and certainty* aimed to be achieved by the Convention, and only possible if, first, the domestic tribunals (where the forum is

---

63 "(…) freedom of contract is the main rule everywhere, i.e., even in jurisdictions not bound by CISG regime". See: LOOKOFSKY, Joseph, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Third (worldwide) Edition, Published by Kluwer Law International, Netherlands, 2008, p. 29.

64 "A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract." (Article 3, Number 1 of the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations – Rome Convention). Available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:EN:NOT, visited on 9th July 2013.

65 SPANOGLE, John A., WINSHIP, Peter, *International Sales Law: A Problem-Oriented* Coursebook, Second Edition, West, A Thomson Reuters business, 2012, p. 61.

66 Since if the parties wanted to exclude the application of the Convention could have done it explicitly according to Article 6.

located) interpret the CISG provisions in a uniform manner, and second, if those same tribunals adopt uniform approach to the filling of gaps in the law. Once more, "the Convention governs *all* contracts between parties with places of business in different nations, so long as both nations are signatories to the Convention"[67].

We have to remember that the reason of Article 95 reservation was to *avoid the excessive restriction of the applicability of the domestic law in relationship with foreign parties*. So, this aim is still achieved once the parties have chosen as applicable law of that Contracting State just to take advantages of the domestic solutions for *those issues although 'governed' by the CISG are not 'settled' therein, and issues not covered by the Convention like, for instance, the validity of the Sales Contract*. The parties could have chosen as applicable law, the law of other Contracting State thinking that its domestic law has the best solutions to fill the gaps of the Convention. In truth, the rules of private international law (choice-of-law) not only determine whether the CISG governs a particular transaction, as also may be used to fill gaps if the answer cannot be found in the Convention or derived from the general principles on which it is based[68].

Last but not least, we may say that this is the case where although the transaction is clearly within the scope of the CISG (*since both parties are from Contracting States*, case in which is directly applicable) and the parties agree to choose a governing law (*law of other Contracting State*) for those matters that are not within the rather limited scope of the CISG[69]. With this interpretation of the situation all the objectives of the CISG is considered achieved and the fact that the *forum* State has made Article 95 reservation is not taken in account.

6. Conclusion

This paper, with the topic "*CISG Applicability: A Particular Case on Impact of an Article 95 Reservation*" is a result of discussions regarding CISG applicability held during the lessons of Commercial Contract in the *Master and Postgraduate Programme in International Business Law*.

In what concern the reservation under art. 95 CISG, some believe that as the Convention becomes more widely adopted, the practical significance of such

---

67 *Filano, S.p.A. v. Chilewich Intern. Corp.,* 789 F. Supp. 1229, 1237 (S.D.N.Y. 1992) (emphasis in original). *Apud* SPANOGLE, John A., WINSHIP, Peter, *International Sales Law: A Problem-Oriented* Coursebook, Second Edition, West, A Thomson Reuters business, 2012, p. 89.

68 SPANOGLE, John A., WINSHIP, Peter, *International Sales Law: A Problem-Oriented* Coursebook, Second Edition, West, A Thomson Reuters business, 2012, p. 57.

69 REILEY, Eldon H., *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law*, Carolina Academic Press, Durham-North Carolina, 2008, p. 55.



a declaration will diminish. This is also our believe since in the discussed case we saw that the choice of applicable law made by the parties, although being regulated by rule of private international law, when both are from Contracting States and choose the law of other reservatory Contracting State the Convention will always be applicable to their contractual relation.

The CISG's provisions contained in Chapter I of Part I (relating to the "Sphere of Application") are without any doubt the Convention's most important provisions. Despite the large number of court decisions and arbitral awards concerning the issue at hand, there are many issues regarding the CISG's applicability that have not yet been touched upon in any decision[70]. The discussed case is one example of this fact.

Whenever a contract for the sale of goods is international (in some sense of that term), courts cannot simply resort to their own substantive law to solve disputes arising out that contract. Rather, courts must determine which substantive rules to resort to in order to do so. Traditionally, when a situation is international, courts resort to the private international law rules in force in their country to determine which substantive rules to apply; and the choice of law made by the parties is considered to be also part of the rules of private international law, so having to be respected. In those countries, however, where international uniform substantive rules are in force, such as those set forth by the Convention, courts must determine whether those international uniform substantive rules apply before resorting to private international law rules at all. This means that recourse to the Convention prevails over recourse to the forum's private international law rules. This approach has been justified on the grounds that, as a set of uniform substantive law rules, the Convention is more specific insofar as its sphere of application is more limited and leads directly to a substantive solution, whereas resort to private international law requires a two-step approach—that is, the identification of the applicable law and the application thereof[71]. This solution is also valid even if the choice of law made by the parties (from Contracting States) lead to the application of law of a Contracting State which made Article 95 reservation.

Assuming that the limited scope of issues addressed by the CISG leaves many matters that are not addressed by the Convention we suggest that every

---

70 FERRARI, Franco, *Overview of Case Law on the CISG's International Sphere of Application and Its Applicability Requirements (Articles 1(1)(A) and (B))*, in: International Business Law Journal 961, 2002, p. 961. Available at http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ibuslj18&id=963&collection=journals&index=journals/ibuslj, visited on 2nd July 2013.

71 UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL: Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods—2012*, 2012 Edition, United Nations, New York, 2012, p. 22. Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf, last visited on 9th July 2013.

contract within the CISG should contain a governing law clause and when it occur in a situation like the one discussed in this paper (where the parties are from Contracting State and choose other Contracting State law as applicable one) the CISG will still be applicable although the *forum* is located in an Article 95 reservatory Contracting State. ELDON H. REILEY[72] has the same opinion.

Bibliography

- FERRARI, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of The 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012.
- KROLL, Stefan, MISTELIS, Loukas & VISCASILLAS, Pilar Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011.
- SCHWENZER, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* Third Edition, Oxford University Press, 2010.
- LONGSHAW, Alex & TOOKEY, Michael, *Commercial Law and Practice,* College of Law Publishing, Great Britain, 2009.
- UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2012 Edition. Available at <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>, last visited on 3rd July 2013.
- HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, USA, 1991.
- FAWCETT, James, HARRIS, Jonathan, BRIDGE, Michael, *International Sale of Goods in the Conflict of* Laws, Oxford University Press, 2005.
- ZELLER, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law - Current Controversies in Law Series,* [e-book], Fountoulakis, Christiana, Taylor & Francis, 2007. Available at: MyiLibrary. <http://lib.myilibrary.com?ID=125951>, last visited on 7th July 2013.
- MEYER, Olaf, JANSSEN, Andre, *CISG Methodology*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009. eBook available at http://ehis.ebscohost.com/ehost/detail?sid=7534fc9a-8222-49a5-9bde-16f176ddf4a4%40sessionmgr115&vid=1&hid=106&bdata=JnNpdGU9Z

72 REILEY, Eldon H., *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law*, Carolina Academic Press, Durham-North Carolina, 2008, p. 274 ss.

Whvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=nlebk&AN=283445&anchor=tocAnchor, visited on 9th July 2013.

- LOOKOFSKY, Joseph, *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Third (worldwide) Edition, Published by Kluwer Law International, Netherlands, 2008.
- FELEMEGAS, John, *An International Approch to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007.
- SPANOGLE, John A., WINSHIP, Peter, *International Sales Law: A Problem-Oriented* Coursebook, Second Edition, West, A Thomson Reuters business, 2012.
- REILEY, Eldon H., *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law*, Carolina Academic Press, Durham-North Carolina, 2008.

Articles

- FERRARI, Franco, *Overview of Case Law on the CISG's International Sphere of Application and Its Applicability Requirements (Articles 1(1)(A) and (B))*, in: International Business Law Journal 961, 2002. Available at http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ibuslj18&id=963&collection=journals&index=journals/ibuslj, visited on 2nd July 2013.
- UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL: Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods—2012*, 2012 Edition, United Nations, New York, 2012. Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf, last visited on 9th July 2013.

Electronic Resources

- www.uncitral.org
- http://eur-lex.europa.eu

Legislations

- 1980 - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)
- 1980 – Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention)

RECONHECIMENTO DE ESTADOS E GOVERNOS: O CASO DO KOSOVO

Ícaro Ivin de Almeida Costa Lima*
Mestrando em Ciências Político-Jurídicas
Direito Internacional, Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo

O presente trabalho visa perpetrar uma análise acerca do instituto do Reconhecimento de Estados e Governos no Direito Internacional, realizando para tal, propedeuticamente, um breve apanhado acerca dos Sujeitos de Direito Internacional que são passíveis de tal anuência por parte dos Estados Soberanos; adentrando posteriormente no estudo do reconhecimento propriamente, analisando suas características, teorias, requisitos (condições) e efeitos. Por derradeiro far-se-á a analise do caso da Independência do Kosovo, a fim de vislumbrarmos em todas as suas nuances e facetas a aplicabilidade do instituto do Reconhecimento de Sujeitos de Direito Internacional na realidade empírica.

Palavras-Chave: Reconhecimento Internacional; Estados e Governos; Personalidade Jurídica Internacional; Comunidade Internacional; Independência do Kosovo.

Introdução

As relações entre as comunidades humanas têm ocorrido, em maior ou menor grau desde o princípio das sociedades, tendo em vista a patente realidade de que estas raramente, ao longo da história, foram ou são auto-suficientes; tendo os entes estatais dependido sempre do intercambio com os demais a fim de garantir a sua existência em condições satisfatórias. Ainda que se admita o fato de que no passado os Estados detinham maior capacidade de desenvolverem e

---

* Pós-graduado em Direito do Estado; Advogado no Brasil

subsistirem sozinhos, na atualidade, a interdependência que assinala as relações internacionais - fruto das intensas transformações ocasionadas no campo da produção e do consumo, das tecnologias, da cultura e da própria informação, entre outros fatores - torna tal sobrevivência isolada dos Estados algo agudamente inviável, ou, porque não dizer, irrealizável.

No âmbito do Direito das Gentes as transformações no campo político e normativo têm por marco jurídico-político basilar a Paz de Vestfália, a qual, indubtavelmente, balizou não apenas o surgimento do Direito Internacional Moderno, mas também celebrou o surgimento dos próprios Estados Modernos no século XVII.

O Direito Internacional surge, neste contexto, com o escopo de assegurar a convivência pacífica entre os Estados, bem como a fim de promover a cooperação desses no âmbito de suas atuações em interesses comuns.

A partir da II Guerra Mundial, fortalecem-se ainda mais os laços de união e inter-relacionamento internacional, bem como a coesão , a articulação e até a subordinação internacional a um ideal comum, justificando a partir de então o surgimento do que se convencionou denominar: *comunidade internacional.*

Já nos tempos hodiernos, as mudanças no sistema econômico e financeiro internacional, geradas pelo estreitamento e aprofundamento das relações entre os sujeitos internacionais, culminou num alargamento da inter-relação político-jurídica entre Estados e sociedades, convergindo para uma ampliação dos sujeitos de Direito Internacional, tendo em vista a mais efetiva participação dos indivíduos, das ONGs, empresas (multi e transnacionais) e, principalmente, dos Organismos Internacionais neste cenário.

Nesse diapasão, é factível afirmar que o Direito das Gentes vive um momento de transição paradigmática, onde novos personagens passam a desempenhar funções cada vez mais importantes no cenário das Relações Internacionais nas suas mais diversas facetas, e onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos humanos básicos dele derivados, assumem um papel de extremo relevo, e de cunho basilar, na ordem jurídica internacional. É nesse sentido valiosa lição de Paula Escarameia:

> *Cada vez mais tem sido possível observar que vivemos num período de transição na ordem mundial e no seu ordenamento jurídico, num momento de passagem de um modelo baseado quase que exclusivamente na divisão estatal para um modelo em que surgem novos actores com vozes activas, em que a globalização da economia e o avanço da tecnologia fizeram perder a importância que as demarcações territoriais tinham anteriormente e em que a força da proteção internacional dos direitos humanos, através*

> *da difusão da sua violação pela media e da crescente indignação da opinião pública face aos mesmos, se apresenta como aspecto crucial.*[1]

Inolvidável é, no entanto, o fato de que, em que pese o indivíduo, as organizações internacionais e algumas pessoas coletivas privadas realizarem com cada vez mais destaque e relevância os seus papéis no campo dos sujeitos do Direito das Gentes, o Estado é por excelência o principal sujeito de Direito Internacional e, por isso mesmo, ente protagonista na construção, desenvolvimento e validação das realidades e normatividade jurídica internacional; além do fato de que o estudo das relações internacionais e o próprio Direito das Gentes têm por foco primordial o relacionamento entre os Estados em suas multifacetadas atuações no cenário mundial.

Lastreado neste panorama supra-descrito, de um novel contexto paradigmático e conjuntural na seara do Direito Internacional, é que buscar-se-á desenvolver no presente artigo um estudo acerca do *Reconhecimento de Estados e Governos*, com fulcro na realidade político-jurídica internacional vigente; analisando, posteriormente, a aplicabilidade, em específico, deste instituto do direito internacional, em todas as suas nuances, ao caso da Declaração de Independência do Kosovo.

A fim de realizar tal desiderato é que far-se-á aqui uma breve abordagem acerca de alguns conceitos e noções estruturantes, bem como pontos nevrálgicos que tocam a matéria, visando possibilitar uma mais ampla e sólida compreensão da temática ora em tela.

Por conseguinte, iniciar-se-á com uma breve análise dos sujeitos de direito internacional e a sua evolução durante a história do Direito das Gentes.

Seguidamente, proceder-se-á um estudo acerca do Estado, seu conceito, elementos essenciais e espécies (quanto ao grau de exercício do poder soberano); passando rapidamente pela conceituação e delineamento das Entidades Pró-estatais, Pré-estatais, Infra-estatais e Supra-estatais; analisando, em ato contínuo, a noção de Estado Soberano, perpassando, para tal, por uma brevíssima abordagem acerca da soberania e seus principais consectários na órbita da atuação estatal no cenário internacional; passeando ainda pelo entendimento da atuação peculiar da *Santa Sé* no âmbito internacional.

Posteriormente, penetraremos no tema central do presente estudo onde examinar-se-á o instituto jurídico do Reconhecimento no Direito Internacional, suas características, espécies, teorias, requisitos (condições) e efeitos; tratando

---

1 ESCARAMEIA, Paula. O Direito Internacional Público nos Princípios do Século XXI. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.164.

ainda da distinção entre *Atribuição da Personalidade e o Reconhecimento* em termos fenomenológico e temporal – fenômenos distintos que se deslindam em tempos e circunstâncias distintas. Adentrar-se-á ainda num sucinto entendimento acerca da importância de tal instituto como ato indispensável à participação plena dos Estados no palco das relações globais, e para o conseqüente exercício dos seus direitos e deveres fundamentais e políticos na órbita internacional.

Por derradeiro, ingressaremos no estudo do caso da Independência de Kosovo, sua tentativa de *Reconhecimento* pela comunidade internacional; culminando numa apreciação conclusiva acerca da temática em apreço e as complexidades e meandros que envolvem o *Reconhecimento de Estados e Governos* no cenário internacional.

Faz-se imprescindível ressaltar ainda o fato de que o presente estudo busca perpetrar uma avaliação objetiva e um tanto quanto plural e imparcial a respeito da presente temática. Não olvidamos, no entanto, que assim como o desempenho de simples ações, tais quais pensar e agir, a arte de pesquisar e escrever perpassa também por um ato de escolha e de tomada de posição, por uma eleição por parte do pesquisador dos arranjos e correntes que afiguram-se mais aprimoradas e coerentes, em meio ao universo do conhecimento existente.

Atentos a uma visão pós-moderna do mundo e da ciência, encaramos por destituída de imparcialidade absoluta e de objetividade matemática este, bem como qualquer outro estudo na seara das ciências humanas e sociais; cientes que estamos da amplitude, pluralidade, e multiculturalidade que assinalam o conhecimento humano.

Penetremos, pois, nesse amplíssimo e entusiasmante estudo, que não tem nesta pesquisa o condão, tão pouco a pretensão, de ser exaustivo, mas, ao contrário, ser apenas uma ponta deste "iceberg" de conhecimento que descortina-se aos nossos olhos.

Sujeitos de Direito Internacional

O estudo acerca dos Sujeitos de Direito Internacional Público ainda abriga certa polêmica no campo doutrinário, haja vista que ainda mantêm-se dois entendimentos diversos acerca da temática da personalidade jurídica internacional.

A *primeira posição* mantém o entendimento do Direito Internacional Clássico de que apenas os Entes Estatais e as organizações internacionais seriam sujeitos do Direito das Gentes, fulcrada que está na idéia de que sendo a personalidade jurídica a aptidão para exercer direitos e cumprir obrigações, apenas os Estados e Organizações Internacionais poderiam realizar direta e plenamente tal desiderato na ordem internacional.

A segunda posição, fundando-se na patente realidade de que após a II Guerra Mundial o Direito Internacional surge com feições mais parecidas com

os direitos nacionais, em atenção a um novo panorama que emerge no âmbito das relações internacionais, evidenciado pelos seguintes fenômenos: a) o aumento significativo do número de Estados; b) o surgimento de novos sujeitos de Direito Internacional – entre eles destacam-se as Organizações Internacionais Autônomas; c) a assunção pelos povos e nações autônomas de um novo papel no direito internacional; d) uma progressiva "institucionalização" da sociedade internacional, com a conseqüente subordinação nas relações internacionais; bem como, e) a criação de inúmeros instrumentos normativos de proteção e atenção direta aos indivíduos – com destaque ao plano dos Direitos Humanos; entre diversos outros fatores; vem a admitir a existência de novos sujeitos de direito internacional.

Nesse sentido preleciona o Professor Paulo Henrique Gonçalves Portela:

> *(...) a evolução recente das relações internacionais tem feito com que a ordem jurídica internacional passe a regular situações que envolvem outros entes (além dos Estados e Organizações Internacionais – grifo nosso), que vêm exercendo papel mais ativo na sociedade internacional e que passaram a ter direitos e obrigações estabelecidos diretamente pelas normas internacionais.*[2]

Neste esteio, vislumbra-se com clareza solar o fato de que o atual cenário das relações internacionais sofreu múltiplas transformações, que acabaram a impulsionar ao Direito das Gentes a transcender à sua conceituação e delimitação clássica na órbita da personalidade jurídica internacional e vir a açambarcar, para além dos Estados e organizações Internacionais, um grupo mais amplo de sujeitos de direito internacional, quais sejam: *os indivíduos, as empresas* e *as organizações não-governamentais (ONGs).*

Numa síntese primorosa acerca dos sujeitos de direito internacional nos tempos hodiernos e suas respectivas classificações lecionam com maestria os Doutores André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros; lição a qual pela coesão e funcionalidade em que se pretende abordar tal temática neste estudo, pareceu-nos de grande valia a sua adoção. Doutrinam eles:

> *São várias as classificações propostas pela doutrina, e elas baseiam-se em vários critérios. Umas são mais simples, outras mais complexas (...).*
> *Da nossa parte, partiremos de uma grande classificação entre sujeitos com capacidade jurídica plena e sujeitos com capacidade*

2 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 3ª ed.Salvador: JusPodivm, 2011, p. 153.

> *jurídica limitada (grifo nosso).*
> *O primeiro grupo compreende apenas o Estado Soberano, única entidade em que se verifica ainda, no estado actual do Direito Internacional, a plenitude da capacidade jurídica internacional (grifo nosso).*
> *No segundo grupo integram-se, portanto, todos os outros sujeitos, e teremos de distinguir entre sujeitos com base territorial (beligerantes, Estados semi-soberanos e associações de Estados), e sujeitos sem base territorial (certos casos especiais de sujeitos que prosseguem interesses espirituais, como a Santa Sé e a Ordem de Malta; ou que prosseguem interesses políticos, como os movimentos nacionais e os governos no exílio; o indivíduo e as Organizações Internacionais).*[3]

A partir das lições acima expostas depreende-se facilmente que, em que pese a existência de vários outros sujeitos na ordem internacional moderna, faz-se imprescindível destacar que o Estado Soberano não é apenas um dos sujeitos de Direito Internacional, mas é também o seu sujeito por excelência - haja vista o fato do Direito das Gentes abarcar, na grande maioria das situações, relações interestatais; bem como *por ser ele o único a deter a plenitude da capacidade jurídica internacional.*

Justifica-se, destarte, a sua importância no cenário jurídico internacional e seu papel chave e central quando do estudo do Direito Internacional,e com ênfase a este artigo, à sua relevância para a compreensão e até mesmo à realização prática do instituto do Reconhecimento de Estados e Governos, uma vez que os Entes Estatais serão sempre sujeitos presentes nesta relação - ora figurando apenas no pólo ativo (a reconhecer determinado Governo, ou Entidades Pró-Estatais) ou, como é comum, ocupando ambos os pólos, ativo e passivo (quando do reconhecimento de um Estado por outro); tema este, do Reconhecimento em Direito Internacional, que é pauta central deste estudo, e ao qual nos deteremos mais profunda e cuidadosamente adiante.

Estados e Entidades Afins

Com amplíssimo alcance e complexidade o estudo acerca do Estado e os seus fenômenos é, por si só, tarefa de árduo labor intelectual, que ocupa parte significativa de ciências, e até por completo de matérias específicas, como é o caso da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado, respectivamente. Destarte,

---

3 PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto. Manual de Direito Internacional Público. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 302.

apreciar-se-á aqui, com certo laconismo, apenas os aspectos do Estado e da sua existência que estejam mais afetos à temática deste trabalho; haja vista a perceptível importância do Estado como sujeito central e indispensável no Reconhecimento de Estados, Governos e demais entes, uma vez que esse figurará em ao menos um dos pólos dessa relação jurídica, no âmbito da aplicação deste instituto na ordem internacional - como já ressaltado.

O Estado é, nas lições de Hidelbrando Accioly e Geraldo Silva, "um agrupamento humano, estabelecido permanentemente num território determinado e sob um governo independente"[4].

O eminente Doutor Reinhold Zippelius[5], por sua vez, atenta a uma visão jurídica moderna de Estado, em sua obra *"Teoria Geral do Estado"*, conceitua o Estado como uma comunidade juridicamente constituída, com uma estrutura organizada de poder e ação dentro de determinado território no qual possa exercer as suas competências de regulação, a fim de desempenhar as suas funções, bem como garantir entre os indivíduos uma convivência ordenada de forma harmoniosa e segura, buscando, sobretudo, a manutenção da paz e da segurança jurídica.

Partindo das conceituações acima contempladas faz-se fácil a identificação dos elementos essenciais do Estado, quais sejam: a) povo[6]; b) governo soberano; e c) território.

O *povo* é o elemento humano, a comunidade de determinado Estado, abrangendo aqueles que dentro do seu território vivem e aqueles que estão fora desse, estando todos unidos a aquele pelo laço da cidadania. O conceito de povo diferencia-se, pois, do conceito de população, vez que este atém-se a questão meramente quantitativa, enquanto aquele cinge-se ao aspecto do vínculo político-jurídico entre determinada comunidade e seu respectivo Estado.

O *governo soberano*, por conseguinte, é o poder constituído, o elemento político do Estado. Nas palavras do Professor Manuel Proença de Carvalho, o

---

4 ACCIOLY, Hidelbrando; SIVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

5 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 61 a 118.

6 Há na doutrina importante posicionamento no sentido de que seria a *População* e não o *Povo* o elemento humano do Estado; na medida em que seriam os habitantes de determinado Estado, incluindo neste âmbito os estrangeiros nele domiciliados e excluindo deste panorama os nacionais deste Estado radicados no estrangeiro, o verdadeiro elemento humano de formação de determinado Estado. Levando-se em conta aqui a idéia de nacionalidade efetiva e de laços estreitos e reais entre os sujeitos e aquele Estado que eles compõem, e não meramente um vínculo jurídico simples e puramente (estreito ou não) contemplado pelo conceito de povo – neste sentido, por todos, vide: MARTIN, Pierre-Marie. Droit International Public. 4ª ed.. Paris: Masson, 1995, p.p. 21 a 24; ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. Direito Internacional Público. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.p. 202 a 206.

poder político é caracterizado como "a faculdade de traçar as estruturas e os rumos da vida em comum, e de impor o acatamento das directivas e das normas para uma e outra coisa estabelecidas".[7]

O *território,* por seu turno, é o espaço dentro do qual o poder constituído exerce as suas competências de regulação e detêm, como lecionou-nos Léon Duguit[8], o monopólio da ordem e aceitação, a possibilidade de lançar mão de uma força material, de um poder de constrangimento para fazer valer a autoridade das regras por ele legalmente estabelecidas.

Assentes estas noções essenciais acerca do Estado e dos seus elementos fundamentais, colimando alcançar uma compreensão mais lúcida e completa acerca da temática do *Reconhecimento* em Direito Internacional, bem como a respeito da situação do Kosovo, faz-se indispensável ainda penetrarmos num exame, ainda que conciso, acerca do Estado e suas classificações, segundo o maior ou menor grau do exercício da soberania; adentrando ainda numa breve apreciação acerca das Entidades Afins (Entidades Pró-estatais, Pré-estatais, Infra-estatais e Supra-estatais) as quais, em que pesem não sejam Estados Soberanos, preenchem papel de ampla relevância na órbita político-jurídica global, tendo, destarte, significativo valor para o presente estudo. Com igual escopo analisar-se-á ainda certas peculiaridades neste domínio; passando, por fim, a ligeiras considerações e ponderações sobre os Estados Soberanos e acerca da própria soberania.

A partir dos séculos XVI e XVII, com o surgimento dos Estados Nacionais, buscou-se instituir na ordem internacional uma igualdade jurídica e, na medida do possível, substancial entre os Estados Soberanos, uma vez que seriam estes poderes máximos e absolutos em seus respectivos territórios e insubordináveis, portanto, a qualquer outro no âmbito externo; levando-os a desenvolver entre si uma relação em "pé de igualdade".

Constatar-se-ia a soberania de um Estado ao verificar nele o exercício de três poderes (direitos), quais sejam: o *jus legationis*, o direito de enviar e receber agentes diplomáticos; o *jus tractum,* o poder de celebrar tratados e convenções; e o *jus belli*, o direito de declarar e fazer guerra - o qual, dentro do novo paradigma preceituado pela Carta das Nações Unidas, transubstanciou-se no direito de legítima defesa.

Todavia, a ampla distinção no poderio dos Estados no campo material, seja no aspecto econômico, seja em seu poderio beligerante e influência política, bem como as formas multifacetadas em que eles se relacionam na vida prática, torna patente a realidade de que nem todos eles gozam de um exercício pleno

---

7 CARVALHO, Manuel Proença de. Manual de Ciência Política e Sistemas Políticos e Constitucionais. 3ª ed.. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 57.

8 DUGUIT, Léon. Os elementos do Estado. Lisboa: Inquérito, 1940.

de todos esses poderes, tendo muitos deles variadas limitações em um ou alguns destes poderes, e outros direitos deles correlatos, não usufruindo, pois, de plena soberania – seja no campo interno ou internacional; Entes distintos que exercem tais direitos em sua parcialidade; ou outros tantos Entes que ainda não alcançaram sequer o exercício de alguns destes poderes, mas que buscam assumir, seja parcial ou totalmente, incumbências e pertenças afins dos Estados.

Assim sendo, faz-se necessária uma classificação destes Estados e Entes segundo seus graus de exercício dos poderes de soberania (ou busca por estes), no panorama internacional.

A fim de empreendermos tal incursão investigatória, lançar-se-á mão da excelente doutrina do Insigne Dr. Jorge Miranda[9] e das classificações por ele ordenadas, com maestria, a respeito da matéria.

Leciona o Ilustre Professor que os Estados e Entidades Afins, segundo o crivo supra-indicado, dividir-se-iam nas seguintes categorias e respectivas sub-classificações:

1 – Espécies de Estados

1.1. *Estados Soberanos* (o qual analisar-se-á com maior afinco mais adiante, dada a sua relevância à este estudo e ao Direito das Gentes em geral);

1.2. *Estados com soberania reduzida ou limita:*

A) *Estados Protegidos*: Seriam aqueles que detêm direitos internacionais, mas só têm capacidade de exercê-los por intermédio dos seus Estados protetores -é o exemplo do Marrocos, entre 1912 e 1956;

B) *Estados Vassalos:* Aqueles que em que pesem detenham os mesmo direitos na órbita internacional estão sob o julgo obrigacional em relação a outros, dependendo destes para exercer estes poderes – era o caso de alguns principados indianos em relação ao Reino Unido até 1947;

C) *Estados Exíguos:* São aqueles que pelo seu diminuto contingente de cidadãos, não detêm plena capacidade internacional e se encontram sob especial situação em relação aos seus vizinhos – é a situação, por exemplo, do Principado de Mônaco em relação à França;

D) *Estados Confederados:* São aqueles Estados que por serem parte de uma Confederação têm sua soberania limitada em certos aspectos – era o caso dos Estados Unidos entre 1781 e 1787;

E) *Estados Ocupados e Divididos:* São aqueles sujeitos a ocupação ou a alguma limitação militar e política, decorrente de guerras ou situações afins – é

9 MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional. 4ª ed. Lisboa: Principia, 2009, pp. 191 a 203.

a situação do Iraque, desde 2003.

1.3. *Estados não soberanos:* São estes os *Estados Federados* e os *Estados Membros de Uniões reais*, os quais, por não abrigarem qualquer relevância para abordagem da matéria central deste artigo, dispensam aqui maior investigação.

2 - Entidades Pró-Estatais; Entidade Pré-Estatal; Entidades Infra-Estatais e Entidades Supra-Estatais.

2.1. *Entidades Pró-Estatais*

A)*Rebeldes Beligerantes e Insurretos:* São aqueles grupos de rebeldes que desencadeando uma guerra civil ou similar ocupam certa parte do território, exercendo certa autoridade como poder estatal naquele espaço, por certo espaço de tempo, buscando a substituição de um regime por outro. Havendo algumas distinções tênues, doutrinariamente estabelecidas, entre estes dois grupos, que por ocasião não parece-nos importante imiscuirmo-nos;

B) *Movimentos Nacionais ou de Libertação:* São aqueles movimentos realizados por povos ou nações colimando a constituição de um novo Estado, não havendo necessidade para tal caracterização o exercício por esses de um poder político de âmbito mundial, tão pouco de uma atuação bélica. Inúmeros são os exemplos desta espécie ao redor do globo.

2.2. *Entidade Pré-Estatal:* É o caso *sui generis* da Autoridade Nacional Palestina, a qual goza apenas de poderes precários de autonomia, consolidados através de acordo celebrado em 1993 com o Estado de Israel, sobre pequenas faixas territoriais na Cisjordânia e na Faixa de Gaza.

2.3. *Entidades Infra-Estatais*: Abrange os territórios sob alguma espécie de colonização, bem como os *territórios sob regime especial internacional* – são exemplos, respectivamente: as antigas colônias britânicas e os "mandatos" subtraídos da Alemanha vencida no pós I Guerra Mundial; o território de Tanger, entre 1923 e 1956.

2.4. *Entidades Supra-Estatais:* É o caso das *Federações* e das *Uniões Reais*. Podem assumir personalidade jurídica internacional também, de maneira independente dos Estados que a compõe, as *Confederações,* desde que do pacto confederativo resulte uma identidade própria e particular, tendo inclusive órgãos próprios em sua estrutura.

3 – Estados Soberanos

A conceituação clássica de soberania vinculada aos primórdios do

estabelecimento dos Estados Nacionais cingia-se a uma idéia de soberania una, indivisível, inalienável, intransigível e imprescritível. Vislumbrava-se a idéia de um poder soberano ilimitado e absoluto por parte do Estado. Pensamento este esboçado que legitimou, inclusive, na primeira metade do século passado o estabelecimento e fortalecimento de inúmeros Estados Totalitários no mundo.

A evolução das relações inter-estatais e a dinâmica assumida pelo Direito Internacional no pós-guerra, com a organização de uma comunidade internacional, a proliferação de organizações e organismos internacionais, assim como a proteção internacional dos direitos do homem, emerge uma nova perspectiva acerca dos Estados soberanos e acerca do próprio conceito de soberania, o qual perde o seu caráter extremamente absoluto e passa a admitir certas mitigações em sua vertente externa (no tocante ao seu relacionamento com a ordem internacional). Os Estados se deparam neste novo panorama com variadas limitações à sua intervenção no âmbito externo.

Acerca da contemporânea realidade internacional sintetiza com argúcia Antonio Cabral de Moncada: "Os Estados continuam a ser os protagonistas mais activos, embora a sua acção seja cada vez mais condicionada por forças sociais e por circunstancias várias que se impõem às suas vontades".[10]

Nesse sentido, a noção hodierna de soberania do Estado transitou do velho paradigma do poder ilimitado para a atuação do Estado dentro de certos limites estabelecidos pela ordem jurídica, seja interna, no tocante às relações que ocorrem no próprio seio estatal, ou àquelas do Direito das Gentes quanto à esfera global. A soberania estatal no âmbito internacional tem por corolários os princípios da igualdade jurídica entre os Estados Soberanos e a Não-intervenção nos assuntos internos dos outros Estados. O Estado Soberano é, no coevo Direito Internacional, aquele que exerce sua "capacidade internacional plena".[11]

Neste cenário, os Estados Soberanos contemporâneos têm de garantir a sua soberania não apenas frentes aos demais Estados, mas também frente às posições, determinações e atuações de diversos organismos internacionais, com destaque para a Organização das Nações Unidas[12]. É por conta disto que a doutrina jurídica internacionalista tem preocupado-se ainda mais em discutir e buscar estabelecer traçados para um campo de *domínio reservado* de atuação dos Estados, os quais seriam juridicamente impassíveis de qualquer intervenção externa. Nada mais estar

---

10 MONCADA, ANTÓNIO Cabral de. Curso de direito Internacional Público, I Volume. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 151.

11 MIRANDA. Op. Cit., p. 196.

12 Vide, por exemplo, a intervenção da OTAN e da ONU no território da Sérvia no caso da Independência, um dos fatores que fermentaram o impasse acerca da legalidade de tal independência.

a fazer que delimitar e claramente delinear uma zona (um "espaço") mínima do exercício à soberania Estatal, de livre condução da vida coletiva por cada Estado, a fim de resguardar este valor que mais que de extrema importância prática, é qualidade intrínseca da própria vida estatal, em sua plenitude.

4 – Peculiaridades da Santa Sé

A Santa Sé, ou também denominada Sé Apostólica, que difere-se do Estado Cidade do Vaticano, território sob o qual tem soberania, é a representação central do governo da igreja, e é ela sujeito de direito internacional.

Pelas suas peculiaridades (caráter institucional e comunitário; sua base não territorial, sua independência em relação aos Estados, entre outras.), pode-se afirmar que a Santa Sé é sujeito *sui generis* de Direito Internacional, pois visa precipuamente à realização dos seus fins religiosos, impendendo em regra sobre ela o dever de manter-se alheia às questões temporais entre os Estados.

A respeito do tema, bem doutrina o Professor Doutor Francisco de Almeida, asseverando que:

> *A Santa Sé não possui uma capacidade jurídica internacional plena; goza apenas dos direitos necessários à plena realização do seu múnus de natureza espiritual.*
> *Entre as suas prerrogativas exercitáveis no plano das relações internacionais, que, de resto, partilha com o Estado soberano, contam-se o ius tractum, o ius legationis e o direito de intervir no reconhecimento de novos Estados ou governos (destaque nosso).*[13]

Reconhecimento de Estados e Governos

Estabelecidas as bases para o nosso estudo, e para uma melhor compreensão crítico-jurídico da casuística a ser analisada mais adiante, adentremos na apreciação da problemática do Reconhecimento propriamente dita.

O Reconhecimento é instituto de alta relevância na seara internacional, pois é este que proporciona a capacidade do Estado inserir-se concretamente na vida internacional, relacionando-se com outros Estados e participando de organizações internacionais.

Propedeuticamente, cumpre ressaltar que o instituo do Reconhecimento Internacional não restringe-se tão somente ao reconhecimento de Estados e

---

13 ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. Direito Internacional Público. 2ª ED. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 357.

Governos, mas pode ater-se ao reconhecimento de novas regras de direito, de novas situações e títulos jurídicos, bem como é possível tratar do reconhecimento de outros sujeitos do Direito Internacional, como Beligerantes e Insurretos, Nações e Movimentos Sociais, Governos no Exílio, entre outros.

A respeito da importância do instituto do Reconhecimento assevera o Prof. Frowein:

> *(...) a importância do reconhecimento resulta da natureza ainda imperfeita do Direito Internacional que faz com que, ao contrário do que sucede com o Direito Interno, só raramente um litígio venha a ser decidido em Direito Internacional pela via judicial. Por isso, na maior parte dos casos os Estados são, ainda hoje, a única entidade que pode decidir se uma dada situação reúne ou não os requisitos exigidos pelo Direito Internacional.*[14]

O reconhecimento é, portanto, condição indispensável para que um Estado ou qualquer outro daqueles entes acima destacados, não apenas desenvolva as suas relações externas, mas, principalmente, para que possa exercer plenamente seus direitos e deveres na órbita internacional. Tem, pois, por efeito, o papel de conferir ao Estado um "status" de legalidade e legitimidade na sociedade internacional.

1 – Teorias

Quanto ao instituto do Reconhecimento de Estados e Governos a doutrina se divide a respeito do caráter da sua natureza jurídica, posições estas estruturadas na Teoria do Reconhecimento Declaratório (ou Declarativo) e na Teoria do Reconhecimento Constitutivo.

Para a Teoria do Reconhecimento Declarativo o Estado passaria a existir desde o momento em que se achem reunidos os seus elementos essenciais indicados pela Teoria Geral do Estado e adotados pela ciência jurídica internacionalista, quais sejam: território, povo e governo soberano. O Reconhecimento seria, para está teoria, meramente declaratório, uma demonstração de aceite, de legitimação, pelo Estado reconhecedor da personalidade do reconhecido, nos termos e amplitude estabelecidos pelo Direito das Gentes.

A respeito desta teoria, leciona com preciosa clareza, em seu livro "Public International Law", a Doutora Alina Kaczorowska:

---

14 FROWEIN. Jus cogens, in Encyclopedia, pp.340 apud PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto. Manual de Direito Internacional Público. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 306.

> *The declaratory theory states that recognition is mere formality serving no legal purpose. States exist as a matter of fact and granting of recognition is merely an acknowledgment of that fact. Thus the position of an entity under international law stems from its actual control over territory and not from its recognition or non-recognition by the members of the international community.*[15]

> *A Teoria do Reconhecimento Declaratório é aquela inclusive adota expressamente pela Organização dos Estados Americanos, a qual aduz expressamente em sua Carta, no seu art. 13, que: "A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento por outros Estados (...)".*[16]

Para a Teoria do Reconhecimento Constitutivo, por outro lado, o reconhecimento de um Estado por outro na vida internacional seria *conditio sinequa non* ao surgimento do novo Estado. Ou seja, o reconhecimento seria mais um requisito à existência do Estado e aquisição de personalidade jurídica por este. Condiciona-se a existência de um Estado a anuência dos demais. Tal teoria é minoritária e enfrenta variadas críticas na doutrina. Com o escopo de indicar ao menos algumas delas, por todos, Kaczorowska[17]:

> *There are several defects inherent in the constitutive theory:*
> *1. New states are without rights and obligations under international law until recognised.*
> *2. State practice shows that recognition is primarily a political act on the part of states. Why should the legal status of an entity be dependent upon the performance of such a political act?*
> *3. State practice shows that it may not be possible to ignore completely an unrecognised entity. For instance, while the US did not recognise Communist China*[18] *it nevertheless had to enter into negotiations with it on several occasions and thereby acknowledged*

---

15 KACZOROWSKA, Alina. Public International Law.London: Old Bailey Press, 2002, p. 74.

16 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organização_dos_Estados_Americanos.htm Acesso em: 02/11/2012.

17 KACZOROWSKA. Op. Cit., p. 75.

18 Destaca-se o fato de que o não reconhecimento dos Estados Unidos da América à República Popular da China tratava-se, neste contexto, tão somente de não reconhecimento do Governo daquele país e não do Estado em si.

its existence.
4. How many members of the international community must recognise the new entity?
5. Is existence relative to those states which do extend recognition?

2 – Reconhecimento de Fato e de Direito (de *iure)*

A doutrina classifica também o Reconhecimento de Estados e Governos entre Reconhecimento de Fato e Reconhecimento de Direto.

Reconhecimento de *Iure* é aquele concedido de forma plena, definitiva e irrevogável. Açambarca aquelas situações onde o reconhecimento pode dar-se em grau pleno e definitivo, tendo em vista a consolidada realidade jurídico-política do Estado ou Governo a ser reconhecido. É, por assim dizer, o reconhecimento em seu sentido estrito.

Reconhecimento de Fato, por outro lado, é aquele concedido quando o novo Estado esta ainda a formar-se, ou ainda pesem dúvidas sobre o seu futuro nascimento ou quanto à estabilidade do novo governo. É, por isso mesmo, revogável, provisório e detém efeitos jurídicos mais restritos. Motivo pela qual, havendo a estabilização daquelas tais situações, o Reconhecimento de Fato converter-se-á em Reconhecimento de Direito.

3 – Características

O Reconhecimento[19] tem por características, para a doutrina majoritária, a condição de ser ato unilateral, retroativo, irrevogável, discricionário, incondicionado, de efeito "intra partes", declaratório (ao menos quanto ao reconhecimento de Estados), que não restringe-se a prazo determinado, podendo se dar de maneira expressa ou tácita.

É *unilateral*[20] *(*segundo posição doutrinária encabeçada por Jellinek), na medida em que é ato realizado unilateralmente pelo Estado reconhecedor, sem depender de qualquer atuação do Ente a ser reconhecido; destaca-se o fato de que o reconhecimento é, em regra, requerido pelo Ente a ser reconhecido, não sendo este ato, entretanto, requisito indispensável.

É *retroativo,* uma vez que reconhecido aquele Ente, tal ato gera efeitos

---

19 Trata-se aqui do Reconhecimento de *Iure* (de Direito), não do Reconhecimento de Fato, que é provisório; já tendo tal distinção sido elucidada anteriormente.

20 Esta é a posição doutrinária encabeçada por Jellinek. Para outra parcela da doutrina, no entanto, liderada por Anzilotti, este seria ato bilateral, fundado na vontade comum entre aqueles Estados (reconhecedor e reconhecido).

desde a formação do mesmo. E *irrevogável*[21], haja vista que uma vez reconhecido não há que se falar em extinção daquele reconhecimento.

Discricionário, pois não há qualquer dever de uma Entidade estatal em reconhecer outro, lastreando-se tal decisão em questões de conveniência e interesse do Estado reconhecedor.

Incondicionado, haja visa que não é dado ao estado reconhecer a possibilidade de fazer nenhum condicionante que venha significar qualquer intervenção no âmbito interno do Estado a ser reconhecido, para a realização do reconhecimento por ele, exceto aqueles impostos pelo Direito das Gentes, qual seja: o respeito às normas de *"jus cogens"* e à ordem jurídica internacional, bem como boa-fé nas ações do Estado a ser reconhecido. A respeito da incondicionalidade e probidade que devem revestir tal ato, alguns doutrinadores chegam a asseverar, por todos, Jorge Miranda[22], que:

> *(...) se o próprio Estado que faz o reconhecimento tiver contribuído ou estiver contribuindo, pela força ou por outro meio ilícito, para criar a situação (por exemplo, ocupando território de outro Estado e aí tentando instaurar uma autoridade dele dependente), haverá grave violação do Direito Internacional. E nestas hipóteses, os outros Estados têm mesmo a obrigação de não reconhecer.*[23]

Tem efeito "*intra partes*", na medida em que só gera conseqüências jurídicas às partes envolvidas naquele reconhecimento; vincula apenas o Estado reconhecedor. Necessitando, o Estado ser reconhecido pelos diversos outros Estados da Comunidade Internacional, seja individual ou coletivamente. A respeito do Reconhecimento Coletivo valiosa é a lição do Dr. Francisco Almeida:

> *Nada impede, porém, que, em circunstâncias particulares da vida internacional, vários Estados procedam, em conjunto, ao reconhecimento de um Estado recém formado (reconhecimento coletivo).*
> *Da natureza das coisas decorrem o maior impacto político-diplomático e, conseqüentemente, a maior força internacional do*

---

21 Trata-se aqui do Reconhecimento de Direito, e não meramente de Fato.

22 MIRANDA. Op. Cit., p. 223.

23 É esta uma das razões pelas quais foi posta em cheque, na comunidade internacional, a legitimidade e licitude da independência e reconhecimento do Kosovo – *como analisaremos mais adiante.*

reconhecimento coletivo.[24]

É ato *declaratório (em relação aos Estados e Governos)*[25], fundado nas justificativas teóricas doutrinárias supra-abordadas, que são indicadas pela doutrina majoritária, a qual opta por filiar-se neste estudo.

Assente neste fundamento do reconhecimento declaratório é que o Professor Jorge Miranda[26] chega, inclusive, a distinguir a Atribuição da Personalidade do instituto do Reconhecimento; sendo a atribuição da personalidade realizada pelo direito interno, desde que verificados os pressupostos legais para tal, e o reconhecimento despontando como um realce, uma ratificação daquela primeira circunstância no âmbito internacional, pelo Direito das Gentes.

É *ato não restrito a qualquer lapso temporal*, haja vista poder ocorrer a qualquer tempo, no momento em que o Estado reconhecedor entender conveniente.

O reconhecimento, ou a sua negativa, pode se dá de maneira *expressa (ou explícita)*, por intermédio de consignações escritas ou orais, ou de modo *tácito (implícita),* quando por meio de atos outros reste inequívoco o reconhecimento de um Estado por parte de outro; não estando, destarte, sujeito a forma especial.

Cumpre destacar o fato de que a admissão de um Estado em uma Organização Internacional não implica em seu reconhecimento tácito por parte de todos os seus Estados membros, uma vez que os Estados que votem contra a admissão daquele Estado naquela dada Organização Regional que compõem, ou até mesmo na Organização das Nações Unidas (ONU), não estão Vinculados a reconhecê-lo.

Fenômeno que, pela sua singularidade, merece aqui também destaque é a situação *sui generis* da Santa Sé (*já abordado anteriormente)*, uma vez que, em que pese esta não seja estritamente um Estado tem, como já destacado, o poder de reconhecer Estados e Governos na ordem internacional.

4 – Reconhecimento de Governos

O Reconhecimento de Governos[27] é ato que visa tão somente à admissão

---

24 ALMEIDA. Op. Cit., p. 266.

25 A doutrina tem se posicionado no sentido que o Reconhecimento, no tocante aos outros tantos sujeitos de direito internacional, como, por exemplo, os Beligerantes, é ato constitutivo e não declaratório.

26 MIRANDA. Op. Cit., pp. 188 e 189.

27 O sentido de governo aqui tratado não reporta-se a um das funções do Estado, tão pouco à acepção de formas ou sistemas de governo, mas à termo próprio do Direito das gentes a fim de referir-se ao pode soberano responsável pela orientação do Estado na seara internacional.

do novo governo de um determinado Estado, quando de rupturas institucionais em seu seio, como aquele que legitimamente o representa na sociedade internacional.

O Reconhecimento de Governos é, nas palavras de Pereira e Quadros, "*o acto pelo qual um Estado afirma que a autoridade política que tomou o poder num outro Estado fora das formas constitucionais, ou que vê a sua função de Governo do respectivo Estado posta em causa por outro grupo político rival, representa validamente este Estado na esfera internacional*".[28]

Esta espécie de reconhecimento tem por fulcro o Princípio da Continuidade do Estado e por escopo a manutenção da segurança jurídica, política e material nas relações internacionais.

Tem por baliza capital para a sua realização, a verificação pelo Estado reconhecedor das condições efetivas que dispõe o novo governo para honrar os compromissos internacionais daquele Estado (inclusive o cumprimento das normas estabelecidas pelo Direito das Gentes) e garantir a estabilidade institucional.

Por derradeiro, resta esclarecer que o ato de Reconhecimento de Governo no Exílio é fenômeno diverso deste aqui supra-enunciado, tal qual o reconhecimento de Insurretos e Beligerantes, bem como Nações e Movimentos Sociais – matéria a qual por não ser objeto central deste estudo, não será aqui pormenorizada.

O Caso do Kosovo[29]

O Kosovo está situado na península dos Balcãs, e é considerado um lugar sagrado para a fé cristã-ortodoxa.

Localizado numa área de variados conflitos e dominações o território do Kosovo foi dominado ao longo da história, respectivamente, pelo Império Bulgáro, pelo Império Bizantino, pelo Império Otomano, sendo integrado à Sérvia em 1912 (em que pese seja uma localidade de maioria Albanesa), tornando-se parte da Jugoslávia, quando da incorporação da Sérvia por esta. Com a ocupação da Itália Fascista, foi anexada a Albânia Italiana. E, após a II Guerra Mundial, já em 1963, tornou-se região autônoma, integrada a República da Sérvia.

Em 1989, já no governo de Slobodan Milosevic, o Kosovo perdeu o seu *status* de província autônoma. Tal medida foi acompanhada de várias outras atuações enérgicas pelo governo a fim de conter o movimento separatista e nacionalista que começava a fortalecer-se, uma vez que a população do Kosovo era então composta por esmagadora maioria de origem albanesa, cerca de 90%. A este respeito discorre Wagner de C. e Francisco:

---

28 PEREIRA E QUADROS. Op. Cit., p. 313.

29 A nomenclatura aqui utilizada, dentre as várias grafias possíveis, coaduna com a aquela adotada pela Corte Internacional de Justiça em seu julgado a respeito do caso.

> *Entretanto, em 1989, o poder central da Sérvia adotou medidas rígidas neste território, proibindo o ensino da língua albanesa e o direito de uma polícia própria. Com o fortalecimento do movimento separatista armado, liderado pelo ELK (Exército de Libertação de Kosovo), o então presidente da Jugoslávia, Slobodan Milosevic, reagiu com violência, promovendo um massacre a população civil de origem albanesa, numa tentativa de limpeza étnica. Em represália, vários sérvios residentes em Kosovo passaram as ser perseguidos pela população local, intensificando ainda mais os conflitos.*[30]

Em resposta a tal violência, os membros albaneses da Assembléia do Kosovo, após realização de prévio de um referendo, votou em 02 de julho de 1990 pela declaração de um Estado Independente, o qual foi então reconhecido apenas pela Albânia.

Já em 1996, a Sérvia recém saída da Guerra da Bósnia, mantém-se a lutar pela defesa do seu nacionalismo, agora com todas as atenções centradas no Kosovo. E o Exército de Libertação do Kosovo, o qual havia mantido-se pacífico durante as guerras jugoslavas, começou, então, a atacar sistematicamente as forças sérvias. Conflito este que ganhou escala crescente até 1999, quando a OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte anunciou ao então governo Iugoslavo que iria intervir militarmente na Iugoslávia caso esta na acatasse a introdução de uma força de pacificação internacional e admitisse o estabelecimento de um governo democrático no Kosovo.

O então presidente Milosevic recusou tal proposta, tão pouco aceitou o cessar fogo, o que culminou numa ofensiva militar da OTAN, liderada pelos Estados Unidos; que executou uma extensa campanha de bombardeios contra a Sérvia e Montenegro; findando a guerra apenas quando Milosevic acabou por aceitar a entrada de tropas de paz em Kosovo e a instalação de um governo coordenado pelas Organização das Nações Unidas (ONU) naquele território.

Após o fim da guerra, ainda no ano de 1999, as Nações Unidas estabeleceram, por intermédio da Resolução 1.244 do Conselho de Segurança da ONU, a *Missão de Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo*; ficando está Missão Internacional com o compromisso de administrar o território transitoriamente e ser um facilitar do desfecho daquele impasse (a fim de indicar soluções ao desfecho, indicando se o Kosovo seria independente ou permaneceria parte da Sérvia).

30FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. A Independência de Kosovo. Disponível em: http://www.brasilescola.com/geografia/a-independencia-kosovo.htm. Acessado em: 03/11/2012.

Em 2002, há a eleição de um novo parlamento da província, bem como de um novo presidente, tudo isso sob a administração da ONU. Sendo que, até 2006, Kosovo é declarado ainda parte da Sérvia

No ano de 2007, foi oferecida pela Missão Internacional uma proposta de Independência Supervisionada, que por ter sido rechaçada pela Rússia (também membro permanente do Conselho de Segurança da ONU), por entender que tal decisão viria a minar o Princípio de Estado de Soberania; foram realizadas então várias outras propostas de resolução política a fim de acolher ambos os interesses, tendo sido todas elas frustradas.

Sem chegar a qualquer acordo, a Independência do Kosovo foi declarada unilateralmente pelos membros da Reunião da Assembléia do Kosovo, em Pristina – sua capital, em 17 de fevereiro de 2008. Ato o qual dividiu a comunidade internacional e tem gerado vários impasses, pois muitos países temem que o Kosovo seja um precedente a afetar os ânimos e lutas políticas em outros territórios contestados na Europa.

A decisão política de independência gerou divisões políticas dentro do próprio território do Kosovo, haja vista que enquanto os nacionais de origem albanesa celebraram-na, os de origem sérvia, situados essencialmente na região mais ao norte do país, rechaçaram totalmente o ato e sequer o reconheceu – impasse que mantém-se ato os dias atuais.

A Sérvia por sua vez culpou os Estados Unidos de violadores da Ordem Internacional e afirmou que enquanto existissem sérvios o Kosovo seria parte da Sérvia, o que desencadeou também protestos e ataques a embaixadas estadunidenses e de outros países apoiadores da independência, ao redor do mundo. Afirmou ainda que retiraria a sua missão diplomática de qualquer país do mundo que viesse a reconhecer o Estado do Kosovo.

Na órbita internacional a comunidade de Estados dividiu-se no reconhecimento[31] ou não do novo Estado[32], além de outro enorme grupo de Estados que preocupados com os precedentes que tal independência poderá desencadear abstiveram-se de posicionar-se, até o momento, quanto ao reconhecimento ou não deste novo Estado.

---

31 Alguns dos Estados que já reconheceram o Estado do Kosovo: Afeganistão, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Costa Rica, Coréia do Sul, Croácia, Dinamarca, Eslovênia, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Letónia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malásia, Mônaco, Noruega, Países Baixos, Peru, Polônia, Senegal, Suécia, Suíça, Taiwan, Turquia e Reino Unido.

32 Alguns Estados que já negaram, explicita ou implicitamente, reconhecimento ao Kosovo:Argentina, Azerbaijão, Bielorrússia, Bolívia, Chipre, Casaquistão, Espanha,Geórgia, Laos, Moldávia, Quirguistão, Romênia, Rússia, Sérvia, Sri Lanka, Tadjiquistão, Turquemenistão, Venezuela e Vietname.

Tamanha instabilidade e controvérsia no plano internacional houve acerca da temática, com ênfase as relações e posições adotadas pela Sérvia e Rússia versus Kosovo e Estados Unidos da América, que a Assembléia Geral da ONU, através do Secretário Geral da instituição, encaminhou requerimento de parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça a fim de esta se posicionasse sobre a questão de se estaria ou não a declaração unilateral de independência do Kosovo de acordo com os preceitos estabelecidos pelo Direito Internacional.

A Corte Internacional de Justiça, então, em 2010 proferiu o seu parecer consultivo no sentido que o ato unilateral de declaração de independência realizado pelo Kosovo não feriu as regras de direito internacional, pois em que pese o Princípio da Integridade Territorial dos Estados, haverá que se prestigiar também, no caso, o Princípio da Autodeterminação dos Povos – que criou, a partir do século XX, um direito de independência dos povos submetidos a algum tipo de julgo político e, portanto, privados de autogoverno. Além disso, tal ato se acobertou de legalidade *sui generis,* haja visto que fundado em *Lex specialis,* criada pela Resolução 1.244/99, a qual lastreou-se em motivos de ordem humanitária.

Outrossim, tal resolução foi estabelecida com o "consentimento" das partes envolvidas (Sérvia/ antiga Jugoslávia e o Kosovo) a fim de alcançar o estabelecimento da paz na região; onde previa-se, inclusive, uma solução negociada a fim de resolver a situação daquele território, as quais pelo impasse e não êxito em sua realização culminou na declaração unilateral de independência.

Conclui a Corte de Haia nos seguintes termos, *in verbis:*

> *The Court recalls its conclusions reached earlier, namely, "that the adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law, Security Council resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework". Finally, it concludes that "consequently the adoption of that declaration did not violate any applicable rule of international law.*[33]*"*

O supracitado parecer consultivo não sanou a divisão de posições no cenário internacional, haja vista que Rússia e Sérvia, e os demais Estados que temem que o caso Kosovo seja um precedente para demais independências, permanecem a não reconhecê-lo como um novo Estado.

Entretanto, tal parecer teve, indubtavelmente, papel de relevância na legitimação do Kosovo no cenário mundial; país o qual celebrou no meio deste

---

33 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo.Disponível em: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=kos&case=141&k=21&p3=0. Acessado em: 30/10/2012.

ano a sua "plena" soberania, com a conclusão da administração da Missão Internacional sobre o seu território[34]. Permanecerão, no entanto, sob a tutela das forças militares da OTAN por período indeterminado.

Conclusão

A análise do instituto do Reconhecimento de Estados e Governos aplicada à casuística da Independência do Kosovo ensina-nos que a realidade empírica demonstra facetas e comporta problemáticas que, muitas vezes, extrapolam os limites objetivos e rígidos estabelecidos pela abstração doutrinária e pelo normativismo jurídico. É que a realidade concreta alberga nuances próprias e um alto teor de subjetividade.

Apenas neste caso concreto podemos verificar a aplicação do instituto do Reconhecimento sob inúmeras facetas: seja no reconhecimento em um movimento de Independência ainda parco realizado pelo Kosovo em 1992, com a articulação de um exército revolucionário, fato que só foi reconhecido apenas pela Albânia – havendo aqui, ao meu sentir, verdadeiro Reconhecimento de Movimento Nacional; seja quando da sua independência em 2008, que foi reconhecida de *iure* por muitos países, a exemplo do Reino Unido e Estados Unidos, e apenas reconhecido de fato por alguns outros, que só consolidaram tal reconhecimento (Reconhecimento de Direito) após o parecer consultivo proferido pela Corte Internacional de Justiça.

Ademais, verificamos que tal instituto tem um altíssimo teor político, haja vista que mesmo havendo uma independência forjada com o auxílio de intervenção externa – o que segundo a melhor doutrina inviabilizaria o reconhecimento de tal Estado, por carecer este reconhecimento da isonomia e incondicionalidade necessária, foram os países que orquestraram tal ato os primeiros a reconhecer e legitimar tal independência, bem como, pelo seu poderio, arrastar toda a opinião pública internacional ao seu favor e serem acompanhados, inclusive, por um acentuado número de outros países no ato de Reconhecimento daquele novo Estado.

Verificamos ainda na casuística estudada a interpretação pela Corte Internacional de Justiça de uma possibilidade *sui generis* de legitimidade e legalidade daquela independência e do seu consequente reconhecimento internacional, pois fundada *Lex specialis,* qual seja a Resolução da ONU, havendo, pois, direito a independência; bem como no direito de autodeterminação dos povos.

Posicionamento perpetrado claramente pela Egrégia Corte a fim de

---

34 Vide: EURONEWS. Kosovo celebra "plena soberania" com fim de supervisão internacional. Disponível em: http://pt.euronews.com/2012/09/10/kosovo-celebra-plena-soberania-com-fim-de-supervisao-internacional. Acessado em: 02/12/2012.

que, salvaguardando o legítimo direito em que entende ter agido o Estado do Kosovo, não se abra o precedente para o separativismo no mundo - com ênfase as instabilidades nacionais já vivas em larga escala no seio do Continente Europeu.

É perceptível ainda, da análise fática em cotejo com o arcabouço teórico por este trabalho visitado, o claro percurso juridicamente realizado pelo Kosovo, como inicialmente província que abrigava um *Movimento Nacional*; para um posterior *Estado Protegido*, desde a sua independência em 2008 até o ano corrente, quando findou a Missão Administrativa Internacional da ONU; galgando hodiernamente os seus primeiros passos enquanto *Estado Soberano*.

Outrossim, a Independência do Kosovo e, principalmente, o parecer consultivo da Corte Internacional de Haia ratificando tal ato, traz conseqüências que açambarcam não apenas a mera especificidade deste caso, mas abre largo precedente para uma ampla gama de novos rumos interpretativos na seara da independência, do Reconhecimento de Estados e Governos, e por assim dizer do Direitos das Gentes em si; como aponta, com a sua peculiar argúcia, o Doutor Celso Lafer:

> *A decisão legitimará a independência do Kosovo, hoje reconhecida por 69 países. Enfraquece a posição multilateral da Sérvia. É um reconhecimento dos fatos que vêm tornando tão complexamente insuportável a convivência dos povos nos Bálcãs. Dá uma abertura, via secessão, para encaminhar conflitos étnicos oriundos da sublevação dos particularismos. Não deixa, no entanto, de ser, apesar das cautelas especificadoras da Corte, um precedente que põe em questão o princípio da integridade territorial dos Estados. Neste sentido, a Corte aceitou a efetividade das forças centrífugas cujas tensões difusas permeiam a estabilidade da ordem mundial.*[35]

35 LAFER, Celso. A Independência do Kosovo e a Corte de Haia. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/artigos-relevantes/a-independencia-do-kosovo-e-a-corte-de-haia-o-estado-de-s.-paulo-15-8-2010. Acessado em: 03/11/2012.

Bibliografia

ACCIOLY, Hidelbrando; SIVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. Direito Internacional Público. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Manuel Proença de. Manual de Ciência Política e Sistemas Políticos e Constitucionais. 3ª ed.. Lisboa: Quid Juris, 2010.

DUGUIT, Léon. Os elementos do Estado. Lisboa: Inquérito, 1940.

ESCARAMEIA, Paula. O Direito Internacional Público nos Princípios do Século XXI. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. A Independência de Kosovo. Disponível em: http://www.brasilescola.com/geografia/a-independencia-kosovo.htm. Acessado em: 03/11/2012.

_____. Entra para História: Independência de Kosovo. Disponível em: http://vestibular.brasilescola.com/blog/entra-pra-historia-independencia-kosovo.htm. Acessado em: 03/11/2012.

KACZOROWSKA, Alina. Public International Law. London: Old Bailey Press, 2002.

LAFER, Celso. A Independência do Kosovo e a Corte de Haia. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/artigos-relevantes/a-independencia-do-kosovo-e-a-corte-de-haia-o-estado-de-s.-paulo-15-8-2010. Acessado em: 03/11/2012.

MARTIN, Pierre-Marie. Droit International Public. 4ª ed.. Paris: Masson, 1995.

MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional. 4ª ed. Lisboa: Principia, 2009.

MONCADA, António Cabral de. Curso de direito Internacional Público, I Volume. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto. Manual de Direito Internacional Público. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. Da Comunidade Internacional e do seu Direito: Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

SCHILLING, Voltaire. A Sérvia e o Kosovo. Disponível em: http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/servia.htm. Acessado em: 02/11/2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Documentos

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo. Disponível em: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=kos&case=141&k=21&p3=0. Acessado em: 30/10/2012.

EURONEWS. Mais uma página virada na história do Kosovo. Disponível em: http://pt.euronews.com/2010/07/23/mais-uma-pagina-virada-na-historia-do-kosovo/ . Acessado em: 02/11/2012.

_____. Kosovo celebra "plena soberania" com fim de supervisão internacional. Disponível em: http://pt.euronews.com/2012/09/10/kosovo-celebra-plena-soberania-com-fim-de-supervisao-internacional. Acessado em: 02/12/2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organização_dos_Estados_Americanos.htm Acessado em: 02/11/2012.

OTERO, Edgardo. A Origem dos Nomes dos Países. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ult10037u373640.shtml. Acessado em: 02/11/2012.



OS DESAFIOS DECORRENTES DA FALÊNCIA DAS EMPRESAS ASSOCIADAS E A INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBORDINAÇÃO EQUITATIVA

Zhang Yi
Doutorando, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Enquanto princípio, criado a partir de grande número de casos no sistema de Common Law, a "subordinação equitativa" desempenha um papel importante na solução dos problemas de falência de empresas associadas (ou filiadas). No entanto, o sistema de falências de sociedades comerciais na China Continental é configurado com base na existência de uma única sociedade, não dando grande atenção às sociedades filiadas. Além disso, a Lei das Sociedades e a Lei de Falências não conseguem responder a todos os problemas que a falência de empresas associadas coloca. O presente artigo procura introduzir o princípio da subordinação equitativa ao nível da legislação na China Continental.

Palavras-chave: empresas associadas; falência; subordinação equitativa.

I. O conceito de empresa associada e sua expressão em caso de falência

1. O conceito de empresa associada

As empresas associadas constituem uma coligação comercial de empresas em grupos de certa dimensão, fruto do desenvolvimento económico mundial e da evolução do panorama empresarial. Quanto à definição do que seja uma empresa associada, os Autores dividem-se. O Prof. Jiang Ping, por exemplo, entende que devemos distingui-las consoante um sentido amplo e um sentido restrito, significando neste caso aquelas cujo capital social é detido por outras sociedades em tal medida que não haja dominação por parte destas, e, naquele caso, em que um ente colectivo constituído por duas ou mais empresas independentes na sua

existência mas ligadas por relações de comércio ou de investimento[1]. O Prof. Zhao Xudong, por sua vez, define as empresas associadas como aquelas que se inserem numa relação de subordinação a nível da participação social e a nível contratual, ou que se encontram subordinadas a uma outra empresa, embora com estatuto jurídico independente[2]. Já para o Prof. Shi TianTao, as empresas associadas constituem uma associação entre empresas através de meios específicos em direcção a fins económicos específicos: estes reconduzem-se ao estabelecimento de uma relação de controlo com vista ao dimensionamento de benefícios; aqueles referem-se à participação social ou entrada de capital, aos mecanismos contratuais ou outros meios como a interconexão/controlo do pessoal ou os acordos sobre o direito de voto[3].

A nosso ver, o conceito jurídico das empresas associadas deve basear-se tanto no seu estatuto jurídico, como nas relações jurídicas que entre elas se estabelecem. Por outro lado, a delimitação dos seus contornos não deverá ser excessivamente restrita de modo a excluir do seu âmbito muitas das relações de associação de facto e de direito, nem deverá ser demasiado ampla a ponto de se considerar como relação de associação toda e qualquer relação de comércio e de investimento entre as empresas, alargando infinitamente o âmbito das empresas associadas. Assim, para efeitos da presente exposição, pelo fenómeno das empresas associadas entende-se a associação entre empresas com estatuto jurídico independente, ligadas por uma relação de controlo, designadamente a nível da participação social, ou que exercem mutuamente uma grande influência, ou ainda que sejam controladas ou influenciadas por uma outra empresa.

2. A manifestação externa da falência das empresas associadas

Em bom rigor, a falência das empresas associadas traduz-se na "falência relativa às empresas associadas" ou na "falência de empresas no âmbito de uma associação de empresas", que se pode manifestar pelas seguintes formas: 1) Falência da empresa subordinada em face da subsistência da empresa dominante; 2) Falência da empresa dominante em face da subsistência da empresa subordinada; 3) Falência da empresa dominante e da empresa subordinada; 4) Falência de duas empresas associadas sob o domínio de uma outra empresa; 5)

---

1 Jiang Ping (coordenador), *Novo Manual de Direito Societário*, Pequim, Law Press, 1994, p. 216.

2 Zhao Xudong, *Teoria Geral do Direito Empresarial e Societário*, Pequim, Law Press, Setembro de 2003, p. 435.

3 Shi Tiantao, *Algumas Questões Jurídicas sobre as Empresas Associadas*, Pequim, Law Press, 1998, pp. 6-14.

Falência transnacional[4].

1) Falência da empresa subordinada em face da subsistência da empresa dominante

A falência da empresa subordinada em face da subsistência da empresa dominante representa a situação de falência mais comum no âmbito das empresas associadas, sendo também a hipótese que mais prejuízos acarreta para os interesses dos sócios[5]*** minoritários e dos credores da empresa subordinada que, embora detenha personalidade jurídica autónoma, não passa na prática de um instrumento de concretização de interesses de todo o conjunto das empresas associadas ou da empresa dominante. No âmbito da actividade económica, é prática corrente a empresa dominante fazer transferir para seu nome o património da empresa subordinada antes da falência desta, designadamente através de meios ilegítimos como a prestação de garantias ou negócios entre as empresas associadas, de forma a transferir os bons activos e fugir ao cumprimento das dívidas. Ora, sendo praticados no seio das empresas associadas, este tipo de actos revestem-se de um carácter oculto e de uma facilidade de longe superiores quando comparados com os mesmos actos praticados por uma empresa autónoma. Pelo que, aplicando-se indistintamente a mesma disciplina para regular ambas as situações, os credores da massa falida de empresas subordinadas encontrar-se-ão expostos a riscos muito mais acrescidos.

2) Falência da empresa dominante em face da subsistência da empresa subordinada

Embora a expressão mais frequente da falência no âmbito das empresas associadas consista no sacrifício dos interesses da empresa subordinada para salvaguardar os da empresa dominante, não é raro deparar-se com situações em que, por má gestão da empresa dominante, se venha a transferir os bons activos para a empresa subordinada, para depois requerer a falência daquela e ressurgir sob uma outra veste, em detrimento dos interesses dos credores. Aparentemente, o facto de a empresa dominante transferir o seu capital ou os bons activos para a empresa subordinada através de meios lícitos como a compra e venda ou a troca de

---

4 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

5 *** Nota do tradutor: em face da ausência de qualquer menção ao tipo de sociedade a que se refere o estudo, optou-se por empregar o conceito de "sócio" ao longo da tradução, a menos quando se trate, como se tratará mais adiante, de sociedades cotadas em bolsa, onde empregaremos a expressão "accionista", embora na versão chinesa seja utilizado sempre o mesmo termo, indistintamente. Fica também aqui nota de que ao longo do texto o Autor adopta os conceitos de empresa e sociedade como sendo sinónimos.



bens faz aumentar o valor da sua participação social na empresa subordinada, não se causando assim prejuízos para os interesses dos credores em caso de falência. Sucede, porém, que após essa transferência, o manipulador oculto procede a uma outra transferência dos activos ou então desvia-os de outra forma antes de satisfazer os créditos dos credores, colocando-os numa situação de extrema incerteza.

3) Falência da empresa dominante e da empresa subordinada

Dada a autonomia da empresa dominante em relação à empresa subordinada em termos de personalidade jurídica, o tribunal deve em regra julgar os casos de falência de uma e outra em separado e não no mesmo processo. Aliás, não existe à data nenhuma lei no mundo que permite o julgamento conjunto de casos de falência envolvendo duas pessoas colectivas independentes. As "*Provisions on Some Issues concerning the Trial of Enterprise Bankruptcy Cases of the Supreme People's Court*" estabelecem, no seu art. 79.º, o seguinte: "*Where a sole enterprise established by the debtor, or an enterprise in which the debtor invests shares or the shares of which are held by the debtor, is unable to repay the debts that are due, and needs to repay the debts upon bankruptcy, it shall file an application for bankruptcy separately.*" Daqui decorre que também a República Popular da China adopta o modelo do julgamento separado da falência da sociedade dominante e da sociedade subordinada. No entanto, dada a facilidade de confusão do património e da personalidade jurídica de uma e outra no âmbito das empresas associadas, bem como a facilidade de movimentação do património entre as empresas, com prejuízo para a satisfação regular dos créditos e interesses dos credores, chegou também a haver situações em que os tribunais da RPC vieram a julgar os casos de falência em conjunto, segundo o princípio da equidade[6].

4) Falência de duas empresas associadas sob o domínio de uma outra empresa

A associação de duas empresas sob o domínio de uma outra empresa tem a sua manifestação externa nas chamadas sociedades-irmãs que, aparentando não ter nenhuma influência ou domínio de uma sobre a outra em termos do património e do pessoal, podendo até pertencer a diferentes ramos de actividade sem qualquer relação empresarial, partilham contudo de uma relação de cooperação que vai para além do normal, por serem ambas controladas por uma mesma empresa. Ora, quando uma das sociedades-irmãs vai à falência, a empresa dominante, usando do seu estatuto especial e da relação entre as sociedades, sempre consegue transferir o património ou os bons recursos da empresa falida para a "irmã", prejudicando destarte os direitos e interesses dos credores. Dada a extrema similitude com

6 Veja-se, por exemplo, o caso de falência da Sociedade de Equipamentos Eléctricos Zhongnan.

qualquer empresa autónoma em termos fisionómicos, as sociedades-irmãs suscitam maiores delusões quando manipuladas ilegalmente em sede falimentar, razão pela qual alguma doutrina não as considera como empresas associadas. De todo o modo, a Lei das Sociedades Comerciais da RPC, de 2005, veio a adoptar o critério da "susceptibilidade de transferência de interesses" para a qualificação das relações de associação[7], abandonando o critério fisionómico, com o que se eliminou quaisquer dúvidas sobre a existência efectiva de relações de associação entre sociedades-irmãs.

5) Falência transnacional

A falência transnacional, também conhecida como falência transfronteiriça, internacional ou falência envolvendo assuntos externos, "refere-se àqueles casos que envolvem credores, devedores ou massa falida situados em dois ou mais Estados ou jurisdições, o que implica uma conexão com diferentes leis, com todas as dificuldades daí decorrentes.[8]" Com a globalização económica, a falência transnacional tem vindo a envolver vários Estados e, como tal, tem sido objecto de crescente preocupação no seio da comunidade internacional.

II. Os desafios que a falência das empresas associadas levanta para o sistema jurídico

Em geral, fala-se em falência para se referir à situação de facto de impossibilidade de liquidação das dívidas por parte do devedor. No entanto, juridicamente, falência costuma significar o processo tendente à liquidação da massa falida do devedor impossibilitado de pagar integralmente as suas dívidas. Um Autor Taiwanês, Qian Guocheng, entende que "a falência é o processo jurisdicional geral de execução do património integral do devedor impossibilitado do pagamento das suas dívidas, com vista à satisfação dos credores em posição de igualdade, tendo também em conta os interesses do devedor"[9]. O princípio da justa repartição, sendo o princípio mais importante no direito falimentar, é também o factor a considerar prioritariamente no concreto processo de falência. Tal como refere o Professor Phillip I. Blumberg: "o princípio da justa repartição constitui o princípio orientador primordial no âmbito do processo falimentar, visando a protecção dos credores"[10]. Semelhante entendimento é partilhado pelo Professor

---

7 Tendo-se mantido esta disposição na revisão de 2013.

8 Shi Jingxia, "O Direito Falimentar Transnacional da China – Estado Actual, Problemas e Perspectivas", *in China Legal Science*, 2002, n.º 1.

9 Qian Guocheng, *A Essência do Direito Falimentar*, Taipei, Livraria Sanmin, p. 1.

10 Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups, Substantive law*, 1987, p. 136.



Wang Xinxin, que se tem dedicado ao estudo do direito falimentar na RPC: "o processo falimentar tem como finalidade garantir a justa satisfação dos credores e a protecção adequada dos direitos e interesses legítimos do devedor, em defesa, a final, dos interesses da sociedade em geral. A questão principal que o direito falimentar é chamado a resolver reside no conflito decorrente da insuficiência do património do devedor para a satisfação integral de cada um dos credores[11]".

Acontece todavia que a Lei Falimentar em vigor incide sobretudo na falência de empresas autónomas, pressupondo a personalidade jurídica autónoma da empresa para aferir da verificação dos critérios de falência, da delimitação e repartição da massa falida, e da responsabilização pelos actos falimentares ilícitos. Não considera, pois, o facto de que no âmbito das empresas associadas a falência pode contender com interesses diversos ou mesmo opostos aos da falência de uma empresa autónoma tradicional. É, de facto, extremamente provável que no âmbito das empresas associadas se venha, através de manobras internas, a prejudicar deliberadamente a igualdade entre os credores, obstando-se assim à concretização do princípio da justa repartição, pelo que os meios tradicionais de protecção dos interesses dos credores baseados num juízo sobre a vontade e os actos das empresas podem vir a fracassar, nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, o facto de as empresas associadas assumirem personalidade jurídica independente permite a prática de negócios entre elas, que não só geram relações creditícias nos termos comuns, como ainda se revestem de certo carácter de investimento[12*]. Dada a existência de factores de dominação, os créditos que a empresa dominante detém sobre a empresa subordinada não visam normalmente fins contratuais comuns, mas antes a fuga aos credores, consubstanciando-se verdadeiros investimentos de capital sob a veste de créditos que geralmente cumprem a forma legal[13]. Na eventualidade de a empresa subordinada vir a lucrar com a sua actividade, a empresa dominante poderá partilhar dos lucros directamente enquanto investidor. Na situação inversa, em caso de falência da empresa subordinada, a empresa dominante poderá ainda, na qualidade de credor, exigir a satisfação do seu crédito. Desde que se cumpra a forma legal dos negócios praticados entre uma e outra, o tribunal não poderá incidir sobre a substância dos créditos ao abrigo da lei falimentar tradicional, tendo a empresa dominante o direito de ver os seus créditos satisfeitos em condições

---

11 Wang Xinxin, *O Direito Falimentar*, Pequim, Universidade Popular da China, Setembro de 2007, 2.ª edição, p. 5.

12 *Nota do tradutor: o *corporate investment* constitui um conceito com sentido técnico no Interior da China.

13 Richard Allen Posner, *Economic Analysis of Law*, tradução de Jiang Zhaokang et al., Pequim, Encyclopedia of China Publishing House , 1997, p. 526.

de igualdade em relação a outros credores comuns, conseguindo por um lado lucros decorrentes da concessão de crédito à empresa subordinada e, por outro, a satisfação dos seus créditos enquanto credor comum em sede de falência, o que indubitavelmente contraria a *ratio* da justa protecção dos credores por via do direito falimentar, esvaziando de conteúdo útil o princípio da justa repartição[14].

Em segundo lugar, dada a estreita relação entre as empresas associadas, a satisfação dos créditos sobre a massa falida da sociedade-mãe sobre as sociedades filiadas, ou vice-versa, ou ainda entre as sociedades filiadas, será privilegiada em relação aos créditos de uma qualquer outra empresa autónoma. O profundo conhecimento que normalmente se partilha entre as empresas associadas sobre a situação patrimonial e o estado das actividades permite, precisamente com base neste tipo de informações concretas que estão fora do alcance de outras empresas, uma decisão mais correcta sobre a necessidade de constituição de relações creditícias e de garantias, bem como sobre o tipo de bens que se deve dar em garantia. Quando sobrevenham riscos de impossibilidade de satisfação dos créditos entre as empresas associadas, sempre lhes é possível encontrar uma maneira ou outra de cumprir preferencialmente essas obrigações através da relação especial de interesses que existe entre elas, designadamente por via do cumprimento preferencial dos contratos e da compensação de créditos. Por outro lado, a mesma relação interna permite que as empresas associadas venham a simular arbitrariamente relações creditícias maiores ou menores do que são na realidade, ou até relações que não existem de todo. Pode assim afirmar-se, num certo sentido, que as relações de associação fornecem cobertura legal às empresas associadas para a prática de actos fraudulentos em sede falimentar, actuando como um instrumento ideal para a fuga ao cumprimento de dívidas no processo de falência, na medida em que permitem prejudicar os interesses dos credores[15].

Em terceiro lugar, enquanto um bloco interligado, a autonomia financeira de cada empresa apresentar-se-á altamente mitigada pelo facto de o património poder circular livremente entre as várias sociedades consoante o que for necessário, tornando assim obscura a linha de demarcação da massa falida. A ausência de autonomia tem ainda a possível consequência de fazer alterar os fins de exploração das empresas associadas, tradicionalmente marcados pela maximização dos interesses da própria empresa, para a maximização, neste caso, dos interesses globais de todo o bloco. Destarte, em caso de falência de uma ou várias empresas associadas, serão concebíveis situações injustas para os credores das várias

---

14 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

15 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

sociedades na satisfação dos seus créditos a partir da massa falida. Vejamos, a título exemplificativo, a seguinte situação. Suponhamos que a Empresa B disponibiliza matérias-primas, equipamentos e tecnologias fundamentais à sociedade-mãe, a Empresa A, em seu benefício, a preço muito baixos. Se ambas as empresas vierem a falir por mau gerenciamento, poderá acontecer que, por exemplo, a massa falida chegue para satisfazer 30% dos créditos no caso da Empresa A e 10% dos créditos sobre a Empresa B. Ora, o que origina a baixa proporção na Empresa B é o facto de esta ter explorado a sua actividade em benefício da Empresa A e em detrimento dos próprios interesses, culminando num resultado extremamente injusto para os seus credores. Neste tipo de situações, a aplicação cega das regras falimentares pensadas para as empresas autónomas só dará origem a resultados injustos.

Pelo exposto é possível concluir-se que a existência de relações de associação introduz factores de incerteza na concretização do princípio da justa repartição no âmbito do processo falimentar, o que reclama um estudo sobre as especificidades do processo falimentar das empresas associadas, acompanhado de um novo regime que o venha a modelar de forma a assegurar a boa concretização do princípio da justa repartição.

III. Apreciação das formas de resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas

1. Delimitação dos valores a prosseguir nos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas: igualdade e celeridade

1) O princípio da justa repartição como princípio fundamental do direito falimentar

O regime da liquidação falimentar visa repartir coactivamente a integralidade do património do devedor de forma justa e nos trâmites legalmente previstos, liquidando de vez todas as dívidas do devedor. A sua função primordial reside na justa repartição da massa falida do devedor, de forma a assegurar um tratamento igualitário a todos os credores. Neste sentido, partilhamos o entendimento de que o princípio da justa repartição consubstancia o princípio fundamental do direito falimentar. Perante a insuficiência da massa falida para a satisfação integral dos pretensos créditos, a questão mais importante de que se preocupa o direito falimentar consiste necessariamente em resolver esse mesmo problema, o problema da justa repartição da massa falida entre os credores.

No âmbito das empresas associadas, o facto de se ter extinta a personalidade jurídica autónoma da empresa subordinada torna esta um instrumento dos negócios associativos, fonte geradora de situações de desigualdade na satisfação dos créditos dos credores internos e externos. É precisamente neste contexto que o órgão responsável pela reposição da justiça – o tribunal – deve corrigir o desequilíbrio



entre os interesses legítimos das partes de forma a alcançar o devido equilíbrio.

2) Os objectivos de celeridade no direito falimentar

O direito falimentar, enquanto um domínio do direito composto tanto por normas substantivas como por normas adjectivas, terá necessariamente de acautelar a regra processual da garantia dos direitos processuais das partes em sede falimentar, tendo pois de considerar a questão da celeridade processual, para além da justa satisfação dos credores falimentares.

Para os casos de falência de empresas autónomas, os objectivos de celeridade reflectir-se-ão não só na concepção das normas substantivas do regime de compensação dos créditos, mas também e sobretudo na concepção das normas adjectivas, como por exemplo as que impõem o tratamento conjunto da integralidade das dívidas. A instituição de um tal regime tem a virtualidade de poder diminuir os custos do tratamento individualizado de cada uma das acções propostas pelos credores, com benefícios para a celeridade do processo considerado na sua globalidade. Quanto aos objectivos de celeridade no âmbito da falência das empresas associadas, veja-se o caso da "falência da Guangdong International Trust and Investment Corporation".

2. A resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas e a aplicação do princípio da subordinação equitativa

1) A resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas

Segundo a teoria geral do direito societário tradicional, cada uma das empresas associadas é portadora de personalidade jurídica autónoma, sendo por conseguinte sujeito de direito civil capaz de assunção de responsabilidade própria, o que quer dizer que, detendo a sociedade-mãe créditos sobre a sociedade subordinada, juridicamente não se poderá privá-la desses direitos, em homenagem ao princípio da igualdade dos créditos. O princípio da justa repartição, enquanto o princípio fundamental do direito falimentar, reclama uma justa distribuição da massa falida para a satisfação dos credores falimentares, e quanto aos créditos da sociedade-mãe, só resta encontrar uma outra via jurídica que solucione o problema. O mesmo é dizer que, para se denegar o pedido da sociedade-mãe, ter-se-á de ultrapassar, no plano jurídico-dogmático, os dois grandes obstáculos impostos pelo regime das pessoas colectivas/empresas e pelo princípio da igualdade dos créditos. O que todavia, nos sistemas jurídicos modernos, é manifestamente impossível. Assim, a suavização das questões decorrentes da igualdade dos créditos e do regime das pessoas colectivas assume-se como o ponto-chave para a resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas.

A este respeito veio a jurisprudência norte-americana desenvolver o

princípio da subordinação equitativa, segundo o qual a pretensão da sociedade-mãe apenas terá provimento depois de satisfeitos os créditos do credor falimentar comum. Esta forma de suavização do problema dá cumprimento ao valor e objectivo primordial do direito falimentar – a justa satisfação dos créditos. Não espanta, pois, que uma vez sedimentado, este princípio veio a produzir um grande impacto no direito falimentar, assumindo um papel insubstituível.

2) Os fundamentos para a aplicação do princípio da subordinação equitativa

O fundamento que justifica a subordinação dos créditos da sociedade-mãe em caso de falência no âmbito das empresas associadas prende-se com o aproveitamento ilegítimo da sua influência e dominação sobre a sociedade subordinada nos negócios do dia-a-dia e portanto reconduz-se, no plano dogmático, ao princípio da proibição do abuso de direito. Devendo a sociedade-mãe exercer a sua influência e controlo de modo a maximizar os interesses da sociedade subordinada, sempre que actue de modo diverso, abusando da sua posição de domínio em detrimento dos interesses desta, está-se, na verdade, a abusar dos direitos de sócio, ao que deve corresponder a respectiva sanção jurídica, qual seja, neste caso, a de ver os seus créditos subordinados e ordenados subsequentemente em relação aos créditos daqueles que saíram prejudicados da sua actuação indevida.

Em segundo lugar, a subordinação dos seus créditos decorre também das exigências do princípio da correspondência de direitos e deveres, segundo o qual o sujeito que exerce certos direitos sobre um outro sujeito deve assumir os correspondentes deveres, numa lógica de restrição dos poderes do respectivo titular e de prevenção do seu abuso, com vista à manutenção da justiça social. Ora, como no âmbito das empresas associadas a empresa dominante exerce um grande poder decisório sobre a empresa subordinada, compreende-se que a mesma deva assumir as consequências nefastas das suas decisões. Tal como refere a Professora Zhu Ciyun, "o traço jurídico em comum de qualquer tipo de sociedade é o facto de os membros de uma sociedade terem de assumir ilimitadamente as suas responsabilidades quando exercerem sobre ela um poder de controlo directo e verem a sua responsabilidade limitada ao valor que tiverem investido quando esse mesmo poder é exercido por intermédio de outras entidades"[16].

Em terceiro lugar, refira-se que o princípio da subordinação equitativa constitui uma concretização do princípio da boa-fé, o qual exige uma actuação honesta, leal e não fraudulenta no âmbito do comércio jurídico-civil e comercial, reclamando ainda o respeito pelos interesses de terceiros e da própria sociedade em geral. Sendo já pacífico em muitos ordenamentos da *civil law* e da *common*

16 Zhu Ciyun, *Sobre a Negação da Personalidade Jurídica às Sociedades Comerciais*, Pequim, Law Press, 1998, p. 266.

law impor-se o dever de boa-fé aos sócios das empresas dominantes no âmbito das empresas associadas[17], a subordinação dos créditos das empresas dominantes surge como uma responsabilidade que a lei lhes impõe por violação do princípio da boa-fé.

Por último, a aplicação do princípio da subordinação equitativa consubstancia uma expressão do princípio da justiça, podendo ser vista como a reposição da justiça em face da actuação dolosa da empresa dominante, de modo a que esta fique privada dos interesses obtidos à custa do seu estatuto desleal, tudo com vista à prossecução de um mais elevado grau de justiça.

3. O confronto do princípio da subordinação equitativa com outras teorias e princípios

1) O princípio da subordinação equitativa e o princípio da subordinação automática

Segundo o princípio da subordinação equitativa, a massa falida da empresa subordinada deve ser distribuída casuisticamente segundo o princípio da justiça, significando para a empresa dominante, em situações normais, apenas uma relegação para um segundo plano da satisfação dos créditos adquiridos à custa da sua "actuação desleal". É que, um tratamento indiferenciado para todo e qualquer crédito da empresa dominante "equivale a negar os próprios negócios entre as empresas associadas no plano das consequências jurídicas, prejudicando substancialmente o desempenho das funções estruturais do agrupamento societário.[18]" Todavia, na situação de um controlo total e complexo a ponto de não ser possível individualizar os actos desleais da empresa dominante, a solução terá de passar pela relegação total dos seus créditos, de modo a assegurar os interesses dos demais credores.

O princípio da subordinação automática foi proposto pelo Professor Landers[19]: "A sociedade subordinada e controlada pela sociedade-mãe é normalmente explorada no interesse do agrupamento societário em geral, assim como o é igualmente a concessão de crédito pela sociedade dominante à sociedade subordinada, assumindo por isso carácter de investimento essa mesma concessão. Assim, em caso de impossibilidade de cumprimento ou falência da sociedade subordinada, é natural que a sociedade dominante não possa vir a receber uma repartição em posição de igualdade com os demais credores, devendo ocupar uma

---

17 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

18 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

19 Liu Lianyu, *Teorias e Jurisprudência de Direito Societário*, Pequim, Law press, 2002, p. 101.

posição subordinada ou até estar excluída da repartição. Em princípio, os credores da sociedade subordinada falida poderão até desvendar o véu das empresas associadas, responsabilizando também a sociedade-mãe".[20]

O princípio da subordinação automática tem sido rejeitado pela maioria da doutrina pela sua radicalidade, nem tem obtido aceitação genérica na prática. O Professor Posner, por exemplo, entende que "sob um ponto de vista económico, a sociedade-mãe deverá ser o concedente de crédito mais eficaz com que pode contar a sociedade subordinada. Pois, como a sociedade-mãe goza da vantagem de poder calcular os riscos de falência da sociedade subordinada a baixo custo, e sendo do seu interesse evitar que a falência se venha a verificar, aceitará normalmente em conceder-lhe crédito em condições muito privilegiadas. Contrariamente, se adoptarmos uma teoria como a "subordinação automática ou indiscriminada", proposta pelo Professor Landers, a sociedade-mãe recusar-se-á a conceder crédito, o que resultará numa agravação dos riscos de falência da sociedade subordinada, em prejuízo para os seus credores"[21]. A este respeito, entende igualmente o Professor Clark, da Universidade de Harvard, que "o princípio da subordinação total, ao impor que os créditos do sócio dominante sejam indistintamente ordenados depois dos créditos dos demais credores, pode estar a criar ao sócio dominante sanções que de longe ultrapassam os benefícios que obteve à custa da sua posição de dominação. Ou então, sabendo de antemão que ao abrigo do princípio da subordinação total poderá não lhe ser possível recuperar os créditos, terá o estímulo para obter da sociedade subordinada mais interesses ilegítimos de modo a que mesmo vindo esta a falir, os benefícios ganhos através do seu estatuto dominante sejam superiores ao valor dos créditos insatisfeitos. Por conseguinte, o que se deve adoptar em caso de falência da sociedade subordinada é a "regra da repartição activa" quanto aos créditos da sociedade-mãe, de forma a alcançar os efeitos da "subordinação equitativa". Na verdade, foi este princípio da subordinação equitativa que se manifestar no caso Deep Rock, e que se tornou num princípio geral que tem vindo a ser utilizado pelos tribunais na decisão sobre os créditos da sociedade-mãe no âmbito das suas relações com a sociedade subordinada".

2) As diferenças entre o princípio da subordinação equitativa e o regime da remoção do véu das sociedades

Embora o princípio da subordinação equitativa e o regime da remoção do

---

20 Zhu Ciyun, "A aplicação das teorias de negação da personalidade jurídica das sociedades comerciais no âmbito das sociedades-mãe", *in Science of Law*, 1998, n.º 5.

21 Zhu Ciyun, "A aplicação das teorias de negação da personalidade jurídica das sociedades comerciais no âmbito das sociedades-mãe", *in Science of Law*, 1998, n.º 5.

véu das sociedades comunguem da mesma matriz, sendo por natureza destinados a ultrapassar os obstáculos colocados pela personalidade autónoma das sociedades e pela responsabilidade limitada dos sócios, um e outro constituem todavia mecanismos jurídicos diversos. Em concreto, verificam-se entre eles as seguintes dissemelhanças:

Primeiro, a nível dos fins da sua aplicação – se com o desvendar do véu das sociedades se pretende negar pela raiz a autonomia da personalidade colectiva das sociedades em causa, de molde a considerar as empresas subordinada e dominante um e o mesmo sujeito, fazendo com que esta passe a assumir as responsabilidades creditícias daquela, situação em que se deixa de colocar a questão da prioridade das dívidas a liquidar pela empresa subordinada em virtude da confusão dos créditos, já o princípio da subordinação equitativa visa apenas alterar a posição da sociedade dominante na ordenação dos créditos, sem que haja uma negação substancial dos seus créditos[22].

Segundo, a nível das condições de aplicação – a aplicação do princípio da subordinação equitativa tem como pressuposto a existência de negócios desleais entre as empresas que, embora praticados com recurso à posição de dominação de uma sobre a outra, não ultrapassam o limite imposto pelo "excesso de dominação". Já o regime da remoção do véu das sociedades, como nega substancialmente a autonomia da personalidade colectiva, indo para além do regime da responsabilidade limitada, terá de estabelecer condições de aplicabilidade muito mais rigorosas. Assim, apenas quando os credores externos apresentem prova bastante é que poderá o juiz lançar mão deste regime, após ponderação reflectida dos vários factores, o que não aconselha que seja a solução ideal para a falência de sociedades subordinadas.

Terceiro, a nível do âmbito de aplicação – enquanto o princípio da subordinação equitativa tem em regra aplicabilidade apenas no âmbito do direito falimentar, o regime da remoção do véu das sociedades pode aplicar-se também noutros domínios, como no direito contratual, na responsabilidade civil extracontratual e no âmbito da concorrência desleal.

Como se deixa ver, o princípio da subordinação equitativa e o regime da remoção do véu das sociedades constituem regimes jurídicos diversos e protegem sob perspectivas diferentes os credores externos contra a falência das empresas associadas.

---

22 Wu Wenhui, "Breves considerações sobre o princípio da satisfação subordinada das empresas dominantes no direito falimentar", http://www.law-lib.com/LW/lw_view.asp?no=700 &page=7, última consulta em 14/4/2014.

IV. A introdução do princípio da subordinação equitativa no âmbito da falência das empresas associadas na RPC

1. Necessidade da sua introdução

Com o aprofundamento da reforma e abertura da RPC ao exterior e o contínuo desenvolvimento económico, tem-se verificado um fortalecimento das sociedades agrupadas, que vieram a tornar-se a espinha dorsal do desenvolvimento económico. A mudança regime das empresas do Estado, a cotação em bolsa das empresas e os investimentos recíprocos entre as sociedades têm levado a que na órbita de cada empresa nuclear surgissem cada vez mais sociedades associadas, formando assim blocos empresariais de grande dimensão. Os actos desleais praticados entre no seio das sociedades associadas repercutem-se unilateralmente em prejuízos para os sócios minoritários e para os credores das sociedades subordinadas, a favor dos sócios dominantes e pessoas relacionadas, que se apropriam dos proveitos adicionais[23]. Dominação essa que tem conhecido novas formas de manifestação cada vez mais complexas, com a agravante, para os credores, de que esse tipo de transacções é normalmente feito de forma encoberta. Sendo a justa satisfação um princípio fundamental do direito falimentar da generalidade dos ordenamentos jurídicos, o princípio da subordinação equitativa não surge aqui como uma subversão a esse princípio, antes pelo contrário um desenvolvimento e aprofundamento seu. Pois, sacrificando a igualdade formal para se alcançar uma justiça substancial, não só não se contradiz com os objectivos de justa satisfação dos créditos, como ainda se integra precisamente na tendência evolutiva do direito falimentar moderno[24].

Da evolução do regime jurídico falimentar pode constatar-se uma transição a nível dos valores tutelados pelo direito falimentar, de um proteccionismo do credor para uma protecção equilibrada do credor e do devedor. "Quando a falência das empresas se torne num fenómeno frequente da vida socioeconómica, o direito falimentar das empresas não poderá continuar a insistir nos mesmos objectivos prosseguidos na falência das pessoas singulares, quais sejam os da isenção da responsabilidade pelas dívidas e o tratamento alternativo dos bens livres, não poderá prosseguir única e exclusivamente o equilíbrio bipolar entre o credor e o devedor, mas sim um equilíbrio de forças tridimensional chamando também à colação a vertente social"[25]. A base dogmática e a orientação valorativa do

---

23 Li Jianwei, *As Regras Jurídicas dos Negócios entre as Empresas Associadas*, Pequim, Law Press, 2002, p. 45.

24 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

25 Han Zhangyin, "Debate e apreciação crítica dos objectivos da lei falimentar empresarial", *in China Legal Science*, 2004, n.º 5.

princípio da subordinação equitativa traduzem precisamente essa transição da isenção de responsabilidade pelas dívidas no processo falimentar para a prossecução de um equilíbrio de interesses variados e para a protecção da ordem socioeconómica.

Estatisticamente falando, devemos dizer que no Interior da China se verifica um sério fenómeno de "dominação exclusiva" no âmbito societário, sendo que, segundo os números publicados pela *China Securities Regulatory Commission*, até finais de maio de 2004, das 1234 empresas cotadas em bolsa em toda a RPC, 486 delas têm as suas acções detidas em mais de 50% por um único accionista, representando esse número 40% do total das sociedades cotadas, e 724 delas têm 20 a 50% das suas acções detidas pelo accionista maioritário, representando estas duas categorias somadas 91,4% do total. Esses números variam respectivamente para 419 e 450 para as sociedades cotadas em bolsa de acções estatais, representando 65,6% do total das sociedades cotadas. Até finais de 2011, das 2363 sociedades listadas em bolsa "A-share", 497 têm as suas acções detidas em mais de 50% pelo sócio maioritário, o que representa 21% do total, sendo que em média os accionistas maioritários detêm, cada um, 36,30% das acções das respectivas sociedades[26]. A este problema acresce o da falta de independência nas relações entre os 5 principais accionistas de uma boa parte das sociedades cotadas. Mais grave ainda é o facto de, nas relações entre a sociedade-mãe e as filiais ou entre estas, se verificar transferências de bens através da constituição de créditos daquela sobre estas, com o intuito de fugir ao cumprimento de dívidas, ou a constituição de garantias em caso de agravação do estado financeiro das filiais usando das informações que tem a sociedade-mãe, de forma a garantir o cumprimento dos seus créditos ou escapar aos riscos de investimento através de baixos investimentos e altos endividamentos. Todas estas condutas poderão vir a causar prejuízos para os direitos e interesses dos credores das filiais e demais sócios, sem que haja no entanto qualquer regulação a nível legislativo[27].

Como na prática a sociedade dominante se aproveita das empresas associadas para a obtenção de lucros, na falta de legislação o tribunal apenas poderá decidir com base no princípio da igualdade dos créditos e no princípio da personalidade autónoma das sociedades, com o que nunca se conseguirá erradicar o problema da obtenção de interesses ilegítimos por via das empresas associadas através de expedientes creditícios. Neste contexto, a introdução do princípio da subordinação equitativa por via legislativa "permitirá ao tribunal popular, aplicando-o, determinar de forma justa a ordem pela qual será repartida a massa

---

26 Dados calculados a partir dos estudos feitos pela Guotai Junan International.

27 Ye Min, *Algumas Questões Jurídicas sobre o "Princípio Deep Rock"*, Universidade de Sichuan, Dissertação de mestrado, 2005.

falida da filial, impedindo a satisfação dos créditos da sociedade dominante em primeiro lugar, de forma a proteger melhor os interesses do credor comum e a maximizar os efeitos do princípio da justa distribuição do direito falimentar[28]".

Em suma, a introdução do princípio da subordinação equitativa, perante casos de impossibilidade de pagamento por parte das empresas subordinadas ou correlacionadas, permitirá uma aplicação mais justa e mais razoável do direito de acordo com os valores legislativos que subjazem ao direito falimentar, assegurando desta forma uma protecção mais eficaz dos interesses dos credores das empresas subordinadas.

2. Viabilidade da sua introdução

Ao abrigo do ordenamento jurídico vigente na RPC, embora a Lei das Sociedades Comerciais tenha consagrado expressamente o regime da remoção do véu das sociedades, disciplinando de certo modo as condutas ilícitas em sede de falência das empresas associadas, a verdade é que a sua aplicação depende da verificação de condições altamente rigorosas, sendo que nem sempre se torna exigível a negação da personalidade autónoma das sociedades no seguimento da falência das empresas associadas, o que tem justificado a pouca aplicação deste regime na prática judiciária. Dadas estas limitações, em face do controlo da empresa dominante relativamente à empresa subordinada e da impossibilidade de se negar a personalidade jurídica desta, a lei não dispõe de medidas reguladoras que supram este vácuo jurídico. O princípio da subordinação equitativa, enquanto um desenvolvimento do regime da remoção do véu das sociedades, pode ser a solução para complementar o regime falimentar em vigor.

Já em 2002, o eminente Professor Jiang Ping propôs a introdução do regime da subordinação equitativa[29], tese que obteve adesão da maioria da doutrina[30]. Há também Autores taiwaneses que sob um ponto de vista de política legislativa sufragam a necessidade de introdução do princípio da subordinação equitativa em Taiwan, entendendo o Professor Liu Lianyu que "do ponto de vista da limitação dos "actos de exteriorização dos riscos societários", é perfeitamente compreensível, e aliás consonante com o princípio da correspondência de benefícios e responsabilidades, o facto de se atribuir os riscos provenientes das

---

28 Sun Mingfei, "Questões jurídicas decorrentes da execução das dívidas das sociedades associadas", *in The People's Judicature*, 2001, n.º 10.

29 Jiang Ping, "A necessidade de inovação dos mecanismos jurídico-societários na RPC", *in Information for Deciders Magazine*, 2002, n.º 22.

30 Li Shuguang, "Questões jurídico-filosóficas em torno da regulamentação societária", *in Revista Económica*, 2002, n.º 11; Shen Sibao, *O Princípio Jurídico da Remoção do Véu das Sociedades e Análise de Jurisprudência Seleccionada*, Pequim, University of International Business and Economics Press, 2005, p. 24.

relações de associação aos sócios que delas beneficiam (normalmente os sócios da sociedade dominante). Aliás, a aplicação do princípio *deep rock*, apesar de não atribuir à sociedade dominante o dever de pagamento das dívidas contraídas pela sociedade subordinada, oferece contudo, em sede de falência desta, uma protecção aos credores, sobretudo os credores involuntários como as vítimas de actos geradores de responsabilidade civil extracontratual, dando-lhes prioridade na satisfação dos seus créditos, o que resolve em parte o problema da alocação ineficaz dos riscos decorrentes do "princípio da responsabilidade limitada dos sócios" acolhido pela nossa lei"[31].

Pelo exposto, a introdução do princípio da subordinação equitativa mostra-se extremamente necessária para a melhor protecção dos sócios dominantes e dos credores externos da empresa subordinada no âmbito do processo falimentar das empresas associadas, de forma a equilibrar os interesses de ambas as partes.

3. Propostas de regulamentação

As empresas associadas assentam em estruturas altamente complexas. Para além da expressão mais básica que o é a relação mãe-filial, podem coexistir muitas outras empresas intimamente associadas e organizadas numa vasta hierarquia. Havendo sociedades-irmãs controladas por uma mesma sociedade-mãe, é sempre possível e extremamente provável que se venha a desviar riscos e a transferir bens através de manobras negociais, aliás de forma ainda mais oculta do que os actos praticados nas relações mãe-filial. Entendemos, por conseguinte, que o princípio da subordinação equitativa deve aplicar-se a dois tipos de sujeitos: às empresas dominantes e às sociedades-irmãs. Quanto a esta última categoria, como as suas relações internas se mostram ser menos íntimas e menos directas quando comparadas com as relações mãe-filial, no ajuizamento sobre a aplicação do princípio da subordinação equitativa às sociedades-irmãs deve atender-se, entre outros critérios, às formas de contacto entre elas e a peso de dominação que a sociedade-mãe exerce sobre cada uma delas.

Por outro lado, a introdução legislativa do princípio da subordinação equitativa levantará necessariamente, quando da sua aplicação, a questão da distribuição do ónus da prova que, como regra geral do direito processual civil da RPC, recai sobre quem invocar um certo direito, ou seja, aquele que deduzir pedido judicial tem o ónus de provar que um determinado facto ilícito veio a causar-lhe danos nos seus direitos legítimos. Simplesmente, num contexto marcado pela prática de actos negociais íntimos no seio das empresas associadas, aos credores

---

31 Liu Lianyu, "Algumas questões sobre o "princípio deep rock" no capítulo das empresas associadas do projecto de revisão da Lei das Sociedades Comerciais", *in China Law Journal*, vol. 40, n.º 1.

da empresa subordinada será muito difícil recolher prova suficiente que ateste a ilegitimidade de um certo negócio, tanto mais que os actos de dominação são praticados de forma altamente encoberta, impedindo assim aos credores externos o acesso a elementos de prova, o que inviabiliza o funcionamento do regime geral do ónus probatório e justifica que neste caso se faça inverter o ónus da prova. É que, do ponto de vista da recolha de prova, verifica-se grandes disparidades quanto à capacidade e facilidade de recolha de prova pelas partes do processo, autor e réu, uma vez que "é a sociedade-mãe que detém toda a prova do controlo que exerce sobre a filial[32]". Pelo que, "via de regra, será muito mais fácil à sociedade-mãe munir-se dos elementos negociais das empresas associadas para se vir defender em juízo do que chamar os credores da filial a recolher a prova necessária.[33]" Assim, a solução mais avisada será, pois, a de inverter o ónus da prova na aplicação do princípio da subordinação equitativa, bastando que os credores da empresa subordinada interponham a competente acção, para que a empresa dominante venha a provar o contrário se quiser evitar a relegação dos seus créditos.

Na aplicação do princípio da subordinação equitativa no âmbito das empresas associadas terá ainda de se ponderar o factor do resultado, no sentido de que os créditos detidos pela empresa dominante terem de resultar de negócios desleais que tenham sido praticados com a empresa subordinada. Mesmo que tenha havido vários negócios desses, por mais que esta tenha sido manipulada por aquela, não há lugar a aplicação do princípio da subordinação equitativa desde que a empresa dominante não venha a exigir a satisfação dos seus créditos por parte da empresa subordinada agora falida. O mesmo é dizer que a aplicação do princípio não depende apenas de uma prévia ponderação individualizada dos factores sujeito, acção e resultado, como ainda pressupõe um nexo de causalidade juridicamente relevante entre a acção e o resultado.

V. Considerações finais

No âmbito da falência das empresas associadas, os regimes da autonomia da personalidade colectiva das sociedades e da responsabilidade limitada dão abrigo às empresas que através de negócios internos ilegítimos conseguem transferir os riscos para os credores da empresa falida por forma a não sofrer prejuízos patrimoniais. O conflito que daí resulta coloca-se entre os credores da empresa falida e os sócios da sociedade que saiu beneficiada desses negócios, por

---

32 Zhu Ciyun, "A aplicação das teorias de negação da personalidade jurídica das sociedades comerciais no âmbito das sociedades-mãe", *in Science of Law*, 1998, n.º 5.

33 Liu Lianyu, "Algumas questões sobre o "princípio deep rock" no capítulo das empresas associadas do projecto de revisão da Lei das Sociedades Comerciais", *in Teorias e Jurisprudência de Direito Societário*, Pequim, Law press, 2002, p. 61.

contraposição aos conflitos que resultam da falência de uma empresa autónoma, que se levanta entre os credores e a própria empresa falida. Sendo diversos os conflitos num caso e noutro, as soluções legislativas que tradicionalmente foram concebidas para o caso das empresas autónomas mostram-se ineptas em face da falência das empresas associadas. É neste contexto que propomos a introdução do princípio da subordinação equitativa de modo a que os créditos da empresa dominante sejam satisfeitos apenas depois de garantidos preferencialmente os interesses do credor comum, em ordem a alcançar um equilíbrio entre os interesses de ambas as partes. Este princípio tanto pode dar resposta às necessidades concretas verificadas na prática falimentar das empresas associadas no Interior da China, como constitui um complemento eficaz ao regime jurídico em vigor, configurando pois a solução ideal para o problema.

Bibliografia

[1] Fan Jianhong, Li Haimin, Li Chong. A Comparative Study on "Disregarding the Corporate Personality (Durchgriffshaftung)" of Companies in China, the USA and Germany, University of Macau, 2013.

[2] Li Jianwei, *As Regras Jurídicas dos Negócios entre as Empresas Associadas*, Pequim, Law Press, 2007.

[3] Shi Tiantao, *Direito Societário*, Law press, 2006.

[4] Brian Cheffins. Company Law: Theory, Structure and Operation. Tradução chinesa por Lin Huawei et al., Law Press, 2001.

[5] David G. Epstein, Steve H. Nickles, James J. White. Bankruptcy. Tradução chinesa por Han Zhangyin et al., China University of Political Science and Law Press, 2003.

[6] Philip R. Wood. Principles of International Insolvency, Sweet & Maxwell, 1995.

[7] The World Bank. Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems 2001.

[8] Douglas G. Baird. The Future of Chapter 11: A Symposium Cosponsored by the American College of Bankruptcy: Substantive Consolidation Today, Boston College Law Review, 2005(47):5-22.

[9] William C. Blasses. Redefining into Reality: Substantive Consolidation of Parent Corporations and Subsidiaries, Emory Bankruptcy Developments Journal, 2008(24): 469-511.

[10] ZhengxinHuo. A Tiger Without Teeth: The Antitrust Law of The People'S Republic of China, William S. Richardson School of Law University of Hawaii Asian-Pacific Law &PolicyJournal, 2008(10): 32-61.

VÁRIA

RESPONSABILIDADE CIVIL DE DANOS PROVOCADOS POR MULTIDÃO

José Carlos Buzanello[1]
Professor de Direito da Administração Pública e Regulação dos Serviços Públicos, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Resumo

O que foi o fenômeno das manifestações públicas no Brasil que tomaram as ruas e prédios? Essa questão ainda não foi explicada suficientemente pelos especialistas das ciências humanas e sociais, contudo, quase todos reconhecem que essas manifestações são atividades legítimas do sistema democrático que demandam questões para o Estado e sociedade civil. Das possíveis variáveis das manifestações de multidões aparece o elemento violência, incidentes gravosos de danos contra pessoas e depredações dos bens públicos e privados. A esses fatos incidentais chama-se de "fatos multitudinários". Assim surge a questão central, quem responde civilmente por esses danos? O Estado, a sociedade, a entidade responsável pelo evento ou individualmente o agente causador do dano? Essas questões serão analisadas no bojo da teoria da responsabilidade civil do Estado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado; Fatos multitudinários; Protestos públicos.

Introdução

As grandes cidades brasileiras estão conhecendo novas formas de protestos

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), com estágio de pós-doutorado na Universidade de Coimbra com o temas conexos "Direito de Resistência" e "Responsabilidade civil por fato multitudinário". Coordena o Curso de pós-graduação em Gestão Municipal (ead).

de milhares de jovens que tomam as ruas e prédios, nos eventos após junho de 2013, muitas vezes, com depredações materiais ao patrimônio público e privado. A questão central é saber a quem se imputa juridicamente a responsabilidade por esses danos?

O que são essas manifestações de protestos? São atividades de grupos sociais em movimento congregada por multidões em protestos generalizados. Movimento esse interessante, porque são legítimas expressões do sistema democrático, que flexibiliza e traz um dinamismo na inovação política, ligado a outros dinamismos relacionados às tecnologias (computador/internet) e às artes (plástica do evento). Nenhum partido ou associação consegue manter essa prática, pois esses se tornaram domínio de poucos e aqueles sem domínio de ninguém e outra forma de fazer. Modificou-se na interconexão das pessoas pelas redes técnico-sociais.

Esses movimentos de multidão se apresentam de várias maneiras, diferenciando-se quanto à ação (pacifica ou violenta), ao tamanho (grande ou média), a intensidade (com ou sem violência), aos propósitos das reivindicações (a favor ou contra o governo, instituição, pessoa ou objeto).

Quando esses movimentos descambam para a violência e com incidentes gravosos contra pessoas e danos e depredação dos bens públicos e de terceiros estamos diante de *fatos multitudinários*. Os fatos multitudinários estão mais presentes nos movimentos, premidos por circunstâncias econômicas e políticas de cunho social mais imediatista, produzidos por grupos sociais de caráter genérico ou indeterminados (anarquista, anônimos, mascarados), que agem com dolo específico de aterrorizar e representam um perigo continuado. Não basta uma pluralidade de atos se cada um não for o prenúncio dos demais eventos, cada vez mais violentos.

Distingue-se a simples interdição de rua para comemorações festivas e para manifestação de protestos em geral. Esses fatos sociais têm repercussão jurídica de forma distinta, pois em tese, a interdição de rua sem prévia comunicação às autoridades municipais causa um dano difuso de locomoção, ofendendo o Código de Postura do Município, enquanto que os movimentos de multidão espontâneos, acéfalos, não se sabendo *a priori* onde e como começa e termina o evento. Em ambos os casos, havendo danos pessoais ou materiais, o sistema jurídico autoriza a reparação civil e criminal. Contudo, surge o problema: a quem devemos imputar responsabilidade por danos causados por esses fatos multitudinários. De outro lado, podemos identificar os lesionados e aferir os valores do dano.

A ordem jurídica brasileira é clara quanto a tutela da vida, do patrimônio público e da propriedade privada, como também a segurança das pessoas físicas, todas com guarita constitucional. A Constituição Federal consagrou o direito à vida, à segurança e à propriedade no rol dos direitos fundamentais, inseridos

no artigo 5º, isto é, com eficácia e aplicabilidade imediatas e só encontrando limites legais nos demais direitos e garantias igualmente consagradas pela Constituição Federal. Por decorrência, imputa-se a devida responsabilidade civil para quem violar esses direito constitucionais, além da responsabilidade criminal e administrativa aos que causarem fatos multitudinários.

Assim, esse artigo tem o propósito de responder à questão principal: frente a esses fatos multitudinários, quem responde civilmente? O Estado, a sociedade civil, a pessoa física ou a instituição responsável pelo evento ou individualmente o agente causador do dano? Todos ou apenas os civilmente identificados? Com fazer as gradações de culpa e a dosimetria da pena? Essas questões teóricas serão analisadas no bojo da teoria da responsabilidade civil do Estado, pois a sua fundamentação depende da análise histórica dos institutos jurídicos e das práticas que envolvem esses protestos públicos.

Registra-se que a doutrina administrativista brasileira tem poucas respostas diretas sobre a responsabilidade civil de fato multitudinário, assim o primeiro objetivo do artigo é contribuir para a fundamentação teórica sobre o tema e de alguma forma, preencher a lacuna teórica reclamado pelos operadores de direito, precisamente quanto à segurança jurídica.

Outro objetivo refere-se a exeqüibilidade das responsabilidade civil por fato multitudinário, já que paira muita dúvida e controvérsia quando da interpretação e aplicação desse instituto. Nesse diapasão surge o problema teórico-interpretativo do regime de imputação de responsabilidade, pois, ainda, permanecem importantes divergências entre doutrinadores, juízes e advogados, principalmente quanto a interpretação e aplicação das novas responsabilidade civil por ilícito de terceiros.

1. Interação de Conceitos Operacionais

Os conceitos operacionais centrais desse artigo são: multidão: movimentos sociais; comportamento coletivo; protestos públicos e fato multitudinário.

Conceitua-se "multidão" como manifestação pública de tipo geral que ocorre com qualquer conjunto temporário de pessoas que se encontram no mesmo local ao mesmo tempo. O fenômeno de multidões é estudado em vários aspectos: sociológico, psicológico e criminal, de modo que somente com o advento do Estado Liberal e com idéias da Revolução Francesa é que se desenvolvem os primeiros conceitos[2].

---

2 O fenômeno da multidão começa a ser estudo a partir da Revolução Francesa, a obra clássica é de Hipólito Taine (*Les origines de la France Contemporaine*) que, segundo alguns autores seria a primeira obra a tratar da psicologia coletiva. No Brasil, dentre outras, temos a obra de Elias de Oliveira (*Criminologia das multidões*) que, após expor as definições de multidão de Sighele e ao apresentar sua crítica, propôs uma classificação para o direito penal.

A sociologia estuda os fatos multitudinários e os concebe de várias formas. De fato, a multidão tem voz diferente daquela produzida pelos indivíduos que a compõem, conforme leciona a psicologia coletiva, ao dedicar o estudo do comportamento humano no espaço coletivo, cujas leis regentes seriam dissociadas das que imperassem na psicologia individual.

O nexo de causalidade deve ser entre os atos praticados pela multidão e os danos que causarem a bens públicos e particulares. Quanto ao objeto, as multidões podem ser lícitas ou ilícitas. As que se reúnem com fins lícitos, não proibidos e amparados pelo direito constitucional de reunião, fortalecem o processo democrático, mas, de outro lado, estão tipificadas como crimes constitucionais (art. 5º, XLIV, CF), a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

Toda multidão opera com um elemento psíquico integrador de comportamento coletivo, que podem assumir variadas formas de comportamento, desde um padrão comum de profundo respeito mútuo e silencioso para o mais grave distúrbio de rua, pânico, terror etc. No século XIX, Gustave Le Bon propôs uma psicologia das multidões, em que os indivíduos tendem a renunciar à sua individualidade, vontade e capacidade de juízo moral, quando fazem parte de multidões, e ceder aos poderes hipnóticos de líderes, que moldam como querem o comportamento da multidão"[3]. "O movimento multitudinário é um monstro sem cabeça, porque dentro da movimento multitudinário o indivíduo se despersonaliza e acaba agindo de um modo que contraria a sua conduta isolada"[4].

O comportamento coletivo e os movimentos sociais se "distinguem pelo grau e pelo tipo de mudança que pretendem provocar no sistema político e pelos valores e nível de integração que lhe são intrínsecos"[5].

Quanto ao conceito de "protestos públicos" é uma reação de multidões, de caráter público, contra ou a favor de determinado fato para que suas reivindicações sejam ouvidas em uma tentativa de influenciar a política do governo ou opinião pública, ou podem empreender ações diretas tentando fazer as mudanças desejadas. Os protestos se manifestam por meio de marchas, piquetes, passeata, greves, quebra-quebra, uso de bombas, fogos, interrupção de tráfego, nudez pública e gestos obscenos, autoimolação, greve de fome, ocupação de prédios etc. Essas manifestações possuem certa organização de comandos e respostas, como os movimentos sociais, sindicatos e outros que se autodenominam de "anarquistas

---

3 JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 44

4 STERMAN, Sônia. *Responsabilidade do Estado: movimento multitudinário: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 10.

5 BOBBIO. Norberto e att. *Dicionário de Política.* Brasília: UNB, 1999, p. 787.

anônimos, grupo dos mascarados *Black Bloc,* os mais conhecidos. A Ação Global dos Povos (sigla AGP) é um movimento internacional de ação violenta em resistência ao capitalismo e para justiça ambiental e social. Os protestos dos *Black Bloc* chamaram a atenção da mídia pela primeira vez no ano de 1999, por ocasião das manifestações contra uma conferência da Organização Mundial do Comércio em Seattle (EUA) e possui como símbolo o uso do capuz e roupas pretas, estratégia adotada para dificultar a identificação dos participantes.

A história registra grandes protestos que culminaram com a desobediência civil, como nos casos da Índia, liderado por Mahatma Gandhi, nos Estados Unidos, por Martin Luther King e semelhante foi também a manifestação de protestos contra a guerra do Vietnã, na década de 1960. Registra-se, também os protestos: 1) Maio de 1968, em Paris, que iniciou com uma greve geral e rapidamente adquiriu significado revolucionário; 2) Protesto na Praça da Paz Celestial na China, em 1989, que consistiu em uma série de manifestações lideradas por estudantes por democracia; 3) A revolta de jovens dos subúrbios da França, em 2005, que constituiu-se de episódios de violência urbana que começaram na periferia, após a perseguição pela polícia, seguida de morte acidental de dois jovens descendentes africanos.

Por "movimentos sociais" conceitua-se como uma ação coletiva de setores da sociedade ou de organizações sociais para defesa ou promoção de certos objetivos, tanto de transformação como de preservação da ordem estabelecida. De outra forma, são movimentos de agregação social, organizados ou não, que propõe suas reivindicações, com ou sem o uso da violência, decorrente de fato econômico, social ou político. Manuel Castells diz que o "movimento social tem raízes na injustiça fundamental de todas as sociedades, implacavelmente confrontadas pela aspiração humana de justiça e de mudança social"[6]. O estudioso dos movimentos sociais Francesco Albertoni afirma que esses se classificam em duas categorias: agregados e de grupo. O movimento social *agregado* baseia-se em comportamentos similares e não formam laços de identidade. Já os de *grupo* são fenômenos em que os comportamentos similares dão origem a novas coletividades e existe uma consciência do destino comum do grupo[7].

O fenômeno desses protestos contemporâneos, ora em análise, seria segundo essa classificação de Albertoni, *movimentos sociais agregados*, pois não formam laços de identidade e estão mais preocupados em assegurar direitos sociais existentes ou a ser adquiridos para as suas clientelas, são reivindicatórios e não revolucionários e, ao mesmo tempo, recusam a política de cooperação entre as agências estatais e as associações. Usam

---

6 CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Trad. Carlos Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 16.

7 ALBERTONI, Francesco. *Movimento e Instituzione*. Bolonha: Il Mulino: 1977, p. 37.

as redes sociais, a mídia, para buscar seus intentos. Pois, seus integrantes sabem, que o "modelo de vida e de trabalho, na era da globalização, exige que as pessoas tenham mais habilidades comunicativas do que acervos de conhecimento ou grande experiências anteriores, no domínio de certa técnicas ou saberes especializados"[8].

Outro dado importante a se registrar: na década de 1990, ocorre a volta dos movimentos sociais ao cenário político internacional como forma de pressão ou de manifestação de sua vontade. As marchas tornaram-se parte de agenda comum dos grupos organizados e as estruturas institucionais reformularam a arquitetura dos símbolos e espaços do poder para ter segurança em caso de eventuais distúrbios.[9]

Conceitua-se, assim "*fato multitudinário*" como caso típico de conduta danosa perpetrada diretamente por multidões, perpetrado por particulares (pessoa física ou instituição jurídica) e não sendo esses agentes ou entidades públicas, com interesses convergentes, praticando com violência contra pessoas (conduta penal) e/ou que causam danos ao patrimônio público ou privado, ligados ao caráter de reivindicação genérica ou específica, seja política, econômica e social.

O tema fato multitudinário é controverso na doutrina e na jurisprudência. De qualquer forma, dois elementos o caracterizam teoricamente: ato de multidão e conduta violenta contra pessoas e danoso ao patrimônio público ou privado. Os elementos multidão e violência caracterizam o fato multitudinário. Sempre que houver essas características básicas, está-se diante de "fatos multitudinários", como no caso das manifestações públicas que extrapolam os limites dos direitos coletivos constitucionais e ocasionando atos atentatórios às pessoas, ao patrimônio público, à propriedade privada, como os saques e as depredações.

A doutrina confunde movimento multitudinário com fato multitudinário. Assim, faz-se necessária essa separação conceitual para não confundir com movimento social. A estudiosa do assunto Sônia Sterman dá um novo enfoque jurídico ao movimento multitudinário e conclui que "esses movimentos violentos produzidos pelas multidões nada mais são que a liberação do irracional do inconsciente de cada indivíduo que foi reprimido pelo movimento político-social anterior"[10]. Para José Cretella Júnior os movimentos multitudinários são "deslocamentos de povos ou de parte da população, como conseqüência de fatos sociais, políticos ou econômicos que ocorreram num dado momento histórico"[11].

Há distinção entre os fatos multitudinários e outros tipos de movimentos

---

8 GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais.* São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 341.

9 GOHN, Maria da Glória. Ob.cit. p. 339.

10 STERMAN, Sônia. *Responsabilidade do Estado: movimento multitudinário: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

11 CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* São Paulo: Saraiva, 1980. p. 224.

sociais e populares. Esses fatos distinguem-se de outros praticados por grupos de pessoas, pois possuem características peculiares para que se configurem a responsabilidade civil do Estado. Vejamos algumas características marcantes dos fatos multitudinários diferenciando dos demais movimentos de multidão:

1) Os movimentos sociais são manifestações reivindicatórias, perante o Estado, de grupos sociais organizados ou não em instituições jurídicas, como sindicatos e associações, decorrentes de fatos sociais, políticos ou econômicos, sem uso da violência. Contudo, esses movimentos podem transbordar em fatos multitudinários, quando seus integrantes passam a praticar atos de vandalismo contra bens e pessoas. Movimentos sociais não se confundem com fatos multitudinários.

2) As multidões de pessoas, em face de certas características que lhes são peculiares, têm diferentes repercussões jurídicas, como rixa, linchamento, movimentos comemorativo, terrorismo, revolução, desobediência civil, greve política, atos de guerrilha, saques e depredação. Cada caso, uma distinta análise jurídica, que pode ou não estar diante de fato multitudinário;

3) Fato multitudinário diferencia-se também da noção simples de crime, pois induz à necessidade da verificação isolada de cada ato praticado pelos integrantes do movimento que cause dano, para se averiguar se constitui conduta típica, antijurídica e culpável.

4) As pessoas que perpetram fatos multitudinários têm interesses convergentes, em regra. Seus integrantes esboçam um descontentamento com o governo ou a própria sociedade, em conseqüência do "mal estar" social, política ou econômica. Os participantes não conflitam entre si, agem de forma conjunta, objetivando o mesmo fim e, por conseqüência, causam danos ao patrimônio público ou de particulares ou à integridade física de terceiros.

5) As pessoas que perpetram fatos multitudinários são constituídos por particulares, não podem ser agentes públicos. Não é viável a ocorrência de fatos multitudinários praticados pelos próprios agentes públicos; estes tão somente atuam ou para debelar tais fatos, evitando danos públicos ou a particulares, ou, devendo fazê-lo, se omitem.

2. Contexto das manifestações públicas no brasil

Os protestos no Brasil inicialmente surgiram para contestar os aumentos nas tarifas de transporte público, principalmente nas grandes cidades brasileiras que ganharam forte apoio popular depois da repressão violenta e desproporcional que foi promovida pelas policiais militares contra as passeatas, levando grande parte da população a apoiar as mobilizações.

Os protestos geraram grande repercussão nacional e internacional. Atos semelhantes rapidamente começaram a se proliferar em diversas cidades do

Brasil e do exterior em apoio aos protestos, passando a abranger uma grande variedade de temas, como os gastos públicos em grandes eventos esportivos (copa e olimpíadas), a má qualidade dos serviços públicos e a indignação com a corrupção política em geral. Diziam "os governantes agora somos nós!". No decorrer dos protestos, surge uma série de reivindicações políticas, econômicas e sociais heterogêneas, reflexo do desejo de seus participantes de mudanças no modelo social-democrático e econômico.

Os protestos de junho de 2013 foram as maiores eventos de multidão no Brasil desde as mobilizações pelo *impeachment* do então Presidente Fernando Collor, em 1992, e tiveram grande aprovação da opinião pública. A inversão do apoio social ocorreu quando apareceu a violência nas manifestações. Em resposta, o governo anunciou várias medidas para tentar atender às reivindicações dos manifestantes e o Congresso Nacional votou uma série de medidas legislativas, e os governos em diferentes níveis revogaram os aumentos das tarifas nos transportes.

Esses protestos públicos alteram completamente sua forma na ordem internacional e nacional, com grande possibilidade de serem assimétricos e irregulares. Num determinado período histórico, aparece uma região ou um setor com força e vitalidade e com determinadas demandas, depois aparece em outras regiões e com outras pautas. As manifestações no Brasil seguem o mesmo processo de "propagação viral" de protestos em outros países, como a Primavera Árabe, no mundo árabe, *Occupy Wall St*, nos Estados Unidos, e *Los Indignados*, na Espanha. Essas manifestações são uma série de protestos espontâneos de cidadãos inicialmente organizados pelas redes sociais e idealizados em primeiro momento pela plataforma civil e digital[12].

O Prof. Manuel Castells, em conferência sobre redes de indignação na internet[13], diz que as manifestações populares que vêm ocorrendo no Brasil desde junho de 2013 têm muitas similaridades com as que surgiram ao redor do mundo. Sobre esse aspecto, Castells observou que, apesar dos contextos distintos, esses movimentos têm mais semelhanças do que diferenças. Para ele, há um padrão em todas essas ações, orientado para a ocupação dos espaços públicos, como é o caso da materialização da revolta com interação constante entre o físico e a internet.

Essas manifestações de protestos nas cidades brasileiras de 2013 possuem

---

12 Vd. CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Trad. Carlos Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

13 Manuel Castells, sociólogo espanhol, professor que domina os aspectos relacionais da internet, em encontro realizado em Porto Alegre (24 de junho de 2014), foi aplaudido de pé ao finalizar a sua conferência.
http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eustudante/ultimasnoticias_geral/33,104,33,99/2014/06/24/professor_interna,434249/artigo-o-papel-do-professor-na-era-da-internet.shtml.

características próprias, diferentes dos clássicos eventos históricos, pois, misturam atos de desobediência civil com atos criminosos, tais como: 1) são organizadas pelas mídias eletrônicas; 2) sem a presença ostensiva de liderança, próximo do modelo de organização anarquista[14]; 3) qualifica-se por uma ação pública de massa e simbólica, própria da desobediência civil[15]; 3) manifesta-se de forma coletiva e pela ação "violenta" e "não-violenta", conforme o caso, com danos materiais e pessoais; 4) realizam num contexto democrático, de modo legítimo, que permite aos seus manifestantes adotar diversos comportamentos, seja por consciência política, responsabilidade social ou por necessidade material; 6) não acreditam no processo político-eleitoral e nas representações governamentais, sindicais etc; 7) são pautadas por discurso genérico de reivindicação, centrado na questão da tarifa de ônibus, contra a corrupção, contra as despesas públicas do mundial de futebol e olimpíadas) etc.

Os manifestantes questionam a ordem política e econômica, como a grande imprensa, representada pela televisão. Os agentes políticos viram-se expostos como mentirosos e corruptos. Governos denunciados. Os banqueiros como os "sanguessugas" da sociedade, alvos de desprezo universal. A mídia, principalmente a televisão, tornou-se fonte permanente de manipulação. A total descrença e a desconfiança no sistema social, político e econômico turbinaram as consciências individuais e coletivas. Dependendo do enfoque político, pode-se ampliar a pauta de reivindicação de participação política e enumerar outras questões, tendo em vista a construção de uma efetiva *res publica*: 1) democratização de rádio e TV, sem monopólio privado; 2) voto facultativo; 3) extinção do Senado Federal e suas atribuições transferidas para uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados; 4) redução pela metade o número de vagas para deputados; 5) transparência pública de todas as contas públicas; 6) redução de órgão públicos e de Ministérios; 6) cláusula de bloqueio para partidos com representação de 5% do eleitorado, para melhorar a qualidade da representação; 7) férias de apenas 30 dias para todos os políticos e juízes; 9) ampliação do controle dos agentes políticos, como o "ficha-limpa"; 9) fim das mordomias de integrantes dos três poderes de governo; 10) prisão para quem desviar dinheiro público (elevando-se para a categoria de crime hediondo) e devolução em dobro etc.

Quase todos esses protestos eram pacíficos e reivindicavam mudanças

---

14 A fonte de justificação anarquista traz a idéia da autonomia da liberdade individual que se antepõe a toda forma de poder sobre o homem, especialmente o poder do Estado, conforme os expoentes Henry Thoreau (1817-1862), Leon Tólstoi (1828-1910), Mikhail Bakunin (1814-1876), Pierre Proudhon (1809-1865).

15 Os conceitos sobre desobediência civil são variados, mas advém de autores franceses e americanos, vinculando-se com as personalidades de Étiènne de La Boétie, Henry Thoreau, Mahatma Gandhi e Martin Luther King.

na política e nos valores da sociedade, pois os manifestantes consideram que os partidos políticos não os representam nem tomam medidas que os beneficiem. De outro lado, surge os protestos violentos que reivindicam uma mudança na política em pauta genérica, desde a morte aos políticos, passando por símbolos anarquistas até as saudações hitleristas. Os jovens se autodenominam anarquistas, anticapitalistas, nazistas, conforme o grupo, e pregam a desobediência civil nas redes sociais.

A ação policial para conter os manifestantes recebeu duras críticas, especialmente das entidades ligadas aos direitos humanos, dizendo que "veem com preocupação o aumento da violência na repressão aos protestos contra o aumento das passagens de ônibus" e que "também é preocupante o discurso das autoridades sinalizando uma radicalização da repressão e a prisão de jornalistas e manifestantes". As chefias de polícia se diziam encurraladas em duas posturas extremas: de um lado, agiam de forma muito violenta e também para se defender, e de outro lado, não agiam, devido a critérios políticos de enfrentar os protestos sem violência, ou que a suposta demora na atuação policial se deu porque não esperavam tamanho número de manifestantes.

A sociedade civil também se dividia no apoio e na reprovação. A demonstração clara da confusão de valores também se colocou no debate público. Nas ruas, a depredação é confundida como civismo; direito de manifestação como direito de quebra-quebra; existem apenas direito. Deveres públicos não existem. Na internet, pirataria é confundida como liberdade ou democratização da cultura; a polícia é identificada apenas como repressão as liberdades públicas. De imposturas em imposturas, de ambos os lados, chegamos ao limite da situação em que se esvaziam os movimentos sociais, devido ao excesso de violência, reprovado pela maioria da população. Esta aprova o protesto, mas não aprova a violência nos protestos.

Inicialmente, parte da mídia faz uma cobertura mais conjuntural das passeatas, apoiando e ao mesmo reprovando, realçando os pontos negativos dos eventos. Revoltas têm ocorrido em países de bom crescimento econômico em anos recentes, como é o caso da Turquia, dos países árabes. O Brasil não apresenta as condições objetivas no campo econômico para os protestos devido aos indicadores razoáveis de emprego e distribuição de renda. Parece-nos que estamos diante de um "mal-estar civilizatório". O que aproxima a revolta dessa juventude é a grande acessibilidade à informação e às mídias sociais.

Os outros grupos defendem a presença de partidos em manifestações e criticam o teor anti-partidário existente. No entanto, ainda não está claro se o movimento seria majoritariamente despolitização ou anti-partidário. A rejeição à presença de bandeiras partidárias pode ser analisada como crítica aos tradicionais instrumentos de organização partidária. Os analistas descrevem de várias maneiras

esses protestos que é "anti-institucional", "antipolítica", "anticíclica" ou "mal-estar civilizatório".

Os movimentos sociais organizados por setores específicos, como os sem-terra, sem-teto, feministas, negros sempre denunciaram a violação de seus direitos pelo governo, que, agora, tenta dividir esses movimentos. No entanto, a disputa política para a absorção dessa multidão insatisfeita já começou e não se sabe se essa multidão será facilmente manobrável em direção a determinada ideologia ou se a mesma reivindicará por mudanças fora do espectro partidário. Mas está claro que há um *deficit* de democracia representativa e de governança. Apesar de ser uma multidão despolitizada, há receios de que ela seja manobrada por grupos específicos.

Onde está a fonte dessa combustão? Primeiro, a sociedade de classes não é mais a mesma entre apenas burguesia e operários. O perfil do militante também mudou daquele apaixonado por política e permeado por alto grau de teorias, que a "tudo explicava". Há muito tempo já não vê mais aquelas greves importantes de operários. Pode haver greves pontuais, mas nenhuma como a que ocorriam nas décadas de 1970/1980. Temos, hoje, novos sujeitos sociais originados da inclusão social de milhões de brasileiros extremamente pobres que passaram a comer e ir para a escola, que eram invisíveis e hoje estão na arena pública e formam uma nova classe social, chamada de "C". Querem mais, mas o sistema político-econômico tem limites em conceder novos ganhos e novos direitos. A combustão desses conflitos são deste novo contingente sobre o Estado, que quer mais renda e melhor serviço público e qualidade de vida. Esta mudança gerou no Brasil um novo tipo de movimento em que o conflito não é mais de classe contra classe, no seu sentido tradicional. Agora, um militante mais conjuntural com reivindicações pontuais, exceto alguns grupos que "pregam o caos", no dístico "quanto pior melhor". Tudo isso é muito vivo, latejante, em formação. Surge o conflito das maiorias com as minorias e também a inversão de tudo isso, a "ditadura das minorias", fundado no direito à diferença. Os jovens querem ver e ser vistos, para isso freqüentam o Shopping Center, como paraíso do consumo, como no caso dos rolezinhos em *shopping center*[16].

3. Protesto e resistência

Os protestos são atos de resistência política, de desobediência civil. Chama-se "desobediência civil" porque os que protestam vêem que não cometem nenhum

16 O rolezinho em *shopping center* envolve coordenar encontros nesses locais entre centenas de jovens de origem pobre. Os encontros são marcados pela internet, quase sempre por meio de redes sociais. Os rolezinhos ganharam destaque no noticiário brasileiro devido a supostos delitos cometido por alguns participantes. Por outro lado, o fenômeno é analisado por alguns sociólogos como sendo um "apartheid" social que denuncia a desigualdade social e racial no país.

ato de transgressão da obrigação jurídica, julgando, por sua própria consciência, que estão agindo de forma adequada. Dessa forma, não reconhecem ao Estado o direito de punir os seus integrantes[17]. O problema da justificação jurídica da desobediência civil se inscreve no contexto da crise de legitimidade dos procedimentos de defesa da ordem político-jurídica, como consequência da defesa da Constituição em razão da materialidade do direito constitucional.[18]

A desobediência civil, nesse caso dos protestos, opera com várias disjuntivas de justificação: faz a negação de uma parte da ordem jurídica, ao pedir a reforma ou a revogação de um ato oficial (tarifas públicas) mediante ações de mobilização pública junto aos órgãos de decisão do Estado. A desobediência civil, assim entendida, opera com mecanismo indireto de participação da sociedade (protestos públicos), já que não conta com suficientes canais participativos junto às esferas do Estado, ou já não funcionam ou as queixas nem terão qualquer efeito. Esses fatos chamam-se resistência ativa, que impunham uma sanção moral aos governantes, pois esses "não" respondem aos anseios da população, que querem participar da vida nacional, mas os "canais" institucionais estão bloqueados ou já não funcionam, as queixas não serão ouvidas ou não são suficientes junto às esferas do Estado.

Desta forma, os protestos têm um conteúdo simbólico que, geralmente, se orienta para a deslegitimação da autoridade pública ou da lei (tarifas públicas, inicialmente), como a perturbação do funcionamento das cidades e de instituições públicas e privadas, a fim de atingir as pessoas situadas em seus centros de decisão. Isso implica a formação da tensão do grupo social, caracterizada por um teor de consciência razoável, de muita publicidade e agitação. Das variáveis, a que mais chama a atenção da sociedade e da mídia é a estratégia do uso da força pública, que aumenta a deslegitimação da autoridade, e de outro lado, nos caso de violência e depredações de patrimônio pelos manifestantes. Na tensão entre cidadão e estado, ordem e lei, poder e liberdade, apesar das naturezas conflituosas e instáveis, pode-se encontrar um ponto ótimo de convivência dentro do modelo democrático. Os desequilíbrios entre Estado e cidadania não são saudáveis para as partes, vide o cansaço social pelo excesso de protestos contra o Mundial de futebo. Havendo um desequilíbrio em favor do Estado, poderá haver conseqüências gravíssimas para a liberdade, como aconteceu com a experiência totalitária do nazismo e stalinismo. De outro modo, desequilibrando em favor da liberdade, nega-se o papel do poder estatal em organizar a vida coletiva. A simples negação

17 BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 188.

18 ESTÉVEZ ARAUJO, José. *La Contitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trota, 1994, p. 143.

da autoridade também, em parte, é a própria negação da liberdade, já que aquela é que garante o exercício desta. A devida correspondência de limites entre poder e liberdade torna-se a obra mais acertada sob o ponto de vista da experiência democrática entre os manifestantes e o exercício do poder.

A estratégia das manifestações induz a mudança no sistema político, seja no ato que autoriza o aumento da passagem de ônibus, seja nas autoridades, e tem uma justificação moral assentada numa legitimidade real, em harmonia com os princípios da justiça, que se converte numa forma "controlada de desordem" e numa definitiva forma democrática de protesto. Desta forma, os protestos legítimos e sem violência poderão passar para a história como o vestibular da cidadania ativa dessa geração juvenil, pois dela inauguram uma nova forma de resistência civil, uma contribuição ao aperfeiçoamento do sistema democrático.

Esses fatos decorrem de problemas da estrutura do poder político-jurídico, porque este é que opera os conceitos de poder e de limites do Estado e do indivíduo. A sociedade moderna conhece o fundamento do poder pela legitimidade política, que se afere pela variável da adesão à obrigação de obediência. O poder político que pretende ser legítimo encoraja a obediência e desencoraja a desobediência. Exatamente do resultado do embate político dependerá, em parte, a legitimidade do poder político, mas isso não significa uma submissão cega à estrutura jurídica.

A ordem social, por necessidade existencial, tem que aspirar a ser poder político-jurídico, a ser ordem estatal. O poder político tem méritos e defeitos. Existe o poder como instância separada que assegura o comando de "alguém", o que implica a obediência aos outros. E o porquê obedece-se? Várias são as respostas. A primeira razão é o costume, no início, os homens vêm-se vencidos pela força, e logo tanto somos educados e criados na "servidão da obediência", contentam-se em viver como nasceram. No entanto, esses manifestantes entendem que "não" participam desse pacto de poder político, pois dele não participam. Apenas sentem o peso do poder e não podem ser impedidos de sacudi-lo, numa "lembrança primitiva" da liberdade.

As liberdades individuais e a função da autoridade tornam-se elementos jurídicos, que devem fazer a separação entre as articulações de poder político com os manifestantes. Os espaços são regrados e institucionais. A questão das manifestações que se fazem de forma institucionalizada, contudo não é uma relação simples e linear, pois há uma multiplicidade de formas de ação, que vai desde o conflito aberto até a auto-composição com as autoridades.

4. Responsabilidade civil do Estado

As normas da responsabilidade civil *in genere* não são previamente definidas como de natureza de direito público ou de direito privado. Somente diferenciam-se após identificarmos o nexo causal e o responsável pelo dano praticado, seja o

Estado, seja o particular. Na esteira deste raciocínio, a responsabilidade pública é noção específica do direito administrativo, informada por princípios de direito publico apenas com pontos em comum com os princípios que informam a responsabilidade no direito privado. Já o ilícito praticado pelo particular, em tese, responde por seus atos, conforme configuração do Código Civil.

A responsabilidade do Estado, ao longo do tempo, é explicada por diversas teorias que fundamentam a atuação estatal e regulam as suas conseqüências em dado momento histórico. O instituto da "responsabilidade civil" teve sua origem no direito romano, partindo-se da idéia de vingança privada e surgindo, posteriormente, a partir da intervenção do Poder Público, com a Lei das XII Tábuas, a reparação civil. E, na fase final da sua evolução no direito romano, com a Lex Aquilia, em que a responsabilidade era proporcional ao dano causado, introduzindo-se, então, o elemento culpa como fator decisivo para a responsabilização. Na era do Estado Absoluto, imperava a ideia de irresponsabilidade, pois o Estado era soberano e a figura do rei confundia-se com a do próprio Estado, aquele escolhido por Deus e dotado de poder e imunidade política. Logo, os atos praticados por ele sempre eram tidos como justos. Entretanto, após a Revolução Francesa, passou-se a responsabilizar o Estado por atos ilícitos dos seus agentes e, posteriormente, até por atos lícitos.

Em 1916, o Brasil promulgou o Código Civil, no qual instituiu a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos ilícitos de seus representantes com base na teoria da culpa. Em 1946, o Brasil consagrou a responsabilidade estatal na Constituição Federal, embasada na teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo. Dessa mesma forma, reitera-se a responsabilidade estatal na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, asseverando que a Administração Pública, ao exercer as suas atividades, cria um risco para os administrados e potencializa a eventual ocorrência de danos ao particular, indenizando no que couber. O fundamento da responsabilidade estatal objetiva está no princípio da solidariedade social e da igualdade de encargos.

O fundamento da responsabilidade do Estado tem duas vertentes: a que decorre de atos lícitos e a que resulta de atos ilícitos. A primeira tem por base o princípio da igualdade de todos os administrados perante os encargos públicos; a segunda, o princípio da legalidade, segundo o qual aquele que age de maneira contrária à lei e, ao fazê-lo, causa dano a alguém, está obrigado a reparar o dano. A idéia-força da responsabilidade do Estado é sua vinculação ao princípio da legalidade, como afirmou José Joaquim Gomes Canotilho: "Como conquista lenta mas decisiva do Estado de direito, a responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. E instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indenização por sacrifícios autoritativamente imposto cumpre uma função e ineliminável no Estado

de Direito Material – a realização da justiça material"[19].

A responsabilidade estatal extracontratual tem cunho patrimonial, pois visa à reparação de danos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define que "a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados em decorrência de comportamentos comissivos e omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos".[20] E, continua sua afirmação: "Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maiores do que o imposto aos demais membros da coletividade"[21].

Quanto às características de imputação de responsabilidade civil assente na doutrina se apresenta de forma objetiva (teoria do risco) e subjetiva (teoria da culpa). A teoria da responsabilidade civil do Estado, no caso dos fatos multitudinários, relaciona-se a problematiza sobre as teorias do Risco administrativo e do Risco Social. Se para a teoria do risco administrativo basta demonstrar o dano e o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do agente público para assegurar a responsabilidade estatal. Surge a polêmica sobre a natureza jurídica da responsabilidade do Estado por conduta omissiva, por que indenizar o dano já que não causou? Como se mede o uso da violência estatal? Pois, se o Estado atua com mais violência vai ser criticado e condenado e se usa de forma moderada também será condenado. Eis, a equação da razoabilidade e da proporcionalidade.

Para alguns doutrinadores, a aplicação do dispositivo constitucional no que tange à responsabilidade estatal somente é devida em casos de condutas comissivas do Estado, com aplicação, para estas, do Código Civil Brasileiro; enquanto, para outros, a responsabilidade promulgada na Carta Magna abrange as duas modalidades de condutas do Estado, pois o legislador não estabeleceu de forma expressa qual a conduta a que se referia, podendo-se entendê-la como sendo comissiva ou omissiva. Partindo-se dessa premissa, nasceu a ideia da solidariedade no seio da sociedade, consubstanciada no princípio da solidariedade social: diante da desigualdade em que se encontra o particular perante a coletividade, todos devem concorrer para a reparação do dano por meio do erário. A socialização do dano, associada à teoria do risco administrativo, foi o primeiro passo para o desenvolvimento da teoria do risco social, uma vez que esta não era suficiente

---

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos.* Coimbra: Almedina, 1974, p. 13.

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo,* 9.ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 501.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.,* p. 208.

para fundamentar a responsabilidade estatal em todos os casos em que o Estado tinha o dever de indenizar. Tal teoria inova ao abranger os danos não imputáveis diretamente ao Poder Público, sob o argumento de que os prejuízos sofridos pelo particular não deviam ficar sem o amparo estatal.

Dentro da classificação de responsabilidade do Estado, quase assente na doutrina, além dos decorrentes de ato lícito ou ilícito, temos também os atos decorrentes de condutas comissivas ou omissivas dos agentes públicos. Essa polêmica em torno da natureza jurídica da responsabilidade estatal por conduta omissiva é pertinente quando se estudam os fatos multitudinários e a responsabilidade do Poder Público. Se o Poder Público, quando lhe era possível, deixa de evitar danos causados por atitudes ilícitas praticadas por fatos multitudinários será obrigado a indenizar o administrado lesado, uma vez que falhou no cumprimento de seu dever de proteção da segurança, da vida e da propriedade de particulares. Por outro lado, quanto ao patrimônio público, que é bem de interesse coletivo, tem o cidadão direito sobre ela e pode exigir que esta esteja em perfeito estado de conservação. Assim, se o Estado não tomou as medidas necessárias para assegurar a integridade desse bem, os cidadãos têm a faculdade de exigir do Poder Público as providências necessárias nesse sentido (ação de indenização).

No caso, se o dano sobrevier de atos lícitos causados pelos agentes a serviço da Administração Pública, a indenização será devida, pois o ato ou fato administrativo é de interesse público, sendo o lesado ressarcido com o dinheiro proveniente dos tributos arrecadados pelo Estado. Já no caso de o dano sobrevir de atos ilícitos, o fundamento dessa responsabilidade decorre da infringência do princípio da legalidade, quer dizer, o agente público pratica um ato contrário à lei ou deixa de praticá-lo quando imposto por lei, ou um terceiro, que causa danos a alguém. Tal reparação será devida pelo Estado, ressalvada ação de regresso contra o agente, autor da conduta ilícita, devendo este ressarcir o prejuízo experimentado pelo erário. Dessa forma, a responsabilidade civil implica o dever de indenizar quer sejam os prejuízos causados aos particulares decorrentes de atos ilícitos, quer os advindos de atos lícitos.

5. Problematização de mérito

1. Primeira questão: quem responde civilmente pelos fatos multitudinários? O sistema jurídico está autorizado a criminalizar os movimentos sociais ou apenas as pessoas físicas ou jurídicas causadoras de dano? A Constituição não autoriza criminalizar os movimentos sociais por ser a essência das pulsações do Estado democrático, mas autoriza a condenação dos seus integrantes, seja pessoa física ou jurídica. Quanto às pessoas físicas, não traz nenhuma novidade, pois a Constituição autoriza a interpretação da individualização da culpa e da pena (art. 5º., XLVI,

CF), e pelos atos produzidos por agentes públicos (art. 37, § 6º. CF). Registra-se o julgado da condenação do líder sindical dos professores de São Paulo[22].

Quanto à responsabilização das pessoas jurídicas, o sistema jurídico traz algumas novidade e complexidades, contudo vencido esse aspectos, cabe essa responsabilização por fatos multitudinários, desde que alcance algumas condições, que seja cometida por pessoa autorizada ou por decisão de entidade[23].

---

22 O presidente do sindicato dos professores de São Paulo, Carlos Ramiro de Castro, foi condenado a pagar R$ 3,3 milhões de indenização à cidade devido a uma passeata realizada em 5 de outubro de 2005. A sentença dada pela juíza Laura Mattos Almeida estabelece que o pagamento deva ser feito por Carlos Castro, e não pela Apeoesp (Sindicato dos Professores do Estado de São Paulo). A decisão da juíza corrobora com o que determinou o Supremo Tribunal Federal, que impôs restrições às paralisações nos serviços públicos ao estender a lei de greve do setor privado para o funcionalismo. A decisão do Supremo levou centrais a exigir nova lei de direito à greve. A manifestação foi legítima, no entanto, deveria ter sido anunciada antecipadamente, segundo ela. O sindicato alega em nota que a passeata não estava prevista e teria sido decidida em assembléia, e não de forma isolada pelo sindicalista. A entidade ainda está obrigada a publicar a decisão nos jornais paulistas. A decisão, por votação unânime, é da 4ª Câmara de Direito Privado. A turma julgadora aceitou em parte o recurso do Ministério Público. Manteve a condenação por danos materiais estabelecida, em primeira instância, no valor de R$ 302,1 mil, mas reduziu a condenação por danos morais de R$ 3 milhões para R$ 906,4 mil. O Tribunal levou em conta a reincidência da entidade em promover passeatas em locais públicos sem comunicar às autoridades. "Não seria producente para o processo civil de resultados fixar valor de menor expressão porque a Apeoesp não alterou a conduta, apesar das duas outras condenações, revelando uma recalcitrância que somente arrefecerá respondendo à altura de sua obsessiva intenção de causar danos difusos e coletivos, ainda que a pretexto de defender os interesses da categoria", afirmou o relator, desembargador Ênio Zuliani. O Ministério Público argumentou que fez prova e que a defesa não contestou o relatório da Companhia de Engenharia de Tráfego (CET) que dava detalhes de todo o desenrolar da manifestação. Alegou que a entidade não avisou previamente as autoridades do Município sobre a passeata e o itinerário da manifestação, o que provocou prejuízo aos direitos de terceiros. A turma julgadora decidiu que a Apeoesp não fez aviso prévio e, com a manifestação, causou prejuízo para milhares de pessoas, cujos direitos não foram respeitados pelos professores presentes na passeata. O tribunal destacou que a região ocupada pela manifestação abriga hospitais e é um importante corredor para atendimentos médicos e deslocamentos de emergência. "A responsabilidade pelo dano decorrente do congestionamento e que prejudica o cotidiano de milhares de pessoas, tanto no espírito como no aspecto material, recai no promotor do mega evento e que se destacou pela negligência quanto ao dever de avisar a administração para que o trânsito fosse organizado, com desvios e manobras contemporizadoras do engarrafamento", disse o desembargador Ênio Zuliani. O relator lembrou outras duas condenações sofridas pela Apeoesp no tribunal paulista por conta de manifestações feitas sem aviso prévio. O desembargador disse que, por conta desse passado, não poderia favorecer a entidade com a atenuante dispensada aos novatos ou iniciantes em práticas ilegais. Segundo Zuliani, a conduta desafiadora da entidade instalou o caos na cidade e essa atitude não pode ficar impune, sob pena de desrespeito à lei e aos direitos das demais pessoas. "A Constituição Federal não poderia conceder o privilégio de permitir reunião sem sanções aos abusos e ilícitos cometidos, disse o desembargador.

23 O STF recentemente decidiu que é possível manter a condenação da pessoa jurídica mesmo

Assim, registram-se duas leis: lei 9.605/98 dos crimes ambientais; lei 12846/2013 relacionada aos crimes de corrupção praticada pelas pessoas jurídicas[24].

A Constituição de 1988 autoriza a responsabilidade penal das pessoas jurídicas sobre crimes ambientais. O disposto no § 3º do art. 225, CF, norma constitucional evidentemente de eficácia limitada, somente ganhou aplicabilidade quando foi regulamentado pela Lei 9.605/98, que no seu artigo 3º "as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

Num sentido mais amplo, porém, interpretar o direito é fixar-lhe o sentido e o alcance, no caso das manifestações públicas e dos fatos multitudinários perpetrados por pessoas jurídicas seria uma interpretação alargada da tipicidade do art. 3º. da lei 9.605/98, já que é possível identificar os autores, a entidade organizadora, como no caso da condenação do sindicato dos professores de São Paulo[25].

Não obstante a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, não há ainda uma legislação específica que regule a responsabilização do Poder Público pelos danos decorrentes de fatos multitudinários, que diferencia o Brasil de outros países que já a possuem como a Argentina, em virtude dos piqueteiros[26].

---

que fique comprovado que seu representante legal não praticou o delito. No julgamento do AgR no RE 628582/RS, o Ministro Dias Toffoli consignou em seu voto que: *"(...) Ainda que assim não fosse, no que concerne à norma do § 3º do art. 225 da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural.*

24 A lei 12.846/2013 dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores que partícipe do ato ilícito.

25 Condenação de Sindicato. Fatos: O Ministério Público de São Paulo ajuizou ação contra a APEOESP (sindicato dos professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo) que parou o trânsito na Avenida Paulista, em 2009, que geraram quilômetros de lentidão, sem que tivesse havido comunicação prévia ao Poder público para efeito de providências com desvios alternativos no trânsito. A Justiça deu ganho de causa ao MP, a sentença definitiva exige o pagamento de R$ 156.410,64 ao Fundo Estadual dos Interesses Difusos Lesados (Lei Estadual nº. 6536/89 e Decreto nº. 1306/94).

26 Movimento de caráter reivindicatório genérico, assemelhado a uma organização paramilitar, muito hábil no emprego de táticas midiáticas e de mobilização, articulado internacionalmente com correntes ideológicas reconhecidamente marxistas. Demonstrando um alto grau de mobilização e capacidade de intimidação, as organizações piqueteiras interrompem o tráfego nas ruas e avenidas centrais, dificultando a livre circulação de pessoas ou mercadorias. Inclusive expondo o cidadão comum a graves riscos, em clara violação da Constituição e do Código Penal argentino.

2. A segunda questão problematiza se a responsabilidade civil do Estado terá natureza objetiva ou subjetiva quanto aos fatos multitudinários. Vários doutrinadores já se manifestaram sobre o tema:

Responsabilidade subjetiva: alguns autores brasileiros afirmam que a responsabilidade do Estado decorrente de fatos multitudinários é subjetiva é capitaneada por Pontes de Miranda[27], Celso Antonio Bandeira de Mello[28] e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[29], Sônia Sterman entre outros. Entendem, por poucas variações conceituais, que a responsabilidade seria subjetiva, pois dependente apenas da prova da existência de culpa. Advogam a ideia de que a responsabilidade seria subjetiva porque o dano não seria (na hipótese de omissão) causado pelo agente público, e sim por terceiro manifestante. Logo, a conduta do agente não seria causa e sim mera condição do dano. Os danos produzidos pelo fato multitudinário encartados na hipótese de danos não causados por agentes públicos, porque a omissão da autoridade em não conter a violência é condição do dano e não causa. Desse modo, trata-se de caso de responsabilidade do Estado por omissão e esta só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização do serviço público, que não funciona ou funciona mal.

Pontuou-se a passagem da responsabilidade subjetiva por culpa, já permeada pelas presunções da mesma, e pela inversão do ônus da respectiva prova, para aquela chamada de culpa administrativa, segundo a fórmula 'o serviço público não funcionou, funcionou mal ou o fez tardiamente; alcançando-se, finalmente, a responsabilidade por causalidade, pela qual basta a identificação do nexo causal entre a ação ou omissão governamental, e o dano; sendo ela, porém, distinta da responsabilidade efetivamente objetiva.

A responsabilidade por conduta omissiva é a área em que o Direito Administrativo deve socorrer-se do Penal. É que, neste ponto, cabe o recurso ao conceito de culpabilidade, distinto do de culpa, mesmo em sentido largo; e que alberga o juízo de censura em face da reprovabilidade, do desvalor da conduta, e o da cognata exigibilidade de comportamento diverso. Também ao Direito Criminal hão de recorrer àqueles ramos jurídicos, no capítulo da responsabilidade pelo risco, tal como disciplinada pelo art. 927, parágrafo único, do Código Civil: responsabilidade independentemente de culpa por atividade que implique

---

27 PONTES DE MIRANDA, F. Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Vol. 3. São Paulo: RT, 1973, p. 545.

28 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Responsabilidade extra-contratual do Estado por comportamentos administrativos. In: *Revista dos Tribunais* no. 552/11-20. São Paulo: RT, outubro/81.

29 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 487.

risco. Incide a regra na responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado governamentais, não abrangidas pela disposição do art. 37, § 6º, da CF, mas submetidas à de seu art. 173, § 1º, II, que as posiciona sob a regência do direito comum obrigacional.

Responsabilidade objetiva: no entanto, outros autores, dentre eles Toshio Mukai[30] e Odete Medauar[31], Álvaro Lazzarini[32], Yussef Said Cahali entendem que a responsabilidade seria sempre objetiva, desnecessária, em conseqüência, a prova da culpa. Apoiam-se nos fundamentos de que as obrigações, em direito, comportam causas que podem ser a lei, o contrato e o ato ilícito. A causa, nas obrigações jurídicas (e entenda-se responsabilidade civil como sendo obrigação) é todo fenômeno transcendente, capaz de alguém obrigar a outrem à exigência de uma prestação de fazer ou não fazer ou de dar. Portanto, a omissão do agente público que cause dano a outrem é causa e não condição, do que decorre da Constituição que agasalha também a responsabilidade por atos comissivos, além dos atos omissivos. Entendem que a omissão do agente é também causa, não mera condição. A causa do dano poderia, então, ser, indistintamente, a conduta comissiva, ou a omissiva, do agente público. Afirmam que os fatos multitudinários são exemplos típicos de responsabilidade objetiva do Estado em razão de conduta omissiva, sob a modalidade de risco administrativo.

Nesse compasso, Hely Lopes Meirelles, ao comentar ao comando constitucional do art. 37, manifestou-se:

O que a constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (agente público) dos danos ocasionados por atos de terceiros, ou por fenômeno da natureza. Observe que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos agentes públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos a atividade administrativa, observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligencia ou imperícia na realização do serviço público, que causou, ou ensejo o dano. Daí por que, a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam

---

30 MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 105.

31 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 430.

32 LAZZARINI, Álvaro. *Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes*. RJTJ/SP, 117/8-26, março-abril/89.

danos aos particulares. Nestas hipóteses a indenização pela Fazenda Pública só é devida se comprovar a culpa da Administração. E, na exigência do elemento subjetivo culpa, não há qualquer afronta ao principio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6º, da Constituição da República, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos agentes públicos e não os atos de terceiros e os fatos de natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos[33].

A responsabilidade civil toma uma feição mais moderna e justa na medida em que a Constituição Federal adota a teoria da responsabilidade objetiva para os casos de conduta comissiva, pois retirou a parte mais frágil da relação jurídica – o lesado – o ônus de provar a culpa estatal.

O Estado Brasileiro subordina-se à responsabilidade objetiva, a qual tem por marca preponderante, o fato de que o lesado não tem necessidade de provar a existência da culpa do agente ou do serviço, bastando apenas a ocorrência de três elementos para ver-se atestada a responsabilidade do Estado: a) fato administrativo – qualquer forma de conduta atribuída ao Poder Público (*culpa in eligendo* – pela má escolha do agente; ou *culpa in vigilando* – pela má fiscalização da conduta do agente); b) dano – elemento inafastável à responsabilização, uma vez que não há de se falar em responsabilidade sem a presença do dano; c) nexo causal – entre o fato administrativo e o dano sofrido haverá de ter uma relação causal, basta ao lesado, pois, a demonstração de que o dano sofrido adveio de uma conduta administrativa (comissiva ou omissiva; legítima ou ilegítima).[34] Se, diante da eclosão de tais movimentos, o Estado deixar de empregar todos os meios necessários para prevenir danos a bens e à integridade física dos cidadãos, garantindo a paz púbica, quando isso era possível, responderá pelos danos daí advenientes por meio do erário.

A responsabilidade objetiva da Administração não exclui o abuso no exercício das funções por parte do agente público. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu agente a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.

Todavia, nada obsta à sujeição do Estado à teoria da responsabilidade objetiva, não será ele penalizado com o dever de indenizar todo e qualquer ato ou fato que venha a causar prejuízo a alguma pessoa. Lembra-se que o Estado não

---

33 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 3d. São Paulo: RT, 1999, p. 555.

34 CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 430.

pode ser responsabilizado pelos chamados atos imprevisíveis, nem tão pouco por dano proveniente única e exclusivamente de ato do agente, hipótese denominada de autolesão. Tal perspectiva encontra-se abarcada pelo texto do art. 945, do CCB que diz: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Nesse caso, não há que responsabilizar objetivamente o Estado, em virtude de que o lesado de alguma maneira contribuiu para que o dano ocorresse, nesta hipótese temos a sua simples exclusão de culpa. Em outra tese, temos a atenuação redunda da minoração da responsabilidade do Estado, por razoável que seja tal solução. Temos dessa forma que se o resultado lesivo foi provocado pela adição da conduta do lesado à conduta estatal, a responsabilidade do Estado será minorada na proporção da participação do lesado nela.

A lesão a direito proveniente de fato única e exclusivamente do lesado assim como fatos exógenos ao querer do Estado, provenientes de sua imprevisibilidade afastam a responsabilização do Estado. Passamos dessa feita à abordagem dessas situações. Por fatos imprevisíveis são eventos doutrinariamente denominados de acaso (fragmentado em força maior e caso fortuito)[35]. A imprevisibilidade inerente ao acaso redunda, por razoável que seja, à irresponsabilidade do Estado pelo dano provocado, justamente pelo fato deste estar fora do normal âmbito de previsibilidade fática do Estado. Todavia, o acaso poderá tornar-se uma concausa, a qual implicará na responsabilização do Estado, ou seja, se por ação ou comissão culposa do Estado juntamente com a ocorrência de fato imprevisível vier redundar em dano a alguém, teremos a responsabilização do Estado, o qual ficará obrigado a reparar o dano na proporção de sua participação no resultado dano.

No entanto, observe que se o os danos forem produzidos diretamente por agente público, no exercício de suas funções em particulares ou em suas propriedades, o fundamento é a responsabilidade objetiva do texto constitucional. Haverá necessidade de se individualizar o agente público, inclusive para fins de ação de regresso.

A reparação de dano, em regra, se processa por meio de ação de indenização, onde a legislação separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe de culpa, para o agente público a responsabilidade depende de culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil. Para se obter a indenização, basta o lesado acionar a Fazenda Pública e demonstrar o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, bem como o seu montante. Comprovados os dois, surge então a obrigação de indenizar, que

35 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116.

pode ser o dano emergente e os lucros cessantes. A indenização por dano moral também é cabível.

3. A terceira questão analisa a natureza jurídica da responsabilidade estatal por conduta omissiva, questiona-se se é pertinente quando se estuda os fatos multitudinários e a responsabilidade do Poder Público. "Não existe razão, de ordem lógica ou legal, para que se faça distinção entre as duas modalidades de conduta (comissiva ou omissiva) para o efeito de responsabilização do Estado".[36]

O Poder Público, no contexto que não agiu quando deveria agir para evitar a eclosão de tais movimentos ou não obstou a sua ocorrência, foi omisso em seu dever de garantir a ordem pública, a integridade física dos cidadãos e de zelar pela propriedade particular de seus administrados, devendo, por conseguinte, reparar os danos suportados pelos particulares, os quais não concorreram para a eclosão de tais movimentos, não sendo justo que estes suportem sozinhos os prejuízos ante as garantias a eles conferidas pela Carta Magna.

A defesa jurídica da Administração Pública, em regra, não aceita a tese da conduta omissiva, contexto em que não agiu quando deveria agir para evitar a eclosão dos protestos ou não obstou a sua ocorrência, foi omisso em seu dever de garantir a ordem pública, a integridade física dos cidadãos e de zelar pelo patrimônio público e a propriedade particular. Por conseguinte, deve reparar os danos suportados pelos particulares, os quais não concorreram para a eclosão de tais fatos, não sendo justo que estes suportem sozinhos os prejuízos ante as garantias a eles conferidas pela Carta Magna. Assim, temos a responsabilidade do Estado por conduta omissiva, mister se faz a demonstração da culpa do agente público para que haja a responsabilidade; para outros, no entanto, tal conduta está perfeitamente amparada pela Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, que se refere à teoria do risco administrativo, sendo desnecessária a prova da culpa por parte do Estado.

A responsabilidade estatal decorrente de falha na prestação do serviço público será elidida, no entanto, em determinadas situações, quando não houver nexo causal entre a conduta omissiva ou comissiva do agente do Estado e o dano suportado pelo particular.

4. Quarta questão enfrenta dois questionamentos: a) a interpretação será na forma restritiva prevista na Constituição Federal (art. 37, § 6º) ou a forma aberta do artigos 186 e 927, do Código Civil? b) o texto da atual constituição autoriza a interpretação de que atos ou fatos não produzidos por agentes públicos, mas

---

36 GANDINI, João Agnaldo Donizeti. Responsabilidade do estado por movimentos multitudinários: sua natureza objetiva. Brasília: Revista CEJ, 18, p. 125-135, jul/set. 2002, p. 134.

pelo fato multitudinário, e que causem danos a particulares, estejam cobertos pela responsabilidade objetiva?

Problematiza-se como a doutrina e a jurisprudência interpretam a imputação de responsabilidade por ilícitos de terceiros contra pessoas e bens, já que a há uma restrição constitucional de imputação apenas aos agentes públicos no exercício dessa função. Quanto ao Código Civil de 2002, há duas interpretações distintas, uma restrita prevista no art. 43, e outra aberta nas redações dos artigos 186 e 927. O art. 37, da Constituição Federal de 1988, como o art. 43, do Código Civil estatui a responsabilidade civil objetiva do Estado, contudo cumpre observar que não se trata propriamente de novidade em nosso direito, haja vista que podem ser citados dispositivos jurídicos preexistentes à própria constituição de 1988 (art. 107 da Constituição revogada), bem como o art. 15 c/c art. 159 do Código civil revogado.

O texto da Constituição de 1988 colocou a matéria no Capítulo da Administração Pública, dessa forma: Art. 37. "§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". O exame deste dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus agentes públicos, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. O vocábulo "agente" abrange, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório.

O art. 43, do Código Civil de 2002, descreve o regime da responsabilidade objetiva: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores dos danos, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

Aplica-se, no caso em estudo, a interpretação aberta dos artigos 186 e 927, do Código Civil estipulam que: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar dano outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." Já o art. 927, descreve: "Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

5. Quinta questão: essa construção teórica nos remete para a hermenêutica jurídica, do estudo do caso *in concreto*, saindo da análise genérica da responsabilidade civil. Argumenta-se, assim, que a interpretação genérica nesse caso não funciona pelas especificidades dos fatos e pela multiplicidade de elementos.

Essa ausência de norma positiva que regule a matéria da responsabilidade dos fatos multitudinários se resolve dentro do sistema jurídico pela interpretação jurídica. No caso em análise, não há norma regulamentadora, então como interpretar? O sistema jurídico indica as possíveis soluções arrastado pelo art. 4º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LIDB), que se deve suprir pela hermenêutica para "revelar os segredos", como o uso dos princípios gerais de direito, a jurisprudência, a analogia e a eqüidade.

Obviamente que essa equação, que o juiz apenas aplica e o legislador produz o direito, não é absoluta e sim relativa, já que a diferença entre os dois é somente de grau e de método: um atende à espécie e olha para o passado, o outro a generaliza e olha para o futuro. As tarefas precípuas da atividade judicial restringem-se ao apuramento do fato, à determinação do direito e à relação material a julgar. Quanto aos fatos, o ônus da prova incumbe ao autor preparar o material que fundamente a responsabilidade civil da Administração Pública, que há de sustentar o pedido para se formar o convencimento do juiz.

Uma relação processual complexa como essa será cada vez mais pautada pelo Judiciário, enquanto lei material e formal não o descrever essas situações fáticas, como no caso desses dois julgados: "Não se admite a denúncia genérica nos crimes multitudinários"[37] ou os "crimes de autoria coletiva ou multitudinários, a exemplo dos crimes societários, não exigem denúncia com discriminação exaustiva de condutas (...)"[38].

Considerações finais

Na sociedade contemporânea, se há, de um lado, maior conforto e facilidades, melhor distribuição de renda e emprego, de outro lado, grassam a violência, a conflituosidade e os riscos a que está submetida cada pessoa ou grupo social. Parece-nos que a sociedade tem mais clareza dos seus direitos e menos dos seus deveres. A Constituição Federal consagrou os grandes direitos chamados de direitos fundamentais. Daí a necessidade da relação jurídica de direitos e obrigações.

---

37 TRF1 - HABEAS CORPUS HC 8715 AM 2005.01.00.008715-7 (TRF-1) Ementa: Processo penal. Habeas corpus. Crime societário. Ausência de justa causa. Ordem concedida. 1. Não se admite a denúncia genérica nos crimes multitudinários. Precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal. 2. A denúncia oferecida em desfavor dos pacientes não preenche os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, uma vez que deixou de individualizar a conduta de cada acusado e de estabelecer o vínculo entre suas condutas e o fato delituoso. 3. Habeas corpus concedido.

38 STF - HABEAS CORPUS HC 96934 SP (STF) Decisão: 73.271/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04/09/1996). Denúncias genéricas. Na fundamentação. Nulidade não configurada. Os crimes de autoria coletiva ou multitudinários, a exemplo dos crimes societários, não exigem denúncia com discriminação exaustiva de condutas. (...).

Os protestos são uma constante no espaço democrático cabendo ao Estado, acautelar-se, dentro do possível, procurando cuidar da ordem e segurança pública, como é seu dever, e as pessoas físicas e jurídicas procurarem colaborar com a segurança pública, comunicando-se com a polícia os atos públicos.

Aprova-se o protesto, mas não se aprova a violência nos protestos. Podem-se fazer protestos, mas responde juridicamente quem o abusar desse direito. Essa é regra do jogo democrático. Erra quem defende a depredação, confundindo-a como civismo ou direito de manifestação como direito de quebra-quebra. As pessoas que perpetram fatos multitudinários argumentam que não são responsáveis pelas depredações e quer essas são decorrentes do uso dos recursos constitucionais da liberdade de expressão. Polícia é identificada apenas como repressão as liberdades públicas. De imposturas em imposturas perdemos a chance das manifestações públicas renovarem os hábitos políticos e administrativos do Brasil.

Os participantes dos fatos multitudinários não conflitam entre si, agem de forma conjunta, objetivando o mesmo fim e, por conseqüência, causam danos ao patrimônio público ou de particulares ou à integridade física de terceiros. Seus integrantes sempre esboçam um descontentamento com o aparelho de repressão do governo (polícia e Judiciário). Quanto à natureza dos atos praticados pela multidão, para o fim de responsabilidade do Estado, deverão se revestir de caráter criminal (violência) e, ao mesmo tempo provas de ação ou omissão, para serem passíveis de reparação civil.

As pessoas que praticam fatos multitudinários são constituídos por particulares, não podem ser agentes públicos. Não é viável a ocorrência de fatos multitudinários praticados pelos próprios agentes públicos; estes tão somente atuam ou para debelar tais fatos, evitando danos públicos ou a particulares, ou, devendo fazê-lo, se omitem. No primeiro caso, será responsabilidade objetiva – porque o dano teria sido causado diretamente pelo agente público, não obstante no exercício do poder de polícia. Porém, no caso de o agente público se omitir, quando devia atuar, a responsabilidade, para aqueles mesmos autores, seria subjetiva, porquanto, nesse caso, a conduta (omissiva) do agente não teria sido causa, mas mera condição, do dano, praticado diretamente por terceiro.

Nesse conjunto de fundamentações teóricas, discorda-se da doutrina que propõe solução simples para questões complexas, embora com argumentos sérios, seja ela para a responsabilidade objetiva ou subjetiva, ou, de outro lado, seja de conduta comissiva ou omissiva, de outro lado. Não se vê qualquer razão para distinguir essas situações na análise dos fatos multitudinários. No primeiro caso, será responsabilidade objetiva, porque o dano teria sido causado diretamente pelo agente estatal, não obstante no exercício do poder de polícia. Porém, no caso de o agente estatal se omitir, quando devia atuar, a responsabilidade, para aqueles mesmos autores, seria subjetiva, porquanto, neste caso, a conduta (omissiva) do

agente não teria sido causa, mas mera condição do dano, praticado diretamente por terceiro. Num caso, o agente causou o dano; no outro, deixou de atuar, devendo fazê-lo, dando ensejo a que o dano ocorresse.

Especificamente em sede de responsabilidade civil do Estado, mais precisamente das pessoas jurídicas de direito público, houve evolução constitucional em 1988 para a categoria objetiva. A questão relativa à natureza jurídica da responsabilidade do Estado por fato multitudinários é complexa e agrava-se pela ausência normativa no Brasil, que deve ser solvida pela hermenêutica.

Assim, por fim, quem responde civilmente pelos fatos multitudinários? Todos que causaram danos e violência, conforme o grau e a intensidade da culpa, seja o Estado, as associações responsáveis e individualmente cada um. Trata-se de uma responsabilidade estatal extracontratual, de cunho patrimonial com a reparação de danos, decorrentes de condutas lícitas ou ilícitas, comissivas ou omissivas, dos agentes públicos.

Apresenta-se como solução provisória do estudo do caso concreto, no devido processo legal, do contraditório, dos argumentos, da interpretação dos fatos, da produção da prova, da defesa jurídica do Estado, assumindo assim a jurisprudência, importante papel no tratamento da matéria, seja pelo risco, pelos danos morais ou materiais, sejam de natureza individual, sejam de índole coletiva. Quanto à condenação, será aferido o grau e a intensidade de culpa, apenas no caso concreto, aferido no processo judicial entre provas e perícias. Inclina-se, assim, não por uma teoria já conhecida, mas pela ponderação de interesses e pela construção da solução jurídica pelo devido processo legal.

A interpretação e aplicação no caso das manifestações públicase dos fatos multitudinários perpetrados por pessoas jurídicas seria uma interpretação alargada da tipicidade do art. 3.º da Lei 9.605/98. A teoria geral das obrigações ministra ser o fundamento genérico do art. 927, do Código Civil e não a leitura exegética do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal da responsabilidade do Estado pelos danos causados por fatos multitudinários. Parafraseando a Prof.ª Patrícia Ribeiro Serra Vieira, assim, pode haver a harmonização entre os princípios da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e da socialização dos riscos, com vistas a atender ao anseio da sociedade por um direito mais social[39].

Diante do cenário turbulento de mudanças, e aos meso tempo vazios de idéias e novas proposições prefere-se continuar acreditando na necessidade de novas utopias a restaurar a esperança de uma sociedade mais justa.

---

39 SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro (Cord). *Responsabilidade civil empresarial e da Administração Pública.* Vol. II., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. viii.

Referências bibliográficas

ALBERTONI, Francesco. *Movimento e Instituzione*. Bolonha: Il Mulino: 1977, pg. 37.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Responsabilidade extra-contratual do Estado por comportamentos administrativos, In: *Revista dos Tribunais* no. 552/11-20. São Paulo: RT, outubro/81.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BOBBIO. Norberto e att. *Dicionário de Política.* Brasília: UNB, 1999. p. 787

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: RT, 1982.*

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Trad. Carlos Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade civil do Estado*. RF 111/359, fevereiro/48.

ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Contitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trota, 1994.

FERRARA, Francesco. Tratado de Direito Civile Italiano (Vol. I). Padova: Cedam, 1921.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais.* São Paulo: Edições Loyola, 1997.

GOMES, Orlando. Obrigações. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LAZZARINI, Álvaro. *Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes*. RJTJ/SP, 117/8-26, março-abril/89.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São

Instituo de Estudos Jurídicos Avançados da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

- 2014/09/23 - The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View
- 2014/09/26 - Open Lecture: "Zero Capital" and Doctrine of Capital Maintenance
- 2014/10/20 - The 6th Legal Forum of Guangdong, Hong Kong and Macau
- 2014/10/23-24 - 2014 Conference on East-Asian Tort Law
- 2014/11/18 - Conference on "15th Anniversary of Macau's Reversion and Foreign Legal Affairs"
- 2014/11/21 - Seminar on Law in Economic and Social Development

Publicações

- Published Macau Law Review N°.12

OUTRAS ACTIVIDADES

- 2014/09/26 - Food Safety Law in China: Reform and Limits
- 2014/11/01 - The Challenges of the New European Commission
- 2014/12/01 - Patterns of Water Law in Europa and Elsewhere

ACTIVIDADES
Centro de Estudos Jurídicos
da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

- 2014/10/17-18 - Seminar on UNCITRAL-UM Conference: Trade Development through the Harmonization of Commercial Law

- 2014/10/27 - Seminar on Expropriation for Public Utility - University of Coimbra and University of Macau

- 2014/10/30-31 - Sétima Conferência Internacional "As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global - A política de planeamento urbanístico e o desenvolvimento económico e social de Macau – perspectiva jurídica"

Publicações

- Boletim da Faculdade de Direito Nº.33, [Língua Portuguesa]
- História do Direito Português, [Língua Chinesa]
- Curso de Direito Administrativo, [Língua Chinesa]
- Direito Administrativo, Publisher in Beijing, [Língua Chinesa]
- Report On Macau Law, Editor: Manuel Trigo, [Língua Inglesa]

Curso de Doutoramento

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Jiao	Basic Law and Administrative Law	Prof. Zeng Lingliang	EU Rule of Law Promotion Abroad and Its cooperation with China in the Context of International Rule of Law	29/08/2014
Pan Xingcheng	Criminal Law	Prof. Zhao Guoqiang	Criminal Analysis System in Comparative Perspective: From Distinctivity to Universality	12/09/2014

Nome	Orientador	Título da Tese	Comentador	Data
Alcides Malavone Alberto Nobela	Prof. Wei Dan	Legal Analysis of Mozambican's Financial Services: Investment Liberalization	Prof. Gonzalo Villata Puig, University of Hong Kong	18/10/2014
Wang Jiangfan	Prof. Rostam Newwirth	Intellectual Property Rights and Access to Human Generic Resources (HGRs): The Benefit-Sharing System in China	Prof. Chen Shun Ling, Institutum Iurisprudentiae, Academic Sinica, Taiwan	11/12/2014
Tang Yanyan	Prof.Wei Dan	Mechanisms for Protecting Right of Privacy and Right to Know of Consumer in Electronic Commerce: A Comparative Analysis	Prof. Hu JiaXiang, Koguan Law School of Shanghai Jiao Tong University	02/9/2014
Li Zhou	Prof. Rostam Neuwirth	The Evolution of 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law and Its Implications for China's Practice	Prof. Zhao Yun,University of Hong Kong	07/11/2014
Luo Xiaowei	Prof. Tu Guangjian	Exploring an Uniform Legal Application on Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards	Prof. Huang Jie, Shanghai University of International Business and Economics	05/12/2014

Nome	Orientador	Título da Tese	Comentador	Data
Lu Yan	Prof. Mo Shijian	Regulation of Maritime Transport Services in ASEAN - Chinese Perspective	Prof. Zhang Liying, China University of Political Science and Law	21/11/2014
Xu Fei	Prof. Tu Guangjian	Cross-border Taking of Evidence in Civil and Commercial Matters: A Suggestion for Inter-regional Cooperation within China	Prof. Huo Zheng Xin, China University of Political Science and Law	29/08/2014
Wang Qian	Prof. Tu Guangjian	An Exploration on the Protection of Weak Party in the Private International Law: From Formal Justice to Substantive Justice	Prof. Huo Zheng Xin, China University of Political Science and Law	29/08/2014
Xue Jiao	Prof. Rostam Newwirth	Design Piracy: A Critical Analysis of the Present Protection of Fashion Design by Intellectual Property Laws	Prof. Haochen Sun, the University of Hong Kong	24/09/2014
Li Yan	Prof. Rostam Newwirth	Patent Protection and Traditional Chinese Medicine: Conflicting Views on International Patent Protection and Traditional Knowledge	Prof. Iris Eisenberger, University of Vienna	13/11/2014

Nome	Ano Academico	Orientador	Título da Tese	Data
Yin Qing Si	2011/2012	Prof. Tu Guangjian	Validity of arbitration agreement under the context of new york convention a critical examination of china's practice	5/12/2014
Wang Kuniie	2012/2013	Prof. Paulo Canelas de Castro	A critical analysis of the eu's cancellation of antitrust exemption of liner conference under current european shipping competition rules	13/12/2014
Frank Milan Sousek Medrano	2009/2010	Prof. Muruga Perumal Ramaswamy	The legal recognition of preventive diplomacy and its role in resolving territorial disputes in latinamerica	13/12/2014
Wen Rujia	2011/2012	Prof. MoShijian	Critical assessment of special education law in macau	19/12/2014

Curso de Mestrado em Direito Comercial Internacional

Nome	Orientador	Título da Tese	Comentador	Data
Wang Wanting	Prof. Perumal Ramaswamy	Carrier's Liability in Multimodal Transportation: A Study of International Regulations and Comparison between U.S. and China	Prof. Felix Chan Wai Hon, University of Hong Kong	20/10/2014

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Lu Songxin	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	Research on the Legality of the Renovated of the Real Estate Taxes in China	13/10//2014
Hua Xuelei	Ciências Jurídicas	Prof. Tong Io Cheng	On the Punitive Damages in Chinese Law	14/11/2004
Wang Rongguo	Ciências Jurídicas	Prof. MoShijian	Research on the enforceability of the New York convention of the British appealable tribunal awards	13/12/2014



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa – Direito da União Europeia, Direito Internacional e Direito Comparado

Nome	Ano Academico	Orientador	Título da Tese	Data
Zhuo Min	2009/2010	Prof. Muruga Permal Ramaswamy	Legal issues and challengesin cross-border commercial dispute resolution in greater china	19/9/2014
Cui Yanzheng	2012/2013	Prof. Muruga Permal Ramaswamy	International legal regime governing transnational banks and regulation of foreign-funded banks in mainland china	5/12/2014

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Ho Ka Wai	Ciências Jurídicas	Prof.Jiang Chaoyang	The Privilege of Administrative Organ in Administrative Contract	18/07/2014
Shi LinShan	Ciências Jurídicas	Prof.Jiang Chaoyang	Mental damage compensation problem in state compensation law	18/07/2014
Zhang JingDan	Ciências Jurídicas	Prof.Wang Chao	Legal Issues China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone Test Negative List Mode	29/08/2014
Ren Qian	Ciências Jurídicas	Prof. Wei Dan	Legal Study on the Information Disclosure System of Financial Products of Commercial Banks: From the Perspective of the Protection of Financial Consumers	05/09/2014
Chong Chi Wai	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	A Research in Relation to the Responsibilities and Rights of Avalist	18/09/2014
Liu Xinqi	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	Reform of Corporate Capital System in China - to the Cancellation of Minimum apital Perspective	18/09/2014
Yu Hong	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	Legal Relationships, issues and Regulations of Express Services	18/09/2014
Kou Ka Ian	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	Consumers' right to know protection of food safety in Macao	19/09/2014
Liu Miao	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	Research on the Legislative perfection of bankruptcy and reorganiztion for enterprise in China	19/09/2014

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(Julho – Dezembro 2014)



Notícia dos Mestrados
Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Wan ShanHong	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	A Research on Over-control of Corporate Juristal Personality	16/07/2014
Hu XiaoLing	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	On the legal Regulation of Network Monetary Fund development model---From the perspective of balance of the treasure	16/07/2014
Sun PanPan	Ciências Jurídicas	Prof. Fan JianHong	Research on the Challenges of "Yu'e'bao" and the Improving of Financial Supervision System in China	16/07/2014
Leng Wai Hou	Ciências Jurídicas	Prof.Jiang Chaoyang	Studies of Public Consultation of Macao	17/07/2014
Ian I Lin	Ciências Jurídicas	Prof.Jiang Chaoyang	The principle of administrative justice in the Code of Administrative Procedure Macau	17/07/2014

VIDA DA FACULDADE

Em *quarto lugar*, cabe ao Gabinete de Recuperação de Activos proceder à recolha, análise e tratamento de dados estatísticos sobre a apreensão, perda e destinação dos bens ou produtos relacionados com crimes e exercer as demais atribuições que lhe sejam confiadas, nos termos do art.º 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Em suma, através da criação de um Assets Recovery Agency, de configuração mais ou menos semelhante ao Gabinete de Recuperação de Activos português ou ao Serious Fraud Agency inglês, a Região Administrativa Especial de Macau poderá densificar os alicerces da policy[309] que se polariza no sentido de que o "crime doesn´t pay"310/311, porquanto existe um "societal interest in crime control"[312].

Funchal (Madeira, com um relance do olhar para as Desertas), 08 de Novembro de 2015.

309 Neste sentido, na doutrina norte – americana, RONALD DWORKIN , «*The Model of Rules I, Taking Rights Seriously*», London, (1997), pp. 26 e ss.

310 Neste sentido, IAN DENNIS «*The human rights Act and law of criminal evidence: ten years on*», in Sydney Law Review, 333, 346, (2011).

311 Neste sentido, JORGE GODINHO «*Para uma reforma do tipo de crime de "branqueamento de capitais"*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld (Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, HELENA MONIZ, SÓNIA FIDALGO), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1000.

312 Neste sentido, COLIN KING, *cit.*, p. 21.

instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos (art.º 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho), *e* quando o valor estimado dos mesmos seja superior a 1000 unidades de conta (art.º 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho), o que se justifica tendo em conta o princípio de *minimis non curat praetor*, que tem como fundamento axiológico -constitucional o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* (art.º 18.º, n.º 2, da CRP); e cuja intervenção pode (deve) ser suscitada quando o magistrado do Ministério Público pretenda, quer uma *perda alargada de bens a favor do Estado* (art.º 7.º a 11.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro), quer uma *perda clássica de bens a favor do Estado* (art.º 109.º a 112.º, do Código Penal Português; art.º 35.º a 38.º, do Decreto – Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro).

Apreendendo bens cujo valor exceda as 50 unidades de conta, deverá o Gabinete de Recuperação de Activos suscitar a intervenção do Gabinete de Administração de Bens, nos termos do art.º 11.º, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, garantindo-se assim o dever de monitorização e conservação desses bens que impende sobre o Estado.

O *direito ao contraditório* do afectado pela apreensão dos bens realizada pelo Gabinete de Recuperação de Activos é assegurado através da intervenção, a pedido do titular dos bens ou direitos, do juiz de instrução, em sede do qual poderá requerer a modificação ou a revogação da medida (art.º 4.º, n.º 3, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho).

A lei Portuguesa atribuiu ao Gabinete de Recuperação de Activos um conjunto de *quatro* missões[308].

Em *primeiro lugar*, o Gabinete de Recuperação de Activos, tem como objectivo principal proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional (art.º 3.º, n.º 1, art.º 4.º, n.º 1, 3 e 8, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho).

Em *segundo lugar*, salienta-se a função do Gabinete de Recuperação de Activos enquanto auxiliar das autoridades judiciárias na realização dos actos de cooperação judiciária pertinentes, nos termos do art.º 9.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Em *terceiro lugar*, compete ao Gabinete de Recuperação de Activos assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de activos criados por outros Estados, nos termos do art.º 3.º, n.º 1, art.º 9.º, n.º 1 e art.º 19.º, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

---

308 Neste sentido, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «*Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como actua*», *cit.*, pp. 69-70, que seguiremos, neste apartado, de muito perto, mesmo textualmente.

o abalo económico resultante da perda a favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido"[304].

Porquanto, ao lado da *investigação criminal* existe a *investigação patrimonial ou financeira*.

Assim, de acordo com a lei portuguesa (que seguiremos neste ponto), uma coisa será a investigação realizada no inquérito, segundo os cânones e com as finalidades tradicionais, e outra bem diferente, a *investigação financeira ou patrimonial* documentada num apenso (art.º 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho)[305] e com objectivos específicos. Ainda que contemporâneos ou sobrepostas (umbilicalmente ligadas) as duas investigações são distintas[306].

Com o propósito de garantir a repressão da criminalidade que visa o lucro, o Gabinete de Recuperação de Activos foi criado em Portugal pela Lei n.º 45/2011 de 24 de Junho, em cumprimento das orientações que constavam da Decisão 2007/85/JAI, do Conselho, de 06 de Dezembro de 2007.

O Gabinete de Recuperação de Activos foi criado na dependência da Polícia Judiciária, e detém atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal (art.º 2.º, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho), sendo um verdadeiro auxiliar da Administração da Justiça, com as inerentes prerrogativas e deveres[307], existindo um dever de cooperação dos órgãos de polícia criminal com o Gabinete de Recuperação de Activos, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 48/2008, 27 de Agosto.

A *investigação financeira ou patrimonial*, a cargo do Gabinete de Recuperação de Activos, é realizada, como não podia deixar de ser, por determinação, e só por determinação, do Ministério Público, enquanto *dominus* do inquérito (art.º 4.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho).

A *investigação financeira ou patrimonial*, a cargo do Gabinete de Recuperação de Activos, *só* pode ser desencadeada quando se trate de

---

304 Neste sentido, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, «*A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (Um passo no Caminho certo)*», in Revista do CEJ, n.º 14, Almedina, Coimbra, (2010), p. 183.

305 Sobre a análise da Lei N.º 45/2011, de 24 de Junho, que criou o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) e o Gabinete de Administração de Bens (GAB), o minucioso estudo de HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, «*Recuperação de activos na criminalidade económico – financeira – viagem pelas idiossincracias de um regime de perda de bens em expansão.*», Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público edição, 2013, pp. 26 e seguintes.

306 Neste sentido, JOÃO CONDE CORREIA, «*Da Proibição do confisco à perda alargada*», Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, (2012), p.193.

307 Neste sentido, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «*Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como actua*», in Revista do Centro de Estudos Judiciários, I Volume 2013, Direcção: ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM/PAULO GUERRA, Almedina, Coimbra, (2014), p. 69.

Com efeito, refere o Professor JORGE GODINHO, relativamente ao Gabinete de Informação Financeira (GIF), a funcionar na Região Administrativa Especial de Macau, que "*the creation of a financial intelligence unit specialized in the collection and analysis of suspicious transactions reports, called Gabinete de Informação Financeira or Financial Intelligence Office, was an importante innovation introduced in 2006*"[300].

Permitimo-nos afirmar que é necessário ir mais longe no combate à criminalidade económico- financeira, principalmente no que respeita à *repressão* dos elevados réditos por esta proporcionados. Preconizamos, por isso, a criação, na Região Administrativa Especial de Macau, de um *Assets Recovery Agency*[301] que avocaria, como se disse, amplos poderes de identificação e localização dos activos susceptíveis de futura declaração de perda a favor da Região Administrativa Especial de Macau, bem como a adopção das medidas necessárias à sua recuperação[302].

O que bem se compreende.

Na verdade, "*a principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o que constitui um estímulo para cometer mais infracções a fim de obter mais lucros*"[303].

Por essa razão, a repressão da criminalidade que visa o lucro "*não ultrapassará a fase platónica se não se voltar para a recuperação de activos, isto é, dos instrumentos com que foi cometida a infracção (....) e para os bens e produtos por ele gerados. As intenções ético- retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os agentes do crime sofrerem*

---

300 Neste preciso sentido, v. JORGE GODINHO, «*The Prevention of Money Laundering in Macau Casinos*», *cit.*, p. 273.

301 A esse propósito, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal do Reino Unido (*Uk Supreme Court*), afirma que é suficiente, no que se refere aos poderes do ARA (*assets recovery agency*), o estabelecimento da actividade criminosa anterior "*on the balance of probabilities*"; neste sentido, *Gale v. SOCA* (2011), *Uksc* 49), 26/10/2011; mais recentemente, no mesmo sentido, *Peacock v. Serious Fraud Agency* (2012), de 22/02/2012, ambos disponíveis em http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2011_0196_PressSummary.pdf.

302 Muito recentemente, o Supremo Tribunal do Reino Unido (*Uk Supreme Court*), no Acórdão *Szepietowski* (nee Seery) (Appellant) v The *National Crime Agency* (*formerly the Serious Organised Crime Agency*) (Respondent) [2013] UKSC 65, de 23 de Outubro de 2013, referiu que, no âmbito dos poderes do *Assets Recovery Agency*, em sede do "*civil proceeding*", não existe um "*right to marshall*" por parte dessa agência estatal, em relação a todos os bens imóveis integrantes do património do (s) arguido (s), disponível em http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2011_0196_PressSummary.pdf.

303 Neste sentido, considerando 1.º da Decisão – Quadro 2007/845/JAI, do Conselho, de 06 de Dezembro de 2007.

detecção (*risk-based aproach*)[293] de actividades suspeitas reconduzíveis à prática do tipo legal de crime de branqueamento de capitais.

Não desenvolveremos a questão, perfeitamente sedimentada pela mais abalizada doutrina na Região Administrativa Especial de Macau, dos *client-related duties*, recentemente cunhada de "*customer due diligence*", em sede dos casinos de Macau[294].

Centraremos a nossa atenção no confisco[295/296/297/298/299] das vantagens ilícitas emergentes da prática anterior de crimes, nomeadamente na necessidade, de lege ferenda, de criação de um Assets Recovery Agency que se destine a coadjuvar as autoridades judiciárias competentes, principalmente o Ministério Público, enquanto titular da acção penal, na determinação do património ilícito dos arguidos em sede da criminalidade económico – financeira, geradora, como é consabido, de elevados proventos financeiros, para efeitos de declaração de perda dessas vantagens ilícitas a favor da Região Administrativa Especial de Macau.

---

293 Neste preciso sentido, JORGE GODINHO, «*The Prevention of Money Laundering in Macau Casinos*», in Gaming Law Review and Economics, Volume 17, Number 4, (2013), p. 270.

294 Neste preciso sentido, v. JORGE GODINHO, «*The Prevention of Money Laundering in Macau Casinos*», *cit.*, pp. 269-272.

295 V., numa perspectiva transnacional, sobre o *congelamento de bens*, JORGE GODINHO, «*When Worlds Collide: Enforcing UN SC Assets Freezes in the EU Legal Order*», 16, in European Law Journal 67 (2010), *passim*.

296 No sentido que, à luz da Lei N.º 5/2002, de 11 de Janeiro, o *confisco* se trata de uma "*sanção materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal*"; PEDRO CAEIRO, «*Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito")*», *cit.*, p. 311.

297 No mesmo sentido, de que o confisco configura uma *medida administrativa*, Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, série A n° 281-A, p. 17, §§ 30 et 43 ; *Prisco c. Italie* (déc.), n° 38662/97, 15 juin 1999 ; *Arcuri et autres c. Italie* (déc.), n° 52024/99, 5 juillet 2001 ; et *Riela et autres c. Italie* (déc.), n° 52439/99, 4 septembre 2001.
Em sentido contrário, na jurisprudência do *Tribunal de Cassação Italiano*, estatuiu que esta providência configura uma *medida de segurança* (Tribunal de Cassação Italiano, decisão de 3 julho de 1996, n° 18), sendo recentemente considerada como «*objectivamente punitiva* » (*oggetivamente sanzionatoria*) e, portanto, submetida ao *princípio da não retroactividade das penas* (Tribunal de Cassação Italiano, decisão de 13 de novembro 2012).

298 No sentido de que o confisco configura uma *sanção penal*, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Varvara c. Italie*, de 29 de Outubro de 2013, disponível em www.echr.coe.int/echr.

299 A mais recente e autorizada doutrina inglesa considera o *confisco* uma *sanção penal*; Neste sentido, COLIN KING, «*Civil Forfeiture and Article 6 of the ECHR: due process implications for England & Wales and Ireland*», in Legal Studies, The Society of Legal Scholars, University of Manchester, (2013), pp. 2-5.

"1. É criado o Gabinete de Informação Financeira, doravante designado por GIF.

2. O GIF tem a natureza de equipa de projecto e a duração previsível de três anos, eventualmente prorrogável.

3. É função do GIF centralizar, analisar e facultar às entidades referidas nas alíneas 3) e 4) do n.º 4 do presente despacho as informações respeitantes ao crime de branqueamento de capitais e ao crime de financiamento ao terrorismo.

4. Para prossecução da função referida no número anterior, compete ao GIF:

1) Receber as informações prestadas ao GIF nos termos do artigo 7.º do Regulamento Administrativo n.º 7/2006 e com os elementos constantes daquelas informações criar e manter uma base de dados;

2) Analisar as informações recebidas e participar ao Ministério Público as operações que façam suspeitar da prática do crime de branqueamento de capitais ou do crime de financiamento ao terrorismo;

3) Apoiar, quando fundamentadamente solicitado, os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias, bem como quaisquer outras entidades com competências de prevenção ou repressão do crime de branqueamento de capitais ou do crime de financiamento ao terrorismo, designadamente através da cedência de dados e da prestação de apoio técnico-pericial;

4) Facultar a, e receber de, entidades exteriores à Região Administrativa Especial de Macau as informações respeitantes ao crime de branqueamento de capitais ou ao crime de financia- mento ao terrorismo, em cumprimento de acordos inter-regionais ou de qualquer outro instrumento de direito internacional, nos termos referidos na alínea anterior;

5) Colaborar na elaboração e revisão das orientações contra o branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo com as entidades públicas com responsabilidades pela emissão dessas mesmas orientações;

6) Desenvolver acções de divulgação e educação do público em geral sobre temáticas relacionadas com o combate ao crime de branqueamento de capitais e ao crime de financiamento ao terrorismo;

7) Elaborar um relatório anual, a apresentar ao Secretário para a Economia e Finanças, sobre a actividade desenvolvida pelo GIF respeitante a cada ano civil.

5. O GIF pode, para o desempenho das funções que lhe estão atribuídas, solicitar informações a quaisquer entidades públicas ou privadas".

Aqui chegados a questão que se coloca, e que tem sido punctualizada pela mais autorizada doutrina em escritos recentes, é a de saber quais os mecanismos adequados para, principalmente nos casinos de Macau, garantir a *prevenção/*

âmbito do direito civil, deve ser transposta para o âmbito do direito penal[290], conferindo, assim, operatividade à noção de terceiros de boa fé afectados pela declaração de perda de bens a favor da Região Administrativa Especial de Macau (art.º 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho).

3.3) Medidas de combate ao branqueamento de capitais em Macau – O Gabinete de Informação Financeira. Proposta de lege ferenda de criação de um *Assets Recovery Agency*, fulcral no que se refere à determinação e localização do património ilícito do branqueador, tendo em vista a sua posterior apreensão e perda a favor da Região Administrativa Especial de Macau: análise da jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, da Jurisprudência do Supremo Tribunal do Reino Unido e do Tribunal de Cassação Italiano acerca da natureza jurídica do confisco e dos poderes do *Assets Recovery Agency* – Breve descrição do Gabinete de Recuperação de Activos criado em Portugal pela Lei N.º 45/2011, de 24 de Junho

Considerando que a Lei n.º 2/2006 estabelece medidas destinadas a prevenir e reprimir o crime de branqueamento de capitais, medidas essas igualmente aplicáveis na prevenção e repressão do financiamento ao terrorismo nos termos da Lei n.º 3/2006[291];

Considerando que o n.º 2 do artigo 8.º da referida Lei n.º 2/2006 prevê que a competência para centralizar, analisar e facultar às entidades competentes as informações respeitantes a operações que façam suspeitar da prática do crime de branqueamento de capitais ou envolvam valores relevantes seja atribuída a uma entidade a criar ou a qualquer outra já existente;

Considerando que é conveniente que tal competência seja atribuída a uma nova entidade, tendo em conta que o exercício da mesma exige recursos humanos com conhecimento especializado em áreas diversas;

Usando da faculdade conferida pelo artigo 50.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 85/84/M, de 11 de Agosto, o Chefe do Executivo mandou[292]:

---

290 Neste sentido, no âmbito do *princípio da unidade do ordenamento jurídico*, referindo-se à evitação da "*contradição axiológica*" entre o direito civil e o direito penal, FARIA COSTA, «*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não Iliberal e ético-socialmente fundado*». [Anotação ao Acórdão n.º 179/2012 - Processo n.º 182/12]», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, n.º 3973 (Mar-Abr. 2012), p. 262-264.

291 Neste sentido, Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau— I Série 1025 n.º 32 — 7-8-2006, que transcrevemos textualmente.

292 Por Despacho do Chefe do Executivo n.º 227/2006, que ordenou a criação do Gabinete de Informação Financeira (GIF), que transcrevemos textualmente.

terceiro de boa fé[280/281], nos termos referidos pela doutrina nacional e estrangeira, bem como pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

O que se encontra perfeitamente alinhado com a noção de terceiros de boa – fé[282/283], para efeitos jurídico – civis, enquanto ignorância, sem culpa[284], das vicissitudes que afectam o núcleo essencial do estatuto patrimonial de um bem móvel sujeito a registo.

O que significa que, sob pena de quebra do princípio da unidade da ordem jurídica[285] (art.º 30.º, n.º 1, do Código Penal de Macau)[286], que confere uma certa uniformidade e coerência internas[287], ou coerência local[288], ao ordenamento jurídico289, essa noção de terceiros de boa fé, normativamente recortada do

---

280 Referindo-se ao "*núcleo protector do terceiro de boa fé*", JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, «*O art.º 5.º do Código do Registo Predial e a compra e venda imobiliária*», in Revista O Direito, Ano 143, 2011, V, Coimbra, Almedina, 2012, p. 978.

281 Aduzindo à boa fé como "*princípio fundamental do direito privado*», ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, «*Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis*», in Cadernos de Direito Privado N.º 20, CEJUR, Braga, Coimbra Editora, 2008, p. 21.

282 Neste sentido, MARIA ISABEL MENÉRES CAMPOS, «*A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*», Tese de Doutoramento, Colecção Estudos CEJUR (Centro de Estudos Jurídicos do Minho), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 123-127.

283 Neste sentido, MÓNICA JARDIM, in «*Efeitos substantivos do Registo Predial, Terceiros para efeitos de registo*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 550 - 564.

284 Neste sentido, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, in «*Invalidade e Registo. A protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2010, p. 676.

285 Sobre o *princípio da unidade da ordem jurídica*, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, «*O problema da Unidade do Ordenamento Jurídico. Reflectindo sobre Castanheira Neves e o seu "sistema aberto e de reconstrução dialéctica*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, 3, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 1010-1032.

286 Sobre o *princípio da unidade da ordem jurídica*, na doutrina norte-americana, HAROLD J. BERMAN, «*Law and Revolution. The formation of western legal tradition*», Cambridge/Massachusetts/ London: in Harvard University Press, pp. 7-41.

287 Neste sentido, *princípio da unidade da ordem jurídica*, na doutrina norte-americana, JOSEPH RAZ, «*The relevance of coherence*», in Boston University Law Review, n.º 72, pp. 310 e ss.

288 Neste sentido, ANTÓNIO CORTÊS, «*Fundamentos e Limites da Argumentação Jurídica – Uma reflexão sobre o Direito e a Justiça*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 394.

289 Neste sentido, sobre o *princípio da unidade da ordem jurídica*, ANDRÉ LAMAS LEITE, «*Direito Penal e discriminação religiosa – subsídios para uma visão humanista*», in Revista "*O Direito*", Ano 144, Volume IV, Director: JORGE MIRANDA, 2012, lançamento em Maio de 2013, (2013), Coimbra, Almedina, pp. 871.

de alta cilindrada é "wilful blind"[273], porque estava plenamente ciente das circunstâncias suspeitas que rodearam a compra do automóvel e conformou-se com aquela oferta.

Deste modo, em síntese, a doutrina[274/275/276] e a jurisprudência do Supremo Tribunal Americano consideram que o pressuposto do "*conhecimento*" fica preenchido sempre que o *estado mental do agente* corresponda a uma situação de *wilful blindness*.

O que bem se compreende.

Na verdade, atenta a teoria do contacto social, e havendo uma ligação especial[277] entre o arguido e o terceiro (alegadamente) de boa fé, formam-se a partir desse aforismo os denominados círculos de diligência devida[278], consubstanciados no universo de deveres de protecção (Schutzpflichten)[279] que emergem na esfera jurídica do terceiro, sob a forma de um ónus de proteger, pelo acesso à informação, o seu património; isto é, desse círculo de diligência devida resulta um especial dever de monitorização da proveniência do dinheiro que procedeu à aquisição do referido automóvel.

O que significa que se o terceiro (o proprietário desse automóvel) não observar esse ónus de monitorização, consubstanciado, nomeadamente, na restituição imediata do automóvel, sibi imputet, devendo o automóvel ser declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau (art.º 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho) não sendo, pois, considerado

---

273 Para um caso semelhante, de "*Wilful blindness*", Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), United States v.Giovanetti, 919, F. 2d 1223 (7th Circuit 1990).

274 Neste sentido, DOUGLAS HUSAK/GRAIG CALLENDER, «*Wilful ignorance, knowledge and the "equal culpability" thesis: a study of deeper significance of the principle of legality*», in Winsconsin Law Review, 29, (1994), pp. 10 e ss.

275 Neste sentido, ROBIN CHARLOW, «*Willful ignorance and criminal culpability*», in Texas Law Review, 70, 1992, pp. 1434 e ss.

276 Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, «*O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico*», *cit.*, pp. 96-105, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

277 Neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, «*Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch*», II, Luchterhand, Neuwied, 980, & 242, n.º 58.

278 Neste sentido, ainda que noutro âmbito temático, MIGUEL BRITO BASTOS, «*Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador*», in Revista de Direito das Sociedades, Ano V (2013), Números I-II, Director: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, Almedina, 2013, p. 275.

279 Neste sentido, PEDRO CAETANO NUNES, «*Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*», in II Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2013, p. 217.

do Estado268; quer com base na "relation back doctrine", que estatui que todos os direitos, títulos e interesses patrimoniais encontrados no domínio e posse do arguido "shall give rise to civil forfeiture269", (sendo de asseverar, porém, que este concreto regime jurídico, particularmente agressivo, emergiu da aplicação do "1970 DRUG CONTROL ACT" e do "ANTI – DRUG ABUSE ACT OF 1986"); quer ainda com base no "innocent owner deffense", no sentido da protecção dos bona fide purchasers270.

Todavia, o mesmo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América tem negado provimento aos recursos dos (alegados) *bona fide purchasers*, com base, justamente, na ideia motriz que "um proprietário que permanece "*wilful blind*" não tem legitimidade para reivindicar os benefícios emergentes do "*innocent owner deffense*"271/272.

Deste modo se, por exemplo, num caso concreto, A, a quem não são conhecidos quaisquer bens provenientes de fonte lícita de rendimentos, oferece um automóvel de alta cilindrada à sua namorada, mãe, pai, irmãos ou primos, ou a qualquer outra pessoa com uma ligação especial ao arguido A, que desconfiam, ou não deveriam ignorar, que o mesmo se dedica, ao tráfico de estupefacientes donde obtém elevados rendimentos, e se mais tarde A é encontrado no domínio fáctico do referido automóvel de alta cilindrada, nada impede que esse bem seja liquidado, arrestado e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), uma vez que o (a) proprietário (a) do automóvel

---

268 Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), United States v. Certain Funds on Deposit in Account, E.D.N.Y, 1991; United States v. Dacarrett, Nos 1264, 1265, 92 – 6229, 92-6259; United States v. Banco Cafetero Panamá, 797, F.2, 1154, (2d Cir.1986).

269 Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), United States v. Buena Vista Ave II, 113, S. Ct, 1126, 1993.

270 Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), United States v. One 1987 Volkswagen Jetta 760 F. Supp. 772, 775 (W.D. Mo, 1991); United States v. one 45 Douglas C- 54 (DC-4).

271 Neste sentido, Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), United States v. 316 United of Mun. Secs. 725, F. Supp. 172, 180, (S.D.N.Y.M., 1989); United States v. 1977 Porsche Carrera, 748, F. Supp. 1180, 1185 (W.D. Tex. 1990), *aff'd*, 946, F, 2d 30 (5th Cir. 1991); United States v. Real Property 874 Gartel Drive, 79 F.3d 918, 1996.

272 Sobre a *innocent owner deffense* no quadro da "*civil forfeiture*" e de uma questão (candente) nos Estados Unidos da América em torno da "*nazi looted artwork*" e da "*Laches defense*", que não desenvolveremos, e do recente Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), United States v. Portrait of Wally, 663, F. Supp. 2d 232, 238, (S.D.N.Y.), 2009; PATRICIARUIZ, «*If you could say it in words, there'd be no reason to paint: recovering beloved works of art through civil forfeiture*», in: Northern Illinois Law Review, Volume 3, Fall 2011, Number 1, pp. 37 e ss.



Assim, de acordo com o Model Penal Code[264], em particular a sua secção 2.02, o autor do facto criminoso pode actuar *Purposely*, *Knowingly, Recklessly* ou *Negligently.*

À parte da questão do *concreto* preenchimento do *tipo subjectivo de ilícito*, constantes dos parágrafos 3 e 5, que não se desenvolverá por não ser absolutamente pertinente para a economia do presente artigo, é, contudo, importante sinalizar que a jurisprudência e a doutrina dos Estados Unidos têm revelado particular preocupação com a análise da relação entre *Knowledge* e *Wilful Blindness*.

Concretamente, pretende-se avaliar se o agente que não conhece efectivamente as circunstâncias do facto, *mas cujo desconhecimento resulta de uma decisão voluntária de não conhecer*, pode ser jurídico – penalmente responsabilizado por uma infracção que, ao nível subjectivo, depende daquele conhecimento.

Em particular, a *wilful blindness* está relacionada com a circunstância de o agente se colocar conscientemente numa situação de cegueira (*blindness*) perante os factos.

No sistema americano, esta questão tem sido colocada muito frequentemente no âmbito do tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes, o qual implica que o agente "*conheça*" o facto de estar a praticar actos materiais – produção, distribuição, venda ou detenção – sobre uma substância proibida (*controlled substance*)[265].

Assim, a doutrina[266/267] e a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), têm caminhado, quer com base na doutrina dos "traceable proceeds", que estatui que as propriedades e os fundos que facilitaram a actividade criminosa deverão ser declarados perdidos a favor

---

264 O Model Penal Code consiste num texto proposto em 1962, pelo American Law Institut, como possível denominador (standard) da legislação penal dos vários Estados federados e que, actualmente, apesar de não ter assumido a forma de lei, assume influência relevante para a doutrina e para a jurisprudência que a ela frequentemente recorrem como modelo interpretativo.

265 Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, «*O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico*», in Direito Penal Económico e Financeiro, Conferências do Curso Pós – Graduação de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 96-105, que seguimos e seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

266 Neste sentido, STEVEN SCHARCZ/ALAN E. ROTHMAN, «*Civil Forfeiture: a higher form of commercial law*», in Fordham Law Review, Volume 62, pp. 277-304.

267 Neste sentido, STEFAN D. CASSELLA, «*The Inocent owner defense to civil asset forfeiture, Civil Forfeiture reform act of 2000 creates a Uniform Innocente Ownner Defense to Most Civil Forfeiture Cases Filed by Federal Governement*», in Selected Works of STEFAN D. CASSELLA, 2001, p. 29.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), na esteira do que havia afirmado no Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (GRAND CHAMBER/TRIBUNAL PLENO) de 30 de Junho de 2007 (Queixa N.º 44302/02), Caso «*J.A. PYE (OXFORD) LIMITED AND J.A. PYE (OXFORD) LAND LIMITED v. UNITED KINGDOM*[261]», considerou, no Acórdão *Pyrantiené c. Lituânia*, de 12 de Novembro de 2013, e ainda que noutro ângulo analítico constante do art.º art.º 1.º, n.º 1, do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que não existem, por um lado, obstáculos à perda de bens com base na "*adversed possession*" (usucapião), sem qualquer compensação monetária; e, por outro lado, em geral, a perda de bens só pode ser *sustada* se houver "*bona fide purchasers*" (terceiros de boa fé)[262].

Todavia, do referido Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) *Pyrantiené c. Lituânia* (2ª secção), de 12 de Novembro de 2013, à semelhança do sucedido no Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) *Braniste c. Roménia* (3ª secção), de 05 de Novembro de 2013, não *emerge* nem uma noção jurisprudencialmente segura, nem uma noção dogmaticamente operativa do que sejam "*terceiros de boa fé*"[263].

É nesse pressuposto que, tendo em vista a *operacionalização* de uma noção dogmaticamente segura dos "*terceiros de boa fé*", buscaremos o inestimável auxílio hermenêutico da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, em matéria da "*wilful blindness*", principalmente quando não é seguro se o terceiro está (ou não) de boa fé; ou seja, quando poderá, por força de uma *ligação especial* ao arguido, ter *conhecimento* que o bem de que é proprietário, mas que está no *domínio fáctico* do arguido, constitui uma *vantagem económica* da *actividade criminosa anterior do arguido* e que, por isso, deverá ser declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

Com efeito, no sistema jurídico norte – americano são identificados quatro títulos de imputação subjectiva (ao contrário dos sistemas jurídicos continentais, que adoptam um sistema dualista, exclusivamente baseado nas figuras do dolo e da negligência).

---

261 Sobre a minuciosa análise deste Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ABÍLIO VASSALO DE ABREU, «*Titularidade Registral do Direito de propriedade imobiliária versus Usucapião ("Adversed Possession")*», Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 99 e ss.

262 Neste sentido, referindo que a medida não deve *afectar* terceiros de boa fé, que tenham adquirido legalmente os bens; AUGUSTO SILVA DIAS, «*Criminalizada Organizada e Combate ao Lucro Ilícito*», ASFIC-PJ E IDPCC-FDUL, 2º Congresso de Investigação Criminal, Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes, Coimbra, Almedina, 2010, p. 45.

263 Enfatizando que "*não está vedada a interpretação segundo a qual os direitos de terceiros de boa fé tenham adquirido vantagens sub specie recompensas*", PEDRO CAEIRO, *cit.*, p. 272.

arguido[255], que é "constituído por todos os bens que estejam aí referidos" (por todos os bens que estejam referidos no art. 7.º nº 2 citado).

Também Jorge Godinho[256] assinala que "pressuposto de índole fáctica é desde logo a titularidade ou disponibilidade de bens[257]: se a acusação não identificar quaisquer bens susceptíveis de confisco, a medida não tem aplicação prática, por falta de objecto.

Pese embora "*o confisco incida sobre o valor «incongruente», não justificado*", a "base de cálculo" é o «*valor do património do arguido*» - em princípio *todo o património* está sujeito a confisco.

Desta forma, bastará ao Ministério Público elencar, e.g. os imóveis, contas bancárias, automóveis, embarcações, títulos cambiários do arguido.[258]

3.2) Questões nucleares sobre o *confisco alargado* e sobre os *"bona fide purchasers"* afectados pela declaração de perda de bens a favor da Região Administrativa Especial de Macau (art.º 28.º, n.º 2 da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho): análise da jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América – alusão à categoria dogmática norte - americana da *wilful blindness*[259]

Em face da redacção conferida ao art.º 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, "*O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau*", a questão que se coloca **é** *quid iuris* quando existem *terceiros de boa fé* afectados pela declaração de perda de bens a favor da Região Administrativa Especial de Macau? E quando existem *terceiros* que não se sabe se estão (ou não) de boa fé[260]?

---

255 Enfatizando que "*a perda de vantagens da actividade ilícita deverá abranger apenas a valorização líquida do património do arguido*", JOÃO CONDE COREEIA, *cit.*, p. 91.

256 Neste sentido, JORGE GODINHO, *cit.*, p. 1342.

257 A esta problemática referir-nos-emos infra mais detidamente.

258 Neste sentido, JORGE GODINHO, *cit.*, p. 1345.

259 Neste ponto, seguiremos de muito perto o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «*O Acórdão Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"?*», *cit.*, pp. 103-108.

260 Sobre o confisco de bens de terceiros, JOÃO CONDE CORREIA, *cit.*, p. 72-76; mais recentemente, JOÃO CONDE CORREIA, "Reflexos da Directiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia no direito português vigente, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, (2014-II), Coimbra Editora, (2015), pp. 107-108.

assegurar o direito a um processo justo e equitativo, nem as próprias garantias de defesa do arguido, incluindo o direito ao contraditório[251] (e, por essa via, poder contribuir, participando de forma constitutiva, "na declaração do direito ao caso concreto"), o que sempre constituiria frontal violação do disposto nos arts. 20.º nº 4, e 32.º nº 1 e 5 da CRP[252].

Ou seja: aquela presunção contida no art. 7 nº 1 da Lei nº 5/2002 apenas "*exonera o MP de demonstrar que os bens (ou certos bens) têm uma fonte criminosa, ainda que meramente provável*", mas não o dispensa de alegar os factos concretos pertinentes que integram a dita presunção e que constituem a referida "*liquidação*".

E, porque a sanção se traduz no tal "*confisco*" do *valor do património incongruente do condenado, impõe-se previamente discriminar o seu património global,* de modo a ser definido claramente o objecto do pedido.

Por isso, Damião da Cunha[253] chama à atenção que «*o que o Ministério Público liquida na acusação é todo o património do arguido (condenado)*, porque, tanto nas regras da prova, mas sobretudo na Exposição de motivos, *o que se presume é que, de facto, todo o património tem origem criminosa* - e é com base nesta presunção que o Ministério Público tem que operar para efeitos de liquidação. *O que verdadeiramente cabe ao arguido (condenado) é obstar, resistir, a uma execução "excessiva"*.

Tal significa para o Ministério Público, *o dever de apresentar, na liquidação, todo o património do arguido*, e o *excesso* depende da *contraprova* do arguido[254].

A própria definição de património contida no art. 7.º nº 2 da Lei nº 5/2002 (como diz o mesmo Autor) aponta que, para efeitos de cálculo da sanção (e, portanto, para efeitos de liquidação), há que confrontar o património global do

---

251 Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Processual Penal (lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes), FDUC, 1988, p. 111, "*a necessidade de dar maior fixidez e concretização ao princípio do contraditório, autonomizando-o decididamente do princípio da verdade material e do direito de defesa do arguido, leva à sua concepção como princípio ou direito de audiência; como (...) oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo*".

252 Neste sentido, art.º 6 § 1 da Convenção Europeia dos Direitos Homem, quando estabelece que "*qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei* (...)".

253 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 143, acrescentando que a sanção «*se baseia numa regra de cálculo, puramente matemático, e por isso é uma sanção de carácter puramente objectivo (quase fiscal) que não tem qualquer elemento de "pessoalidade".*»

254 Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», Universidade Católica Editora, 2011, p. 341.

normalmente caberia à acusação, distribuindo ao arguido o ónus de provar o contrário."

Isto significa que, a liquidação do montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado (art.º 8.º nº 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro) - tal como a posterior (se for o caso) condenação a declarar o valor que deve ser perdido (art. 12.º, nº 1, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro) - que assenta num "juízo de prognose para o passado"[243], terá de ser feita com recurso a factos concretos e objectivos, descrevendo o respectivo património global do arguido[244/245], bem como o valor da parte que é congruente com o seu rendimento lícito, de modo a perceber-se que é a diferença entre um e outro (a diferença entre o valor do património global e o valor do património lícito) que se presume constituir vantagem da actividade criminosa, ou seja, o tal património incongruente[246/247/248] (art. 7.º, nº 1 da mesma lei).

Isso mesmo decorre, também, do próprio nº 3 do art. 7 da Lei nº 5/2002 quando refere que se consideram "*sempre como vantagens de actividade criminosa, os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111º do Código Penal*"[249].

Quer a liquidação, quer a condenação não podem ser feitas de forma arbitrária, sem indicação de todo o património do arguido[250], sob pena de não se

---

243 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 129, nota 3.

244 No sentido de que a declaração de perda engloba *todo o património do arguido*, pronunciou-se muito recentemente a jurisprudência italiana, o *Corte Costituzionale Italiano* (Tribunal Constitucional Italiano), de 9 de Fevereiro de 2012, nº 21.

245 No sentido de que a declaração de perda alargada engloba a *totalidade do património do arguido,* Neste sentido, ÉRICO FERNANDO BARÍN, "Alargar a perda alargada: o Projecto Fénix", in: *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação*, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Direcção: JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA/LUÍS SILVA MORAIS, Ano IV, Números 16, Outubro/Dezembro de 2013, Almedina, Coimbra, 2013, p. 83.

246 Neste sentido, PEDRO CAEIRO, *cit.*, p. 313.

247 Neste sentido, JORGE DIAS DUARTE, «*Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Breve Comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado*», Revista do Ministério Público n.º 89, 2002, p. 151.

248 Neste sentido, JORGE DOS REIS BRAVO, «*Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. Breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade organizada*», Direito e Justiça, III Série, n.º 8, Julho/Dezembro de 2006, p. 128.

249 Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/05/2009, relatado pela Exma. Senhora Desembargadora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em www.dgsi.pt.

250 Referindo, com bons argumentos, que se "*consideram integrados no património do agente do crime, não só os activos de que ele é proprietário no momento presente, mas os bens que este teve, que deveria ter, e aqueles que, não sendo formalmente, são por ele dominados*", HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *ob. cit.*, como na nota 221.

trata de uma medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime), de carácter análogo a uma sanção administrativa (uma sanção de suspeita[238/239], condicionada à prova de um crime).

A novidade desse regime sancionatório especial (*que vai coexistindo com as normas previstas nos artigos 109º a 112º do CP*, embora delas se diferenciando e autonomizando quando estabelece a presunção contida no art.º 7 da Lei nº 5/2002, *ficando a sua ilisão a cargo do arguido*) assenta, como diz Damião da Cunha[240], "*em dois pontos essenciais*":

a) por um lado, *e do ponto de vista substantivo*, o facto de ser uma *sanção que visa reprimir vantagens presumidas de uma actividade criminosa*, baseada num juízo de *incongruência* entre o *património do arguido* e o *rendimento lícito do mesmo* (art.º 7º);

b) por outro lado, *e* agora de um ponto de vista processual, o reconhecimento de uma regra de inversão de ónus da prova (art.º 9º), impondo-se ao arguido a prova da licitude d*os seus rendimentos.*

Ou, na síntese de Jorge A. Godinho[241], "no essencial, o regime consiste na presunção iuris tantum da origem ilícita dos bens de pessoas condenadas pela prática de certos crimes (descritos no art.º 1º), com vista a proporcionar o confisco das presumidas vantagens de suposta actividade criminosa anterior. Trata-se sem dúvida de uma verdadeira e própria presunção[242], pela qual certo facto, desconhecido e não comprovado (a ilicitude da origem de certo património), é inferido de outros factos, conhecidos e comprovados.

A presunção dispensa a probatio diabólica da origem ilícita, que

---

nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)», in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 134.

238 No âmbito problemático da criminalização do "*crime de enriquecimento ilegítimo*", no que respeita à *suspeita* da prática anterior de crimes, referindo-se a um "*direito penal conformador do status*" ou "*direito penal do estamento*" como desvios ao "*direito penal do autor*", FARIA COSTA, «*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético – socialmente fundado*», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, n.º 3973, Março - Abrill de 2012, p. 258.

239 Sobre os matizes do "*direito penal do autor*", na doutrina alemã, HANS JOACHIM HIRSCH, «*Tats-trafrecht: ein hinreichend beachtetes Grundprinzip*?», in Prittwitz, Cornelius (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüdersen, Baden-Baden: Nomos, 2002, pp. 253 e ss.

240 Neste sentido, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 123.

241 Neste sentido, JORGE A. GODINHO, *cit.*, p. 1318.

242 Neste sentido, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «*Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis*», in Revista do Ministério Público, Ano 34, n.º 134, Abril- Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 238.

3.1) A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – breve descrição[232]

A Lei nº 5/2002[233] "*estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado*" (o que decorre desde logo do nº 1 do seu art.1), relativamente a um "*catálogo de crimes*" que indica, a saber: a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro; b) Terrorismo e Organização Terrorista; c), Tráfico de Armas; d) Corrupção passiva e peculato; e) Branqueamento de capitais; f) Associação Criminosa; g) Contrabando; h) Tráfico e viciação de veículos furtados; i) Lenocínio e Trafico de menores; j) Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda, sendo que os crimes indicados nas alíneas g) a j) do referido art. 1), só entrarão no âmbito deste diploma legal se forem praticados "*de forma organizada*"[234] (art.º 1.º, n.º 2, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro).

Ou seja: não basta a simples prática de um crime de catálogo para se aplicar o referido regime especial, sendo antes necessário que se prove que o mesmo foi praticado de forma organizada[235].

Em termos de enquadramento jurídico dessa sanção (que decorre desse regime especial de "perda de bens"[236], Damião da Cunha[237] defende que se

---

os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito")», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, N.º 2, Abril – Junho 2011, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 298.

232 Neste ponto, seguiremos de muito perto o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «*O Acórdão Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn´t pay"?*», in Scientia Ivridica *(SI)*, Tomo LXIII, N.º 334, Janeiro/Abril de 2014, Braga, (2014), pp. 98-108.

233 Sobre a análise da Lei N.º 45/2011, de 24 de Junho, que criou o Gabinete de Recuperação de Activos e o Gabinete de Administração de Bens, o estudo de HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, «*Recuperação de activos na criminalidade económico – financeira – viagem pelas idiossincracias de um regime de perda de bens em expansão.*», Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público edição, 2013, pp. 26 e seguintes.

234 Neste sentido, JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, «*O regime processual aplicável ao crime organizado (económico - financeiro): âmbito de aplicação de Lei N.º 5/2002, de 11 de janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem*», in Direito Penal Económico e Financeiro, Conferência do Curso Pós – Graduado de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 460 e ss.

235 Neste sentido, o excelente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/05/2009, relatado pela Exma. Senhora Desembargadora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em www.dgsi.pt, que seguiremos, com a devida e merecida vénia, de muito perto, mesmo textualmente.

236 Neste sentido, JORGE A. F. GODINHO, «*Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º)*», in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1316.

237 Neste sentido, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, «*Perda de bens a favor do Estado - artigos 7-12 da Lei*

de crime, no que concerne à teoria monista – pessoal, o contrato social significa a renúncia de todos os indivíduos de uma parcela da liberdade natural em favor da convivência pacífica e somente a violação das liberdades contratualmente asseguradas pode ser considerada como crime[224]; no que respeita à teoria constitucional de bem jurídico, que se encontra vertida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012 e n.º 377/2015, os interesses dignos de tutela penal devem deduzidos ou extraídos directamente da constituição, ou seja, devem ser determinados segundo o quadro axiológico nele estabelecido[225/226], conferindo, desse modo, uma presunção de legitimidade do legislador[227], escorado, pois, no cimento que agrega e congrega a comunidade jurídica: o princípio da certeza do direito[228].

A esta luz se entende, então que, o direito penal e o direito constitucional mantêm entre si certas e íntimas relações de cruzamento[229], e é essa a razão pela qual a doutrina tem entendido que, em relação a estes tipos legais de crimes, se ocasiona um direito penal conformador do "status"[230], cujo conteúdo de ilicitude se esgota na incongruência entre o património e os rendimentos lícitos do agente[231].

---

224 Neste sentido, na doutrina alemã, ROLAND HEFENDEHL, «*Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*», Köln, (2005), pp. 139-140.

225 Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «*Constituição e Legitimação do Direito Penal*», in Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal, Organização: ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES/JACINTO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 53.

226 Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O "Direito Penal do Bem Jurídico" como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações*», in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 36-37.

227 Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal*», in Revista de Legislação e Jurisprudência ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 246.

228 Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição*», in Revista de Legislação e Jurisprudência ano 141.º, N.º 3974, Maio – Junho 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 293.

229 Neste sentido, em anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético –socialmente fundado*», in Revista de Legislação e Jurisprudência ano 141.º, N.º 3973, Março – Abril 2012, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 252.

230 Neste sentido, em anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético –socialmente fundado*», *cit.*, p. 258.

231 Neste sentido, PEDRO CAEIRO, «*Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial,*

a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro (artigos 335.º-A, n.ºs 1 e 2, 386.º, n.ºs 1 e 2, e 27.º-A, n.ºs 1 e 2); sem origem lícita determinada (artigos 335.º-A, n.º 1, 386.º, n.º 1, e 27.º-A, n.º 1); *incompatível* com os seus rendimentos ou bens legítimos, entendendo-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada (artigo 335.º-A, n.ºs 1 e 3) ou, *tratando-se de funcionário* ou de titular de cargo político ou de alto cargo público, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos (artigos 386.º, n.ºs 1 e 3, e 27.º-A, n.ºs 1 e 3); e que o valor da incompatibilidade exceda 100 salários mínimos mensais (artigos 335.º-A, n.º 4, 386.º, n.º 4, e 27.º-A, n.º 4).

Desta descrição típica resulta que o conteúdo do ilícito é o mesmo ainda que o agente da prática do crime de enriquecimento ilícito seja funcionário, titular de cargo político ou titular de alto cargo público.

E dela resulta também, numa interpretação que a norma, tal como vem redigida, necessariamente comporta, que o que se pretende punir é a *incompatibilidade* existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes.

Isso mesmo se extrai tanto da epígrafe '*enriquecimento ilícito*', como da parte final do n.º 1 de cada artigo, quando aí se deixa expresso que «... *se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal*», e, bem assim, dos respetivos '*trabalhos preparatórios*', onde se pode colher com toda a clareza que a incriminação em causa visa obstar a que os mais diversos crimes fiquem impunes em função das mais diversas vicissitudes, incluindo processuais.

Ora, se a finalidade é punir, através da nova incriminação, *crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido*, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se para proteger um qualquer *bem jurídico indefinido* (*v.g., a autonomia intencional do Estado, o património, a liberdade sexual, saúde pública ...*).

Daqui haver-se-á de concluir, em consonância com o já supra referido, que " ... *toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque materialmente inconstitucional*", conclui o Tribunal Constitucional de Portugal.

Quanto à questão do bem jurídico subjacente à construção de um tipo legal

aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4 -Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos."

O Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão n.º 179/2012 e no n.º 377/2015, julgou inconstitucional, com força obrigatória geral, respectivameente, a norma referente à criminalização do enriquecimento ilícito[222] e do enriquecimento injustificado[223], argumentando, em síntese, que o tipo legal de crime de 'enriquecimento ilícito' está construído a partir de três modalidades típicas: adquirir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; possuir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; ou deter património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos.

A descrição dos elementos típicos supõe que o agente adquira, possua ou detenha património, entendendo-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas

---

222 Sobre a análise dogmática da criminalização do enriquecimento ilícito, RUI PATRÍCIO, «*Sete pecados mortais (Sobre a Criminalização do "enriquecimento ilícito")*», in Revista do Ministério Público, ano 34, n.º 136, Outubro – Dezembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 139-150.

223 O Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 377/20115, disponível em www.dgsi.pt, pronunciou-se pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República (crime de enriquecimento injustificado) por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, cujo teor era sensivelmente idêntico ao (revogado) *crime de enriquecimento ilícito*, mas que fazia alusão (sub-reptícia) à declaração fiscal anual de rendimentos e à sua discrepância – a lei falava em "*incompatibilidade*"- em relação ao património (incompatível) com aqueles rendimentos declarados. Anote-se que esta proposta de lei foi asperamente criticada, com excelentes argumentos, por PEDRO CAEIRO, "Quem cabritos vende e cabras não tem", in: *Instituto Jurídico, Projecto Desafios Sociais, Incerteza e Direito*, Coimbra, (2015), *passim*, manuscrito gentilmente cedido pelo autor.

experiência, que po*dem ser erradas em certos casos. A presunção, neste caso, é que terão sido cometidos crimes adicionais. Em direito penal, as presunções violam a regra constitucional oposta, a de presunção de inocência. O artigo 28.º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, prevê uma inversão do ónus da prova para efeitos de aplicação de reacções penais penais, e, como tal, viola a Lei Básica da RAEM, que consagra o princípio da presunção de inocência do arguido*"[220].

Porque assim é, continua JORGE GODINHO, "*avulta desde logo o facto de estarmos perante um crime que não se baseia numa acção ou omiss*ão, mas apenas numa situação ou estado em que o arguido é encontrado, qual seja, a posse de bens de origem não explicada. A reacção penal fundamenta-se *apenas na suspeita da prática de outros crimes, de que o património superior ao declarado será um indício*"[221].

É de referir que o legislador português, em 2012 e em 2015, (tentou) introduzir diversas normas jurídicas de teor semelhante ao do tipo legal de crime de «*riqueza injustificada*» (art.º 28.º, n.º 1, da Lei n.º 2003, de 28 de Julho); normas jurídicas sobre as quais recaiu, respectivamente, em sede de fiscalização abstracta preventiva, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 179/2012 e n.º 377/2015, dentre as quais, para o que aqui interessa, destaca-se o crime de «*enriquecimento ilícito*» e o «*crime de enriquecimento injustificado*».

Em apertada síntese, a norma jurídica, referente ao crime de «*enriquecimento ilícito*», apresentava a seguinte redacção:

"Artigo 335.º-A
Enriquecimento ilícito

1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a

---

220 V. JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 31.

221 Neste sentido, JORGE GODINHO, «*Do Crime de «Riqueza Injustificada» (Artigo 28.º da Lei N.º 11/2003, de 28 de Julho)*», *cit.*, p. 27.

superiores[215/216] *aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias.*

O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau.

A questão (candente) que se coloca é a de aferir da solvabilidade constitucional desta concreta disposição legal.

O Professor jorge godinho tem-se inclinado pela existência, nesta disposição legal, de uma vera inversão do ónus da prova[217].

Na óptica deste autor, "o facto descrito pela lei como crime é um mero estatuto que, por si, não representa um ataque a qualquer bem jurídico[218]. A conclusão geral, é que tal crime é meramente um expediente, com vista a superar dificuldades de provar a prática de crimes, através de uma inversão do ónus da prova"[219].

Porém, obtempera JORGE GODINHO, dizendo que "*isto não é constitucionalmente admiss*ível. As presunções baseiam-se em regras da

---

215 Quanto à densificação deste conceito impreciso-tipo, a mais autorizada doutrina tem considerado que "*na versão actual, o crime só se refere a património anormalmente superior, deixando-se entrever que uma superioridade de pouca monta do património do funcionário em relação ao constante da declaração não deverá ser considerada e não terá relevância ou dignidade penal*"; Neste sentido, JORGE GODINHO, «*Do Crime de «Riqueza Injustificada» (Artigo 28.º da Lei N.º 11/2003, de 28 de Julho)*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano XI, número 24, 2007, p. 20.

216 Entendemos que o legislador macaense, à semelhança do que fez o legislador português no art.º 372.º, n.º 3, do Código Penal, introduziu uma *cláusula de adequação social*, que exclui a tipicidade da conduta do funcionário. Porquanto, e recordando a lição de ZIPF, "*o uso do conceito de adequação social pelo legislador neste domínio como critério de interpretação do tipo mais não significa do que o reconhecimento de uma incapacidade da sua parte, a incapacidade de descrever sem lacunas ou excessos uma forma específica de danosidade social estritamente dependente de representações móveis da própria sociedade*"; Neste preciso sentido, na doutrina alemã, ZIPF, «*Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*», in *ZStW* 82 (1970), pp. 647-648.

217 v. JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 30.

218 v. JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 30.

219 v. JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 31.

interesse colectivo[212/213], pelos seus gerentes ou administradores, sem quebra do princípio ne bis in idem (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau), uma vez que só se procede à (unívoca) valoração da conduta naturalística do ente colectivo, enquanto exteriorização de a) um domínio da organização para a execução do crime, e b) um domínio da organização para a não comissão do crime.

Assim, a esta luz se compreende que não se valora duplamente o mesmo comportamento naturalístico, quer da pessoa colectiva, quer da pessoa física, mas tão – só se valora uma única vez a conduta naturalística do ente colectivo, surgindo a conduta naturalística da pessoa física (rectius, o gerente ou o administrador) fagocitada pela manifestação de sentido da própria colectividade.[214]

3) O tipo legal de crime de "*riqueza injustificada*" (art.º 28.º, n.º 1 da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho) - seu *confronto analógico* com o tipo legal de crime de enriquecimento ilícito declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, pelos Acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 179/2012 e n.º 377/2015

O art.º 28.º, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, sobre a declaração obrigatória de rendimentos e interesses patrimoniais de funcionários e agentes públicos, dispõe sob a epígrafe «*riqueza injustificada*», o seguinte:

Os obrigados à declaração nos termos do art.º 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente

---

212 Cunhado dogmaticamente como algo que "*abarca tudo o que importa à vida da sociedade, no quadro do seu objecto social, tudo o que importa para que a sociedade possa realizar os seus fins, ainda que se trate de actos meramente instrumentais, pois o que importa e verdadeiramente releva é que o bem jurídico lesado ou posto em perigo o fim na prossecução de um interesse da sociedade, ou seja, visando desenvolver a actividade da sociedade, ou seja, visando desenvolver a actividade da sociedade, prosseguir o seus fins sociais*"; Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*», *cit.*, p. 263.

213 Sendo necessária a prova da existência de proveitos ou vantagens advenientes para o ente colectivo, em resultado da prática do crime, diferentes dos que resultariam para um ou mais agentes, singularmente considerados; Neste sentido, V. ANA MEXIA, «*A intervenção do administrador da insolvência no processo penal em representação e defesa da pessoa colectiva insolvente insolvente e arguida*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 4, Outubro – Dezembro 2012, Director: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, lançamento em Dezembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 647.

214 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», *cit.*, p. 67.

administradores[206/207].

Porquanto, não se trata aqui de uma relação para com o "*outro*", mas antes de uma relação em que o "*outro*" (órgão ou representante da pessoa colectiva) está *necessariamente* presente[208].

Assim, dada sua específica estrutura corporativa, o agir da pessoa jurídica é um modo de actuação através de outrem transfigurado em modo de actuação própria[209].

Deste modo, é a sociedade comercial, que age no mundo físico através dos seus gerentes e administradores[210], que detém o domínio social do facto ilícito – típico, e esse facto naturalístico é a expressão lídima do sentido social[211] da própria colectividade, devendo, por isso, ser-lhe jurídico – penalmente imputado o facto ilícito – típico praticado dolosamente, no seu

---

206 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Questões de Prova e Modelos Legais de Responsabilidade Contra – Ordenacional*», *cit.*, p. 1246.

207 Desse jeito se compreendo a razão pela qual a doutrina mais abalizada vem defendendo, em face dos desafios colocados pelo Direito Penal do futuro, "*o abandono do dogma da individualização da responsabilidade penal e a aceitação, clara e sem tergiversações, de um princípio de responsabilidade penal dos entes colectivos como tais*"; Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O Problema Penal no Dealbar do Terceiro Milénio*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld (Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, HELENA MONIZ, SÓNIA FIDALGO), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 266.

208 Neste sentido, FERNANDO TORRÃO, «*Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "crimes de empresa"*», Tese de Doutoramento, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 2010, p. 318.

209 Neste sentido, na doutrina alemã, HANS JOACHIM HIRSCH «*Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*», in *ZStW*, 107 (1995), p. 289.

210 "*Age no interesse da sociedade órgão ou representante que pratica o acto em ordem à organização, ao funcionamento ou aos fins da sociedade, mesmo que desses factos não resulte qualquer proveito financeiro ou atá dano. Há-de tratar-se sempre de acto funcional do órgão ou do representante*"; Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*», *cit.*, p. 261.

211 Neste preciso sentido, na doutrina, sobre a avaliação do *sentido social* da conduta naturalística, FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal, Parte Geral, Doutrina Geral do Crime*», Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 989, 1015 e 1017; na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/03/2011, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Manuel Braz, disponível em www.dgsi.pt).

do facto[198/199]; e, por outro lado, pelo domínio da organização para a não comissão do crime[200], consubstanciado na prévia e objectiva configuração, pela organização na titularidade do ente colectivo, dos elementos essenciais da realização típica actualizou-se na fase executiva, através da informação por ela detida e do seu poder – dever de supervisão, estruturação e direcção da actividade colectiva no sentido da não comissão dos crimes cunhados por esta organização (domínio da organização para a não comissão do crime)[201].

Trata-se de uma autoria paralela[202], porque, agindo o ente colectivo, nos termos e para os efeitos contidos no art.º 5.º, n.º 1.2 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, necessariamente por intermédio dos titulares dos seus gerentes ou administradores, falta a diversidade de pessoas que caracteriza a comparticipação criminosa[203/204/205]. A pessoa colectiva está no facto objecto da imputação que lhe é efectuada através dos seus gerentes e

198 Neste sentido, BERND SCHÜNEMANN, «*El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico – objectiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de outro*», in Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson, Civitas, 2005, pp. 993 e ss.

199 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes, Direito Penal Económico e Financeiro*», in Conferências do Curso Pós – Graduação de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 194.

200 Neste sentido, muito recentemente, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Questões de Prova e Modelos Legais de Responsabilidade Contra – Ordenacional*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld (Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, HELENA MONIZ, SÓNIA FIDALGO), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1242-1244.

201 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», cit., pp. 66.

202 Implicitamente, sobre a autoria paralela, ainda que noutro âmbito temático, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «*Participação negligente: esferas de competência como critério de imputação objectiva*», in Revista "*O Direito*", Almedina, Coimbra, Ano 144.º, 2012, I, p. 125.

203 Neste sentido, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, «*A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade, nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)*», In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 4/92, pp. 515/517.

204 Sobre a comparticipação e *domínio do facto*, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, «*Tätersschaft und Tatherrschaft*», Tese de Doutoramento, Beck, München, 1. Auflage, cuja primeira edição data de 1963, tendo vindo a ser sucessivamente reeditada e acrescentada.

205 Neste sentido, frisando a importância do *acordo prévio* ("*mutual plan*"), em sede do denominado " *principle of transferred malice*", o Acórdão do Supremo Tribunal Inglês R. v. Gnango (UK SUPREME COURT), de 14/12/2011, disponível em http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/index.html.

colectivo[190/191/192/193/194], o tipo legal de crime, a título de autoria imediata, de autoria mediata ou de co-autoria[195].

Por conseguinte, a realização do facto ilícito – típico pelo gerente ou administrador, no interesse colectivo da pessoa colectiva, nos termos e para os efeitos contidos art.º 5.º, n.º 1.2 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, está duplamente delimitado, por um lado, pelo domínio da organização para a execução do crime, como forma de domínio social do facto[196/197], visando aquele (o domínio da organização) comprovar se a actuação do garante teve força conformadora do facto suficiente para se concluir que ele "violou dolosamente os deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbem", ou seja, se o domínio da organização lhe proporcionou um domínio social

---

190 Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico português, ANA CLAÚDIA SALGUEIRO, "A Exclusão da Responsabilidade Criminal das Entidades Públicas (In)Constitucionalidade do Artigo 11.º, N.º 2 E 3, do Código Penal", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 24.º, N.º 3, Julho-Setembro 2014, Director: Jorge de Figueiredo Dias, (2015), p. 324.

191 Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico português, FERNANDO TORRÃO, "Responsabilidade penal das pessoas colectivas: defeitos e excessos da teoria dos órgãos", in: *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, (2011), pp. 159 e ss.

192 Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico português, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Bruscamente" no verão passado», a reforma do Código de Processo Penal – Observações Críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente" in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), ano 137.º, n.º 3948, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 146 e ss.

193 Sobre o debate doutrinário em torno da exclusão de certos tipos legais de crime do catálogo do art.º 11.º, n.º 2, do Código Penal Português, NUNO BRANDÃO, "O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal", in: *Revista do CEJ*: Jornadas sobre a revisão do Código Penal, n.º 8 (especial), 1.º Semestre 2008, (2008), pp. 42-43; CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, "A pessoa colectiva como sujeito processual ou a "descontinuidade" processual da responsabilidade penal, in: *Revista do CEJ*: Jornadas sobre a revisão do Código Penal, n.º 8 (especial), 1.º Semestre 2008, (2008), p. 73.

194 Sobre a insusceptibilidade de o Estado, ainda antes da reforma do Código Penal de 2007, ser agente da prática de crimes, monograficamente, MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *Pessoas Colectivas e sanções criminais: juízos de adequação (contributo para um sistema sancionatório penal das pessoas colectivas)*, Coimbra, Coimbra Editora, (2006), pp. 74-75.

195 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», *cit.*, p. 56.

196 Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, «*Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*», Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 184 e ss.

197 Neste sentido, T TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», *cit.*, p. 64.

à responsabilidade do "*dono do negócio*", ou seja, do *titular de uma organização* que: a) serve os seus fins (em última análise sempre fins humanos colectivos ou institucionalizados), b) amplia a sua esfera e os seus meios de actuação, para além do que está ao alcance de um só indivíduo e c) é por ele modelada e dirigida.

Logo, apenas os factos dos líderes dessa organização, podem desencadear a responsabilidade colectiva. Somente os dirigentes da organização (ou de um dos seus sectores) se encontram em uma posição jurídica de dever idêntica à do "dono do negócio", graças aos poderes e competências fácticas que o titular da organização lhes atribuiu (expressa ou tacitamente) e por eles efectivamente exercidas. Consequentemente, também só eles podem vincular a colectividade ao facto penal cometido através da organização[185/186] de que aquele é titular[187/188].

Assim se impede que o ente colectivo seja responsabilizado pelo *acaso* da perpetração de um crime por algum dos seus funcionários ou agentes[189].

Atenta a definição normativa de posição de liderança, no caso vertente, o contido no art.º 5.º, n.º 1.2 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, é necessário que os gerentes ou administradores realizem dolosamente, no interesse

---

imputación, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Vol. LV, (2002), pp. 15 e ss.

185 Neste contexto, preconizando um novo modelo de *delito de empresa*, emergentes da dificuldade de individualização da imputação objectiva ao ente colectivo de um comportamento naturalístico dos seus representantes, que passaria pela "*criação de um ilícito colectivo sistémico directamente referido à falha de organização*", JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O Direito Penal Económico entre o passado e o futuro*», *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, n.º 3, Julho/ Setembro de 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), p. 538.

186 No mesmo sentido, da nota anterior, LUIGI FOFFANI, "Nuevas tendências y perspectivas del derecho penal económico", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 24, n.º 2, Abril/ Junho de 2014, Coimbra, Coimbra Editora, (2015), p. 233.

187 Referindo-se, neste contexto temático, na esteira da doutrina professada por KLAUS TIEDMANN, a uma "*culpa na organização*" *que se define pela incapacidade de se auto – organizar, de forma a evitar a prática de crimes*", JORGE DOS REIS BRAVO, «*Direito Penal de Entes Colectivos, Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*», Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 71.

188 Aludindo, no âmbito da responsabilidade jurídico – penal das pessoas colectivas, a uma "*culpabilidade por defeito de organização*", MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO, «*A Lei Austríaca sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas*» *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 3, Julho – Setembro de 2012, 2013, Coimbra, Coimbra Editora, p. 467.

189 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», *cit.*, p. 55, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente.

o exercício de um *domínio da organização para a sua execução* por parte da pessoa jurídica[177/178], através dos seus titulares de órgão[179], gerentes ou administradores[180].

A responsabilidade criminal de entes colectivos[181/182/183/184] corresponde

---

177 Neste sentido, referindo-se, neste contexto temático, a uma "*self compliance*" da pessoa colectiva, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O Direito Penal Económico entre o passado e o futuro*», *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, n.º 3, Julho/Setembro de 2012, lançamento em Novembro de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 537.

178 Neste sentido, referindo-se a uma *auto – regulação regulada (regulierte Selbstregulierung)*, na doutrina alemã, MARC ENGELHART, «*Sanktionnierung von Unternehmen und compliance*», 2. Auflage, Berlim: Duncker & Humblot, 2012, pp. 589 e ss.

179 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Fundamento da Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Articulação com a Responsabilidade Individual, Direito Penal Económico e Financeiro*», in Conferências do Curso Pós – Graduação de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 206.

180 Sobre os mecanismos de *compliance* na responsabilização penal dos dirigentes da pessoa colecctiva, TERESA QUINTELA DE BRITO, "Relevância dos mecanismos de "Compliance" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, Julho-Dezembro 2014, Coimbra Editora, (2015), pp. 85-89; na doutrina espanhola, por todos, LUIGI FOFFANI, "Bases para una imputácion subjectiva de la persona moral. Hacia una culpabilidade de las personas jurídicas?", in: Revista General de Derecho Penal, n.º 10, (2010), pp. 2-10.

181 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro*», in Revista do CEJ, Número 8, Especial; pp. 80 e ss; no mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e seus representantes*», 2009, Verbo Editora, pp. 226 e ss; TERESA QUINTELA DE BRITO, Responsabilidade Criminal das pessoas colectivas jurídicas e equiparadas. Algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva, in Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão, Vol. II, 2009, pp. 1425-1432.

182 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «*A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou equiparadas*», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, Lisboa, Setembro de 2006, pp. 641 e ss; JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, «*Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado de coisas*», in Revista do Ministério Público, n.º 118, ano 30, Abril - Junho de 2009, (2009), pp. 82 e ss.

183 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, na doutrina alemã, GÜNTHER HEINE, «*Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100 quater f). Entwiklung und Grundproblematik, ZStR*», Band 121, (2003), pp. 23 e ss.

184 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, na doutrina alemã, BERND SCHÜNEMANN, «*Responsabilidad en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la*

sobre a exacta definição destes deveres e conceitos"[171].

No plano jurídico – penal, ao ente colectivo imputa-se jurídico – penalmente e censura-se o facto ilícito – típico previsto e punido na norma penal incriminadora[172], que foi cometido através de uma actuação para a colectividade[173], *rectius*, em seu *nome* e *interesse*[174/175].

Assim, a pessoa colectiva *não responde penalmente por um estado de perigosidade da sua organização*, revelado e materializado no tipo legal de crime que emerge a partir dela. Crime que, assim, se converteria em *condição objectiva de punibilidade* de um nebuloso *facto colectivo*. Por isso, o círculo de pessoas capaz de desencadear a responsabilidade da *colectividade* tem de ser determinado por referência: a) à autoria do facto vertido na incriminação da Parte Especial do Código Penal, realizado na *e* através da *organização* e por este cunhado no seu núcleo essencial, e b) à ligação do autor desse facto com a pessoa jurídica e a sua *organização*[176].

Por conseguinte, é suficiente que, à luz do efectivo modo de funcionamento da pessoa colectiva, e das circunstâncias do caso concreto, se possa conectar a prática desse facto com o desempenho de um *papel de liderança* e com

---

171 V. JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 26.

172 Neste ponto, seguiremos de muito perto o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «*Os Fiduciary Duties dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art.º 8.º, n.º 7, do RGIT e do (repristinado) art.º 7-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?*», in Revista Fiscal (*RF*), Maio/Junho 2014, Vida Económica, Porto, (2014), pp. 16-20.

173 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, JORGE REIS BRAVO, «*Punibilidade Vs Impunidade de "Pessoas Colectivas Públicas": A Regra, a Excepção e os Equívocos – Um episódio da tensão entre o "Público" e o "Privado"*», *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 3, Julho/Setembro de 2012, lançamento em Outubro de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 477-503.

174 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, N.º 1, Janeiro – Março de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, p. 55.

175 Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e seus representantes*», 2009, Verbo Editora, pp. 260 – 265, afirma que "*praticado no interesse colectivo é o facto perpetrado para assegurar a organização, o funcionamento ou os fins da sociedade, mesmo que dele não resulte para a sociedade qualquer proveito financeiro ou que até lhe acarrete dano. O interesse da sociedade na realização do crime deve ser reconhecido objectivamente*".

176 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», *cit.*, p. 55.

retributiva[169], que, se bem vemos, está (absolutamente) presente na conduta naturalística do autor ilícito – típico precedente/branqueador que oculta, ex post facto, as vantagens ilícitas provenientes de um crime anterior.

Na verdade, consideramos que estamos em presença da valoração (*dupla*) de *um único facto*; de um único comportamento naturalístico, cuja admissibilidade o *arco* do Direito Penal não deve permitir[170].

2) A responsabilidade jurídico – penal das pessoas colectivas à luz da lei do branqueamento de capitais de Macau (art.º 5.º, n.º 1. 2, da Lei n.º 2/2006): proposta de *iure condendo*: a questão do "*domínio social do facto*" e do "*domínio da organização para a execução do facto ilícito – típico*" e do "*domínio da organização para a não execução do facto ilícito – típico*"

A responsabilidade jurídico - penal das pessoas colectivas, nos quadros do Direito Penal de Macau, tem carácter excepcional, só ocorrendo quando a lei a preveja (art.º 10.º e 11.º, n.º 1, do Código Penal de Macau).

A Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, determina os casos em que uma pessoa colectiva pode ser responsabilizada (art.º 5.º, n.º 1):

As pessoas colectivas, ainda que irregularmente constituídas, e as associações sem personalidade jurídica são responsáveis pelo branqueamento de capitais, quando cometido em seu nome e no interesse colectivo:

pelos seus órgãos e representantes; ou

por um pessoa sob autoridade destes, quando o cometimento de crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

Propomo-nos reflectir sobre o art.º 5.º, n.º 1.2, da Lei n.º 2/2006, de 03 de Abril, uma vez que, como muito bem refere o Professor JORGE GODINHO, "*o objectivo da lei é o de considerar a violação dolosa de deveres de controlo ou supervisão que são da sua competência* (.....) *no que configura a violação dolosa de tais deveres. Parece claro que poderão surgir muitas disputas judiciais*

---

169 Neste sentido, LUÍS SILVA PEREIRA/TERESA ALVES MARTINS, «*O princípio ne bis in idem e os conflitos de jurisdição*», Revista do CEJ, n.º 7, 2007, Coimbra, Almedina, p. 339.

170 Entendendo, em face da lei portuguesa, que "*a actual redacção do art.º 368.º-A, n.º 2, do CP, no segmento normativo em que se estabelece sempre a existência de concurso efectivo entre o branqueamento e o crime antecedente é materialmente inconstitucional por vulneração do princípio ne bis in idem vertido no art.º 29.º, n.º 5, da Lei Fundamental*"; Neste sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, «*Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?*», in Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia e Direito, Coordenação: José Neves da Cruz/Carla Cardoso/André Lamas Leite/Rita Faria, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 473.

ou subsumidos a distintos tipos penais, nem importa tão pouco o grau de participação imputado ao sujeito. Quer se lhe impute que a prática dos factos denunciados foram executados na qualidade de autor ou que noutro caso se precise que esses mesmos factos foram executados só a título de cumplicidade, e inclusive qualificados num distinto tipo penal, o que interessa, em suma, é que ao mesmo sujeito se lhe impute os mesmos factos[161/162/163/164] (apresentado o mesmo comportamento)[165/166] pelos quais se quer de novo submeter a um processo penal[167/168].

Ora, é essa eadem res, essa identidade fáctica, essa unidade da acção

---

161 Neste sentido, na doutrina alemã, M. MANSDORFER, «*Das Prinzip des ne bis in idem in europaischen Strafrecht*», Berlin: Duncker & Humboldt, 2004, pp. 23 e ss.

162 Neste sentido, mais recentemente, o Acórdão Gaetano Mantello do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16/11/2010, proferido no proc.º n.º C-261/09.

163 Neste sentido, na doutrina portuguesa, VÂNIA COSTA RAMOS, «*Ne bis in idem e União Europeia*», Tese de Mestrado, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 79 e ss.

164 Neste sentido, muito recentemente, V. JORGE GODINHO, «*Para uma reforma do tipo de «branqueamento» de capitais*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Organização: MANUEL DA COSTA ANDRADE; JOSÉ FARIA COSTA; ANABELA MIRANDA RODRIGUES; HELENA MONIZ; SÓNIA FIDALGO, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 1007.

165 Neste sentido, mais recentemente, VÂNIA COSTA RAMOS, «*Ne bis in idem e Mandado de Detenção Europeu, Comentário ao Caso Gaetano Mantello*», in Revista do Ministério Público n.º 127, Julho – Setembro de 2011, Ano 32, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 276-298.

166 Sobre o princípio *ne bis in idem*, ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, «*A aplicação do princípio ne bis in idem na União Europeia*», Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 942 e ss.

167 Neste sentido, na doutrina estrangeira, H. SCHEMERS, «*Non Bis in Idem, Du Droit international au droit de l'integration*», Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden – Baden, Nomos, 1987, p. 611; A. BIEHLER/R. KNIEBUHLER/LELIEUR – FISCHER/S. STEIN (eds.), in Freiburg Proposal on Concurren Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prossecutions in The European Union, Freiburg im Breisgau: edition iuscrim, 2003, p. 4.

168 Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão do Tribunal de Justiça *Gozutok/Brugge*, processos C – 187/01 (*caso Gozutok*), e C – 385/01 (*caso Brugge*); Acórdão do Tribunal de Justiça *Miraglia*, Processo C – 469/03, decidido em 10 de Março de 2005; Acórdão do Tribunal de Justiça *Van Esbroeck*, processo C – 436/04, decidido em 09 de Março de 2006; Acórdão do Tribunal de Justiça *Van Straaten*, processo C – 150/05, decidido em 28 de Setembro de 2006; Acórdão do Tribunal de Justiça *Gasparini*, processo C – 467/04, decidido em 28 de Setembro de 2006; Acórdão do Tribunal de Justiça *Kraaijenbrink*, processo C – 367/05, decidido em 18 de Julho de 2007; Acórdão do Tribunal de Justiça *Kretzinger*, processo C – 288/05, decidido em 18 de Julho de 2007; Acórdão do Tribunal de Justiça *Bourquain*, processo C – 297/07, decidido em 12 de Dezembro de 2008; Acórdão do Tribunal de Justiça *Turansky*, processo C – 288/05, decidido em 22 de Dezembro de 2008.

tecnicamente distintos[150/151/152].

Ora, quando nos referimos "aos factos", estamos a referir na realidade uma hipótese. Com efeito, o processo penal funda-se sempre em hipóteses fácticas com algum tipo de significado jurídico. A exigência de eadem res significa que deve existir correspondência entre as hipóteses que fundam os processos em questão. Trata-se, em todo caso, de uma identidade fáctica[153/154/155], e não de uma identidade de qualificação jurídica[156]. Não é certo que possa admitir-se um novo processo sobre a base dos mesmos factos e uma qualificação jurídica distinta. Se os factos são os mesmos, a garantia do ne bis in idem impede a dupla perseguição penal[157], sucessiva ou simultânea.

Em consequência, do que até agora dissemos, podemos concluir que para estabelecer a identidade fáctica para efeito de aplicar a excepção do ne bis idem158/159/160 não interessa que os mesmos factos tenham sido qualificados

---

150 Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/03/2006, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente, em certos pontos, disponível em www.dgsi.pt.

151 Neste sentido, quanto ao *ne bis in idem interno* (art.º 29.º, n.º 5, da CRP), RITA CANAS DA SILVA, «*A europeização do Direito Constitucional Português: O ne bis in idem em matéria criminal*», in Revista de Direito Público, Instituto de Direito Público, Janeiro – Junho de 2011, Número 5, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 189-193.

152 Neste sentido, mais recentemente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Acórdão *Gaetano Mantello* do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16/11/2010, proferido no proc.º n.º C-261/09, disponível em www.echr.coe.int/echr.

153 Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), SERGEY ZOLOTUKHIN C. RUSSIA, de 10/02/2009, disponível em www.echr.coe.int/echr.

154 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), GRADINGER C. AÚSTRIA, disponível em www.echr.coe.int/echr

155 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), FRANZ FISCHER C. AÚSTRIA, disponível em www.echr.coe.int/echr

156 Neste sentido, correspondendo a uma primeira fase do estádio de evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em matéria *de ne bis in idem transnacional*, o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), OLIVEIRA C. SUIÇA.

157 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Bourquain, processo C – 297/07, decidido em 12 de Dezembro de 2008; Acórdão do Tribunal de Justiça Turansky, processo C – 288/05, decidido em 22 de Dezembro de 2008.

158 Sobre o *princípio da jurisdição universal*, ALBIN ESER, «*For Universal Jurisdiction: Against Fletcher´s Antagonism*», in Tulsa Law Review, n. 39, 2003-2004, p. 954.

159 Na doutrina alemã, D. OHLER, «*Internationales Straftrecht*», 2. Auflage., Koln/Berlin, 1983 && 3-7.

160 Na doutrina francesa, D. FLORE, «*Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité, La Reconnaissance mutuelle*», 2002, p. 74;

Consideramos, na esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se verifica uma identidade dos factos naturalísticos[146/147], rectius, uma identidade fáctica.

Na verdade, para que a excepção contida no *ne bis in idem* funcione e produza o seu efeito impeditivo característico, a *imputação tem que ser idêntica*, e a *imputação é idêntica* quando tem por objecto *o mesmo comportamento* atribuído à mesma pessoa (*identidade de objecto - eadem res*).

Trata-se da identidade fáctica[148], independentemente da qualificação legal (nomen iuris) atribuída. As duas identidades que refere a doutrina unidade de acusado[149] e unidade de facto punível têm sido consideradas.

O ne bis in idem, como exigência da liberdade do indivíduo, o que impede é que os mesmos factos sejam julgados repetidamente, sendo indiferente que estes possam ser contemplados de distintos ângulos penais, formal e

---

art.º 54.º, do CAAS, V. muito recentemente, JOHN A. E. VERVAELE, «*Ne bis in idem: Un princípio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*», Enero de 2014, (2014), pp. 1-32, disponível em www.indret.com.

146 Sobre o sentido teleológico do *caso julgado*, JOÃO CONDE CORREIA, «*O Mito do Caso Julgado e a Revisão Propter Nova*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters kluwer, 2011, pp. 121 – 157; DAMIÃO DA CUNHA, «*O Caso Julgado Parcial - Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção Num Processo de Estrutura Acusatória*», Tese de Doutoramento, Porto, Universidade Católica Editora, pp. 345- 390, pp. 764 e **ss;** MANUEL DA COSTA ANDRADE, «*"Bruscamente no Verão passado", a reforma do código de processo penal*», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Coimbra Editora, Ano 137, nº 3948, (Jan. / Dez. 2008) p. 134-151. - A. 137, nº3950 (Mai./Jun. 2008). - pp. 262-285; TAIPA DE CARVALHO, «*Sucessão de Leis Penais*», 3ª edição Revista e Actualizada, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 174 e ss.

147 Neste sentido, na doutrina italiana, CHIARA AMALTIFANO, «*Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*», in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Padova, ano 38, n.º 4, Outubro – Dezembro de 2002.

148 Neste sentido, na doutrina francesa, ANNE WEYEMBERGH, «*Le Principe ne bis in idem: Pierre d´achoppement de l´espace penal européen?*», in *Cahiers de Droit Européen*, n.º 3 e 4, 2004, pp. 337 e ss.

149 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, «*Ne bis in idem e o exercício da acção penal*», in Que futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal, 2009, pp. 558, Coimbra, Coimbra Editora; no mesmo sentido, EDUARDO CORREIA, «*Despacho de Arquivamento do processo e caso julgado*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 99 (1967/1968), pp. 33, 49, 65, 66; FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Processual Penal*», Reimpressão da edição de 1974, 2004, Coimbra Editora, pp. 414 e ss.

are hard or impossible to quantify (such as human dignity)"[140].

A esta luz se compreende, pois, que, imbuído pelo espírito de aceitação irrestrita do princípio da dignidade da pessoa humana, a constituição processual penal da Região Administrativa Especial de Macau seja regida pelo princípio do nível de protecção mais elevado, que deve ser compreendido como um princípio de preferência pela norma mais favorável. Segundo tal princípio, se numa situação concreta for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao mesmo direito fundamental, será aplicável o que ofereça uma protecção mais elevada ao titular do direito em causa[141/142].

Porquanto, em sede do framework originalism[143], esse é o original meaning da norma constitucional que canoniza o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, da Lei Básica de Macau), na medida em que "the interpreters must be faithful to the original meaning of the constitutional text and the principles that underlie the text"[144].

Por conseguinte, o princípio *ne bis in idem*, pode, como vimos, ser *decantado* do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que obsta à *dupla punição* da *conduta naturalística do autor facto ilícito – típico precedente/branqueador* que *oculta* ou *dissimula* as vantagens ilícitas emergentes da prática de um crime anterior, uma vez que se denota uma *identidade fáctica* da conduta naturalística do autor/branqueador.

E isso compreende-se, *rectius*, aceita-se, tendo em linha de conta a caudalosa jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), e, sobretudo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), relativamente à interpretação do art.º 54.º, do CAAS[145].

---

140 Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, «*The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)*», in Columbia Law Review, January 2014, Volume 114, Number 1, (2014), p. 177.

141 ALESSANDRA SILVEIRA, «*Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia*», in Cadernos de Direito Privado N.º 32, Outubro/Dezembro de 2010, CEJUR, Braga, (2011), p. 10.

142 Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, V. *Acórdão Mary Carpenter*, de 11/07/2002, proc.º C-60/00; *Acórdão Yunyng Jia*, de 09/07/2007, proc.º C-1/05; *Acórdão Metock*, de 25/07/2008, proc.º C-127/08.

143 Neste preciso sentido, na doutrina norte-americana, JACK M. BALKIN, «*Framework Originalism and The Living Constitution*», Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n.º 82, in Yale Law Journal, February 2008, p. 4.

144 Neste preciso sentido, v .JACK M. BALKIN, «*Framework Originalism and The Living Constitution*», *cit.*, p. 4.

145 Para uma análise exaustiva da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em matéria de *ne bis idem* transnacional, principalmente no que se refere à interpretação do

em que o constitucionalismo de direitos[130/131/132/133], a par do princípio da dignidade da pessoa humana, vale indistintamente como referência[134] e que, como representação de um valor, significa, natural e necessariamente, que cada pessoa humana constitui um valor eminente, de onde resulta um equivalente e imediato reconhecimento de uma igualdade de princípio entre todos os seres humanos[135], como espelho fiel de um vero reconhecimento recíproco de sujeitos[136]; uma vez que o reconhecimento traduz-se numa obrigação de respeitar, o que implica, na prática, obrigação de proteger e obrigação de cumprir - através da adopção de medidas judiciais adequadas à prossecução desse escopo de respeito, protecção e cumprimento[137].

Por essa razão se compreende que um *direito*, para ser fundamental, terá de ser suficientemente importante para oferecer razões que obriguem os demais, dentre os quais se inclui o poder judicial – enquanto *entreposto valorativo*-, a prestar-lhe uma séria atenção[138], precisamente porque na *génese* da emergência desse direito fundamental, encontra-se o *reconhecimento recíproco* do homem enquanto pessoa que constitui a base do direito[139], sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina norte – americana refere que "*there are benefits that*

---

130 Neste sentido, GUSTAVO ZAGREBELSKY, «*El Juez Constitucional en el siglo XXI*», in Revista Ibero – Americana de Derecho Procesal Constitucional, n.º 10, Julho – Setembro de 2008, p. 249.

131 Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, «*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*», Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 229 e ss.

132 V. MANUEL ATIENZA, «*Argumentatión e Constitución*», in Anuário de Filosofia del Derecho, Madrid, Sociedad Espanõla de Filosofia Jurídica y Política e Ministério de Justicia de Espanã, nº 24, 2007, pp. 197-224.

133 V. RICARDO GAUSTINI, «*La Constituzionalizzacione de ordenamento jurídico: el caso italiano*», Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 49-75.

134 Neste sentido, na doutrina alemã, PETER HÄBERLE, «*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundgerechte und zur Lehre vom Gesetzvorbehalt*», 3. Auflage, Heildelberg, 1983, p. 345.

135 Neste preciso sentido, JOSÉ MELO DE ALEXANDRINO, «*Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana*», in Discurso dos Direitos, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 45.

136 Neste sentido, na doutrina alemã, JÜRGENHABERMAS, «*Faktizität und Geltung*», Frankfurt a.M. 1992, p. 504.

137 Neste preciso sentido, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, «*Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 290.

138 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, «*Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 290.

139 NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «*Os princípios de um "personalismo ético" como projecto de "materialização" do direito privado*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Comissão Organizadora: ARMANDO MARQUES GUEDES; MARIA HELENA BRITO; ANA PRATA; RUI PINTO DUARTE; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 480.

constituição[122] a título principal, que não a título supremo[123].

Sendo isto certo, a doutrina punctualizou, relativamente aos direitos fundamentais, muitas garantias necessárias à efectivação deles ou de outros direitos fundamentais cuja consagração expressa é silenciada pela Lei Básica, apresentando, para o efeito uma lista em sede da qual consta, para o que aqui interessa, o princípio ne bis in idem[124].

Todavia, refere a doutrina, tal omissão pode ser suprimida, por um lado, pelo princípio da continuidade[125] emergente da Declaração Conjunta, e, por outro lado, pelo efeito integrador – supra- legal- do PIDCP[126].

Permitimo-nos ir um pouco mais longe. Recorrendo ao princípio da *dignidade da pessoa humana* previsto no art.º 30.º, da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

Com efeito, a admissibilidade do ne bis in idem no ordenamento jurídico – constitucional da RAEM pode ser decantado desse princípio valor[127].

Com efeito[128], na época do neo – constitucionalismo, da constitucionalização dos direitos fundamentais (Die Konstitutionalisierung der Menschenrechte)[129],

---

122 Neste sentido, CÂNDIDA ANTUNES PIRES, «*The Organization of justice in the legal system of Macau – statics and Dynamics of the Macau SAR courts*», in 1st Seminar on Law and Social Sciences, Macau, (2007), *passim*.

123 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 760.

124 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 769.

125 Principalmente a salvaguarda da Declaração Conjunta que ordena manter na Região Administrativa Especial de Macau "*todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente as liberdades pessoais*" (Declaração Conjunta, Anexo I, V).

126 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 768.

127 Enfatizando que grande parte das *normas constitucionais* - portanto, normas com *pedigree* – têm uma *estrutura principiológica*, na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, «*Theorie der Grundrechte*», Frankfurt – am – Main, (1985), pp. 71 e ss.

128 Neste apartado seguiremos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do direito civil, em HUGO LUZ DOS SANTOS, «*O recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014: Concurso entre o risco do veículo e a culpa do lesado? Um passo atrás no padrão de jusfundamentalidade do Direito da União Europeia?*», in Cadernos de Direito Privado (CDP), em curso de publicação.

129 Neste sentido, na doutrina alemã, SOMMERMAN, «*Völkerrechtlich garantierte Menschenrecht als Ma&tab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtfreundlichtkeit des Gründgesetzes*», AöR 1989, pp. 395 e ss.

Esse *multilevel constitucionalism*[115/116] deriva, em primeira linha, da assinatura de um tratado internacional[117] denominado Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a questão de Macau[118], numa fase subsequente canonizados pela Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau[119], lei aprovada nos termos excepcionais permitidos pelo art.º 31º da Constituição da República Popular da China, e por aquela exigida[120].

Com efeito, durante cinquenta anos a República Popular da China reservou para si o exercício de apenas alguns poderes, designadamente relativos à defesa nacional, relações externas, interpretação da lei fundamental de Macau, nomeação de alguns titulares, repousando (quase) todo o restante nas mãos dos órgãos locais[121].

Sem embargo, a ampla autonomia reservada à Região Administrativa Especial de Macau implica a ideia de que a Lei Básica de Macau é uma

---

115 Muito recentemente, referindo a este propósito que "*we have thus a multilevel and multicomposite constitucional order*"; PAULO CARDINAL/YIHE ZHANG, «*Subnational Constitucionalism in the SARs of the People's Republic of China. An Exceptional Tailored Suit Model?*», in Revista "*O Direito*", Ano 144, 2012, IV, Director: JORGE MIRNDA, Almedina, Coimbra, 2013, p. 804.

116 Sobre a *metódica multinível* nos quadros do Direito da União Europeia, Neste sentido, GOMES CANOTILHO/SUZANA TAVARES DA SILVA, «*Metódica Multinível: "Spill- over effects e Interpretação conforme o direito da União Europeia»*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 138, Número 3955, Março – Abril de 2009, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 184.

117 É essa taxionomia que lhe é conferida pela doutrina, neste sentido, JAMES CRAWFORD, «*Rights on one Country: Hong Kong and China*», Hochelaga Lectures, Faculty of Law, HKU, (2005), pp. 3 e ss.

118 Assinada por ambas as partes contratantes em Pequim, no dia 13 de Abril de 1987. Foi, em Portugal, aprovada para ratificação pela Resolução n.º 25/87 da Assembleia da República, ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto n.º 38-A/87 e posteriormente publicada no Boletim Oficial de Macau, 23, 3.º Suplemento, de 07 de Junho de 1988 e que foi depositada pelas partes contratantes nas Nações Unidas.

119 Adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular da China e promulgada pelo Decreto n.º 3 do Presidente da República Popular da China para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999 e publicada no Boletim Oficial de Macau, 1ª Série, a 20 de Dezembro de 1999.

120 PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, pp. 744-745, que vimos e vamos seguir textualmente em certos pontos deste eixo temático.

121 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 746.

àquilo que a doutrina alemã denomina de *modificação prejudicial de um bem*[111].

Por conseguinte, consideramos que a conduta naturalística do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador que oculta e dissimula as vantagens ilícitas emergentes de um crime anterior configura uma *actuação arriscada permitida*, ocorrida num estádio de preparação de *factos posteriores co-punidos*[112].

1.3) O *multilevel constitucionalism* vigente na Região Administrativa Especial de Macau, à luz da Lei Básica de Macau e da Declaração Conjunta subscrita entre Portugal e a China, no que respeita à questão do ne bis in idem

Conatural à questão da *atipicidade* da conduta naturalística do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador encontra-se a problemática da (eventual) violação do princípio *ne bis in idem*.

Todavia, se à luz do Direito Português, atenta a sua expressa consagração constitucional (art.º 29.º, nº 5, da CRP), a questão é pacífica, o mesmo não se pode dizer em relação ao Direito Constitucional da Região Administrativa Especial de Macau, uma vez que o *ne bis in idem* não se encontra expressamente consagrado na Lei Básica de Macau.

Com efeito, e de acordo com a mais autorizada doutrina macaense, isso explica-se, entre outras razões, pelo facto de, nos quadros do Direito Constitucional de Macau vigorar uma *multilevel constitution*[113] ou um *multilayered constitucionalism*[114].

---

111 Neste sentido, URS KINDHÄUSER, «*Aumento do Risco e Diminuição do Risco*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, N.º 1, Janeiro-Março de 2010, Director: JORGE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 20.

112 Neste sentido, ANDRES HOYER, «*Risco Permitido e Desenvolvimento Tecnológico*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, N.º 3, Julho-Setembro de 2010, Director: JORGE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 366.

113 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, *cit.*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 759.

114 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*A Tale of Two Cities – The Judicial Protection of Fundamental Rights in The Exceptional Autonomous Regions of Macau and Hong Kong of The PR of China and the Role and Influence of International Law Instruments on Human Rigths*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Organizadores: Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/João Carlos Loureiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 231.

de um *dever negativo* (de não causar *dano* a terceiros)[103]; e a legitimidade da *norma de conduta*, filtrada designadamente pelas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade, condiciona a própria existência do *dever jurídico – penal*[104].

Ora se assim é, e julgamos que sim, denota-se na referida *acção neutra* – a de aproveitamento *ex post facto* das vantagens ilícitas emergentes da prática de crime anterior – uma *cláusula implícita de risco permitido*[105].

Como afirma CLAUS ROXIN, deve afastar-se a responsabilidade jurídico – penal de um agente quando a actuação do mesmo ocorra no âmbito do *risco permitido*[106/107/108/109] – no nosso caso, a do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador que oculta e dissimula as vantagens ilícitas emergentes de um crime anterior.

Assim, o agente tem de ter *criado* com a sua conduta um *risco não permitido* para o resultado lesivo, de forma a que, sendo esse o caso, esse *resultado* lhe possa ser objectivamente imputado[110].

Simplesmente, e na medida em que a *danosidade social* da conduta naturalística do branqueador está *genética* e *funcionalmente* ligada ao ilícito típico precedente – formando uma *unidade de sentido social*- não há lugar

---

103 Neste sentido, na doutrina espanhola, RICARDO ROBLES PLANAS, «*Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*», in www.indret, Barcelona, (2013), pp. 13, e, concretamente no que se refere ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais, vide, com muito interesse, p. 17.

104 Neste sentido, na doutrina alemã, FREUND, «*Zur Legitimationsfunktion des Zwecksgedankens im gesamtem Strafrechtssystem*», in WOLTER/FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strazumessung und Strafproze& im gesamten Strafrechtssystem*, Heilderberg, (1996), pp. 46-47.

105 Neste sentido, em geral, nos quadros do direito penal económico, FARIA COSTA, «*Direito Penal Económico e as Causas Implícitas de Exclusão da Ilicitude*», Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 423.

106 Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, «*Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*», 1989, pp. 237-239.

107 No mesmo sentido, na doutrina alemã, RUDOLPHI, «*SK StGB*», 6. Auflage, 1997, Vor § 1 marg. 57.

108 Sobre a equiparação da *ideia de risco permitido* à *adequação social da conduta*, PAULO DE SOUSA MENDES, "Ética, Medicina e Direito Penal", in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, Julho-Dezembro 2014, Coimbra Editora, (2015), p. 116.

109 Sobre a equiparação da *ideia de risco permitido* à *adequação social da conduta*, na doutrina alemã, HANS WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht- Eine Systematische Darstellung*, 11. Auflage, Berlin/New York, Walter de Gruyter, (1969), pp. 143-151.

110 Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», Band I, 4. Auflage, 2006, § 11, marg. 47.

adequado, ainda que o seu exercício provoque a *lesão* do bem jurídico económico (livre concorrência).

Assim, a realização da conduta que corporiza objectivos económicos valorados positivamente faz com que a acção seja *excluída* do âmbito do direito penal económico, ainda que produza uma lesão no bem jurídico[95].

Essa *exclusão da tipicidade* da conduta naturalística do autor do facto precedente/branqueador explica-se ainda pelo facto de essa *unidade de sentido social*, esgotada que está a *danosidade social* com a perfectibilização do facto ilícito – típico precedente, ser dogmaticamente cunhada de *acção* neutra, na medida em que configura o limite do *mundo* do Direito, que não ultrapassa o nível dessa expressão de desaprovação, sendo, pois, *comportamentos não manifestamente puníveis*[96/97/98], na medida em que a *reprovação penal* não é manifestamente exteriorizada ao *injusto penal alheio*[99/100/101/102].

Porquanto não se denota, no quadro das *relações sociais típicas*, a violação

---

95 Neste sentido, IVAN LUIZ DA SILVA, «*Introdução à teoria da adequação económica da conduta no direito penal económico*» in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 1, Janeiro-Março de 2012, Director: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 46.

96 Neste sentido, na doutrina espanhola, RICARDO ROBLES PLANAS, «*La participácion en el delito: fundamento y limites*», Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 33.

97 Neste sentido, na doutrina brasileira, LUÍS GRECO, «*Cumplicidade através de acções neutras. A imputação objectiva na participação*», Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 110.

98 Neste sentido, VINICIUS DE MELO LIMA, «*Acções neutras e branqueamento de capitais*», in: *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação*, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Direcção: JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA/LUÍS SILVA MORAIS, Ano III, Números 11/12, Julho/Dezembro de 2012, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 171-182.

99 Neste sentido, JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO, "Um panorama da Relação entre Teoria do Abuso de Direito, Acções Neutras e Lavagem de Dinheiro", in: *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação*, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Direcção: JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA/LUÍS SILVA MORAIS Ano IV, Números 16, Outubro/Dezembro de 2013, Almedina, Coimbra, 2013, p. 98.

100 Neste sentido, na doutrina brasileira, monograficamente, JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO, *Teoria Geral da Participação Criminal e Acções Neutras – Uma Questão de Imputação Objectiva*, Curitiba: Juruá, (2009), *passim*.

101 Neste sentido, na doutrina alemã, WOLFGANG FRISCH, "Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstituition) der Beihilfe, in: *Festschrift für Lüdersen*, Baden-Baden: Nomos, (2002), pp. 541-553.

102 Neste sentido, na doutrina argentina, NICOLÁS GUZMAN, "Conductas Neutrales y Participácion en el Delito: Apuntes sobre el estado actual de la Discussión", in: *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, (2010), pp. 278-321.

resultado lesivo[91].

O tipo legal de crime é sempre portador de um determinado *sentido negativo*, refere-se a condutas social e juridicamente desvaliosas, e esse desvalor não pode estar presente onde a conduta é *socialmente normal e socialmente aceitável.*

Deste modo, o julgador deve proceder a uma *valoração social abrangente da conduta* para saber se o seu *sentido de totalidade* corresponde ao que informa o tipo legal de crime. O recorte de conduta que o legislador verte ao nível da norma incriminadora tem que ser *socialmente reconhecível* no caso concreto[92]; o *recorte social da conduta* que o legislador tentou amarrar ao tipo não deve ser entendido como um *puro facto*, mas como percepção de um valor fundamental pela *colectividade* dentro de uma ordem de valores constitucional[93].

Por isso, e como acima se deixou sinalizado, deve manter-se uma relação estreita entre a *norma penal* e a *realidade social* no momento da sua aplicação[94].

A esta luz se compreende que havendo uma relação inextricável entre a *norma penal e* a *realidade social*, que *testa* a sua validade e juridicidade, se possa, de modo que se julga dogmaticamente fundado, aliar à *adequação social* à *adequação económica* da conduta do autor do facto ilícito-típico precedente/ branqueador, pois é no mundo exterior que, em estado de alteridade, ambas se projectam explicitamente, *des-subjectivando-se.*

Mas o que é afinal a *adequação económica da conduta*?

Com efeito, a *teoria da adequação económica da conduta* é um juízo de valoração jurídico – económica sobre uma conduta para excluí-la do âmbito do tipo penal económico quando a sua realização se encontra em conformidade com a *liberdade de actuação pró*pria nos quadros de uma economia global de mercado de base eminentemente capitalista em razão do seu carácter *economicamente*

---

91 Neste sentido, na doutrina alemã, ESER, «*Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverszichtbare Rechtsfigur?* Überlegungen anhand sozialüber Vorteilsgewährungen», in Festschrift für Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2001, pp. 199 e ss.

92 Neste preciso sentido, muito recentemente, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «*A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a relevância do simbolismo social do crime)*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Organização: MANUEL DA COSTA ANDRADE; JOSÉ DE FARIA COSTA; ANABELA MIRANDA RODRIGUES-, HELENA MONIZ; SÓNIA FIDALGO, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 290.

93 Neste sentido, na doutrina alemã, KÖNIG, «*Das recht im Zusammenhang der sozialen Normensystem*», in *Seminar: abweichendes Verhalten*, Band I, Lüderssen/Sack, 2. Auflage, Frankfurt, 1982, pp. 200 e ss.

94 Neste sentido, na doutrina espanhola, ROLDAN BARBERO, «*Adecuacion social y Teoria jurídica del Delito, sobre lo contenido y los limites de una interpretacion sociológica restrictiva de los delitos penales*», in Universidad de Cordoba, Monografias, n.º 190, Cordoba, 1992, pp. 79.

as escolhas no sentido correcto dos *rational maximizers* (os arguidos), através da punição de *condutas socialmente adequadas*, *recte*, de *aproveitamento ex post facto das vantagens ilícitas* emergentes da prática de um crime anterior.

Porquanto, isso redundaria numa indesejável, ao menos nos quadros de um Direito Penal Democrático, *invasão* da Moral no campo sagrado do Direito Penal, o que, a todas as luzes, ninguém aceitará.

Deste modo, já se antevê, denota-se, nesta concreta sede discursiva, a supina importância, por um lado, da *adequação social da conduta*, e, reflexamente, por outro, da *adequação económica da conduta.*

Mas o que é afinal a *adequação social da conduta*?

A adequação social da conduta traduz-se num princípio de valoração geral da acção que adquire uma importância fundamental não só ao nível da interpretação da regra de direito penal como da regra de direito civil, do direito do trabalho, e de outros ramos de direito88. Em certos casos, e esta problemática é particularmente sentida pelo direito penal dada a importância que aí assume o princípio da legalidade, a conduta tem que ser valorada em todas as suas vertentes face à norma, acabando por ser o seu sentido social, todo o seu sentido social, a decidir da sua compatibilidade ao sentido jurídico[89]. Se é verdade que não basta nunca uma leitura formal dos termos da incriminação, há casos – de verdadeira adequação social da conduta – em que não se torna possível manter autónomos os pressupostos da responsabilidade penal, a indagação acerca da tipicidade, da justificação, e da desculpação, consumindo-se no momento da tipicidade toda a valoração da conduta[90].

Supõe-se, assim, o desempenho de uma tarefa interpretativa mais vasta e com contornos diferentes da interpretação tradicional já que não se trata apenas de aferir, ou de certificar, a reunião dos singulares elementos típicos, *mas de pensar todo o sentido do tipo objectivo de ilícito* em relação à conduta praticada, falando a doutrina abalizada, a esse propósito, em *significado de um*

---

88 Cujo pioneiro foi, na doutrina alemã, HANS WELZEL, na sua obra seminal, «*Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58*», Berlin, 1939, pp. 491-516.

89 Neste sentido, V., com muito interesse, a mais autorizada doutrina portuguesa na matéria, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «*Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art.º 152.º, do Código Penal; Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Abril de 2006*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, N.º 2, Abril-Junho de 2006, Director: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 330-331.

90 Neste sentido, monograficamente, a mais autorizada doutrina portuguesa na matéria MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «*A Adequação Social da Conduta no Direito Penal, ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*», Tese de Doutoramento, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2005, pp. 87 e ss, que vimos seguindo e que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

penal[81/82], ele deve ser mobilizado como instrumento de rectificação (debiasing through law), designadamente através da expressão de valores que alterem de modo positivo as preferências com reflexos nas normas sociais[83].

Por outras palavras, o Direito apresenta potencialidades significativas na *arquitectura da escolha*[84/85], em particular na fixação da escolha por defeito (*default rule*)[86].

A correcção através do Direito (*debiasing through law*), visa, deste modo, *reduzir a distorção comportamental dos sujeitos jurídicos*, sobretudo no que respeita a erros de juízo. A sua elaboração pode tanto ser feita por uma via adjectiva, através de regras procedimentais e processuais, como por via substantiva, procurando, mais do que a definição de *restrições paternalistas, estimular escolhas no sentido correcto,* numa lógica de paternalismo libertário (*libertarian paternalism*)[87].

Todavia, e recentrando a discussão na *normalidade social* da conduta naturalística do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador, os tribunais, sob pena de um incaucionável *paternalismo*, não podem estimular

---

81 Sobre o *funcionalismo jurídico - penal*, na doutrina alemã, HANS ACHENBACH, «*Individuelle Zurechnung, Verantworlichkeit, Schuld*». In: Gründfragen, 2007, 135-152; HEIKO HARMUT LESCH, «*Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktinalen Revision*». Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, *passim*; GÜNTHER JAKOBS/MICHAEL PAWLIK, «*Strafrechtswissenschafstheorie*». In: IDEM; RAINER ZACZYK (Hrsg). in Festschrift für. Carl Heymans, 2007, pp. 480-494; GÜNTHER JAKOBS, «*Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien – denken*». Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? In: ZStW 107 (1995), p. 845.

82 Neste sentido, na doutrina espanhola, MANUEL CANCIO MELIÁ/ BERNARDO FEIJOO SANCHEZ, «*Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs*». In: Günther Jakobs, La Pena Estatal: significado y finalidad. Madrid: Thomson – Civitas, 2006, pp. 27 e ss.

83 Neste sentido, ROBERT COOTER, «*Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization*», in Oregon Law Review, Vol. 79, n.º 1, 2000.

84 Neste sentido, GREGORY N. MANDEL/JAMES THUO GATHLI, «*Cost – Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein's Laws of Fear*», in University of Illinois Law Review, 2006, pp. 1054-1055.

85 Neste sentido, CASS R. SUNSTEIN, «*Irreversible or Catastrophic*», in The Law School, The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 88, AEI – Brookings Joint Center Working Paper, n.º 05- 04.

86 Neste sentido, R. H.THALER/CHRISTINE JOLLS/CASS SUNSTEIN, «*Behavioral Law and Economics*», Cambridge University Press, Volume 26, 2009, pp. 121 e ss.

87 Neste sentido, RUTE SARAIVA, «*A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução*», in Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 1100-1105, que vimos acompanhando de muito perto, mesmo textualmente.

Deste modo, a tese posneriana radica na asserção de que na eficiência (enquanto MDR) reside o critério adequado para a jurisprudência de *common law*, invocando, por um lado, a existência de um *consentimento* ou *contrato social tácito*, e, por outro lado, o papel privilegiado dos tribunais para a assunção de tarefas distributivas[76].

Consideramos que - deixando de lado a (candente) questão da justiça regida por teses economicistas-, no que refere a autor do facto ilícito – precedente/branqueador, mesmo à luz da mais moderna doutrina norte - americana que advoga a *Behavioral Law and Economics*[77/78] , é possível vislumbrar a *normalidade social* da conduta do autor do facto precedente/ branqueador que, após a *prática do crime anterior* que gerou as vantagens ilícitas, tenciona *ocultar* e *dissimular* a mesmas.

Desde logo, conforme afirma Anuj C. Desai, referindo-se à corrente de pensamento do *Libertarian Paternalism*, a *arquitectura da escolha* será mais um meio do que um fim em si mesmo[79].

O que significa que os agentes económicos/sujeitos jurídicos, dentre os quais se inclui *o autor do facto ilícito precedente/branqueador*, reagem a sistemas de incentivos porquanto estes alteram objectiva e subjectivamente (percepção) a relação *custo – benefício entre as diversas escolhas possíveis, inclusive a que maximize a riqueza,* como afirma Posner.

Assim, à *conduta racional e maximizadora dos interesses próprios* do autor do facto ilícito precedente/branqueador, acrescenta-se uma *dimensão cognitiva e psicológica em que as opções tomadas revelam mais do que culpabilidade, falibilidade*[80].

Nesta linha argumentativa, atendendo à interacção entre a dimensão comportamental e a normativa, a haver algum funcionalismo do direito

---

seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

76 Neste sentido, RICHARD POSNER, «*The Economics of Justice*», Cambridge, Harvard University, Harvard University Press, 1983, capítulos 3 e 4.

77 Neste sentido, TODD HENDERSON, «*Project Behavior: What the Battle is really about*», disponível em hhtp:/truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium, 2010.

78 Neste sentido, DOUGLASGINSBURG/JOSHUA WRIGHT, «*A Taxonomy of Behavioral Law and Economics Skepticism*», disponível em hhtp:/truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium, 2010.

79 Neste sentido, ANUJ C. DESAI, «*Libertarian Paternalism, Externalities, and the "Spirit of Liberty": How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an "Overlapping Consensus"*», in University of Winsconsin Legal Studies Research Paper N.º 1121, 2010, pp. 14 e ss.

80 Neste sentido, JEFFREY J. RACHLINSKI/CYBTHIA R. FARINA, «*Cognitive Psychology and Optimal Government Design*», in Cornell Law Review, n.º 87, 554, 2002, p. 554.

como *maximizador racional* das suas satisfações, tendo como pólo irradiador a *racionalidade económica assente no custo – benefício e no princípio da utilidade eficiência.*

Em *Economic Analysis of Law* (1973), Posner propugna a *maximização da riqueza* (MDR) – *wealth maximization* – como critério orientador, a montante e a jusante, da decisão judicial e, em geral, da *arquitectura da escolha* dos cidadãos (*choice architecture*).

Assim, Posner avança a *maximização da riqueza* (MDR) – *wealth maximization* - como proposta ético – fundacional, rejeitando, de permeio, o *fantasma utilitarista* de feição Benthamiana.

Por conseguinte, a melhor forma de o fazer seria cunhar à MDR como critério alternativo, resgatando-o do solo economicista em que a mesma foi colhida, enquanto ciência da escolha racional num mundo caracterizado pela escassez dos seus recursos em face das necessidades humanas[71], em que o homem (reasonable man)[72] é entendido como maximizador racional dos seus próprios interesses. A MDR, enquanto eficiência económica, surge como critério fundacional do direito e da escolha judicial, devendo o legislador e o julgador agir, nas suas diferentes tarefas – opções, como rational maximizers[73], realizando as suas escolhas de modo a obter os maiores benefícios possíveis aos menores custos. Esta eficiência é apresentada como fundamento normativo do direito a constituir, ao mesmo tempo que fornece a explicação – descrição do conjunto de decisões judiciais e das opções subjacentes às normas jurídicas. O direito oferece-se como meio – instrumento para um ideal de justiça distributiva que almeja uma alocação eficiente de bens naturalmente escassos[74].

Richard Posner entende que a analogia custo – sacrifício/preço e benefício/vantagem económica perpassa qualquer fenómeno social que se torna assim apto a constituir objecto da análise económica[75].

---

71 Neste sentido, RICHARD POSNER, «*El Análisis Económico del Derecho*», México, Fondo de Cultura Económico, 1998, p. 11;

72 Sobre este conceito, RONALD DWORKIN, «*Law´s Empire*», Oxford, Hart Publishing, 1988, p. 280.

73 Neste sentido, mais recentemente, acentuando a aproximação ao pragmatismo, encetada no início dos anos 90, que preconiza uma atenuação da *wealth maximization* como alternativa à filosofia utilitarista, assumindo-se tal critério já não com base num fundamento ético mas pragmático; RICHARD POSNER, «*The Problems of Jurisprudence*», Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 391, RICHARD POSNER, «*How Judges Think*», 2008, *passim*.

74 Neste sentido, RICHARD POSNER, «*The ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*», in Hofstra Law Review 8, Spring (1980), pp. 487-507.

75 Neste preciso sentido, TERESA VIOLANTE, «*O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura*», in Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano X, N.º 19, 2010, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 196-201, que vimos

tratados (mas também *solucionados*) na perspectiva das suas consequências[69]. Ou mais rigorosamente, na perspectiva ("*sob o desafio*") de um certo equilíbrio – *balancing* dessas consequências. Que é aquele que objectiva (e delimita) como *custos e benefícios socialmente relevantes*[70].

Tendo esta *ideia motriz* como pano de fundo, e fixado o território semântico em que se move a *Law and Economics Scholarship*, é possível surpreender nesta escola de pensamento uma ambição (desmedida?) de *fusão* das duas componentes que a integram (*a jurisdictio enquanto organização ou estrutura* e a *análise custo/benefício*).

Deste modo, pugnando pela *interdisciplinaridade* entre os dois campos do saber, Richard Posner advoga que - mais do que perfeitamente estanques, ambas as disciplinas do saber devem ser verdadeiros *vasos comunicantes* - é possível a mobilização de premissas de cariz eminentemente economicista para garantir a resolução de problemas intrinsecamente jurídicos.

Como protagonista desta *fusão de horizontes epistemológicos,* surge o *homem*

Courts », in BOUCKAERT/BOUDEWIJN/DE GEEST/GERRIT (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume V (The Economics of Crime and Litigation), parte VII (Civil and Criminal Procedure), Cheltenham, 2000, 27 e ss e 45 e ss.

69 Neste sentido, AROSO LINHARES, «*A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LXXVIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 66-178, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

70 O *cost – benefits analysis* que constitui a base da célebre "*pragmatic turn" de RICHARD POSNER*, que serviria de motejo a RONALD DWORKIN que, quando confrontado com o referido "*pragmatic turn"* ironizou referindo que ao "*Posner imperialista*" sucedeu o "*Posner pragmático*" e encontra-se explicitamente associado à "*trilogia*", *The Problems of Jurisprudence (1990)/ Overcoming Law (1995)/ The Problematics of Moral and Legal Theory (1999).*
A obra *The Problematics of Moral and Legal Theory (1999)* constitui uma das mais empenhadas tentativas de resgate da solvabilidade da *acreditação estrutural* (para muitos irremediavelmente perdida..) da denominada *Chicago Trend*; uma vez que empreende a uma revisão profunda das pretensões de cientificidade e de objectividade que perpassaram a primeira fase do movimento. Uma reavaliação que *renuncia* à possibilidade de uma estrutura sistemática pré – concebida (corporizada em *conceitos e princípios económicos básicos*) – e com ela à exigência de conceber a prática e o pensamento jurídicos como uma *desimplicação* lograda dessa estrutura sistemática (*as the possibility of deducing the basic formal charactheristics of law itself from economy theory*) – na mesma medida em que se desvincula da *law as social science claim* – que a primeira geração dos *Chicago Scholars* tinha herdado tanto da *Sociological Jurisprudence* quanto dos *Progressive Realists* (Para uma reconstituição exemplar deste percurso e das suas implicações epistemológicas, ver, na doutrina alemã, ERICH SCHANZE, «Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., Verbindungslinien zur realistischen Tradition», in ASSAMAN/KIRCHNER/SCHANZE (Hrsg), Ökonomische Analyse des Rechts, Regensburg, 1978, pp. 7/10), e, muito especialmente, na doutrina norte – americana, GARY MINDA «*Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century´s End*»; New York, 1995, pp. 29/33, pp. 101 e ss.

e, fundamentalmente, de violação do princípio da inocência (art.º 6.º, n.º 2, da CEDH)", porquanto, entendeu o TEDH " não é aceitável que o arguido seja obrigado a auto-incriminar-se".

Noutro ângulo, mas ainda em sede da mesma linha argumentativa, o (então) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, na esteira da Jurisprudência "*Orkem*"[65], firmou jurisprudência pacífica no sentido de que o *direito à não auto-incriminação nada mais é do que uma decorrência do princípio da presunção de inocência.*

Por conseguinte, e como bem afirma JORGE GODINHO, "*a fuga à justiça é um «estádio posterior» de todos conhecido: sempre existiu e sempre existirá. Se a fuga da pessoa do agente é atípica, porque não deveria suceder o mesmo com a fuga dos capitais*"?[66]

1.2) A *law and economics scholarship* e a questão da *adequação social e económica da conduta do autor do facto precedente/branqueador* e das *acções neutras* no âmbito teleológico do tipo legal de crime de branqueamento de capitais – sua relevância, quando analisadas à luz da actual doutrina alemã da *"acção arriscada permitida", para a exclusão da tipicidade* do crime de branqueamento de capitais quando praticado pelo *autor do facto precedente*

No que a este eixo temático diz respeito[67], é consabido que a *constelação temática* que nos interpela – a *law and economics scholarship* – tem como supedâneo idóneo a ideia reitora que os problemas da *organização e da administração da justiça* – consubstanciados numa institucionalização pragmática contingente da *decisão – julgamento*[68] sejam reconstituídos e

---

Justice for some: How the Legal System Falls Short in Protecting Basic Rights», in New York Law Review, Volume 88, Number 6, December 2013, p. 1970.

65 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada), de 20/02/2001, Proc.º N.º T-112/98; Acórdão de Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros Vs Comissão; Acórdão do TJCE, de 07/01/2004, Processos Apensos n.º C-204/00P; C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, e C-219/00P (Aalborg Portland A/S e outros Vs Comissão); Acórdão do TJCE, de 29/06/2006, Proc. C-301/04 (Comissão Vs SGL Carbon AG); Conclusões do Advogado-Geral Bot, que proferiu no âmbito do caso Erste Bank, em 26 de Março de 2009.

66 Neste sentido, V. JORGE GODINHO, «*Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, *cit.*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 398.

67 Seguiremos de muito perto, neste ponto, o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «*A reforma do Código de Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo: Entre a law and economics posneriana (MDR) e a maximização da justiça consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?*», in: Revista "O Direito", Ano 147.º, I, (2015), Director: Jorge Miranda, *passim*.

68 Neste sentido, LEWIS KORNHAUSER, «*Judicial Organization & Administration" e "Appeal & Supreme*

relação à entrega de documentos[62] pelo arguido ao tribunal de julgamento, debruçou-se o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), Funke, de 25/02/1993, em sede do qual se decidiu que " assiste ao arguido um direito de não entregar documentos ou outras provas contra si próprio[63], sob pena de violação do direito a um processo equitativo (art.º 6.º, n.º 1, da CEDH)[64],

---

62 Neste sentido, sobre o alcance do *nemo tenetur se ipsum acussare*, em particular, no que se refere à entrega de documentos, PAULO DE SOUSA MENDES, «*O dever de colaboração e as garantias de defesa*», in Revista Julgar, n.º 9, Setembro-Dezembro de 2009, pp. 18; sobre as garantias de defesa do arguido em processo penal, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/2008, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Fernandes Cadilha, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/2009, de 26 de Maio de 2009, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 551/2009, de 27 de Julho de 2009 e n.º 645/2009, de 15 de Dezembro de 2009, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Gil Galvão disponíveis em www.dgsi.pt.

63 No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *J.B. v. Suiça*, de 03 de Maio de 2001, disponível em http://echr.coe.int/echr; JOANA COSTA, "O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", *in Revista do Ministério Público* (*RMP*) n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, (2011), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 151 e ss; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Martinen c. Finlândia*, de 21 de Julho de 2009, disponível em http://echr.coe.int/echr; HELENA GASPAR MARTINHO, "O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas,* Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 1073 e ss; CATARINA ANASTÁCIO, "O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, (2010), Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2010), pp. 228 e ss; VÂNIA COSTA RAMOS, "*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, *cit.*, pp. 184-185; apelando ao *princípio da lealdade processual*, PAULO DE SOUSA MENDES "As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, *cit.*, pp. 139 e ss; Neste sentido, na doutrina de inspiração germânica, ELISABETH KÖCK, "Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände", in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, (2004), pp. 267-279; Neste sentido, na doutrina inglesa, ANGUS MACCLLOCH, "The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations- Theoretical Foundations and Pratical Implications", in *Legal Studies*, Volume 26, n.º 2, Junho, (2006), pp. 211-237; Em sentido divergente, DIANA ALFAFAR, "O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 336 e ss.

64 A mais recente e autorizada doutrina norte-americana na imperiosidade de "*providing due process*" e "*ensure fundamental fairness*"; Neste sentido, WALLACE B. JEFFERSON, «*Liberty and*

norte-americana[56].

Assim, independentemente da natureza substantiva[57] ou processualista[58/59] que estriba o princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur si ipsum acussare*), afigura-se-nos claro e meridiano que, se o *conteúdo material* do referido princípio só é assegurado através da imposição dos deveres de esclarecimento ou de advertência às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal (artigos 47º, n.º 2 e 3, do CPP de Macau; 50º, n.º 1, alínea *g)*, do CPP de Macau; 128º, n.º 5, do CPP de Macau), estabelecendo-se a sanção de proibição de valoração, nos termos do artigo 47º, n.º 3, do CPP de Macau e da nulidade das provas obtidas mediante tortura, coacção ou ofensa da integridade, física ou moral (artigo 113º, n.º 1, do CPP de Macau); e se, a benefício de exemplo, a justificação do impedimento de o co-arguido depor como testemunha tem como fundamento essencial uma *ideia de protecção do próprio arguido, como decorrência da vertente negativa da liberdade de declaração e depoimento*, a que acima se fez referência e que se traduz no brocado latino *nemo tenetur se ipsum accusare, o também chamado privilégio contra a auto-incriminação*; faz-se irremissível mister concluir que a consagração do impedimento representa (*também ele*) uma renúncia do Estado à «*colaboração forçada*»[60] na investigação de factos criminosos de quem é alvo dessa mesma investigação, não logrando, tese contrária, passar o teste da bondade intrínseca da *solvabilidade constitucional*[61].

Na senda da linha argumentativa acima traçada, e, concretamente em

---

56 Neste sentido, na doutrina norte-americana, DAVID LUBAN, «*Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law*», Georgetown Law Faculty Working Papers, July 2008, p. 13.

57 Neste sentido, VÂNIA COSTA RAMOS, «*Parte II, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare*», in Revista do Ministério Público, n.º 109, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 60.

58 Neste sentido, FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, «*Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)*», Almedina, Coimbra, 2009, p. 39.

59 Neste sentido, LARA SOFIA PINTO, «*Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case Study: revelação coactiva da password para desencriptação de dados – resistence is futile?*», in Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa, Coordenação da Prof. Teresa Pizarro Beleza/Prof. Frederico Lacerda Costa Pinto, Coimbra, Almedina, 2010, p. 107.

60 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 133/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Vítor Gomes, disponível em www.dgsi.pt.

61 Tomando de *empréstimo* a feliz expressão de MANUEL DA COSTA ANDRADE, «"Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137, N.º 3948, Janeiro/Fevereiro de 2008, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 148.

Porquanto, como se considera ser de meridiana clareza, a conduta do autor do facto precedente/branqueador que oculta ou dissimula as vantagens ilícitas de um crime anterior quadra-se com a asserção, também ela clara, que o arguido *não tem o dever de colaborar com a administração da justiça penal.*

Na verdade, sendo a *acusatoriedade* e *contraditoriedade* a *pedra de toque* do edifício jurídico-penal, todavia, na outra face do hemisfério, do lado do arguido, vigora o *princípio* do *nemo tenetur se ipsum accusare*, isto é, o *arguido não tem o dever de colaborar com a administração da justiça.*[51]

Por conseguinte, *o princípio garantístico da não auto-incriminação ou da não auto-inculpação*, estatui que *ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade*, prerrogativa, essa, que consiste na (*legítima*) *recusa do arguido em cooperar de qualquer forma com a administração da justiça*, por um lado, *e no direito a não colaborar para a sua própria incriminação*, por outro.[52]

Reúne amplo consenso na doutrina[53/54] e na jurisprudência[55], a tese de que o *direito ao silêncio* (que funda o *princípio nemo tenetur se ipsum accusare*) *se aplica a uma qualquer actividade processual por parte do arguido que contribua, em maior ou menor grau, para a sua própria incriminação*, sendo esse um corolário do "*legitimacy through fairness*", de que fala a doutrina

---

51 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, «*O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*», Tese de Doutoramento, Universidade Católica Publicações, Porto, 2002, p. 344.

52 Aproximadamente neste sentido, JORGE FIGUEIREDO DIAS/COSTA DE ANDRADE, «*Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)*», Almedina, Coimbra, 2009, p. 39; COSTA DE ANDRADE, «*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*», Coimbra Editora, Coimbra (Reimpressão de 2006), pp. 125; SÓNIA FIDALGO, «*Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1 (Janeiro-Março de 2006), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 144.

53 Neste sentido,SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, «*O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*», Coimbra Editora, 2009, pp. 34 e ss; no mesmo sentido, VÂNIA COSTA RAMOS, «*Parte I, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare*», in Revista do Ministério Público, n.º 108, Coimbra Editora, Coimbra Editora, 2006, pp. 132-133.

54 Mais recentemente, AUGUSTO SILVA DIAS, «*Têm os deveres de cooperação do art.º 7.º e ss do DL N.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, Implicações Processuais Penais ou Contra – Ordenacionais*», in Direito Penal Económico e Financeiro, Conferência do Curso Pós – Graduado de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 435 e ss.

55 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/07 (Gil Galvão), Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 542/97; Tribunal Constitucional n.º 304/2004, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2005; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2013, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

punição destituída de fundamento material"[46/47].

No que se refere concretamente à lei n.º 2/2006, não pode ser visto como um acidente ou um acaso o facto de o legislador macaense de 2006 — que seguiu a lei de Portugal de 2004 *ipsis verbis* em muitos pontos — não ter acompanhado a legislação lusa quanto a esta questão, não incluindo o dito trecho «*obtidas por si ou por terceiro*». Deve pois entender-se que em Macau o legislador optou conscientemente por não sufragar as teses dos que sustentavam o concurso efectivo[48].

Resulta daqui, e do texto da lei — que não seguiu a solução de Portugal — com toda a clareza que a intenção do legislador foi no *sentido de impedir a punição de factos posteriores co-punidos*, cuja censura já resulta da punição do crime principal, pois tal dupla punição violaria o *princípio ne bis in idem*[49/50].

Este raciocínio, sendo colhido do solo da *normalidade social*, encontra arrimo dogmático, ainda, na inadmissibilidade do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

---

46 Neste sentido, JORGE GODINHO, «*Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens deleresultantes*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, *cit.*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 398.

47 Contra, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência N.º 13/2007, DR 240 Série I de 2007-12-13, também disponível em www.dgsi.pt; em ANOTAÇÃO a este aresto PEDRO CAEIRO afirma, na esteira da (nova) doutrina sobre o *concurso de crimes* entronizada por FIGUEIREDO DIAS, que "*a natureza da consunção como problema do caso impede que aquela jurisprudência seja entendida no sentido de que o branqueamento se encontra sempre numa relação de concurso efectivo com o facto precedente sujeito ao regime do art.º 77.º. do CP; diversamente, ela deve ser interpretada no sentido de que existe aí um "concurso de crimes" (e não um fenómeno de "unidade de lei"), cabendo sempre ao juiz do caso avaliar se se trata, em concreto, de um "concurso de crimes efectivo", punível segundo as regras do art.º 77.º, ou de um "concurso de crimes aparente", por força de uma relação de consunção que leva à condenação por um único crime (o crime dominante), servindo o crime dominado como factor de agravação da pena*"; Neste sentido, PEDRO CAEIRO, «*A consunção do branqueamento pelo facto precedente, em especial: i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; ii) a punição da consunção impura*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, Volume III, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 221.

48 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 351.

49 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 353.

50 Neste sentido, afirmando que o *concurso efectivo* entre o crime precedente e o crime de branqueamento de capitais, configura a violação do *ne bis in idem* (art.º 29.º, n.º 5, da CRP), OLIVEIRA ASCENSÃO, "Branqueamento de capitais: reacção criminal, in: *AA.VV., Estudos de Direito Bancário*, (1999), pp. 347-348.

um *pedaço de reconhecimento normativo* que é, justamente, um *acontecimento juridicamente relevante*, estribado por considerações de *normalidade social*.

No que se refere concretamente ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais, em que o conceito naturalístico de *acontecimento da vida* adquire contornos *normalidade social* do ponto de vista da conduta do branqueador quando *coincide* com o autor do facto precedente, a acção naturalística do *autor do facto precedente/branqueador* dirige-se primacialmente à ocultação e dissimulação das vantagens ilícitas obtidas de forma ilícita com base num crime anterior.

Por conseguinte, *autor do facto precedente/branqueador* pugna *legitimar ex-post facto* uma conduta anterior criminosa. Não há aqui lugar a um pensamento normativamente estruturado por parte do autor/branqueador, mas a um raciocínio que, escorado na *normalidade social*, tem como escopo primacial gizar uma *linha de continuidade* entre a prática do *facto ilícito – típico precedente* e as vantagens patrimoniais ilícitas daí advenientes, donde a *perpetuação do estado de anti-juridicidade* da sua conduta.

A esta luz, mesmo no quadro dogmático da doutrina clássica (EDUARDO CORREIA), que não perfilhamos, estaríamos perante uma única resolução criminosa, ou, mais modernamente, e acompanhando FIGUEIREDO DIAS, uma *unidade do desígnio criminoso.*

Deste modo, a *conduta naturalística* do autor do facto precedente/branqueador, *sendo uma só*, colima-se ao *aproveitamento das vantagens ilícitas* emergentes da prática do *facto ilícito – típico precedente*, deixando sem *autonomia* uma (posterior) *danosidade social* já lograda com a prática do crime anterior, configurando, pois, em caso de *concurso efectivo* entre o *crime precedente* e o *crime de branqueamento de capitais*, a violação do *ne bis in idem* (art.º 29.º, n.º 5, da CRP, art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)[45].

Por essa razão, acompanhamos JORGE GODINHO quando afirma que "*o branqueador terá de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora das vantagens, pelo que é atípico o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através do facto principal. A solução contrária levaria a uma dupla*

45 Neste sentido, recentemente, e em face do art.º 368-A, do Código Penal Português, PAULO DE SOUSA MENDES/SÓNIA REIS/ANTÓNIO MIRANDA, *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coordenação: Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Carlota Almeida, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 60-61.

especialmente tendo em vista situações ou grupos de casos como os seguintes: a utilização de métodos, processos ou meios já em si mesmos também puníveis; os factos tipicamente acompanhantes; e os *factos posteriores co-punidos*[43].

É do tipo de situações referidas em último lugar que aqui curamos. Com efeito, o problema reside em saber se uma *conduta posterior* (o branqueamento de capitais) ao *facto principal* (o ilícito-típico de onde resultaram as vantagens) pode ou não ser *punida de modo autónomo ou adicional* ou se, pelo contrário, tal não deve acontecer. Assim, trata-se fundamentalmente de indagar se o crime de branqueamento de capitais deve ser considerado como um *facto posterior co-punido*[44].

Inclinamo-nos, como acima se deixou sinalizado, para uma resposta de pendor positivo.

Na verdade, assente na rejeição firme da (vetusta) questão da *pluralidade de resoluções criminosas*, e bem assim, na *afinidade* entre os (diferentes) *bens jurídicos* violados, que são relegados para um plano conceitual secundário, o foco analítico do intérprete da lei penal deve ser deslocado da *frieza ontológica* das categorias doutrinais, que cunham dogmaticamente o conceito normativo de *bem jurídico*, para o *plano de proximidade* aos *factos naturalísticos* que compõem o «*mundo da vida*».

Por conseguinte, a essa interpretação, *rectius*, dos tipos legais de crime, deve presidir uma *análise global*, que *parta* do caso concreto, que se *funde* no caso concreto, e que *legitime* a solução normativa de que se *partiu* e em que se *fundou*, e que, descrevendo o *desenho global* do *acontecimento da vida*, faça jus à sua ineliminável *materialidade subjacente*.

Deste modo, uma tal interpretação jurídico – penal deve constituir uma *solução de continuidade* entre o *acontecimento da vida* e o *acontecimento juridicamente relevante* submetido à cognição de um determinado tribunal. Um magistrado *divorciado* das forças que animam o *devir* da vida (e dos tempos que a animam) não logrará captar o sentido profundo do *acontecimento da vida* cuja cognição (e justa análise) lhe é peticionada.

Breve, o conceito doutrinal do tipo legal de crime de branqueamento de capitais, apesar de ser um conceito normativamente formatado, não dispensa (antes peticiona) um *olhar global* sobre o *conglomerado fáctico* que lhe está subjacente, de modo buscar-se na *linha fria do horizonte* dos factos naturalísticos,

---

geral do crime», *cit.*, pp. 1016 e ss.

43 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 344.

44 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 344.

Ancorados nesse pressuposto dogmático[37], cabe afirmar que o problema que nos ocupa é de concurso de crimes — *e não de unidade de norma ou de lei*[38]. Com efeito, é relativamente óbvio e pacífico que *o tipo de crime de branqueamento de capitais não está numa relação de especialidade ou subsidiariedade em face do ilícito-típico principal*. O problema que aqui se coloca é de eventual *consumpção* — concretamente, é de saber se estaremos perante um caso de *facto posterior co-punido*[39].

O concurso de crimes não consiste numa operação lógico-formal de articulação das várias normas abstractamente aplicáveis. Trata-se antes de uma questão a analisar em termos de um juízo valorativo global — é «*um problema axiológico e teleológico de relacionamento de sentidos e de conteúdos do ilícito*»[40]. A questão de saber se se deve concluir pela existência de um concurso de crimes analisa-se em termos substanciais ou materiais, em face do significado social do comportamento em apreciação. Quando se deva concluir que existem vários «*sentidos sociais de ilicitude*», que devam ser valorados integralmente, haverá *concurso efectivo*[41]. Inversamente, estaremos perante um *concurso aparente* quando os *sentidos de ilicitude se relacionem ou liguem* entre si de tal modo que um dos sentidos seja predominante. Haverá assim que apurar a existência de uma *unidade do sucesso ou acontecimento ilícito global-final*[42],

---

Ivridica (SI), n.º 316, Outubro/Dezembro de 2008, p. 670; no mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/05/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rodrigues da Costa, disponível em www.dgsi.pt

37 Neste apartado seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, (2008), pp. 343-362.

38 No âmbito da *unidade de norma ou de lei* o problema coloca-se ao nível normativo e implica a articulação lógica entre preceitos legais, podendo suceder que entre as normas convocadas interceda uma *relação de hierarquia ou prevalência* que conduza à exclusão de uma em função de outra ou outras, sendo os critérios de solução apontados a *especialidade* e a *subsidiariedade*. Para Figueiredo Dias a *consumpção* não é, em bom rigor, uma questão lógico-formal mas sim um problema teleológico, de relacionamento de sentidos e conteúdos — *não sendo assim uma questão de unidade de lei ou de normas*. Neste preciso sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*», 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 1000.

39 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 344.

40 Sobre a questão, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*», *cit.*, p. 1002.

41 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 344.

42 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina*

perfilhamento da tese do Professor FIGUEIREDO DIAS, e a tese do Professor JORGE GODINHO, ou seja, a tese do concurso aparente, por consumpção, propugnando nós a mobilização, neste eixo temático, da categoria doutrinal norte –americana da *rule of lenity* "*that requires courts to construe ambiguous criminal laws narrowly, in favor of the defendant*"[28].

De forma sinóptica, rejeitamos, *in totum*, a *diversidade dos bens jurídicos protegidos* como fundamento dogmático do concurso efectivo de crimes[29/30/31/32/33/34/35/36].

---

28 Neste sentido, na doutrina norte – americana, STEFEN F. SMITH, «*Overcoming Overcriminalization*», Northwestern University School of Law, in Journal of Criminal Law & Criminology, Volume 102, Number 3, 2012, p. 567.

29 No sentido contrário, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Notas sobre o branqueamento de capitais. Em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal*», in Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, Organização: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO DA COSTA GOMES, 2007, pp. 451-457.

30 No sentido contrário, GONÇALO DE SOPAS DE MELO BANDEIRA, «*O crime de "branqueamento" e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português*», in Ciências Jurídicas. Civilísticas; Comparatísticas; Comunitárias; Criminais; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais; Organização: GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, ROGÉRIO GONÇALVES e FREDERICO RODRIGUES, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 316 e ss.

31 No sentido contrário, antes da criação da Lei N.º 11/2004, de 27 de Março, que introduziu o art.º 368-A, no Código Penal Português, HENRIQUES GASPAR, «*Branqueamento de capitais*», in *Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, 1994, pp. 123 e ss.

32 No sentido contrário, depois da criação da Lei N.º 11/2004, de 27 de Março, menos claramente, JORGE DIAS DUARTE, «*O novo crime de branqueamento de capitais consagrado no art.º 368.º-A do Código Penal*», in Revista do Ministério Público, Abril- Junho de 2004, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 129 e ss.

33 Na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, inclinando-se para a defesa da tese da *diversidade dos bens jurídicos*, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 566/04, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Artur Maurício, disponível em www.dgsi.pt.

34 Na jurisprudência do Supremo Tribunal de Portugal, inclinando-se para a defesa da tese da *diversidade dos bens jurídicos*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência n.º 13/2007, disponível em www.dgsi.pt.

35 Inclinando-se, igualmente, para a defesa da tese da *diversidade dos bens jurídicos*, JOÃO CONDE CORREIA, "Ne bis in idem internacional: anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Março de 2015 (crime de branqueamento-Competência internacional-Ne bis in idem-Proventos do crime-Confisco), in: *Revista do Ministério Público* (*RMP*), n.º 143, Julho-Setembro 2015, Coimbra Editora, Coimbra, (2015), p. 186.

36 Pronunciando-se a favor do *concurso efectivo* entre o tipo legal de crime de fraude fiscal (art.º 103.º, do RGIT), e o tipo legal de crime de branqueamento de capitais (art.º 368-A, do CP), JORGE REIS BRAVO, «*Fraude Fiscal e Branqueamento: prejudicialidade e concurso*», in: Scientia

Por conseguinte, o entendimento correcto é, pois, em síntese – e o único compatível com o texto da lei de Macau – o de que o crime de branqueamento de capitais consiste em ocultar ou encobrir a origem ou localização de vantagens do crime, de modo a que seja mais difícil a sua descoberta, apreensão e confisco[23]. A reforma aprovada em Macau em 2006 consagra expressamente este propósito político – criminal, e a nota justificativa da nova legislação[24] exprime inequivocamente que se propugna uma interpretação nos termos da qual o bem jurídico protegido é a administração da justiça[25/26].

1.1) O *concurso efectivo ou concurso aparente, por consumpção,* entre o *crime precedente* e o tipo legal de crime de branqueamento de capitais quando perfectibilizado pelo mesmo autor imediato?

De harmonia com o que acima se deixou antecipado, o *facto delituoso precedente* constitui a fonte geradora de *vantagens ilícitas*[27].

Ora se assim é, estabelece-se, então, uma relação *genética e funcional* entre o *crime precedente*, e suas correspectivas *vantagens ilícitas*, e o *facto posterior* de ocultação ou dissimulação da origem e propriedade dos *incrementos patrimoniais ilícitos*.

Deste modo, a questão que se coloca é a de saber, e só dessa curaremos, *quid iuris* quando os *factos naturalísticos* reconduzíveis, em abstracto, ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais são perfectibilizados pelo autor imediato do *crime precedente*: *concurso efectivo* de crimes? *Concurso aparente*, por consumpção, à luz da nóvel tese do Professor FIGUEIREDO DIAS?

Adiantamos, desde já, que nos inclinamos, sem rebuço, para o

---

23 V. JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 19.

24 V. Governo de Macau, *Proposta de Lei "Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais". Nota Justificativa*, 2005, ponto 4, onde se pode ler: «*Entende-se que as condutas de branqueamento visam, primordialmente, impedir ou frustrar a realização do interesse legítimo da administração da justiça na detecção e perda de bens originados pela prática de crimes graves*».

25 V. JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 19.

26 Neste sentido, MIGUEL REALE JÚNIOR, «*Figura típica e objecto material do crime de "lavagem de dinheiro"*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Ad Honorem, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC), Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 561.

27 PEDRO CAEIRO, «*A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa*», cit., p. 1087.

denaro o la cosa oggetto di reciclagio e il reato pressuposto"[17/18].

Por conseguinte, a acção de transformar *valores ilícitos* em *valores lícitos* tem por pressuposto que os mesmos tenham sido *ilicitamente adquiridos* para se operar à sua *transmutação*, à sua *reciclagem*, em *valores lícitos*, o que não é senão uma decorrência lógica. Só se converte em *lícito* o *valor ilícito*; não se pode converter em *lícito* o *valor licitamente adquirido anteriormente* à acção de branqueamento.

Deste modo, só valores gerados por uma actividade criminosa anterior podem ser transformados em valores de origem aparentemente lícita, pelo que a acção de branqueamento incide sobre um acervo de bens que provêm de uma actividade delituosa com o escopo de encobrir a sua origem visando furtar-se às consequências jurídicas próprias da fonte ilícita[19/20].

Assim, o *facto delituoso precedente* constitui a fonte geradora de vantagens ilícitas[21].

Com o advento das reformas introduzidas em 2004 em Portugal e em 2006 em Macau tornou-se claro que o bem jurídico protegido é a realização da justiça: as condutas de branqueamento de capitais são puníveis se e na medida em que consigam que as vantagens de crimes anteriores sejam dissimuladas – para que não sejam detectadas, apreendidas e confiscadas pelo Estado, uma pretensão que surge após o cometimento de quaisquer crimes que tenham gerado proventos para os respectivos agentes[22].

---

17 Neste sentido, na doutrina italiana, VITTORIO MANES, «*Il reciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*», in Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia, anno XVII, n.º 1-2, janeiro/junho de 2004, Cedam, Padova, p. 53.

18 Neste sentido, na legislação espanhola que exige que o tipo legal de crime seja *grave*, V., na doutrina espanhola, BUJÃN-PEREZ MARTINEZ, «*La dimensón internacional del blanqueo de dinero*», in *El fenonemo de la internacionación de delincuencia económica, Estúdios de Derecho Judicial*, n.º 61, Barcelona, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 226.

19 Neste sentido, FARIA COSTA, «*O branqueamento de capitais – algumas reflexões à luz do Direito Penal e da Política Criminal*», in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, Volume II, Coimbra Editora, 1998, p. 315.

20 Neste sentido, na doutrina brasileira, MARCO ANTÓNIO DE BARROS, «*Lavagem de capitais e obrigações correlatas*», 2ª edição, São Paulo, RT, 2008, p. 51, que denomina o *crime antecedente* como "*pressuposto básico da posterior lavagem, pois parte-se da premissa de que a lavagem destina-se a ocultar ou dissimular a origem ilícita do lucro obtido*".

21 PEDRO CAEIRO, «*A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa*», in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, MANUEL DA COSTA ANDRADE *et alii* (Org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 1087.

22 JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 19.

O *money laundering* constitui o núcleo essencial do branqueamento de capitais. Pretende-se, através de operações que visam alcançá-lo, que as *vantagens ou incrementos patrimoniais* resultantes do *facto ilícito-típico anterior*, sejam expeditamente libertadas dos vestígios da referida origem criminosa. Normalmente, neste momento, as referidas «*vantagens*» são ainda constituídas por dinheiro em numerário, e o respectivo branqueamento concretiza-se em negócios de curto prazo, os quais visam, como se referiu, *dissimular* não só a sua origem, como a respectiva identificação[13].

É, normalmente, o que se passa através da troca do dinheiro «*sujo*» por outros valores monetários, designadamente por notas de maior valor, ou pela troca desse dinheiro por outros bens facilmente transportáveis, como sejam jóias, metais e pedras preciosas, títulos de participação, abertura de contas bancárias noutros países, de preferência em nome de pessoas colectivas[14].

Já a recycling[15], quando chega a ter lugar, concretiza-se em operações ou «manipulações» através das quais as vantagens patrimoniais de forma a que ganhem aparência de se tratar de objectos de proveniência lícita, com a sua consequente reentrada no normal circuito económico. O que sucede, em regra, com a aplicação do dinheiro em grandes negócios, como pizarias e salas de espectáculos, ou através da ligação a negócios bancários ou de sociedades financeiras[16].

Destarte, há nesta figura jurídico-penal uma relação umbilical, inextricável, obrigatória, entre a acção de ocultar ou dissimular a origem ou propriedade de determinados bens *e* a proveniência desses bens, pois devem forçosamente ser *produto directo ou indirecto* de um *crime anterior*.

Como afirma VITTORIO MANES no primeiro plano da *descrição típica* do crime de branqueamento de capitais está o objecto material do *branqueamento* proveniente de um determinado crime, pelo que no tipo legal de crime densifica-se uma "*relazione di provenienza (diretta o indireta) che deve sussistere trai il*

---

13 Neste preciso sentido, RODRIGO SANTIAGO, «*O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime: Contributos para o estudo do art.º 23.º do Decreto – Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do Regime da Prevenção da Utilização do Sistema Financeiro no «Branqueamento» (Decreto- Lei N.º 313/93, de 15 de Setembro)*», in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, Volume II, Coimbra Editora, (1998), p. 367, que seguimos e seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

14 RODRIGO SANTIAGO, «*O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime», cit.*, p. 367.

15 Sobre este fenómeno, NUNO BRANDÃO, *Branqueamento de capitais- O sistema comunitário de prevenção*, (2002), p. 21.

16 RODRIGO SANTIAGO, «*O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime», cit.*, p. 367.

elementos normativos e descritivos do tipo legal de crime; o «catálogo» e factos principais ou precedentes; as penas aplicáveis; o bem jurídico protegido[7]; e a responsabilidade penal das pessoas colectivas[8].

Mas em que consiste o branqueamento de capitais?

Ancorados na mais autorizada doutrina, o crime de branqueamento de capitais consiste essencialmente na ocultação ou *dissimulação* da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens de crimes[9].

Breve, no entendimento de abalizada doutrina alemã, por branqueamento designam-se «os meios através dos quais se escondem a existência, a origem ilegal ou a utilização ilegal de rendimentos, encobrindo esses rendimentos de forma a que pareçam provir de origem lícita[10/11]».

Espargidas as considerações introdutórias que antecedem faz-se mister referir que o branqueamento de capitais passa, ou pode passar, por dois momentos nucleares: um primeiro, conhecido por money laundering e um outro chamado recycling[12].

---

parte» e a «*directa e indirectamente*»; a referência a «*pessoa implicada*» foi substituída por uma outra, mais precisa, o «*autor ou participante*»; onde a lei se referia ao propósito de se «*eximir às consequências*», o texto agora alude ao propósito de evitar que uma pessoa seja penalmente perseguida ou submetida a uma reacção penal; a lei de 1997 referia-se ao facto principal como sendo um «*crime*» ao passo que a lei actual fala de «*ilícito – típico*»; a referência «*a propriedade ou outros direitos*» passou a ser referida «*titularidade*»; Sobre estas alterações, V., com muito interesse, e que vimos seguindo textualmente, JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», 2009, p. 14, disponível em ssrn.com.

7 J JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 15.

8 Cuja dilucidação teórica será realizada adiante de forma mais detida.

9 JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», *cit.*, p. 19.

10 Neste preciso sentido, VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMM, «*Gewinnabschopfung und Gelwasche – Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorscriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekampfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungeformem der Organisierten Kriminalitat (OrgKB)*», in Juristische Rundschau, 1992, Heft 9, p. 353.

11 Para uma noção semelhante, também na doutrina alemã, V., com muito interesse, CORNELIUS PRITTWITZ, «*Die Geldwasche und ihre strafrechtliche Bekamp-fung-oder: Zum Einzung des Lobbyismus in die Kriminalpolitik*», in Srafverteidiger, (1993), pp. 498-500.

12 Neste preciso sentido, VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMM, «*Gewinnabschopfung und Gelwasche – Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorscriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekampfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungeformem der Organisierten Kriminalitat (OrgKB)*», *cit.*, p. 354.

1) Enquadramento dogmático – legal da lei de branqueamento de capitais da Região Administrativa Especial de Macau e (candentes) questões a ela conexas

A criminalização do branqueamento de capitais é exigida por três instrumentos internacionais elaborados no âmbito da ONU e vigentes em Macau: a Convenção de Viena de 1988 (art.º 3.º, alíneas *b*), *i*) e *ii*)), a Convenção de Palermo de 2000 (art.º 6), e a Convenção contra a Corrupção de 2003 (art.º 23.º)[2/3].

No que respeita aos elementos do tipo legal de crime de branqueamento de capitais, a obrigação de criminalização é feita de modo essencialmente homogéneo nestes instrumentos internacionais.

No que se refere à Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), o legislador procedeu à criação da Lei n.º 6/97, de 30 de Julho[4/5]; em Portugal, no que toca ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais denotou-se a existência de uma reforma legislativa de vulto em 2004, de que se destaca a inserção do tipo legal de crime no Código Penal, através da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que aditou ao Código Penal o art.º 368-A.º.

Em Macau, a Lei n.º 2/2006, de 03 de Abril, que revogou o art.º 10.º da «*lei da criminalidade organizada*» e passou a condensar as soluções legislativas que regulam o branqueamento de capitais numa lei extravagante, acolheu vários contributos legais emergentes da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, e introduziu variadas alterações no tipo legal de crime, que tocaram, para além de outros aspectos secundários[6], as seguintes questões fundamentais: os

---

2 Para uma proficiente e exaustiva análise, JORGE GODINHO, «*Do crime de «branqueamento de capitais». Introdução e tipicidade*», Almedina, Coimbra, pp. 89 e ss.

3 Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, "O Crime de branqueamento de capitais e o crime de precedente em Macau e em Portugal: concurso efectivo? adequação social e exclusão da tipicidade?, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 143, Julho-Setembro 2015, (2015), que, neste apartado temático, seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

4 Criada na sequência de uma onda de criminalidade que, ao tempo, assolou a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), emergente da digladiação de clãs criminosos pelo controlo de rendimentos resultantes da exploração de «*salas VIP*» de jogos de fortuna e azar nos casinos locais, com muito interesse, ANGELA VENG MEI LEONG, «*Macau casinos and organised crime*», in Journal of Money Laudering Control, 2004, pp. 298 e ss.

5 V, também com muito interesse, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, «*Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*», in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA RODRIGUES e MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 85 e ss.

6 Foi eliminada a referência aos arts.º 226.º e 227.º do Código Penal que constava do proémio de 1997, por desnecessária; pela mesma razão, foram suprimidas as referências a «*no todo ou em*

Macau e em Portugal.

Para este efeito, sustenta-se uma visão comparativa entre as soluções normativas preconizadas pelo legislador português e as soluções acolhidas pelo legislador macaense de 2006, que, no que respeita ao tipo objectivo de ilícito de branqueamento de capitais, absorveu e acolheu grande parte da panóplia de soluções dogmáticas condensadas pelo legislador português de 2004, à excepção da (candente) questão do *concurso de crimes* entre o crime de branqueamento de capitais e o crime precedente, quando praticado pelo mesmo autor imediato.

Aduz-se igualmente a (tendencial) *homologia genética* e *funcional* entre *o crime de riqueza injustificada* e os (nados-mortos) *crimes de enriquecimento ilegítimo* (2012) e os *crimes de enriquecimento injustificado* (2015), cuja inconstitucionalidade material, com força obrigatória geral, foi decretada, respectivamente, pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstracta preventiva, nos Acórdãos n.º 179/2012 e n.º 377/2015.

Por outro lado, de forma sinóptica, lança-se alguma luz sobre o regime jurídico da *perda alargada* de vantagens do crime, vigente em Macau e em Portugal, mormente do ponto de vista da *tutela dos terceiros de boa-fé* afectados pela declaração de perda de bens a favor do Estado; bem como sobre o regime jurídico das pessoas colectivas, emergente da Lei do Branqueamento de Capitais de 2006.

Por fim, advoga-se a criação, na Região Administrativa Especial de Macau, de um *Assets Recovery Agency*, de inspiração inglesa, mas com base no recente regime jurídico que procedeu à criação do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA), em Portugal.

Palavras-Chave: crime de branqueamento de capitais; crime de riqueza injustificada; crime de enriquecimento ilícito; crime de enriquecimento injustificado; responsabilidade penal das pessoas colectivas; concurso efectivo de crimes; concurso aparente por consumpção, unidade de sentido social, confisco em matéria penal; perda alargada; gabinete de recuperação de activos; *wilful blindness*.

---

* Muito agradecemos aos Senhores Professores Doutores Joaquim Freitas da Rocha (Escola de Direito do Minho) António Pinto Monteiro (da *minha* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), pelo estímulo, continuamente manifestado, e sempre tão bondosamente nutrido, no que toca à publicação deste e de outros estudos deste *proto- jurista*. O que devo aos académicos, exemplos de pundonor científico, e às pessoas, repositório fiel das qualidades *dianoéticas* propugnadas por Aristóteles, transcende, em muito, a mera narração de um agradecimento público. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo, que segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

A CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA NA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU: SUBSÍDIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DA LEI DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS (ART.º 5.º, N.º 1. 2, DA LEI N.º 2/2006)

Hugo Luz dos Santos
Magistrado do Ministério Público

Was die Gesetze verrathen – Man vergreift sich sehr, wenn man die Strafgesetze eines Volkes studirt, al sob sie ein Ausdruck seines Charakters wären; die Gesetze verratchen nicht Das, was ein Volk ist, sondern Das, was ihm fremd, selstam, ungeheuerlich, äuslandich erscheint[1].
FRIEDRICH NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft, 43, 28-32.*

"Fusão rebelde de contrários, mãos limpas e grandes transparentes".
Mário Cesariny

Resumo: O presente estudo visa conferir uma visão panorâmica da criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de

1 *O que as leis atraiçoam* – Engana-se estrondosamente quem estuda as leis de um povo como se fossem expressão do seu carácter; as leis não traduzem aquilo que um povo é mas aquilo que lhe parece estranho, insólito, monstruoso e exótico – *Tradução* do Professor JOSÉ DE FARIA COSTA, in Revista de Legislação e Jurisprudência ano 141.º, N.º 3973, Março – Abril 2012, p. 246.

Paulo: RT, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, F. Cavalcanti. *Comentários à Constituição* de 1967. Vol. 3. São Paulo: RT, 1973.

SINGER, Paul. *Movimentos sociais em São Paulo*. 4ª. ed. Petrópolis: Vozes/CEBRAP, 1983.

SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro (Cord). *Responsabilidade civil empresarial e da Administração Pública.* Vol. II., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado. Movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revolução, atos terroristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.



MACAU • 2015

ISSN 8073-98-54